

2012•2013

FACULTEIT RECHTEN

master in de rechten: rechtsbedeling

Masterproef

Een misdrijf ten nadele van een familielid

Promotor :
Prof. dr. Bart SPRIET

Darinka Vermeulen

*Masterproef voorgedragen tot het bekomen van de graad van master in de rechten ,
afstudeerrichting rechtsbedeling*

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten
in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



Universiteit Hasselt | Campus Hasselt | Martelarenlaan 42 | BE-3500 Hasselt
Universiteit Hasselt | Campus Diepenbeek | Agoralaan Gebouw D | BE-3590 Diepenbeek



Maastricht University

2012•2013

FACULTEIT RECHTEN

master in de rechten: rechtsbedeling

Masterproef

Een misdrijf ten nadele van een familielid

Promotor :
Prof. dr. Bart SPRIET

Darinka Vermeulen

*Masterproef voorgedragen tot het bekomen van de graad van master in de rechten ,
afstudeerrichting rechtsbedeling*

SAMENVATTING

Er zijn verschillende soorten misdrijven in het Belgisch strafrecht. Soms krijgt een echtgenoot geen straf, hoewel hij toch zijn echtgenote bestolen had; in andere gevallen krijgt een stiefvader een hogere straf omdat hij zijn stiefdochter verkrachtte. Het is op het eerste gezicht niet duidelijk of een dader, die een familielid is, een zwaardere straf krijgt of een lichtere straf in vergelijking met een dader-niet-familielid.

Zo is het idee gegroeid om te onderzoeken of het een voordeliger of een nadeliger effect heeft voor de straf van de dader die een familielid is van het slachtoffer. Hierdoor werd al snel duidelijk dat er een onderscheid kon gemaakt worden tussen misdrijven waarbij een familielid als dader een constitutief bestanddeel is, de misdrijven waarbij een familielid als dader zorgt voor een strafverzwaring en de misdrijven waarbij een familielid als dader zorgt voor een misdrijfuitsluitende verschoningsgrond.

Deze drie categorieën werden onderzocht en er werden specifieke misdrijven onder deze categorieën geplaatst. Zo werd het duidelijk aan de hand van de definitie, de constitutieve bestanddelen, de bestraffing en de nodige rechtspraak, wat het effect van een dader-familielid op deze misdrijven was.

Hoewel het onderscheid driedelig is, zijn de gevolgen tweeledig. Enerzijds een strafverzwaring, anderzijds wordt de strafvordering onontvankelijk verklaard.

In het laatste hoofdstuk van deze masterscriptie werd er gesproken over het Nederlandse strafrecht. Daardoor werd duidelijk dat er ook daar deze driedeling kan gemaakt worden, maar dat er ook bijzondere verschillen te onderscheiden zijn. Bijvoorbeeld de materie omtrent de klachtdelicten en artikel 50 van het Wetboek van Strafrecht.

DANKWOORD

In mei 2012 werd er de mogelijkheid geboden om zelf een voorstel voor een onderwerp voor de masterscriptie in te dienen. De maanden daarvoor had ik het vak 'Strafrecht in actie' gevolgd en ik was er meteen door geboeid. Ik wou er nog meer mee doen, dus ik was al snel overtuigd welke rechtstak mijn voorkeur had. Ik diende een voorstel voor mijn onderwerp in, eentje waarvan ik wist dat ik bij het onderzoeken ervan een jaar werk nodig had, maar er ook een heel jaar plezier aan zou beleven. Een onderwerp dat voor mij in mijn laatste masterjaar iets zou bijbrengen en als kers op de taart zou dienen om mijn studies aan de Universiteit Hasselt af te ronden. De materie met betrekking tot de misdrijven zijn in het strafrecht eerder de regel dan de uitzondering, maar daders die tevens ook familieleden zijn is minder relevant. Zo kwam ik tot het onderwerp van mijn masterscriptie: misdrijven ten nadele van een familielid.

Bij deze wil ik professor Spriet bedanken voor het goedkeuren van mijn onderwerp en voor de begeleiding en ondersteuning.

Vervolgens gaat er ook een woordje van dank uit naar de Universiteit Hasselt die het mogelijk maakte een nieuwe rechtenopleiding te creëren in 2008 met oog op het internationale en met een ander onderwijsconcept dat er werd gehanteerd in de onderwijsgroepen, zijnde het PGO-systeem. Ik ben blij dat ik deel mocht uitmaken van de eerste lichting rechten aan de Universiteit Hasselt. Door het PGO-systeem ben ik nooit een nummer geweest, maar altijd een persoon. Hierdoor werd ik een deel van de rechten-familie.

INHOUDSOPGAVE

SAMENVATTING

DANKWOORD

INHOUDSOPGAVE

<u>INLEIDING</u>	<u>1</u>
<u>1 Korte situering van algemeen strafrecht</u>	<u>3</u>
1.1 Constitutieve elementen	3
<u>1.1.1 Constitutieve elementen</u>	<u>3</u>
<u>1.1.2 Delictstypiciteit</u>	<u>4</u>
<u>1.1.3 Wederrechtelijkheid en rechtvaardigingsgronden</u>	<u>4</u>
<u>1.1.4 Schuld en schulduitsluitingsgronden</u>	<u>6</u>
<u>1.1.5 Strafwaardigheid en strafuitsluitende verschoningsgronden</u>	<u>7</u>
1.2 Bestrafing	10
1.2.1 Strafmaat.....	10
1.2.2 Strafverzwaring	10
<u>1.2.2.1 Wettelijke herhaling.....</u>	<u>10</u>
<u>1.2.2.2 Verzwarende omstandigheden</u>	<u>10</u>
1.2.3 Strafvermindering	12
<u>1.2.3.1 Strafverminderende verschoningsgronden.....</u>	<u>12</u>
<u>1.2.3.2 Verzachtende omstandigheden.....</u>	<u>13</u>
<u>1.2.3.3 Samenloop bij misdrijven</u>	<u>15</u>
<u>2 Bijzonder strafrecht: misdrijf ten nadele van een familielid</u>	<u>17</u>
2.1 Als constitutief bestanddeel	17
2.1.1 Verlating van familie: artikel 391bis – 391ter Sw.....	17
<u>2.1.1.1 Definitie</u>	<u>17</u>
<u>2.1.1.2 Constitutieve bestanddelen.....</u>	<u>18</u>
<u>2.1.1.3 Bestrafing.....</u>	<u>19</u>
<u>2.1.1.4 Rechtspraak.....</u>	<u>21</u>
2.1.2 Achterlaten van kinderen of onbekwamen in een behoeftige toestand: artikel 424 Sw. ...	22
<u>2.1.2.1 Definitie</u>	<u>22</u>

<u>2.1.2.2</u>	<u>Constitutieve bestanddelen</u>	<u>22</u>
<u>2.1.2.3</u>	<u>Bestrafing</u>	<u>23</u>
<u>2.1.2.4</u>	<u>Rechtspraak</u>	<u>23</u>
<u>2.1.3</u>	<u>Het dwarsbomen van de maatregelen over de bewaring van minderjarigen: artikel 431 - 432 Sw.</u>	<u>23</u>
<u>2.1.3.1</u>	<u>Definitie</u>	<u>23</u>
<u>2.1.3.2</u>	<u>Constitutieve bestanddelen</u>	<u>24</u>
<u>2.1.3.3</u>	<u>Bestrafing</u>	<u>25</u>
<u>2.1.3.4</u>	<u>Internationale parentale ontvoeringen</u>	<u>25</u>
<u>2.1.3.5</u>	<u>Rechtspraak</u>	<u>28</u>
<u>2.1.4</u>	<u>Oudermoord: artikel 395 Sw.</u>	<u>28</u>
<u>2.1.4.1</u>	<u>Definitie</u>	<u>28</u>
<u>2.1.4.2</u>	<u>Constitutieve bestanddelen</u>	<u>28</u>
<u>2.1.4.3</u>	<u>Bestrafing</u>	<u>29</u>
<u>2.1.4.4</u>	<u>Rechtspraak</u>	<u>29</u>
<u>2.1.5</u>	<u>Aanranding van de eerbaarheid: artikel 372 – 374 en 376 – 378 Sw.</u>	<u>30</u>
<u>2.1.5.1</u>	<u>Definitie</u>	<u>30</u>
<u>2.1.5.2</u>	<u>Constitutieve bestanddelen</u>	<u>30</u>
<u>2.1.5.3</u>	<u>Aanranding van de eerbaarheid zonder geweld of bedreiging</u>	<u>31</u>
<u>2.1.5.3.A.</u>	<u>Aanranding van de eerbaarheid zonder geweld of bedreiging gepleegd op de persoon of met behulp van de persoon van een kind beneden de volle leeftijd van zestien jaar.</u>	<u>31</u>
<u>2.1.5.3.B.</u>	<u>Aanranding van de eerbaarheid zonder geweld of bedreiging gepleegd op de persoon of met behulp van de persoon van een minderjarige, zelfs indien deze de volle leeftijd van zestien jaar heeft bereikt, maar niet ontvoegd door het huwelijk.</u>	<u>31</u>
<u>2.1.5.4</u>	<u>Aanranding van de eerbaarheid met geweld of bedreiging</u>	<u>32</u>
<u>2.1.5.5</u>	<u>Bestrafing</u>	<u>32</u>
<u>2.1.5.6</u>	<u>Rechtspraak</u>	<u>33</u>
2.2	Als grond van strafverzwaring?	34
<u>2.2.1</u>	<u>Vruchtafdrijving: artikel 348 – 352 Sw.</u>	<u>34</u>
<u>2.2.1.1</u>	<u>Definitie</u>	<u>34</u>
<u>2.2.1.2</u>	<u>Constitutieve bestanddelen</u>	<u>34</u>

<u>2.2.1.3 Opzettelijke abortus.....</u>	<u>34</u>
<u>2.2.1.4 Onopzettelijke abortus</u>	<u>35</u>
<u>2.2.1.5 Bestrafing.....</u>	<u>35</u>
<u>2.2.1.6 Rechtspraak.....</u>	<u>36</u>
<u>2.2.2 Het verlaten van kinderen of kwetsbare personen: artikel 423 Sw.....</u>	<u>36</u>
<u>2.2.2.1 Definitie</u>	<u>36</u>
<u>2.2.2.2 Constitutieve bestanddelen.....</u>	<u>36</u>
<u>2.2.2.3 Bestrafing.....</u>	<u>37</u>
<u>2.2.2.4 Rechtspraak.....</u>	<u>37</u>
<u>2.2.3 Onthouden van voedsel of verzorging aan minderjarigen en kwetsbare personen: artikel 425 Sw.</u>	<u>38</u>
<u>2.2.3.1 Definitie</u>	<u>38</u>
<u>2.2.3.2 Constitutieve bestanddelen.....</u>	<u>38</u>
<u>2.2.3.3 Bestrafing.....</u>	<u>38</u>
<u>2.2.3.4 Rechtspraak.....</u>	<u>39</u>
<u>2.2.4 Nalaten van onderhoud: artikel 426 Sw.</u>	<u>39</u>
<u>2.2.4.1 Definitie</u>	<u>39</u>
<u>2.2.4.2 Constitutieve bestanddelen.....</u>	<u>39</u>
<u>2.2.4.3 Bestrafing.....</u>	<u>39</u>
<u>2.2.4.4 Rechtspraak.....</u>	<u>40</u>
<u>2.2.5 Ontvoering van minderjarigen: artikel 428 Sw.</u>	<u>40</u>
<u>2.2.5.1 Definitie</u>	<u>40</u>
<u>2.2.5.2 Ontvoering van een minderjarige van minder dan twaalf jaar</u>	<u>40</u>
<u>2.2.5.3 Ontvoering van een minderjarige van meer dan twaalf jaar of een kwetsbare persoon</u>	<u>41</u>
<u>2.2.5.4 Bestrafing.....</u>	<u>41</u>
<u>2.2.5.5 Rechtspraak.....</u>	<u>42</u>
<u>2.2.6 Verberging van een minderjarige: artikel 429 Sw.</u>	<u>42</u>
<u>2.2.6.1 Definitie</u>	<u>42</u>
<u>2.2.6.2 Constitutieve bestanddelen.....</u>	<u>42</u>
<u>2.2.6.3 Bestrafing.....</u>	<u>42</u>

2.2.6.4 Rechtspraak.....	43
2.2.7 Kindermoord: artikel 396 Sw.....	43
2.2.7.1 Definitie	43
2.2.7.2 Constitutieve bestanddelen.....	43
2.2.7.3 Bestrafing.....	43
2.2.7.4 Rechtspraak.....	44
2.2.8 Opzettelijke slagen en verwondingen: artikel 398 – 410bis Sw.....	44
2.2.8.1 Definitie	44
2.2.8.2 Constitutieve bestanddelen.....	44
2.2.8.3 Bestrafing.....	45
2.2.8.4 Strafverzwaring omwille van een familielid	46
2.2.8.5 Verminking van genitaliën	47
2.2.8.6 Rechtspraak.....	48
2.2.9 Aanranding van de eerbaarheid: artikel 372 – 374 en 376 – 378 Sw.	48
2.2.9.1 Definitie	48
2.2.9.2 Constitutieve bestanddelen.....	48
2.2.9.3 Bestrafing.....	48
2.2.9.4 Rechtspraak.....	51
2.2.10 Verkrachting: artikel 375 – 378 Sw.	51
2.2.10.1 Definitie.....	51
2.2.10.2 Constitutieve bestanddelen	52
2.2.10.3 Eigenlijke verkrachting	53
2.2.10.4 Verkrachting bij gelijkstelling	53
2.2.10.5 Bestrafing.....	53
2.2.10.6 Rechtspraak.....	55
2.3 Als misdrijfuitsluitende verschoningsgrond?	56
2.3.1 Verschoningsgrond van bloed- en aanverwantschap: Misdrijven tegen de eigendom van de familie	56
2.3.2 Verschoningsgrond van bloed- en aanverwantschap: Hulp aan familieleden.....	60
2.3.3 Diefstal zonder geweld en bedreiging: artikel 461 - 467 Sw.....	60
2.3.3.1 Definitie	60

<i>2.3.3.2 Constitutieve bestanddelen van de diefstallen zonder geweld en bedreiging</i>	<i>61</i>
<i>2.3.3.2.A Gewone diefstal.....</i>	<i>61</i>
<i>2.3.3.2.B Gebruiksdiefstal</i>	<i>61</i>
<i>2.3.3.2.C Huisdiefstal.....</i>	<i>61</i>
<i>2.3.3.3 Bestrafing van de diefstallen zonder geweld en bedreiging</i>	<i>62</i>
<i>2.3.3.4 Rechtspraak.....</i>	<i>63</i>
<i>2.3.4 Diefstal gepleegd door middel van geweld of bedreiging: artikel 468 – 469 en 471 - 476 Sw.....</i>	<i>63</i>
<i>2.3.4.1 Definitie</i>	<i>63</i>
<i>2.3.4.2 De constitutieve bestanddelen, de bestrafing en de bijzondere vormen van diefstal met geweld of bedreiging</i>	<i>64</i>
<i>2.3.4.3 Rechtspraak.....</i>	<i>65</i>
<i>2.3.5 Afpersing: artikel 470 Sw.....</i>	<i>66</i>
<i>2.3.5.1 Definitie</i>	<i>66</i>
<i>2.3.5.2 Constitutieve bestanddelen.....</i>	<i>66</i>
<i>2.3.5.3 Bestrafing.....</i>	<i>66</i>
<i>2.3.5.4 Rechtspraak.....</i>	<i>67</i>
<i>2.3.6 Misbruik van vertrouwen: artikel 491 - 492 Sw.</i>	<i>67</i>
<i>2.3.6.1 Definitie</i>	<i>67</i>
<i>2.3.6.2 Constitutieve bestanddelen.....</i>	<i>67</i>
<i>2.3.6.3 Bestrafing.....</i>	<i>68</i>
<i>2.3.6.4 Rechtspraak.....</i>	<i>69</i>
<i>2.3.7 Oplichting: artikel 496 Sw.....</i>	<i>69</i>
<i>2.3.7.1 Definitie</i>	<i>69</i>
<i>2.3.7.2 Constitutieve bestanddelen.....</i>	<i>69</i>
<i>2.3.7.3 Bestrafing.....</i>	<i>70</i>
<i>2.3.7.4 Rechtspraak.....</i>	<i>71</i>
<i>2.3.8 Heling: artikel 505 - 506 Sw.</i>	<i>71</i>
<i>2.3.8.1 Definitie</i>	<i>71</i>
<i>2.3.8.2 Constitutieve bestanddelen.....</i>	<i>71</i>
<i>2.3.8.3 Bestrafing.....</i>	<i>72</i>

<i>2.3.8.4 Rechtspraak.....</i>	<i>73</i>
2.3.9 Bedrieglijke verberging: artikel 508 Sw.	73
<i>2.3.9.1 Definitie</i>	<i>73</i>
<i>2.3.9.2 Constitutieve bestanddelen.....</i>	<i>73</i>
<i>2.3.9.3 Bestrafing.....</i>	<i>73</i>
<i>2.3.9.4 Rechtspraak.....</i>	<i>74</i>
2.4 Besluit	75
<u>3 Vergelijking Nederlands strafrecht</u>	<u>79</u>
3.1 Inleiding.....	79
3.2 Misdrijf ten nadele van een familielid	79
3.3 Als verzwarende omstandigheden?.....	80
3.4 Als strafuitsluitende verschoningsgrond?	81
3.5 Besluit: vergelijken met het Belgisch strafrecht	81
<u>BESLUIT</u>	<u>83</u>

BIBLIOGRAFIE

INLEIDING

In het Belgisch strafrecht zijn er heel wat misdrijven te onderscheiden. Deze hebben zowel op de dader als op het slachtoffer een zware impact. In bepaalde gevallen komt het echter voor dat de dader een familielid is van het slachtoffer en dat is het onderwerp van mijn masterscriptie. Ik stel me de vraag: hoe zit het met de misdrijven ten nadele van een familielid?

Het doel van mijn masterscriptie is dan ook om te onderzoeken of het enerzijds een gunst kan zijn voor een familielid of anderzijds een nadeliger effect kan hebben. Dit zal worden onderzocht aan de hand van verschillende onderzoeksvragen.

De centrale vraag die wordt onderzocht in deze masterscriptie is:

-Heeft het plegen van een misdrijf ten nadele van een familielid eerder een positief effect op diens straf of eerder een nadeliger effect in vergelijking met de dader niet-familieelid?

Er kunnen verschillende subvragen onderscheiden worden:

- In welke gevallen is het 'familieelid' een constitutief bestanddeel van een misdrijf? Hoe zit het bij deze misdrijven met de strafmaat?
- In welke gevallen is het plegen van een misdrijf door een familielid een verzwarende omstandigheid? Kan het ook zo zijn dat het een verzachtende omstandigheid is?
- Is er een evolutie merkbaar met wat er kan worden verstaan onder de ongehuwde samenwonende partners? Wat is de evolutie als dit als familie wordt beschouwd?
- Hoe wordt er in het buitenland omgegaan met dit soort misdrijven? Vooral met de nadruk op Nederland.

Het eerste hoofdstuk geeft een korte situering van het algemeen strafrecht. Een misdrijf met zijn vier constitutieve elementen wordt besproken, evenals de bestraffing met het oog op strafverzwaring en strafvermindering. Deze basiselementen zijn immers nodig om het tweede hoofdstuk te begrijpen.

Het tweede hoofdstuk gaat over het bijzonder strafrecht. Er wordt eerst onderzocht welke misdrijven een familielid als constitutief bestanddeel hebben. Vervolgens wordt onderzocht bij welke misdrijven een dader-familieelid kan zorgen voor een strafverzwaring. Tot slot wordt er onderzocht wanneer een dader-familieelid fungeert als misdrijffuitsluitende verschoningsgrond.

In het derde hoofdstuk wordt er kort stilgestaan bij het Nederlandse strafrecht door middel van een rechtsvergelijking.

De onderzoeksmethoden die gehanteerd worden voor het oplossen van de onderzoeksvragen zijn enerzijds beschrijvend voor het bespreken van het eerste hoofdstuk, anderzijds verklarend en definiërend voor het tweede hoofdstuk. In het derde hoofdstuk zal er rechtsvergelijkend tewerk worden gegaan.

1 Korte situering van algemeen strafrecht

Het opzet van mijn masterscriptie kadert zich rond het beantwoorden van de onderzoeksvraag of het plegen van een misdrijf ten nadele van een familielid eerder een positief effect heeft op diens straf of eerder een nadeliger effect in vergelijking met de dader niet-familielid. In het eerste gedeelte komt het algemene strafrecht aan bod. In het tweede hoofdstuk wordt er ingegaan op het bijzonder strafrecht, meer specifiek op de misdrijven die hiermee te maken hebben. Er worden juridische bewoordingen gebruikt, die een belangrijke plaats in het strafrecht innemen. Het is daarom nuttig dat eerst en vooral bepaalde begrippen kort worden toegelicht uit het algemeen strafrecht. Er wordt in het tweede hoofdstuk bijvoorbeeld meermaals gesproken over verschoningsgronden, verzwarende omstandigheden en constitutieve bestanddelen, daarom is het noodzakelijk om te weten wat er hieronder wordt verstaan.

Het algemeen strafrecht zal dus enkel worden behandeld in de mate dat het ten goede komt om de misdrijven, die van belang zijn voor de hoedanigheid van een familielid, te behandelen.

1.1 Constitutieve elementen

1.1.1 Constitutieve elementen

Een misdrijf of een delict is de overkoepelende term die alle strafbare gedragingen en verzuimen dekt. Deze strafbare gedraging bestaat uit verschillende constitutieve elementen, zijnde de delictstypiciteit, de wederrechtelijkheid, de schuld en de strafwaardigheid.¹

Welke verschillende soorten misdrijven er bestaan, kan uit artikel 1 Sw. worden afgeleid. Er is sprake van misdaden, wanbedrijven en overtredingen. Het criterium wat een misdrijf tot een wanbedrijf maakt, is de aard van de toepasselijke straf.²

Een misdaad wordt namelijk strafbaar gesteld met criminele straffen, een wanbedrijf met correctionele straffen en een overtreding met politiestraffen.³ Omdat er doorheen het strafproces dient rekening gehouden te worden met denaturatie, is de aard van het misdrijf slechts definitief door de straf die wordt opgelegd bij een veroordeling die in kracht van gewijsde is gegaan.⁴

Constitutieve elementen moeten in het Belgisch strafrecht goed onderscheiden worden van constitutieve bestanddelen. Hoewel 'elementen' en 'bestanddelen' in het algemene taalgebruik als synoniemen van elkaar gebruikt kunnen worden, is dat in het strafrecht uit den boze.

De constitutieve bestanddelen gaan over de componenten van een delictsomschrijving van specifieke misdrijven. Het gaat hier dus over de delictsinhoud.

De constitutieve elementen zijn daarentegen de voorwaarden die er voor alle misdrijven moeten

¹ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2012, 32.

² F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 34-35.

³ J. DREESEN en Y. WERBROUCK, *Praktisch strafrecht*, Berchem, De Boeck, 2011, 32.

⁴ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 34-35.

zijn, vooraleer er kan worden gesproken van bestraffing.⁵

Verbruggen en Verstraeten vinden dat er niet alleen gesproken kan worden van een materieel en een moreel element, maar onderscheiden vier bestaansvoorwaarden of constitutieve elementen vooraleer een misdrijf als rechtsgrond kan dienen voor bestraffing. De constitutieve elementen die zij dus, wederom, onderscheiden zijn de delictstypiciteit, wederrechtelijkheid, schuld en strafwaardigheid.⁶

Vele andere auteurs, in navolging van HAUS, maken echter het onderscheid tussen het materieel en het moreel element als constitutieve elementen. Het morele element was volgens HAUS het schuldelement dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid doet ontstaan. Onder het materiële element verstonde hij "een uitwendig waarneembare gedraging die aan alle fysieke en materiële voorwaarden beantwoordt die door de wet vereist zijn voor het bestaan van het misdrijf waarover het gaat"⁷.

1.1.2 Delictstypiciteit

Vooraleer er kan worden overgegaan tot bestraffing, moet de tenlastelegging betrekking hebben op een delictstypische gedraging. De feiten moeten als het ware samenvallen met de omschrijving van het misdrijf uit de wet. Het gaat hier dus over de specifieke constitutieve bestanddelen van het misdrijf, het materiële en het morele element moeten specifiek aanwezig zijn.

De delictstypiciteit hangt samen met het legaliteitsbeginsel dat in het strafrecht wordt gehanteerd onder het adagium *nullum crimen sine lege*.⁸ De delictstypiciteit speelt een belangrijke rol in het strafprocesrecht aangezien het van belang is voor de bewijslast en dat het voorwerp uitmaakt van de strafrechtelijke kwalificatieverplichting.⁹

1.1.3 Wederrechtelijkheid en rechtvaardigingsgronden¹⁰

Als iemand een gedraging stelt die strafbaar is aan de hand van de wettelijke delictsomschrijving, moet er ook gekeken worden of die handeling wederrechtelijk is. Meer concreet wordt hiermee bedoeld dat er moet gekeken worden of de dader het recht had om zich zo te gedragen of juist niet.¹¹ Dus de gedraging moet onrechtmatig zijn vooraleer ze strafbaar kan zijn.¹²

⁵ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 32-33.

⁶ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 33-34.

⁷ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2012, 33.

⁸ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2012, 42.

⁹ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2012, 43.

¹⁰ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 60-70.

¹¹ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 59-60.

¹² J. DREESEN en Y. WERBROUCK, *Praktisch strafrecht*, Berchem, De Boeck, 2011, 42-43.

Wanneer men hierover oordeelt, wordt er rekening gehouden met de feitelijke en juridische elementen van de concrete situatie.

In deze context moet er ook worden gesproken over de rechtvaardigingsgronden.¹³

De definitie die door Verstraeten en Verbruggen voor rechtvaardigingsgronden wordt gebruikt is de volgende:

*"Rechtvaardigingsgronden zijn in rechte gefundeerde veroorlovene (tegen)normen die een in abstracto geformuleerde rechtsplicht, die strafrechtelijk wordt gehandhaafd, in een concrete situatie neutraliseren."*¹⁴

De rechtvaardigingsgronden hebben een algemene draagwijdte en gelden voor alle misdrijven. Er wordt slechts gekeken naar de rechtvaardiging wanneer de gedraging kan gekwalificeerd worden als een misdrijf.¹⁵ Het Openbaar Ministerie moet deze rechtvaardigingsgronden zelf opwerpen als ze uit de feiten van de zaak blijken. Het kan ook zijn dat de beklaagde zelf een rechtvaardigingsgrond aanvoert en dan is het aan de tegenpartij, hetzij het Openbaar Ministerie, hetzij de burgerlijke partij om de onjuistheid van deze rechtvaardigingsgrond te bewijzen.¹⁶

Het komt er dus op neer dat deze tot een strafuitsluiting leiden omdat er geen rechtsgrond tot straffen is. Het ten laste gelegde feit zelf wordt gerechtvaardigd. Deze werken *in rem*, in tegenstelling tot de schulduitsluitingsgronden die *in personam* werken, omdat het feit zelf gerechtvaardigd is en niet meer strafbaar is.¹⁷

Er kunnen een viertal rechtvaardigingsgronden worden opgesomd. Omdat het in het kader van deze masterscriptie de bedoeling is om een korte situering van het algemeen strafrecht te geven wordt dit slechts kort aangeraakt.

De eerste rechtvaardigingsgrond die door het Strafwetboek wordt besproken is het wettelijk voorschrift en overheidsbevel. Dat staat vermeld in artikel 70 Sw. De enige uitzonderingen die hierop bestaan zijn de ernstige schendingen van internationaal humanitair recht. Dat komt erop neer dat er geen sprake is van een misdrijf als degene die de gedraging stelt gemachtigd was bij de wet of als het een gevolg was van een overheidsbevel.¹⁸

De tweede rechtvaardigingsgrond die door het Strafwetboek wordt besproken is het noodweer of wettige verdediging. Deze staan vermeld in artikelen 416 en 417 Sw. Hoewel er in ons land een verbod op eigenrichting geldt, kan het toch zo zijn dat er in bepaalde gevallen een behoefte is aan

¹³ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 59-60.

¹⁴ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 60.

¹⁵ A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 84.

¹⁶ A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 85.

¹⁷ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 60; A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 85.

¹⁸ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 61.

verweer en de overheid dat niet kan bieden. Er moet wel worden voldaan aan verschillende voorwaarden met betrekking tot de noodweersituatie en met betrekking tot de verweerhandeling.¹⁹ Dit kan enkel maar plaatsvinden als het gaat om het afweren van een onrechtmatige aanranding van personen.²⁰

Een andere rechtvaardigingsgrond die niet door de wet is aanvaard, maar wel erkend door het Hof van Cassatie, is de noodtoestand. In deze situatie is er sprake van een belangenconflict waarbij het rechtsgoed dat gevrijwaard wordt een hogere waarde heeft dan het rechtsgoed dat wordt beschermd door de strafbaar gestelde gedraging en er daarom een delicttypische gedraging wordt gesteld.²¹

De laatste rechtvaardigingsgrond die eveneens niet wettelijk is erkend, is het wettig verzet. Normaliter mag men zich niet verweren met geweld of bedreiging tegen een rechtmatig optreden van overheidsagenten, maar bij een onrechtmatig optreden van overheidsagenten kan dat worden gerechtvaardigd.²²

1.1.4 Schuld en schulduitsluitingsgronden²³

Schuld is een noodzakelijke voorwaarde vooraleer er kan worden overgegaan tot bestraffing. Bij de schulduitsluitingsgronden is er sprake van omstandigheden die het schuldverwijt ontcrachten. De rechtsgrond voor de bestraffing wordt dus weggenomen. Er wordt meer specifiek gekeken of de gedraging, die wederrechtelijk is en voldoet aan de delictstypiciteit, de dader kan worden verweten.²⁴ Er treft hem dus geen verwijt omwille van de concrete situatie waarin hij de wettelijke delictsomschrijving stelt. De beklaagde kan een grond van schulduitsluiting aanvoeren en het is dan aan het Openbaar Ministerie of de vervolgende partij om de onjuistheid van die schulduitsluitingsgrond te bewijzen.²⁵

Er zijn twee grote categorieën die worden onderscheiden.²⁶

De eerste categorie bestaat uit de gronden van niet-toerekenbaarheid. Hierbij handelt de dader die beïnvloed is door incidentele omstandigheden. Die omstandigheden zorgden er dus voor dat de dader niet op een andere manier kon handelen dan dat hij nu gehandeld heeft.

¹⁹ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 62-66.

²⁰ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en Strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2011, 232.

²¹ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 66-68; A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 92-93.

²² F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 68-69.

²³ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 72-82.

²⁴ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 72.

²⁵ A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 111-112.

²⁶ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 72.

Schulduitsluitende overmacht of dwang en onoverwinbare dwaling kunnen onder deze categorie worden geplaatst.²⁷

De schulduitsluitende overmacht of dwang staat vermeld in artikel 71 Sw. Deze kan worden ingeroepen bij alle misdrijven omdat ze een algemene draagwijdte heeft. Men maakt hier verder een onderscheid tussen de materiële en de morele overmacht.²⁸ De gedraging kan hem in dat geval niet worden verweten omdat zijn wils- en keuzevrijheid was aangetast.²⁹

Bij de dwaling heeft de dader te maken met een misvatting over de strafrechtelijk relevante normen. Hierbij wordt er een onderscheid gemaakt tussen de rechtsdwaling en de feitelijke dwaling. Ze moeten allebei onoverkomelijk zijn als ze tot strafuitsluiting willen leiden. Hoewel er geen wettelijke basis voor te vinden is in het Strafwetboek, is het wel door het Hof van Cassatie erkend als een algemeen rechtsbeginsel. Dwaling heeft, net zoals de schulduitsluitende overmacht of dwang, een algemeen karakter. Goede trouw kan het gevolg zijn van een onoverkomelijke dwaling. Men gaat er dan immers van uit dat de gedraging die men gepleegd heeft legitiem is.³⁰

De tweede categorie gaat over de gronden van niet-toerekeningsvatbaarheid of schuldonbekwaamheid. Hier gaat het over de situatie waarbij er geen schuldbequaamheid voorhanden is. De gevallen van geestesstoornis en strafrechtelijke minderjarigheid kunnen onder deze categorie worden geplaatst. Het is van belang dat men voor ogen heeft dat strafrechtelijke beveiligingsmaatregelen wel kunnen worden opgelegd.³¹

De geestesstoornis kan ook als een schulduitsluitingsgrond worden beschouwd. Op het tijdstip van de feiten moet de dader dus geleid hebben aan een geestesstoornis die hetzij zijn oordeelsvermogen of de controle over zijn daden heeft tenietgedaan, hetzij ernstig heeft aangetast. Ook in geval van dronkenschap zal in bepaalde gevallen artikel 71 Sw. mee in rekening worden gebracht bij de bestraffing. Dat is enkel zo als het dronkenschap gekwalificeerd wordt als een ziekte.³²

1.1.5 Strafwaardigheid en strafuitsluitende verschoningsgronden³³

Naast de constitutieve elementen zoals schuldverwijt, delictstypiciteit en de wederrechtelijkheid bestaat als laatste constitutieve element de mogelijkheid tot het opleggen van straffen, beter gekend als de strafwaardigheid.³⁴

De hoven en rechtbanken dienen er ook rekening mee te houden dat ze enkel die straffen mogen

²⁷ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 72.

