



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 53.396/3
van 28 juni 2013

avis 53.396/3
du 28 juin 2013

over

sur

een voorontwerp van wet 'met
betrekking tot de rechtspleging
in cassatie in strafzaken'

un avant-projet loi 'relative à la
procédure en cassation en
matière pénale'

Op 22 mei 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 1 juli 2013, een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘met betrekking tot de rechtspleging in cassatie in strafzaken’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 18 juni 2013. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Bruno SEUTIN, staatsraden, Jan VELAERS en Lieven DENYS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Wouter PAS, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jan SMETS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 28 juni 2013.

*

Le 22 mai 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogée jusqu'au 1^{er} juillet 2013, sur un avant-projet loi ‘relative à la procédure en cassation en matière pénale’.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 18 juin 2013. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Bruno SEUTIN, conseillers d'État, Jan VELAERS et Lieven DENYS, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Wouter PAS, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jan SMETS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 28 juin 2013.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot het aanbrengen van een aantal aanpassingen in de procedureregels voor het Hof van Cassatie in strafzaken.

Vooreerst worden een aantal bestaande bepalingen uit het Wetboek van Strafvordering herschreven of herschikt.

Voorts worden nieuwe regels ingevoerd die ertoe strekken het aantal cassatieberoepen in strafzaken te verminderen. Zo wordt de tussenkomst van een advocaat die houder is van een getuigschrift van een opleiding in cassatieprocedures verplicht bij het neerleggen van de verklaring van cassatieberoep en de memories.

Ten slotte bevat het ontwerp nieuwe bepalingen betreffende de verplichting het cassatieberoep te betekenen aan de tegenpartij, de verplichting om de memorie neer te leggen op de griffie van het Hof van Cassatie, regels inzake de termijnen, vormvoorschriften voor het indienen van de verklaring van cassatieberoep en de memories, en regels inzake het verloop van de rechtspleging.

VORMVEREISTEN

3.1. In het aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, voorgelegde dossier is een document opgenomen (“DOEB-vrijstellingsformulier (formulier A) Maatregel behoort tot vrijstellingscategorie”) waarin wordt vooropgesteld dat het ontwerp is vrijgesteld van het verrichten van een voorafgaand onderzoek met betrekking tot de noodzaak om een effectbeoordeling te voeren inzake duurzame ontwikkeling als bedoeld bij de wet van 5 mei 1997 ‘betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling’ omdat “[h]et (...) op voorhand en met zekerheid [vaststaat] dat de impact van de maatregel op sociaal, economisch en/of leefmilieuvlak te verwaarlozen is” nu het gaat om een maatregel met een louter formeel karakter.²

In zoverre met dat laatste wordt verwezen naar de vrijstellingsgrond die is opgenomen in artikel 2, 4°, van het koninklijk besluit van 20 september 2012 ‘houdende uitvoering van artikel 19/1, § 1, tweede lid van hoofdstuk V/1 van de wet van 5 mei 1997

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de conformiteit met de hogere rechtsnormen verstaan.

² In de Franse versie van het genoemde formulier is nog een categorie “andere” aangekruist, zonder dat het evenwel duidelijk is welke andere vrijstellingsgrond wordt ingeroepen.

betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling', dient het volgende te worden opgemerkt.

In het verslag aan de Koning bij het genoemde besluit wordt die vrijstellingsgrond als volgt omschreven:

“Het vrijstellingstype, bedoeld in 4°, beoogt het vrijstellen van de akten die hoofdzakelijk volgende aangelegenheden regelen:

- de consolidatie of de coördinatie van regelgeving;
- de opheffing van overgangsbepalingen;
- de benoemingen, bevorderingen en ontslagen in de overheidssector;
- de tuchtstraffen ten aanzien van overheidspersoneel;
- de toekenning van eretekens.

In die zin betreft het voorgenomen regelgeving ‘die niet reglementair van aard is’.”

Uit deze toelichting blijkt dat de ontworpen regeling bezwaarlijk onder de genoemde vrijstellingscategorie kan vallen.

Daarnaast dient te worden opgemerkt dat het “op voorhand en met zekerheid vaststaan dat de impact van de maatregel op sociaal, economisch en/of leefmilieuvlak te verwaarlozen is”, geen grond tot vrijstelling is die is opgenomen in artikel 2 van het koninklijk besluit van 20 september 2012.³ Het voorafgaande onderzoek bedoeld in artikel 19/1, § 1, eerste lid, van de wet van 5 mei 1997 heeft overigens net tot doel het al dan niet voorhanden zijn van zulk een impact te beoordelen.

Nu ook geen andere vrijstellingsgrond lijkt te kunnen worden ingeroepen, is de conclusie dat wel degelijk een voorafgaand onderzoek moet worden verricht met betrekking tot de noodzaak om een effectbeoordeling inzake duurzame ontwikkeling te voeren.

3.2. In het *sub* 3.1 genoemde document is nog de volgende motivering opgenomen:

“Het wetsontwerp voorziet de hervorming van de rechtspleging in cassatie in strafzaken. Het gaat om wetswijzigingen die geen bijkomende financiële middelen vereisen en waarover geen fundamentele discussies nodig zijn, maar die integendeel maatregelen betreffen die leiden tot ‘quick wins’ in vertragende, onvolledige of omslachtige procedures, en die de justitie doeltreffender maken en de rechterlijke organisatie kunnen verbeteren. Het heeft geen negatief gevolg op de duurzame ontwikkeling.”⁴

³ De gehanteerde vrijstellingsformulieren dienen te worden aangepast in het licht van de in het koninklijk besluit van 20 september 2012 opgenomen vrijstellingsgronden.

⁴ Deze motivering is in grote mate gelijk aan de motivering die voorkomt in het dossier betreffende een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten en tot wijziging van artikel 76 van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de verbetering van de positie van het slachtoffer in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten’ (rolnummer 53.440/3), waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, heden eveneens advies verleent, al heeft dat ontwerp een geheel andere draagwijdte. In dat verband dient te worden opgemerkt dat het voorafgaande onderzoek met betrekking tot de noodzaak een

Voor zover men, in weerwil van het opschrift van het bezorgde formulier, gelet op de zo-even weergegeven motivering toch zou aannemen dat het formulier de conclusies bevat van een voorafgaand onderzoek naar de noodzaak van het verrichten van een effectbeoordeling inzake duurzame ontwikkeling, moet worden opgemerkt dat ermee niet wordt aangetoond dat het “op voorhand en met zekerheid” vaststaat dat de impact van het ontwerp op met name sociaal vlak te verwaarlozen is, mede gelet op het gegeven dat de ontworpen maatregelen een weerslag kunnen hebben op het recht op toegang tot de rechter en op de doeltreffende werking van de justitie. Voorts moet erop worden gewezen dat niet vereist is dat de voorgenomen regeling een negatief gevolg heeft op de duurzame ontwikkeling opdat een effectbeoordeling inzake duurzame ontwikkeling dient plaats te vinden.

3.3. De stellers van het ontwerp zullen er derhalve dienen voor te zorgen dat het bij de wet van 5 mei 1997 opgelegde vormvereiste op een correcte wijze wordt nageleefd. In dat verband dient eraan te worden herinnerd dat die naleving op grond van artikel 19/3, 1°, van die wet een voorwaarde is opdat een ontwerp van wet kan worden ingediend bij de wetgevende kamers.

Mochten uit het vervullen van het genoemde vormvereiste nog wijzigingen voortvloeien aan het ontwerp, dan dienen die wijzigingen te worden voorgelegd aan de Raad van State, afdeling Wetgeving.

