

het hof van beroep te Gent, Achtste kamer, recht doende in correctionele zaken

1. K.
2. M.
3. G.
4. e.a.

Beklaagden
VERDACHT VAN :

Om de misdaad of het wanbedrijf uitgevoerd te hebben of om aan de uitvoering ervan rechtstreeks medegewerkt te hebben, door enige daad, tot de uitvoering zodanige hulp verleend te hebben dat zonder zijn bijstand het misdrijf niet kon gepleegd worden.

DE EERSTE

A. Bij inbreuk op de artikelen 1, 2 bis § §1, 4b, 4 (§§ 1, 4 en 6) en 6 van de wet van 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van giftstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, psychotrope stoffen, ontsmettingsstoffen en antiseptica en van de stoffen die kunnen gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen (B.S. 06.03.1921), op de artikelen 1, 2, 3 al.1,11, 26 bis 1° en 4° en 28 §§ 1 en 2-3° van het K.B. van 31 december 1930 houdende regeling van de slaapmiddelen en de verdovende middelen en betreffende risicobeperking en therapeutisch advies (B.S. 10.01.1931), zonder voorafgaande vergunning vanwege de Minister van Binnenlandse Zaken en Volksgezondheid, tegen betaling of kosteloos, verdovingsmiddelen te hebben ingevoerd, met de omstandigheid dat de feiten daden van deelneming zijn aan de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van een vereniging in de hoedanigheid van leidend persoon namelijk:

1. het zogenaamde product cocaïne dat substanties bevat welke onder de wetenschappelijke benamingen cocaïnum opgenomen is in artikel 1, nr. 19 van voormeld K.B. dd. 31.12.1930.

Bij samenhang te Antwerpen op 12.06.2007.

2. het zogenaamde product heroïne dat substanties bevat welke onder de wetenschappelijke benamingen heroïnum opgenomen is in artikel 1, nr. 36 van voormeld K.B. dd. 31.12.1930.

Bij samenhang te 2160 Wommelgem op 15.10.2007.

DE EERSTE

B. Bij inbreuk op de artikelen 1, 2 bis §§ 1, 4b, 4 (§§ 1, 4 en 6) en 6 van de wet van 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van giftstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, psychotrope stoffen, ontsmettingsstoffen en antiseptica en van de stoffen die kunnen gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen (B.S. 06.03.1921), op de artikelen 1, 2, 11, 15, 26 bis 1° en 4° en 28 §§ 1 en 2-3° van het K.B. van 31 december 1930 houdende regeling van de slaapmiddelen en de verdovende middelen en betreffende risicobeperking en therapeutisch advies (B.S. 10.01.1931), buiten de aankoop of het bezit krachtens geneeskundig voorschrift zonder voorafgaande vergunning van de Minister van Volksgezondheid, tegen betaling of kosteloos, verdovingsmiddelen, te hebben verkocht, te koop gesteld of afgeleverd, namelijk het zogenaamde product cocaïne dat substanties bevat welke onder de wetenschappelijke benaming cocaïnum opgenomen is in artikel 1, nr. 19 van voormeld K.B. dd. 31.12.1930, terzake te hebben verkocht, te koop gesteld of afgeleverd aan meerderjarige personen.
Met de omstandigheid dat de feiten daden van deelneming zijn aan de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van een vereniging in de hoedanigheid van leidend persoon.

Bij samenhang te Antwerpen op 12.06.2007.

DE EERSTE

C. Bij inbreuk op de artikelen 1, 2 bis §§ 1,4b, 4 (§§ 1, 4 en 6) en 6 van de wet van 24 februari 1921, betreffende het verhandelen van giftstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, psychotrope stoffen, ontsmettingsstoffen en antiseptica en van de stoffen die kunnen gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen (B.S. 06.03.1921), op de artikelen 1, 2, 11, 26 bis 1° en 4° en 28 §§ 1 en 2-3° van het K.B. van 31 december 1930 houdende regeling van de slaapmiddelen en de verdovende middelen en betreffende risicobeperking en therapeutisch advies (B.S. 10.01.1931)), buiten de aankoop of het bezit krachtens geneeskundig voorschrift zonder voorafgaande vergunning van de Minister van Volksgezondheid, tegen betaling of kosteloos, verdovingsmiddelen in bezit te hebben gehad of aangeschaft, met de omstandigheid dat de feiten daden van deelneming zijn aan de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van een vereniging in de hoedanigheid van leidend persoon, namelijk:

1. het zogenaamde product cocaïne dat substanties bevat welke onder de wetenschappelijke benamingen cocaïnum opgenomen is in artikel 1, nr. 19 van voormeld K.B. dd. 31.12.1930.

Bij samenhang te Antwerpen op 12.06.2007.

2. het zogenaamde product heroïne dat substanties bevat welke onder de wetenschappelijke benamingen heroïnum opgenomen is in artikel 1, nr. 36 van voormeld K.B. dd. 31.12.1930.

Bij samenhang te 2160 Merksem op 16.10.2007.

D. Bij inbreuk op de artikelen 1, 2 bis § 1, 3b, 4 (§§ 1, 4 en 6) en 6 van de wet van 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van giftstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, psychotrope stoffen, ontsmettingsstoffen en antiseptica en van de stoffen die kunnen gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen (B.S. 06.03.1921), op de artikelen 1, 2, 3 al.1,11, 26 bis 1° en 4° en 28 §§ 1 en 2-3° van het K.B. van 31 december 1930 houdende regeling van de slaapmiddelen en de verdovende middelen en betreffende risicobeperking en therapeutisch advies (B.S. 10.01.1931), zonder voorafgaande vergunning vanwege de Minister van Binnenlandse Zaken en Volksgezondheid, tegen betaling of kosteloos, verdovingsmiddelen te hebben ingevoerd, met de omstandigheid dat de feiten daden van deelneming zijn aan de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van een vereniging, namelijk:

DE DERDE EN DE VIJFDE

1. het zogenaamde product cocaïne dat substanties bevat welke onder de wetenschappelijke benaming cocaïnum opgenomen is in artikel 1 nr. 19 van voormeld KB dd. 31.12.1930.

Bij samenvang te Antwerpen op 12.06.2007.

DE TWEEDE EN DE VIERDE

2. het zogenaamde product heroïne dat substanties bevat welke onder de wetenschappelijke benaming heroïnum opgenomen is in artikel 1, nr. 36 van voormeld K.B. dd. 31.12.1930.

Bij samenvang te 2160 Wommelgem op 15.10.2007.

DE DERDE EN DE VIJFDE

E. Bij inbreuk op de artikelen 1, 2 bis § 1, 3b, 4 (§§ 1, 4 en 6) en 6 van de wet van 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van giftstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, psychotrope stoffen, ontsmettingsstoffen en antiseptica en van de stoffen die kunnen gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen (B.S. 06.03.1921), op de artikelen 1, 2, 11, 15, 26 bis 1° en 4° en 28 §§ 1 en 2-3° van het K.B. van 31 december 1930 houdende regeling van de slaapmiddelen en de verdovende middelen en betreffende risicobeperking en therapeutisch advies (B.S. 10.01.1931), buiten de aankoop of het bezit krachtens geneeskundig voorschrift zonder voorafgaande vergunning van de Minister van Volksgezondheid, tegen betaling of kosteloos, verdovingsmiddelen, te hebben verkocht, te koop gesteld of afgeleverd, namelijk het zogenaamde product cocaïne dat

substanties bevat welke onder de wetenschappelijke benaming cocaïnum opgenomen is in artikel 1, nr. 19 van voormeld K.B. dd. 31.12.1930 terzake te hebben verkocht, te koop gesteld of afgeleverd aan meerderjarige personen met de omstandigheid dat de feiten daden van deelneming zijn aan de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van een vereniging.