²⁸ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 73-74.

²⁹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 113.

³⁰ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 74-77.

³¹ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 72.

³² F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 81-82.

³³ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 82-87.

³⁴ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 82.

opleggen die door de wet zijn bepaald. Men gaat dus uit van het legaliteitsbeginsel. De strafrechter oordeelt verder wel soeverein over welke straf en strafmaat hij oplegt.³⁵

In principe kan men er dus van uitgaan dat als aan de drie voorwaarden van schuldverwijt, delictstypiciteit en wederrechtelijkheid voldaan is, er kan worden overgegaan tot de bestraffing van de dader. Toch er moet rekening worden gehouden met de omstandigheden waarbij er wordt overgegaan tot straffeloosheid ingeval van strafuitsluitende verschoningsgronden.³⁶

Dat is een situatie waarbij er, hoewel er aan de voorwaarden voor bestraffing is voldaan, overgegaan wordt tot straffeloosheid omdat de strafwaardigheid van de strafbaar gestelde gedraging opgeheven wordt. Dat kan enkel het geval zijn bij de wettelijke verschoningsgronden, zoals vermeldt in artikel 78 Sw. Als er een feitelijke situatie voldoet aan de eisen van de wet dan moet de strafuitsluitende verschoningsgrond verplicht worden toegepast. Deze heeft evenwel enkel een persoonlijk karakter zodat de deelnemers van een misdrijf zich niet op deze verschoningsgrond kunnen beroepen. Tevens dient er rekening te worden gehouden met het feit dat de wederrechtelijkheid en de schuld behouden blijven, bijgevolg kunnen de daders wel nog burgerrechtelijk aansprakelijk worden gesteld zonder dat er in een strafrechtelijke veroordeling wordt voorzien.³⁷ Beveiligingsmaatregelen of een internering kunnen echter wel nog bevolen worden.³⁸

Er zijn niet alleen strafuitsluitende verschoningsgronden te vinden in het Strafwetboek, maar ook in de bijzondere strafwetten.

In het Strafwetboek kan men onder andere denken aan de aangifte aan de overheid zoals bij artikelen 136 Sw. en 192 Sw. Het is dan zo dat er aan degene die een aangifte komt doen aan de overheid, geen straf wordt opgelegd, ook al zijn ze zelf betrokken bij een criminele onderneming. De overheid voert deze straffeloosheid in zodat zij kunnen ingrijpen of andere daders kunnen bestraffen. Het gaat hier over gevallen van samenspanningen tegen de veiligheid van de staat en vervalsing van munt en openbare effecten. Deze verschoningsgrond is persoonlijk en komt dus enkel maar ten goede van de dader die de aangifte komt doen.³⁹

Een andere grond van straffeloosheid is de onderwerping aan de overheid zoals bij artikel 134 Sw., in geval van oproer, en artikel 273 Sw. voor de weerspanning in bende.⁴⁰

Er bestaat natuurlijk ook nog de verschoningsgrond die voortvloeit uit de decumul van artikel 5, tweede lid Sw.⁴¹

³⁵ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 371.

³⁶ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 82.

³⁷ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 82-83.

³⁸ A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 129.

³⁹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 132.

⁴⁰ A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 133.

⁴¹ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 83-87.

De strafuitsluitende verschoningsgrond die in deze masterscriptie het meest van belang is, is die van bloed- en aanverwantschapsbanden. De basis voor deze verschoningsgrond is te vinden in artikel 462 Sw. De achterliggende reden waarom de wetgever in bepaalde gevallen overgaat tot straffeloosheid is omwille van opportuniteitsredenen. De wetgever acht het maatschappelijk niet nuttig om dergelijke misdrijven te bestraffen en is bang dat hij hiermee familiale conflicten in de hand zou werken. Deze strafuitsluitingsgronden zijn bijzonder en persoonlijk.⁴²

De verschoningsgrond van verwantschap is een overblijfsel van het Romeinse Recht. Het is een absolute verschoningsgrond die ervoor zorgt dat de publieke vordering onmogelijk wordt gemaakt, dit is zo volgens MARCHAL en JASPAR. Het delictuele karakter van de feiten blijft dus behouden, maar bepaalde personen worden niet strafbaar gesteld.⁴³

Er worden twee verschillende categorieën onderscheiden.

Men spreekt van de verschoningsgrond van bloed- en aanverwantschap bij de misdrijven tegen de eigendom van de familie en van de verschoningsgrond van bloed- en aanverwantschap waarbij er hulp wordt geboden aan familieleden. Het effect hierbij is dat het laatste constitutieve element van het misdrijf wordt opgeheven, meer bepaald de strafwaardigheid.

In het thema van mijn masterscriptie zijn deze het meest van belang en zullen onder hoofdstuk '2.3 Als misdrijfsluitende verschoningsgrond?' worden besproken.

⁴² F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 85.

⁴³ D. MERCKX, "Diefstal tussen echtgenoten, bloedverwanten en aanverwanten", *OSS* 2003, afl. 44, (57) 58-59.

1.2 Bestrafing

1.2.1 Strafmaat

Bij de delictsomschrijving in de wet staat de strafmaat opgesomd. Deze straf is *in abstracto* en het is aan de rechter om deze te concretiseren door rekening te houden met de feiten. Hierbij kan het ook zijn dat de straf onderhevig is aan verzwaring of verzachting, welke tevens door de wet wordt bepaald. De rechter heeft niet alle vrijheid om de straf zelf te bepalen, want hij moet immers rekening houden met zijn motiveringsplicht van artikel 149 Grondwet.⁴⁴

1.2.2 Strafverzwaring

Er zijn verschillende soorten situaties waarbij de strafmaat, die vermeld staat bij de wettelijke bepaling, verhoogd kan worden. Strafverzwaring kan plaatsvinden bij de verzwarende omstandigheden en bij de gevallen van wettelijke herhaling.⁴⁵

1.2.2.1 Wettelijke herhaling

De wettelijke herhaling is de situatie waarbij iemand een misdrijf pleegt nadat hij vroeger al eens veroordeeld was voor het plegen van een misdrijf. Dat leidt dus tot een strafverzwaring als aan de voorwaarden wordt voldaan. Het is een situatie die enkel tot de dader zelf toebehoort en dus enkel en alleen diens strafmaat kan verzwaren. De vier voorwaarden die vervuld moeten zijn vooraleer er kan worden gesproken over wettelijke herhaling zijn: allereerst het bestaan van een eerdere veroordeling, ten tweede een Belgische veroordeling, ten derde die in kracht van gewijsde is getreden en tot slot moet er een nieuw misdrijf zijn begaan.⁴⁶

1.2.2.2 Verzwarende omstandigheden

Er doen zich in de praktijk meer dan eens situaties voor waarbij de rechter bij een misdrijf, omwille van de feitelijke omstandigheden, een straf wil uitspreken die dicht bij het opgelegde wettelijk maximum ligt zonder dat hij dit vooropgestelde maximum mag overschrijden. Dat kan te maken hebben met omstandigheden zoals de zwaarte van het misdrijf en de persoonlijkheid van de dader. Hier spreekt men dus van feitelijke verzwarende omstandigheden.⁴⁷

De wettelijke verzwarende omstandigheden zijn in deze masterscriptie het meest van belang. Er kan geen sprake zijn van algemene verzwarende omstandigheden die voor alle misdrijven gelden, maar enkel de bijzondere die gelden voor een bepaald misdrijf.⁴⁸

Het zijn de bijzondere omstandigheden die in de wet omschreven staan en die het misdrijf erger

⁴⁴ J. DREESEN en Y. WERBROUCK, *Praktisch strafrecht*, Berchem, De Boeck, 2011, 92.

⁴⁵ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 371.

⁴⁶ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 374-375.

⁴⁷ A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 70-71.

⁴⁸ A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 73.

maken, althans in de ogen van de wetgever. De geldende strafmaat van het misdrijf wordt dus verzwaaard. Hieruit blijkt dus ook het bijkomstige karakter van de verzwarende omstandigheden. De omstandigheden worden dus gevoegd bij een bestaand misdrijf. Het kan ook zijn dat de omstandigheid elders in het Strafwetboek als een zelfstandig misdrijf wordt gekwalificeerd of als een constitutief bestanddeel. Er kan enkel worden overgegaan tot strafverzwaring als de verzwarende omstandigheden in de wet staan beschreven.⁴⁹ Dit heeft te maken met het legaliteitsbeginsel. Het bekende Latijnse adagium "*nulla poena sine lege*", wijst er op dat men geen straf kan opleggen zonder wet en dat geldt dus ook voor de strafverzwaring.⁵⁰ De rechter dient in zijn beslissing dan ook deze verzwarende omstandigheden op te leggen en te motiveren.⁵¹

In de praktijk gebeurt het wel eens dat de rechter daarentegen eerst verzwarende omstandigheden aanneemt, om vervolgens verzachtende omstandigheden aan te nemen. De strafverzwaring is immers wettelijk en er kan dus niet worden onderuit gekomen. De strafverzwaring kan de aard van het misdrijf wijzigen.⁵²

Omdat ze in de wet beschreven staan, brengt het ook een wettelijke strafverhoging met zich mee. De verzwarende omstandigheden passen ofwel de bovengrens, ofwel de ondergrens, ofwel de beide grenzen van de wettelijke straftoemeting aan. Van belang is ook dat de rechter er verplicht rekening mee moet houden met de kwalificatie die hij aan het feit moet geven.

In de praktijk dient er eerst aandacht te worden besteed aan de regels van de strafverzwaring alvorens te kijken of de poging strafbaar is. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen de subjectieve en de objectieve verzwarende omstandigheden.⁵³

In geval van de objectieve verzwarende omstandigheden, ookwel de materiële of reële verzwarende omstandigheden genoemd, zijn het omstandigheden die betrekking hebben op materiële elementen van het feit zelf. De strafverzwaring wordt op alle deelnemers toegepast. Het gaat hier bijvoorbeeld om de zware gevolgen of de temporele omstandigheden wanneer het misdrijf plaatsvond.⁵⁴

De subjectieve verzwarende omstandigheden, of de persoonlijke verzwarende omstandigheden, hebben daarentegen enkel en alleen betrekking op de dader.⁵⁵ Hierbij kan de relatie van verwantschap tussen de dader en het slachtoffer dus een rol spelen. Het belang van de hoedanigheid van een familielid is hierbij uitdrukkelijk te vermelden. Deze verzwarende omstandigheid zal in het kader van deze masterscriptie het meest voorkomen.⁵⁶ Ook de

⁴⁹ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 372.

⁵⁰ J. DREESEN en Y. WERBROUCK, *Praktisch strafrecht*, Berchem, De Boeck, 2011, 47.

⁵¹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 71.

⁵² A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 72.

⁵³ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 373-374.

⁵⁴ A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 73.

⁵⁵ A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 73.

⁵⁶ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 373-374.

voorbodachtheid kan als voorbeeld dienen van een subjectieve verzwarende omstandigheid.⁵⁷

1.2.3 Strafvermindering

Er zijn verschillende omstandigheden die ertoe kunnen leiden dat de strafmaat van het misdrijf wordt verminderd. Men spreekt onder andere van de strafverminderde verschoningsgronden, van de verzachtende omstandigheden en van de samenloop bij misdrijven.⁵⁸

1.2.3.1 Strafverminderende verschoningsgronden

Strafverminderende verschoningsgronden zijn omstandigheden die gaan leiden tot een strafvermindering, hoewel het omstandigheden zijn die de delictsomschrijving van het in die omstandigheden gepleegde misdrijf niet beïnvloeden. Omwille van de beschrijving van artikel 78 Sw. kunnen er enkel verschoningsgronden zijn die wettelijk zijn voorgeschreven. De rechter is dan ook verplicht om met die verschoningsgronden rekening te houden bij de straftoemeting.⁵⁹ Het misdrijf op zich blijft bestaan, enkel de straf zal verminderd worden onder het minimum dat de wet oplegt.⁶⁰

Er is cumulatie mogelijk tussen de strafverminderende verschoningsgronden en de verzachtende omstandigheden. Ook bij deze gevallen kan er uiteindelijk sprake zijn van correctionalisering.⁶¹

Als voorbeelden van de strafverminderende verschoningsgronden kunnen worden vermeld: de minderjarigheid, de uitlokking of provocatie ingeval van artikelen 411 en 412 Sw. en de aangifte van drugsmisdrijven aan de overheid.⁶² Dat kan onder andere toegepast worden bij mensen die aangifte komen doen van hormonenmisdrijven.⁶³

Deze hebben geen invloed op de strafbaarheid van de poging omdat ze enkel betrekking hebben op de straftoemeting. Omdat het een persoonlijk karakter heeft, is het enkel van toepassing op de dader van het misdrijf en niet op de mededaders of medeplichtigen.⁶⁴

⁵⁷ J. DREESEN en Y. WERBROUCK, *Praktisch strafrecht*, Berchem, De Boeck, 2011, 48.

⁵⁸ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 378-388.

⁵⁹ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 378.

⁶⁰ J. DREESEN en Y. WERBROUCK, *Praktisch strafrecht*, Berchem, De Boeck, 2011, 75.

⁶¹ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2011, 269.

⁶² F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 378-380.

⁶³ J. DREESEN en Y. WERBROUCK, *Praktisch strafrecht*, Berchem, De Boeck, 2011, 96.

⁶⁴ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 380-381.

1.2.3.2 Verzachtende omstandigheden⁶⁵

De verzachtende omstandigheden zijn de omstandigheden die eigen zijn aan de feiten of aan de dader. Ze hebben in alle gevallen een persoonlijk karakter. Wat er precies onder verzachtende omstandigheden moet worden verstaan, is niet in de wet bepaald. Dus het is aan de rechter om daarover te beslissen.⁶⁶ De techniek hoe de verzachtende omstandigheden in de praktijk moeten worden toegepast is echter wel in de wet opgenomen.

Toch is het van belang dat er enkel verzachtende omstandigheden kunnen worden aangenomen als het door de wet is toegelaten. Als de rechter er dan soeverein mee rekening houdt, kan hij bij de strafmaat onder het niveau van de wettelijke bovengrens of onder het niveau van de wettelijke ondergrens gaan. De rechter kan dus straffen uitspreken beneden de minimumstraf die de strafwet voor het misdrijf bepaalt.

Verzachtende omstandigheden worden vandaag de dag eerder automatisch opgenomen bij het bepalen van de straf. Hoewel het toekomt aan het oordeel van de rechter of een familielid wordt aangenomen als een verzachtende omstandigheid, oordeel ik hierover dat in de meeste gevallen een familielid wordt beschouwd als een verzwarende omstandigheid of een verschoningsgrond uit artikel 462 Sw. Dat zal in hoofdstuk 2 duidelijk worden.

De bepalingen die van toepassing zijn met betrekking tot de verzachtende omstandigheden zijn de artikelen 79 tot en met 85 Sw.

Voor de misdrijven die in de bijzondere strafwetten staan, moet uitdrukkelijk artikel 85 Sw. van toepassing worden verklaard of in een afzonderlijk regime worden voorzien.⁶⁷

De regels in verband met de strafbare poging en de strafbare deelneming moeten eerst worden toegepast alvorens er kan worden overgegaan naar de regels van de verzachtende omstandigheden.⁶⁸ Naast de strafrechter, kunnen ook de raadkamer en K.I verzachtende omstandigheden aannemen. Zij kunnen dat doen in het kader van de doorverwijzing naar een vonnisgerecht als de aanklacht ten gronde wordt beoordeeld.⁶⁹

Toch moet er rekening worden gehouden met het feit dat de vonnisgerichten verzachtende omstandigheden aannemen met als doel de straf te individualiseren. De onderzoeksgerechten en het Openbaar Ministerie nemen echter verzachtende omstandigheden aan met het oog op de bevoegde vonnisgerichten.⁷⁰

De onderzoeksgerechten dienen daarentegen wel de Wet van 4 oktober 1867⁷¹ in acht te nemen. De correctionalisatie en de contraventionalisatie is hierbij definitief en de feitenrechter moet de verzachtende omstandigheden aannemen. Er moet aan strikte wettelijke voorwaarden voldaan

⁶⁵ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 381-384.

⁶⁶ L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 461.

⁶⁷ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 381-382.

⁶⁸ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 384.

⁶⁹ J. DREESEN en Y. WERBROUCK, *Praktisch strafrecht*, Berchem, De Boeck, 2011, 94.

⁷⁰ A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 165.

⁷¹ Wet 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden, BS 5 oktober 1867.

worden als men wil dat de denaturatie geldig is.

Als het Openbaar Ministerie verzachtende omstandigheden aanneemt, zijn die slechts voorlopig en indicatief. De feitenrechter heeft er het laatste oordeel over of hij ze aanneemt of niet. Het OM kan deze verzachtende omstandigheden ook maar aannemen als er geen gerechtelijk onderzoek was gevorderd.⁷² Er kan telkens maar één keer verzachtende omstandigheden worden toegepast op hetzelfde misdrijf.⁷³

De verzachtende omstandigheden kunnen voor alle misdaden worden aangenomen. Voor de misdaden die strafbaar worden gesteld in bijzondere wetten gelden afzonderlijke bepalingen, maar voor de misdaden, die in het Strafwetboek zijn opgenomen, moet er worden gekeken naar de artikelen 79 tot 84 Sw.⁷⁴

Bij de wanbedrijven die hun oorsprong vinden in het Strafwetboek worden er verzachtende omstandigheden aangenomen op grond van artikel 85 Sw. Bij wanbedrijven die in de bijzondere wetten staan kan dat enkel en alleen als dat uitdrukkelijk bepaald is.⁷⁵

Dat is ook zo voor overtredingen, maar deze steunen op een andere wettelijke basis, namelijk artikel 566 Sw.⁷⁶ Als de overtredingen voortvloeien uit de bijzondere strafwetten dan kan er enkel worden overgegaan tot verzachtende omstandigheden als dat uitdrukkelijk is voorzien en enkel op de wijze die is bepaald in de wetten.⁷⁷

Bij de misdaden hebben de verzachtende omstandigheden verplichte en facultatieve gevolgen. De rechter is verplicht te vermelden in zijn uitspraak dat hij verzachtende omstandigheden aanneemt. Als er een strafvermindering van toepassing wordt verklaard moet deze tevens worden toegepast op de bijkomende straffen.

Bij de facultatieve gevolgen moet er gekeken worden naar de hoofdstraffen en de bijkomende straffen. Bij de hoofdstraffen moet worden gekeken naar artikel 80 Sw. Voor de bijkomende straffen moet eerst gekeken worden naar de hoofdstraffen. Want deze zijn daar afhankelijk van.⁷⁸

⁷² F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 381-382; A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 166.

⁷³ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 383-384.

⁷⁴ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 382.

⁷⁵ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 382.

⁷⁶ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 382.

⁷⁷ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 384.

⁷⁸ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 382-383.

1.2.3.3 Samenloop bij misdrijven⁷⁹

Samenloop is de situatie waarbij eenzelfde dader meerdere misdrijven pleegt, op hetzelfde of op verschillende tijdstippen, zonder dat hij ooit onherroepelijk was veroordeeld voor een van deze misdrijven op het ogenblik dat hij een ander misdrijf pleegde. Deze verschillende feiten worden dus samen voor de rechter gebracht. Omdat men anders tot een extreem hoge straf zou uitkomen als al die straffen afzonderlijk worden beoordeeld, wordt er hier door de regeling van de samenloop van misdrijven een strafvermindering tot stand gebracht.⁸⁰

De volgende vormen kunnen worden onderscheiden; de eendaadse samenloop, de meerdadse samenloop en het collectief misdrijf. Artikelen 60 tot en met 65 Sw. zijn hierop van toepassing.⁸¹

⁷⁹ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 385-388.

⁸⁰ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 385.

⁸¹ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 384-388.

2 Bijzonder strafrecht: misdrijf ten nadele van een familielid

2.1 Als constitutief bestanddeel

2.1.1 Verlating van familie: artikel 391bis – 391ter Sw.

2.1.1.1 Definitie

Familieverlating kan beschreven worden als de geldelijke verlating.

Er worden dus tevens straffen opgelegd en niet enkel burgerlijke sancties, als de onderhoudsverplichtingen die op het gezinsrecht gegrond zijn niet worden nageleefd.⁸²

Artikel 391bis Sw. beschrijft familieverlating als volgt:

*"Hij wordt gestraft die, na door een rechterlijke beslissing waartegen geen verzet of hoger beroep meer openstaat, te zijn veroordeeld om een uitkering tot onderhoud te betalen aan zijn echtgenoot, aan zijn bloedverwanten in neerdalende of in de opgaande lijn, meer dan twee maanden vrijwillig in gebreke blijft de termijnen ervan te kwijten."*⁸³

Het misdrijf dient duidelijk onderscheiden te worden van misdrijven waarbij er sprake is van een tekortkoming in diens familiale verplichtingen, maar niet op een financiële manier. Hiertoe behoren onder andere de misdrijven van artikelen 424, 425 en 426 Sw. die verder worden besproken.⁸⁴ Familieverlating is een *lex specialis* van het misdrijf dat is opgenomen in artikel 424 Sw.⁸⁵

De wet van 26 november 2011⁸⁶ zorgde voor een wijziging, omdat deze wet ook van toepassing is op artikel 391bis Sw. In artikel 43 gaat het over alle instellingen van openbaar nut en elke vereniging die op de datum van de feiten sinds meer dan vijf jaar rechtspersoonlijkheid heeft en tot doel heeft om slachtoffers van sektarische praktijken te beschermen ofwel het voorkomen van geweld of mishandeling bij elke persoon die kwetsbaar is ten gevolge van zijn leeftijd, zwangerschap, een ziekte of een lichamelijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid. Dan kan deze instelling, als ze de instemming bekomen heeft van het slachtoffer of diens vertegenwoordiger, in rechte optreden in de gedingen van de specifiek vermelde artikelen, onder andere het misdrijf familieverlating.

Deze instellingen dienen wel erkend te zijn door de Koning. Het slachtoffer heeft echter nadien de mogelijkheid om af te zien van zijn instemming. Dan vervalt de mogelijkheid van het optreden door de verenigingen of instellingen.⁸⁷

⁸² A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 182-183.

⁸³ Art. 391bis Strafwetboek.

⁸⁴ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 182.

⁸⁵ M. DE BUSSCHER, J. MEESE, D. VAN DER KELEN en J. VERBIST, *Wet en Duiding Strafrecht 2012, s.l.*, Larcier, 2012, 384.

⁸⁶ Wet 26 november 2011 tot wijziging en aanvulling van het Strafwetboek teneinde het misbruik van de zwakke toestand van personen strafbaar te stellen, en de strafrechtelijke bescherming van kwetsbare personen tegen mishandeling uit te breiden, *BS* 23 januari 2012.

⁸⁷ F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 408.

2.1.1.2 Constitutieve bestanddelen

Vooraleer er van familieverlating kan worden gesproken, moeten er vier voorwaarden zijn vervuld. Ten eerste moet er sprake zijn van een wettelijke onderhoudsplicht vastgelegd in een rechterlijke beslissing. Het moet gaan over onderhoudsverplichtingen die voortvloeien uit de wet. Onder andere de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 203 Burgerlijk Wetboek.⁸⁸ Deze verplichtingen zijn er omdat ze steunen op bloed- en aanverwantschap of adoptie. De familiale solidariteit dient immers behouden te blijven en te worden gewaarborgd.⁸⁹ Ouders zijn namelijk verplicht ervoor te zorgen dat hun kinderen alles hebben wat nodig is om op te groeien tot volwassenen. Dat dienen ze te doen naar evenredigheid van hun middelen.⁹⁰ Ze moeten voorzien in kost, onderhoud, opvoeding en opleiding.⁹¹

Bij de aanverwanten wordt er in een gelijkaardige regeling voorzien. De echtgenoten zijn elkaar met name getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd op grond van de artikelen 213, 221 en 223 Burgerlijk Wetboek. Zelfs in het geval dat er zich een feitelijke scheiding voordoet blijft dit voortduren. Dat geldt niet voor de samenwonende partners.⁹² De schoonouders en schoonkinderen, de stiefouders en stiefkinderen en de erfgenamen bevinden zich ook in deze categorie van aanverwanten.⁹³

Voor de onderhoudsverplichting die er bestaat bij een adoptie, dient er gekeken te worden naar artikel 353-14 Burgerlijk Wetboek.⁹⁴

Zelfs de onderhoudsbijdrage voor de verwekker uit artikel 336 Burgerlijk Wetboek, kan onder een onderhoudsverplichting worden verstaan.⁹⁵

Een tweede voorwaarde die moet zijn voldaan is het feit dat het moet gaan over een rechterlijke beslissing waartegen geen beroep of verzet meer openstaat. Cassatieberoep kan echter niet beletten dat er een veroordeling tot familieverlating volgt.

De onderhoudsplicht moet dus als het ware door de rechterlijke beslissing zijn bekrachtigd. De enige uitzondering die hierop geldt, is bij de situatie van een echtscheiding door onderlinge toestemming waarbij een overeenkomst afgesloten wordt tussen de partijen over het onderhoud tijdens de procedure.

Zolang er de verplichting is tot het betalen van onderhoudsgeld, kan er een veroordeling voor familieverlating mogelijk zijn. Een aanvraag tot afschaffing of tot vermindering van de onderhoudsplicht staat een veroordeling niet in de weg.

Als er sprake is van een beschikking van de voorzitter in kort geding, maar waarbij deze vervallen is bij gebrek aan betekening binnen het jaar, kan er geen sprake zijn van een veroordeling wegens familieverlating.

Bij een beschikking daarentegen die uitgaat van de vrederechter die dringende en voorlopige maatregelen oplegt met betrekking tot het huwelijk, in het kader van artikel 223 Burgerlijk

⁸⁸ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 183.

⁸⁹ I. DELBROUCK, "Verlating van familie", *Postal Memorialis* 1 juni 2012, (515) 515.

⁹⁰ I. DELBROUCK, "Verlating van familie", *Postal Memorialis* 1 juni 2012, (515) 519-520.

⁹¹ Art. 203 Burgerlijk Wetboek en 203bis Burgerlijk Wetboek.

⁹² I. DELBROUCK, "Verlating van familie", *Postal Memorialis* 1 juni 2012, (515) 520-521.

⁹³ I. DELBROUCK, "Verlating van familie", *Postal Memorialis* 1 juni 2012, (515) 521-522.

⁹⁴ I. DELBROUCK, "Verlating van familie", *Postal Memorialis* 1 juni 2012, (515) 522.

⁹⁵ I. DELBROUCK, "Verlating van familie", *Postal Memorialis* 1 juni 2012, (515) 522.

Wetboek, betreffende de persoon en de goederen van de echtgenoot en de kinderen, kan wel doorgaan voor een rechterlijke beslissing in de zin van artikel 391bis Sw.

Als de onderhoudsverplichting door een buitenlandse rechter werd opgelegd, dan zal er enkel kunnen worden overgegaan tot een veroordeling voor familieverlating in het geval dat de beslissing uitvoerbaar werd verklaard door een Belgische rechter.⁹⁶

De derde voorwaarde waaraan voldaan moet zijn vooraleer er sprake kan zijn van een veroordeling tot familieverlating is dat er een verzuim gedurende meer dan twee maanden is de termijnen te kwijten. De termijn van twee maanden moet verstreken zijn, maar het is evenwel niet vereist dat deze termijn van twee maanden ononderbroken is.

Als er reeds voorafgaand is betaald, kan het misdrijf wel worden vermeden.

Er zijn twee verschillende mogelijkheden wanneer men begint te tellen voor het verstrijken van de termijn van twee maanden. Enerzijds kan men uitgaan van het moment dat er geen verzet of hoger beroep meer mogelijk is wanneer de onderhoudsplichtige *ab initio* de rechterlijk uitspraak genegeerd heeft. Anderzijds vanaf de eerste niet gekwetten vervalddag wanneer de onderhoudsplichtige eerst de rechterlijke uitspraak naleefde en nadien negeerde.

Wanneer er sprake is van een buitenlandse rechter, dan zal de termijn van twee maanden pas beginnen te lopen vanaf de dag dat er geen verzet of hoger beroep meer mogelijk is tegen de beslissing van uitvoerbaarverklaring.⁹⁷

De laatste voorwaarde heeft betrekking op het moreel element. Het niet uitvoeren van diens onderhoudsplicht moet in alle gevallen vrijwillig plaatsvinden. Men gaat dus uit van algemeen opzet.⁹⁸ Hieronder kan worden verstaan dat het voldoende is dat de onderhoudsplichtige zich wil onttrekken aan zijn plicht terwijl hij weet dat hij er toe gehouden is.⁹⁹

In het geval dat de onderhoudsplichtige onmogelijk zijn onderhoudsplichten kon voldoen, door een situatie die ontstaan was buiten zijn wil, is er dus geen mogelijkheid dat de beklaagde wordt veroordeeld tot familieverlating. Dus in geval van insolvabiliteit van de onderhoudsplichtige kan er geen veroordeling tot familieverlating worden uitgesproken, als deze insolvabiliteit volledig en onvrijwillig is.¹⁰⁰

2.1.1.3 Bestrafing

De strafmaat die vermeld staat in het eerste lid van artikel 391bis Sw. is een gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en een geldboete van 50 tot 500 euro. Het kan zijn dat er slechts één van deze straffen wordt opgelegd. Onverminderd de mogelijkheid tot het opleggen van strengere straffen. Uit deze strafmaat kan worden afgeleid dat er sprake is van een wanbedrijf.

⁹⁶ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 184-187.

⁹⁷ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 187-188.

⁹⁸ L. STEVENS, "De familieverlating (artikel 391bis Sw.)", *A.J.T.* 1998-99, 287-288.

⁹⁹ L. DUPONT, *Verlating van familie*, Gent, Story-scientia, 1975, 61.

¹⁰⁰ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 189.

Het vierde lid van artikel 391bis Sw. bepaalt dat *"Hetzelfde geldt voor de echtgenoot die, na te zijn veroordeeld, hetzij tot een van de verplichtingen op de niet-nakoming waarvan door de eerste twee leden van dit artikel straf is gesteld, hetzij ingevolge de artikel 203ter, 221 en 301 paragraaf 11 van het Burgerlijk Wetboek en 1280, vijfde lid van het Gerechtelijk Wetboek zich vrijwillig ervan onthoudt de door de sociale wetgeving voorgeschreven formaliteiten te vervullen en zijn echtgenoot of zijn kinderen aldus berooft van de voordelen waarop zij aanspraak konden maken."*

Het vijfde lid bepaalt echter dat dezelfde straffen tevens van toepassing zijn *"op elke bloedverwant in de rechte nederdalende lijn die veroordeeld is tot onderhoudsplicht, en die vrijwillig nalaat de door de sociale wetgeving voorgeschreven formaliteiten te vervullen en aldus een bloedverwant in de opgaande lijn berooft van de voordelen waarop deze aanspraak kon maken."*

Het zesde lid bepaalt dat deze straffen tevens van toepassing zijn *op "eenieder die het toezicht op de gezinsbijslag of andere sociale uitkeringen vrijwillig belemmert, door na te laten de nodige documenten te bezorgen aan de instellingen belast met de vereffening van die uitkeringen, of door valse of onvolledige aangiften te doen of door de bestemming te wijzigen die de persoon of de overheid, aangewezen overeenkomstig artikel 29 van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade, eraan gegeven heeft."*

Familieverlating is een voortdurend misdrijf dus er is sprake van één strafrechtelijk feit dat in zijn geheel beoordeeld moet worden. Als er echter na de eerste veroordeling nieuwe feiten worden gepleegd, kan er wel sprake zijn van nieuwe vervolgingen en de bijhorende bestraffing. Dus in geval van herhaling, namelijk een tweede veroordeling binnen een termijn van vijf jaar te rekenen vanaf de eerste veroordeling, bepaalt artikel 391bis zevende lid Sw. dat de straffen kunnen worden verdubbeld.¹⁰¹

Bij de situatie dat er een burgerlijke vordering voor de strafrechter wordt ingesteld, kan de schade vergoed worden die door het misdrijf is veroorzaakt. Het onbetaald blijven van het onderhoudsgeld kan hier echter niet onder gekwalificeerd worden. Wat er wel onder kan vallen is het herstel van de schade die voortkomt uit de niet-naleving van de onderhoudsverplichtingen.¹⁰²

Er wordt in het Strafwetboek niet voorzien in een strafverzwaring naar gelang van de hoedanigheid van de dader van het misdrijf familieverlating. Als de wettelijke onderhoudsverplichting niet voldaan wordt door een vader ten opzichte van zijn kind of door een echtgenoot, wordt er geen onderscheid gemaakt.¹⁰³ Er wordt geen toepassing gemaakt van verschoningsgronden, maar er kan echter wel sprake zijn van verzachtende omstandigheden. Bijvoorbeeld het feit dat de dader een gedeelte van zijn verplichte onderhoudsbijdrage had betaald, of een zware schuldenlast had.¹⁰⁴

¹⁰¹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 190.