ALGEMENE OPMERKING

4.1. De ontworpen artikelen 425 en 426 van het Wetboek van Strafvordering (artikelen 24 en 25 van het ontwerp) bepalen dat de verklaring tot voorziening in cassatie in strafzaken voortaan zal dienen te worden gedaan en ondertekend door een advocaat die houder moet zijn van een getuigschrift van een opleiding in cassatieprocedures als bedoeld bij boek II, titel III, van het Wetboek van Strafvordering. Het ontworpen artikel 429, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering (artikel 28 van het ontwerp) bepaalt daarenboven dat de eiser in cassatie zijn middelen slechts kan aanvoeren in een memorie die eveneens ondertekend dient te zijn door een advocaat die houder moet zijn van het hiervoor vermelde getuigschrift. Het ontworpen artikel 429, vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering (artikel 28 van het ontwerp) bepaalt ten slotte dat ook de verweerder in cassatie zijn antwoord slechts kan aanvoeren in een memorie die ondertekend is door een advocaat die houder is van dit getuigschrift.

4.2.1. Bij artikel 6, lid 3, c), van het Europees Verdrag over de rechten van de mens (hierna: EVRM) wordt aan eenieder die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd het recht toegekend “zichzelf te verdedigen of de bijstand te hebben van een raadsman naar zijn keuze”.

Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat met deze bepaling aan de beklaagde een doeltreffende juridische bijstand in strafzaken wordt

gewaarborgd, doch niet het recht wordt verleend om zelf te beslissen hoe zijn verdediging moet worden gevoerd. De beslissing welke van de twee alternatieven vervat in artikel 6, lid 3, c), van het EVRM moet worden gekozen – het recht van de beklaagde om zichzelf te verdedigen of het recht te worden bijgestaan door een advocaat naar keuze, of in sommige omstandigheden aangewezen door het rechtscollege – is afhankelijk van de toepasselijke wetgeving.⁵

Het recht van de beklaagde om zichzelf te verdedigen of om zich te laten bijstaan door een advocaat naar zijn keuze, is in beginsel gewaarborgd, maar is niet absoluut. Het kan worden beperkt omwille van een relevante en voldoende reden in het belang van de goede rechtsbedeling. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens laat de staten hierbij een “nationale beoordelingsmarge”.⁶

Artikel 6, lid 3, c), van het EVRM is van toepassing op procedures in cassatie. De wijze waarop het op cassatieprocedures wordt toegepast, is afhankelijk van de bijzondere kenmerken van deze procedures. In zijn arrest van 26 juli 2002 in de zaak *Meftah v. Frankrijk*,⁷ diende het Europees Hof voor de Rechten van de Mens onder meer te oordelen over het monopolie van de advocaten bij het Hof van Cassatie (“les avocats aux Conseils”) om in strafzaken voor het Hof van Cassatie mondeling het woord te voeren.

In het arrest komen de volgende overwegingen voor:

“§ 41. (...) La manière dont l'article 6 § 1 s'applique dépend toutefois des particularités de la procédure en cause. Il faut prendre en compte l'ensemble du procès mené dans l'ordre juridique interne et le rôle qu'y a joué la Cour de cassation. Vu la spécificité du rôle joué par celle-ci, son contrôle étant limité au respect du droit, un formalisme plus grand peut être admis à cet égard (arrêts *Levages Prestations Services c. France*, 23 octobre 1996, Recueil 1996-V, pp. 1544-1545, §§ 45-48, K.D.B. c. Pays-Bas, 27 mars 1998, Recueil 1998-II, p. 630, § 38, et *Brualla Gómez de la Torre* précité, p. 2956, § 37).

(...)

§ 45. Certes, MM. Adoud et Bosoni entendent surtout contester le monopole dont bénéficient les avocats aux Conseils, tandis que le Gouvernement considère que ce monopole est justifié par les spécificités de la procédure en cause

La Cour rappelle que le droit pour tout accusé à l'assistance d'un défenseur de son choix (voir, notamment, l'arrêt *Pakelli c. Allemagne* du 25 avril 1983, série A n° 64, p. 15, § 31) ne saurait avoir un caractère absolu et que, partant, les juridictions nationales peuvent passer outre s'il existe des motifs pertinents et suffisants de juger que les intérêts de la justice le commandent (arrêt *Croissant* précité, p. 33, § 29).

Par ailleurs, il convient de prendre en considération la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998, ainsi que la jurisprudence de la CJCE y afférente, aux termes desquelles les États membres peuvent établir des règles spécifiques d'accès aux cours suprêmes, à l'instar du recours à des avocats spécialisés, dans le but d'assurer le bon fonctionnement de la justice (paragraphe 32 ci-dessus).

⁵ EHRM 20 januari 2005, *Mayzit v. Rusland*, § 65.

⁶ EHRM 15 november 2001, *Correia de Matos v. Portugal*.

⁷ EHRM 26 juli 2002, *Meftah e.a. v. Frankrijk*.

En tout état de cause, les avocats aux Conseils sont, comme les avocats inscrits à un barreau, membres d'une profession judiciaire réglementée et ils sont indépendants à l'égard des juridictions. Les justiciables peuvent donc, selon le cas, librement choisir leur conseil parmi les membres de l'un ou l'autre de ces ordres."

4.2.2. Eerder reeds diende de Raad van State, afdeling Wetgeving, een advies uit te brengen over een wetsvoorstel⁸ dat ertoe strekte, in strafzaken, de verplichte ondertekening door een advocaat van de verklaring van cassatieberoep en van de memories, op te leggen. De Raad van State adviseerde hierover het volgende:⁹

"2. Luidens artikel 6, lid 3, c, van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens heeft, '[e]nieder, die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, [...] ten minste [...] [het recht] c) zichzelf te verdedigen', waarbij dat recht als alternatief wordt voorgesteld van het recht 'de bijstand te hebben van een raadsman naar eigen keuze', mede gelet op het feit dat diezelfde bepaling voorziet in het recht, indien de persoon die vervolgd wordt niet over voldoende middelen beschikt om een raadsman te bekostigen, 'kosteloos door een toegevoegd advocaat te kunnen worden bijgestaan, indien het belang van de rechtspraak dit eist'.

Het Europees Hof voor de rechten van de mens heeft weliswaar in strafzaken kunnen oordelen dat de regel waarbij een beschuldigde de bijstand van een raadsman wordt opgelegd, niet onverenigbaar kan worden geacht met het Europees Verdrag voor de rechten van de mens¹⁰, maar in verscheidene arresten wordt erkend dat 'het recht om zichzelf te verdediging uitdrukkelijk erkend is door het Verdrag'¹¹.

Artikel 6 van het Verdrag noemt geen enkele uitdrukkelijke beperking op het recht voor eenieder die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd om zichzelf te verdedigen. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens blijkt evenwel dat de waarborgen genoemd in die bepaling impliciete grenzen kunnen hebben¹², op voorwaarde evenwel dat niet in wezen geraakt wordt aan het betreffende recht.¹³

Zo bijvoorbeeld heeft het Europees Hof aanvaard dat de specifieke kenmerken van de procedure vóór het Hof van Cassatie en het feit dat dit Hof enkel rechtsvraagstukken behandelt een gegronde reden konden zijn voor beperkingen zoals bijvoorbeeld de beperking dat alleen advocaten mondeling mogen optreden vóór het Hof van Cassatie.¹⁴

⁸ Voorstel van wet 'met betrekking tot de rechtspleging voor het Hof van Cassatie in strafzaken', *Parl.St.* Senaat 2009-10, nr. 4-1488/1.

