

BIJDRAGEN

Bigamie & Overspel — Overzicht van rechtspraak.

Luc Verbiest

I. BIGAMIE

1. Algemeen

Bigamie is de toestand van degene die, door de banden van een huwelijk verbonden, een nieuw huwelijk aangaat met een ander dan zijn echtgeno(o)t(e), vooraleer het eerste huwelijk werd ontbonden. Art. 391 Sw. vormt de penale sanctie van het algemeen principe vermeld in art. 147 B.W.: 'Men mag geen tweede huwelijk aangaan vóór de ontbinding van het eerste'. Aldus wordt eerder het feit van het aangaan van het tweede huwelijk bestraft dan de toestand van bigamie zelf. Vermits bigamie een ogenblikkelijk misdrijf is, wordt de plaats en het tijdstip waar en waarop het gepleegd is, bepaald door de localiteit en het moment van de voltrekking van het tweede huwelijk. De verjaring begint dan ook te lopen vanaf de plechtigheid voor de ambtenaar van de burgerlijke stand. Omdat de desbetreffende bepaling i.v.m. de monogamie van openbare orde is, zal de vreemdeling in België nooit een beroep kunnen doen op zijn personeel statuut dat desgevallend polygamie veroorlooft (Brussel, 10 april 1979, J.T., 612).

2. Bestanddelen van het misdrijf

Drie voorwaarden moeten gelijk vervuld zijn: Het bestaan van een geldig en niet ontbonden vorig huwelijk, het sluiten van een tweede huwelijk voor de ontbinding van het vorige en tot slot het misdadig opzet in hoofde van de delinquent.

2.1 Eerstens dient er dus een geldig huwelijk te bestaan, met het gevolg dat bigamie niet mogelijk is, indien dit huwelijk ontbonden is geworden door de dood of echtscheiding (art. 227 B.W.). Het heeft geen belang of de verdachte niet op de hoogte was van deze ontbinding; zijn misdadig opzet als intentioneel element van het misdrijf volstaat immers niet (Luik, 18 oktober 1948, Jur. Liège, 1948-49, 153). De nietigheid of de afwezigheid derhalve van het eerste huwelijk - waarbij het onbelangrijk is of het nu een absolute of relatieve nietigheid is (Cass., 18 april 1910, Pas., I, 190) - sluit eveneens elke mogelijkheid tot bigamie uit, zelfs indien het tweede huwelijk is aangegaan vóór de nietigverklaring van het eerste huwelijk. De

verdachte kan deze nietigheid opwerpen als prejudiciële exceptie (cfr. infra 2.1.1.). Essentieel is immers niet de bewuste kennis door de dader van zijn vroegere verbintenissen, maar wel het bewustzijn van de geldigheid ervan.

De afwezigheid van een echtgenoot, hoe lang ook, scheidt nooit een wettelijk vermoeden van overlijden; de afwezige echtgenoot is de enige die tegen het tweede huwelijk, dientengevolge door de andere echtgenoot aangegaan, kan opkomen (art. 139 B. W.) (cfr. infra). Deze materie kan een toepassingsgebied vormen voor de goede trouw in hoofde van de hertrouwde echtgenoot (cfr. infra 2.3.). In ieder geval is de afwezige echtgenoot niet gerechtigd om van de dwaling of de fout terzake van zijn echtgenoot, die een tweede huwelijk aanging, gebruik te maken om zelf opnieuw in het huwelijk te treden.

Indien het bestaan zelf van het huwelijk wordt betwist omdat de registers van de burgerlijke stand zijn verloren, dan heeft de strafrechtsmacht de bevoegdheid volgens art. 198 B. W. om zich uit te spreken over de wettelijke voltrekking ervan. Om de verbreking van de huwelijksband te bewijzen kan men, bij gebrek aan overlijdensakte of echtscheidingsakte, de bewijsmiddelen aanwenden die toegelaten worden door art. 46 B. W.

2.1.1. Veel betwisting is er gerezen over de bevoegdheid van de strafrechter, wanneer de verdachte beweert dat zijn eerste huwelijk ongeldig, onbestaand of ontbonden was. Ook hier heeft het Hof van Cassatie de knoop uiteindelijk doorgehakt met haar arrest van 22 juli 1955 (Pas., I, 1265; Arr. Cass., 1955, 955): wanneer de beklaagde opwerpt dat zijn eerste huwelijk door echtscheiding ontbonden was vóór hij het tweede huwelijk aanging, is dit geen aan de bevoegdheid van de strafrechter onttrokken prejudiciël geschil. Het is echter wel een probleem dat vooraf moet opgelost worden en waarvoor sinds dit arrest de strafrechter duidelijk de bevoegdheid heeft (toepassing van art. 15 voorafg. titel Sv). Andere vonnissen tonen daarbij aan dat ook i. v. m. de exceptie van nietigheid van het eerste huwelijk (art. 189 B. W.) dezelfde competentie aan de strafrechter moet worden toegekend om hierover te oordelen (Brussel, 26 oktober 1927, Rev. Dr. pén., 1928, 230; Turnhout, 25 november 1932, Rev. Dr. pén., 1933, 39) (zie ook *overspel* 2.1.1.)

2.2. Als tweede bestanddeel wordt de vereiste gesteld van een tweede huwelijk dat regelmatig werd aangegaan. Er kan hier geenszins sprake zijn van een geldig huwelijk met alle burgerlijke gevolgen vanden, vermits de artikelen 147 en 184 B. W. elk huwelijk aangegaan vóór de ontbinding van het eerste met absolute nietigheid treffen, ook al wordt deze nietigheid niet in rechte opgeëist (Brussel, 29 november 1941, Pas., 1942, II, 17). Het volstaat dus dat het huwelijk slechts de schijn heeft van een rechtsgeldige akte, waaruit de nieuwe partners de staat van wettige echtgenoten kunnen putten. De misdaadbestanddelen zullen niet verwezenlijkt zijn, indien het

tweede huwelijk nietig is wegens een andere reden dan het bestaan van een vorig huwelijk, indien het bv. slechts een schijnhuwelijk was, waardoor niemand zich wettelijk gebonden kan achten (Brussel, 9 februari 1924, Pas., II, 135). Een onregelmatig gecontracteerd huwelijk is geen huwelijk. Over de opgeworpen nietigheid wegens vormgebrek is ook de strafrechter oordelensbevoegd.

2.2.1. De Belgische internationale openbare orde, die het Hof van Cassatie in haar arrest van 4 mei 1950 (Pas., I, 624) omschrijft als het geheel van principes die als essentieel worden geoordeeld voor de zedelijke, politieke en economische orde in België, staat niet toe dat onderdanen van Muzelmaanse landen zich in België het recht toeëigenen om meerdere vrouwen te onderhouden, Belgische of afkomstig uit derde landen waar bigamie en polygamie eveneens strafbaar is (Brussel, 10 april 1979, J.T., 1979, 612). Daarentegen is het echter wel toegelaten dat een vreemdeling die wettelijk een bigaam of polygaam huwelijk heeft gesloten, zich in België komt vestigen. Zijn echtgenoten worden voor het Belgische recht erkend (cfr. infra 5.1.) (Luik, 23 april 1970, R.C.J.B., 1971, 7-12 en noot).

2.2.2. Een echtscheidingsvonnis gewezen in het buitenland, dat een vonnis is met betrekking tot de staat en de bekwaamheid, behoeft principieel geen exequatur, maar zal toch het voorwerp zijn van een incidenteel toezicht achteraf, in die mate dat de buitenlandse echtscheiding eventueel in België niet kan worden erkend indien de voorwaarden van art. 570 Ger. W. niet vervuld zijn, zodat deze persoon die in België dan een huwelijk sluit kan vervolgd worden wegens bigamie (Cass., 16 januari 1953, Pas., I, 335; Cass., 4 oktober 1956, R.C.J.B., 1957, 23 met noot).