¹⁰² A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 191.

¹⁰³ B. DE SMET, "Familieverlating", *OSS 2012*, (1) 27.

¹⁰⁴ B. DE SMET, "Familieverlating", *OSS 2012*, (1) 34.

Men kan dus vaststellen dat dit een misdrijf is waarbij een familielid als constitutief bestanddeel is vereist. De straffen die worden opgelegd zijn er om de solidariteit in het gezin te gaan benadrukken. Dat is logisch aangezien burgerlijke sancties in deze situaties vaak niet meer voldoende zijn.

2.1.1.4 Rechtspraak

Uit een arrest van het Hof van Cassatie¹⁰⁵ van 2009 blijkt dat het niet als een voorwaarde wordt beschouwd dat het bedrag van de onderhoudsuitkering definitief is bepaald. Het is voldoende dat de begroting slechts provisioneel was. De verplichting tot het betalen van de onderhoudsuitkering blijft immers bestaan. Ook werd er in dit arrest geoordeeld dat de ingebrekestelling van de schuldenaar geen noodzakelijke vereiste is opdat er kan worden overgegaan tot schuldigverklaring van de onderhoudsplichtige.¹⁰⁶ Een ingebrekestelling wordt namelijk alleen als een vereiste gezien in een civiel geding en hiervan kan dus geen sprake zijn bij familieverlating.¹⁰⁷

Het Hof van Cassatie¹⁰⁸ heeft eveneens een oordeel geveld over de territoriale bevoegdheid van de rechter. Als er sprake is van een buitenlandse veroordeling tot het betalen van een onderhoudsuitkering die krachtens rechterlijke beslissing uitvoerbaar is verklaard, is deze rechter territoriaal bevoegd.¹⁰⁹

Het Hof van Cassatie¹¹⁰ oordeelde terecht in 2004, dat het niet betalen van schoolgelden ook gekwalificeerd wordt onder familieverlating. De schoolgelden kunnen immers geplaatst worden onder de verplichtingen uit artikel 203bis Burgerlijk Wetboek. De opleiding van de kinderen dient daar ook onder te worden verstaan evenals het inschrijvingsgeld.¹¹¹

In verband hiermee kan de Cassatierechtspraak van 21 november 1966 worden aangehaald. Hieruit wordt duidelijk dat de oproeping voor de vrederechter, van een persoon die wordt gestraft door artikel 391bis Sw., facultatief is. Deze mogelijkheid vloeit voort uit artikel 391ter Sw., op verzoek van de belanghebbenden of het Openbaar Ministerie.¹¹²

¹⁰⁵ Cass. (2^{de} k.) 3 november 2009, AR P.09.0884.N, (I.J.A.B. / G.B.).

¹⁰⁶ Cass. (2^{de} k.) 3 november 2009, AR P.09.0884.N, (I.J.A.B. / G.B.), RW 2009-10, (1644)1644.

¹⁰⁷ Cass. (2^{de} k.) 3 november 2009, AR P.09.0884.N, (I.J.A.B. / G.B.), RW 2009-10, (1644)1645.

¹⁰⁸ Cass. (2^{de} k.) 5 juni 2007, AR P.07.0462.N, (A.W.M.V.D.A. / J.D.).

¹⁰⁹ Cass. (2^{de} k.) 5 juni 2007, AR P.07.0462.N, (A.W.M.V.D.A. / J.D.), T. *Strafr.*, 2007/6, 386-387.

¹¹⁰ Cass. (2^{de} k.) 2 maart 2004, AR P.03.1313.N, (W.P. / B.N.) en in F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 409.

¹¹¹ S. VANDROMME, "Ook niet betalen van schoolgelden valt onder familieverlating", *Juristenkrant* 28 april 2004, 1 + 4.

¹¹² Cass. 21 november 1966 en in F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 410.

2.1.2 Achterlaten van kinderen of onbekwamen in een behoeftige toestand: artikel 424 Sw.

2.1.2.1 Definitie

Artikel 424 Sw. bepaalt dat het achterlaten door de vader of de moeder of de adoptanten van hun kind in een behoeftige toestand, ook al wordt het niet alleen gelaten, die weigeren het weer bij zich te nemen en weigeren zijn onderhoud te betalen als zij het aan een derde hebben toevertrouwd of als het bij rechterlijke beslissing aan een derde is toevertrouwd, gestraft kan worden met een gevangenisstraf en met een geldboete.

Het derde lid bestraft daarentegen de situatie waarin de bloedverwant in de rechte nederdalende lijn hun vader, moeder, adoptant of andere bloedverwant in de opgaande lijn in een behoeftige toestand achterlaten, ook al wordt de persoon niet alleen gelaten, die weigeren hem weer bij zich te nemen en weigeren zijn onderhoud te betalen als zij hem aan een derde hebben toevertrouwd of als hij bij rechterlijke beslissing aan een derde is toevertrouwd.

Er heeft dus een miskening van de onderhoudsplicht plaatsgevonden, alsook de morele steun die niet wordt geboden. Er is dus sprake van een tekortkoming ten opzichte van de plichten die zij hebben tegenover hun kinderen of ouders. Het wordt buiten beschouwing gelaten dat ze zelf bestaansmiddelen hebben.¹¹³

Dit misdrijf verschilt dus duidelijk van het wanbedrijf familieverlating. De noodzakelijke voorwaarden die bij familieverlating spelen, onder andere de voorafgaande rechterlijke beslissing en de eis tot betaling van onderhoudsgeld, zijn hier niet vereist.¹¹⁴

De wet van 26 november 2011 zorgt ook hier voor wijzigingen¹¹⁵, daar artikel 424 Sw. is opgenomen in de lijst.¹¹⁶

2.1.2.2 Constitutieve bestanddelen

Er zijn drie voorwaarden vereist alvorens men tot een veroordeling op basis van artikel 424 Sw. kan komen.

Ten eerste is het van belang dat er een tekortkoming plaatsvindt van de vader, de moeder, de adoptanten of de bloedverwanten in de rechte nederdalende lijn. Het familielid is dus een constitutief bestanddeel. Het is niet vereist dat de vader en de moeder samen de onderhoudsplicht miskennen.¹¹⁷

Ten tweede is het vereist dat de verlatene in een behoeftige toestand wordt achtergelaten, dat men weigert hem weer bij zich te nemen of weigert het onderhoud te betalen wanneer het aan een

¹¹³ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 237- 238.

¹¹⁴ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 238.

¹¹⁵ F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 468.

¹¹⁶ *Supra* p. 17, nr. 2.1.1.1

¹¹⁷ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 238.

derde werd toevertrouwd. Er zijn verschillende mogelijkheden om af te leiden of er sprake is van een behoeftige toestand. Dat kan onder andere het geval zijn wanneer een ouder hulp van het O.C.M.W. moet inroepen of als een ouder zijn deel van de verbintenis niet nakomt door het alimentatiegeld ten voordele van diens kind niet te betalen.¹¹⁸

Als derde voorwaarde is het moreel element, algemeen opzet, van belang.¹¹⁹

2.1.2.3 Bestrafing

Het misdrijf van achterlaten van minderjarigen of onbekwamen in een behoeftige toestand wordt volgens het eerste lid van artikel 424 Sw. gestraft met een gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en met een geldboete van 50 tot 600 euro, of met een van deze straffen alleen. Het kan ook zijn dat er sprake is van strengere strafbepalingen. Zo zal in het geval van herhaling, namelijk in geval van een tweede veroordeling, binnen een termijn van vijf jaar te rekenen vanaf de eerste veroordeling, de straffen verdubbeld kunnen worden. Er is dus in dit geval sprake van een wanbedrijf.¹²⁰

Zoals eerder vermeld is dit een misdrijf dat enkel bestaat in het geval er een familielid niet aan zijn onderhoudsplichten voldoet. Hieruit kan men afleiden dat er veel belang wordt gehecht aan de plichten die er bestaan binnen het gezinsleven. Daarom dat er in een specifieke strafbaarstelling wordt voorzien.

2.1.2.4 Rechtspraak

Het is aan de feitenrechter om soeverein te oordelen of de kinderen werden achtergelaten in een behoeftige toestand.¹²¹ Deze feiten dienen echter wel te worden beoordeeld in een kamer die bestaat uit drie magistraten op grond van artikel 92 Gerechtelijk Wetboek.¹²²

2.1.3 Het dwarsbomen van de maatregelen over de bewaring van minderjarigen: artikel 431 - 432 Sw.

2.1.3.1 Definitie

Het gaat over de situatie waarbij de wetgever besloten heeft om zich op strafbepalingen te beroepen ter verbetering van de naleving van de burgerlijke beslissingen. Er wordt hierbij dus vooral gekeken of het omgangsrecht, zoals dat in een rechterlijke beslissing werd bepaald, wordt nageleefd.¹²³

¹¹⁸ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 238.

¹¹⁹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 238.

¹²⁰ Art. 424, vierde lid, Strafwetboek.

¹²¹ Cass. 20 december 1967, *Pas.*, 1968, I, 550; *Arr. Cass.*, 1968, 590 en in F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 468.

¹²² F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 469.

¹²³ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 242.

Hoewel er een zekere analogie te vinden is in de artikelen 431 en 432 Sw. verschillen ze ook als dusdanig. Artikel 431 Sw. handelt immers enkel over de situatie waarbij andere personen dan de ouders het minderjarige kind onder de twaalf jaar niet afgeven en wordt dus in het kader van deze masterscriptie niet behandeld.¹²⁴

2.1.3.2 Constitutieve bestanddelen¹²⁵

Het moet gaan om een vader of een moeder van een minderjarig kind, die weet dat hij of zij de uitvoering van een beslissing belemmert. De uitspraak waar het in dit artikel overgaat, moet niet in kracht van gewijsde zijn getreden. Deze beslissing moet ook niet betekend zijn.

In de eerste paragraaf van artikel 432 Sw. gaat het over de situatie waarbij de ouder het kind onttrekt aan de rechtsvervolging die tegen het kind werd ingesteld uit kracht van de wetgeving betreffende de jeugdbescherming of jeugdbijstand. Of die het probeert te onttrekken aan de bewaring van de personen aan wie de overheid het kind heeft toevertrouwd, of als de ouder het niet afgeeft aan diegene die het recht heeft om het kind op te eisen, of als hij het ontvoert. Hierbij verzet de ouder zich dus tegen de uitvoering van een gerechtelijke of administratieve maatregel.

In de tweede paragraaf gaat het over de situatie waarbij het kind meer dan vijf dagen verborgen wordt gehouden voor degenen die het recht hebben het op te eisen, of waarbij het kind onrechtmatig buiten het grondgebied wordt vastgehouden.

In de derde paragraaf gaat het over de situatie waarbij er reeds over de bewaring van het minderjarige kind werd beslist, gedurende het verloop of ten gevolge van een echtscheiding of andere door de wet bepaalde omstandigheden. De situatie die in de praktijk meermaals voorkomt is het omgangsrecht van grootouders ten opzichte van hun kleinkinderen.

In de vierde paragraaf van artikel 432 Sw. gaat het over de situatie waarbij over de bewaring van het kind, voorafgaand aan de rechtspleging door onderlinge toestemming, een minnelijke schikking is getroffen.

Er is dus in de eerste, derde en vierde paragraaf sprake van een onttrekking aan de rechtsvervolging of een niet-afgifte van het kind aan diegene die er recht op heeft, of een ontvoering met of zonder de toestemming van het minderjarige kind.

Er wordt nergens in het artikel gesproken over het moreel element. Hieruit wordt het duidelijk dat het algemeen opzet volstaat.¹²⁶

¹²⁴ M. DE BUSSCHER, J. MEESE, D. VAN DER KELEN en J. VERBIST, *Wet en Duiding Strafrecht 2012, s.l., Larcier, 2012, 388.*

¹²⁵ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 243-245.

¹²⁶ B. DE SMET, "Niet-afgifte van kinderen", *OSS 2008, (1) 8.*

2.1.3.3 Bestrafing¹²⁷

De straffen van het misdrijf staan vermeld in het eerste lid van de eerste paragraaf van artikel 432 Sw. De dader krijgt een gevangenisstraf van acht dagen tot een jaar en een geldboete van 26 tot 1000 euro of slechts één van die straffen alleen.

De poging tot onttrekking wordt op dezelfde manier gestraft als het misdrijf dat voltrokken is.

De tweede paragraaf van artikel 432 Sw. kadert een bijzondere situatie die in de praktijk vooral voorkomt bij de problematiek van de gemengde huwelijken. In deze situatie is er dus automatisch sprake van een strafverzwaring. Er wordt een gevangenisstraf van een jaar tot vijf jaar opgelegd en een geldboete van 50 tot 1000 euro. Het kan ook zijn dat er enkel één van deze straffen wordt toegepast. De reden waarom deze strafverzwaring werd ingevoerd, is omdat de kans bestaat dat het minderjarige kind niet meer terugkeert naar zijn ouder in België. De angsten die de ouder hierdoor uitstaat zijn in vele gevallen ondragelijk.¹²⁸

Er wordt ook in een strafverzwaring voorzien in het derde lid van de eerste paragraaf en in het tweede lid van de tweede paragraaf. Dat gaat over de situatie waarbij de schuldige geheel of ten dele ontzet was uit diens ouderlijke macht. Dan kan de gevangenisstraf tot drie jaar worden verhoogd, respectievelijk een gevangenisstraf van minstens drie jaar worden opgelegd.

Het niet afgeven van het kind wordt gekwalificeerd als een aflopend misdrijf, het onttrekken van het kind, het verborgen houden of het onrechtmatig vasthouden van een minderjarig kind zijn voortdurende misdrijven. Het niet vertonen van het kind is een opeenvolgend misdrijf dat telkens opnieuw kan ontstaan.

Aan de hand van de straffen kan worden vermeld dat het dwarsbomen van de maatregelen over de bewaring van minderjarigen een wanbedrijf is. Deze strafbepalingen werden vooral ingevoerd om de ouders te verplichten, en in de gevallen waar nodig te sanctioneren, de maatregelen die werden genomen over de bewaring van hun minderjarige kinderen na te leven. Het zijn enkel de ouders die als dader kunnen worden gekwalificeerd bij dit misdrijf. De stabiliteit en de emotionele en familiale banden die het kind moet kunnen beleven zijn van belang voor diens opvoeding en verdere levensloop. Fouten in verband met diens bewaring kunnen dus niet ongestraft blijven.

2.1.3.4 Internationale parentale ontvoeringen

Internationale parentale ontvoeringen, ouderontvoering, kinderontvoering door een ouder, het zijn allemaal termen met dezelfde betekenis: er schuilt een verhaal achter. Een verhaal vol verdriet en emoties. Men komt namelijk in een situatie terecht waarbij een ouder het kind onrechtmatig naar het buitenland overbrengt of waar een ouder het kind ongeoorloofd vasthoudt. Dat land is dan niet de gewoonlijke verblijfplaats van het kind. De situatie wanneer een verblijf in het buitenland wat wel was toegestaan, door de ouder op een zodanige wijze wordt verlengd dat de andere ouder in

¹²⁷ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 345-348.

¹²⁸ *Infra* p. 25, nr. 2.1.3.4

de onmogelijkheid verkeert om zijn omgangsrecht uit te oefenen, dient ook hieronder te worden verstaan.¹²⁹

Deze problemen kunnen met verschillende wetgevende instrumenten worden bestreden en men probeert hiervoor nog steeds naar oplossingen te zoeken.

Er dienen twee multilaterale verdragen genoemd te worden, die beide van groot belang zijn omtrent deze problematiek in België. Het is het Europees Verdrag betreffende erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen, dat werd gesloten in Luxemburg¹³⁰ en het Haags Verdrag inzake burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, dat werd gesloten te 's-Gravenhage¹³¹. Deze verdragen werden beide gesloten in 1980, maar zijn enkel van toepassing in de verdragsluitende staten. Het doel van beide verdragen is het voorkomen en vooral bestrijden van internationale ontvoering van kinderen die jonger zijn dan zestien jaar.¹³² Het komt er dus bij beide verdragen op neer dat de kinderen zo snel als het kan terugkeren naar het land waar ze gewoonlijk verbleven. Slechts in bepaalde uitzonderlijke, opgesomde gevallen, zal dit geweigerd worden.

Omdat de verdragen niet in alle landen van toepassing zijn dient er te worden opgemerkt dat België bilaterale akkoorden heeft gesloten met landen die als problematisch beschouwd worden met betrekking tot kinderonvoering. Voorbeelden zijn landen als Marokko en Tunesië.¹³³

De verdragen verliezen echter ook uitwerking omdat er nu veelal voorrang wordt gegeven aan Verordening nr. 2201/2003.¹³⁴ Deze verordening vervangt de Verordening Brussel II.¹³⁵

De rechtbanken van de lidstaat waar het kind net voor zijn ontvoering zijn gewone verblijfplaats had, zijn bevoegd als men te maken heeft met een ongeoorloofde overbrenging of het niet laten terugkeren van een kind.¹³⁶ Dankzij deze nieuwe verordening hebben de Europese lidstaten, volgens vele practici, eindelijk een instrument dat nuttig is in de strijd tegen de internationale parentale ontvoeringen.¹³⁷

Andere bepalingen die vaak worden genoemd in deze context zijn artikel II van het Kinderrechtenverdrag¹³⁸ en artikel 8 EVRM¹³⁹. Zo legt volgens vaste rechtspraak van het EHRM

¹²⁹ B. DE SMET, "Niet-afgifte van kinderen", *OSS* 2008, (1) 12 A.

¹³⁰ Europees Verdrag van Luxemburg betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen van 20 mei 1980.

¹³¹ Haagse Conventie over de burgerlijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen van 25 oktober 1980.

¹³² M. VERHEYDE, "Internationale parentale ontvoeringen", *NjW* 8 oktober 2003, (990) 990.

¹³³ M. VERHEYDE, "Internationale parentale ontvoeringen", *NjW* 8 oktober 2003, (990) 992.

¹³⁴ Verord.Raad nr. 2201/2003, 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000, *Pb.L* 23 december 2003, afl. 338, 1.

¹³⁵ Verord.Raad nr. 1347/2000, 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid van gemeenschappelijke kinderen, *Pb.L* 30 juni 2006, afl. 160, 19.

¹³⁶ M. DE CLERCK, "De nieuwe Europese wetgeving inzake internationale parentale ontvoeringen", *T.J.K.* 2005/1, (6) 10.

¹³⁷ M. DE CLERCK, "De nieuwe Europese wetgeving inzake internationale parentale ontvoeringen", *T.J.K.* 2005/1, (6) 11.

¹³⁸ Internationaal Verdrag van New York inzake de rechten van het kind van 20 november 1989, *BS* 17 januari 1992.

artikel 8 EVRM de verplichting op aan de overheden om maatregelen te nemen zodat het bevel tot terugleiding wordt uitgevoerd. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt echter ook dat deze zich vaak laat leiden door het Haags Verdrag.¹⁴⁰

In het Belgisch Strafwetboek is onder het 'niet-afgeven van kinderen' in artikel 432 Sw. de ouderontvoering strafbaar gesteld. Als het kind in het buitenland door zijn ouder wordt vastgehouden, wordt dit gekwalificeerd als een verzwarende omstandigheid. Normaliter worden deze ouders zwaar gestraft, slechts in uitzonderlijke gevallen kunnen deze op basis van schulditsluitingsgronden worden vrijgesproken. Hierbij dienen echter mijns inziens vragen te worden gesteld aangezien de impact van dergelijke parentale ontvoering immens is en een vrijspraak dan ook uit den boze zou moeten zijn. Het lijkt mij beter om te opteren voor een lichtere straf aan de hand van verzachtende omstandigheden. Zeker als men in gedachte houdt dat specialisten het P.A.S.-syndroom, ook bekend als ouderverstootingssyndroom, als een van de belangrijkste gevolgen zien.¹⁴¹

Er kunnen verschillende voorbeelden worden gegeven van dergelijke verzachtende omstandigheden, overeenkomstig artikel 85 Sw. Dat kan bijvoorbeeld het moeilijke karakter van het kind zijn of de goede sfeer die nog aanwezig is tussen de ex-partners.

De rechtvaardigingsgronden, zoals overmacht en noodtoestand, kunnen tevens worden ingeroepen door de ouder-verdachte.¹⁴²

Het is noodzakelijk dat de dader wetens en willens handelde. Er dient dus sprake te zijn van algemeen opzet. De motieven van de dader worden buiten beschouwing gelaten. Er bestaat in deze context ook de mogelijkheid dat de ouder of de Procureur des Konings de zaak weer voorlegt aan de burgerlijke rechter om de verblijfsregeling van het kind te herzien op grond van de artikelen 387bis en 387ter Burgerlijk Wetboek.¹⁴³ Het strafrecht leunt hierbij dus nauw aan bij het burgerlijk recht. Men is als ouder immers strafbaar vanaf het moment dat de ouder de burgerlijke beslissing omtrent het omgangsrecht miskent. Men kan als ouder hierbij denken dat er enkel een burgerrechtelijke vergoeding wacht, maar in deze context heeft men te maken met het strafrecht. Als de onwetendheid van de dader echter niet verwijtbaar is, kan er toch nog een vrijspraak volgen wegens dwaling. Het feit dat het kind zich echter verzet om naar diens andere ouder te gaan, kan niet als een rechtvaardigingsgrond worden beschouwd.¹⁴⁴ De ouder dient namelijk zijn gezag uit te oefenen over diens kind en bijgevolg de rechterlijke beslissingen na te leven. Als die daarin niet slaagt, dient er een beroep gedaan te worden op een procedure die het omgangsrecht van het kind wijzigt.¹⁴⁵

¹³⁹ Europees Verdrag van Rome tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950, *BS* 19 augustus 1955, *err.*, *BS* 19 juni 1961.

¹⁴⁰ M. VERHEYDE, "Internationale parentale ontvoeringen", *NjW* 8 oktober 2003, (990) 994-995.

¹⁴¹ M. DE CLERCK, "De nieuwe Europese wetgeving inzake internationale parentale ontvoeringen", *T.J.K.* 2005/1, (6) 6.

¹⁴² B. DE SMET, "Niet-afgifte van kinderen", *OSS* 2008, (1) 16-17.

¹⁴³ B. DE SMET, "Niet-afgifte van kinderen", *OSS* 2008, (1) 8.

¹⁴⁴ B. DE SMET, "Niet-afgifte van kinderen", *OSS* 2008, (1) 9.

¹⁴⁵ B. DE SMET, "Niet-afgifte van kinderen", *OSS* 2008, (1) 10.

Het Belgische strafrecht wordt dus toegepast als een parallel ten aanzien van het IPR. De dader straffen is onder andere het doel van de Belgische strafrechter en de Belgische centrale autoriteiten hebben het terugbrengen van het kind als hoofddoel.¹⁴⁶

De impact van internationale wetgeving op de Belgische aanpak inzake de internationale parentale ontvoeringen valt aldus niet weg te denken. Het Belgische strafrecht dient in deze context vooral om ervoor te zorgen dat de burgerlijke beslissingen worden nageleefd.¹⁴⁷

Het is niet te verwonderen dat er veel rechtspraak is met betrekking tot de internationale parentale ontvoeringen. Een knelpunt, wat in de praktijk vaak voorkomt, gaat over de lokalisatie van het misdrijf. In België wordt de objectieve ubiciteitsleer toegepast, dus de Belgische strafrechter zal bevoegd zijn vanaf het moment dat er een constitutief bestanddeel van het misdrijf in België kan worden gelokaliseerd.¹⁴⁸ Er bestaat echter wel het risico in de praktijk dat wanneer er een beroep wordt gedaan op de strafrechter, de ontvoerder het kind nog langer verbergt en nog langer onttrekt aan diegene die er recht op heeft.

2.1.3.5 Rechtspraak

Het Hof van Cassatie¹⁴⁹ bevestigde in 2008 dat artikel 3 IVRK niet rechtstreeks van toepassing is voor de strafrechter als hij moet oordelen over de feiten uit artikel 432 Sw. Hij moet hierbij oog hebben voor het gegeven of het omgangsrecht, wat in het belang van de kinderen door een rechterlijke beslissing werd genomen, werd nageleefd en niet voor het belang van de kinderen op zich.¹⁵⁰

2.1.4 Oudermoord: artikel 395 Sw.

2.1.4.1 Definitie

Artikel 395 Sw. geeft een definitie wat er onder oudermoord kan worden verstaan.

"Doodslag op de vader, de moeder of andere bloedverwanten in opgaande lijn wordt oudermoord genoemd."

2.1.4.2 Constitutieve bestanddelen

Er dienen drie voorwaarden vervuld te zijn vooraleer iemand beschuldigd kan worden van oudermoord.

Ten eerste is vereist dat er een doodslag, artikel 393 Sw., is gepleegd. Dus er dient gedood te worden met het oogmerk om te doden. Als moreel element is dus het bijzonder opzet vereist. Een

¹⁴⁶ M. VERHEYDE, "Internationale parentale ontvoeringen", *NjW* 8 oktober 2003, (990) 993.

¹⁴⁷ S. VANDROMME, "Over het niet-afgeven van kinderen (artikel 432 paragraaf 3 Sw.) en de toepassing van de strafwet in de ruimte", *T.J.K.* 2003/5, (305) 306.

¹⁴⁸ S. VANDROMME, "Over het niet-afgeven van kinderen (artikel 432 paragraaf 3 Sw.) en de toepassing van de strafwet in de ruimte", *T.J.K.* 2003/5, (305) 306.

¹⁴⁹ Cass. (2^{de} k.) 4 maart 2008, AR P.07.1541.N, (A.L.A.M.C. / M.D.).

¹⁵⁰ F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 474.

ongeluk of ongeval kunnen hier dus niet onder worden geplaatst.¹⁵¹

Ten tweede is vereist dat de doodslag wordt gepleegd ten nadele van een familielid. Meer specifiek is er in artikel 395 Sw. bepaald dat het slachtoffer de vader, de moeder of een bloedverwant in opgaande lijn kan zijn. Hierover wordt door de jury bij het Hof van Assisen geoordeeld. Zij zijn daarbij niet gebonden door de regels die er in het Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen die betrekking hebben op de afstamming.¹⁵² Het is hierbij irrelevant of de ouder ontzet werd uit zijn ouderlijk gezag.¹⁵³

Hierbij is ook artikel 392bis Sw. van belang. Het geeft namelijk te kennen dat voor dit hoofdstuk, "*Opzettelijk doden, opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel, foltering, onmenselijke behandeling en onterende behandeling*", onder vader, moeder, ouders en bloedverwanten in opgaande lijn ook de adoptanten en de bloedverwanten in opgaande lijn van de adoptanten moet worden verstaan.¹⁵⁴

Ten derde is vereist dat de dader de familieband tussen het slachtoffer en zichzelf kende.¹⁵⁵

2.1.4.3 Bestrafing

Artikel 395 Sw. straft oudermoord met levenslange opsluiting: het is dus een misdaad. De verwantschap, namelijk de familieband, die aanwezig is bij oudermoord, is dus een persoonlijke verzwarende omstandigheid van het misdrijf doodslag. Er wordt dus zwaarder gestraft bij oudermoord omdat men vindt dat de dader dubbel in de fout gaat. De dader gaat het leven van zijn naasten miskennen en daarnaast heeft de dader geen eerbied voor het leven van iemand anders, doordat hij doodt met het oogmerk om te doden.¹⁵⁶

De voorbedachtheid, die van doodslag een moord maakt dat wordt bestraft in artikel 394 Sw., wordt bij oudermoord niet onderzocht. De straf die voor oudermoord geldt, is dezelfde als die voor moord, namelijk de levenslange opsluiting.¹⁵⁷

2.1.4.4 Rechtspraak

Er is weinig rechtspraak te vinden van het Hof van Cassatie wat als een mijlpaal kan worden beschouwd. De nieuwe wet van 10 december 2012¹⁵⁸, wat onder andere het Burgerlijk Wetboek en het Strafwetboek wijzigt, zorgt ook voor ontwikkelingen met betrekking tot artikel 395 Sw. Men wordt namelijk van rechtswege erfonwaardig als men de dader is van een oudermoord.

¹⁵¹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 198.

¹⁵² A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 199.

¹⁵³ M. DE BUSSCHER, J. MEESE, D. VAN DER KELEN en J. VERBIST, *Wet en Duiding Strafrecht 2012, s.l.*, Larcier, 2012, 337.

¹⁵⁴ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 194.

¹⁵⁵ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 199.

¹⁵⁶ Art. 395 Strafwetboek; A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 198.

¹⁵⁷ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 198.

¹⁵⁸ Wet van 10 december 2012 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Strafwetboek en het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de onwaardigheid om te erven, de herroeping van giften, het verval van huwelijksvoordelen en de plaatsvervulling, BS 11 januari 2013.

Hieromtrent zal ongetwijfeld belangrijke Cassatierechtspraak volgen.¹⁵⁹

2.1.5 Aanranding van de eerbaarheid: artikel 372 – 374 en 376 – 378 Sw.

2.1.5.1 Definitie

Aanranding van de eerbaarheid heeft te maken met een inbreuk op de seksuele integriteit van het slachtoffer. Het grote onderscheid met verkrachting is dat er hier geen sprake is van seksuele penetratie.¹⁶⁰ Bij aanranding van de eerbaarheid dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de gevallen die plaatsvinden met geweld of bedreiging en die plaatsvinden zonder geweld of bedreiging. Doordat men dit onderscheid maakt, is er ook een verschil in bestrafing en constitutieve bestanddelen.

De wet stelt meerdere handelingen strafbaar. Te weten het gedrag dat op het slachtoffer wordt gepleegd en het gedrag dat door het slachtoffer op de dader of een derde gepleegd werd, evenals de handelingen die het slachtoffer door toedoen van de dader op zichzelf pleegt.¹⁶¹

Een ander specifiek punt in verband met de aanranding van de eerbaarheid (en de verkrachting) is de regeling in verband met de verjaring. Artikel 21bis V.T.Sv. bepaalt dat de verjaringstermijn van de strafvordering pas begint te lopen vanaf de dag dat het slachtoffer achttien jaar is. In geval van correctionalisering blijft echter de verjaringstermijn gelden die voorzien is voor de misdaad.¹⁶²

2.1.5.2 Constitutieve bestanddelen

Het is noodzakelijk dat er drie vereisten aanwezig zijn alvorens men iemand kan beschuldigen van een aanranding van de eerbaarheid. Deze vereisten dienen sowieso aanwezig te zijn, in het geval met of zonder geweld of bedreiging.