⁹ Adv.RvS 47.951/2 van 29 maart 2010 over een voorstel van wet 'met betrekking tot de rechtspleging voor het Hof van Cassatie in strafzaken' (*Parl.St.* Senaat 2009-10, nr. 4-1488/4).

¹⁰ Voetnoot uit het geciteerde advies: EHRM, *Croissant t. Duitsland*, 25 september 1992, § 29; Grote Kamer, *Meftah e.a. t. Frankrijk*, 26 juli 2002, § 45.

¹¹ Voetnoot uit het geciteerde advies: Zie bijvoorbeeld EHRM, *Foucher t. Frankrijk*, 17 februari 1997, § 35; EHRM, Grote Kamer, *Meftah e.a. t. Frankrijk*, 26 april 2001, § 36; EHRM, *Voisine t. Frankrijk*, 8 februari 2000, § 27.

¹² Voetnoot uit het geciteerde advies: Zie bijvoorbeeld EHRM, *Golder t. het Verenigd Koninkrijk*, 21 februari 1975, §§ 37 tot 40; zie inz. P. Van Dijk en G.J.H. Van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, 1984, blz. 268; J. Velu en R. Ergec, verbo "Convention européenne des droits de l'homme", *RPDB*, Aanvulling, boekdeel VII, 1990, nr. 394, blz. 272.

¹³ Voetnoot uit het geciteerde advies: Bijvoorbeeld: EHRM, *Philis t. Griekenland*, 27 augustus 1991, § 59 (inzake het recht op toegang tot de rechter).

¹⁴ Voetnoot uit het geciteerde advies: EHRM, *Voisine t. Frankrijk*, 8 februari 2000, § 33; Grote Kamer, *Meftah e.a. t. Frankrijk*, 26 juli 2002, §§ 40 tot 48.

Volgens het Europees Hof voor de rechten van de mens,

‘il convient de prendre en considération la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998, ainsi que la jurisprudence de la CJCE y afférente, aux termes desquelles les États membres peuvent établir des règles spécifiques d'accès aux cours suprêmes, à l'instar du recours à des avocats spécialisés, dans le but d'assurer le bon fonctionnement de la justice’.¹⁵

De wetgever moet zich ervan vergewissen dat de vereisten van de goede werking van het gerecht *in casu van* die aard zijn dat ze beschouwd kunnen worden als een impliciet aanvaarde reden voor de beperking van het recht om zichzelf te verdedigen ook vóór het Hof van Cassatie¹⁶⁻¹⁷ welk recht gewaarborgd wordt in artikel 6, lid 3, c, van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

3. In de toelichting bij het voorgestelde artikel 426 van het Wetboek voor Strafvordering wordt de verplichting om een beroep te doen op een advocaat om cassatieberoep in te stellen als volgt verantwoord :

‘[de] advocaat [...] waakt over het niet lichtzinnig instellen van een cassatieberoep en [...] [kan] de partij [...] wijzen op het specifieke karakter voor de voorziening in cassatie, dat namelijk geen derde aanleg inhoudt’.

4. Het lijkt aanvaardbaar dat het indienen van de memorie waarin de rechterlijke argumenten worden uiteengezet over vaak bijzonder technische kwesties, na het instellen van het cassatieberoep, zowel in het belang van de rechtsbedeling als in het belang van de rechtzoekende zelf, voorbehouden wordt aan een advocaat, zoals bepaald in het voorgestelde artikel 432, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering (artikel 29 van het voorstel).

Gezien de plaats die het recht om zichzelf te verdedigen inneemt in de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens¹⁸ en het wezenlijke belang dat de handeling waarbij een veroordeelde het Hof van Cassatie vraagt na te gaan of de beslissing waarbij hij veroordeeld is de rechtsregels in acht genomen heeft, voor die veroordeelde kan hebben, rijst de vraag of de verantwoording die de indieners van het wetsvoorstel naar voren schuiven, een eventuele toetsing door het Europees Hof, het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof zou doorstaan. Die vraag dient nauwgezet door de wetgever te worden onderzocht, die rekening moet houden met het feit dat luidens het

¹⁵ Voetnoot uit het geciteerde advies: Zie richtlijn 98/5/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 ter vergemakkelijking van de permanente uitoefening van het beroep van advocaat in een andere lidstaat dan die waar de beroepskwalificatie is verworven, waarvan meer bepaald artikel 5, lid 3, tweede alinea voorschrijft dat met het oog op de goede werking van de rechtspleging de lidstaten niettemin specifieke regels kunnen vaststellen voor de toegang tot de hogere gerechtshoven, bijvoorbeeld dat er gespecialiseerde advocaten ingeschakeld moeten worden; HvJ, 7 november 2000, Groot-Hertogdom Luxemburg, zaak 168/98.

¹⁶ Voetnoot uit het geciteerde advies: Zo bijvoorbeeld heeft de Europese Commissie voor de rechten van de mens pas aanvaard dat iemand in een strafzaak geen beroep kon instellen bij het “Court of Appeal” na te hebben vastgesteld dat “that was in the interest of the applicant in this particular case that he should be represented by a barrister on the appeal. This follows from the fact that no merit was found in the applicant’s own grounds of appeal, but leave to appeal was granted by the Court of Appeal on a legal issue specified by the court itself, on which clearly the applicant needed the service of a lawyer” (ECRM, 11 december 1973, verzoekschrift nr. 5730/72, *Digest of Strasbourg Case Law relating to the European Convention on Human Rights*, deel 2 (artikel 6), Carl Heymans-Verlag KG Köln, Berlin, Bonn, München, blz. 826).

¹⁷ Voetnoot uit het geciteerde advies: Zie ook, wat deze kwesties betreft, J. Vande Lanotte en Y. Haeck, *Handboek EVRM – Deel 2 – Artikelsgewijze Commentaar*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2004, nr. 330, blz. 596 en 597.

¹⁸ Voetnoot uit het geciteerde advies: Over de ruime draagwijdte die aan dat recht is verleend, zie inz. J.-P. Marguénaud, “Le droit de se défendre soi-même contre les conclusions du parquet de cassation”, noot bij EHRM, *Voisine t. Frankrijk*, 8 februari 2000, *Rev. trim. dr. h.*, 2001, blz. 825 tot 844.

voorgestelde artikel 432, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering de advocaat nadien, uiterlijk vijftien dagen vóór de terechtzitting, een memorie met de middelen mag indienen en die middelen pas in dat stadium van de procedure kunnen worden aangevoerd. Bovendien onderzoekt het Hof van Cassatie ambtshalve de middelen die in strafzaken kunnen worden opgeworpen¹⁹.”

4.2.3. In de bij het ontwerp gevoegde memorie van toelichting is een uitvoerige verantwoording opgenomen voor het voorbehouden aan de advocaten die over een getuigschrift van een opleiding in cassatieprocedures beschikken, van het recht om de verklaring tot cassatieberoep en de memories van de eiser en van de verweerder te ondertekenen.