Bij samenhang te Antwerpen op 12.06.2007

F. Bij inbreuk op de artikelen 1, 2 bis § 1, 3b, 4 (§§ 1, 4 en 6) en 6 van de wet van 24 februari 1921, betreffende het verhandelen van giftstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, psychotrope stoffen, ontsmettingsstoffen en antiseptica en van de stoffen die kunnen gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen (B.S. 06.03.1921), op de artikelen 1, 2, 11, 26 bis 1° en 4° en 28 §§ 1 en 2-3° van het K.B. van 31 december 1930 houdende regeling van de slaapmiddelen en de verdovende middelen en betreffende risicobeperking en therapeutisch advies (B.S. 10.01.1931)), buiten de aankoop of het bezit krachtens geneeskundig voorschrift zonder voorafgaande vergunning van de Minister van Volksgezondheid, tegen betaling of kosteloos, verdovingsmiddelen, in bezit te hebben gehad of aangeschaft, met de omstandigheid dat de feiten daden van deelneming zijn aan de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van een vereniging, namelijk:

DE DERDE, VIJFDE EN DE ZESDE

1. het zogenaamde product cocaïne dat substanties bevat welke onder de wetenschappelijke benaming cocaïnum opgenomen is in artikel 1 nr. 19 van voormeld K.B. dd. 31.12.1930.

Bij samenhang te Antwerpen op 12.06.2007.

DE TWEEDE EN DE VIERDE

2. het zogenaamde product heroïne dat substanties bevat welke onder de wetenschappelijke benaming heroïnum opgenomen is in artikel 1, nr. 36 van voormeld K.B. dd. 31.12.1930.

Bij samenhang te 2170 Merksem op 16.10.2007.

DE EERSTE

G. Leidend persoon te zijn geweest van een criminele organisatie zoals bedoeld in art.324 bis van het Strafwetboek.

Te 9000 Gent en bij samenhang te Antwerpen en/of elders in het Rijk in de periode van 01.01.2007 tot 16.10.2007.

DE TWEEDE, DE DERDE, DE VIERDE EN DE VIJFDE

H. Te hebben deelgenomen aan het nemen van welke beslissing dan ook in het raam van de activiteiten van de criminele organisatie, terwijl hij wist dat zijn deelneming bijdroeg tot de oogmerken van deze criminele organisatie, zoals bedoeld in art.324 bis van het Sw

Te 9000 Gent en bij samenhang te Antwerpen en/of elders in het Rijk in de periode van 01.01.2007 tot 16.10.2007.

DE TWEEDE

I. Met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden, wetende dat het stuk vals of vervalst was, gebruik gemaakt te hebben van authentieke of openbare geschriften, vals opgemaakt door een persoon, die geen ambtenaar is namelijk van een vervalst paspoort op naam van H geboren te M op CC.CC.CC, met paspoortnummer CC/CCCCCC/CCCC en uitgereikt te B (Turkije) op CC.CC.CC.

Bij samenhang te Antwerpen op 16.10.2007.

J. Bij inbreuk op de artikelen 1, 2, 3, 11§1, 23, 24, 25, 26, 29, 46, 47, 48 en 49 van de wet dd. 08 juni 2006 houdende regeling van economische en individuele activiteiten met wapens (1) (B.S. 09.06.2006), spijs het verbod, zonder een voorafgaande vergunning verleend door de gouverneur bevoegd voor de verblijfplaats van de verzoeker, als particulier een vergunningsplichtig vuurwapen of de daarbij horende munitie voorhanden te hebben gehad namelijk:

DE VIERDE

1. een pistool merk Crvena Zastava, type CZ99, kaliber 9 mm parabellum met serienummer 130869

Te 9000 Gent in de periode van 01.10.2007 tot en met 29.11.2007.

DE ZEVENDE

2. een pistool Mod. GT28 CAL.6.35 ASTRA met vier losse patronen kaliber 6.35 en een doos van 50 9-mm patronen van het merk Sellier&Bellot

Bij samenhang te 2060 Antwerpen op 29.11.2007.

Met de omstandigheid dat de zesde inverdenkinggestelde in staat van wettelijke herhaling verkeert, aangezien het nieuwe misdrijf gepleegd werd nadat hij veroordeeld werd op 16.02.2006 bij vonnis van de correctionele rechtbank te Antwerpen tot een gevangenisstraf van 2 jaar met uitstel 5 jaar behalve de ondergane voorhechtenis wegens verkrachting op een minderjarige boven de volle leeftijd van 16 jaar, dader = bloedverwant in opgaande lijn,

persoon met autoriteit, dokter, ..., voorafgegaan door lichamelijke foltering of opsluiting, po een bijzonder kwetsbaar persoon, opzettelijke slagen en verwondingen met als gevolg ziekte of arbeidsongeschiktheid, gepleegd tegen - 16 jarigen of onbekwamen, dader = ouder(s) of enig ander persoon die er gezag over heeft of er de bewaring van heeft, vonnis dat kracht van gewijsde had op het ogenblik van de nieuwe feiten, voordat vijf jaren zijn verlopen sinds de datum waarop hij zijn straf heeft ondergaan of waarop zijn straf verjaard is.

Met de omstandigheid dat de zevende inverdenkinggestelde in staat van wettelijke herhaling verkeert, aangezien het nieuwe misdrijf gepleegd werd nadat hij veroordeeld werd op 03.11.2006 bij vonnis van de correctionele rechtbank te Luik tot een gevangenisstraf van 30 maanden met probatie-uitstel gedurende 6 jaar en een geldboete van 1.200 euro met probatie-uitstel gedurende 3 jaar wegens verdovende middelen: bezit/verkoop/het te koop stellen (herhaling) vonnis dat kracht van gewijsde had op het ogenblik van de nieuwe feiten, voordat vijf jaren zijn verlopen sinds de datum waarop hij zijn straf heeft ondergaan of waarop zijn straf verjaard is.

Bij vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Gent, negentiende correctionele kamer, not.nr. 60.F1.9591/06, dd. 16 juni 2006 op tegenspraak ten overstaan van ondermeer K., M. en G. en bij verstek en overstaan van ondermeer X, gewezen - toepassing makend van artikel 65 SWB - werd als volgt beslist :

Herkwalificeert de feiten vermeld onder de tenlastelegging H lastens de tweede, de vierde en de vijfde beklagde als volgt :

"Wetens en willens betrokken zijn bij een criminele organisatie, zoals bedoeld in artikel 324ter § 1 van het Sw. Te 9000 Gent en bij samenhang te Antwerpen en/of elders in het Rijk in de periode van 01.01.2007 tot 16.10.2007".