2.3. Het zedelijk bestanddeel van het misdrijf bestaat, voor de reeds getrouwde persoon, uit het besef dat zijn eerste huwelijk (nog) niet is ontbonden; voor de niet-getrouwde medecontractant bestaat het uit de kennis van de huwelijkse staat van zijn partner. De redenen waarom tot een tweede huwelijk werd besloten zijn slechts beweegredenen, die geen invloed hebben op de strafbare daad zelf, alhoewel zij verzachtende omstandigheden kunnen uitmaken die de strafmaat verzachten. De beschuldigde kan zijn goede trouw inroepen als bron van onoverwinnelijke dwaling (Cass., 29 januari 1962, Pas., I, 627). Deze goede trouw moet bewezen worden; een mogelijkheid van het te goeder trouw zijn volstaat niet. Zo kan een getrouwd iemand zich slechts bevrijd weten door de wettelijke ontbindingsmomenten (zie ook: *Overspel*, 2.1.) (art. 227 B.W.); de loutere omstandigheid dat hieromtrent enige twijfel bestond op het ogenblik van het sluiten van het tweede huwelijk, laat niet toe te besluiten dat in zijner hoofde geen opzet aanwezig was (Cass., 27 april 1964, Pas., I, 909). Zo ook is er geen misdrijf van bigamie, wanneer twee echtgenoten, die twijfelen aan de geldigheid van hun huwelijk, overgaan tot een tweede huwelijksvoltrekking (-betrachting), zonder eerst de gerechtelijke ont-

binding van hun (eerste) huwelijk te hebben bekomen (Luik, 8 april 1925, Rev. not. B., 1926, 219). Vermits bigamie een ogenblikkelijk misdrijf is, moet de goede trouw geapprecieerd worden op het ogenblik van het sluiten van het tweede huwelijk; aldus is het van geen belang dat de persoon, die te goeder trouw was op het moment van het sluiten van het huwelijk, achteraf, bij het ontdekken dat zijn eerste huwelijk niet was ontbonden, blijft samenwonen met zijn tweede echtgenote. Bij deze appreciatie zal de rechter, die soeverein oordeelt, rekening moeten houden met het geslacht, de leeftijd, de ervaring en met de sociale situatie van degene die beweert uit onwetendheid te hebben gehandeld (Brussel, 29 november 1941, Pas., 1942, II, 17; Cass., 8 maart 1963, Pas., I, 754). Het voordeel van het putatief huwelijk zal ook slechts kunnen toegekend worden aan de echtgenoten die ter goeder trouw hebben gehandeld (cfr. infra), (Charleroi, 5 juli 1951, Pas., 1953, III, 75). Toepassingsgevallen vindt men in de rechtspraak voldoende: zo is de echtgenoot, die wegens de langdurige afwezigheid van de andere echtgenoot een tweede huwelijk aangaat, te goeder trouw; de man die voor de tweede maal in het huwelijk treedt, nadat hij een brief had gekregen van zijn vader die beweerde dat zijn vrouw was overleden, eveneens (Brussel, 31 januari 1923, Pas., II, 165); ook, de persoon die door de verkeerdelijke bewering van zijn advocaat, het slachtoffer wordt van een onoverwinnelijke dwaling, kan geen misdadig opzet verweten worden (Cass., 10 juli 1946, Pas., I, 293; Gent, 12 februari 1953, R.W., 1953-54, 484). Er dient te worden aangestipt dat het hier niet gaat om een wettelijke rechtvaardigingsgrond, maar om, zoals reeds vermeld, een volwaardig bestanddeel, bij gebreke waarvan het misdrijf niet bestaat.

3. De strafbare poging

Bigamie is een misdaad en normalerwijze zal de poging tot bigamie eveneens strafbaar zijn, omdat er geen expliciete tekst bestaat die afwijkt van het principe vermeld in art. 52 Sw. Praktisch rijzen er echter moeilijkheden om louter voorbereidende handelingen te onderscheiden van daden die een begin van uitvoering zijn. Hieromtrent bestaat namelijk een hele controverse in de rechtsleer. In ieder geval kan slechts van begin van uitvoering worden gesproken wanneer is overgegaan tot de handelingen vermeld in art. 75 B.W.

4. Strafbare deelneming

De algemene regeling vervat in art. 66 en 67 Sw. is van toepassing: m.a.w. al diegenen die aan het misdrijf hun medewerking verlenen worden gestraft als mededader of als medeplichtige naargelang de graad van hun deelneming. Als *mededader* kunnen gestraft worden: de nieuwe echtgenoot die volop op de hoogte was van de huwelijksverbintenissen van zijn contractant; evenzo de officier van de burgerlijke stand die bewust

medewerkt aan de huwelijksvoltrekking alvorens het eerste huwelijk ontbonden is. Diegenen die slechts een bijkomstige hulp of bijstand leverden zullen kunnen gestraft worden als *medeplichtigen*.

5. Strafvervolgning

Het misdrijf van bigamie kan ambtshalve worden vervolgd door het openbaar ministerie. Immers de publieke vordering is aan geen enkele voorafgaande klacht onderworpen. Toch is klacht mogelijk vanwege al diegenen die het 'slachtoffer' werden van het misdrijf, met of zonder burgerlijke partijstelling (art. 63 en 66 Sv.). Deze misdaad wordt strafbaar gesteld met opsluiting.

5.1. Bigamie kan aanleiding geven tot uitlevering vermits deze mogelijkheid duidelijk werd voorzien in art. 1, 11^o van de uitleveringswet van 15 maart 1874 en ook in haast alle verdragen terzake. Deze feiten, door een Belg in het buitenland gepleegd, kunnen in België worden vervolgd, als zij werden gepleegd tegen een Belg, tenminste als de bigame echtgenoot in België wordt aangetroffen (Cass., 13 februari 1950, Pas., 1950, I, 423) (art. 7 en 12 voorafg. titel Sv.). Ook de vreemde mededader kan in België vervolgd worden als hij in België gevonden wordt en als het misdrijf ook strafbaar is in het land waar bigamie werd gepleegd (Luik, 3 augustus 1859, Pas., 1859, 359).

Tot slot is er ooit beslist dat een vreemdeling, die in het buitenland een tweede huwelijk aangaat met een andere vreemdeling, toch in België kan vervolgd worden op grond van overspel, indien hij of zij samenwoont op Belgisch grondgebied met de tweede echtgenoot. Dit althans als de eerste echtgenoot ook een vreemdeling is en hij in België klacht heeft ingediend (Brussel, 14 februari 1878, Pas., 1879, II, 76) (cfr. supra 2.2.1).

6. Vordering tot nietigverklaring

Art. 184 B. W. bepaalt dat kan worden opgekomen tegen elk huwelijk dat is aangegaan met overtreding van o.a. art. 147 B. W. (Verbod van Bigamie), hetzij door de echtgenoten zelf, hetzij door allen die daarbij belang hebben, hetzij door het openbaar ministerie (Luik, 6 november 1930, Pas. 1931, III, 82). Inderdaad, het Burgerlijk wetboek poneert immers de absolute nietigheid van elk tweede huwelijk, vooraleer het eerste was ontbonden. Art. 188 B. W. bepaalt voorts dat de echtgenoot, ten nadele van wie een tweede huwelijk is aangegaan, de nietigverklaring ervan kan vorderen, zelfs tijdens het leven van de echtgenoot die met hem verbonden was.

Op te merken valt dat tegen de publieke vordering, ingeleid door het openbaar ministerie, een middel van niet ontvankelijkheid opgeworpen kan worden, wanneer door de civiele rechtbank - bij de voorafgaande vordering tot nietigverklaring, ingespannen door het openbaar ministerie

(art. 184 B.W.) - de geldigheid van het tweede huwelijk werd aangenomen en zij zich aldus impliciet uitsprak over de nietigheid van het eerste huwelijk.

II. OVERSPEL

1. Algemeen

Het misdrijf van overspel bestaat uit de schending van de fysieke huwelijksrouw gepleegd door een persoon wiens huwelijk niet ontbonden is, met een ander persoon dan de echtgenoot.

2. Bestanddelen van het misdrijf

2.1. De beschuldigde echtgenoot dient door de banden van een geldig huwelijk te zijn gebonden en geslachtsgemeenschap dient te hebben plaatsgehad. De echtgenoot moet daarbij opzettelijk echtbreuk hebben gepleegd.

2.1.1. Echtbreuk kan slechts bedreven worden tussen de datum van de huwelijksvoltrekking en de datum waarop het huwelijk ontbonden wordt (Cass., 26 november 1906, Pas., 1907, I, 52). De aanvangsdatum van het huwelijk wordt bepaald door de overlegging van de huwelijksakte (art. 194 B.W.). Buiten het geval van overlijden, wordt het huwelijk pas ontbonden vanaf de datum van de overschrijving van het echtscheidingseindvonnis of -arrest door de ambtenaar van de burgerlijke stand op verzoek van de echtgenoot in wiens voordeel de echtscheiding werd toegestaan (art. 1275 e.v.; art. 1303, art. 1310 1.1. Ger. W.) (Brussel, 9 mei 1979, J.T., 1979, 193). Aldus kan de termijn tussen vonnis en overschrijving, afgezien van mogelijke verlenging, ten hoogste 3 maanden belopen; gedurende deze 3 maanden is het huwelijk niet ontbonden en blijft de plicht tot wederzijdse getrouwheid bestaan. Na de overschrijving heeft de echtgenoot die klacht heeft ingediend (zie infra 3.2.) zijn hoedanigheid van echtgenoot verloren en derhalve wordt zijn klacht onontvankelijk (Gent, 3 maart 1948, R.W., 1947-48, 892). De rechter kan dan alleen vaststellen dat de publieke vordering vervallen is. (Cass., 5 februari 1973, Pas., 1973, I, 536; Cass., 11 oktober 1977, Pas., 1978, I, 180 en Cass., 18 oktober 1977, Pas. 1978, I, 212). Zo heeft het Hof van Cassatie reeds herhaaldelijk beslist dat bestreden arresten, uitgesproken op grond van art. 387 en 390 Sw. zonder uitwerking zullen blijven, wanneer tussen het arrest in hoger beroep en het cassatiearrest een vonnis van echtscheiding werd overgeschreven door de ambtenaar van de burgerlijke stand (Cass., 4 juni 1974, J.T., 1974, 676 met noot; Cass., 6 september 1977, Pas. 1978, I, 15). Wanneer het huwelijk van Belgen door vreemde rechtbanken is ontbonden en de echtscheiding reeds op volledige wijze volgens het vreemde recht

is verkregen dan heeft de hogervermelde overschrijving geen zin meer. Het ontbindingsmoment wordt in dit geval door de toegepaste vreemde wetgeving bepaald (Corr. Gent, 9 maart 1955, R.W., 1954-55, 1637).