In deze verantwoording wordt er onder meer gewezen op:

- de gestage toename van het aantal cassatieberoepen in strafzaken en het uitermate hoge percentage ervan (bijna 90%) dat daarvan door het Hof wordt verworpen;
- de vaststelling dat er in vele beroepen nog steeds onvoldoende mee rekening wordt gehouden dat het Hof van Cassatie niet in de beoordeling van de zaken zelf treedt;
- de hypotheek die door de toevloed van vaak lichtzinnig ingestelde cassatieberoepen wordt gelegd op de goede werking van het Hof, dat er daardoor dreigt niet meer in te slagen binnen een redelijke termijn kwaliteitsvolle arresten te wijzen;
- het technische karakter van het rechtsmiddel in cassatie, waarbij erop wordt gewezen dat de bepalingen van het arrest die bestreden worden, goed afgebakend moeten worden, dat er eventueel afstand van cassatie noodzakelijk is met het oog op een later cassatieberoep, en dat de partijen waaraan betekend moet worden, goed moeten worden geïdentificeerd;
- de specifieke kenmerken van de rechtspleging voor het Hof van Cassatie, met name de beperking tot loutere rechtsaangelegenheden, de schriftelijke procedure en de mogelijkheid van het Hof van Cassatie om ambtshalve cassatiemiddelen aan te voeren.

De stellers van het ontwerp besluiten hieruit dat “[h]et verplichte optreden van een advocaat voor de verklaring van cassatieberoep zelf (...) niet alleen verantwoord [is] in het belang van het Hof en de goede uitvoering van de opdracht die het heeft, maar ook in het belang van de rechtzoekende”.

4.3. In het licht van de aldus gegeven verantwoording komt het de Raad van State voor dat de verplichting voor de eiser in cassatie om in strafzaken een beroep te doen op een advocaat die over een getuigschrift van een opleiding in cassatieprocedures beschikt, in beginsel afdoende wordt verantwoord (A). De Raad acht het echter noodzakelijk een voorbehoud te maken bij de opleiding en het getuigschrift inzake cassatieprocedures, die voornamelijk onvoldoende precies zijn bepaald (B), bij de bijzondere positie van gedetineerden en geïnterneerden, waarmee

¹⁹ Voetnoot uit het geciteerde advies: G. Closset-Marchal en J.-F. van Drooghenbroeck, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Brussel, Bruylant, 2009, nr. 395, blz. 277, en de referenties genoemd in voetnoot 1331; H.-D. Bosly, D. Vandermeersch en M.-A. Beernaert, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, Die Keure, 5^e uitg., 2008, blz. 1671 et 1672.

onvoldoende rekening wordt gehouden (C), en bij de noodzaak om ook aan de verweerder in cassatie de verplichting op te leggen om op een geattesteerd advocaat een beroep te doen, die onvoldoende wordt verantwoord (D).

A. De verantwoording van de verplichting voor de eiser in cassatie om een beroep te doen op een geattesteerd advocaat

4.3.1. Het komt de Raad van State voor dat de verplichting die aan de eiser in cassatie²⁰ in strafzaken wordt opgelegd om een beroep te doen op een advocaat die over een getuigschrift van een opleiding in cassatieprocedures beschikt, in beginsel afdoende wordt verantwoord.

De hiervoor vermelde verantwoording is immers gebaseerd op de noodzaak om, zowel ter wille van de behoorlijke rechtsbedeling door het Hof van Cassatie in het algemeen, als ter wille van de adequate behartiging van de belangen van de rechtszoekende eiser in cassatie, een beroep te doen op een advocaat die over de vereiste specialisatie en bijzondere technische kennis beschikt.

4.3.1.1. De regeling is daardoor in overeenstemming met artikel 6 van het EVRM en de hiervoor weergegeven rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Ze beantwoordt daarenboven aan de geest van artikel 5, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 98/5/EG²¹ dat bepaalt:

“Met het oog op de goede werking van de rechtspleging kunnen de lidstaten niettemin specifieke regels vaststellen voor de toegang tot de hogere gerechtshoven, bijvoorbeeld dat er gespecialiseerde advocaten ingeschakeld moeten worden.”

4.3.1.2. Het ontwerp impliceert dat er voor de rechtspleging voor het Hof van Cassatie in strafzaken voortaan een onderscheid wordt gemaakt tussen advocaten met en advocaten zonder een getuigschrift van een opleiding in cassatieprocedures als bedoeld bij boek II, titel III, van het Wetboek van Strafvordering.

In het licht van de hiervoor weergegeven verantwoording, kan dit onderscheid geacht worden een doelstelling van algemeen belang te dienen. Het onderscheid is gebaseerd op een criterium – het al dan niet beschikken over een getuigschrift van een opleiding in cassatieprocedures – dat in het licht van het nagestreefde doel, in beginsel althans,²² pertinent is, zodat het middel dat wordt ingezet om het nagestreefde doel te bereiken, als adequaat kan worden beschouwd.

²⁰ Zie echter, wat de verweerder betreft, *infra* nr. 4.3.4.

²¹ Richtlijn 98/5/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 ‘ter vergemakkelijking van de permanente uitoefening van het beroep van advocaat in een andere lidstaat dan die waar de beroepskwalificatie is verworven’.

²² Zie echter het voorbehoud *infra* nr. 4.3.2 met betrekking tot de opleiding en de attestering.

Eerder oordeelde het Grondwettelijk Hof reeds dat de verplichting om in burgerlijke zaken een beroep te doen op de tussenkomst van een advocaat die is ingeschreven op het tableau van de Orde van advocaten bij het Hof van Cassatie, kan worden verantwoord:

“zowel (..) door het buitengewone karakter van het rechtsmiddel als door de specifieke draagwijdte en de bijzondere gevolgen van dat rechtsmiddel.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is eveneens van oordeel dat, wat betreft een burgerlijke rechtspleging voor een hoger rechtscollege, de verplichting om te worden vertegenwoordigd door een advocaat die tot dat rechtscollege wordt toegelaten, op zich niet onbestaanbaar is met de vereisten van artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (E.H.R.M., Emma Vogl t/ Duitsland, 5 december 2002, rolnr. 65.863/01).”²³

Tevens oordeelde het Grondwettelijk Hof dat ook de vóór de wetswijziging van 6 mei 1997 geldende verplichting voor de burgerlijke partij om, als eiseres in cassatie, met tussenkomst van een advocaat bij het Hof van Cassatie een memorie neer te leggen²⁴ “redelijkerwijs niet [kan] worden geacht [de] rechten [van de burgerlijke partij] op onevenredige wijze te beperken”, en dus geen schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet uitmaakt.²⁵

B. De opleiding en het getuigschrift inzake cassatieprocedures

4.3.2. Een eerste voorbehoud dat de Raad van State bij de ontworpen regeling wenst te maken, betreft de opleiding en het getuigschrift inzake kennis van cassatieprocedures. Noch de tekst van het ontwerp, noch de memorie van toelichting houdt enige verduidelijking in over die opleiding en over dat getuigschrift dat aan advocaten zal worden verstrekt. Er is met name geen enkele aanduiding over wie de opleiding zal verzorgen, wie de inhoud ervan zal bepalen, hoe en of de erdoor verworven kennis zal worden getoetst, hoeveel opleidingen zullen worden aangeboden, enzovoort.

Voor de beoordeling van de aanvaardbaarheid zowel van de verplichte bijstand door een geattesteerd advocaat, als van de ongelijke behandeling tussen advocaten, is het nochtans van wezenlijk belang te weten of de opleiding en het getuigschrift van aard zijn om de invoering van de verplichting te verantwoorden enerzijds, en of de advocaten die erin zullen slagen het getuigschrift te behalen, voldoende in aantal zullen zijn om aan de behoeften van de rechtzoekenden te voldoen. Indien dat aantal *de facto* onredelijk laag zou blijken te zijn, is het niet uitgesloten dat de toegang tot een geattesteerd advocaat, binnen de korte termijn om cassatieberoep in te stellen, niet gewaarborgd zal zijn. Een laag aantal geattesteerde advocaten zou ook betekenen dat de kwaliteitscontrole van de cassatieberoepen, waarop de stellers van het ontwerp rekenen, niet waar gemaakt kan worden.