Herkwalificeert de feiten vermeld onder de tenlastelegging I lastens de tweede beklagde als volgt : "Met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden gebruik gemaakt te hebben van de nagemaakte of vervalste reispas, machtiging om wapens te dragen of arbeidsboekje, wetende dat het nagemaakt of vervalst was, namelijk van een vervalst paspoort op naam van Z. geboren te G op CC/CC/CC, met paspoortnummer B en uitgereikt te B.

Bij samenhang te Antwerpen op 16.10.2007"

Verbeterd de dagvaarding en vult ze aan :

- wat de eerste beklagde betreft :

"...

thans terzake aangehouden ...dd. 17 oktober 2007, gehandhaafd bij beschikkingen van de raadkamer te Gent van 22.10.07; 23.11.07; 21.12.07; 16.01.08; 13.02.08 en 17.03.08, en opgesloten in de Rijksgevangenis te Gent."

- wat de tweede beklagde betreft :

"...

thans terzake aangehouden ...dd. 17 oktober 2007, gehandhaafd bij beschikkingen van de raadkamer te Gent van 22.10.07; 23.11.07 en arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling te Gent van 06.12.07 en beschikking van de raadkamer te Gent van 02.01.08 en arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling te Gent van 17.01.08 en beschikkingen van de raadkamer te Gent van 13.02.08 en 17.03.08, en opgesloten in de Rijksgevangenis te Gent."

- wat de derde beklaagde betreft :

" ...

thans terzake aangehouden ...dd. 29 november 2007, gehandhaafd bij beschikking van de raadkamer te Gent van 03.12.07 en arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling te Gent van 18.12.07 en beschikking van de raadkamer te Gent van 16.01.08, 13.02.08 en 17.03.08 en opnieuw in vrijheid gesteld na arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling te Gent van 27 maart 2008 mits betaling van een borgsom, thans opgesloten in de Rijksgevangenis te Gent."

- wat de vierde beklaagde betreft :

" ...

thans terzake aangehouden ...dd. 29 november 2007, gehandhaafd bij beschikking van de raadkamer te Gent van 03.12.07 en opnieuw in vrijheid gesteld bij beschikking dd. 2 januari 2008 van de Raadkamer te Gent mits betaling van een borgsom."

- wat de vijfde beklaagde betreft :

" ...

thans terzake aangehouden ...dd. 04 december 2007, gehandhaafd bij beschikking van de raadkamer te Gent van 04.12.07; 02.01.08; 30.01.08; 13.02.08 en 17.03.08 en opgesloten in de Rijksgevangenis te Gent.

- wat de zesde beklaagde betreft :

" ...

thans terzake aangehouden ...dd. 06 december 2007, gehandhaafd bij beschikking van de raadkamer te Gent van 10.12.07 en arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling te Gent van 18.12.07 en beschikking van de raadkamer te Gent van 16.01.08 en arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling te Gent van 31.01.08 en beschikking van de raadkamer te Gent van 13.02.08, en opgesloten in de Rijksgevangenis te Gent. Thans vrij onder voorwaarden dd. 17.03.2008.

Verbetert de dagvaarding wat de tenlastelegging C2 betreft in die zin dat daar waar werd vermeld :

"Bij samenhang te 2160 Merksem op 16.10.2007"

dit dient te worden gelezen als :

"Bij samenhang te 2170 Merksem op 16.10.2007"

* * *

STRAFRECHTELIJK

1. K.

Veroordeelt de beklaagde K. voor de hierboven omschreven en bewezen verklaarde tenlasteleggingen A1, A2, B, C1, C2 en G, SAMEN, tot een HOOFDGEVANGENISSTRAF van ZEVEN JAAR en tot een GELDBOETE van DRIEDUIZEND (euro 3.000,00) EURO.

Verhoogt de geldboete met vijfenveertig opdecimen, aldus gebracht op ZESTIENDUIZEND VIJFHONDERD (euro 16.500,00) EURO.

Beveelt dat bij gebreke aan betaling binnen de termijn bepaald bij artikel 40 van het Strafwetboek, de geldboete zal mogen vervangen worden door een gevangenisstraf van DRIE MAANDEN.

Verklaart verbeurd in hoofde van de eerste beklaagde K. de gelden gestort op rekening van ING Bank met als begunstigde OCSC COIV ZOSE, Rue Des Quatre Bras 19 4E, 1000 Brussel, voor een bedrag van 3.652,48 EUR (OK B2 - stukken 221 t/m 251 strafdossier), overeenkomstig artikelen 42 en 43bis strafwetboek, zijnde de wederrechtelijke vermogensvoordelen die de eerste beklaagde uit het gepleegde misdrijf B heeft verkregen.

Zegt dat deze beklaagde verplicht is een bedrag van VIJFENTWINTIG EURO, verhoogd met 45 opdecimen, aldus gebracht op HONDERD ZEVENENDERTIG KOMMA VIJFTIG EURO te betalen als bijdrage tot het Fonds tot hulp aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden en aan de occasionele redders.

Legt de veroordeelde K. eveneens een vergoeding op van 29,30 EUR in uitvoering van artikel 6 van de Programmawet van 27 december 2006 en artikel 77 van het K.B. van 27 april 2007 houdende het algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken.

2. M.

Veroordeelt de beklaagde M. voor de hierboven omschreven en bewezen verklaarde tenlasteleggingen D2, F2, H en I, SAMEN, tot een HOOFDGEVANGENISSTRAF van VIJF JAAR en tot een GELDBOETE van DUIZEND (euro 1.000,00) EURO.

Verhoogt de geldboete met vijfenveertig opdecimen, aldus gebracht op VIJFDUIZEND VIJFHONDERD (euro 5.500,00) EURO.

Beveelt dat bij gebreke aan betaling binnen de termijn bepaald bij artikel 40 van het Strafwetboek, de geldboete zal mogen vervangen worden door een gevangenisstraf van DRIE MAANDEN.

Zegt dat deze beklaagde verplicht is een bedrag van VIJFENTWINTIG EURO, verhoogd met 45 opdecimen, aldus gebracht op HONDERD ZEVENENDERTIG KOMMA VIJFTIG

EURO te betalen als bijdrage tot het Fonds tot hulp aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden en aan de occasionele redders.

Legt de veroordeelde M. eveneens een vergoeding op van 29,30 EUR in uitvoering van artikel 6 van de Programmawet van 27 december 2006 en artikel 77 van het K.B. van 27 april 2007 houdende het algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken.

3. G.

Veroordeelt de beklaagde G. voor de hierboven omschreven en bewezen verklaarde tenlasteleggingen D1, E, F1 en H, SAMEN, tot een HOOFDGEVANGENISSTRAF van VIJF JAAR en tot een GELDBOETE van DUIZEND (euro 1.000,00) EURO.

Verhoogt de geldboete met vijfenveertig opdecimen, aldus gebracht op VIJFDUIZEND VIJFHONDERD (euro 5.500,00) EURO.

Beveelt dat bij gebreke aan betaling binnen de termijn bepaald bij artikel 40 van het Strafwetboek, de geldboete zal mogen vervangen worden door een gevangenisstraf van DRIE MAANDEN.

Zegt dat deze beklaagde verplicht is een bedrag van VIJFENTWINTIG EUR, verhoogd met 45 opdecimen, aldus gebracht op HONDERD ZEVENENDERTIG KOMMA VIJFTIG EURO te betalen als bijdrage tot het Fonds tot hulp aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden en aan de occasionele redders.