2.1.2. Het huwelijk waarop de vervolging steunt, moet een geldig huwelijk zijn. Ook al is het huwelijk vernietigbaar, toch behoudt het volledige gelding, totdat de nietigheid is uitgesproken door een in kracht van gewijsde gegane beslissing. Indien nu de geldigheid van het huwelijk betwist wordt in conclusies dan heeft dit tot gevolg dat de strafrechter geen uitspraak zal kunnen doen alvorens de aldus opgeworpen exceptie haar oplossing krijgt. De vraag is dan of deze exceptie een prejudiciële vraag doet rijzen, d.i. een verdedigingsmiddel waarvan de gegrondheid door een andere rechtbank, meer bepaald dan door de burgerlijke rechtbank, moet gevonnist worden. Hier lag vroeger heel wat betwisting over de juiste interpretatie van art. 15, voorafg. titel Sv., dat aan de strafrechter de bevoegdheid geeft om over de vragen van burgerlijk recht te oordelen, die voor hem incidenteel worden opgeworpen, behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen. De Belgische doctrine en rechtspraak over dit oude twistpunt is sinds lang stevig gevestigd: een arrest van het Hof van Cassatie verklaart namelijk dat ter zake in de wet geen uitzondering is bepaald die de toepassing van art. 15 voorafg. titel Sv. in de weg zou staan (Cass., 22 juli 1955, Pas., 1955, I, 1265).

Een vonnis dat beslist of de opgeworpen exceptie al dan niet prejudiciël is, is onmiddellijk vatbaar voor hoger beroep (Gent, 29 juli 1959, R.W., 1959-60, 1757).

Zo ook, als de beschuldigde een schijnhuwelijk inroept, d.i. een huwelijk dat is aangegaan om totaal andere doeleinden te dienen, dan die waarvoor de instelling is gecreëerd, zal de rechter moeten vaststellen dat bij gebrek aan een geldig huwelijk de beschuldiging geen grond vindt (Brussel, 15 januari 1955, Rev. Dr. pén., 1954-55, 823).

2.1.3. De wetgever heeft inderdaad de ontvankelijkheid van de publieke vordering ondergeschikt gemaakt aan het bestaan van een (geldig) huwelijk, zowel op het moment van de klacht (zie infra. 3.1.), als gedurende de achtereenvolgende procedurehandelingen. Het overlijden van één der echtgenoten maakt een einde aan de strafvordering ingeleid door de klacht, aldus bij het overlijden van de klagende echtgenoot, (Cass., 5 februari 1973, Pas. 1973, I, 536 en 537) maar ook als de schuldige echtgenoot overlijdt (Cass., 25 oktober 1965, Pas., 1966, I, 262).

De scheiding van tafel en bed heeft geen invloed op de getrouwheidsplicht van beide echtgenoten en belet niet dat een echtgenoot klacht indient tegen de andere op grond van overspel gepleegd na de overschrijving van het vonnis dat de scheiding van tafel en bed toestaat.

2.2. De voltrokken vereniging van verschillende geslachten is eveneens noodzakelijk (Cass., 13 april 1959, Pas., 1959, I, 806; Arr. Cass., 1959,

616). Het is van geen belang dat daarbij de mogelijkheid om kinderen te verwekken al dan niet bestaat; aldus zijn de geslachtsbetrekkingen van een echtgenoot met een bejaard persoon bestanddeel van echtbreuk (Brussel, 24 maart 1955, Pas., 1956, II, 154). De meest verregaande sexuele vrijheden zonder geslachtelijke gemeenschap tussen verdachten volstaan dus niet; evenwel kunnen sexuele vrijheden in feite het vermoeden doen rijzen dat de geslachtsgemeenschap volledig was en dat het wanbedrijf derhalve voltrokken werd (Cass., 10 mei 1937, Pas., 1937, I, 138). Wordt dit vermoeden in conclusies ontkend, dan zal de rechter de omstandigheden moeten aangeven waarop zijn overtuiging steunt om het geslachtsverkeer voor bewezen te verklaren (Cass., 24 juni 1957, Pas., 1957, I, 1279). Het is duidelijk dat de feitenrechter hierover soeverein oordeelt.

Het bewijs van de volstreekte fysieke onmogelijkheid om geslachtsbetrekkingen te onderhouden dient te worden geleverd door de beklagde (Brussel, 24 maart 1955, Pas., 1956, II, 154). Van overspel kan geen sprake zijn in geval van kunstmatige bevruchting van de gehuwde vrouw buiten medeweten van haar man.

2.3. Het wanbedrijf van overspel vereist ook een algemeen opzet, dat erin bestaat bewust inbreuk te plegen op de huwelijksrouw. Dit betekent dat de verdachte uit vrije wil geslachtsbetrekkingen heeft gehad met een ander persoon dan zijn echtgenoot en dit in volle besef van zijn huwelijks staat. Door aldus te handelen treft de verdachte schuld, tenzij hij zich kan rechtvaardigen (Cass., 5 mei 1958, Pas., 1958, I, 980). De beklagde kan ondermeer eventueel zijn onoverwinnelijke dwaling over zijn burgerlijke staat, of het bestaan van overmacht invoeren. Zo werd een echtscheiding, bekomen in het buitenland, die in België door de rechtbank in strijd met de openbare orde zou worden geacht, als onoverwinnelijke dwaling omtrent de burgerlijke staat aangenomen (Corr. Bergen, 31 mei 1961, J.T., 1961, 459 met noot). Diegene echter die zijn huwelijk reeds als ontbonden beschouwt bij de uitspraak van het vonnis van echtscheiding, d.w.z. vooraleer dit vonnis werd overgeschreven, kan geen onoverwinnelijke dwaling invoeren (Cass., 27 april 1964, Rev. Dr. pén., 1963-64, 1015). Ook volstaat het niet dat de beklagde echtgenoot het verdwijnen van de partner gelijkstelt met het overlijden ervan (Cass., 16 februari 1925, Pas., 1925, I, 149) om rechtsdwaling in te roepen.

2.3.1. De rechtbanken hebben de neiging het overspel slechts te bestraffen als het beledigend is, waarmede men dan overeenstemming zoekt met het burgerlijke recht waarbij overspel slechts een afdoende grond tot echtscheiding vormt wanneer zij een beledigend karakter heeft voor de andere echtgenoot. Sterker nog, de klagende echtgenoot geniet van een vermoeden dat het overspel beledigend was in zijner hoofde. Een vermoeden dat echter weerlegbaar is door de beschuldigde echtgenoot door o.a. te wijzen op de tolerantie of aanmoediging in hoofde van de klager

(Luik, 6 juni 1977, Jur. Liège, 1977-78, 9; Luik, 21 juni 1978, Jur. Liège, 1978-79, 89). Als echtscheidingsgrond verliest overspel haar ontvankelijkheid ingeval van tolerantie, provocatie, collusie of eigen wangedrag van de eisende partner. Maar de bevoegdheid van de strafrechter en deze van de burgerlijke rechter mogen niet worden verward; waar deze laatste bij een vordering tot echtscheiding beiderzijdse fouten moet afwegen (zie infra 3.3.), moet de strafrechter weten dat het wangedrag, in ruime zin, van de andere echtgenoot geen invloed heeft op de ontvankelijkheid van de klacht (Cass., 5 november 1973, Pas., 1974, I, 248; Arr. Cass., 1974, 260 (zie infra 4.4.)).

De onderlinge trouw tussen de echtgenoten is geen goed waarover vrijelijk door hen kan worden beschikt, maar is een zaak van openbare orde. De eventuele fouten van de ene echtgenoot, ontslaat de andere niet van zijn eigen plicht tot getrouwheid (Cass., 9 januari 1967, I, 554).