Om te voldoen aan de vereisten van artikel 6 van het EVRM en van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, moet worden gewaarborgd dat de opleiding kwalitatief beantwoordt aan

²³ GwH 1 juni 2005, nr. 99/2005, B.4.7.

²⁴ Oud artikel 425 van het Wetboek van Strafvordering.

²⁵ GwH 18 november 1998, nr. 116/98, B.6.

de bovenvermelde doelstellingen van de regeling, en dat kwantitatief een voldoende groot aantal advocaten daadwerkelijk het getuigschrift behaalt. Zolang daarover geen zekerheid bestaat, kan de verplichting niet in werking treden.

De gemachtigde heeft hierover verklaard dat de Koning de inwerkingtreding van de wet bepaalt, uiterlijk na twee jaar wat betreft de bepalingen betreffende de opleiding, teneinde de advocaten toe te laten het getuigschrift te verwerven dat noodzakelijk is.

In het licht van het hiervoor gemaakte voorbehoud dient aan de Koning de mogelijkheid te worden verstrekt deze termijn te verlengen zo dit voor de behoeften van de rechtsbedeling noodzakelijk is.

C. De bijzondere positie van gedetineerden en geïnterneerden

4.3.3. Een tweede voorbehoud dat de Raad van State wenst te maken betreft de bijzondere positie van gedetineerden en geïnterneerden. Op grond van het ontworpen artikel 426 van het Wetboek van Strafvordering (artikel 25 van het ontwerp) zal de verklaring van cassatieberoep ook voor “personen die opgesloten zijn in een strafinrichting of geïnterneerd zijn in een inrichting bepaald in de wet van 21 april 2007 betreffende de internering van personen met een geestesstoornis” uitsluitend door een geattesteerd advocaat kunnen worden gedaan. Het ontworpen artikel 426 bepaalt daarbij wel dat hij deze verklaring kan doen bij de bestuurder van deze instelling of haar gemachtigde.

In de memorie van toelichting wordt daarbij het volgende vooropgesteld:

“Alhoewel een coherente regeling voorgestaan wordt, zijn de ontworpen bepalingen enkel van toepassing voor zover daarvan niet wordt afgeweken door bijzondere bepalingen, zoals o.a. die van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis.”

Het komt aan de stellers van het ontwerp toe de precieze draagwijdte van deze laatste precisering te verduidelijken en in het ontwerp zelf aan te geven op welke cassatieberoepen in strafzaken de regeling niet van toepassing is. De in de toelichting opgenomen precisering is ter zake immers onvoldoende duidelijk.

Zo bepaalt artikel 31, § 2, van de hiervoor vermelde wet van 20 juli 1990 dat tegen de beslissingen waardoor de voorlopige hechtenis wordt gehandhaafd, cassatieberoep kan worden ingesteld binnen een termijn van vierentwintig uren, die begint te lopen vanaf de dag waarop de beslissing aan de verdachte wordt betekend. Indien het de bedoeling is dat deze bepaling ook in de toekomst zal blijven gelden, komt het de Raad van State voor dat de verplichting om een beroep te doen op een geattesteerd advocaat om een cassatieberoep in te stellen, gelet op de uiterst korte termijn van vierentwintig uur, als onredelijk moet worden beschouwd.²⁶ De Raad

²⁶ Reeds in advies 47.951/2 stelde de Raad van State: “5. Het vereiste dat een advocaat ingeschakeld moet worden voor het indienen van de verklaring van cassatieberoep bij de bestuurders van de strafinrichtingen of van de inrichtingen genoemd in de wet van 21 april 2007 betreffende de internering van personen met een geestesstoornis, of hun gemachtigde, door de personen die in die inrichtingen opgesloten of geïnterneerd zijn, roept meer bezwaren op. Dat kan immers moeilijk haalbaar blijken wegens de bijzondere situatie van de verzoeker.”

van State herinnert eraan dat deze personen, gelet op artikel 6 van het EVRM en artikel 23 van de Grondwet, recht hebben op juridische bijstand.²⁷ Hierop gewezen, heeft de gemachtigde verklaard:

“Le pourvoi en cassation contre les arrêts et jugements par lesquels la détention préventive est maintenue réglé par l’article 31 de la loi du 20 juillet n’est pas concerné par l’obligation d’assortir la déclaration de pourvoi de la signature d’un avocat; Prévoir l’intervention d’un avocat dans ce context pourrait engendrer des difficultés pour l’inculpé qui est en prison: l’article 31 impose à celui-ci de former le pourvoi dans les vingt-quatre heures à compter du jour de la signification de la décision à l’intéressé.”

Dit voorbeeld maakt duidelijk dat de ontworpen regeling niet alleen niet toepasselijk zou moeten zijn “voor zover daarvan niet wordt afgeweken door bijzondere bepalingen” – zoals de memorie van toelichting aangeeft – maar evenmin voor zover de regeling in de praktijk tot toepassingsproblemen leidt.

Ter wille van de rechtszekerheid dient de wetgever in de wet zelf het toepassingsgebied van de regeling precies te bepalen en daarbij ook aan te geven op welke cassatieberoepen de regeling niet toepasselijk is.

D. Het opleggen van de verplichting aan de verweerder in cassatie

4.3.4. Ten slotte wenst de Raad van State nog een laatste voorbehoud te formuleren. De verplichting om een beroep te doen op een geattesteerd advocaat geldt niet alleen voor de eiser, maar ook voor het indienen van de memorie van de verweerder in cassatie.

De in de memorie van toelichting gegeven verantwoording voor de verplichting, alsook de vermelde voorbeelden van andere regelingen waarbij een gelijkaardige verplichting wordt opgelegd (bij de artikelen 24 en 28 van het ontwerp), hebben evenwel voornamelijk betrekking op de eiser in cassatie, en op het instellen van een cassatieberoep. De toelichting bij artikel 28 van het ontwerp bevat geen specifieke verantwoording voor het gegeven dat ook de memorie van antwoord ondertekend moet zijn door een (geattesteerd) advocaat.

Vanzelfsprekend kan de wetgever ervan uitgaan dat ook de belangen van de verweerder in de technische en specifieke cassatieprocedure beter zullen gediend zijn met de bijstand van een gespecialiseerd advocaat. Toch rijst de vraag of de opgelegde verplichting daarmee niet verder gaat dan nodig en verantwoord is voor een goede rechtsbedeling. Het komt aan de wetgever toe om zich hierover te beraden en desgevallend te verantwoorden om welke reden de verplichting om een beroep te doen op een geattesteerd advocaat ook aan de verweerder in cassatie wordt opgelegd.

²⁷ Vgl. met de wet van 6 februari 2009 ‘tot wijziging van artikel 97 van de wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten’, in verband met het cassatieberoep tegen beslissingen van de strafuitvoeringsrechter en de strafuitvoeringsrechtbank.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 5

5. Gevraagd naar de reden van het, na de beoogde wijziging, niet meer voorkomen van de woorden “van het Hof van Cassatie” na de woorden “het arrest” in artikel 359, vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering, verklaarde de gemachtigde dat die woorden duidelijkheidshalve op die plaats kunnen worden toegevoegd.