Legt de veroordeelde G. eveneens een vergoeding op van 29,30 EUR in uitvoering van artikel 6 van de Programmawet van 27 december 2006 en artikel 77 van het K.B. van 27 april 2007 houdende het algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken.

...

Gerechtskosten

....

* * * * *

Tegen alle beschikkingen van voormeld vonnis (I.) werd hoger beroep ingesteld:

- 1) op 30 juni 2008 door de eerste beklaagde ;
- 2) op 25 juni 2008 en op 30 juni 2008 door de tweede beklaagde;
- 3) op 30 juni 2008 door de derde beklaagde
- 4) Op 25 juni 2008 door het Openbaar Ministerie tegen de tweede beklaagde;
- 5) Op 30 juni 2008 door het Openbaar Ministerie tegen de tweede beklaagde;
- 6) op 30 juni 2008 door het Openbaar Ministerie tegen de derde beklaagde.
- 7) Op 1 juli 2008 door het Openbaar Ministerie tegen de eerste beklaagde

En

...

Gehoord in openbare terechtzitting van 10 december 2008 in het Nederlands:

- de eerste beklaagde in zijn middelen van verdediging, bijgestaan door de aangestelde tolk in het Turks en bijgestaan door meester Sven De Baere, advocaat te Brussel, in eigen naam en loco meester Sven Mary, advocaat te Brussel;
- de tweede beklaagde in zijn middelen van verdediging, bijgestaan door de aangestelde tolk in het Turks en bijgestaan door meester Hans Rieder, advocaat te Gent en door meester Joris Van Cauter, advocaat te Gent;
- de derde beklaagde in zijn middelen van verdediging, bijgestaan door meester Anne De Clerck, advocaat te Gent, loco meester Walter Van Steenbrugge, advocaat te Gent;
- de beklaagde K in zijn middelen van verdediging, bijgestaan door meester Nina Van Eeckhaut, advocaat te Gent;

- het Openbaar Ministerie in zijn vordering uitgebracht door Advocaat-generaal L. Decreus;

Procesrechtelijk

De door de (initieel) eerste beklaagde K. op 30 juni 2008, de tweede beklaagde M. op 25 en op 29 juni 2008 en de derde beklaagde G. op 30 juni 2008, alsook door het Openbaar Ministerie lastens deze drie beklaagden resp. op 1 juli 2008, 25 juni 2008 en 30 juni 2008 tegen het wat ieder van hen betreft op tegenspraak gewezen vonnis van de 19^o Correctionele kamer van de Rechtbank van eerste aanleg te Gent dd. 16 juni 2008 ingestelde hoger beroepen zijn regelmatig naar tijd en vorm.

De door de (initieel) zesde beklaagde K., alsook door het Openbaar Ministerie telkens op 28 juli 2008 tegen het op tegenspraak en op verzet gewezen vonnis van de Vakantiekamer van de Rechtbank van eerste aanleg te Gent , zetelend in correctionele zaken, dd. 23 juli 2008 ingestelde hoger beroepen zijn regelmatig naar tijd en vorm.

Elk hoger beroep is ontvankelijk.

Het Hof stelt vast dat de initieel tweede beklaagde K., tweemaal hoger beroep heeft aangetekend, de eerste maal op 25 juni 2008 ter griffie, de tweede maal op 29 juni 2008 vanuit de Rijksgevangenis te Gent. Dit tweede hoger beroep is thans zonder voorwerp gelet op het ontvankelijke hoger beroep van eerdere datum.

Het Hof stelt vast dat het Openbaar Ministerie geen hoger beroep aantekende tegen het lastens de (initieel) zesde beklaagde bij verstek gewezen vonnis van 16 juni 2008, zodat zijn toestand ingevolge het door hem aangetekende verzet niet kon worden verzwaaard. De toelaatbaarheid (lees : ontvankelijkheid) van het verzet, zoals door de eerste rechter in het bestreden vonnis op verzet van 23 juli 2008 beperkt tot de basisbetichting F1 blijft aldus in zijn hoofde verworven.

Deze zaak werd naar de Correctionele rechtbank te Gent verwezen bij beschikking, verleend door de Raadkamer te Gent op 14 april 2008.

Deze verwijzingsbeschikking was voorafgegaan door het arrest, gewezen op 1 april 2008 door de Kamer van Inbeschuldigingstelling te Gent, waarbij in toepassing van het artikel 235 ter Sv.de regelmatigheid van de in deze zaak toegepaste bijzondere opsporingsmethode van observatie werd getoetst en correct bevonden (cfr.karton IV, subkaft M).

De verjaring van de strafvordering is op heden niet ingetreden.

Probleemstelling

Tijdens de openbare terechtzitting van dit Hof van 10 december 2008 heeft de Heer Advocaat-generaal er in zijn rekwisitoor op gewezen dat er een procedureprobleem bestaat, nu het Openbaar Ministerie in deze zaak niet aanwezig was bij het afzonderlijk horen van de inverdenkinggestelden/ huidige beklaagden bij de wettigheidscontrole van de tijdens het gerechtelijk vooronderzoek toegepaste bijzondere opsporingsmethode van observatie, die in toepassing van het artikel 235ter Sv. op 4 oktober 2007 door de Kamer van Inbeschuldigingstelling te Gent werd uitgevoerd.

Het Openbaar Ministerie vorderde dat - in het licht van het arrest van het Hof van Cassatie van 28 oktober 2008 (P.08.0706.N) - cfr. infra historiek -, deze zaak onbepaald zou worden uitgesteld met het oog op de toepassing van het artikel 441 Sv., teneinde te kunnen overgaan tot rechtzetting van de procedure voor de Kamer van Inbeschuldigingstelling m.b.t. de BOM-controle, waarna de procedure ten gronde zou kunnen worden verder gezet.

De verdediging verzette zich unaniem tegen het gevorderde onbepaald uitstel.

Historiek

Het Hof acht het noodzakelijk om prealabel het ontstaan van de huidige problematiek chronologisch te analyseren alvorens de argumenten van het Openbaar Ministerie en van de beklaagden te ontmoeten.

In de motieven van het arrest van het Arbitragehof (thans Grondwettelijk Hof) nr. 202/2004 van 21 december 2004 (B.S. 06.01.2005) werd sub B27.6. expliciet onder meer het volgende overwogen m.b.t. de wettigheidscontrole op de bijzondere opsporingsmethoden van observatie en infiltratie, in ons rechtsbestel ingevoerd bij het artikel 4 (onderafdeling 3 en 4) van de Wet van 6 januari 2003 (B.S. 12.05.2003) :

"..... De inmenging in de rechten van de verdediging kan echter enkel worden verantwoord indien zij strikt evenredig is met het belang van de te bereiken doelstellingen en indien zij wordt gecompenseerd door een procedure die een onafhankelijke en onpartijdige rechter in staat stelt de wettigheid van de procedure te onderzoeken

(Europees Hof voor de Rechten van de Mens, arresten Edwards en Lewis t/ Verenigd Koninkrijk, 22 juli 2003 en 27 oktober 2004)....."