2.4. Art. 387, 2de lid, Sw. sluit expliciet de strafbaarheid uit van de medeplichtigen.

3. De strafvervolgning

3.1. Art. 390 Sw. stelt dat vervolging of veroordeling wegens overspel slechts kan plaatshebben op klacht van de echtgenoot die beweert beledigd te zijn. Uit art. 2 voorafg. titel Sv. mogen we opmaken dat deze klacht gedurende de ganse strafprocedure, tot aan het eindvonnis of -arrest, moet gehandhaafd blijven. Deze klacht is een gevolg van het systeem van vervolging vóór de ontbinding van het huwelijk; aldus heeft men gepoogd de belangentegenstrijdigheid tussen maatschappij en onschuldige echtgenoot op te vangen, door aan deze laatste het initiatief van de vervolging over te laten en vervolgens, in elke stand van het geding, door intrekking van de klacht, eventueel de vervolging te stuiten (Cass., 10 juli 1950, Pas., I, 825; Arr. Cass., 1950, 721). Door de vereiste van de handhaving van de klacht onderscheidt overspel zich van de andere klachtmisdrijven. De klacht is m.a.w. zowel conditio sine qua non als limiet van de strafvordering.

3.1.1. Indien het overspel in samenloop komt met andere misdrijven, zoals openbare zedenschennis, aanhitsing tot ontucht, aanranding van de eerbaarheid, ontvoering van minderjarigen, enz., dan is de klacht van de beledigde echtgenoot niet vereist. Het openbaar ministerie zal echter deze strafbare feiten niet kunnen kwalificeren als echtbreuk.

3.2. Art. 31 en 65 Sv. bepalen in het algemeen de vorm waaraan een klacht of een aangifte moet voldoen. De rechtspraak en rechtsleer zijn hier echter stevig gevestigd: deze bepalingen zijn niet voorgeschreven op straf van nietigheid van de procedure (Cass., 17 september 1951, R.W., 1951-52, 923). De overweging die hier aan ten grondslag ligt, is dat zo

weinig mogelijk formalisme dient in stand gehouden te worden, waar dit formalisme voor de bescherming van de rechten van de verdediging geen nut heeft. Wel wordt vereist dat de klagende echtgenoot de aangifte, die in ondubbelzinnige termen is opgesteld, eigenhandig ondertekent en daarmee het voornemen te kennen geeft om zijn echtgeno(o)t(e) strafrechtelijk te laten vervolgen (Cass., 2 september 1954, Pas., 1954, I, 1023). In ieder geval, het bestaan van een klacht wordt soeverein beoordeeld door de rechter ten gronde. Men kan zich rechtstreeks mondeling wenden tot de Procureur des Konings; maar in de praktijk wordt meestal klacht ingediend door een brief gericht aan de Procureur des Konings, waarna de klacht mondeling zal moeten bevestigd worden aan een politieoverheid die bevoegd is om het proces-verbaal op te stellen.

Bevindt de klager zich in het buitenland, dan is het aangewezen de handtekening te laten legaliseren door de plaatselijke diplomatieke of consulaire ambtenaar of door de vreemde overheid, alvorens schriftelijk klacht in te dienen bij de Procureur des Konings van de plaats waar het misdrijf in België gepleegd werd. Hij of zij kan zich ook rechtstreeks wenden tot de vreemde overheid die bevoegd is om klachten, in de plaatselijke vorm, te ontvangen. De klacht wordt dan overgemaakt. Geen andere formaliteit is vereist (Brussel, 9 november 1885, Pas., 1886, II, 17). De afwezige klager kan ook een beroep doen op een bijzondere gevolmachtigde om in zijn naam klacht in te dienen. De volmacht moet hier wel noodzakelijk schriftelijk gegeven worden, vermits art. 31 Sv. ondubbelzinnig stelt dat de volmacht steeds aan de klacht zal gehecht blijven. Ook wat betreft de inhoud van de klacht is geen formalisme vereist: hoe ook uitgedrukt, niet alleen de bedoeling om te vervolgen, maar ook om te laten veroordelen, moet alleszins duidelijk blijken (Cass., 19 juni 1939, Pas., 1939, I, 310). De klacht zal derhalve onontvankelijk zijn, indien alleen om een onderzoek of vaststelling gevraagd wordt teneinde een vermoeden te staven of om enkel een titel te bekomen in een burgerlijk geding tot echtscheiding (Cass., 25 maart 1946, Pas., 1946, I, 119 met tegenstrijdige conclusies van het O.M.).

3.2.1. De klacht moet aan de vervolgingen voorafgaan, maar niet noodzakelijk aan de feiten (Gent, 5 april 1979, R. W., 1978-79, 2740). Vrijspraak die gegrond is op het ontbreken van een geldige klacht verhindert niet dat nieuwe vervolgingen zouden worden ingesteld, nadat de benadeelde echtgenoot regelmatig klacht zal hebben neergelegd wegens dezelfde echtbreuk (Luik, 26 januari 1961, Jur. Liège, 1960-61, 281). Noteren we echter dat een vooronderzoek niet gelijk te schakelen valt met daden van vervolging (Corr. Nijvel, 7 januari 1976, J.T., 1976, 191).

3.3. De beledigde echtgenoot kan zich ook rechtstreeks tot de onderzoeksrechter wenden en er zich burgerlijke partij stellen. Dit geldt als klacht (Cass., 17 oktober 1949, Arr. Cass. 1950, 721). De burgerlijke vordering door een echtgenoot die heeft ingestemd met het

overspel van de andere echtgenoot en die het zelfs heeft uitgelokt, kan niet worden gegrond verklaard, vermits deze echtgenoot geen beroep kan doen op het beledigend karakter van de echtbreuk (Cass. 20 oktober 1975, Pas., 1976, I, 227). Een burgerlijke vordering tot echtscheiding geldt echter niet als klacht. Omdat ook burgerlijke partijstelling mogelijk is, enerzijds, gelijktijdig met de klacht en anderzijds, eventueel onafhankelijk van elke klacht, is het onontbeerlijk de regels betreffende de klacht en deze betreffende de burgerlijke vordering absoluut gescheiden te houden (zie infra 8).

3.4. De algemene sanctie op het niet naleven van de minimumvereisten naar vorm en inhoud van de klacht en op het gebrek aan klacht vóór de vervolgingen is de onontvankelijkheid van de publieke vordering. Daarom moet een vonnis, wanneer het bestaan van een geldige klacht in conclusies wordt betwist, steeds vaststellen dat er klacht werd gedaan (Cass., 12 april 1954, Pas., 1954, I, 704).

4. Gronden van niet-ontvankelijkheid

De afwezigheid van de essentiële bestanddelen van het misdrijf: (cfr. supra 2) een geldig huwelijk (2.1.), geslachtsgemeenschap (2.2.) en het opzet (2.3.) kelderen de gegrondheid van de klacht.

Gronden van niet-ontvankelijkheid vinden wij in het gebrek aan hoedanigheid en bekwaamheid; maar naast de algemene principes van de verjaring van de strafvordering (art. 21 van de voorafg. titel Sv. : na 3 jaar) en van het 'non bis in idem' na een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, vooral in de verzoening en in de klachtafstand.

4.1. Het recht om klacht in te dienen wegens echtbreuk is uitsluitend aan de echtgenoten voorbehouden. Vandaar dat overspel een relatief klachtmisdrijf is. Elke klacht, die van een ander persoon uitgaat en gericht is tegen een persoon met wie de klager niet gehuwd is, is niet-ontvankelijk.

4.2. Wat de krankzinnigheid betreft moet de klager gezond van geest zijn, zowel op het ogenblik van zijn klacht, als op het ogenblik van het vonnis, vermits hij bekwaam moet zijn om op elk ogenblik zijn klacht te handhaven of in te trekken (Luik, 27 juni 1959, Pas., 1960, II, 147). Niets belet echter de echtgenoot, aan wie een gerechtelijk raadsman werd toegevoegd, zelf klacht in te dienen (Cass., 21 maart 1910, Pas., 1910, I, 157). Het bewijs van de krankzinnigheid, en de enige procedure die de burgerlijke bekwaamheid ontnemt, is de onbekwaamverklaring. De klacht, die na de uitspraak wordt ingediend is derhalve onontvankelijk (art. 502 B.W.). Maar via het vermoeden van krankzinnigheid dat werd ingesteld door art. 503 B.W. is ook de nietigverklaring mogelijk van handelingen verricht vóór het vonnis van onbekwaamverklaring. Wordt de interdictie tijdens de strafrechtelijke procedure uitgesproken, dan wordt de publieke

vordering gestuit. Hieruit put de beklagde in principe niet het recht om de schorsing te vragen van het strafrechtelijk proces totdat een hangende onbekwaamverklaring is uitgesproken, alhoewel de strafrechter ook hier vrij is in zijn beslissing. De op grond van de wet van 1 juli 1964 geïnterneerde klager is daardoor niet noodzakelijk onbekwaam, ook hij kan dus geldig klacht indienen wegens overspel (Gent, 12 december 1956, R.W., 1957-58, 367). Wat de minderjarigheid betreft is het duidelijk dat art. 476 B.W. uitdrukkelijk bepaalt dat het huwelijk van de minderjarige van rechtswege zijn ontvoogding ten gevolge heeft. Geen probleem dus. Doch alleen de jeugdrechtbank zal bevoegd zijn t.a.v. de echtgenoot die nog geen volle 18 jaar oud was op de datum van de feiten.