Als eerste vereiste dient er voor de aanranding van de eerbaarheid sprake te zijn van een inbreuk op de seksuele onaantastbaarheid. Het is dus noodzakelijk dat de dader handelingen stelt met een zekere ernst die afbreuk doen aan de seksuele integriteit van het slachtoffer. De rechter oordeelt hierover, rekening houdend met het collectieve bewustzijn van de samenleving en met de tijdsgeest. Er is hiervoor een fysieke aantasting vereist, hoewel dat niet noodzakelijk een aanraking van het lichaam inhoudt.¹⁶³

Als tweede vereiste geldt het gebrek van een geldige toestemming van het slachtoffer.¹⁶⁴

Als derde vereiste wordt er gekeken naar het moreel element. Algemeen opzet is voldoende om

¹⁵⁹ K. BOONE, "Wet van 10 december 2012 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Strafwetboek en het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de onwaardigheid om te erven, de herroeping van giften, het verval van huwelijksvoordelen en de plaatsvervulling", *Not.Fisc.M.* 2013/4, (102) 102.

¹⁶⁰ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 137.

¹⁶¹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 138.

¹⁶² Art. 21bis, tweede lid V.T.Sv.

¹⁶³ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 137-139.

¹⁶⁴ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 139.

van aanranding van de eerbaarheid te kunnen spreken.¹⁶⁵

2.1.5.3 Aanranding van de eerbaarheid zonder geweld of bedreiging

2.1.5.3.A. Aanranding van de eerbaarheid zonder geweld of bedreiging gepleegd op de persoon of met behulp van de persoon van een kind beneden de volle leeftijd van zestien jaar.

Deze situatie is terug te vinden in artikel 372 eerste lid Sw. De constitutieve bestanddelen die hiervoor al zijn uiteengezet zijn vereist, net zoals de leeftijd van het slachtoffer een cruciale rol speelt. Het moet gaan om een slachtoffer dat jonger is dan zestien jaar. Hierbij is er dus geen sprake van een verzwarende omstandigheid in verband met de leeftijd van het slachtoffer. In verband hiermee dient ook te worden gezegd dat indien het slachtoffer zelf tot de seksuele handelingen aanleiding heeft gegeven, er nog steeds sprake is van een aanranding van de eerbaarheid. Er bestaat immers een vermoeden van morele dwang onder de leeftijd van zestien jaar.¹⁶⁶

2.1.5.3.B. Aanranding van de eerbaarheid zonder geweld of bedreiging gepleegd op de persoon of met behulp van de persoon van een minderjarige, zelfs indien deze de volle leeftijd van zestien jaar heeft bereikt, maar niet ontvoegd door het huwelijk.

Deze situatie staat beschreven in artikel 372 tweede lid Sw. Ook hier zijn weer dezelfde constitutieve bestanddelen vereist. Desalniettemin speelt ook hier de leeftijd van het slachtoffer, de hoedanigheid van de dader en de situatie waarin het slachtoffer niet ontvoegd is door het huwelijk een rol.¹⁶⁷

De leeftijdsvereiste voor deze situatie is dat het slachtoffer tussen de zestien en achttien jaar oud moet zijn.

Een andere vereiste is dat het slachtoffer niet ontvoegd is door het huwelijk.

De hoedanigheid van de dader is eveneens een constitutief bestanddeel.

Als er echter een aanranding van de eerbaarheid is op een minderjarige jonger dan zestien jaar, dan is er sprake van aanranding van de eerbaarheid zonder geweld of bedreiging, maar mét een verzwarende omstandigheid, namelijk de hoedanigheid van de dader. Dit wordt in artikel 377 Sw. nader toegelicht.

Hier wordt het dus duidelijk dat een familielid kan gelden als een constitutief bestanddeel en als een strafverzwarende omstandigheid. Deze paragraaf onderzoekt de situatie waarin een familielid een constitutief bestanddeel vormt.¹⁶⁸ Onder paragraaf 2.2.9.3¹⁶⁹ wordt de situatie toegelicht waarbij een familielid een strafverzwarende omstandigheid is.

¹⁶⁵ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 139.

¹⁶⁶ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 140-141.

¹⁶⁷ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 141.

¹⁶⁸ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 142.

¹⁶⁹ *Infra* p. 48, nr. 2.2.9.3

Wat er zo specifiek is aan de hoedanigheid van de dader staat vermeld in artikel 372 tweede en derde lid Sw. De dader is ofwel "een bloedverwant in opgaande lijn, of een adoptant, of de broer of zus van het slachtoffer, of ieder ander persoon die een soortgelijke positie heeft in het gezin, hetzij onverschillig welk persoon die gewoonlijk of occasioneel met het slachtoffer samenwoont en die over het slachtoffer gezag heeft"¹⁷⁰. Dus het was de bedoeling van de wetgever om de minderjarige tussen zestien en de achttien jaar te beschermen tegen een aanranding van de eerbaarheid die binnen de gezinsmuren zou plaatsvinden. Het familielid fungeert dus als dader van een aanranding van de eerbaarheid. Er werd hierbij dus ook rekening gehouden met de realiteit, namelijk het feit dat vele kinderen in nieuwe samengestelde gezinnen opgroeien en daardoor dus ook blootgesteld worden aan stiefvaders of stiefmoeders, halfbroers of halfzussen.¹⁷¹

2.1.5.4 Aanranding van de eerbaarheid met geweld of bedreiging

Deze situatie staat beschreven in artikel 373 Sw.

Naast de constitutieve bestanddelen is hier enkel vereist dat er tevens sprake is van geweld of bedreiging. Hierbij wordt de leeftijd beschouwd als een verzwarende omstandigheid. Dit zal worden toegelicht in paragraaf 2.2.9.3.¹⁷²

Om te controleren of er sprake is van geweld of bedreiging moet er worden gekeken naar artikel 483 Sw. Er moet dus sprake zijn van fysieke of morele dwang. Het geweld voorafgaand aan de aanranding kan hier ook onder worden gekwalificeerd. Het oordeel van de feitenrechter geeft hierbij de doorslag.¹⁷³

2.1.5.5 Bestrafing

"In geval van aanranding van de eerbaarheid zonder geweld of bedreiging gepleegd op een persoon of met behulp van een persoon van een kind van het mannelijke of het vrouwelijke geslacht beneden de volle leeftijd van zestien jaar, wordt er in een opsluiting voorzien van vijf tot tien jaar."¹⁷⁴ Er is hierbij dus sprake van een misdaad.

Er is tevens sprake van een misdaad in de situatie voorzien in artikel 372, tweede lid Sw. aangezien dan de dader wordt gestraft met een opsluiting van tien tot vijftien jaar.¹⁷⁵ Uit de verhoging van de strafmaat valt dus af te leiden dat de maatschappij vindt dat er strenger moet worden opgetreden tegen de aantasting van de seksuele integriteit door een familielid. De reden die hiervoor kan worden gegeven is het feit dat het kind een vertrouwensband of familiale relatie heeft met de dader, waardoor het trauma dat op de aanranding van de eerbaarheid volgt des te groter is.

¹⁷⁰ Art. 372, tweede en derde lid Strafwetboek.

¹⁷¹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 142.

¹⁷² A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 143.

¹⁷³ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 143-144.

¹⁷⁴ Art. 372, eerste lid Strafwetboek.

¹⁷⁵ Art. 372, tweede lid Strafwetboek.

In geval de aanranding wordt gepleegd met geweld of bedreiging krijgt de dader een gevangenisstraf opgelegd van zes maanden tot vijf jaar volgens artikel 373, eerste lid Sw. In dat geval heeft men dus te maken met een wanbedrijf. Deze straffen verschillen naargelang de leeftijd van het slachtoffer.¹⁷⁶

Er is nog een bijkomende straf expliciet in het Strafwetboek voorzien, meer bepaald in artikel 378 Sw. Er wordt voorzien in een ontzetting van de rechten, waarbij de termijnen dezelfde zijn als voor het gemene recht.¹⁷⁷ Bijkomend wordt er in het tweede lid voorzien dat de rechtbank aan de dader een verbod kan opleggen om te werken, in welk statuut dan ook, met de personen bedoeld in artikel 376, derde lid Sw.

In bepaalde gevallen wordt er nog in een extra straf voorzien, namelijk het beroepsverbod dat expliciet wordt toegelicht in artikel 382bis Sw.¹⁷⁸

Er kan bij de aanranding van de eerbaarheid nooit sprake zijn van poging. Artikel 374 Sw. bepaalt immers dat er een aanranding bestaat, vanaf het begin van uitvoering.

Toch bestaan er ook gevallen waarbij de aanranding van de eerbaarheid niet worden bestraft. Als strafuitsluitingsgronden kunnen de ontoerekeningsvatbaarheid en de minderjarigheid worden vermeld.¹⁷⁹ In sommige gevallen houdt de feitenrechter op dermate wijze rekening met de feiten dat hij beslist om verzachtende omstandigheden toe te passen.¹⁸⁰

2.1.5.6 Rechtspraak

In de praktijk werd er meermaals getwijfeld of het leeftijds onderscheid tussen de verkrachting, veertien jaar, en de aanranding van de eerbaarheid, zestien jaar, wel redelijk verantwoord was. Het Grondwettelijk Hof heeft in 2009¹⁸¹ voor duidelijkheid gezorgd. Het onderscheid in leeftijd wat er wordt gemaakt houdt geen schending in van het gelijkheidsbeginsel, uit de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.¹⁸² Er kan hieromtrent worden bepaald dat er voor elke vorm van seksueel contact een toestemming dient te zijn van een persoon van minstens zestien jaar.¹⁸³

¹⁷⁶ *Infra* p. 48, nr. 2.2.9.3.

¹⁷⁷ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 153.

¹⁷⁸ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 155.

¹⁷⁹ I. DELBROUCK, "Verkrachting", *Postal Memorialis* 1 juni 2012, (473) 505.

¹⁸⁰ I. DELBROUCK, "Verkrachting", *Postal Memorialis* 1 juni 2012, (473) 506.

¹⁸¹ GwH 29 oktober 2009, nr 167/2009.

¹⁸² B. KETELS en G. VERMEULEN, "Grondwettelijk Hof verfijnt leeftijds grens verkrachting en aanranding", *Juristenkrant* 13 januari 2010, (4) 4.

¹⁸³ B. KETELS en G. VERMEULEN, "Grondwettelijk Hof verfijnt leeftijds grens verkrachting en aanranding", *Juristenkrant* 13 januari 2010, (4) 5.

2.2 Als grond van strafverzwaring?

2.2.1 Vruchtafdrijving: artikel 348 – 352 Sw.

2.2.1.1 Definitie

Vruchtafdrijving wordt gedefinieerd als de kunstmatige beëindiging van een zwangerschap door de vernietiging *in utero* van een embryo of een foetus voor zover de levensvatbaarheidsgrens niet is overschreden.¹⁸⁴ Abortus is dus toegelaten als aan de voorwaarden van de abortuswet is voldaan, bij vruchtafdrijving is er niet aan de voorwaarden van de abortuswet voldaan en bijgevolg vindt er een misdrijf plaats.¹⁸⁵

Er wordt een onderscheid gemaakt tussen de vruchtafdrijving die plaatsvindt met opzet en diegene die plaatsvindt door opzettelijke gewelddaden zonder het oogmerk te hebben om een vruchtafdrijving te verwekken.

Het misdrijf vruchtafdrijving werd in 1990 grondig herzien en werd ingevoerd met het oog op het feit dat er afweging dient te gebeuren tussen het recht van de vrouw dat ze over haar eigen leven mag beschikken en het nieuw leven dat ontstaat vanaf de bevruchting.¹⁸⁶

2.2.1.2 Constitutieve bestanddelen

Mede aan de hand van de definitie kunnen de volgende constitutieve bestanddelen worden afgeleid.

Er dient een handeling plaats te vinden die er specifiek toe gericht is om de zwangerschap te stoppen. Dus een vernietiging van een embryo of foetus *in utero*.

De levensvatbaarheidsgrens mag niet overschreden zijn en er dient een causaal verband te bestaan tussen de handeling en de vernietiging.

Het algemeen opzet van de dader is voldoende als moreel element.¹⁸⁷

2.2.1.3 Opzettelijke abortus¹⁸⁸

Bij de opzettelijke abortus dienen er enkele onderscheiden te worden gemaakt, namelijk het geval waarbij de vrouw heeft toegestemd en het geval waarbij de zwangere vrouw niet heeft toegestemd. Deze staan beschreven respectievelijk in artikelen 350, 351 Sw. en 348 Sw.

Het Strafwetboek voorziet in artikel 352 het geval waarbij de middelen die gebruikt worden om tot een vruchtafdrijving te leiden de dood van de vrouw tot gevolg hebben.

Niet in alle gevallen wordt de opzettelijke abortus echter strafbaar gesteld. Er wordt in artikel 350, tweede lid Sw. een situatie voorzien waarbij dat niet het geval is.

¹⁸⁴ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 132.

¹⁸⁵ M. DE BUSSCHER, J. MEESE, D. VAN DER KELEN en J. VERBIST, *Wet en Duiding Strafrecht 2012, s.l.*, Larcier, 2012, 292.

¹⁸⁶ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 131-132.

¹⁸⁷ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 132.

¹⁸⁸ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 133-135.

Namelijk "wanneer de zwangere vrouw die door haar toestand in een noodsituatie verkeert, een geneesheer verzoekt haar zwangerschap af te breken en indien de zwangerschapsafbreking uitgevoerd wordt onder bepaalde voorwaarden."

Er wordt in artikel 350 Sw. een opsomming gegeven van de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn. Deze verschillen naargelang de afbreking plaatsvindt voor de twaalfde week of na de twaalfde week van de zwangerschap.

De keuze om tot een vruchtafdrijving over te gaan ligt dus bij de vrouw zelf. Als zij echter gedwongen wordt, hetzij door haar ouders ingeval dat ze zelf nog minderjarig is, hetzij door haar partner, verandert de situatie naar een vruchtafdrijving op een niet-toestemmende vrouw uit artikel 348 Sw. Zoals zal blijken uit de strafmaat, wordt de dader strenger gestraft dan in het geval waarin de vrouw wel haar toestemming gaf. Dit is logisch: het behoort tot het wezen van de vrouw om hierover te beslissen zelfs indien ze minderjarig is. De ouders mogen dus geen druk uitoefenen, maar enkel raad geven. De strafmaat is dezelfde voor alle daders.

2.2.1.4 Onopzettelijke abortus

De onopzettelijke abortus is de situatie die beschreven staat in artikel 349 Sw. Hiervan is sprake wanneer er een vruchtafdrijving ontstaat door het gebruik van geweld door de dader zonder het oogmerk om de vruchtafdrijving te verwekken.

In het geval van onvoorzichtigheid door de dader wordt er niet gesproken van een onopzettelijke abortus.¹⁸⁹

2.2.1.5 Bestrafning

Uit artikelen 350 eerste lid en 351 Sw. kan dus worden afgeleid dat bij een vruchtafdrijving waarbij de vrouw heeft toegestemd zowel de dader als de vrouw strafbaar worden gesteld. De dader wordt gestraft met een gevangenisstraf van drie maanden tot één jaar en met een geldboete van 100 tot 500 euro. De vrouw daarentegen wordt gestraft met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met een geldboete van 50 tot 200 euro. Beide misdrijven worden gekwalificeerd als wanbedrijven en het is duidelijk dat de dader strenger gestraft wordt.

In artikel 352 Sw. zal de misdaad strenger gestraft worden als de vrouw er niet in toestemde. De opsluiting van vijf tot tien jaar wordt dan een opsluiting van tien tot vijftien jaar.

In geval van een onopzettelijke vruchtafdrijving wordt de dader gestraft met een gevangenisstraf van drie maanden tot twee jaar en met een geldboete van 26 tot 300 euro. Hier wordt echter in een strafverzwaring voorzien als de dader wist dat de vrouw zwanger was of als er sprake is van voorbedachte rade. Dan krijgt de dader een gevangenisstraf van zes maanden tot drie jaar en een geldboete van 50 tot 500 euro.¹⁹⁰

¹⁸⁹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 136.

¹⁹⁰ Art. 349 Strafwetboek.

De ergste straffen zullen daarentegen liggen op de vruchtafdrijving bij een vrouw die daarin niet in toestemde. Hier wordt in een opsluiting voorzien van vijf tot tien jaar.¹⁹¹

Er wordt dus niet gekwalificeerd wie er allemaal als dader kan fungeren, behalve de vrouw die moeder van het kind zou worden. Die dader kan onder andere de echtgenoot van de vrouw zijn of haar ouders. Deze kunnen dus als familie gekwalificeerd worden ten opzichte van de embryo. Deze daders worden, zoals reeds vermeld, zwaarder gestraft dan de moeder van het kind. Het is natuurlijk de vraag in welke mate de vrouw als moeder kan worden beschouwd. De strafverzwaring ten opzichte van familieleden wordt hier dus duidelijk, hoewel er ook rekening mee moet gehouden worden dat de dader even goed een niet-familieelid kan zijn, bijvoorbeeld een geneesheer. Het is dus een feitenkwestie als er sprake is van een strafverzwaring of niet.

2.2.1.6 Rechtspraak

Het Hof van Cassatie oordeelde in 1992 over het moreel bestanddeel, zijnde het algemeen opzet.¹⁹²

2.2.2 Het verlaten van kinderen of kwetsbare personen: artikel 423 Sw.

2.2.2.1 Definitie

Artikel 423 Sw. gaat over de situatie waarbij een minderjarig kind of een kwetsbare persoon wordt verlaten. Wat er wordt verstaan onder kwetsbare personen kan worden afgeleid uit artikel 423 paragraaf 1 Sw. Het is een persoon van wie de kwetsbare toestand ten gevolge van de leeftijd, zwangerschap, een ziekte dan wel een lichamelijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid duidelijk was of de dader bekend was.

Een concreet voorbeeld wat er onder dit misdrijf dient te worden verstaan is het te vondeling leggen van een kind.

De wet van 26 november 2011 zorgt ook hier voor wijzigingen¹⁹³, daar artikel 423 Sw. is opgenomen in de lijst.¹⁹⁴

2.2.2.2 Constitutieve bestanddelen

Er dient een minderjarige of kwetsbare persoon te worden verlaten. Het verlaten mag op om het even welke plaats gebeuren, het hoeft dus geen eenzame plaats te zijn.

Het verlaten kan door eender welke persoon gebeuren, het is dus niet vereist dat deze

¹⁹¹ Art. 348 Strafwetboek.

¹⁹² Cass. 22 december 1992, AR 3124, (X.) en in J. DE HERDT, B. DE SMET, E. FORRIER, L. HUYBRECHTS, G. STESENS en I. VEROUGSTRAETE, *De Larcier Wetboeken Deel II Strafrecht, s.l., Larcier, 2012, 51.*

¹⁹³ F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht, Brugge, Die Keure, 2012, 467.*

¹⁹⁴ *Supra* p. 17, nr. 2.1.1.1

verantwoordelijk is voor diens opvoeding.¹⁹⁵ Aangezien er niet gesproken wordt van een moreel element, volstaat het dat de dader handelde met algemeen opzet.

2.2.2.3 Bestrafing

Artikel 423 paragraaf 1 Sw. legt tevens de strafmaat op, namelijk een gevangenisstraf van een maand tot drie jaar en een geldboete van 26 tot 300 euro.

De tweede en de derde paragraaf gaan over de specifieke situatie waarbij er sprake is van strafverzwaring.

In de tweede paragraaf is er ten gevolge van de verlating een ernstige verminking, een ongeneeslijk lijkende ziekte of het volledig verlies van het gebruik van een orgaan bij de persoon die wordt verlaten. De dader wordt dan gestraft met een gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar en met een geldboete van 50 tot 300 euro of met een van die straffen alleen.

In de derde paragraaf leidt de verlating van de persoon tot de dood van deze persoon. Hierdoor wordt de dader gestraft met een opsluiting van vijf tot tien jaar en spreekt met dus van een misdad door de strafverzwaring.

Artikel 427 Sw. is van toepassing op het misdrijf van artikel 423 Sw. Het gaat over de situatie waarbij de dader zijn vader, moeder, adoptanten of andere bloedverwanten in opgaande lijn heeft verlaten. Er worden dus daden tegen zijn familieleden gepleegd en deze zal dus als slachtoffer fungeren. Het kan ook zijn dat de schuldige, de vader, de moeder of de adoptant is van het slachtoffer dan wel elke andere persoon die gezag over het slachtoffer heeft of de bewaring ervan heeft.

Hierbij wordt de strafverzwarende rol die de familieleden hebben duidelijk. Het minimum van de gevangenisstraf wordt namelijk verdubbeld en de opsluiting wordt met twee jaar verhoogd.¹⁹⁶ Hoewel het misdrijf van verlaten van minderjarigen en kwetsbare personen dus ook gepleegd kan worden door eender welke persoon, is er een strafverhoging als dit gebeurt door een familielid. De verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat de minderjarigen en de onbekwamen beschermd worden door hun gezin. Er gaat normaliter een onvoorwaardelijke steun uit van de ouders en bloedverwanten. Zij staan in voor diens opvoeding en nemen de verantwoordelijkheid op zich. Het verlaten heeft dus strafrechtelijke gevolgen. Bijkomend kan er nog worden voorzien in een extra straf uit het derde lid, met name ontzetting uit de rechten.

2.2.2.4 Rechtspraak

De beoordeling moet gebeuren door een kamer die bestaat uit drie magistraten.¹⁹⁷

¹⁹⁵ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 237.

¹⁹⁶ Art. 427, eerste lid Strafwetboek.

¹⁹⁷ Brussel 22 maart 2005, *NJW* 2005, afl. 126, 1136, noot G. VERSCHULDEN en in F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 469.

2.2.3 Onthouden van voedsel of verzorging aan minderjarigen en kwetsbare personen: artikel 425 Sw.

2.2.3.1 Definitie

Artikel 425 Sw. paragraaf 1 geeft naast de definitie meteen ook de constitutieve bestanddelen weer die vereist zijn om van het misdrijf van 'onthouden van voedsel of verzorging' te kunnen spreken. Als kwetsbare persoon wordt beschouwd een persoon van wie de kwetsbare toestand ten gevolge van de leeftijd, zwangerschap, een ziekte dan wel een lichamelijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid duidelijk was of de dader bekend was.

De wet van 26 november 2011 zorgt ook hier voor wijzigingen¹⁹⁸, daar artikel 425 Sw. is opgenomen in de lijst.¹⁹⁹

2.2.3.2 Constitutieve bestanddelen

Er moet sprake zijn van iemand die opzettelijk voedsel of verzorging onthoudt.

Dat moet gebeuren ten nadele van een minderjarige of een kwetsbare persoon die niet in staat was om in zijn onderhoud te voorzien.²⁰⁰

De onthouding kan ten nadele van deze laatste diens gezondheid in het gedrang brengen. Onder deze voorwaarde kan onder andere de situatie worden verstaan waarbij de ouders weten dat er een gevaar is voor hun kind, maar desgevallend toch de medische hulp die wordt voorzien weigeren.

Er is een bijzonder moreel element vereist omdat men spreekt van het 'opzettelijk' onthouden.²⁰¹

2.2.3.3 Bestrafing

De strafmaat van dit misdrijf hangt af van de gevolgen die eraan gekoppeld worden.

In de eerste paragraaf krijgt de dader een gevangenisstraf van een maand tot drie jaar en een geldboete van 26 tot 300 euro. Er kan ook een van deze straffen alleen worden uitgesproken.

Er wordt in een strafverhoging voorzien als het onthouden van voedsel of verzorging een ongeneeslijk lijkende ziekte, het volledige verlies van het gebruik van een orgaan of een ernstige verminking ten gevolge heeft. Dan wordt er voor de dader voorzien in een opsluiting van vijf tot tien jaar.²⁰²

De strengste straf staat daarentegen vermeld in paragraaf drie waarbij de minderjarige of de kwetsbare persoon gestorven is aan de gevolgen. De dader wordt gestraft met een opsluiting van tien tot vijftien jaar.

¹⁹⁸ F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 469.

¹⁹⁹ *Supra* p. 17, nr. 2.1.1.1

²⁰⁰ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 239; F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 469.

²⁰¹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 239.

²⁰² Art. 425, § 2 Strafwetboek.

In deze gevallen werd er nergens gesproken over de ouders of bloedverwanten. Hierbij moet dus eveneens artikel 427 Sw. op worden toegepast. Waarbij ook hier weer sprake is van strafverhoging als de vader, moeder of bloedverwanten in opgaande lijn de minderjarigen of kwetsbare personen onthouden van voedsel of verzorging of omgekeerd.

De achterliggende idee hiervan kan te maken hebben met het feit dat de ouders hun kinderen moeten verzorgen en moeten voorzien in voedsel. De plichten van de ouders en hun kinderen komen hier dus ter sprake. Het derde lid voorziet in een bijkomende straf van artikel 33 Sw.

2.2.3.4 Rechtspraak

Het Hof van Cassatie oordeelde in 2011 dat het vereiste moreel element niet bestaat uit het schuldig verzuim, maar wel uit het opzettelijk nalaten dus opzettelijk niet handelen.²⁰³

2.2.4 Nalaten van onderhoud: artikel 426 Sw.

2.2.4.1 Definitie

Naarmate de constitutieve bestanddelen worden uitgelegd uit artikel 426 paragraaf 1 Sw. wordt ook de definitie van een kwetsbare persoon duidelijk.

De wet van 26 november 2011 zorgt ook hier voor wijzigingen²⁰⁴, daar artikel 426 Sw. is opgenomen in de lijst.²⁰⁵

2.2.4.2 Constitutieve bestanddelen

Het gaat om iemand die de bewaring van een minderjarige of een kwetsbare persoon heeft die niet in staat was om in zijn onderhoud te voorzien.

Deze heeft het onderhoud van de minderjarige of de onbekwame nagelaten. Hierdoor wordt de gezondheid van het slachtoffer in gedrang gebracht. Het algemeen opzet van de dader volstaat. Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 15 mei 1912 blijkt dat de onthouding te maken moet hebben met de essentiële dagelijkse verzorging die men dus in normale omstandigheden kan verwachten.²⁰⁶

2.2.4.3 Bestraffing

In de eerste paragraaf van artikel 426 Sw. wordt er in de strafmaat voorzien. Er wordt een gevangenisstraf opgelegd van acht dagen tot twee maanden en een geldboete van 50 tot 500 euro. Het kan zijn dat er slechts een van deze straffen wordt opgelegd, of dat er in een strengere straf wordt voorzien.

²⁰³ Cass. 19 oktober 2011, AR P.11.0901.N, (G. J., M., G., G.J., S. J.-P., Y., N., G./F. P.), *T. Strafr.* 2012/1, (37) 37.

²⁰⁴ F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 470.

²⁰⁵ *Supra* p. 17, nr. 2.1.1.1

²⁰⁶ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 239.

Zo wordt onder andere in de tweede paragraaf de situatie besproken waarbij het slachtoffer overlijdt aan de gevolgen. Hier is de strafmaat een gevangenisstraf van drie maanden tot twee jaar en een geldboete van 50 tot 1000 euro.²⁰⁷

Bij het nalaten van onderhoud door de ouders of bloedverwanten in opgaande lijn of ten nadele van een familielid is artikel 427 Sw. van toepassing. De straf zal dus verzwaard worden. De essentiële dagelijkse verzorging is immers iets waarvan wordt uitgegaan dat dit door de ouders gebeurt. Als zij het onderhoud van de minderjarige kinderen of kwetsbare personen nalaten zal er dus in een strengere straf worden voorzien. Dit is om dit soort situaties tegen te gaan. Alle kinderen hebben namelijk recht op verzorging²⁰⁸. Het derde lid bepaalt dat er bijkomend kan worden voorzien in straf uit artikel 33 Sw.²⁰⁹

2.2.4.4 Rechtspraak

Er is geen belangrijke rechtspraak voorhanden.

2.2.5 Ontvoering van minderjarigen: artikel 428 Sw.

2.2.5.1 Definitie

Artikel 428 en volgende Sw. zijn in het Strafwetboek ingevoerd om de ouderlijke macht en de minderjarigen beschermen. Uit Titel VIII misdaden en wanbedrijven tegen personen, hoofdstuk III, afdeling IV 'Ontvoering en verberging van minderjarigen en kwetsbare personen' vallen verschillende misdrijven te onderscheiden.²¹⁰

Het grote onderscheid wordt gemaakt tussen de ontvoering van de minderjarigen die de leeftijd van twaalf jaar hebben bereikt en degene die de leeftijd van twaalf jaar niet hebben bereikt. Deze artikelen zijn niet van toepassing op de ontvoering door de ouders. De parentale ontvoeringen worden toegelicht in hoofdstuk 2.1.3.²¹¹

De wet van 26 november 2011 zorgt ook hier voor wijzigingen²¹², daar artikel 428 Sw. is opgenomen in de lijst.²¹³

2.2.5.2 Ontvoering van een minderjarige van minder dan twaalf jaar

Artikel 428 paragraaf 1 Sw. bepaalt; *"Met een opsluiting van vijf jaar tot tien jaar wordt gestraft hij die een minderjarige die de leeftijd van twaalf jaar niet heeft bereikt, ontvoert of doet ontvoeren, zelfs als de minderjarige zijn ontvoerder vrijwillig is gevolgd."*

²⁰⁷ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 239.

²⁰⁸ Art. 24 Internationaal verdrag inzake de rechten van het kind.

²⁰⁹ F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 470.

²¹⁰ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 239.

²¹¹ *Supra* p. 23, nr. 2.1.3

²¹² F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 471.

²¹³ *Supra* p. 17, nr. 2.1.1.1

Hieruit kunnen duidelijk de verschillende constitutieve bestanddelen worden afgeleid.

Ten eerste moet er sprake zijn van een ontvoering. Dat is om het even welke handeling waardoor de minderjarige wordt onttrokken aan diegene die het bewakingsrecht over hem hebben.

Ten tweede mag het slachtoffer nog geen twaalf jaar oud zijn.

Ten derde is de hoedanigheid van de dader van belang.

Als laatste vereiste is het algemene opzet nodig.

De strafmaat staat eveneens opgenomen in de eerste paragraaf. De dader wordt gestraft met een opsluiting van vijf tot tien jaar. Het is een misdaad die blijft voortduren totdat de minderjarige weer onder de hoede staat van een overheid.²¹⁴

2.2.5.3 Ontvoering van een minderjarige van meer dan twaalf jaar of een kwetsbare persoon

Dit misdrijf staat vermeld in de tweede paragraaf van artikel 428 Sw.

De constitutieve bestanddelen zijn eveneens een ontvoering, de hoedanigheid van de dader en het algemene opzet. Het slachtoffer moet evenwel een minderjarige zijn die ouder is dan twaalf jaar of een andere persoon van wie de kwetsbare toestand ten gevolge van de leeftijd, zwangerschap, ziekte of een lichamelijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid duidelijk was of de dader bekend was. Er moet gebruik worden gemaakt van geweld, list of bedreiging. Er wordt hiervoor gekeken naar artikel 483 Sw., waarbij er dus sprake is van fysieke en morele dwang.

De strafmaat is hier dezelfde als wanneer de minderjarige jonger is dan twaalf jaar, namelijk een opsluiting van vijf tot tien jaar.²¹⁵

2.2.5.4 Bestrafing

De strafmaat zal echter in beide gevallen van ontvoering verhoogd worden in het geval het slachtoffer overlijdt. Dan is er een opsluiting van twintig tot dertig jaar voorzien.²¹⁶ In dit geval kan er wel correctionalisatie plaatsvinden op grond van artikel 2, derde lid, 7^o Wet Verzachtende Omstandigheden van 4 oktober 1867.²¹⁷

De straf wordt eveneens verzaamd als de ontvoering van de minderjarige of kwetsbare persoon een ongeneeslijk lijkende ziekte, een blijvende fysieke of psychische ongeschiktheid, een volledig verlies van een orgaan of een zware verminking tot gevolg heeft. Dan wordt er in een opsluiting van vijftien tot twintig jaar voorzien in paragraaf 4.

Desalniettemin is er ook in een mogelijkheid voorzien om een strafverlaging toe te passen.

Meer specifiek is dit bepaald in artikel 430 Sw.: als de ontvoerder de ontvoerde binnen de vijf dagen vrijwillig teruggeeft, is er in een gevangenisstraf van twee tot vijf jaar en in geldboete van 200 tot 500 euro voorzien. Dit is niet van toepassing op artikel 428 paragraaf 3 tot paragraaf 5.

²¹⁴ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 240.

²¹⁵ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 241.

²¹⁶ Art. 428, § 5 Strafwetboek.

²¹⁷ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 242.