Als gevolg van dit arrest heeft de wetgever door middel van het artikel 23 van de Wet van 27 december 2005 "houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van strafvordering en van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de verbetering van de onderzoeksmethoden in de strijd tegen het terrorisme en de zware en georganiseerde criminaliteit" (B.S. 30.12.2005 - ed.2) het artikel 235ter in het Wetboek van Strafvordering ingevoegd. Op grond van die wetsbepaling controleert de Kamer van Inbeschuldigingstelling de wettelijkheid van de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden van observatie en infiltratie aan de hand van het vertrouwelijk dossier.

Het artikel 235ter §2 Sv. bepaalt de concrete werkwijze, die daarbij dient te worden gevolgd :
" De Kamer van Inbeschuldigingstelling doet uitspraak binnen dertig dagen na ontvangst van de vordering van het Openbaar Ministerie. Deze termijn wordt teruggebracht tot acht dagen indien één van de inverdenkinggestelden zich in voorlopige hechtenis bevindt.
De Kamer van Inbeschuldigingstelling hoort, afzonderlijk en buiten de aanwezigheid van de partijen, de opmerkingen van de Procureur-generaal.

Zij hoort, op dezelfde wijze, de burgerlijke partij en de inverdenkinggestelde, na kennisgeving die hen door de griffier ten laatste achtenveertig uur vóór de zitting per faxpost of bij een ter post aangetekende brief wordt gedaan....."
(eigen onderlijning door het Hof)

Er werden meerdere beroepen ingesteld tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van de voormelde Wet, inclusief van het artikel 235ter Sv., waaromtrent door het Grondwettelijk Hof onder meer werd geoordeeld bij arrest nr.105/2007 van 19 juli 2007 (B.S.13.08.2007 - ed.2). De partijen hadden aangevoerd dat het artikel 235ter, § 6, van het Wetboek van strafvordering de rechten van de verdediging schendt doordat het bepaalt dat tegen de controle van het vertrouwelijk dossier door de Kamer van Inbeschuldigingstelling geen rechtsmiddel openstaat. Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat aldus zonder verantwoording een verschil in behandeling was ingesteld in vergelijking met andere procedures, zoals die van artikel 235bis van het Wetboek van strafvordering, waarin tegen de beslissing van de kamer van inbeschuldigingstelling over de regelmatigheid van de strafprocedure wel cassatieberoep mogelijk is en vernietigde deze wetsbepaling.

Ingevolge deze rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, houdende de vernietiging van het artikel 235ter §6 Sv., kan sindsdien cassatieberoep worden ingesteld tegen het arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling houdende de wettigheidscontrole op grond van het artikel 235ter Sv.

De arresten van de Kamers van Inbeschuldigingstelling van de Hoven van Beroep konden sindsdien getoetst worden door het Hof van Cassatie, dat eind 2007 meermaals de volgende prejudiciële vraag heeft gesteld aan het Grondwettelijk Hof (bij arresten van 2 oktober 2007, 30 oktober 2007, 27 november 2007 en 18 december 2007), nl. :
« Schenden artikel 235ter en/of artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, doordat daarin niet wordt voorzien in een onmiddellijk cassatieberoep tegen een arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling bij een controle van het vertrouwelijk dossier overeenkomstig de artikelen 189ter en/of 235ter van het Wetboek van Strafvordering dat een voorbereidend arrest is, terwijl artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering, in afwijking van het eerste lid van dat artikel, onmiddellijk cassatieberoep toelaat tegen het arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling gewezen met toepassing van artikel 235bis van het Wetboek van Strafvordering betreffende het onderzoek van de regelmatigheid van de rechtspleging dat een gelijkaardig voorbereidend arrest is als dit gewezen bij toepassing van artikel 235ter van het Wetboek van Strafvordering? ».

Deze vraagstelling leidde tot het arrest van het Grondwettelijk Hof van 31 juli 2008 (B.S. 15.9.2008). Het Grondwettelijk Hof oordeelde in zijn overwegingen sub B8 en B9: "... Rekening houdend met de bedoeling van de wetgever, zoals in B.5 is omschreven, om tegen de arresten van de Kamer van Inbeschuldigingstelling betreffende de regelmatigheid van de haar voorgelegde procedure met toepassing van artikel 235bis een onmiddellijk cassatieberoep mogelijk te maken door af te wijken van de regel vervat in het eerste lid van artikel 416, is het niet verantwoord dat de arresten van de Kamer van Inbeschuldigingstelling over de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie aan de hand van het vertrouwelijk dossier met toepassing van artikel 189ter of artikel 235ter niet eveneens het voorwerp zouden kunnen uitmaken van een onmiddellijk cassatieberoep. Dat onverantwoorde verschil in behandeling vloeit voort uit de ontstentenis, in artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering, van een wetsbepaling die voor de beslissingen van

de Kamer van Inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 235ter eenzelfde draagwijdte heeft als die ten aanzien van de beslissingen van de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 235bis.

Hieruit volgt dat artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering niet bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het niet voorziet in een onmiddellijk cassatieberoep tegen een arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling wanneer deze een controle van het vertrouwelijk dossier uitoefent met toepassing van de artikelen 189ter of 235ter van het Wetboek van Strafvordering..."

Bij arrest van 14 oktober 2008 (N.C. 2008, 458) heeft het Hof van Cassatie (voltallige Kamer) voor het eerst een onmiddellijk cassatieberoep tegen een arrest van een Hof van Beroep(Antwerpen), Kamer van Inbeschuldigingstelling, gewezen in toepassing van de artikelen 189ter en 235ter Sv., ontvankelijk verklaard. Het arrest van het Hof van Cassatie van 28 oktober 2008 (P.08.0706.N), amper twee weken later gewezen, dat aan de oorsprong ligt van de huidige problematiek, is eveneens tot stand gekomen ingevolge een onmiddellijk cassatieberoep tegen een arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling te Gent, waarbij de wettigheidscontrole in toepassing van het artikel 235ter Sv. was uitgeoefend.

Het Hof van Cassatie oordeelde daarbij - met referentie naar de artikelen 138, eerste lid en 140 Gerechtelijk Wetboek en naar het artikel 273 Wetboek van Strafvordering - als volgt (derde middel): "...Artikel 235ter, § 2, tweede en derde lid, Wetboek van Strafvordering die bepalen dat de Kamer van Inbeschuldigingstelling, afzonderlijk en buiten de aanwezigheid van de partijen, de opmerkingen van de procureur-generaal hoort, en op dezelfde wijze de burgerlijke partij en de inverdenkinggestelde hoort (cfr. de hoger door het Hof onderlijnde tekst), houdt niet in dat de Procureur-generaal niet aanwezig mag zijn bij het horen van de burgerlijke partij of de inverdenkinggestelde. Het houdt integendeel in dat wanneer de Procureur-generaal niet aanwezig was, de rechtspleging van artikel 235ter Wetboek van Strafvordering door nietigheid is aangetast."

Het Hof van Cassatie heeft de zaak vervolgens na verbreking verwezen naar de Kamer van Inbeschuldigingstelling te Gent, anders samengesteld en - gezien het een onmiddellijk cassatieberoep betrof - kon de procedure bij het afsluiten van het vooronderzoek ten spoedigste geregulariseerd worden, met het oog op navolgende verwijzing door de Raadkamer.