Artikelen 6 en volgende

6. Het verdient aanbeveling dat in de memorie van toelichting nader wordt uitgelegd welke de logica is van de herschikking en de herwerking van de hoofdstukken I en II van boek II, titel III, van het Wetboek van Strafvordering. Thans is dat niet altijd duidelijk.

Artikel 8

7. Op de vraag waarom artikel 409 van het Wetboek van Strafvordering wordt opgeheven, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

“[A]rtikel 409 Sv. is opgeheven: ingevolge de wet van 21 december 2009 tot hervorming van het hof van assisen moet de uitspraak van de jury met redenen omkleed zijn, ongeacht of deze uitspraak een schuldigverklaring of een vrijspraak inhoudt. Er is dan ook geen reden meer om een onderscheid te maken tussen enerzijds de mogelijkheid van cassatieberoep van het openbaar ministerie tegen een vrijspraak door beroepsrechters, en anderzijds de meer beperkte mogelijkheid voor het openbare ministerie om, enkel in het belang van de wet en zonder nadeel voor de vrijgesproken persoon, cassatieberoep aan te tekenen tegen de vrijspraak van de jury.”²⁸

Het verdient aanbeveling deze uitleg in de memorie van toelichting op te nemen.

Artikel 10

8. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 413 van het Wetboek van Strafvordering schrijve men “tegen hem” en “zijn verdediging” in plaats van “tegen haar” en “haar verdediging”.

Artikel 12

9. Artikel 415 van het Wetboek van Strafvordering geldt niet specifiek voor de rechtspleging voor het Hof van Cassatie, maar is eveneens van toepassing in het geval dat een hof van beroep een onderzoek vernietigt. Vraag is of het de bedoeling is het artikel geheel op te

²⁸ Zie ook EHRM 26 juli 2002, *Meftah e.a. v. Frankrijk*.

heffen. Indien dat het geval is, worden de redenen daarvoor best uiteengezet in de memorie van toelichting.

Artikel 17

10. Luidens het ontworpen artikel 419 van het Wetboek van Strafvordering kan niemand een tweede maal cassatieberoep aantekenen tegen eenzelfde beslissing, behoudens in de gevallen waarin de wet voorziet (niet: “in de door de wet voorziene gevallen”).

In de memorie van toelichting wordt de regelmatige afstand van een voorbarig cassatieberoep als één van die gevallen vermeld. Die afstand is thans niet aan bijzondere regels gebonden, zodat de vraag kan rijzen of ook de afstand van het cassatieberoep dient te worden verricht door een advocaat die houder is van een getuigschrift van een opleiding in cassatieprocedures. In het ontwerp dient hieromtrent duidelijkheid te worden geschapen.

Artikel 21

11. Het ontworpen artikel 422 van het Wetboek van Strafvordering heeft eenzelfde draagwijdte als de huidige artikelen 411 en 414 van dat wetboek. Die laatste artikelen vormen de grondslag voor de door het Hof van Cassatie gehanteerde theorie van de “wettelijke verantwoorde straf”, al hebben ze naar de letter een veel beperktere draagwijdte.

In de memorie van toelichting wordt vooropgesteld dat het in de bedoeling ligt om die theorie wettelijk te verankeren. Gelet op de doctrinale controverses dienaangaande,²⁹ rijst evenwel de vraag of het niet raadzaam is ruimte te laten voor jurisprudentiële evoluties ter zake. Indien er desondanks voor wordt geopteerd de genoemde theorie wettelijk te verankeren, dan gebeurt dit best door daartoe een duidelijke wettekst uit te werken, eerder dan door een commentaar in de memorie van toelichting bij artikelen waarin die theorie slechts onvolkomen tot uiting komt.

Artikel 23

12. In de toelichting bij het ontworpen artikel 424 van het Wetboek van Strafvordering wordt verduidelijkt dat tegen een beslissing bij verstek, die vatbaar is voor verzet, het cassatieberoep slechts kan worden ingesteld wanneer de termijn van verzet verstreken is (en geen verzet is gedaan). Dit betekent dat een eerder ingesteld cassatieberoep niet ontvankelijk is.

In de formulering van het ontworpen artikel 424 komt dit niet voldoende tot uiting. In dat artikel wordt immers wel de einddatum aangegeven voor de verklaring van cassatieberoep, maar wordt onvoldoende duidelijk gemaakt dat het cassatieberoep niet vroeger kan worden ingesteld. Dit moet worden verduidelijkt om voldoende expliciet de afwijking van de algemene

²⁹ R. DECLERCQ, *Cassation en matière répressive*, Brussel, 2006, 414-415; R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, 2001, 850-851.

regel vervat in het ontworpen artikel 423 van het Wetboek van Strafvordering tot uiting te brengen.

Artikel 24

13. Het ligt klaarblijkelijk in de bedoeling dat de verklaring van cassatieberoep ook wordt ondertekend door de geattesteerde advocaat. Zulks zou evenwel duidelijker in de tekst van het ontworpen artikel 425, § 1, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering tot uiting moeten komen (vgl. met het ontworpen artikel 426, eerste lid, van dat wetboek – artikel 25 van het ontwerp).

14. Luidens het ontworpen artikel 425, § 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering (artikel 24 van het ontwerp), waarnaar in verdere ontworpen artikelen wordt verwezen, dient de erin bedoelde advocaat houder te zijn van een getuigschrift van een opleiding in cassatieprocedures. In de memorie van toelichting wordt evenwel gewag gemaakt van “advocaten [die] een opleiding inzake strafprocedure hebben gevolgd en inzonderheid inzake cassatietechniek”, wat ruimer is. De memorie van toelichting zal op dit vlak in overeenstemming dienen te worden gebracht met de tekst van het ontworpen artikel 425, § 1, tweede lid.

Artikelen 25 en 28

15. Het tweede lid van het ontworpen artikel 426 van het Wetboek van Strafvordering (artikel 25 van het ontwerp) en het tweede en het vijfde lid van het ontworpen artikel 429 van datzelfde wetboek (artikel 28 van het ontwerp) dienen te vervallen nu het vereiste dat de betrokken advocaat houder moet zijn van een getuigschrift van een opleiding in cassatieprocedures, telkens reeds wordt gesteld in het eerste lid van die ontworpen artikelen.

Artikel 26

16. In het ontworpen artikel 427 van het Wetboek van Strafvordering wordt verwezen naar de termijn bedoeld in artikel 430 van dat wetboek. Dat artikel bevat evenwel noch in zijn toekomstige versie, noch in zijn huidige versie enige termijn. De verwijzing ernaar berust klaarblijkelijk op een vergissing, die dient te worden rechtgezet. Volgens de gemachtigde dient te worden verwezen naar artikel 429 van het Wetboek van Strafvordering.

Artikel 28

17. Met betrekking tot de in het ontworpen artikel 429 van het Wetboek van Strafvordering opgenomen termijnregeling kan *mutatis mutandis*³⁰ worden herinnerd aan de volgende opmerkingen uit advies 47.951/2:

“1. Krachtens het voorgestelde artikel 432 beschikt de eiser in cassatie over een termijn van drie maanden na de verklaring van cassatieberoep om zijn memorie in te dienen, die in ieder geval uiterlijk vijftien dagen vóór de terechtzitting moet worden ingediend. De verweerder in cassatie moet zijn memorie van antwoord uiterlijk acht dagen vóór de terechtzitting indienen.