2.2.5.5 Rechtspraak

Het Hof van Cassatie besliste in 2005 dat dit artikel niet van toepassing is op de vader en de moeder.²¹⁸ Dus aangezien het niet van toepassing is op de ouders van de ontvoerde, kan men in dit artikel ook geen grond voor strafverzwaring terugvinden voor een dader-familielid. Voor de parentale ontvoeringen en de bestraffing daarvan verwijs ik naar hoofdstuk 2.1.3.4.

2.2.6 Verberging van een minderjarige: artikel 429 Sw.

2.2.6.1 Definitie

Artikel 429 Sw. bepaalt het volgende; *"Met dezelfde straffen als de dader van de ontvoering wordt gestraft hij die een minderjarige of een kwetsbaar persoon als bedoeld in artikel 428 paragraaf twee, van wie hij weet dat hij is ontvoerd, bij zich houdt."*

De wet van 26 november 2011 zorgt ook hier voor wijzigingen²¹⁹, daar artikel 429 Sw. is opgenomen in de lijst.²²⁰

2.2.6.2 Constitutieve bestanddelen

Het moet gaan om een minderjarige of kwetsbare persoon die ontvoerd werd. De persoon die dat weet houdt die ontvoerde bij zich, of hij doet geen moeite om de ontvoerde te bevrijden of de politie te waarschuwen. Het is irrelevant of er sprake was van geweld of bedreiging. Het is dus een voortdurend misdrijf.²²¹ Het vereiste moreel element waar hiervan sprake is, is het algemeen opzet.

2.2.6.3 Bestrafing

De straf die de dader van dit misdrijf krijgt is een opsluiting van vijf tot tien jaar.

De straf kan evenwel worden verhoogd naargelang de gevolgen. Dit staat uitgewerkt in artikel 428 paragraaf 4 en 5 Sw.

Er is in artikel 430 Sw. in een mogelijkheid voorzien om een strafverlaging toe te passen. Als de persoon die de ontvoerde verbergt, de ontvoerde binnen de vijf dagen na diens ontvoering vrijwillig teruggeeft, wordt er in een straf voorzien van gevangenisstraf van twee tot vijf jaar en een geldboete van 200 tot 500 euro.

²¹⁸ Cass. (2^{de} k.) 26 oktober 2005, AR P.05.0966.F, (G.P. / Y.E.) en in J. DE HERDT, B. DE SMET, E. FORRIER, L. HUYBRECHTS, G. STESENS en I. VEROUGSTRAETE, *De Larcier Wetboeken Deel II Strafrecht, s.l., Larcier, 2012, 64.*

²¹⁹ F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht, Brugge, Die Keure, 2012, 472.*

²²⁰ *Supra* p. 17, nr. 2.1.1.1

²²¹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 241.

2.2.6.4 Rechtspraak

Er is geen belangrijke rechtspraak voorhanden.

2.2.7 Kindermoord: artikel 396 Sw.

2.2.7.1 Definitie

Artikel 396, eerste lid Sw. geeft een definitie van kindermoord; "*Doodslag op een kind bij de geboorte of dadelijk daarna, wordt kindermoord genoemd.*"

Met 'bij de geboorte' wordt de periode bij de bevalling bedoeld. Het is echter wel vereist dat het kind geleefd heeft. Met 'dadelijk na de geboorte' wordt bedoeld dat er geen tijdsverloop tussen de geboorte en doodslag mag hebben plaatsgevonden. Er mag dus geen twijfel uitgegaan zijn van de dader.²²²

2.2.7.2 Constitutieve bestanddelen

Uit de definitie kan al worden afgeleid dat het gaat om een doodslag. Deze constitutieve bestanddelen dienen dus aanwezig te zijn.

Het slachtoffer moet een kind bij de geboorte, of onmiddellijk na de geboorte zijn.

De voorbedachtheid die de doodslag tot moord maakt kan aanwezig zijn, dit heeft invloed op de bestraffing van het misdrijf.

Het is echter zonder belang wat de hoedanigheid van de dader was.²²³

2.2.7.3 Bestrafing

Het tweede lid van artikel 396 Sw. bepaalt dat naargelang de omstandigheden kindermoord wordt bestraft als doodslag of als moord. De voorbedachtheid speelt hierbij dus een rol en dient zeker onderzocht te worden. Op moord staat een straf van levenslange opsluiting²²⁴ en op doodslag een opsluiting van twintig tot dertig jaar.²²⁵ Er wordt niets specifiek vermeld in verband met verzwarende omstandigheden als de dader een familielid zou zijn.

²²² A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 199-200.

²²³ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 199.

²²⁴ Art. 394 Strafwetboek.

²²⁵ Art. 393 Strafwetboek.

2.2.7.4 Rechtspraak

Het arrest van het Hof van Cassatie van 11 februari 1987²²⁶ is een mijlpaalarrest hieromtrent, omdat er sindsdien voor het strafrecht een autonoom criterium wordt gehanteerd. Vroeger werd in het burgerlijk recht en in het strafrecht van hetzelfde criterium gebruik gemaakt om te bepalen vanaf wanneer men als persoon bescherming genoot, zijnde vanaf het levend en levensvatbaar geboren zijn.²²⁷

2.2.8 Opzettelijke slagen en verwondingen: artikel 398 – 410bis Sw.

2.2.8.1 Definitie

Om het misdrijf opzettelijke slagen en verwondingen goed te begrijpen is het eerst en vooral van belang om te weten wat er onder 'opzettelijk' dient te worden verstaan.

Artikel 392 Sw. geeft een definitie: "*Het is het doden en het toebrengen van letsel met het oogmerk om een bepaald persoon of een persoon die zal worden aangetroffen of ontmoet, aan te randen, ook al was dit oogmerk afhankelijk van enige omstandigheid of van enige voorwaarde en zelfs al heeft de dader zich vergist omtrent de persoon die het slachtoffer van de aanranding is geworden.*"²²⁸

Artikel 392bis Sw. speelt, zoals reeds eerder vermeld, ook hier een rol in het kader van de verzwarende omstandigheden.

Aan de hand van de constitutieve bestanddelen wordt het duidelijk wat er onder slagen en verwondingen wordt verstaan.

2.2.8.2 Constitutieve bestanddelen

Voor het misdrijf opzettelijke slagen en verwondingen is er sprake van drie constitutieve bestanddelen.

Ten eerste is het noodzakelijk dat er slagen en verwondingen werden toegebracht. De rechtbanken bepalen zelf wat hieronder wordt verstaan. Er wordt immers geen opsomming in de wet weergegeven. Het maakt niet uit als het toebrengen gebeurt door een lichaamsdeel of een voorwerp wat men gebruikt. Het is niet noodzakelijk dat de slagen en verwondingen samen voorkomen.

Er dient hierbij een onderscheid te worden gemaakt met de feitelikheden of de lichte gewelddaden uit artikel 563, 3^o Sw. die geen slagen en verwondingen zijn.²²⁹

²²⁶ Cass. 11 februari 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 780, *Pas.* 1987, I, 694.

²²⁷ M. DE BUSSCHER, J. MEESE, D. VAN DER KELEN en J. VERBIST, *Wet en Duiding Strafrecht 2012, s.l.,* Larcier, 2012, 337-338.

²²⁸ Art. 392 Strafwetboek.

²²⁹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 202-203.

De tweede vereiste is dat deze slagen en verwondingen werden toegebracht aan een andere levende menselijke persoon.²³⁰

Als laatste vereiste is het van belang dat de dader dit opzettelijk deed. Het is irrelevant wat de drijfveer van de dader was. Het is niet vereist dat de dader de schade, die werd veroorzaakt door de slagen, heeft gewild. Het is ook niet vereist dat hij de schade kon voorzien.

Als het slachtoffer toestemde, is dat nog geen grond voor rechtvaardiging.²³¹

2.2.8.3 Bestrafing

Artikel 398, eerste lid Sw. bepaalt als volgt:

"Hij die opzettelijk verwondingen of slagen toebrengt, wordt gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en met een geldboete van 26 tot 100 euro of met een van die straffen alleen."

Toch wordt deze straf in de praktijk in niet veel gevallen toegepast. De wetgever heeft namelijk voorzien in een hele reeks van verzwarende omstandigheden. Deze kunnen onder andere te maken hebben met de gevolgen van de slagen en verwondingen. Het zijn objectieve verzwarende omstandigheden omdat, zoals eerder al bij 'opzet' werd vermeld, het er niet toe doet of de dader de gevolgen ervan heeft gewild.²³²

De wetgever voorziet in artikel 399 eerste lid Sw. in het geval dat de slagen of verwondingen een ziekte of ongeschiktheid tot het verrichten van persoonlijke arbeid tot gevolg hebben.

Artikel 400, eerste lid Sw. voorziet echter in het geval waarbij de slagen of verwondingen een ongeneeslijk lijkende ziekte, een blijvende ongeschiktheid tot het verrichten van persoonlijke arbeid, een volledig verlies van een gebruik van een orgaan of een zware verminking tot gevolg hebben. Er wordt in artikel 401 Sw. eveneens in een strafverzwaring voorzien als de slagen en verwondingen de dood veroorzaken van het slachtoffer. Dus het belang van het oorzakelijk verband wordt hier duidelijk.

Een andere grond van strafverzwaring heeft te maken met de voorbedachtheid van de dader bij het toedienen van de slagen. Al deze voorafgaande artikelen voorzien namelijk in de mogelijkheid om de schuldige die gehandeld heeft met voorbedachte rade strenger te straffen. Dit wordt telkens duidelijk weergegeven in het tweede lid. Het gaat hier om een persoonlijke verzwarende omstandigheid.²³³

Artikel 405bis Sw. voorziet in een extra grond voor strafverzwaring als deze voorgaande misdrijven (Artikelen 398 Sw. – 404 Sw.) gepleegd zijn op een minderjarige of op een persoon van wie de

²³⁰ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 203.

²³¹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 203-204.

²³² A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 205.

²³³ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 209.

kwetsbare toestand ten gevolge van de leeftijd, zwangerschap, een ziekte dan wel een lichamelijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid duidelijk is of de dader bekend is en die niet bij machte is om in zijn onderhoud te voorzien.²³⁴

2.2.8.4 Strafverzwaring omwille van een familielid

De laatste grond van strafverzwaring die hier wordt besproken, is diegene die het meeste bijdraagt tot het opzet van deze masterscriptie, namelijk een misdrijf ten nadele van een familielid. Hierbij speelt de hoedanigheid van de dader en van het slachtoffer dus de grootste rol.

Artikel 405ter Sw. gaat over de situatie waarbij de misdrijven die beschreven staan in artikelen 398 tot 405bis Sw. zijn gepleegd op een minderjarige of kwetsbare persoon die niet bij machte was om in zijn onderhoud te voorzien door zijn vader, moeder of andere bloedverwanten in de opgaande lijn, of in de zijlijn tot de vierde graad, of door enige andere persoon die het gezag heeft over deze personen, of door een persoon die hen onder zijn bewaring heeft, of een persoon die gewoonlijk of occasioneel samenwoont met het slachtoffer.

In deze gevallen worden de straffen nog eens verzaard. Men gaat er dan van uit dat het minimum wat op deze straffen stond, verdubbeld wordt in geval van een gevangenisstraf en het minimum verhoogd wordt met twee jaar bij een opsluiting.²³⁵

Deze situatie is specifiek voorzien wanneer het familielid als dader fungeert. De straffen worden logischerwijze verhoogd omdat dergelijke gewelddaden niet mogen plaatsvinden binnen een familie. De familie hoort bescherming te bieden en een veilige haven, voor de kwetsbare persoon of de minderjarige, te kunnen geven. Misbruik maken van diens zwakheid dient dus streng te worden bestraft. De wet van 26 november 2011 zorgt ook hier voor wijzigingen²³⁶, daar artikel 405ter Sw. is opgenomen in de lijst.²³⁷

In verband hiermee dient artikel 410 Sw. te worden toegelicht. Het eerste lid bepaalt het volgende;

“Indien de schuldige, in de gevallen omschreven in artikel 398 tot 405 Sw., de misdaad of het wanbedrijf pleegt tegen zijn vader, moeder of andere bloedverwanten in de rechte opgaande lijn of in de zijlijn tot de vierde graad, wordt de minimumstraf bedoeld in die artikelen verdubbeld in geval van gevangenisstraf en met twee jaar verhoogd in geval van opsluiting.”

Hier gaat men dus uit van de hoedanigheid van de dader in het familieverband.

Sinds de wet van 24 november 1997 is daar nog een tweede lid aan toegevoegd. Dit bepaalt; *“Hetzelfde geldt ingeval de schuldige de misdaad of wanbedrijf heeft gepleegd tegen zijn echtgenoot of de persoon met wie hij samenleeft of samengeleefd heeft en een duurzame affectieve en seksuele relatie heeft of gehad heeft. Bovendien wordt de maximumstraf, in het geval bepaald in artikel 398, eerste lid, verhoogd tot een gevangenisstraf van een jaar.”*

²³⁴ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 209.

²³⁵ Art. 405ter Strafwetboek.

²³⁶ F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 426.

²³⁷ *Supra* p. 17, nr. 2.1.1.1

Aangezien het een ruime algemene bepaling is, speelt het geslacht of leeftijd geen rol. Hieruit kan men ook afleiden dat het niet enkel gaat om het geweld dat plaatsvindt binnen het huwelijk of binnen het gezinsleven. Het gaat eveneens om het geweld dat plaatsvindt bij de samenwonenden. Deze daders worden dus ook strenger gestraft als aan de voorwaarden die vermeld staan in het artikel cumulatief voldaan zijn. Zijnde samenleven of samengeleefd hebben, er moet sprake zijn van een duurzame affectieve en seksuele relatie en deze relatie bestaat nog of is voorbij. Zelfs indien deze relaties stukgelopen zijn, wordt de dader nog steeds strenger gestraft. Dit is een hele ruime opvatting die wordt gehanteerd, maar wel een die oog heeft op de samenleving. Er zijn immers erg veel samenwonenden waarbij men in quasi dezelfde relatie zit als in het huwelijk. Ook hier dient er dus streng worden opgetreden.²³⁸

De wet van 26 november 2011 zorgt ook hier voor wijzigingen²³⁹, daar artikel 410 Sw. is opgenomen in de lijst.²⁴⁰

2.2.8.5 Verminking van genitaliën

Een bijzondere tenlastelegging die gekwalificeerd kan worden onder slagen en verwondingen is de verminking van de genitaliën bij de vrouw. Het misdrijf staat beschreven in artikel 409 Sw. De eerste paragraaf, eerste lid, geeft de definitie en de bestraffing ervan weer. Het gaat over eender welke vorm van verminking van de genitaliën van een vrouw. Zowel diegene die het uitvoert, die het vergemakkelijkt of bevordert, met of zonder de toestemming van de vrouw in kwestie wordt gestraft. Er wordt voorzien in een gevangenisstraf van drie tot vijf jaar.²⁴¹ Hieruit kan dus worden afgeleid dat deze handelingen niet strafbaar zijn bij verminking bij mannen of als het uitgevoerd wordt op basis van medische gronden.

Aangezien het een wanbedrijf is, wordt de poging afzonderlijk strafbaar gesteld in het tweede lid.

De personen die de vrouwen vervoeren naar de plaats waar de verminking zal plaatsvinden, bijvoorbeeld in het buitenland, worden ook strafbaar gesteld.²⁴²

De tweede tot de vijfde paragraaf voorzien in gronden van strafverzwaring. Onder andere als de verminking de dood tot gevolg heeft of als de verminking wordt uitgevoerd op een minderjarige of als er met een winst oogmerk wordt gehandeld. In al deze gevallen wordt de verminking gekwalificeerd als een misdad.²⁴³

De vijfde paragraaf behoeft in het kader van deze masterscriptie meer toelichting.

²³⁸ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 209-210.

²³⁹ F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 429.

²⁴⁰ *Supra* p. 17, nr. 2.1.1.1

²⁴¹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 214-215.

²⁴² A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 214-215.

²⁴³ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 215.

Als de verminking gebeurt op een minderjarige of een persoon die uit hoofde van zijn lichaams- of geestestoestand niet bij machte is om in zijn onderhoud te voorzien, door diens vader, moeder of andere bloedverwant in opgaande lijn, of door enige andere persoon die gezag heeft over de minderjarige of de onbekwame, of door een persoon die hen onder zijn bewaring heeft, of door een persoon die occasioneel of gewoonlijk samenwoont met het slachtoffer, is er voorzien in een strafverhoging.

Het minimum wat in de paragrafen 1 tot en met 4 staat wordt namelijk verdubbeld als men te maken heeft met een gevangenisstraf of het wordt met twee jaar verhoogd in geval van opsluiting.²⁴⁴

2.2.8.6 Rechtspraak

De verzwarende omstandigheid die werd ingevoerd door artikel 405ter Sw. is enkel van toepassing op misdrijven die gepleegd zijn op minderjarigen vanaf de inwerkingtreding.²⁴⁵

2.2.9 Aanranding van de eerbaarheid: artikel 372 – 374 en 376 – 378 Sw.

2.2.9.1 Definitie²⁴⁶

Voor een bespreking van de definitie van de aanranding van de eerbaarheid gelieve zich te wenden tot hoofdstuk 2.1.5.1.

2.2.9.2 Constitutieve bestanddelen²⁴⁷

Voor een bespreking van de constitutieve bestanddelen van de aanranding van de eerbaarheid gelieve zich te wenden tot hoofdstuk 2.1.5.2.

2.2.9.3 Bestrafing

Wanneer de aanranding wordt gepleegd met geweld of bedreiging wordt er op de dader een gevangenisstraf opgelegd van zes maanden tot vijf jaar.²⁴⁸

De leeftijd van het slachtoffer is een verzwarende omstandigheid zoals blijkt uit artikel 373 tweede lid en derde lid Sw. waarbij er een strengere straf wordt opgelegd als de minderjarige tussen de zestien of de achttien jaar is (tweede lid) of als het slachtoffer jonger is dan zestien jaar (derde lid). In dat geval heeft men te maken met een misdaad.²⁴⁹

Het Strafwetboek heeft meerdere gevallen voorzien waarbij er sprake is van verzwarende omstandigheden.

²⁴⁴ Art. 409, § 5 Strafwetboek.

²⁴⁵ Cass. (2^{de} k.) 23 oktober 2002, AR P.02.0958.F, (D.A. e.a. / H.M. e.a.).

²⁴⁶ *Supra* p. 30, nr. 2.1.5.1

²⁴⁷ *Supra* p. 30, nr. 2.1.5.2

²⁴⁸ *Supra* p. 32, nr. 2.1.5.5

²⁴⁹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 143.

Artikel 377 Sw. voorziet in een grond van strafverzwaring. Deze heeft te maken met de hoedanigheid van de dader. Deze grond van strafverzwaring is vooral van belang in het kader van deze masterscriptie. Er wordt een opsomming gegeven wie hieronder allemaal kan worden verstaan. Onder andere de bloedverwant in opgaande lijn van het slachtoffer of de adoptant, iemand die over het slachtoffer gezag heeft, iemand die misbruik heeft gemaakt van het gezag of de faciliteiten die zijn functies hem verlenen. Er wordt verder ook nog gesproken van een geneesheer, een verloskundige en dergelijke. De lijst van daders uit artikel 372 tweede lid Sw. wordt hier tevens herhaald. Deze personen zijn dus voornamelijk familieleden van het slachtoffer. Er wordt hier dus in een strafverzwaring voorzien omdat het trauma voor deze slachtoffers groter zal zijn, niet alleen door de inbreuk op de seksuele integriteit, maar eveneens door het feit dat een persoon ten opzichte van wie zijn een affectieve band hadden, een dergelijk trauma heeft veroorzaakt. Het zal moeilijk worden vooraleer de slachtoffers iemand kunnen vertrouwen. De angst om er mee naar buiten te komen is ook groter. Al deze elementen kunnen een strafverzwaring voor de dader-familie lid verantwoorden.²⁵⁰

De voornaamste familiebanden tussen het slachtoffer en de dader worden hieronder uitgebreider toegelicht, aangezien deze grond van strafverzwaring van groot belang is voor mijn masterscriptie.

In eerste instantie kan er gekeken worden naar de situatie waarbij de dader een bloedverwant in opgaande lijn is van het slachtoffer. Hierdoor wordt incest dus onrechtstreeks bestraft. Als wettige bloedverwanten worden hieronder verstaan de ouders, grootouders en overgrootouders van het slachtoffer. De afstamming tussen de dader en het slachtoffer dient dus vast te staan. Hiervoor kan er een beroep worden gedaan op de regels van afstamming uit het burgerlijk recht. Toch dient rekening te worden gehouden met artikel 15 V.T.Sv. waardoor de strafrechtbanken in principe zelf beslissen over de toepassing van de andere rechtstakken. Er dient dan rekening te worden gehouden met uitzonderingen, zoals artikel 331 Burgerlijk Wetboek. Hierbij dient dus voor ogen te worden gehouden dat wanneer er sprake is van een geschil met betrekking tot de afstamming, de strafrechtbanken pas uitspraak kunnen doen wanneer er een in kracht van gewijsde getreden beslissing is door de burgerlijke rechtbank. De Hoven van Assisen zijn evenwel niet gebonden door de regels met betrekking tot afstamming uit het Burgerlijk Wetboek. Ook de natuurlijke bloedverwanten kunnen onder bloedverwant in opgaande lijn worden verstaan. Evenals de adoptanten, zijnde de adoptieve ouders en grootouders. Dit is zo voor feiten die gepleegd zijn na de inwerkingtreding van de wet²⁵¹ van 28 november 2000.²⁵²

Ten tweede is er sprake van een verzwarende omstandigheid in de gevallen waarbij er personen het gezag uitoefenen over het slachtoffer. Hierbij werd er door het Hof van Cassatie een onderscheid gemaakt tussen personen die het wettelijk gezag en diegene die het feitelijk gezag uitoefenen.

Onder het wettelijk gezag dient te worden verstaan het voogdijgezag, het pleegvoogdij, de

²⁵⁰ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 150-151.

²⁵¹ Wet 28 november 2000 betreffende de strafrechtelijke bescherming van de minderjarigen, BS 17 maart 2001.

²⁵² D. MERCKX, "Verkrachting – De verzwarende omstandigheden", *OSS* 2004, (1) 12-19.

voorlopige bewindvoerder ingeval van een gerechtelijke onbekwaam verklaring, meesters over hun dienstboden en onderwijzers. De dader verkrijgt dan een gezag over het slachtoffer en men gaat uit van een vermoeden *iuris tantum* dat de dader het verkregen gezag misbruikte om de feiten te plegen.

Het feitelijk gezag vloeit daarentegen voort uit de feitelijke omstandigheden. Het slachtoffer is in deze gevallen dan overgeleverd en ondergeschikt aan de dader. Het karakter van het feitelijk gezag is irrelevant. Schoonouders over hun schoonkinderen, toeziende voogden, stiefouders, pleegouders, een oom en zijn nicht,...kunnen als voorbeelden gelden voor mensen die een feitelijk gezag uitoefenen.²⁵³

Een derde categorie van verzwarende omstandigheden die dient te worden onderscheiden is de situatie waarbij de dader misbruik maakt van zijn gezag of faciliteiten van diens functie. Het Strafwetboek voorziet in een louter exemplatieve opsomming. Het kan bijvoorbeeld gaan over verwante leraars en politieagenten die hun functie misbruiken.²⁵⁴ Toch dient het gezag niet alleen betrekking te hebben op een professionele aangelegenheid, het gezag kan tevens voortvloeien uit de familie en zo kan de dader een machtsfunctie hebben uitgeoefend ten opzichte van het slachtoffer waardoor de impact des te groter was.²⁵⁵

Zowel in de tweede als in de derde categorie dient de feitenrechter in het concrete geval te oordelen of er sprake is van wettelijk of feitelijk gezag en of dit gezag misbruikt werd.²⁵⁶

De wet van 28 november 2000 voerde een nieuwe reeks verzwarende omstandigheden toe. Het gaat om onder andere de broer of zus van het slachtoffer, een persoon die een gelijkaardige positie heeft in het gezin of een persoon die gewoonlijk of occasioneel met het slachtoffer samenwoont en die over het slachtoffer gezag heeft. De wetgever hield dus naarmate de tijd vorderde steeds meer en meer rekening met de maatschappelijke realiteit.²⁵⁷ Er treden dus verzwarende omstandigheden op in geval er een verkrachting wordt gepleegd door een halfzus, stiefvader en dergelijke. Het samenwonen en het aanwezig zijn van het gezag zijn hierbij wel vereist vooraleer er kan worden gesproken van een verzwarende omstandigheid.²⁵⁸

In het geval er een aanranding van de eerbaarheid wordt gepleegd zoals in de situaties besproken in de artikelen 372, eerste lid Sw. en 373, tweede lid wordt er voorzien in een opsluiting van de dader van tien tot vijftien jaar. Als er een aanranding plaatsvindt zoals in artikel 373, eerste lid Sw. wordt het minimum van de gevangenisstraf verdubbeld. Is er een aanranding zoals uit artikel 373, derde lid Sw. dan bedraagt de opsluiting ten minste twaalf jaar.²⁵⁹

²⁵³ D. MERCKX, "Verkrachting – De verzwarende omstandigheden", *OSS 2004*, (1) 19-22.

²⁵⁴ D. MERCKX, "Verkrachting – De verzwarende omstandigheden", *OSS 2004*, (1) 22-23.

²⁵⁵ I. DELBROUCK, "Verkrachting", *Postal Memorialis* 1 juni 2012, (473) 500.

²⁵⁶ D. MERCKX, "Verkrachting – De verzwarende omstandigheden", *OSS 2004*, (1) 25.

²⁵⁷ D. MERCKX, "Verkrachting – De verzwarende omstandigheden", *OSS 2004*, (1) 31-32.

²⁵⁸ I. DELBROUCK, "Verkrachting", *Postal Memorialis* 1 juni 2012, (473) 502.

²⁵⁹ Art. 377 Strafwetboek.

Er zijn in het Strafwetboek ook nog andere gronden opgenomen voor strafverzwaring, maar deze hebben niet zo zeer te maken met 'een familielid' op zich. Het gaat hier om de dood van het slachtoffer, de foltering die plaatsvond, de hoedanigheid van het slachtoffer, de bedreiging met een wapen,... Deze gronden voor strafverzwaring komen allemaal uit artikel 376 Sw.²⁶⁰

De wet van 26 november 2011 heeft ook hier wijzigingen ingevoerd. Het heeft er onder andere voor gezorgd dat de leeftijd van het slachtoffer als een verzwarende omstandigheid wordt gezien, in artikel 376 derde lid Sw., als ten gevolge daarvan duidelijk is dat het slachtoffer zich in een kwetsbare toestand bevindt. Als het niet duidelijk blijkt, maar wel bekend is aan de dader, is het voldoende om deze voorwaarde te vervullen.²⁶¹

Sinds de wet van 26 november 2011 werden ook de bloedverwanten in rechte nederdalende lijn van het slachtoffer als verzwarende omstandigheid ingevoerd in artikel 377, tweede lid Sw. Dit werd ingevoerd met oog op het feit dat ouders langer leven en hierdoor hun kinderen tot last kunnen zijn. Er kan dan sprake zijn van oudermishandeling en dit wou de wetgever verhelpen.²⁶² De strafverzwaring die voortvloeit uit het feit dat de dader werd geholpen staat beschreven in artikel 377, vijfde lid Sw.²⁶³

Een laatste verzwarende omstandigheid staat opgenomen in artikel 377bis Sw. De minimumstraffen worden dan verdubbeld in het kader van een gevangenisstraf en de opsluiting wordt met twee jaar verhoogd indien de dader handelde uit drijfveren van discriminatie.²⁶⁴

2.2.9.4 Rechtspraak

Oude Cassatierechtspraak van 25 juni 1866 besliste reeds dat er geen onderscheid wordt gemaakt naargelang het wettelijk of feitelijk gezag, met betrekking tot de strafverzwaring.²⁶⁵

2.2.10 Verkrachting: artikel 375 – 378 Sw.

2.2.10.1 Definitie

Artikel 375, eerste lid Sw. geeft een definitie van verkrachting: "*Verkrachting is elke daad van seksuele penetratie van welke aard en met welk middel ook, gepleegd op een persoon die daar niet in toestemt.*"

Zoals ook bij het misdrijf aanranding van de eerbaarheid wordt hier een onderscheid gemaakt tussen de verschillende gevallen van verkrachting. Artikel 375, tweede lid Sw. behandelt de eigenlijke verkrachting en artikel 375, zesde lid Sw. behandelt de verkrachting bij gelijkstelling. Er zijn verschillende rechtsgoederen die worden beschermd door de delictsomschrijving van het

²⁶⁰ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 151-153.

²⁶¹ I. DELBROUCK, "Verkrachting", *Postal Memorialis* 1 juni 2012, (473) 494-495.

²⁶² I. DELBROUCK, "Verkrachting", *Postal Memorialis* 1 juni 2012, (473) 499-500.

²⁶³ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 151-153.

²⁶⁴ Art. 377bis Strafwetboek.

²⁶⁵ F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 394.

misdrifj verkrachting. Men beschermt onder andere het algemene eerbaarheidsgevoel, waarbij wordt gekeken naar de context en de maatschappij.²⁶⁶ Een verkrachting raakt nu tevens aan de orde der familie en aan het huwelijk. Vroeger was deze opvatting hieromtrent echter anders.²⁶⁷ Het laatste en misschien wel het belangrijkste rechtsgoed dat wordt beschermd door de huidige strafbaarstelling van verkrachting is de aantasting van de seksuele integriteit van de persoon. Hierbij dient er wel te worden gekeken naar het collectieve bewustzijn van de samenleving hieromtrent. Dit komt overeen met de visie van het internationaal recht.²⁶⁸

De wet van 26 november 2011 zorgt ook hier voor wijzigingen²⁶⁹, daar artikelen 376, 377 en 378 Sw. zijn opgenomen in de lijst.²⁷⁰

2.2.10.2 Constitutieve bestanddelen

Uit de definitie van verkrachting worden vijf vereisten afgeleid.

Als eerste is er een daad van seksuele penetratie vereist. Hierbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen twee elementen die beide aanwezig moeten zijn vooraleer er kan worden gesproken van een daad van seksuele penetratie. Ten eerste moet er sprake zijn van een inbreuk op de seksuele gedragsnormen en ten tweede is er vereist dat de dader handelde met een seksueel opzet.²⁷¹

Als tweede vereiste kan men uit de definitie afleiden dat er een penetratie moet zijn van welke aard en met welk middel ook. Hierbij wordt bedoeld dat anale en orale penetratie eveneens voldoende zijn om als verkrachting te kwalificeren. Als de dader gebruik maakte van een hulpmiddel of instrument, kan deze handeling eveneens gekwalificeerd worden als verkrachting.²⁷²

De penetratie moet gepleegd worden op een persoon, die hierbij niet toestemde. Hierbij worden dus zowel de derde als de vierde vereiste duidelijk.²⁷³

Om de vijfde vereiste te vervullen is het voldoende dat de dader handelde met algemeen opzet.²⁷⁴

²⁶⁶ A. DIERICKX, "Hoe ver reikt de bescherming van de strafbepalingen van aanranding van de eerbaarheid en verkrachting?", *NC 2006*, (95) 97.

²⁶⁷ A. DIERICKX, "Hoe ver reikt de bescherming van de strafbepalingen van aanranding van de eerbaarheid en verkrachting?", *NC 2006*, (95) 98.

²⁶⁸ A. DIERICKX, "Hoe ver reikt de bescherming van de strafbepalingen van aanranding van de eerbaarheid en verkrachting?", *NC 2006*, (95) 99-100.

²⁶⁹ F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 393-394.

²⁷⁰ *Supra* p. 17, nr. 2.1.1.1

²⁷¹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 145.

²⁷² A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 146.

²⁷³ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 146.

²⁷⁴ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 146.

2.2.10.3 Eigenlijke verkrachting

De constitutieve bestanddelen moeten in ieder geval aanwezig zijn om van een verkrachting te kunnen spreken. Voor de eigenlijke verkrachting, beschreven in artikel 375 eerste en tweede lid Sw. dient er eveneens sprake te zijn van ofwel geweld, dwang, list, of de situatie waarbij de daad mogelijk werd gemaakt door een onvolwaardigheid of een lichamelijk of geestelijk gebrek van het slachtoffer.