In het derde lid van het artikel 235ter §2 Sv.staat letterlijk dat de Kamer van Inbeschuldigingstelling de burgerlijke partij en de inverdenkinggestelde op dezelfde wijze hoort als het Openbaar Ministerie. De formulering van deze wettekst had onder meer in dit rechtsgebied sinds 30 december 2005 (tijdstip van het in voege treden van het artikel 23 van de wet van 27 december 2005 houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van strafvordering en van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de verbetering van de onderzoeksmethoden in de strijd tegen het terrorisme en de zware en georganiseerde criminaliteit), steeds tot de interpretatie geleid: "afzonderlijk, dus buiten de aanwezigheid van het Openbaar Ministerie".

Uit de geschetste historiek blijkt dat elk rechtsmiddel uitgesloten was tot aan het arrest van het Grondwettelijk Hof van 19 juli 2007 en dat pas na het arrest van het Grondwettelijk Hof van 31 juli 2008 een onmiddellijk cassatieberoep kon worden ingesteld tegen de arresten gewezen in toepassing van het artikel 235ter Sv. Dit verklaart waarom er eerder nog geen eenheid van

rechtspraak kon ontstaan omtrent de concrete toepassingsmodaliteiten van deze wetsbepaling. Het hoger aangehaalde arrest van 28 oktober 2008 is trouwens de eerste verbreking door het Hof van Cassatie op deze gronden in het rechtsgebied van het Hof van Beroep te Gent (rekwisitoor O.M.).

Bevoegdheid - saisine

De vraag die zich thans stelt en die het Hof aan tegenspraak heeft onderworpen luidt of het standpunt dat door het Hof van Cassatie werd ingenomen in het recente arrest van 28 oktober 2008 al dan niet enig impact kan hebben op de saisine van dit Hof in deze zaak, reeds hangende in graad van hoger beroep, te meer nu tegen het arrest van 1 april 2008, tijdstip waarop de wettigheidscontrole door de Kamer van Inbeschuldigingstelling te Gent gebeurde, nog geen onmiddellijk cassatieberoep was toegelaten.

Uit de stukken waarop het Hof acht vermag te slaan, namelijk uit de expliciete bewoordingen van dit arrest, blijkt dat er geen tegenspraak is geweest bij de wettigheidscontrole, waarbij door de Kamer van Inbeschuldigingstelling werd geoordeeld dat de bijzondere opsporingsmethode van de observatie regelmatig is verlopen. Bij de controle op grond van het artikel 235 ter §2 Sv. werd het Openbaar Ministerie afzonderlijk gehoord en vervolgens, in afwezigheid van het Openbaar Ministerie, de inverdenkinggestelden. Enkel G. (huidige derde beklagde), heeft opmerkingen geformuleerd, doch het Hof kan uit het arrest niet opmaken welke de inhoud ervan was. Het Hof kan enkel vaststellen dat deze opmerkingen geen aanleiding hebben gegeven tot het overgaan tot de procedure op grond van het artikel 235 bis §§ 5 en 6 Sv.

Voortbouwend op de cassatierechtspraak van 28 oktober 2008, meent de verdediging van alle thans nog in zake zijnde beklagden dat het arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling te Gent van 1 april 2008 nietig is en in strijd met het artikel 6.1. EVRM. Alle beklagden menen dat het Hof bevoegd is om in deze zaak alsnog te statueren en menen dat aan de toepassingsvoorwaarden van het artikel 441 Sv. terzake niet is voldaan. Zij verzetten zich met klem tegen het onbepaald uitstellen van de zaak.

Het Hof is van oordeel dat zijn bevoegdheid/saisine geenszins is aangetast. Er is immers een cesuur tussen de beslissingen genomen door de onderzoeksgerechten en de vonnisgerechten, die van elkaar volstrekt onafhankelijk zijn.

Het Hof, als vonnisgerecht, beschikt immers niet over het recht om de wettigheid van de beslissing van een onderzoeksgerecht te toetsen. Zolang er geen vernietiging is van een beslissing van het onderzoeksgerecht (hier van het arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling) door het Hof van Cassatie, blijft deze beslissing alle effect ressorteren en dient het Hof uitspraak te doen over de zaak zelf (cfr. R. DECLERCQ " Onderzoeksgerechten " A.P.R. 1993, nr.192; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS & A. MASSET : " Manuel de procédure pénale " 2 ed. 2006, p.515-516).

Nu in deze zaak de verwijzingsbeschikking door de Raadkamer te Gent, voorafgegaan was door de verplichte wettigheidscontrole van de bijzondere opsporingsmethode van observatie door de Kamer van Inbeschuldigingstelling te Gent en de beklagden nadien ingevolge een regelmatige dagstelling gedagvaard werden om te verschijnen voor dit Hof, op grond van de

ontvankelijke hoger beroepen, is deze Kamer derhalve bevoegd om kennis te nemen van de zaak en er over te beslissen.

Vordering van het Openbaar Ministerie

Gelet op hetgeen hoger werd uiteengezet, is het Openbaar Ministerie uitgegaan van de correcte premisse dat dit Hof over geen rechtsmacht beschikt om het arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling te Gent van 1 april 2008 te toetsen naar wetmatigheid toe en a fortiori dit arrest niet nietig kan verklaren.

Ongetwijfeld met het maatschappelijk belang voor ogen, nu dezelfde problematiek zich aandient in meerdere zaken in dit rechtsgebied, heeft het Parket-generaal geopteerd voor het nemen van een vordering, die tot een collectieve oplossing zou kunnen leiden, met name een vraag gericht aan het Hof strekkende tot het onbepaald uitstellen van deze zaak om prealabel over te gaan tot het toepassen van het artikel 441 Sv.

Dit zou inhouden dat de Procureur-generaal bij de tweede kamer van het Hof van Cassatie aangifte doet van het arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling en/of van andere akten die strijdig zijn met de Wet. Het initiatief kan alleen uitgaan van de Minister van Justitie, waardoor deze beslissing(en) kan (kunnen) worden vernietigd.

De verdediging van K. heeft onder meer aangevoerd dat er op een dergelijk bevel van de Minister van Justitie niet kan vooruitgelopen worden en dat het artikel 441 Sv. niet bedoeld is om een hangende zaak te onttrekken aan de saisine van de rechter, in casu het Hof.

In zijn repliek op het verweer van de verdediging heeft het Openbaar Ministerie toegegeven dat de Minister van Justitie daaromtrent in deze zaak nog geen uitdrukkelijk bevel heeft gegeven.

Het Hof kan om diverse redenen niet ingaan op het verzoek van het Openbaar Ministerie om de zaak daartoe onbepaald uit te stellen :

- de beslissing tot het verlenen van een dergelijk uitstel zou als dusdanig kunnen geïnterpreteerd worden dat deze impliciet een niet geoorloofde wettigheidstoetsing van het arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling van 1 april 2008 inhoudt, vermits het gevorderde uitstel met het oog op het instellen van de procedure op grond van het artikel 441 Sv. de nietigverklaring beoogt van dit laatste arrest, hetgeen aldus expliciet is verwoord door het O.M. ;
- de vraag op zich is totaal onnuttig omdat het instellen van een dergelijke procedure niet termijngebonden is en dat deze wetsbepaling niet vereist dat het om een eindbeslissing zou gaan, of dat deze beslissing kracht van gewijsde zou hebben (cfr. R. DECLERCQ: " Beginselen van strafrechtspleging " 4^o ed. 2007, nr. 3622; P. LEMMENS & W. VANDENHOLE: " De heropening van een strafprocedure na een veroordelend arrest van het EHRM " T.Strafr. 2001, blz.66 nrs.35-36) ; de Minister van Justitie zou tot deze aangifte hoe dan ook en om het even wanneer soeverein kunnen overgaan, daarvoor dient dit Hof geen uitstel te verlenen ;
- het belangrijkste argument om het onbepaald uitstel te weigeren is naar het oordeel van het Hof het gevolg van de toetsing aan het artikel 5.3 E.V.R.M.