Ten aanzien van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet behoort gewettigd te worden dat :

a) de termijnen toebedeeld aan de partijen om hun memories en hun memories van antwoord in te dienen variëren van acht of vijftien dagen tot verscheidene maanden³¹ naargelang welke datum voor de terechtzitting is vastgesteld;

b) de termijnen toebedeeld aan de eiser en de verweerder in cassatie om hun memories en hun memories van antwoord in te dienen niet dezelfde zijn, zoals dat overigens wel het geval is in burgerlijke zaken (artikelen 1073 en 1093 van het Gerechtelijk Wetboek).

2. In heel wat gevallen zal de eiser in cassatie niet kunnen antwoorden op de memorie van antwoord, ofwel omdat laatstgenoemde memorie op het laatste nippertje [is] ingediend, ofwel omdat de termijn van drie maanden genoemd in het voorgestelde artikel 432, tweede lid, verstreken zal zijn.

De aandacht van de wetgever wordt erop gevestigd dat deze situatie door het Europees Hof voor de rechten van de mens in zijn arrest *Wynen t. België* van 5 november 2002³² strijdig bevonden is met artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens.”³³

Hierop gewezen, verklaarde de gemachtigde wat volgt:

“In de cassatieprocedure in strafzaken (en behoudens het ambtshalve aanvoeren van een middel door het Hof) kent de eiser de limieten van het debat, vermits hij dit debat zelf inhoudelijk bepaalt en beperkt door de middelen die hij aanvoert.

In de huidige situatie (die door het EHRM werd bekritiseerd in het arrest Wynen) moet de eiser cumulatief voldoen aan 2 voorwaarden : zijn memorie moet neergelegd zijn binnen de 2 maand na de inschrijving op de algemene rol en ten minste 8 dagen voor de zitting. Voor de antwoordmemorie van de verweerder is thans geen termijn voorzien, zodat de eiser kan ‘verrast’ worden.

³⁰ Met dien verstande dat het thans gaat om artikel 429 en dat de termijn waarbinnen de eiser in cassatie memories of stukken kan indienen, is herleid tot twee maanden.

³¹ Voor de verweerder geldt enkel de beperking dat hij zijn memorie uiterlijk acht dagen vóór de terechtzitting ter griffie van het Hof van Cassatie moet doen toekomen.

³² Voetnoot uit het geciteerde advies: H. Bosly, D. Vandermeersch en M.-A. Beernaert, *Droit de la procédure pénale*, 5^{de} uitgave, 2008, blz. 1675.

³³ Adv.RvS 47.951/2 van 29 maart 2010 over een voorstel van wet ‘met betrekking tot de rechtspleging voor het Hof van Cassatie in strafzaken’ (*Parl.St.* Senaat 2009-10, nr. 4-1488/4).

In het thans voorgestelde systeem moet de eiser eveneens cumulatief aan 2 voorwaarden voldoen : zijn memorie moet neergelegd zijn binnen de 2 maand na het cassatieberoep en ten minste 15 dagen voor de zitting. Voor de antwoordmemorie van de verweerder is thans voorzien dat deze antwoordmemorie minstens 8 dagen voor de zitting moet zijn neergelegd.

Bovendien is thans voorzien dat het cassatieberoep aan de tegenpartij moet worden betekend en dat zowel de memories als de antwoordmemories op straffe van niet-ontvankelijkheid medegedeeld moeten worden aan de tegenpartij en dat het bewijs daarvan binnen de 2 maand na het cassatieberoep aan het dossier moet gevoegd worden : alle partijen zijn dus steeds van alles op de hoogte. Wanneer de eiser niet meer binnen de termijn van 2 maand zit om te antwoorden op de antwoordmemorie, dan zal hij, nu hij inhoudelijk kennis heeft van deze antwoordmemorie, in elk geval, overeenkomstig artikel 1107 Gerechtelijk Wetboek (dat in strafzaken toepasselijk is : zie art. 31 van het ontwerp) nog ter zitting kunnen reageren en pleiten betreffende de rechtsvragen die in de cassatiemiddelen zijn opgeworpen of op middelen van niet-ontvankelijkheid die tegen de voorziening of tegen de middelen worden aangevoerd.

De positie van elk der partijen verbetert dus in aanzienlijke mate in het ontwerp, maar de cassatieprocedure (die eigenlijk een schriftelijke procedure is waarvan, zoals hiervoor uiteengezet de eiser de grenzen zelf vastlegt) kan niet eindeloos verlengd worden door steeds nieuwe termijnen aan partijen toe te kennen om te antwoorden op elke nieuwe reactie van de tegenpartij. Het voorgestelde systeem lijkt vanuit proceseconomisch oogpunt dan ook niet alleen het beste, maar ook het enig haalbare compromis, dat overigens in zeer belangrijke mate tegemoetkomt aan de kritiek van Straatsburg.”

Het is evenwel de vraag of de in het antwoord van de gemachtigde aangehaalde elementen volstaan om tegemoet te komen aan de in het genoemde arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geuite kritiek.

Artikel 31

18. In het ontworpen artikel 432 van het Wetboek van Strafvordering wordt het eerste lid van artikel 1106 van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing gemaakt, maar niet het tweede lid ervan. Nochtans bevat de tweede zin van het ontworpen artikel 432 een analoge regeling als die vervat in dat tweede lid. Vraag is dan ook waarom dat tweede lid ook niet toepasselijk wordt gemaakt, in welk geval de tweede zin van het ontworpen artikel 432 kan vervallen.

Artikel 32

19. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of niet dient te worden voorzien in de mogelijkheid van vervanging van de afdelingsvoorzitter die uitspraak doet over de niet-toelaatbaarheid van de in het ontworpen artikel 433, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering bedoelde middelen.

Artikelen 35 en 36

20. De ontworpen artikelen 436 en 437 van het Wetboek van Strafvordering hebben enkel betrekking op de gevolgen van een vernietiging van een arrest van het hof van assisen. Dienaangaande kan de volgende opmerking uit advies 47.951/2³⁴ worden hernomen:

“Thans zijn een aantal regels met betrekking tot de rechtspleging voor het Hof van Cassatie in strafzaken³⁵ alleen vastgesteld wat betreft cassatieberoepen tegen arresten van het hof van assisen³⁶. Dat is één van de inconsistenties waarmee het thans voorliggende voorstel komaf wenst te maken.

In die context is het voorgestelde artikel 437/1 voor kritiek vatbaar, aangezien het een bepaald aantal regels bevat die verband houden met de vraag hoever de vernietiging reikt van de arresten van het hof van assisen alleen.

Er behoort te worden voorzien in algemene regels terzake, die van toepassing zijn op alle beslissingen die voor het Hof van Cassatie³⁷ worden gebracht, en, in een later stadium, in voorkomend geval, alleen in een specifieke regeling voor de arresten van het hof van assisen.

Dezelfde opmerking geldt voor het voorgestelde artikel 437/2 (artikel 36 van het voorstel).”

Artikel 41

21. Artikel 41 van het ontwerp strekt tot de opheffing van artikel 2 van de wet van 29 april 1806 ‘waarbij maatregelen worden voorgeschreven met betrekking tot de procedure in criminele en correctionele zaken’. Krachtens dat artikel 2 kunnen geen cassatiemiddelen worden gesteund op nietigheden begaan in eerste aanleg wanneer ze niet in hoger beroep werden opgeworpen. In de memorie van toelichting wordt de opheffing verantwoord door de “invoeging van (de) bepaling betreffende de zuivering van nietigheden, zoals voorzien in het ontworpen artikel 429 van het Wetboek van Strafvordering”.