4.3. De verzoening die tot stand komt nadat de echtbreuk gepleegd werd, maar vóór de klacht, is een grond van niet-ontvankelijkheid van de klacht. Deze valt te onderscheiden van de verzoening na de klacht die grote gelijkenis vertoont met de klachtafstand (Brussel, 9 oktober 1974, R.W., 1974-75, 1386, en noot). Deze laatsten hebben beide het verval van de publieke vordering tot gevolg. De rechter beslist soeverein, zoals bij de klachtafstand (cfr. infra 5.1.), of er wel degelijk sprake is van een bewuste en vrijwillige verzoening (Cass., 23 september 1957, Pas., 1958, I, 26). Deze appreciatie is vaak zeer delikaat. Het enkele feit van het opnieuw samenwonen of nieuwe geslachtsbetrekkingen betekenen niet noodzakelijk een valabele verzoening. De verzoening zal meestal wel blijken uit het feit dat de klagende echtgenoot opnieuw samenwoont met de schuldige. Toch is dit geen vereiste voor de geldigheid ervan. Op civielrechtelijk gebied onderstelt de verzoening echter wel de hereniging (Cass., 14 maart, Pas., 1954, I, 785). De verzoening moet daarbij aanvaard worden door de schuldige echtgenoot, m.a.w. de overspelige verhouding moet afgebroken worden. Als de echtbreuk in het geheim verder blijft lopen, kan de schuldige zich niet beroepen op deze grond van niet-ontvankelijkheid (Corr. Kortrijk, 26 april 1957, R.W. 1957-'58, 908)).

4.4. Zoals in 2.3.1. reeds werd vermeld is de eigen echtbreuk van de klager geen grond van niet-ontvankelijkheid evenmin als het medewerken van de klager aan de echtbreuk van zijn echtgenoot. Men mag dus het beledigend karakter (art. 390 Sw.) van het misdrijf niet a priori als vereiste vooropstellen. De rechtspraak, die hieromtrent een vermoeden van belediging heeft gecreëerd (cfr. supra) is stevig gevestigd (Cass., 25 november 1975, Pas., 1976, I., 385; Cass., 5 november 1973, Pas., 1974, I, 248). De echtbreker kan dus bijgevolg uit de daden van zijn partner geen rechtvaardigings- of verschoningsgrond putten (Antwerpen, 24 december, R.W. 1978-79, 45 en noot). Het gedrag van de klager kan echter wel een verzachtende omstandigheid zijn voor de schuldige echtgenoot (Gent, 10 januari 1953, R.W., 1953-54, 375). Bron van verwarring is dat men onvoldoende onderscheid maakt tussen de vereisten

voor de ontvankelijkheid van de publieke vordering en de vereisten voor de gegrondheid van de burgerlijke vordering. Zo ook wanneer men rechtsmisbruik in hoofde van de klager inroept als grond van niet-ontvankelijkheid. Alleen de vaststelling dat de klagende echtgenoot een onrechtmatig doel nastreeft met zijn klacht kan de rechter doen besluiten dat de volgehouden wil om de veroordeling van de beklagde te bekomen niet aanwezig is en dat de klacht dientengevolge onontvankelijk moet worden verklaard (Contra: Luik, 27 juni 1959, Pas., 1960, II, 147).

5. Verval van de strafvordering

5.1. De publieke vordering wordt gestuit wanneer tijdens de uitoefening ervan een grond van niet-ontvankelijkheid van de klacht aanwezig blijkt. Maar dit betekent eveneens dat deze vordering vervalt ten gevolge van de intrekking van de klacht. Art. 2, 2° lid vooraf. titel Sv. bepaalt dat dit mogelijk is in elke stand van het geding (Cass., 5 februari 1973, Pas., 1973, I, 536 en 537). Het afzien van vervolging en veroordeling kan uitdrukkelijk of stilzwijgend geschieden. In dit laatste geval spreekt men dan veeleer van verzoening. De gevolgen zijn dezelfde: de echtbreuk wordt geacht nooit te zijn bedreven en de strafvervolging vervalt (cfr supra 4.3.). (Cass., 5 juli 1954, Pas., 1954, I, 961). De motieven die de klager ertoe brachten zijn klacht in te trekken, hebben geen invloed op de gevolgen van de intrekking: er hoeft dus geen verzoening te zijn. De afstand van de klacht is aan geen vormvoorschriften onderhevig. Vermits echter het recht van klachtafstand de tegenhanger is van het klachtrecht zelf, zal in de praktijk vaak gehandeld worden zoals voor de bevestiging van de klacht, te meer omdat ook hier duidelijk het ondubbelzinnig voornemen en de hoedanigheid, van degene die de klacht intrekt, zal moeten blijken. Alhoewel: bevestiging is hier principieel achteraf niet vereist (Brussel, 8 maart 1968, R.W., 1967-68, 1871). De feitenrechter zal ook hier weer soeverein moeten oordelen (Cass., 23 september 1957, Pas., 1958, I, 26). Noch intrekking van de klacht, noch de verzoening na de klacht worden vermoed; eens bewezen dan zal de rechter ze ambtshalve opwerpen als grond van verval van de strafvordering (Cass., 12 april 1954, Pas., 1954, I, 704). De intrekking van de klacht kan aan een voorwaarde gebonden zijn, zij heeft dan slechts uitwerking vanaf de vervulling van deze voorwaarde. Deze voorwaarde zal in ieder geval van bij het begin duidelijk moeten bedongen zijn en kan niet naderhand afgeleid worden uit feitelijke omstandigheden (Brussel, 1 april 1908, Rev. Dr. pén., 1908, 570, met noot). De verzoening of stilzwijgende intrekking kan echter niet aan een voorwaarde gebonden zijn.

Een poging tot verzoening is echter wel mogelijk, maar de klacht blijft hier gehandhaafd tot deze poging overgaat in een voltrokken verzoening. Hierover beslist de rechter soeverein (Brussel, 15 februari 1958, Pas., 1958, II, 169). De intrekking - expliciet of impliciet - is onherroepelijk, (Rk. Brugge, 31 oktober 1967, R.W., 1967-68, 600 en noot) maar een

klachtafstand die de schuldige echtgenoot ten gevolge van bedrieglijke handelingen bekomt is onbestaande (*Fraus omnia corrumpit*). Wil men nu de publieke vordering opnieuw doen herleven, dan moeten er zich na de klachtafstand nieuwe feiten hebben voorgedaan waarop dan een nieuwe klacht kan worden gebaseerd. Een nieuwe klacht kan slechts nieuwe feiten betreffen. De klachtafstand dekt m.a.w. alle voorafgaande feiten. Deze visie werd wel eens betwist in rechtspraak en doctrine (Brussel, 29 juli 1886, J.T., 1124, Aarlen, 20 oktober 1937, Pas., 1939, III, 3 met noot). De klacht kan in elke stand van het geding worden ingetrokken, zelfs in Cassatie (Cass., 2 maart 1959, Pas., 1959, I, 658). De rechtbank is in ieder geval verplicht uitspraak te doen: zij heeft immers de appreciatiebevoegdheid over de rechtsgeldigheid van de intrekking en zij zal dan ook het verval van de publieke vordering moeten vaststellen (Luik, 27 oktober 1938, Rev. Dr. pén. 1939, 455).

Het afzien van de burgerlijke partijstelling (cfr. supra 3.3.) betekent zoveel als een uitdrukkelijke intrekking van de klacht; nochtans kan de burgerlijke partij zich als partij uit het geding terugtrekken, maar op strafrechtelijk gebied haar klacht handhaven (art. 5 voorafg. titel Sv.). De art. 66 en 67 Sv. zijn toepasselijk en elke afstand moet dan ook betekend worden aan het O.M. (Cass., 16 oktober 1911, Pas., 1911, I, 515).

5.2. Andere oorzaken van het verval van de strafvordering zijn zowel het overlijden van de klager (Cass., 5 februari 1973, Pas., 1973, I, 536-537), als het overlijden van de verdachte. De verdwijning van de klager is een verwante hypothese: een enig vonnis besliste dat de bewijslast van de niet-handhaving van de klacht dan berust bij de beschuldigde echtgenoot (Corr. Brussel, 7 mei 1877, Pas., 1877, III, 231).