Het gaat hierbij vooral over de toestemming die niet door het slachtoffer werd gegeven.²⁷⁵

Vermits er in deze situatie niet wordt gesproken van de leeftijd van het slachtoffer, kan men hieruit afleiden dat de minderjarigheid van het slachtoffer een verzwarende omstandigheid inhoudt.²⁷⁶ Dit zal verder worden besproken in paragraaf 2.2.10.5.

2.2.10.4 Verkrachting bij gelijkstelling

Artikel 375, zesde lid Sw. bepaalt: *"Als verkrachting met behulp van geweld wordt beschouwd elke daad van seksuele penetratie, van welke aard en met welk middel ook, die gepleegd wordt op de persoon van een kind dat de volle leeftijd van veertien jaar niet heeft bereikt."*

Hieruit kan men afleiden dat de leeftijd een constitutief bestanddeel is, net zoals de andere bestanddelen die aanwezig moeten zijn. Men gaat uit van de veronderstelling dat een kind jonger dan veertien jaar geen geldige toestemming kan geven tot een seksuele penetratie.²⁷⁷

In geen van beide gevallen wordt er iets vermeld over de hoedanigheid van de dader. Hieruit kan men afleiden dat een dader die een familiale band heeft met zijn slachtoffer, als een grond voor strafverzwaring wordt beschouwd. Deze grond voor strafverzwaring wordt nader toegelicht in paragraaf 2.2.10.5.

2.2.10.5 Bestrafing

De eigenlijke verkrachting wordt gestraft met een opsluiting van vijf tot tien jaar. Dit wordt teruggevonden in artikel 375, derde lid Sw. en hierdoor wordt verkrachting dus gekwalificeerd als een misdad.

Op de verkrachting met gelijkstelling staat een opsluiting van vijftien tot twintig jaar.²⁷⁸

Bij het misdrijf eigenlijke verkrachting wordt er niet gesproken van de leeftijd van het slachtoffer, men kan hieruit afleiden dat de minderjarigheid van het slachtoffer een verzwarende omstandigheid inhoudt. Dit wordt duidelijk in artikel 375 vierde en vijfde lid Sw.²⁷⁹ Indien het slachtoffer van de verkrachting ouder is dan zestien jaar, dan wordt de dader gestraft met een

²⁷⁵ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 147.

²⁷⁶ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 148.

²⁷⁷ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 148.

²⁷⁸ Art. 375, zesde lid Strafwetboek.

²⁷⁹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 148.

opsluiting van tien tot vijftien jaar.²⁸⁰ Als het slachtoffer echter tussen de veertien en zestien jaar oud is, wordt de dader gestraft met een opsluiting van vijftien tot twintig jaar.²⁸¹

Bij verkrachting bij gelijkstelling op een kind dat jonger is dan tien jaar, wordt er voorzien in een opsluiting van de dader van twintig tot dertig jaar.²⁸²

Omdat er in beide gevallen een zware straf op verkrachting staat, wordt dit misdrijf gekwalificeerd als een misdaad. Dat heeft als gevolg dat de poging tot verkrachting in ieder geval strafbaar is.²⁸³

Toch bestaan er ook gevallen waarbij de verkrachting niet worden bestraft. Er kunnen dan dezelfde strafuitsluitingsgronden en verzachtende omstandigheden worden toegepast zoals bij aanranding van de eerbaarheid.²⁸⁴

Andere vormen van strafverzwaring en bijzondere straffen die worden opgelegd bij aanranding van de eerbaarheid zijn tevens van toepassing op de misdaad verkrachting. Het wordt daarom aangeraden de bestrafing van 'aanranding van de eerbaarheid' te bekijken ter volledigheid van de bestrafing van de verkrachting.²⁸⁵

Net zoals bij de eigenlijke verkrachting, wordt er bij de verkrachting bij gelijkstelling niet gesproken over een familielid. Hieruit kan men dus afleiden dat in het geval de dader een familielid is, dit zorgt voor een grond van strafverzwaring. Dit blijkt duidelijk uit artikel 377 Sw.²⁸⁶ In geval er een verkrachting plaatsvindt zoals beschreven staat in de artikelen 375, vierde lid Sw. en 376, derde lid Sw. wordt er voorzien in ten minste twaalf jaar opsluiting. Is het een verkrachting zoals bepaald in artikel 375, eerste lid Sw., dan is er een opsluiting van ten minste zeven jaar. Tot slot bedraagt de opsluiting voor de dader-familielid ten minste zeventien jaar indien er sprake is van een verkrachting zoals in de artikelen 375, vijfde en zesde lid Sw. en artikel 376, tweede lid Sw.²⁸⁷

Ook hier bestaat de laatste verzwarende omstandigheid uit artikel 377bis Sw. De minimumstraffen worden dan verdubbeld in het kader van een gevangenisstraf en de opsluiting wordt met twee jaar verhoogd indien de dader handelde uit drijfveren van discriminatie.²⁸⁸

²⁸⁰ Art. 375, vierde lid Strafwetboek.

²⁸¹ Art. 375, vijfde lid Strafwetboek.

²⁸² Art. 375, laatste lid Strafwetboek.

²⁸³ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 149.

²⁸⁴ *Supra* p. 32, nr. 2.1.5.5

²⁸⁵ *Supra* p. 48, nr. 2.2.9.3

²⁸⁶ *Supra* p. 48, nr. 2.2.9.3

²⁸⁷ Art. 377 Strafwetboek.

²⁸⁸ Art. 377bis Strafwetboek.

2.2.10.6 Rechtspraak

Het Hof van Cassatie besliste in 2004²⁸⁹, dat een verkrachting tevens een aanranding van de eerbaarheid kan zijn.²⁹⁰

Later besliste het Hof van Cassatie dat aangezien de feiten die vermeld staan in artikelen 372 tot 377 Sw. zo ernstig zijn wanneer ze op een minderjarige worden gepleegd, dat in België de verdachte vervolgd kan worden, als hij hier gevonden wordt. Zelfs indien de feiten gepleegd zijn buiten België. Dit wordt mogelijk gemaakt door artikelen 10ter, 2° V.T.Sv en 12 V.T.Sv.²⁹¹

²⁸⁹ Cass. (2^{de} k.) 16 juni 2004, AR P.04.0595.F, (B.K.B.D. e.a. / G.F.).

²⁹⁰ J. DE HERDT, B. DE SMET, E. FORRIER, L. HUYBRECHTS, G. STESENS en I. VEROUGSTRAETE, *De Larcier Wetboeken Deel II Strafrecht, s.l.*, Larcier, 2012, 52.

²⁹¹ Cass. (2^{de} k.) 30 mei 2007, AR P.07.0216.F, (K.S., P.C. / R.T., R.D.) en in F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 389.

2.3 Als misdrijffuitsluitende verschoningsgrond?

2.3.1 Verschoningsgrond van bloed- en aanverwantschap: Misdrijven tegen de eigendom van de familie

Ten eerste gaat het over de misdrijven die gepleegd worden tegen de eigendom van de familie. Artikel 462 Sw. is hiervan de wettelijke basis. Hieruit kan goed worden afgeleid dat er burgerrechtelijk wel nog in een vergoeding kan worden voorzien. De idee achter deze bepaling is dat de wetgever de familieleden wou beschermen.²⁹²

Het karakter van het misdrijf wordt echter niet weggenomen door deze grond van verschoning. Als men als slachtoffer wil aanspraak maken op een burgerrechtelijke vergoeding, moet er wel sprake zijn van alle constitutieve bestanddelen van het misdrijf. De strafrechter kan enkel de strafvordering niet ontvankelijk verklaren. De vordering zal dus moeten gebracht worden voor de burgerlijke rechtbanken.²⁹³

Er doet zich echter een bijzondere situatie voor, wanneer de dader van een misdrijf waarop de verschoningsgrond van verwantschap van toepassing is, minderjarig is. De dader kan dan voor de jeugdrechtbank worden gebracht, die maatregelen kan opleggen. Als de dader echter door de jeugdrechtbank uit handen wordt gegeven, aangezien hij tussen de zestien en achttien jaar oud is, zal de gewone strafvordering van toepassing zijn, maar dan speelt de verschoningsgrond van verwantschap. Dat kan bijgevolg in het voordeel van de dader zijn.²⁹⁴

In dit artikel wordt tevens een opsomming gegeven van wie allemaal als verschoonde dader kan worden beschouwd: de ene echtgenoot ten nadele van de andere of een weduwnaar of weduwe wat zaken betreft die aan de overleden echtgenoot hebben behoord, de afstammelingen ten nadele van hun bloedverwanten in opgaande lijn, de bloedverwanten in de opgaande lijn ten nadele van hun afstammelingen en de aanverwanten in dezelfde graden.²⁹⁵ Deze verschoningsgrond geldt dus niet tussen broers, zussen, neven, nichten, ooms en tantes.

De adoptieve verwantschap kan ook in aanmerking worden genomen, maar dan moet wel de relatie in rechte vaststaan.²⁹⁶

De verschoningsgrond heeft dus een persoonlijk karakter. Diegene die hebben meegeholpen aan het misdrijf en die niet onder de verschoningsgrond van verwantschap vallen, worden gestraft als mededader.²⁹⁷

De mededaders en medeplichtigen die niet kunnen genieten van de verschoningsgrond van verwantschap worden gestraft volgens de gewone regels van het strafrecht. De mededader krijgt de straf die normaliter werd toegewezen aan de dader, die nu geniet van de verschoningsgrond

²⁹² A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 310.

²⁹³ D. MERCKX, "Diefstal tussen echtgenoten, bloedverwanten en aanverwanten", *OSS* 2003, afl. 44, (57) 69.

²⁹⁴ D. MERCKX, "Diefstal tussen echtgenoten, bloedverwanten en aanverwanten", *OSS* 2003, afl. 44, (57) 70.

²⁹⁵ Art. 462 Strafwetboek; A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 312.

²⁹⁶ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 85-86.

²⁹⁷ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 311.

van verwantschap. De medeplichtigen worden gestraft volgens artikel 69 Sw. Voor de toepassing van artikel 462 Sw. is het overigens irrelevant in welke hoedanigheid men optreedt. Dit kan zijn als dader, mededader of medeplichtige.²⁹⁸

Er is vereist dat de band van verwantschap bestond op het moment dat de feiten werden gepleegd.²⁹⁹

Zoals eerder vermeld, wordt er een onderscheid gemaakt tussen verschillende categorieën van personen die niet strafbaar worden gesteld. Deze worden nu specifiek toegelicht.

In eerste instantie zijn er de echtgenoten.

De verschoningsgrond van verwantschap blijft zijn toepassing behouden in het geval dat de echtgenoten door een moeilijke periode gaan en beslissen om feitelijk te scheiden. Pas vanaf het moment dat de huwelijksgemeenschap ontbonden is, is artikel 462 Sw. niet meer van toepassing. Hieruit kan als gevolg worden afgeleid dat de verschoningsgrond van verwantschap niet van toepassing is op de samenwonenden.³⁰⁰

Bij de tweede categorie spreekt men over de weduwe of weduwnaar die goederen ontvreemdt die toebehoorden aan de overleden echtgenoot. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen goederen die gezamenlijke eigendom waren, of die uitsluitend aan één van de echtgenoten toebehoorde. De immuniteit kan niet meer worden ingeroepen vanaf het moment dat de goederen, door de verdeling, toebehoren aan een derde.³⁰¹

Een derde categorie die eveneens kan genieten van de immuniteit zijn de ascendenten ten nadele van descendenten en omgekeerd. Het is irrelevant welke graad deze bloedverwanten hebben.³⁰²

De laatste categorie die van deze verschoningsgrond kan genieten zijn de aanverwanten. Het is hierbij van belang dat het gaat om aanverwanten van dezelfde graad. De personen die hieronder kunnen worden verstaan zijn de schoonouders en schoonkinderen evenals een kind ten opzichte van de tweede echtgenoot of echtgenote van zijn moeder of vader.³⁰³ Zelfs in het geval dat de persoon die deze familieband doet ontstaan overlijdt, blijft deze band bestaan.³⁰⁴

Hoewel artikel 462 Sw. behoort tot het misdrijf van de diefstal, is deze verschoningsgrond eveneens van toepassing bij gebruiksdiefstal, misbruik van vertrouwen (Artt. 491 en 492 Sw.), bedrog (Artt. 498 en 499 Sw.), oplichting (Art. 496 Sw.), afpersing (Art 470 Sw.), vernieling van

²⁹⁸ D. MERCKX, "Diefstal tussen echtgenoten, bloedverwanten en aanverwanten", *OSS 2003*, afl. 44, (57) 68.

²⁹⁹ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 86; A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 313.

³⁰⁰ D. MERCKX, "Diefstal tussen echtgenoten, bloedverwanten en aanverwanten", *OSS 2003*, afl. 44, (57) 61.

³⁰¹ D. MERCKX, "Diefstal tussen echtgenoten, bloedverwanten en aanverwanten", *OSS 2003*, afl. 44, (57) 62.

³⁰² D. MERCKX, "Diefstal tussen echtgenoten, bloedverwanten en aanverwanten", *OSS 2003*, afl. 44, (57) 62.

³⁰³ D. MERCKX, "Diefstal tussen echtgenoten, bloedverwanten en aanverwanten", *OSS 2003*, afl. 44, (57) 63.

³⁰⁴ D. MERCKX, "Diefstal tussen echtgenoten, bloedverwanten en aanverwanten", *OSS 2003*, afl. 44, (57) 64.

documenten (Art. 527 Sw.), heling (Art. 505 Sw.) en bedrieglijke verberging (Art. 508 Sw.).³⁰⁵ Niet al deze misdrijven kunnen zich echter op de verschoningsgrond van verwantschap beroepen door de wet, afpersing en heling zijn namelijk voorbeelden waarop de verschoningsgrond van verwantschap van toepassing is verklaard door een uitbreiding van de rechtspraak. De meeste van deze misdrijven zullen hieronder kort worden toegelicht met het oog op de constitutieve bestanddelen en de bestraffing.

Als de verzwarende omstandigheden van een misdrijf op zichzelf een misdrijf uitmaken, is dit misdrijf afzonderlijk wel strafbaar.³⁰⁶ Dit is ook zo in sommige gevallen wanneer er sprake is van de verschoningsgrond van verwantschap, dat diezelfde gedraging wordt gekwalificeerd onder een ander misdrijf en dus wel nog strafbaar is. Een voorbeeld hieromtrent is de wegmaking van de huwelijksgoederen uit artikel 507, tweede lid Sw.³⁰⁷

Op 23 januari 2012 verscheen er een nieuwe wet in het Belgisch Staatsblad.³⁰⁸ Deze wet had tot doel, zoals reeds vermeld, om strengere straffen op te leggen wanneer er strafbare feiten worden gepleegd tegen iemand die zich in een bijzonder kwetsbare situatie bevindt wegens leeftijd, ziekte, zwangerschap, of een lichamelijke of geestelijke beperking. De minimumstraffen werden dus voor een hele reeks misdrijven verhoogd. Zo werd er onder andere in een zwaardere strafmaat voorzien als de onderhoudsplicht niet wordt nagekomen.

Een ander belangrijk gevolg, wat in dit hoofdstuk dient te worden aangehaald, heeft te maken met de verschoningsgrond van verwantschap met betrekking tot de misdrijven tegen eigendom. Hoewel men er eerst vanuit ging dat de verschoningsgrond van verwantschap van artikel 462 Sw. kon worden ingeroepen wanneer er misdrijven tegen de eigendommen werden gepleegd binnen de familiekring, worden deze nu strafbaar gesteld indien deze worden gepleegd tegen een kwetsbaar persoon zijnde diens ouder, zoon, dochter of echtgenoot.

In het kader van deze wet streeft men tevens naar een zwaardere bestraffing in de gevallen van psychologisch misbruik.³⁰⁹

Het tweede lid van artikel 462 Sw. luidt als volgt:

"Het eerste lid is niet van toepassing wanneer deze diefstallen zijn gepleegd ten nadele van een persoon die kwetsbaar is ten gevolge van zijn leeftijd, zwangerschap, een ziekte dan wel een lichamelijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid."

Mijns inziens is de invoering van de wet een verbetering, zeker met het oog op de huidige maatschappij. Ten eerste vind ik het goed dat de minimumstraffen voor een reeks misdrijven

³⁰⁵ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 86.

³⁰⁶ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 312.

³⁰⁷ W. DE BONDT en B. KETELS, GwH 19 september 2007, nr. 116/2007, NC 2008, (46) 48.

³⁰⁸ Wet 26 november 2011 tot wijziging en aanvulling van het Strafwetboek teneinde het misbruik van de zwakke toestand van personen strafbaar te stellen, en de strafrechtelijke bescherming van kwetsbare personen tegen mishandeling uit te breiden, BS 23 januari 2012.

³⁰⁹ X, "Misbruik kwetsbare personen", *NjW* 8 februari 2012, 101.

werden verhoogd. Het slachtoffer, een kwetsbare persoon, wordt door een dader vaker als makkelijk slachtoffer gezien omwille van het feit dat deze zich moeilijk kan verweren. Aangezien het slachtoffer zich reeds in een moeilijke situatie bevindt, zijn de gevolgen van het misdrijf des te groter. Ten tweede vind ik het goed dat er nu de mogelijkheid bestaat dat instellingen of verenigingen, als ze de instemming bekomen van het slachtoffer of diens vertegenwoordiger, in rechte kunnen optreden in de gedingen van de specifiek vermelde artikelen. Deze instellingen en verenigingen moeten dan wel aan voorwaarden voldoen, maar dit vind ik een logische redenering. De hulp en de bijstand die de slachtoffers hiervan kunnen krijgen, lijkt mij alweer een stap in de goede richting voor meer bescherming voor de kwetsbare personen. Tot slot vind ik de invoering van het tweede lid van artikel 462 Sw. een goede zaak. De kwetsbare personen worden over het algemeen beter beschermd en de daders worden meer bestraft, maar als er eigendomsmisdrijven worden gepleegd door familieleden zou de dader enkel maar een burgerrechtelijke vergoeding te wachten staan. Dit is niet eerlijk aangezien de kwetsbare persoon hier ook beter beschermd moet worden. Het afschrikwekkend effect van een strafrechtelijke veroordeling is groter dan dat van een burgerrechtelijke vergoeding. Naar mijn mening kunnen er in de praktijk echter wel discussies ontstaan over het feit wanneer een persoon juist kwetsbaar is ten gevolge van leeftijd of ziekte. Het gevolg voor de dader is immers een groot verschil.

Er gaan echter discussies op omtrent de houdbaarheid van de verschoningsgrond van verwantschap in onze maatschappij. De bewijsproblematiek met betrekking tot het eigendomsrecht zou zich namelijk niet alleen bij deze misdrijven stellen, maar ook bij andere misdrijven die niet van de verschoningsgrond van verwantschap kunnen genieten. Sommige practici menen dat het daarom beter is dat er wordt voorzien in een klachtensysteem waarbij het benadeelde familielid een klacht kan indienen als hij dat wenst en dus niet meer vast te houden aan de automatische strafuitsluiting. Deze mogelijkheid hanteert men al enige tijd in Nederland. Zo komt het aan het benadeelde familielid zelf toe om diens belangen af te wegen. Enerzijds de familiale rust die behouden kan blijven en anderzijds de mogelijkheid om zijn vermogen weer strafrechtelijk op te eisen.³¹⁰ Naar mijn mening is deze discussie terecht en opteer ik ook in België voor een systeem van relatieve klachtdelicten zoals in Nederland.³¹¹ In de huidige maatschappij hebben familieleden niet altijd een goede band. De strafvordering wordt onontvankelijk verklaard en daar is het slachtoffer vaak niet mee gediend. Er wordt het slachtoffer niet naar zijn standpunt gevraagd en hij heeft geen enkele keuze om toch strafrechtelijk te vervolgen. Dit speelt vaak in zijn nadeel. De wetgever heeft ondertussen de kwetsbare personen beter beschermd door de verschoningsgrond van verwantschap niet op deze daders van toepassing te verklaren, dus het lijkt mij een mooi vervolg als er ook hier een vernieuwing zou optreden en een wijziging zou ingevoerd worden met betrekking tot het systeem van de verschoningsgrond van verwantschap.

³¹⁰ W. DE BONDT en B. KETELS, GwH 19 september 2007, nr. 116/2007, NC 2008, (46) 50.

³¹¹ *Infra* p. 81, nr. 3.5

2.3.2 Verschoningsgrond van bloed- en aanverwantschap: Hulp aan familieleden

Een andere categorie waarbij de verschoningsgrond van verwantschap meespeelt, is bij hulp aan familieleden. De hulpverlening die normaal gezien strafrechtelijk verboden is, wordt om humanitaire redenen toch verschoond bij echtgenoten, broers of zussen of aanverwanten in dezelfde graad en bij de bloedverwanten in opgaande en neergaande lijn. De voorwaarde dat de band van aanverwantschap moet bestaan op het ogenblik dat de feiten worden gepleegd is hier ook van toepassing. Net zoals de voorwaarde in verband met de adoptieve verwantschap. Ook deze verschoningsgrond heeft een persoonlijk karakter.³¹²

Het is van toepassing op het verbergen van vervolgte of veroordeelde incivieken (Art. 121 Sw.), of van wegens misdaad vervolgd of veroordeeld (Art. 339 Sw.).

Het is eveneens van toepassing op het verbergen van een lijk van iemand die werd gedood door iemand in familieverband tot dader en zelfs tot de medeplichtige aan doodslag (Art. 340 Sw.). Deze persoon kan ook zijn overleden ten gevolge van de slagen en verwondingen.³¹³

Artikel 341 Sw. geeft een opsomming van de personen die in de gevallen van artikelen 339 Sw. en 340 Sw. worden verschoond. Het zijn *“de bloedverwanten in de opgaande lijn of de nederdalende lijn, de echtgenoten, zelfs na een echtscheiding, de broers en zussen en de aanverwanten in dezelfde graden van de verborgen misdadigers, van de daders van of de medeplichtigen aan doodslag, slagen of verwondingen”*.³¹⁴

Ook het afleggen van valse verklaringen ten voordele van familieleden zal verschonend werken.³¹⁵

2.3.3 Diefstal zonder geweld en bedreiging: artikel 461 - 467 Sw.

2.3.3.1 Definitie

Artikel 461 Sw., eerste lid, geeft een definitie van diefstal.

“Hij die een zaak die hem niet toebehoort, bedrieglijk wegneemt, is schuldig aan diefstal.”

Er wordt een onderscheid gemaakt naargelang diefstal plaatsvindt met of zonder geweld of bedreiging. In beide gevallen spreekt men echter van een geweldscriminaliteit. De dader van de diefstal neemt immers het voorwerp weg zonder dat de eigenaar dit heeft gewild.³¹⁶

Er worden verschillende vormen van diefstal in het Strafwetboek onderscheiden waarbij er geen sprake is van geweld of bedreiging. Met name de gewone diefstal uit artikel 461, eerste lid Sw., de gebruiksdiefstal uit artikel 461, tweede lid Sw., en de huisdiefstal uit artikel 464 Sw.

³¹² F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 86.

³¹³ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 86-87.

³¹⁴ Art. 341 Strafwetboek.

³¹⁵ J. DREESEN en Y. WERBROUCK, *Praktisch strafrecht*, Berchem, De Boeck, 2011, 74.

³¹⁶ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 303.

2.3.3.2 Constitutieve bestanddelen van de diefstallen zonder geweld en bedreiging

2.3.3.2.A Gewone diefstal

Aan de hand van de definitie uit artikel 461, eerste lid Sw. kunnen de volgende constitutieve bestanddelen worden afgeleid.

Ten eerste is het nodig dat er een zaak is weggenomen en dit dient te gebeuren tegen de wil van de eigenaar van de zaak. Het gaat hier dus om het materiële voorwerp. Desalniettemin kan er ook een diefstal plaatsvinden hoewel de dader de zaak al in zijn bezit had.

De tweede vereiste kadert rond het bijzonder opzet. De wegneming moet immers bedrieglijk gebeuren. Hiervan is sprake van zodra de dader handelt met het voornemen zich de zaak toe te eigenen of als de dader van plan is de zaak niet meer terug te geven aan de eigenaar.

De derde vereiste is dat de zaak die wordt weggenomen toebehoort aan een andere eigenaar. De goederen dienen te behoren tot de vermogenssfeer.³¹⁷

2.3.3.2.B Gebruiksdiefstal

Artikel 461, tweede lid Sw. geeft een definitie van gebruiksdiefstal.

"Met diefstal wordt gelijkgesteld het bedrieglijk wegnemen van andermans goed voor een kortstondig gebruik."

Uit deze definitie kunnen twee constitutieve bestanddelen worden afgeleid.

Met name het wegnemen van een andermans goed tegen de wil van de eigenaar en het vereiste van het bedrieglijk opzet.

Het grote verschil met de gewone diefstal is dat de dader voornemens is om na het kortstondige gebruik het goed terug te geven.³¹⁸

2.3.3.2.C Huisdiefstal

Artikel 464 Sw. is het artikel dat van toepassing is op huisdiefstal. In principe worden er dus op de gewone diefstal persoonlijke verzwarende omstandigheden toegepast. Er is namelijk sprake van een dienstverband. Het vertrouwen dat wordt geschonken door de eigenaar van een goed wordt volledig geschonden door de persoon die in huis werkt.

De dader is de dienstbode, de loondienaar of een leerling.

De plaats waar het goed wordt weggenomen is hierbij van belang. Het gaat hierbij in de meeste gevallen over het huis van de meester of de plaats waar de arbeid gewoonlijk werd verricht.³¹⁹

³¹⁷ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 304-307.

³¹⁸ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 307-308.

³¹⁹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 309-310.

2.3.3.3 Bestrafing van de diefstallen zonder geweld en bedreiging

Als de verschoningsgrond van verwantschap niet kan worden toegepast, wordt er in de volgende bestrafing voorzien. Artikel 463 Sw. bepaalt de strafmaat voor de diefstallen gepleegd zonder geweld of bedreiging. Er wordt voorzien in een gevangenisstraf van een maand tot vijf jaar en in een geldboete van 26 tot 500 euro. Bij een gebruiksdiefstal mag de gevangenisstraf het maximum van drie jaar niet overschrijden.³²⁰ Sinds de wet van 26 november 2011 werd er in een derde lid voorzien. Als de diefstal werd gepleegd tegen een persoon waarvan de bijzondere kwetsbare toestand aan de dader duidelijk of bekend was, dan wordt er voorzien in een minimum van drie maanden gevangenisstraf en een geldboete van 50 euro.³²¹

Bij de huisdiefstal wordt er in een afzonderlijke strafmaat voorzien in artikel 464 Sw. De gevangenisstraf bedraagt daar ten minste drie maanden. Er wordt in dit artikel enkel van een minimumstraf gesproken.

Artikel 465 Sw. voorziet in de bijkomende straf voor de daders van de ontzetting van hun rechten.

Hoewel deze misdrijven van diefstallen zonder geweld of bedreiging wanbedrijven zijn, wordt de poging toch strafbaar gesteld in artikel 466 Sw. Er wordt voorzien in een gevangenisstraf van acht dagen tot drie jaar en een geldboete van 26 tot 300 euro.³²² Als de dader de poging vrijwillig staakt, dan is de dader straffeloos.³²³

Artikel 467 Sw. voorziet in een hele reeks verzwarende omstandigheden. Deze worden allemaal met een opsluiting bestraft van vijf tot tien jaar en hierdoor is er dus sprake van een misdaad, waarbij de poging strafbaar is.

Deze verzwarende omstandigheden zijn voor het opzet van deze masterscriptie minder van belang en zullen dus enkel kort worden vermeld.

Er is sprake van de diefstal die gepleegd wordt door middel van braak, inklimming of valse sleutels. Dit zijn allemaal voorbeelden van objectieve verzwarende omstandigheden.

Er is ook sprake van de diefstal die wordt gepleegd in de hoedanigheid van een openbare ambtenaar door middel van zijn ambtsbediening.

Als laatste verzwarende omstandigheid wordt voorzien in een diefstal gepleegd waarbij de schuldigen een titel of kenteken van een openbaar ambtenaar aannemen of een vals bevel van het openbaar gezag inroepen.³²⁴

³²⁰ Art. 463, tweede lid Strafwetboek.

³²¹ F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 545.

³²² A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 313.

³²³ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 314.

³²⁴ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 315-320.

2.3.3.4 Rechtspraak

De verschoningsgrond van verwantschap is volgens een uitspraak van het Hof van Cassatie³²⁵ niet van toepassing op het misdrijf 'valsheid in geschriften'. Het Hof van Cassatie was terecht van mening dat vooraleer de verschoningsgrond van verwantschap van toepassing is, er sprake moet zijn van vermogensdelicten die geassimileerd kunnen worden met diefstal, daar artikel 462 Sw. zich categoriseert bij diefstal in het Strafwetboek.³²⁶

Een concreet voorbeeld van een toepassingsgeval van diefstal is er wanneer een kind op regelmatige wijze het voertuig van diens ouders gebruikt, zelfs wanneer dat in een periode gebeurt toen het hem wettelijk verboden was en wanneer hij geen toestemming had verkregen van diens ouders, er geen sprake is van gebruiksdiefstal aangezien er geen sprake is van het wegnemen.³²⁷

2.3.4 Diefstal gepleegd door middel van geweld of bedreiging: artikel 468 – 469 en 471 - 476 Sw.

2.3.4.1 Definitie

Artikel 468 Sw. vermeldt dat er in een opsluiting van vijf tot tien jaar wordt voorzien voor iemand die een diefstal pleegt door middel van geweld of bedreiging.

Geweld en bedreiging dat wordt gepleegd tegen personen zijn verzwarende omstandigheden die kleven aan het misdrijf diefstal, wat al geweld bevat.³²⁸

Wat er onder geweld wordt verstaan, dient te worden gelezen in artikel 483, eerste lid Sw. Het is een daad van fysieke dwang die gepleegd wordt op personen. Het omvat aldus niet alleen de slagen en verwondingen.

Bedreiging staat gedefinieerd in artikel 483, tweede lid Sw.: "*het zijn alle middelen van morele dwang door het verwekken van vrees voor een dreigend kwaad*". De bedreiging kan gericht zijn tegen de materiële eigendom van het slachtoffer of tegen de fysieke integriteit van de persoon.³²⁹

Artikel 469 Sw. beschrijft de situatie waarmee diefstal met geweld of bedreiging wordt gelijkgesteld. Het is het geval waarin de dief op heterdaad betrapt wordt en van geweld of bedreigingen gebruik maakt, hetzij om in het bezit van de weggenomen voorwerpen te kunnen blijven, hetzij om zijn vlucht te verzekeren. Het is een reële verzwarende omstandigheid.³³⁰

³²⁵ Cass. (2^{de} k.) 25 september 2007, AR P.07.0501.N, (R.A.M. / M.E.R.).

³²⁶ S. DELAERE en B. KETELS, "De puntjes op de i van de verwantschapsverschoning", *Juristenkrant* 27 mei 2009, 16.

³²⁷ Corr. Oudernaarde (3^{de} k.) 19 juni 2009, (O.M. / W., D., GMWF, W., B. en D.) en in F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 544.

³²⁸ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 320.

³²⁹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 320-321.

³³⁰ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 321.

2.3.4.2 De constitutieve bestanddelen, de bestraffing en de bijzondere vormen van diefstal met geweld of bedreiging

Dezelfde constitutieve bestanddelen die bij diefstal vereist zijn, zijn hier ook vereist.

Er zijn hierbij echter bijzondere wijzen van uitvoering vermeldt in artikelen 471 Sw. en 472 Sw. Artikel 471 Sw. voorziet in een reeks van specifieke verzwarende omstandigheden waarbij er voor de dader wordt voorzien in een opsluiting van tien jaar tot vijftien jaar.

Artikel 472 Sw. voorziet bij deze reeks van verzwarende omstandigheden in een opsluiting van vijftien tot twintig jaar.³³¹

Artikelen 473 Sw. en 474 Sw. voorzien in specifieke gevolgen die diefstal met geweld of de bedreiging kunnen teweegbrengen.

Artikel 473 Sw. voorziet voor de dader in een opsluiting van vijftien tot twintig jaar als de gevolgen betrekking hebben op een misdrijf uit artikel 468, 469, 470 en 471 Sw. Als het betrekking had op het misdrijf uit artikel 472 Sw. wordt er voorzien in een opsluiting van twintig tot dertig jaar.