Het Hof stelt vast dat de (initieel eerste) beklaagde K. terzake is aangehouden krachtens een bevel tot aanhouding van 17 oktober 2007 en onder de banden van het aanhoudingsmandaat verwezen werd. Hij is sindsdien onafgebroken in hechtenis gebleven en werd door de eerste rechter op grond van de bewezen geachte feiten A1, A2, B, C1, C2 en G samen onder meer veroordeeld tot een hoofdgevangenisstraf van zeven jaar en tot een geldboete van drieduizend euro.

Het Hof stelt vast dat de (initieel tweede) beklaagde M. in hechtenistoestand verkeert krachtens een bevel tot aanhouding van 17 oktober 2007 en onder de banden van het aanhoudingsmandaat verwezen werd. Ook hij is sindsdien onafgebroken in hechtenis gebleven en werd door de eerste rechter op grond van de bewezen geachte feiten D2, F2, H en I samen veroordeeld tot een hoofdgevangenisstraf van vijf jaar en tot een geldboete van duizend euro.

Het Hof stelt vast dat de (initieel derde) beklaagde G. eveneens in hechtenistoestand verkeert krachtens een bevel tot aanhouding van 29 november 2007 en onder de banden van het aanhoudingsmandaat verwezen werd. Ook hij is sindsdien onafgebroken in hechtenis gebleven en werd door de eerste rechter op grond van de bewezen geachte feiten D1, E, F1 en H samen veroordeeld tot een hoofdgevangenisstraf van vijf jaar en tot een geldboete van duizend euro.

Tot op heden heeft het procesverloop, rekening houdend met de aard van de feiten en de betwistingen die terzake in feite en in rechte worden gevoerd, steeds een normale voortgang gekend. Het Hof dient er over te waken dat de rechtsgang niet wordt gestremd opdat aan de redelijke termijnvereiste, zoals vervat in het artikel 5.3 E.V.R.M. blijvend zou worden voldaan.

Door in deze zaak in te gaan op het verzoek van het Openbaar Ministerie om de zaak onbepaald uit te stellen, zou deze waarborg niet langer kunnen gegarandeerd worden. (cfr. J. VANDE LANOTTE & Y. HAECK (eds.) " Handboek EVRM, 2004, deel 2 volume I, blz.343-348 en de aldaar geciteerde rechtspraak). De beklaagden dienen immers binnen een redelijke termijn berecht te worden.

Prejudiciële vraag

De (initieel tweede)beklaagde M. verzoekt het Hof om een tussenarrest te verlenen in deze zaak, met name dat dit Hof een prejudiciële vraag zou stellen aan het Grondwettelijk Hof, zoals verwoord op de bladzijde 7 van zijn conclusie I, dit overeenkomstig het artikel 26§2 van de Bijzondere Wet Arbitragehof (thans Grondwettelijk Hof) van 6.1.1989, zoals vervangen bij art.9,c) van de Bijzondere Wet van 9 maart 2003.

Het Hof stelt vooreerst vast dat het antwoord op deze, slechts in ondergeschikte orde geformuleerde, vraag niet onontbeerlijk is om uitspraak te doen en acht de verdere behandeling van deze strafzaak tevens spoedeisend in de zin van het artikel 26§3 van de hogervermelde Bijzondere Wet, zoals ingevoegd bij art.9,d) van de Bijzondere Wet van 9 maart 2003, dit gelet op de hechtenistoestand van de beklaagde. Het verder procesverloop zou nodeloos worden vertraagd door het stellen van deze prejudiciële vraag.

Ontvankelijkheid van de strafvordering

1. Onrechtmatig bewijs ?

Het Hof dient tot een zo ruim mogelijke beoordeling van het voorhanden bewijs over te gaan, rekening houdend met alle elementen waarover het in het (open) strafdossier beschikt en met alle gegevens die werden aangevoerd bij het onderzoek ter terechtzitting. Het Hof dient m.a.w. na te gaan of het beschikt over voldoende informatie en of de bewijsgaring niet onrechtmatig is (cfr. H.BERKMOES & J.DELMULLE: " De bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden ", 2008, blz. 167 en de aldaar geciteerde rechtspraak).

Noch in eerste aanleg, noch voor dit Hof, werd door de verdediging enige negatieve opmerking gemaakt omtrent de bewijsverkrijging zelf (in de zin van het artikel 131 Sv.). In eerste aanleg werd door de derde beklaagde G. in conclusies verweer gevoerd omtrent de lastens hem genomen tapmaatregelen en de inijkoperatie in de loods in de Bredestraat te Gent-Oostakker, alsook omtrent de uitgevoerde drugscontrole op de (proef)zendingen door de N.V.Brother. Alle opmerkingen hadden evenwel betrekking op de gevolgtrekkingen die de verbalisanten afleidden uit de door hen gedane vaststellingen. Het verweer was aldus gefocust op de bewijswaardering, niet op de bewijsverkrijging op zich.

Aan de hand van het open dossier stelt het Hof geen onregelmatigheid, verzuim of nietigheid vast, die invloed heeft op de bewijsverkrijging.

Zoals reeds hoger werd gesteld, waren door de verdediging omtrent het aanwenden van de bijzondere opsporingsmethode van observatie evenmin bij de behandeling voor de Kamer van Inbeschuldigingstelling te Gent opmerkingen geformuleerd (behoudens de derde beklaagde - supra).

Het Hof is dan ook van oordeel dat er in deze zaak geen sprake kan zijn van nieuwe en concrete elementen, die het Hof zouden toelaten om deze zaak op grond van het artikel 189ter Sv. te verwijzen naar de Kamer van Inbeschuldigingstelling teneinde de wettigheidscontrole opnieuw te laten uitvoeren (cfr. Cass.19 maart 2008, T.Strafr. 2008/37).

2. Recht op tegenspraak - eerlijk proces ?

De beklaagden voeren terzake aan dat het voorhanden bewijs door een onregelmatigheid is aangetast, in die zin dat een regel van het strafprocesrecht werd miskend doordat de Heer Procureur-generaal niet aanwezig was bij het afzonderlijk horen van de partijen tijdens de wettigheidscontrole door de Kamer van Inbeschuldigingstelling in toepassing van het artikel 235 ter Sv. en dat daardoor precies de rechten van verdediging werden geschonden.