6. Het bewijs van overspel

6.1. Alle bewijsmiddelen van gemeen recht kunnen aangewend worden (Cass., 7 mei 1962, Pas., 1962, I, 998; Cass., 23 maart 1976, Pas., 1976, I, 815). Zo zijn o.m. toegelaten: getuigenissen, waarbij het niet noodzakelijk is dat de getuige de feiten de visu heeft vastgesteld. Het volstaat dat hij over een geheel van feitelijke gegevens kan getuigen, die samen het sterk vermoeden van echtbreuk doen rijzen. De enkele innige overtuiging van de getuige volstaat niet (Luik, 14 juli 1947, Pas., 1947, II, 50). Hier moet wel rekening gehouden worden met art. 156, 189 Sv., waarin, weliswaar niet op straffe van nietigheid, het verbod wordt gesteld om bloedverwanten te horen voor strafrechtbanken. Ernstige, nauwkeurige en overeenstemmende vermoedens zijn wel het vaakst ingeroepen bewijs van geslachtsbetrekkingen (Cass., 24 juni 1957, Pas., I, 1279; Cass., 17 december 1973, Pas., 1974, I, 410). De rechter oordeelt soeverein.

Ook bekentenissen kunnen als bewijs gelden (Cass., 13 januari 1964, Pas., I, 509). De rechter oordeelt ook hier vrij over de waarde ervan. Hij zal rekening moeten houden met het gevaar voor overleg tussen de echtgenoten; daarom zullen zij meestal slechts als bewijs aangenomen wor-

den, wanneer andere gegevens uit het onderzoek ieder vermoeden van collusie tussen de echtgenoten uitsluiten (Cass., 7 mei 1962, Pas., 1962, I, 998).

Andere bewijsmiddelen, althans tegen de overspelige vrouw, kunnen zijn: een burgerlijk vonnis dat een kind overspelig verklaart (Luik, 25 maart 1959, Pas., 1960, II, 57 in de motieven); evenals de bevalling of de zwangerschap, wanneer de echtgenoot bewijzen kan dat hij gedurende de conceptieperiode geen betrekkingen kon hebben (Cass., 19 maart 1962, Pas., 1962, I, 799; Brussel, 29 oktober 1975, Rev. Dr. fam., 1978, 163). Laten we hier echter wel opmerken dat het overspel geen grond is om het vaderschap te ontkennen (cfr. 8.2.).

Briefwisseling, die niet op strafbare wijze werd bekomen, kan eveneens als bewijs worden aangenomen. Een ander mogelijk bijkomstig bewijsmiddel zijn de op band opgenomen gesprekken, voor zover zij bekentnissen bevatten. Ook hier zullen zij niet weerhouden worden, wanneer zij in het bezit van de klager zijn gekomen door een strafbare handeling (Cass., 29 oktober 1962, Pas., 1963, I, 272). De rechter zal in ieder geval door middel van andere gegevens van de zaak de overtuiging moeten opdoen, dat het opgenomen gesprek wel degelijk van de beklaagde afkomstig is en dat er niet met de bandopname geknoeid werd. Het gesprek kan steeds ten titel van vermoeden worden aangewend (Cass., 24 november 1961, Pas., 1962, I, 367).

6.2. De betrapping op heterdaad, vroeger zo belangrijk voor het bewijs van de medeplichtigheid (vroeger art. 388, 2° lid), heeft veel van haar belang verloren, maar kan nog steeds beschouwd worden als een afdoend bewijsmiddel tegen wie zij wordt gehanteerd, vermits zij, inzake overspel, veruit het enige bewijs vormt dat niet gesteund is op vermoedens. De betrapping moet echter op haar beurt bewezen worden en vermits over het bewijs van dit feit geen wettelijke bepalingen bestaan, zijn ook hier alle bewijsmiddelen van gemeen recht toelaatbaar. De vaststelling wordt meestal gedaan door een officier van de gerechtelijke politie als een gevolg van de uitvoering van een bevel tot huiszoeking (cfr. infra 6.2.1.), maar de overspelige kan ook door andere personen worden gezien, inzonderheid door de beledigde echtgeno(o)t(e), in omstandigheden die gissingen overbodig maken over hetgeen gebeurd is. Het getuigenis van die personen zal dan de vaststelling bewijzen (Cass., 26 juni 1939, Pas., 1939, I, 329). Wanneer politiemensen ter gelegenheid van de betrapping op heterdaad van een ander misdrijf toevallig het plegen van echtbreuk vaststellen, dan zijn deze vaststellingen volledig legaal gebeurd en kunnen zij dienstig zijn in een vervolging wegens overspel (zie supra 3.2.1.). Weliswaar wordt vereist dat de gehanteerde bewijsmiddelen hier niet in strijd mogen zijn met de algemene rechtsbeginselen, het respect voor de menselijke persoon en de rechten van de verdediging. Vanuit dit oogpunt moeten dan ook alle procedures die gebaseerd zijn op list en sluwheid worden verworpen (Corr. Nijvel, 7 januari 1976, J.T., 1976, 191).

6.2.1. De artikelen 32 Sv. e.v. kunnen geen toepassing vinden inzake inbreuken tegen de echtelijke trouw, vermits zij, naar algemeen wordt aanvaard, alleen toepasselijk zijn bij ontdekking op heterdaad van een misdaad of van een nog niet duidelijk omschreven misdrijf. Ook is het zo dat wanneer een wanbedrijf van echtbreuk op heterdaad wordt betrap en kan vastgesteld worden, er dan geen verdere huiszoeking nodig is. Maar wanneer een misdrijf wordt vastgesteld op verzoek van de heer des huizes, dan staat dit gelijk met een op heterdaad vastgesteld misdrijf. Art. 46 Sv. bepaalt immers duidelijk dat de speciale bevoegdheden van de Procureur des Konings in dergelijke hypothese, ook ingeval van wanbedrijf - in casu echtbreuk - gelden. Wat dit laatste betreft heeft elke echtgenoot het recht huiszoeking te vorderen in de echtelijke verblijfplaats zonder dat de toestemming van de andere echtgenoot vereist is (Cass., 29 oktober 1962, R.W., 1962-63, 1771; Cass., 13 januari 1964, Pas., 1964, I, 509). Maar indien de klager vraagt de echtbreuk vast te stellen in een woning van een derde, dan zal dus duidelijk de toestemming moeten worden gevraagd aan de heer des huizes waar de huiszoeking moet uitgevoerd worden (Cass., 8 maart 1954, Pas., 1954, I, 589). Grotere moeilijkheden, eigenlijk een kwestie van feitelijke omstandigheden, rijzen er bij het doorzoeken van hotelkamers. In ieder geval zal de toestemming van de hotelhouder steeds mede vereist zijn, omdat de te doorzoeken kamer deel uitmaakt van zijn inrichting (Cass., 27 mei 1946, Pas., 1946, I, 217). Op de vraag of de personen die de kamer betrekken eveneens hun toestemming moeten verlenen, wordt een onderscheid gemaakt tussen kamers waarin de huurders een soort - huisrecht - genieten en kamers waar dit helemaal niet beoogd werd (Cass., 29 april 1957, Pas., 1957, I, 1030). In de eerste soort kamers is, bij ontstentenis van een gerechtelijk huiszoekingsbevel, de toestemming van de 'bewoner' vereist, in de andere vanzelfsprekend niet.

6.2.2. Op te merken valt dat ontdekking op heterdaad van overspel een strafverminderende verschoningsgrond uitmaakt indien de misdaad of het wanbedrijf van doodslag of van verwondingen en slagen door een van de echtgenoten gepleegd wordt op de andere echtgenoot en/of zijn medeplichtige bij de betrapping op echtbreuk (art. 413 Sw.) (K.I.Bergen., 20 juli en 24 juli 1979, J.T., 1979, 610).

6.3. De bewijslast berust ook hier op het openbaar ministerie. Vermits het bewijs van de geslachtsgemeenschap vaak uitsluitend uit vermoedens zal bestaan, zal hij volstaan met de ernst, de nauwkeurigheid en de onderlinge overeenstemming van de vermoedens te bewijzen.

7. De bestraffing

De echtgenoot die schuldig wordt bevonden aan overspel, wordt veroordeeld tot een geldboete van 26 tot 100 frank (art. 387 Sw.). De artikelen i.v.m. de deelneming zijn niet toepasselijk op dit wanbedrijf: de medeplichtige is dus niet strafbaar.

Art. 85 Sw. op de verzachtende omstandigheden is wel van toepassing. De benadeelde echtgenoot bezit geen genaderecht. De echtbreuk door een Belg in het buitenland gepleegd kan in België worden vervolgd, indien zij ook strafbaar is gesteld door de wet van het land, waar het is gepleegd (art. 7 § 1, voorafg. titel Sv.). (K.I. Antwerpen, 11 april 1978, R.W., 1978-79, 1658). De klacht van de benadeelde echtgenoot is steeds vereist, ook al is dit niet het geval in het vreemde land, en ook al is deze benadeelde echtgenoot een vreemdeling. De verdachte zal bovendien in België moeten aangetroffen worden. Overspel is immers geen uitleveringsgrond.