Artikel 474 Sw. voorziet in een opsluiting van twintig tot dertig jaar als het geweld of de bedreiging gepleegd wordt zonder het oogmerk om te doden, maar toch de dood veroorzaakt.³³²

In samenhang met artikel 473 Sw. en artikel 474 Sw. moet artikel 476 Sw. worden gelezen. Dat artikel bepaalt dat als de voltooiing van de diefstal wordt verhinderd door omstandigheden die onafhankelijk zijn van de wil van de schuldigen, de straffen die worden voorzien in artikelen 473 Sw. en 474 Sw. toch nog worden toegepast. In dit geval is evenwel correctionalisering mogelijk op grond van artikel 2, derde lid, 10^o Wet Verzachtende omstandigheden van 4 oktober 1867.³³³

Artikel 475 Sw. voorziet bijkomend nog in een bijzondere situatie waarbij doodslag gepleegd wordt om diefstal of afpersing te vergemakkelijken of om de straffeloosheid ervan te verzekeren. Hier wordt de dader gestraft met een levenslange opsluiting. Voordat er van roofmoord sprake is dienen er drie constitutieve bestanddelen aanwezig te zijn.

Ten eerste is er vereist dat er een diefstal plaatsvindt. Vervolgens moet er ook sprake zijn van een doodslag, waaronder in artikel 393 Sw. wordt verstaan het doden met het oogmerk om te doden.

Als derde vereiste dient er sprake te zijn van een oorzakelijk verband tussen de diefstal en de doodslag. Voorbedachtheid is echter niet vereist. De doodslag wordt hier dus beschouwd als een verzwarende omstandigheid.

Roofmoord kan niet worden gecorrectionaliseerd door de onderzoeksgerechten.³³⁴

De verschoningsgrond van verwantschap uit artikel 462 Sw. is ook van toepassing op al deze gevallen van diefstal gepleegd door middel van geweld of bedreiging.

³³¹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 323-324.

³³² A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 325-326.

³³³ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 326.

³³⁴ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 327-328.

2.3.4.3 Rechtspraak

Hoewel in vele gevallen de ongehuwde samenwonende partners, met een stabiele relatie, worden gelijkgesteld met de gehuwden, gaat deze visie niet op voor de verschoningsgrond van verwantschap. Zij kunnen volgens een arrest van het Grondwettelijk Hof³³⁵ geen gebruik maken van deze bijzondere immuniteit. Destijds werd de verschoningsgrond van verwantschap ingevoerd omdat men er vanuit ging dat het niet evident is om de eigendomsrechten van eenieder in een relatie te bepalen, en dat vanaf het moment dat er in dergelijke situaties een rechtbank aan te pas komt een onverdeeldheid zou ontstaan tussen familieleden. Het Openbare Ministerie kon zich dus maar beter niet mengen met het gezinsleven en de eigendomsrechten die zich daarin bevonden. Bij de verschoningsgrond van verwantschap vindt het Grondwettelijk Hof dat het verschil tussen beide gebaseerd is op een objectief element. Het huwelijk wordt namelijk nog steeds als een stabielere omgeving beschouwd dan de samenwoning. Het Burgerlijk Wetboek verbindt immers meer rechten en plichten aan dit stelsel, die niet verbonden zijn aan ongehuwde partners. De juridische verbintenis die wordt aangegaan is van een andere maat.

Het Grondwettelijk Hof ziet dit als een redelijke verantwoording die ertoe bijdraagt dat de artikelen 10 en 11 van de Grondwet hierdoor niet worden geschonden. Aangezien er bij de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding de stabiele relatie ophoudt te bestaan, wordt er vanaf dan ook een einde gemaakt aan de verschoningsgrond van verwantschap tussen die echtgenoten.³³⁶

De feiten die aanleiding gaven tot dit arrest betrof een feitelijk samenwonend koppel. De wettelijke samenwonende partners hebben meer rechten en plichten dan deze feitelijke samenwonende partners dus er werd zich de vraag gesteld of deze redelijke verantwoording ook kon dienen voor de wettelijke samenwonende partners. De wettelijke samenwonende partners dienen immers een verklaring van samenwoning af te leggen voor de ambtenaar van de burgerlijke stand. Er ontstaan hierdoor ook rechten en plichten. Daarom gaat men ervan uit dat er wel sprake is van een schending van het gelijkheidsbeginsel uit de artikelen 10 en 11 van de Grondwet als de wettelijke samenwonende partners niet onder de verschoningsgrond van verwantschap kunnen vallen. De eigendomsrechten van elke partner vallen ook hier immers moeilijk te bewijzen.³³⁷

Zoals eerder vermeld³³⁸, is er in vele gevallen wel sprake van een gelijkstelling tussen ongehuwde partners, die een duurzame affectieve en seksuele relatie hebben, en gehuwden. Dit is bijvoorbeeld zo bij het misdrijf partnergeweld, uit artikel 410 Sw. Als daar de strafverzwaring wordt toegepast maakt het immers niet uit in welk wettelijk stelsel de partners zich bevinden.³³⁹

³³⁵ GwH 19 september 2007, nr. 116/2007.

³³⁶ S. VANDROMME, "Geen straffeloosheid voor diefstal tussen ongehuwde partners", *Juristenkrant* 10 oktober 2007, 4.

³³⁷ W. DE BONDT en B. KETELS, GwH 19 september 2007, nr. 116/2007, *NC* 2008, (46) 49.

³³⁸ *Supra* p. 46, nr. 2.2.8.4

³³⁹ S. VANDROMME, "Geen straffeloosheid voor diefstal tussen ongehuwde partners", *Juristenkrant* 10 oktober 2007, 4.

2.3.5 Afpersing: artikel 470 Sw.

2.3.5.1 Definitie

Afpersing is een misdrijf waarbij de afgifte van de goederen door het slachtoffer kenmerkend is. Deze afgifte vindt plaats omdat de dader gebruik maakt van geweld of bedreiging. Er is dus sprake van dwang of intimidatie in tegenstelling tot de listigheden waarvan gebruik wordt gemaakt bij oplichting.³⁴⁰

2.3.5.2 Constitutieve bestanddelen

Artikel 470 Sw. bepaalt de strafmaat en de constitutieve bestanddelen die aanwezig moeten zijn vooraleer er sprake is van het misdrijf afpersing.

Ten eerste dient er sprake te zijn van een bedrieglijk opzet. De afperser jaagt immers een onwettige winst of een onwettig voordeel na ten nadele van een ander. Toch is het hierbij niet vereist dat de dader enkel handelt om een eigen voordeel te behalen.³⁴¹

Ten tweede is het gebruik van geweld of bedreigingen vereist. Of hiervan effectief sprake is, moet *in concreto* worden beoordeeld door de feitenrechter. De bedreiging kan gericht zijn op de persoon, op diens eigendommen of op de onthulling van bepaalde feiten. Het geweld of de bedreiging kan ook plaatsvinden door een derde.³⁴²

Artikel 470 Sw. bevat een lijst met voorwerpen die kunnen worden afgegeven. Dit is het derde constitutieve bestanddeel. Men spreekt van de afgifte van gelden, waarden, roerende voorwerpen, schuldbriefen, biljetten, promessen, kwijtingen, hetzij de ondertekening of de afgifte van enig stuk dat een verbintenis, beschikking of schuldbevrijding inhoudt of teweegbrengt.³⁴³

Als vierde bestanddeel dient er sprake te zijn van een oorzakelijk verband tussen de afgifte van de zaak en het gebruik van het geweld of het gebruik van de bedreiging.³⁴⁴

2.3.5.3 Bestrafing

Artikel 470 Sw. vermeldt dat de straffen die gebruikt worden bij artikel 468 Sw. ook hier worden gebruikt. Dat betekent dat er wordt voorzien in een opsluiting van vijf tot tien jaar. Er is dus sprake van een misdaad, waardoor de poging tot afpersing ook strafbaar is gesteld.

Er is evenwel reeds sprake van een begin van uitvoering vanaf het moment dat de dader een brief stuurt naar het slachtoffer.

De verzwarende omstandigheden die vermeld staan in artikelen 471 Sw. tot 475 Sw. zijn eveneens

³⁴⁰ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 328.

³⁴¹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 329.

³⁴² A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 329-330.

³⁴³ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 330.

³⁴⁴ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 331.

van toepassing op het misdrijf afpersing.³⁴⁵

Wat voor deze masterscriptie het meest van belang is, is dat de verschoningsgrond van verwantschap van toepassing is op het misdrijf afpersing. Het is dus duidelijk dat hiervan niet enkel sprake is bij de verschillende gevallen van diefstal.³⁴⁶ Hoewel dit niet in het Strafwetboek staat opgenomen.

2.3.5.4 Rechtspraak

Er dient sprake te zijn van een bedreiging alvorens er sprake kan zijn van het misdrijf afpersing. Het is aan de feitenrechter om hier onaantastbaar over te oordelen of er sprake is van een bedreiging.³⁴⁷

2.3.6 Misbruik van vertrouwen: artikel 491 - 492 Sw.

2.3.6.1 Definitie

Artikel 491 Sw. is het kernartikel als het gaat over het misdrijf misbruik van vertrouwen. Het gaat over een persoon die ten nadele van een ander, goederen en dergelijke, die aan hem zijn overhandigd met de verplichting om ze terug te geven of om deze voor een bepaald doel te gebruiken, bedrieglijk verduistert of verspilt.

Het typische kenmerk van misbruik van vertrouwen is dat er een precair bezit ontstaat ten aanzien van de afgegeven zaak.³⁴⁸

2.3.6.2 Constitutieve bestanddelen

De constitutieve bestanddelen kunnen afgeleid worden uit artikel 491 Sw. Er zijn namelijk zes vereisten.

De eerste vereiste is de verduistering of de verspilling die moet plaatsvinden. De verduistering is de materiële daad waarbij de dader een zich toevertrouwde zaak zich wederrechtelijke toe-eigende. Een verspilling kan meerdere daden omvatten, onder andere een vernietiging of een achterlating. Het is vereist dat de dader handelde alsof hij de eigenaar was.

Vanaf dat deze eerste vereiste heeft plaatsgevonden, is het misdrijf misbruik van vertrouwen voltooid.³⁴⁹

De tweede vereiste vertaalt zich in het bedrieglijk opzet van de dader. Hij had immers de bedoeling om over de zaak, die hem werd toegeëigend, als eigenaar te beschikken. De *animus domini* is dus

³⁴⁵ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 331.

³⁴⁶ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 331.

³⁴⁷ Cass. 17 april 1961, Pas. 1961, I, 880 en in F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 548.

³⁴⁸ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 347-348.

³⁴⁹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 348-349.

een vereiste vooraleer er sprake kan zijn van misbruik van vertrouwen.³⁵⁰

Artikel 491 Sw. start met de woorden "*Hij die ten nadele van een ander...*" Als derde bestanddeel is er dus vereist dat er een mogelijke benadeling zou kunnen zijn. Het is al voldoende dat er een morele benadeling aanwezig is.³⁵¹

De vierde vereiste gaat over het voorwerp. Artikel 491 Sw. geeft namelijk een opsomming van een hele reeks goederen. Met name goederen, gelden, koopwaren, biljetten, kwijtingen, geschriften van om het even welke aard, die een verbintenis of schuldbevrijding inhouden of teweegbrengen.³⁵²

Als vijfde bestanddeel is vereist dat deze goederen voorafgaand zijn afgegeven. Dit kan gebeuren door de werkelijke eigenaar of door een derde. Fysieke overhandiging is evenwel niet vereist.³⁵³

De laatste vereiste handelt over het precair karakter. Artikel 491 Sw. vermeldt namelijk dat de goederen worden overhandigd met de specifieke bedoeling om ze terug te geven of ze voor een bepaald doel te gebruiken of aan te wenden. Deze verplichting kan onder andere voortvloeien uit contracten.³⁵⁴

2.3.6.3 Bestrafing

Artikel 491, eerste lid Sw. bepaalt dat de dader wordt gestraft met een gevangenisstraf van een maand tot vijf jaar en met een geldboete van 26 tot 500 euro. Er kan bijkomend worden voorzien in een ontzetting van rechten. Het wordt duidelijk dat men hier te maken heeft met een wanbedrijf.

Vermits het misbruik van vertrouwen een ogenblikkelijk misdrijf is, is er al sprake van voltooiing van het misdrijf wanneer de verduistering of verspilling samengingen met het bedrieglijk opzet. Wanneer er voor de dader geen mogelijkheid is de goederen te gebruiken of terug te geven met het doel waarvoor ze werden gegeven.³⁵⁵

Artikel 492 Sw. is voor deze masterscriptie echter het meest van belang. Dat artikel vermeldt namelijk dat "*De bepaling van artikel 462 Sw. is toepasselijk op het misdrijf in het vorige artikel omschreven*". Het misdrijf blijft dus bestaan, maar de strafvordering is onontvankelijk als er bijvoorbeeld een misbruik van vertrouwen plaatsvindt tussen de bloedverwanten in opgaande lijn ten nadele van hun afstammelingen. Een derde kan wel strafbaar zijn wegens deelneming.³⁵⁶

³⁵⁰ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 349-350.

³⁵¹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 350.

³⁵² A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 351.

³⁵³ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 351-352.

³⁵⁴ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 352-354.

³⁵⁵ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 354-355.

³⁵⁶ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 356.

2.3.6.4 Rechtspraak

Het Hof van Cassatie maakte in een arrest³⁵⁷ van 2011 duidelijk dat de overdracht van het precair bezit van het voorwerp naar een bezit *animo domini* wordt beschouwd als bestanddelen die aanwezig moeten zijn voor het misdrijf misbruik van vertrouwen.³⁵⁸

In 2011 besliste het Hof van Cassatie³⁵⁹ eveneens dat de software en verslagen die aanwezig kunnen zijn in een informaticasysteem gelijkgesteld kunnen worden met de geschriften van om het even welke aard.³⁶⁰

In het kader van deze masterscriptie is het echter het meest van belang te melden dat als er misbruik van vertrouwen wordt gepleegd door een weduwe over zaken die toebehoorden aan haar echtgenoot, dat deze situatie alleen kan leiden tot een burgerrechtelijke vergoeding.³⁶¹

2.3.7 Oplichting: artikel 496 Sw.

2.3.7.1 Definitie

Uit artikel 496, eerste lid Sw. blijkt duidelijk welke verschillende constitutieve bestanddelen vereist zijn vooraleer er kan worden gesproken van het misdrijf oplichting.

Op het eerste gezicht wordt al snel duidelijk dat er enkele gelijkenissen zijn met het misdrijf afpersing. Het oogmerk van de dader is in beide gevallen het nastreven van een onrechtmatig voordeel. Ook de methode die de dader hanteert is dezelfde, namelijk de afgifte van de goederen. Het enige belangrijke verschil is dat er bij afpersing gebruik wordt gemaakt van geweld of bedreiging, zoals blijkt uit artikel 470 Sw., en bij oplichting wordt er gebruik gemaakt van bedrieglijke middelen.³⁶²

De wet van 26 november 2011 zorgt ook hier voor wijzigingen³⁶³, daar artikel 496 Sw. is opgenomen in de lijst.³⁶⁴

2.3.7.2 Constitutieve bestanddelen

Uit de eerste zinsnede van artikel 496, eerste lid Sw. komt het eerste constitutieve bestanddeel van het misdrijf oplichting naar voor. De dader heeft het oogmerk om zich de zaak toe te eigenen die aan een ander toebehoort. Dit is dus het bijzondere opzet.³⁶⁵

³⁵⁷ Cass. (2^{de} k.) 25 mei 2011, AR P.11.0060.F, (T.G. / T.M.T.).

³⁵⁸ F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 560.

³⁵⁹ Cass. (2^{de} k.) 5 januari 2011, AR P.10.1094.F, (V.S., Total Management Associates / R.D., H., J., P., G. e.a.).

³⁶⁰ F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 561.

³⁶¹ K.I. Antwerpen 28 september 1982, *R.W.* 1984-1985, 1455 en in F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 564.

³⁶² A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 363.

³⁶³ F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 566.

³⁶⁴ *Supra* p. 17, nr. 2.1.1.1

³⁶⁵ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 363.

Als tweede vereiste is er de afgifte van de gelden, de roerende goederen, verbintenissen, kwijtingen, schuldbevrijdingen. Deze mogen, zoals uit artikel 496 Sw. blijkt, ook geleverd worden. Het belangrijkste is dat de zaken tot iemand anders zijn vermogen behoorden. De afgifte kan geschieden door een derde.³⁶⁶

Het is verder ook vereist dat deze afgifte of levering gebeurt door middel van bedrieglijke middelen. Het artikel spreekt van "*hetzij door het gebruikmaken van valse namen of valse hoedanigheden, hetzij door het aanwenden van listige kunstgrepen*". Deze listige kunstgrepen dienen aan vier voorwaarden te voldoen. De kunstgrepen moeten bedrieglijk zijn, ze dienen gepaard te gaan met uitwendige handelingen die een bepaald krediet toekennen, ze moeten geleid hebben tot de afgifte van de goederen en dus determinerend zijn³⁶⁷ en als laatste worden "*de listige kunstgrepen aangewend om te doen geloven aan het bestaan van valse ondernemingen, van een denkbeeldige macht of van een denkbeeldig krediet, om een goede afloop, een ongeval of een of andere hersenschimmige gebeurtenis te doen verwachten of te doen vrezen of om op andere wijze misbruik te maken van het vertrouwen of van de lichtgelovigheid.*"³⁶⁸

2.3.7.3 Bestrafing

De oplichting is voltooid vanaf het moment dat de goederen aan de dader werden afgegeven of geleverd. De verjaringstermijn begint dus vanaf dat moment te lopen.³⁶⁹ De dader van oplichting wordt bestraft met een gevangenisstraf van een maand tot vijf jaar en met een geldboete van 26 tot 3000 euro. Er kan bijkomend in een ontzetting van de rechten worden voorzien, zoals vermeld staat in het vierde lid van artikel 496 Sw.

Hoewel er sprake is van een wanbedrijf, wordt de poging in het derde lid van artikel 496 Sw. strafbaar gesteld. Deze wordt bestraft met een gevangenisstraf van acht dagen tot drie jaar en met een geldboete van 26 tot 2000 euro.³⁷⁰

In het tweede lid wordt de dader bestraft die een kwetsbare persoon oplicht. Er wordt dan voorzien in een gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar en een geldboete van 26 tot 3000 euro. De verschoningsgrond van verwantschap uit artikel 462 Sw. is van toepassing op het misdrijf oplichting.³⁷¹ Dit vloeit voort uit artikel 504 Sw.

Om als mededader te worden gekwalificeerd moet men onder een van de deelnemingswijzen uit artikel 66 Sw. vallen. Het is voldoende dat hij wetens aan het misdrijf meewerkte. De mededader

³⁶⁶ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 364-365.

³⁶⁷ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 365-368.

³⁶⁸ Art. 496 Strafwetboek.

³⁶⁹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 371.

³⁷⁰ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 371.

³⁷¹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 372.

kan echter geen gebruik maken van de verschoningsgrond van verwantschap.³⁷²

2.3.7.4 Rechtspraak

Door een arrest van de Correctionele rechtbank van Hasselt op 24 februari 2010 wordt er voorzien in de toepassing van de verschoningsgrond van verwantschap uit artikel 462 Sw. voor eigendomsmisdrijven zoals informaticabedrog, artikel 504quater Sw., en oplichting, artikel 496 Sw. Door toepassing van de artikelen 462 Sw. en 4 V.T.Sv. is de strafvordering en de burgerlijke vordering niet ontvankelijk.³⁷³

2.3.8 Heling: artikel 505 - 506 Sw.

2.3.8.1 Definitie

Sinds 1867 wordt heling beschouwd als een zelfstanding en aflopend misdrijf.

Bijzonder hierbij is dat de dief niet altijd beschouwd kan worden als heler.

Eerst worden de constitutieve bestanddelen besproken, zo wordt duidelijk hoe artikel 505 Sw. in elkaar zit.³⁷⁴

2.3.8.2 Constitutieve bestanddelen

Vooraleer er sprake kan zijn van het misdrijf heling, moeten er drie verschillende constitutieve bestanddelen aanwezig zijn.

Ten eerste heeft de dader van de heling het bezit of de detentie van de zaken verkregen, maar deze zaken zijn verkregen door een misdaad of een wanbedrijf dat gepleegd is door een derde. Vermits heling een aflopend misdrijf is, is het voldoende dat de heler de goederen in ontvangst heeft genomen. Alle lichamelijke roerende voorwerpen kunnen in aanmerking worden genomen als geheele zaken. Er dient wel te worden vastgesteld dat deze zaken afkomstig zijn uit een misdaad of een wanbedrijf, zoals hiervoor vermeld. Het is evenwel belangrijk te melden dat niet alleen vereist is dat de gestolen voorwerpen zelf geheeld worden. Het is ook mogelijk dat de gestolen voorwerpen werden verkocht en dat men daarvan het geld bij zich houdt. Een andere mogelijkheid is dat men een zaak bij zich houdt die met het gestolen geld werd gekocht.³⁷⁵

De tweede vereiste is, dat er voorafgaand of samenvallend met de inbezitneming van de goederen, kennis moet zijn door de heler over de wederrechtelijke herkomst van de zaak.³⁷⁶

Als laatste is er als moreel element vereist dat de heler de geheele zaak wilde onttrekken aan de

³⁷² A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 371-372.

³⁷³ Corr. Hasselt 24 februari 2010, NC 2010, (256) 256-257.

³⁷⁴ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 379-380.

³⁷⁵ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 381-383.

³⁷⁶ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 384.

eigenaar of aan het gerecht.³⁷⁷

2.3.8.3 Bestrafing

Het eerste lid van artikel 505 Sw. bepaalt dat de heler een gevangenisstraf krijgt van vijftien dagen tot vijf jaar en een geldboete van 26 tot 100 000 euro. Het is ook mogelijk dat er slechts een van die straffen alleen wordt opgelegd. Volgens het derde lid van artikel 505 Sw. dienen de geheele zaken worden verbeurd verklaard. Het laatste lid bepaalt dat er als bijkomende straf kan worden voorzien in een ontzetting uit de rechten volgens artikel 33 Sw.

Vermits heling een aflopend misdrijf is, is het voltrokken van zodra de heler de weggenomen, verduisterde of door misdaad of wanbedrijf verkregen zaken of een gedeelte ervan wetens in zijn bezit heeft.³⁷⁸

De poging tot heling is in bepaalde gevallen strafbaar.

Artikel 462, derde lid Sw. voorziet nog in een afzonderlijke situatie die te maken heeft met heling;

"Ieder ander persoon die aan deze diefstallen deelneemt of die gestolen voorwerpen of een gedeelte ervan heelt, wordt gestraft alsof het eerste lid niet bestond."

Artikel 506 Sw. voorziet echter in een zwaardere straf wanneer de daders van de misdaad, die voorafging aan de heling, gestraft worden met een levenslange opsluiting of met een opsluiting van twintig tot dertig jaar. De helers kunnen dan veroordeeld worden tot een opsluiting van vijf tot tien jaar. De voorwaarde die hierbij aanwezig moet zijn is dat de helers ten tijde van de heling kennis hadden van de omstandigheden waaraan de wet een levenslange opsluiting of een opsluiting van twintig tot dertig jaar verbindt.³⁷⁹

Het meest van belang bij heling, in het kader van deze masterscriptie, is het antwoord op de vraag of de verschoningsgrond van verwantschap van artikel 462 Sw. ook geldt.

Deze is van toepassing op de heler wanneer er een familieband bestaat tussen de heler en het slachtoffer van het oorspronkelijke misdrijf. In de praktijk komt echter meer dan eens de situatie voor waarbij de dief zelf verschoond wordt omdat hij een familielid is, maar de heler is een derde die dan niet verschoond wordt.³⁸⁰

³⁷⁷ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 385.

³⁷⁸ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 385.

³⁷⁹ Art. 506 Strafwetboek; A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 388-389.

³⁸⁰ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 387.

2.3.8.4 Rechtspraak

Uit een arrest van het Hof van Cassatie van 1903³⁸¹ blijkt dat de verschoningsgrond van verwantschap uit artikel 462 Sw. van toepassing is op de familierelatie die bestaat tussen de heler en het slachtoffer van het oorspronkelijk misdrijf, maar niet bij een band van verwantschap tussen de dader van de diefstal en de heler.³⁸²

2.3.9 Bedrieglijke verberging: artikel 508 Sw.

2.3.9.1 Definitie

Artikel 508 Sw. is het artikel dat betrekking heeft op de bedrieglijke verberging. Aan de hand van de verschillende constitutieve bestanddelen, die hieronder worden toegelicht, wordt er duidelijk wat er met bedrieglijke verberging wordt bedoeld.³⁸³

2.3.9.2 Constitutieve bestanddelen

De constitutieve bestanddelen kunnen afgeleid worden uit het tweede lid van artikel 508 Sw. De eerste vereiste, alvorens men kan spreken van bedrieglijke verberging, is het feit dat de dader een zaak gevonden heeft of bij toeval het bezit van een zaak heeft verkregen.³⁸⁴

De tweede en derde vereiste, die samen worden besproken, is dat het moet gaan over een roerende zaak die aan een ander toebehoort.³⁸⁵

Als vierde vereiste is het belangrijk dat de dader de zaak zich materieel toe-eigent. De dader kan hierbij de zaak bedrieglijk verbergen, maar hij kan de zaak ook aan een derde afgeven.³⁸⁶

De laatste vereiste heeft betrekking op het morele bestanddeel. De dader moet gehandeld hebben met een bedrieglijk opzet. De dader wil namelijk een onrechtmatig voordeel bezorgen aan zichzelf of aan iemand anders. Dat kan hetzij aanwezig zijn op het moment dat de dader de zaak in bezit neemt, hetzij na de inbezitneming.³⁸⁷

2.3.9.3 Bestrafning

Het eerste lid van artikel 508 Sw. bepaalt de strafmaat voor het misdrijf bedrieglijke verberging. De dader kan worden veroordeeld tot een gevangenisstraf van acht dagen tot twee jaar en een geldboete van 26 tot 500 euro. Aan de hand van de strafmaat kan worden afgeleid dat er sprake is van een wanbedrijf.

³⁸¹ Cass. 23 februari 1903, Pas. 1903, I, 118.

³⁸² F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 578.

³⁸³ Art. 508 Strafwetboek.

³⁸⁴ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 416.

³⁸⁵ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 417.

³⁸⁶ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 417.

³⁸⁷ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 418.

Deze strafmaat is eveneens van toepassing op de situatie die opgenomen is in het derde lid van artikel 508 Sw. Namelijk wanneer iemand een schat ontdekt en deze zich toe-eigenend en dit doet ten nadele van personen aan wie de wet een deel ervan toekent.³⁸⁸

Aangezien het misdrijf voltooid is vanaf het moment dat de dader handelt met het vereiste bedrieglijke opzet, spreekt men van een misdrijf met een ogenblikkelijk karakter.³⁸⁹

De verschoningsgrond van verwantschap, van artikel 462 Sw., is hierop ook van toepassing.³⁹⁰

2.3.9.4 Rechtspraak

Er is volgens het Hof van Cassatie³⁹¹ geen sprake van dit misdrijf als de beklaagde bewust in het bezit is gekomen van een document. Als er dus enkel dwaling bestaat omtrent het bedrag en niet omtrent de persoon, is er dus geen sprake van de bedrieglijke verberging.³⁹²

Het Hof van Cassatie³⁹³ oordeelde in een arrest van 2005 dat het bedrieglijk opzet erin bestaat een onrechtmatig voordeel te bezorgen. Vanaf dat de dader de bedoeling heeft, wat eventueel samenvalt of volgt op de inbezitname, is het misdrijf voltrokken.³⁹⁴

³⁸⁸ Art. 508, derde lid Strafwetboek.

³⁸⁹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 418.

³⁹⁰ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 419.

³⁹¹ Cass. 13 maart 1985, AR 3999, (Adam / Michel).

³⁹² J. DE HERDT, B. DE SMET, E. FORRIER, L. HUYBRECHTS, G. STESENS en I. VEROUGSTRAETE, *De Larcier Wetboeken Deel II Strafrecht, s.l.*, Larcier, 2012, 80.

³⁹³ Cass. (2^{de} k.) 12 oktober 2005, AR P.05.0852.F, (C.C., M., A., H.E., A., D. / L.M.).

³⁹⁴ F. DERUYCK, B. SPRIET, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 585.

2.4 Besluit

Na een overzicht te hebben gegeven van de misdrijven die te maken hebben met een familielid, zal ik bij wijze van besluit van dit hoofdstuk een oplisting maken. Vervolgens zal ik de onderzoeksvragen beantwoorden die betrekking hebben op het Belgische recht. Zo komen we terug tot de rode draad van deze masterscriptie.

Familielid als...	constitutief bestanddeel	grond voor strafverzwaring	misdrijfuitsluitende verschoningsgrond
Misdrijven	<ul style="list-style-type: none"> - Familieverlating - Achterlaten van kinderen of onbekwamen in een behoeftige toestand - Het dwarsbomen van maatregelen over de bewaring van minderjarigen - Oudermoord - Aanranding van de eerbaarheid 	<ul style="list-style-type: none"> - Vruchtafdrijving - Het verlaten van kinderen of kwetsbare personen - Onthouden van voedsel of verzorging aan minderjarigen en kwetsbare personen - Nalaten van onderhoud - Opzettelijke slagen en verwondingen met onder andere verminking van genitaliën - Aanranding van de eerbaarheid - Verkrachting 	<ul style="list-style-type: none"> - Diefstal - Misbruik van vertrouwen - Oplichting - Bedrog - Afpersing - Vernieling van documenten - Heling - Informaticabedrog - Bedrieglijke verberging - Verbergen van vervolgte of veroordeelde incivieken - Verbergen van wegens misdaad vervolgd en veroordeelden - Verbergen van een lijk van iemand die werd gedood door een familielid
Wat is familie?	Met familie wordt bedoeld de bloedverwanten en aanverwanten die tevens van belang zijn in het Burgerlijk Wetboek. Voornamelijk de ouders, maar ook de	Er wordt niet altijd even duidelijk gepreciseerd wie er als familielid wordt beschouwd. Soms zijn het enkel de ouders of bloedverwanten in opgaande lijn, soms zijn het tevens de personen	Het belangrijkste artikel is artikel 462 Sw. Er wordt duidelijk vermeld wie als verschoonde dader fungeert: echtgenoten, weduwen, afstammelingen ten nadele van hun bloedverwanten in opgaande

	<p>kinderen, echtgenoten en schoonkinderen. Het gaat om de familiale solidariteit, onder andere op basis van de onderhoudsplicht, die moet blijven gewaarborgd.</p> <p>Bij aanranding van de eerbaarheid is er een ruimere opvatting, daar houdt men rekening met de 'moderne gezinnen'.</p>	<p>die de gezag hebben wat dus een ruimere bepaling is.</p> <p>Er wordt bij deze misdrijven wel in een extra grond voor strafverzwaring voorzien, al dan niet in een afzonderlijk artikel, naast de gewone straf voor de dader-niet-familieelid.</p> <p>Bij bepaalde misdrijven, bijvoorbeeld kindermoord, die op het eerste zicht in een strafverzwaring zouden voorzien als de dader een familieelid zou zijn, wordt dit vermoeden niet bevestigd door het Strafwetboek.</p>	<p>lijn en omgekeerd en aanverwanten in dezelfde graden.</p> <p>Als het misdrijf wordt gepleegd ten nadele van een kwetsbare persoon, geldt de verschoningsgrond niet.</p> <p>Bij hulp aan familieleden is de verschoningsgrond ruimer, aangezien ook broers en zussen eronder vallen.</p>
Voordeel of nadeel ?	<p>De strafmaat kan niet bij alle misdrijven worden vergeleken, maar aan de hand van oudermoord en aanranding van de eerbaarheid wordt duidelijk dat er in een strengere straf wordt voorzien als de dader fungeert als familieelid.</p> <p>Dus een dader-familieelid heeft een nadeel ten opzichte van een dader-niet-familieelid.</p>	<p>De strafmaat wordt in al deze gevallen aanzienlijk verhoogd in vergelijking met een dader-niet-familieelid. Hierdoor wordt het duidelijk dat het misdrijf ernstiger wordt en de gevolgen voor het slachtoffer zwaarder zijn.</p> <p>Dus een dader-familieelid heeft een nadeel ten opzichte van een dader-niet-familieelid.</p>	<p>De strafvordering wordt niet ontvankelijk verklaard, dus de straf die voor de dader-niet-familieelid geldt, zal niet van toepassing zijn op de dader-familieelid.</p> <p>Dus een dader-familieelid heeft een voordeel ten opzichte van een dader-niet-familieelid.</p>

Ik kan concluderen dat het nuttig en noodzakelijk is dat er in het Belgisch strafrecht een opsplitsing kan gemaakt worden tussen de verschillende soorten misdrijven waarbij de dader een familielid is. Hoewel er een driedeling plaatsvindt, zijn de gevolgen tweeledig. Enerzijds heeft men te maken met een zwaardere straf ten opzichte van de dader die geen familie is, anderzijds wordt de strafvordering onontvankelijk verklaard omwille van de verschoningsgrond van verwantschap. Er zal dus bij elke situatie afzonderlijk moeten worden gekeken naar welk misdrijf er zich voordoet, om zo te kunnen bepalen wat de vereisten en gevolgen zijn voor de dader-familielid.