In de conclusie van Advocaat-generaal D.Vandermeersch bij het arrest van het Hof van Cassatie van 19 maart 2008 (T. Strafr. 2008/37) wordt - uitgaande van het arrest van het Hof van Cassatie van 24 januari 2006 (T.Strafr. 2006, blz.92 en N.C. 2006, blz.204) en refererend naar het standpunt ingenomen door het Arbitragehof bij arrest van 21 december 2004 (nr. 202/2004) en door het Grondwettelijk Hof bij arrest van 19 juli 2007 (nr.105/2007) - gesteld

dat de invoering van een verplicht onderzoek van de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden tot doel heeft om te beantwoorden aan de vereisten van een eerlijke behandeling van de zaak zoals deze blijken uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Met de controle, vastgesteld bij het artikel 235ter van het Wetboek van strafvordering heeft de wetgever een volledig en daadwerkelijk onderzoek van de wettigheid van de bijzondere opsporingsmethoden van observatie en infiltratie willen waarborgen door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Aldus is deze controle in overeenstemming met het artikel 6 E.V.R.M. Vanuit deze premisse wordt besloten : " ...dat de controle op de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden door de kamer van inbeschuldigingstelling een substantieel vormvereiste is dat het gebrek aan tegenspraak qua inhoud van het vertrouwelijk dossier, goedmaakt, en poogt aan de vereisten van een eerlijk proces te beantwoorden...".

Het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens heeft in de interne rechtsorde rechtstreekse werking en de in dit Verdrag besloten waarborgen moeten toepassing vinden bij de beoordeling van de gegrondheid van de tegen de beklaagden ingestelde strafvordering. Het recht van verdediging dient daarbij opgevat te worden als een deelaspect van het breder begrip "behoorlijke rechtsbedeling", zoals omschreven in artikel 6 E.V.R.M.

Het Hof is als vonnisrechter gehouden om het "proces in zijn geheel" te evalueren en te toetsen aan de verdragsrechterlijke normen. Het Hof heeft aan alle nog in zake zijnde beklaagden de kans gegeven om vrij tegenspraak te voeren tegen de door het OM tegen hen ingebrachte gegevens waarop de strafvordering steunt, om aan de vereisten van een eerlijk proces te kunnen beantwoorden. Het Hof kan aan de beklaagden echter niet de kans geven om vrij tegenspraak te voeren omtrent het vertrouwelijk dossier, omdat het Hof daar geen rechtsmacht toe heeft en zelfs niet over enig inzagerecht beschikt, het Hof kan evenmin een nieuwe BOM-controle gelasten (cfr.supra).

In het (Antigoon-) arrest van 14 oktober 2003 (T.Strafr. 2004/11) wordt door het Hof van Cassatie het volgende overwogen:

" Overwegende dat de omstandigheid dat een bewijselement op onrechtmatige wijze werd verkregen, in de regel slechts tot gevolg heeft dat de rechter, bij het vormen van zijn overtuiging, dat gegeven rechtstreeks noch onrechtstreeks in aanmerking mag nemen:

- hetzij wanneer de naleving van bepaalde vormvoorwaarden voorgeschreven wordt op straffe van nietigheid;

- hetzij wanneer de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast;

- hetzij wanneer het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces;..."

In deze zaak is duidelijk het derde criterium, namelijk het "behoorlijke verweer", aan de orde. Nu het immers precies de doelstelling van de wetsbepaling van het artikel 235ter Sv. is om het gebrek aan tegenspraak qua inhoud van het vertrouwelijk dossier goed te maken in het licht van de vereisten van een eerlijk proces (cfr. supra concl. Adv.gen. Vandermeersch) en de in concreto begane onregelmatigheid net bestaat uit een gebrek aan tegenspraak (afzonderlijk gehoorde inverdenkinggestelden/ thans beklaagden versus het Openbaar Ministerie), werden de rechten van verdediging in het licht van de vereisten van een eerlijk proces, zoals gewaarborgd door het artikel 6.1. E.V.R.M. op een onherstelbare wijze miskend (cfr. R. DECLERCQ op.cit. nrs.1671-1674).

Het bewijs dat gestoeld is op de bijzondere opsporingsmethode van observatie is derhalve niet onrechtmatig verkregen, doch wel ontoelaatbaar. Het ontoelaatbaar bewijs heeft immers niets te maken met de bewijsverkrijging, maar wel met de wijze waarop het voor de rechter is gebracht (cfr. J.DU JARDIN : "Het recht van verdediging in de rechtspraak van het Hof van Cassatie 1990-2003" R.W. 2003-2004, blz.771-772, H.; L. ARNOU : " Toelaatbaarheid van bewijs in strafzaken en het recht van verdediging" R.Cass. 1997, blz.11, nr.6).

Aangezien het gerechtelijk vooronderzoek in ruime mate steunt op de bijzondere opsporingsmethode van observatie, dient de strafvordering ingevolge de uitsluiting van dit ontoelaatbaar bewijs onontvankelijk te worden verklaard.

De kosten, gevallen in de beide aanleggen aan de zijde van het Openbaar Ministerie, dienen ten laste van de Staat te worden gelegd.

De tolkkosten in de beide aanleggen, dienen eveneens ten laste van de Staat te worden gelegd.

OP DEZE GRONDEN

Het HOF, rechtdoende op tegenspraak

Gelet op :

- de artikelen 13, 24 en 31 Wet van 15 juni 1935 ;
- de artikelen 185§1,194, 210, 211, 215 en 332 Wetboek van Strafvordering;
- de artikelen 5.3 en 6.1. E.V.R.M. van 4 november 1950, goedgekeurd bij Wet van 13 mei 1955;

Al deze wetsbepalingen aangehaald ter terechtzitting van heden ;

Verklaart elk hoger beroep ontvankelijk en er over beslissend :

Verklaart het tweede hoger beroep, aangetekend door M. op 29 juni 2008 zonder voorwerp ;

Doet het bestreden gedeelte van het aangevochten vonnis (ref.I), verleend op tegenspraak ten aanzien van K., M. en G. door de 19^o correctionele kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent van 16 juni 2008 teniet ;

...

Opnieuw wijzend :

Wijst het verzoek van het Openbaar Ministerie, strekkende tot het onbepaald uitstellen van de behandeling van deze zaak af, dit op grond van de hoger in het overwegend gedeelte van dit arrest aangehaalde motieven;

Zegt dat er geen aanleiding is om de door de beklaagde M. geformuleerde vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof ;

Zegt voor recht dat het aan het oordeel van het Hof onderworpen strafproces, in zijn geheel beschouwd, niet voldoet aan de vereisten van een behoorlijke rechtsbedeling, zoals omschreven in het artikel 6.1. E.V.R.M.;

Zegt voor recht dat, ingevolge het schenden van de rechten van verdediging, het bewijs geput uit de bijzondere opsporingsmethode van observatie, als niet toelaatbaar dient te worden geweerd ;

Verklaart derhalve de strafvordering niet ontvankelijk ;

Laat de kosten, gevallen in de beide aanleggen aan de zijde van het Openbaar Ministerie, ten laste van de Staat.

Laat de tolkkosten, gevallen in de beide aanleggen, eveneens ten laste van de Staat.
Aldus uitgesproken in openbare terechtzitting van
ZES JANUARI TWEEDUIZEND EN NEGEN

Aanwezig :

I. Mallems, wnd. voorzitter,

F. De Tandt en M. De Busscher, raadsheren,

L. Decreus, advocaat-generaal,

K. Goossens, griffier,

K. Goossens M. De Busscher F. De Tandt I. Mallems