8. Burgerlijke partijstelling en andere burgerlijke gevolgen

8.1. In 3.3. werd er reeds op gewezen dat de publieke vordering en de burgerlijke eis tot schadevergoeding voor de strafrechtbanken twee verschillende vorderingen uitmaken, ook wanneer de burgerlijke partijstelling voor de onderzoeksrechter tot gevolg heeft dat de publieke vordering in werking wordt gesteld.

Zo kan de burgerlijke partijstelling geschieden, gelijktijdig met de klacht (art. 63 Sv.) voor de raadkamer of ter zitting van de correctionele rechtbank (art. 66 Sv.). De ontvankelijkheid van de vordering kan alleen door het vonnisgerecht worden onderzocht, waarbij naast de vereiste van een misdrijf van overspel en de door de eiser geleden schade, ook een oorzakelijk verband tussen misdrijf en schade moet aanwezig zijn. Nadeel hiervan is dat over de burgerlijke vordering niet kan beslist worden, indien de echtbreuk niet strafbaar is. Daarom kan het voordeliger zijn, de burgerlijke vordering in te leiden voor de burgerlijke rechtbank, waar immers een vordering tot schadevergoeding kan worden ingesteld, onafhankelijk van de strafrechtelijke vervolgbaarheid van het overspel. In principe is iedereen die schade heeft geleden door de echtbreuk gerechtigd om zich burgerlijke partij te stellen (art. 3, voorafg. titel Sv.), maar in de praktijk zal het voor anderen dan de echtgenoot zeer moeilijk zijn om het oorzakelijk verband tussen echtbreuk en het beweerde nadeel dat er voor hen uit voortspruit te bewijzen. In feite zal het dan alleen de echtgenoot zijn, wiens burgerlijke vordering ontvankelijk zal verklaard worden, te meer daar er in het strafproces, niet in het civiele, wordt uitgegaan van het vermoeden dat de klagende echtgenoot beledigd werd (cfr. supra 2.3.1.) (art. 390 Sv.) (Cass., 28 januari 1963, Pas., 1963, I, 609). Wat de bekwaamheid betreft om zich burgerlijke partij te stellen gelden de gewone regelen (cfr. supra 4.2.). De burgerlijke vordering ingesteld bij monde van een (toeziende) voogd voor rekening van de krankzinnige echtgenoot is hier wel ontvankelijk, vermits schadevergoeding eisen wel binnen de bevoegdheid van de voogd ligt; dit in tegenstelling tot het indienen van een klacht, waar het om de uitoefening van een moreel recht gaat dat buiten het strikte kader van het beheer van de goederen van de krankzinnige ligt. De onder gerechtelijk raadsman gestelden, die zonder bijstand klacht kan indienen, heeft echter wel de bijstand van zijn raadsman nodig om rechts-

gedingen te voeren (Cass., 13 mei 1952, R. W., 1952-53, 834). Op de vraag of aan de echtgenoot die het overspel van zijn partner heeft uitgelokt of bevorderd schadevergoeding moet geweigerd worden, mag niet absoluut worden geantwoord (cfr. supra 4.4.). Zo heeft het Hof van Cassatie beslist dat, zelfs wanneer de eiser, gezien de omstandigheden, het overspel van zijn echtgenoot niet als beledigend kan beschouwen, de rechter toch kan van oordeel zijn dat, door het moreel belang van iedere echtgenoot bij de naleving door de andere van de plicht tot getrouwheid, het wanbedrijf aan de man een zeker en actueel nadeel heeft berokkend, voortvloeiend uit b.v. het verlies van een kans op verzoening (Cass., 8 december 1958, Pas., 1959, I, 354). De feitenrechter zal hier dus wel rekening houden met het eigen slecht gedrag van de burgerlijke partij (zie supra 2.3.1.) om de krenking van een moreel belang af te wegen. Op grond van art. 1382 B. W. kan iedere schade worden vergoed, dus ook de extrapatrimoniale of morele schade. Zo is het voldoende dat gelijk welke materiële schade voortvloeit uit een strafbaar feit, in die zin dat zonder het strafbaar feit de schade niet zou zijn ontstaan. De schade moet dus niet voortvloeien uit een bestanddeel van het misdrijf; een oorzakelijk verband volstaat (Cass., 15 maart 1965, Pas., 1965, I, 733). Het is immers haast onmogelijk te bewijzen, dat de materiële schade noodzakelijk door de echtbreuk veroorzaakt werd. De toe te kennen schadeloosstelling geldt dus meestal extrapatrimoniale schade; evenwel zal de burgerlijke partij ook deze schade moeten bewijzen. In de praktijk bestaat er echter een vermoeden iuris tantum van benadeling wegens echtbreuk (zie supra 2.3.1.); daarom zal vaak de verdachte pogen te bewijzen dat er in feite geen benadeling veroorzaakt werd (Brussel, 21 juni 1958, R. W., 1958-59, 453). De begroting van de schadevergoeding wegens krenking van een moreel belang geschiedt op één frank.

8.2. De man kan op grond van overspel van de vrouw het kind slechts ontkennen indien de geboorte voor hem verborgen werd gehouden (art. 313 B. W.) (Cass., 7 juli 1881, Pas., I, 344).

8.3. De ernstigste civiele sanctie is de mogelijkheid voor de echtgenoot om echtscheiding te vorderen op grond van overspel door de andere echtgenoot gepleegd (art. 229 B. W.), evenals scheiding van tafel en bed (art. 1305, 1^o lid, Ger. W.), alhoewel het huwelijk hier blijft bestaan.

III. REFLEXIE

Overspel en het strafrecht

Sinds de wet van 28 oktober 1974 werd er een lovenswaardige stap voorwaarts gezet in de zin van een algemene gelijke behandeling van man en vrouw en meer bepaald i.v.m. van overspel zowel t.o.v. het strafrecht

als t.o.v. het burgerlijk recht, nl. als grond tot echtscheiding. Deze wet heeft o.a. de verdienste tegemoet gekomen te zijn aan de verzuchtingen die sinds lang leefden onder de publieke opinie, maar ook onder de rechtsgeleerden die de vroegere motivatie voor de discriminatoire behandeling van man en vrouw terzake niet langer konden omschrijven als verenigbaar met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (art. 14) en evenmin met de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (art. 16).

We stellen ons nu echter de vraag of deze wet niet tevens vele juristen met een onbevredigend gevoel achterlaat, doordat de wetgever in zijn reformerend opzet halverwege is blijven steken.

Immers, wenselijk ware het geweest dat hij een verdere stap had gezet in de richting van een algemene depenalisering inzake overspel en dus niet alleen inzake de medeplichtigheid eraan. De Belgische wetgever heeft hier o.i. jammer genoeg niet de abolitionistische tendens gevolgd die in onze nabuurlanden destijds opgang maakte; meer in het bijzonder: in West-Duitsland (1969), Nederland (1971), Luxemburg (1974), Frankrijk (1975), die allen het misdrijf van overspel uit hun nationale strafdodes schraptten. In Groot-Brittannië werd overspel daarenboven nooit als een misdrijf aanzien.

Waarom werd overspel als misdrijf gehandhaafd door de wet van 29 oktober 1974? Uit de voorbereidende werken, zowel in Kamer als Senaat (1), blijkt dat de enige reden waarom een strafsancie diende behouden te blijven, het feit was om aan de onschuldige echtgenoot gemakkelijker bewijzen te verschaffen in een echtscheidingsprocedure. Is dit de taak van het strafrecht?

Deze visie kan o.i. ook blijken uit de karikaturale geldboete die als sanctie werd weerhouden; als preventie-maatregel lijkt ons dit immers geenszins effectief te kunnen zijn. De zeldzame stemmen die in beide kamers opgingen om overspel te depenaliseren waren grotendeels ingegeven door de vaststelling dat de voorgestelde sanctie (oorspronkelijk voorstel: gevangenisstraf van 1 maand tot 1 jaar), slechts een karikatuur was van de straffen die tot dan toe werden gehanteerd (nl. gevangenisstraf van 3 maand tot 2 jaar voor de vrouw en van 1 maand tot 1 jaar voor de man), en dat dientengevolge het nut en de efficaciteit ervan diende in twijfel getrokken te worden. Voorheen was er nog een voorstel van senator M. Bascour van 5 februari 1969 (2) in dezelfde zin. Toch bleven deze abolitionistische pogingen marginaal. Het feit dat onze wetgever zo timide te werk ging, en bv. niet de visie van senator Pierson voorstond, die zei 'Je ne vois pas très bien ce que les tribunaux correctionnels viennent faire ici. Le divorce - ou d'autres sanctions civiles - peuvent suffire pour régler ces situations sans qu'il soit nécessaire de mettre en branle les parquets des

(1) *Parl. St. Kamer*, Zitting 1970-1971, nr. 661

(2) *Parl. St. Senaat*, Buitengewone Zitting 1974, nr. 241.