De grote oorzaak die ik heb teruggevonden voor de strafverzwaring die plaatsvindt bij misdrijven waarbij een familielid als constitutief bestanddeel geldt en bij de misdrijven die een familielid als grond voor strafverzwaring zien, is het feit dat men in de algemene opvatting van de maatschappij, bescherming en onderhoud verwacht van zijn naasten.

De grote oorzaak die ik gevonden heb voor het feit dat er bij sommige misdrijven een verschoningsgrond van verwantschap speelt, waarbij de strafvordering onontvankelijk wordt verklaard zodat men als slachtoffer enkel maar kans maakt op een burgerrechtelijke vergoeding, heeft te maken met het feit dat het merendeel van deze misdrijven eigendomsmisdrijven zijn waarbij ieders eigendom moeilijk kan bewezen worden. Bij hulp aan familieleden speelt deze verklaring niet, maar daar kan men ervan uitgaan dat hulp aan familieleden geboden wordt in noodsituaties.

Bijgevolg heb ik aan de hand van mijn oplijsting, eigen bevindingen en gevoerd onderzoek in het tweede hoofdstuk onrechtstreeks een antwoord geformuleerd op de volgende subvragen:

- In welke gevallen is het 'familielid' een constitutief bestanddeel van een misdrijf? Hoe zit het bij deze misdrijven met de strafmaat?

- In welke gevallen is het plegen van een misdrijf door een familielid een verzwarende omstandigheid? Kan het ook zo zijn dat het een verzachtende omstandigheid is?

- Is er een evolutie merkbaar met wat er kan worden verstaan onder de ongehuwde samenwonende partners? Wat is de evolutie als dit als familie wordt beschouwd?

Het antwoord op mijn onderzoeksvraag en subvragen zullen vermeld worden als algemene conclusie in mijn besluit van mijn hele masterscriptie.

3 Vergelijking Nederlands strafrecht

3.1 Inleiding

Het materiële Nederlandse strafrecht is, anders dan in België, slechts gedeeltelijk in het wetboek te vinden. De meeste materie bevindt zich in bijzondere wetten.³⁹⁵ Dit maakt het opzoeken en het werken met het Nederlands strafrecht als Belgisch jurist niet al te makkelijk. De Nederlandse Grondwet voorziet in het legaliteitsbeginsel, waardoor het strafrecht moet worden geregeld in een wetboek, naast de mogelijkheid tot het regelen van bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten in formele zin.³⁹⁶ Een belangrijke bepaling in de Nederlandse Grondwet is artikel 16, waarin het *nulla poena*-beginsel vervat zit.³⁹⁷

Een belangrijk stuk van het Nederlandse strafrecht is het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht³⁹⁸, dit is een reactie tegen de Code pénal en daarom verschilt het dus met ons recht.³⁹⁹

Een blik op het Nederlands strafrecht maakt al snel duidelijk dat er bij onze Noorderburen tevens sprake is van strafuitsluitingsgronden, schulditsluitingsgronden en rechtvaardigingsgronden. De schulditsluitingsgronden hebben ook hier een persoonlijk karakter in tegenstelling tot de rechtvaardigingsgronden die betrekking hebben op het feit zelf.⁴⁰⁰ De gelijkenissen met het Belgisch strafrecht zijn dus treffend. In bepaalde gevallen is er echter sprake van verschillen onder andere bij het leerstuk met betrekking tot de recidive.⁴⁰¹

Er is in het Nederlands recht sprake van vervolgingsuitsluitingsgronden. Dan is er dus een beletsel waardoor niet vervolgd kan worden. Dit is bijvoorbeeld als er geen klacht voorhanden is bij klachtdelicten.⁴⁰²

3.2 Misdrijf ten nadele van een familielid

Net zoals in het Belgische strafrecht zijn er in het Nederlandse strafrecht misdrijven die ten nadele van een familielid gepleegd kunnen worden. Ook hier zijn er verschillende misdrijven waarbij men een familielid nodig heeft als constitutief bestanddeel vooraleer er van het misdrijf kan worden gesproken. Dat is onder andere zo bij 'kinderdoodslag' op grond van artikel 290 Wetboek van Strafrecht.

³⁹⁵ J. REMMELINK, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 5.

³⁹⁶ J. REMMELINK, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 7.

³⁹⁷ J. REMMELINK, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 7.

³⁹⁸ Nederlands Wetboek van Strafrecht, 3 maart 1881.

³⁹⁹ J. DE HULLU, *Materieel strafrecht over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer, Kluwer, 2009, 61-62.

⁴⁰⁰ J. REMMELINK, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 470.

⁴⁰¹ M. DAMS, *Recidive in België en Nederland; Een analyse van 200 jaar rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 555.

⁴⁰² G.J.M. CORSTENS, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 193.

3.3 Als verzwarende omstandigheden?

In het Nederlandse recht is er evenwel een bepaling in het leven geroepen die betrekking heeft op strafverhoging, strafvermindering en strafuitsluiting op basis van persoonlijke omstandigheden. Zo een bepaling vinden we niet terug in het Belgische strafrecht. Het gaat dan over bijkomende omstandigheden die persoonlijk zijn en die niet behoren tot het strafbare feit. Dit kadert zich dus allemaal in artikel 50 Wetboek van Strafrecht.⁴⁰³

De eerste categorie van artikel 50 die hier wordt besproken zijn de strafuitsluitende omstandigheden van persoonlijke aard. De schulduitsluitingsgronden zoals een psychische stoornis uit artikel 39 Wetboek van Strafrecht vallen er onder. Er is echter discussie of diegene die misdrijfuitsluiting en misdrijfbegunstiging plegen ten behoeve van verwanten of echtgenoten er ook onder vallen aangezien deze ook zouden kunnen kaderen rond de vervolgingsuitsluitingsgronden zoals bijvoorbeeld artikel 316 Wetboek van Strafrecht.⁴⁰⁴

Een tweede categorie gaat over de strafverminderende omstandigheden van persoonlijke aard. Een voorbeeld hiervan is artikel 259 Wetboek van Strafrecht en kadert zich rond het te vondeling leggen. Dit geldt namelijk enkel als de moeder handelt uit vrees dat haar bevalling wordt ontdekt, dat de straf kan worden verminderd.⁴⁰⁵

De laatste categorie handelt over de persoonlijke strafverhogende omstandigheden. Hieronder kunnen de subjectieve verzwarende omstandigheden geplaatst worden, evenals recidive. De gelijkenis met België is op dit vlak dus treffend. In Nederland wordt er echter nog in een afzonderlijke bepaling⁴⁰⁶ voorzien die de straf gaat verhogen met een derde als er mishandeling plaatsvindt tegen zijn ouder, echtgenoot, levensgezel of kind.⁴⁰⁷

Artikel 50 speelt echter niet als de bepalingen bij het misdrijf zelf reeds voorzien in een afzonderlijke omstandigheid van verzwarende of verzachtende.⁴⁰⁸ Maar de rechtsleer in Nederland is het er wel over eens dat artikel 50 wel van toepassing is bij vervolgingsuitsluitingsgronden.⁴⁰⁹

Er zijn eveneens verschillende misdrijven waarbij er een strafverzwarende plaatsvindt als de dader een familielid is. Dat is zo bij 'verlating van hulpbehoevenden' op grond van artikel 258 Wetboek van Strafrecht. Hier kan dus eveneens een gelijkenis worden gezien met België, al zijn het niet allemaal dezelfde misdrijven.

⁴⁰³ J. REMMELINK, Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 470.

⁴⁰⁴ J. REMMELINK, Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 471.

⁴⁰⁵ J. REMMELINK, Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 471.

⁴⁰⁶ Art. 304 Wetboek van Strafrecht.

⁴⁰⁷ J. REMMELINK, Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 471.

⁴⁰⁸ J. REMMELINK, Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 472.

⁴⁰⁹ J. REMMELINK, Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 473.

3.4 Als strafuitsluitende verschoningsgrond?

Een andere grond, die eveneens voorkomt in het Belgisch strafrecht, is het verschoningsrecht. In sommige gevallen hebben getuigen namelijk een professioneel verschoningsrecht, maar in het kader van mijn masterscriptie is het meest van belang te vermelden dat bloed- en aanverwanten, echtgenoten en geregistreerde partners daar ook gebruik van kunnen maken.⁴¹⁰ De naasten van de verdachten kunnen worden verschoond⁴¹¹, evenals de toelating dat de personen zwijgen zodat ze zichzelf of zijn naasten niet in gevaar brengen doordat er een veroordeling zou volgen.⁴¹² Het is evenwel belangrijk te melden dat er een mogelijkheid is om van deze verschoningsgrond gebruik te maken als familielid, en geen verplichting.⁴¹³ De reden waarom de verschoningsgrond van artikel 217 Wetboek van Strafvordering⁴¹⁴ werd ingevoerd, is dat men de familierelatie tussen de verdachte en de getuige heel belangrijk vond. Daarom kan de getuige zich beroepen op de verschoningsgrond, hoewel dit niet verplicht is en dus toch nog de mogelijkheid heeft om een verklaring af te leggen.⁴¹⁵ Dit is eveneens de reden waarom de wetgever artikel 219 Wetboek van Strafvordering heeft ingevoerd. Bij de gevallen van artikel 219 kan de getuige zich per gestelde vraag zelf verantwoorden of hij al dan niet gebruik wil maken van zijn verschoningsrecht. Hierdoor wordt duidelijk dat het familiale aspect in Nederland ook doorwerkt in het strafprocesrecht.

In het Nederlandse Strafwetboek wordt er ook voorzien in een regeling zoals artikel 462 Sw. Deze bevindt zich in artikel 316,1^o Wetboek van Strafrecht. Er is dan geen strafvervolgning als de dader of de medeplichtige van de diefstal de niet van tafel en bed of van goederen gescheiden echtgenoot van de benadeelde is. Er is echter wél een strafvervolgning mogelijk als het slachtoffer wel de van tafel en bed of van goederen gescheiden echtgenoot is, of een bloed- of aanverwant, hetzij in rechte lijn, hetzij in zijlijn tot de tweede graad van de dader of de medeplichtige. Hier geldt echter de vereiste dat er een klacht moet zijn neergelegd door het slachtoffer. De uitwerking hiervan bevindt zich in artikel 316,2^o Wetboek van Strafrecht.⁴¹⁶ Deze verschoningsgrond is eveneens van toepassing op misdrijven als afpersing en bedrog.⁴¹⁷

3.5 Besluit: vergelijken met het Belgisch strafrecht

Hierdoor wordt dus duidelijk dat een specifiek onderdeel waarvan geen sprake is in het Belgisch strafrecht met betrekking tot de familieleden de klachtdelicten zijn. De klacht is dan een voorwaarde om tot vervolging over te gaan.⁴¹⁸ Het Openbare Ministerie is er dan niet toe verplicht om te vervolgen.⁴¹⁹ Er wordt een onderscheid gemaakt tussen de absolute en de relatieve klachtdelicten.⁴²⁰

⁴¹⁰ G.J.M. CORSTENS, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 604-605.

⁴¹¹ Art. 217 Wetboek van Strafrecht.

⁴¹² Art. 219 Wetboek van Strafrecht.

⁴¹³ G.J.M. CORSTENS, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 141.

⁴¹⁴ Nederlands Wetboek van Strafvordering, 15 januari 1921.

⁴¹⁵ G.J.M. CORSTENS, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 142-144.

⁴¹⁶ D. MERCKX, "Diefstal tussen echtgenoten, bloedverwanten en aanverwanten", *OSS* 2003, afl. 44, 70-71.

⁴¹⁷ Art. 338 en 319 Wetboek van Strafrecht.

⁴¹⁸ G.J.M. CORSTENS, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 80.

⁴¹⁹ G.J.M. CORSTENS, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 81.

⁴²⁰ J. REMMELINK, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 577.

De absolute klachtdelicten zijn wegens hun aard enkel maar vervolgbaar op klacht. De relatieve klachtdelicten daarentegen hebben enkel een klacht nodig als er een band of nauwe relatie bestaat tussen het slachtoffer en de dader of medeplichtige van het misdrijf.⁴²¹ Dit is zo bij de meeste vermogensmisdrijven.⁴²² Wie hiermee wordt bedoeld zijn de van tafel en bed of van goederen gescheiden echtgenoten, de bloed- en aanverwanten in rechte lijn of in de zijlijn tot in de tweede graad van het slachtoffer. Wanneer deze situatie zich voordoet tussen echtgenoten is er echter geen vervolging mogelijk.

Er kan dus worden geconcludeerd dat er in het Nederlands strafrecht ook sprake is van misdrijven waarbij een familielid als constitutief bestanddeel aanwezig moet zijn, dat er bij bepaalde misdrijven een strafverzwaring volgt omdat de dader een familielid is en dat er bij bepaalde misdrijven ook sprake is van een verschoningsgrond. De gelijkenissen met het Belgisch strafrecht zijn dus treffend, maar een opmerkelijk verschil bevindt zich bij de klachtdelicten. Dit is naar mijn mening een goed systeem waarvoor ik opteer dat dit ook in België wordt ingevoerd. Zo heeft het slachtoffer meer zeggenschap en kan het slachtoffer zelf een afweging maken tussen de verschillende belangen: enerzijds de familiale rust bewaren en anderzijds de mogelijkheid om een strafvordering in te stellen tegen de dader-familielid. De verschoningsgrond wordt dus op een andere manier ingevuld als in België en ik denk dat dit systeem, met het oog op de huidige maatschappij waarin familieleden niet altijd een goede band hebben, beter is.

⁴²¹ J. REMMELINK, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 577-578.

⁴²² G.J.M. CORSTENS, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 80.

BESLUIT

Om het strafrecht te begrijpen, was het eerst noodzakelijk een korte situering te geven van het algemeen strafrecht. Het zou zonde zijn om te spreken over de typische misdrijven waarbij een familielid als dader kan fungeren, zonder te weten wat het verschil is tussen constitutieve elementen en constitutieve bestanddelen, verzwarende en verzachtende omstandigheden. Daardoor werden eerst enkele basisconcepten toegelicht die nodig waren om het tweede hoofdstuk te begrijpen. De verschillende constitutieve elementen zoals delictstypiciteit, wederrechtelijkheid, schuld en strafwaardigheid werden onder de loep genomen. Net zoals de rechtvaardigingsgronden, schulditsluitingsgronden en de strafuitsluitende verschoningsgronden. Vervolgens werd de strafmaat toegelicht. Zo werd het duidelijk dat er verschillende gronden van strafverzwaring zijn, waarbij de verzwarende omstandigheden de grootste rol spelen in het kader van mijn masterscriptie. Er zijn ook verschillende gronden van strafvermindering, onder andere de verzachtende omstandigheden en de strafverminderende verschoningsgronden.

In het tweede hoofdstuk is duidelijk geworden dat er in het Belgisch strafrecht allerhande misdrijven zijn die ten nadele van een familielid kunnen gepleegd worden. Er dient echter wel een onderscheid gemaakt te worden tussen de misdrijven waarbij het familielid noodzakelijk is en dus fungeert als constitutief bestanddeel, de misdrijven waarbij een dader-familielid geldt als een grond voor strafverzwaring en de misdrijven waarbij een dader-familielid ertoe leidt dat men te maken heeft met een misdrijfsluitende verschoningsgrond.

De misdrijven waarbij een familielid een constitutief bestanddeel is van het misdrijf zijn het minst in aantal. Zo heeft men noodzakelijk een familielid nodig als dader bij familieverlating, het achterlaten van kinderen of onbekwamen in een behoeftige toestand, het dwarsbomen van de maatregelen over de bewaring van minderjarigen, oudermoord en aanranding van de eerbaarheid.

In bepaalde gevallen is er echter sprake van een strafverzwaring als de dader van het misdrijf een familielid is. De straffen worden in die gevallen verhoogd ten opzichte van een dader die geen familielid is. Hierdoor werd het duidelijk dat de wetgever de ernst van deze misdrijven zwaarder achtte. De misdrijven waar hiervan sprake is zijn vruchtafdrijving, het verlaten van kinderen of kwetsbare personen, het onthouden van voedsel of verzorging aan minderjarigen en kwetsbare personen, het nalaten van onderhoud, opzettelijke slagen en verwondingen, aanranding van de eerbaarheid en verkrachting.

Als laatste categorie zijn de misdrijven aan bod gekomen waarop de verschoningsgrond van verwantschap van artikel 462 Sw. op van toepassing is en er enkel maar kan worden voorzien in een burgerrechtelijke vergoeding als de dader van het misdrijf een familielid is dat werd opgesomd in het eerste lid. Het gaat voornamelijk over misdrijven met betrekking tot eigendom. Onder andere de verschillende varianten van diefstal, afpersing, misbruik van vertrouwen, oplichting, heling en bedrieglijke verberging. Er werden nog enkele andere misdrijven opgesomd waarop de verschoningsgrond van verwantschap ook op van toepassing is, maar deze misdrijven waren eerder bijkomend in het kader van mijn masterscriptie.

Als laatste hoofdstuk werd er onderzocht in welke mate het Belgische strafrecht overeenkomt of verschilt met het Nederlandse strafrecht met betrekking tot de misdrijven die ten nadele van een familielid worden gepleegd.

Tenslotte ben ik nu in staat om op alle vragen te antwoorden die ik aan het begin van mijn masterscriptie heb gesteld.

Te beginnen met de vraag in welke gevallen het 'familieid' een constitutief bestanddeel van een misdrijf is en hoe het bij deze misdrijven zit met de strafmaat.

Er zijn verschillende misdrijven waarbij er sprake moet zijn van een familieid alvorens er sprake kan zijn van een misdrijf. Dat is zo bij de familieoverlating, achterlaten van kinderen of onbekwamen in een behoeftige toestand, het dwarsbomen van maatregelen over de bewaring van minderjarigen, oudermoord en aanranding van de eerbaarheid. Bij deze misdrijven kan er een link worden gezien met wat er onder familie wordt beschouwd in het Burgerlijk Wetboek. De onderhoudsplicht en de familiale solidariteit zijn bij deze misdrijven van belang. Omdat er niet voor alle misdrijven een alternatief is, kan aan de hand van de vergelijking oudermoord – moord en aanranding van de eerbaarheid in de situatie dat het niet op een familieid wordt gepleegd en de situatie wanneer het wel op een familieid wordt gepleegd, worden afgeleid dat de straf verzwaard wordt bij de misdrijven waarbij een familieid de dader is.

De volgende vraag die ik heb onderzocht is: in welke gevallen is het plegen van een misdrijf door een familieid een verzwarende omstandigheid? Kan het ook zo zijn dat het een verzachtende omstandigheid is?

Er zijn verschillende misdrijven die ervoor zorgen dat de straf verzwaard wordt in het geval dat de dader een familieid is van het slachtoffer. Dat is zo bij vruchtafdrijving, het verlaten van kinderen of kwetsbare personen, het onthouden van voedsel of verzorging aan minderjarigen en kwetsbare personen, het nalaten van onderhoud, opzettelijke slagen en verwondingen, aanranding van de eerbaarheid en verkrachting. Er zijn geen misdrijven waarbij een dader-familieid zorgt voor een verzachtende omstandigheid, maar wel kan men te maken hebben met een misdrijffuitsluitende verschoningsgrond.

Er is nog een laatste vraag gesteld met betrekking tot het Belgisch recht: is er een evolutie merkbaar met wat er kan worden verstaan onder de ongehuwde samenwonende partners? Wat is de evolutie als dit als familie wordt beschouwd?

In bepaalde gevallen worden ongehuwde samenwonende partners gelijkgesteld met gehuwden. Dat is zo in artikel 410 Sw. Dan kan er in beide gevallen sprake zijn van een strafverzwaring. Bij de verschoningsgrond van verwantschap worden de samenwonenden echter niet als familieleden beschouwd.

De laatste subvraag heeft te maken met het derde hoofdstuk: hoe wordt er in het buitenland omgegaan met dit soort misdrijven? Vooral met de nadruk op Nederland.

Er is duidelijk geworden dat er heel wat gelijkenissen zijn tussen het Belgisch en het Nederlands strafrecht, maar ook verschillen. Onder andere artikel 50 Wetboek van Strafrecht en de

klachtdelicten.

En tot slot beantwoord ik mijn onderzoeksvraag zelf: heeft het plegen van een misdrijf ten nadele van een familielid eerder een positief effect op diens straf of eerder een nadeliger effect in vergelijking met de dader niet-familielid?

In principe moet er worden gekeken naar de situatie waarin het misdrijf voorkomt en bij welke categorie het misdrijf hoort. Is het familielid een constitutief bestanddeel? Zorgt het voor een strafverzwaring? Leidt het tot een misdrijffuitsluitende verschoningsgrond? Als de dader een familielid is dan zorgt het voor een zwaardere straf als het een misdrijf is waarbij het familielid als een constitutief bestanddeel geldt of een grond voor strafverzwaring. Als het een misdrijf is waarop de verschoningsgrond van verwantschap van toepassing is, dan kan er niet strafrechtelijk worden vervolgd en is er dus een voordeel voor de dader-familielid.

Dus in bepaalde gevallen zal de dader-familielid te maken hebben met een positieve effect, in andere gevallen zal deze te maken hebben met een negatief effect. Het aantal misdrijven waarop de verschoningsgrond van verwantschap van toepassing is, is meer in aantal dan waarbij er strafverzwaring zou optreden. Zo kan ik dus concluderen dat het voordeliger effect op de straf de bovenhand neemt, maar de reeks misdrijven waarbij er een strafverzwaring op van toepassing is, zijn van een ernstigere aard dan de eigendomsmisdrijven waarop de verschoningsgrond van verwantschap van toepassing is. Als er dan nog een strafverzwaring is, zal dit in ergere mate doorspelen dan het voordeel van de misdrijven waarop de misdrijffuitsluitende verschoningsgrond op van toepassing is.

Dus hoewel er sprake is van eenzelfde hoedanigheid, familieleden, gaat het soms verschonend en soms verzwarend werken. In principe is dit niet compatibel en niet logisch. Want enerzijds heeft men dus te maken met bijvoorbeeld de zedenmisdrijven waarbij men strenger is ten aanzien van de familieleden en anderzijds kunnen de eigendomsmisdrijven 'wel' strafrechtelijk plaatsvinden tussen de familieleden. Mijn conclusie hieromtrent is dat de verschoningsgrond van artikel 462 Sw. achterhaald is omdat men automatisch de strafvordering onontvankelijk gaat verklaren. Het lijkt mij beter om van de eigendomsmisdrijven, die specifiek met familieleden te maken hebben, klachtmisdrijven te maken zoals stalking en laster en eerroof. Net zoals er in Nederland de relatieve klachtdelicten zijn. De nieuwe wet van 26 november 2011 lijkt mij al een stap in de goede richting omdat hierdoor de verschoningsgrond van verwantschap niet meer speelt ten aanzien van de kwetsbare personen. Het lijkt mij nog beter om in de toekomst deze wet te herzien en een uitbreiding te voorzien ten aanzien van welke personen de verschoningsgrond van verwantschap niet meer speelt.

BIBLIOGRAFIE

Wetgeving

Internationaal Verdrag van New York inzake de rechten van het kind van 20 november 1989, *BS* 17 januari 1992.

Haagse Conventie over de burgerlijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen van 25 oktober 1980.

Europees Verdrag van Rome tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950, *BS* 19 augustus 1955, *err.*, *BS* 19 juni 1961.

Europees Verdrag van Luxemburg betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen van 20 mei 1980.

Verord.Raad nr. 1347/2000, 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid van gemeenschappelijke kinderen, *Pb.L.* 30 juni 2006, afl. 160, 19.

Verord.Raad nr. 2201/2003, 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000, *Pb.L.* 23 december 2003, afl. 338, 1.

Strafwetboek 8 juni 1867, *BS* 9 juni 1867, *err.*, *BS* 5 oktober 1867.

Wet 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden, *BS* 5 oktober 1867.

Wet 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, *BS* 25 april 1878.

Nederlands Wetboek van Strafrecht, 3 maart 1881.

Nederlands Wetboek van Strafvordering, 15 januari 1921.

Wet 28 november 2000 betreffende de strafrechtelijke bescherming van de minderjarigen, *BS* 17 maart 2001.

Wet 26 november 2011 tot wijziging en aanvulling van het Strafwetboek teneinde het misbruik van de zwakke toestand van personen strafbaar te stellen, en de strafrechtelijke bescherming van kwetsbare personen tegen mishandeling uit te breiden, *BS* 23 januari 2012.

Wet van 10 december 2012 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Strafwetboek en het

Gerechtig Wetboek met betrekking tot de onwaardigheid om te erven, de herroeping van giften, het verval van huwelijksvoordelen en de plaatsvervulling, *BS* 11 januari 2013.

Rechtspraak

GwH 19 september 2007, nr. 116/2007.

GwH 29 oktober 2009, nr 167/2009.

Cass. 23 februari 1903, *Pas.* 1903, I, 118.

Cass. 17 april 1961, *Pas.* 1961, I, 880.

Cass. 21 november 1966.

Cass. 20 december 1967, *Pas.*, 1968, I, 550; *Arr. Cass.*, 1968, 590.

Cass. 13 maart 1985, AR 3999, (Adam / Michel).

Cass. 11 februari 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 780, *Pas.* 1987, I, 694.

Cass. 22 december 1992, AR 3124, (X.).

Cass. (2^{de} k.) 23 oktober 2002, AR P.02.0958.F, (D.A. e.a. / H.M. e.a.).

Cass. (2^{de} k.) 2 maart 2004, AR P.03.1313.N, (W.P. / B.N.).

Cass. (2^{de} k.) 16 juni 2004, AR P.04.0595.F, (B.K.B.D. e.a. / G.F.).

Cass. (2^{De} k.) 12 oktober 2005, AR P.05.0852.F, (C.C., M., A., H.E., A., D. / L.M.).

Cass. (2^{de} k.) 26 oktober 2005, AR P.05.0966.F, (G.P. / Y.E.).

Cass. (2^{de} k.) 30 mei 2007, AR P.07.0216.F, (K.S., P.C. / R.T., R.D.).

Cass. (2^{de} k.) 5 juni 2007, AR P.07.0462.N, (A.W.M.V.D.A. / J.D.), *T. Strafr.*, 2007/6, 386-387.

Cass. (2^{de} k.) 25 september 2007, AR P.07.0501.N, (R.A.M. / M.E.R.).

Cass. (2^{de} k.) 4 maart 2008, AR P.07.1541.N, (A.L.A.M.C. / M.D.).

Cass. (2^{de} k.) 3 november 2009, AR P.09.0884.N, (I.J.A.B. / G.B.), RW 2009-10, (1644)1644.

Cass. (2^{de} k.) 5 januari 2011, AR P.10.1094.F, (V.S., Total Management Associates / R.D., H., J., P., G. e.a.).

Cass. (2^{de} k.) 25 mei 2011, AR P.11.0060.F, (T.G. / T.M.T.).

Cass. 19 oktober 2011, AR P.11.0901.N, (G. J., M., G., G.J., S. J.-P., Y., N., G./F. P.), *T. Strafr.* 2012/1, (37) 37.

K.I. Antwerpen 28 september 1982, *R.W.* 1984-1985, 1455.

Brussel 22 maart 2005, *NJW* 2005, afl. 126, 1136, noot G. VERSCHULDEN.

Corr. Oudernaarde (3^{de} k) 19 juni 2009, (O.M. / W., D., GMWF, W., B. en D.).

Corr. Hasselt 24 februari 2010, *NC* 2010, (256) 256-257.

Rechtsleer

Boeken

CORSTENS, G.J.M., *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 964 p.

DAMS, M., *Recidive in België en Nederland; Een analyse van 200 jaar rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 651 p.

DE BUSSCHER, M., MEESE, J., VAN DER KELEN, D. en VERBIST, J., *Wet en Duiding Strafrecht 2012, s.l.*, Larcier, 2012, 578 p.

DE HERDT, J., DE SMET, B., FORRIER, E., HUYBRECHTS, L., STESENS, G. en VEROUGSTRATE I., *De Larcier Wetboeken Deel II Strafrecht, s.l.*, Larcier, 2012, 1150 p.

DE HULLE, J., *Materieel strafrecht over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer, Kluwer, 2009, 585 p.

DE NAUW, A., *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 220 p.

DE NAUW, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 471 p.

DERUYCK, F., SPRIET, B., TRAEST, P. en VERSTRAETEN, R., *Strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 1302 p.

DREESEN, J. en WERBROUCK, Y., *Praktisch strafrecht*, Berchem, De Boeck, 2011, 237 p.

DUPONT, L., *Verlating van familie*, Gent, Story-Scientia, 1975, 175 p.

DUPONT, L. en VERSTRAETEN R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 913 p.

REMMELINK, J., *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 970 p.

VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2011, 1330 p.

VERBRUGGEN, F. en VERSTRAETEN, R., *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2010, 504 p.

VERBRUGGEN, F. en VERSTRAETEN, R., *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, II dln., Antwerpen, Maklu, 2012, 647 p.

Tijdschriften

BOONE, K., "Wet van 10 december 2012 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Strafwetboek en het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de onwaardigheid om te erven, de herroeping van giften, het verval van huwelijksvoordelen en de plaatsvervulling", *Not.Fisc.M.* 2013/4, 102-116.

DE CLERCK, M., "De nieuwe Europese wetgeving inzake internationale parentale ontvoeringen", *T.J.K.* 2005/1, 6-11.

DE BONDT, W. en KETELS, B., "GwH 19 september 2007, nr. 116/2007", *NC* 2008, 46-50.

DE SMET, B., "Familiieverlating", *OSS* 2012, 65 p.

DE SMET, B., "Niet-afgifte van kinderen", *OSS* 2008, 28 p.

DELAERE, S. en KETELS, B., "De puntjes op de i van de verwantschapsverschuiving", *Juristenkrant* 27 mei 2009, 16.

DELBROUCK, I., "Verkrachting", *Postal Memorialis* 1 juni 2012, 473-514.

DELBROUCK, I., "Verlating van familie", *Postal Memorialis* 1 juni 2012, 515- 528.

DIERICKX, A., "Hoe ver reikt de bescherming van de strafbepalingen van aanranding van de eerbaarheid en verkrachting?", *NC* 2006, 95-108.

KETELS, B. en VERMEULEN, G., "Grondwettelijk Hof verfijnt leeftijdsgrens verkrachting en aanranding", *Juristenkrant* 13 januari 2010, 4-5.

MERCKX, D., "Diefstal tussen echtgenoten, bloedverwanten en aanverwanten", *OSS* 2003, afl. 44, 57-73.

MERCKX, D., "Verkrachting – De verzwarende omstandigheden", *OSS* 2004, 33 p.

STEVENS, L., "De familieverlating (artikel 391bis Sw.)", *A.J.T.* 1998-99, 287-288.

VANDROMME, S., "Geen straffeloosheid voor diefstal tussen ongehuwde partners", *Juristenkrant* 10 oktober 2007, 4.

VANDROMME, S., "Ook niet betalen van schoolgelden valt onder familieverlating", *Juristenkrant* 28 april 2004, 1 + 4.

VANDROMME, S., "Over het niet-afgeven van kinderen (artikel 432 paragraaf 3 Sw.) en de toepassing van de strafwet in de ruimte", *T.J.K.* 2003/5, 305-311.

VERHEYDE, M., "Internationale parentale ontvoeringen", *NjW* 8 oktober 2003, 990-995.

X, "Misbruik kwetsbare personen", *NjW* 8 februari 2012, 101.

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:

Een misdrijf ten nadele van een familielid

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**

Jaar: **2013**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

Vermeulen, Darinka

Datum: **16/05/2013**