(3) *Parl. St. Senaat*, Zitting 1968-1969, nr. 178.

procureurs du Roi...' (3), maar eerder de mening was toegedaan dat het 'de taak van de wetgever was en is om de rechten van het gezin te beschermen' (4), lijkt ons erg onbegrijpelijk, te meer daar reeds vroeger in 1964 het 9^o strafrechtscongres in Den Haag (23 tot 30 augustus 1964) de bondige resolutie had aangenomen dat 'Het overspel niet strafbaar mag gesteld worden' (5).

Zoals hoger vermeld, werd in Luxemburg door de wet van 11 november 1974 overspel uit het strafwetboek gebannen. Het is bijzonder interessant de beweegredenen van deze wetgever om een 'répression anachronique' uit de weg te ruimen, na te gaan.

Aanvankelijk was men in Luxemburg ook vertrokken met de loutere bedoeling om de discriminatoire situatie t.a.v. de vrouw weg te werken op strafrechtelijk gebied inzake overspel, maar al vlug kwam men er tot de volgende gedachte: 'Le mariage ne doit pas entraîner une mise en esclavage et (...) ne saurait enlever aux époux le droit fondamental de disposer librement de leurs corps.

Le violation de la foi conjugale, comme toute autre violation contractuelle, ne saurait avoir que des *sanctions civiles* (...).

Le respect des droits fondamentaux de l'homme, qui comprennent le droit à son intimité et le droit de disposer de son corps, doit condamner toute immixtion de la justice pénale dans sa vie privée' (6). Dit is voorwaar eens te nuanceren stellingname: het gevaar bestaat aldus dat men het huwelijk als een eenvoudig contract aanziet; integendeel, het huwelijk ontnemt immers aan de echtgenoten het recht om vrijelijk over hun lichaam te beschikken en legt hen m.a.w. een getrouwheidsplicht op (art. 212 B.W.). Wel is het zo dat de zending van de strafrechtsmachten hier terzake van haar doel is afgewend. Immers de beteugeling van het overspel is in principe essentieel bedoeld om de cohesie binnen de 'familie' te bewaren en om elke aantasting van de openbare zedelijkheid tegen te gaan; maar wat zien we? Afgezien van het feit dat vaak 'louter uit wraakgevoelens' klacht wordt ingediend tegen een echtgenoot die het echtelijk samenleven heeft gestaakt, wordt bijna steeds de publieke vordering aan het rollen gebracht, al dan niet met collusie tussen de echtgenoten, om een gemakkelijk bewijs te bekomen in een procedure tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed. De strafsancie is namelijk zoals we zagen haast herleid tot een symbolische geldboete die verre van indrukwekkend is. De strafvordering wordt m.a.w. meestal ingespannen in gevallen waar de echtelijke band reeds vroeger definitief stuk is gesprongen. Aldus verle-

(3) *Parl. Hand. Senaat*, Zitting van 17 oktober 1974, nr. 4, 82.

(4) Aldus: verslag namens de commissie voor de Justitie in de Kamer van Volksvertegenwoordigers (voetnoot 1)

(5) *Rev. int. Dr. pén.*, 1964, 1128.

(6) *Doc. parl.*, Chambre des députés (1973-1974), n^o 1809, pp. 3 en 4.

nen de strafrechtbanken hun medewerking aan een hele procedure die voorafgaat aan de echtscheiding, dat toch een civielrechtelijke problematiek is!

Wat meer is, de penale sanctie draagt niet bij tot grotere cohesie in het huwelijk; integendeel zij verergert de situatie volkomen en maakt iedere kans op verzoening totaal onmogelijk. Zwijgen we dan nog over de relatie ouders-kinderen, die er niet op verbeterd. Ons inziens moet er trouwens eerder 'curatief' in het belang van de kinderen - zo er zijn - gehandeld worden dan repressief in het belang van niemand. Het algemeen belang? Het strafrecht dat zeker geen louter hulprecht is ter sanctionering van andere rechtstakken, heeft voorzeker algemene sociale waarden te beschermen, maar in het geval van overspel, sanctioneert de strafwet eerder een private belediging dan de zgn. aanslag op de instelling van het huwelijk. Het gaat hier dan eerder om een privédelikt! Dit werd reeds ingezien door Monseignat bij de goedkeuring van de Code Pénal van 1810 (7). De Luxemburgse wetgever zei hierover: 'Le droit pénal n'est destiné qu'à protéger les intérêts fondamentaux de la société mettant en cause sa cohésion et son organisation (...). Quelque regrettable que soit l'adultère sur le plan moral, il n'attente pas aux impératifs de la vie en commun (...). L'Etat ne saurait mettre son appareil répressif au service d'une certaine conception morale' (8). Toegegeven, overspel maakt inderdaad inbreuk op onze morele principes maar over het probleem van de grenzen van ons strafrecht schrijft professor Paul Cornil treffend: 'Nos conceptions morales, philosophiques et religieuses ne peuvent être l'objet d'une interdiction pénale que dans la mesure où elles constituent un danger ou une gêne sévère pour l'ordre social. En deçà de cette limite, chacun est libre de vivre comme il l'entend, dans le cadre d'un groupe social qui partage ses idées' (9).

Al deze overwegingen, die door de Luxemburgse wetgever werden gemaakt en waarbij we ons grotendeels kunnen aansluiten, gekoppeld aan de vaststelling dat statistisch gezien (10), de publieke opinie sterk verdeeld is over de noodzaak van de penale bestraffing van overspel (ofschoon een vrij grote meerderheid de echtbreuk moreel afkeurt), brengen ons ertoe te pleiten voor de verdwijning ervan uit ons strafwetboek, te meer daar wij ervan overtuigd zijn dat de mogelijkheid tot echtscheiding (art.229 B.W.) een voldoende sanctie vormt tegen de overspelige. Alleen dienen dan de nodige 'aanpassingen' in ons echtscheidingsrecht te worden aangebracht en meer bepaald inzake het bewijs van overspel. Dit mag echter geen

(7) LOCRE, T.XV, p. 457: 'L'adultère est moins un délit contre la société que contre l'époux qu'il blesse dans son amour-propre, sa propriété et son amour'.

(8) *Doc. parl.*, nr. 1809, p.3

(9) P. CORNIL, *Les frontières de la répression*, 1974, 1, 21 en 22.

(10) cfr. statistische gegevens vermeld in VILAIN, F., *Vers une dépenalisation...*, *Rev. Dr. pén.*, 1974-75, 390.

onoverkomelijke hinderpaal vormen: Kijken we maar naar de echtscheidingsregeling die sinds de wet van 11 juli 1975 in Frankrijk werd uitgewerkt, waardoor zowel het misdrijf als de verschoningsgrond uit de code pénal werden gebannen (11). Terloops weze dan ook gezegd, dat het ook bij ons zeker eens de moeite zou lonen om na te gaan welke dan, na de depenalisering van het overspel, nog de zinvolle betekenis ervan zou kunnen zijn als strafverminderde verschoningsgrond (art. 413 Sw.). Ons inziens verdient ook hier het Franse voorbeeld navolging. Betrapping op heterdaad van overspel kan immers nooit het plegen van doodslag op de partner, en zeker niet op de 'medeplichtige', excuseren. De hartstochtelijke woede die de echtgenoot tot deze daad dreef, mag hoogstens een verzachtende omstandigheid uitmaken. Aldus wordt de rechter niet meer verplicht te pas en te onpas de verschoningsgrond in casu aan te wenden en wordt hem de mogelijkheid geboden vrij te oordelen of er in een concreet geval niet eerder sprake is van premeditatie in hoofde van de dader. Deze oplossing lijkt ons terzake, zoals ook de Franse wetgever schijnt te hebben ingezien, veel meer garanties te bieden op een rechtvaardiger rechtsbedeling. Wat dit laatste dan ook moge betekenen!?

Tot slot zouden we ons willen aansluiten bij de bewering dat de toekomst van het misdrijf van overspel ligt in zijn verdwijning (12).

Ook al betekende de wet van 28 oktober 1974 een gemiste kans, toch mogen we hopen dat bij de hervorming van het strafwetboek dit 'misdrijf', de aandacht krijgt die het verdient, al was het maar in het kader van een doordacht ontlasting van de overbelaste parketten. Aldus zal dan opnieuw een stap kunnen gezet worden naar een verdere 'subsidiarisering' van het strafrecht, niet alleen inzake doelmatigheid maar evenzeer inzake rechtvaardigheid ervan.

(11) GROSLIERE, J.C., *La réforme du Divorce*, Paris 1976.

(12) FLATEAU, SHUSTER, *Le passé et l'avenir du délit d'adultère.*, *Rev. Int. Dr. pén.*, 1967, 387 tot 414.