In tegenstelling tot vroegere wetsvoorstellen betreffende de cassatieprocedure, bevat het ontworpen artikel 429 van het Wetboek van Strafvordering (artikel 28 van het ontwerp), noch enige andere bepaling van het ontwerp een regeling betreffende de zuivering van nietigheden. Hierop gewezen, verklaarde de gemachtigde dat artikel 41 uit het ontwerp dient te worden weggelaten.

³⁴ Adv.RvS 47.951/2, *l.c.*

³⁵ Voetnoot uit het geciteerde advies: Deze zijn nu eens terug te vinden onder Titel II van Boek II van het Wetboek van Strafvordering met betrekking tot het hof van assisen, dan weer onder Titel III van Boek II met betrekking tot de wijzen van voorziening tegen arresten of vonnissen.

³⁶ Voetnoot uit het geciteerde advies: Het is niet altijd even makkelijk om uit te maken of deze bepalingen algemene regels bevatten die eveneens, op zijn minst *mutatis mutandis*, gelden wat betreft de cassatieberoepen tegen de beslissingen van andere rechtscolleges, dan wel regels die specifiek gelden voor de voorziening in cassatie tegen de arresten van de hoven van assisen.

³⁷ Voetnoot uit het geciteerde advies: Voor een voorbeeld in dat verband, zie amendement nr. 1 van de heer Delpérée.

Artikel 48

22. In artikel 48, eerste lid, van het ontwerp dient te worden verwezen naar artikel 28 van het ontwerp en naar artikel 429, tweede en vijfde lid, van het Wetboek van Strafvordering.

23. Aangezien in artikel 48, eerste lid, van het ontwerp verschillende data worden vermeld, kan in artikel 48, tweede lid, ervan geen gewag worden gemaakt van “de datum vermeld in het eerste lid”.

De redactie van artikel 48, tweede lid, van het ontwerp dient derhalve in het licht van de bedoeling van de stellers ervan te worden aangepast.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique ¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis vise à apporter un certain nombre d'adaptations aux règles de procédure devant la Cour de cassation en matière pénale.

Tout d'abord, certaines dispositions actuelles du Code d'instruction criminelle sont réécrites ou remaniées.

Ensuite, le projet instaure de nouvelles règles qui visent à diminuer le nombre de pourvois en matière pénale. Ainsi, l'intervention d'un avocat titulaire d'une attestation de formation en procédure en cassation est obligatoire pour déposer la déclaration de pourvoi et les mémoires.

Enfin, le projet contient de nouvelles dispositions relatives à l'obligation de signifier le pourvoi à la partie adverse et à l'obligation de déposer le mémoire au greffe de la Cour de cassation, des règles en matière de délais, des formalités pour le dépôt de la déclaration de pourvoi et les mémoires, ainsi que des règles concernant le déroulement de la procédure.

FORMALITÉS

3.1. Le dossier soumis au Conseil d'État, section de législation, contient un document (« EIDDD : Exemption (formulaire A) La mesure appartient à une catégorie d'exemption ») indiquant que le projet est exempté de l'obligation de procéder à un examen préalable de la nécessité de réaliser une évaluation d'incidence sur le développement durable, visé par la loi du 5 mai 1997 'relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable' au motif qu'« [i]l est établi d'avance avec certitude que l'impact de la mesure au plan social, économique et/ou environnemental est négligeable », s'agissant d'une mesure qui est de nature purement formelle ².

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

² Dans la version française du formulaire précité, une catégorie « autre » est encore marquée d'une croix, sans qu'il apparaisse toutefois clairement quel autre motif d'exemption est invoqué.

Dans la mesure où cette motivation vise le motif d'exemption inscrit à l'article 2, 4°, de l'arrêté royal du 20 septembre 2002 'portant exécution de l'article 19/1, § 1^{er}, deuxième alinéa, du chapitre V/1 de la loi du 5 mai 1997 relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable', les observations suivantes s'imposent.

Le rapport au Roi accompagnant l'arrêté précité définit ce motif d'exemption comme suit :

« Le type de dispense, visé au 4°, vise à dispenser les actes qui règlent principalement les matières suivantes :

- la consolidation ou la coordination de réglementation;
- l'abrogation de dispositions transitoires;
- les nominations, les promotions et les démissions dans le secteur public;
- les sanctions disciplinaires vis-à-vis du personnel de l'autorité publique;
- l'attribution de décorations.

Dans ce sens, il s'agit de réglementation envisagée 'qui est dépourvue de caractère réglementaire' ».

Il ressort de ces précisions que la réglementation en projet peut difficilement relever de la catégorie d'exemptions précitée.

En outre, il y a lieu d'observer que le fait qu'« il est établi d'avance avec certitude que l'impact de la mesure au plan social, économique et/ou environnemental est négligeable » n'est pas un motif d'exemption figurant à l'article 2 de l'arrêté royal du 20 septembre 2012³. Au demeurant, l'examen préalable visé à l'article 19/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 5 mai 1997 vise précisément à évaluer l'existence ou non d'un tel impact.

Dès lors qu'aucun autre motif d'exemption ne semble pas pouvoir être invoqué, il y a lieu de conclure qu'il s'impose bel et bien de procéder à un examen préalable de la nécessité de réaliser une évaluation d'incidence sur le développement durable.

3.2. Le document mentionné au point 3.1 fait encore état de la motivation suivante :

« Le projet de loi prévoit la réforme de la procédure en cassation en matière pénale. Il s'agit de modifications législatives qui ne requièrent pas de moyens financiers supplémentaires et qui ne nécessitent pas de discussions fondamentales. Elles concernent au contraire des mesures qui débouchent sur des 'quick wins' dans des procédures dilatoires, incomplètes ou complexes, qui rendent la justice plus efficace et qui peuvent améliorer l'organisation judiciaire. Cela n'a aucune conséquence négative sur le développement durable »⁴.

³ Les formules d'exemption utilisées doivent être adaptées compte tenu des motifs d'exemption figurant dans l'arrêté royal du 20 septembre 2012.

⁴ Cette motivation s'apparente dans une large mesure à celle qui figure dans le dossier concernant un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine et modifiant l'article 76 du Code judiciaire en vue d'améliorer le statut de la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine' (numéro de rôle 53.440/3), sur lequel le Conseil d'État, section de législation, donne ce jour également un avis, même si ce projet a une tout autre portée. Force est d'observer à cet égard que l'examen préalable

Si, en dépit de l'intitulé du formulaire transmis et eu égard à la motivation reproduite ci-dessus, on considérerait néanmoins que le formulaire contient les conclusions d'un examen préalable de la nécessité de réaliser une évaluation d'incidence sur le développement durable, il faut observer qu'il n'est pas ainsi démontré qu'il est établi « d'avance avec certitude » que l'impact du projet, en particulier sur le plan social, est négligeable, notamment compte tenu du fait que les mesures en projet peuvent avoir une incidence sur le droit d'accès au juge et sur le fonctionnement efficace de la justice. En outre, il est à noter qu'il n'est pas requis que le régime envisagé ait un effet négatif sur le développement durable pour qu'une évaluation d'incidence sur le développement durable doive avoir lieu.

3.3. Les auteurs du projet devront par conséquent veiller à ce que la formalité imposée par la loi du 5 mai 1997 soit correctement accomplie. À cet égard, il convient de rappeler qu'en vertu de l'article 19/3, 1°, de cette loi, cet accomplissement est une condition pour qu'un projet de loi puisse être déposé devant les Chambres législatives.

Si, consécutivement à l'accomplissement de la formalité précitée, des modifications devaient encore être apportées au projet, il y aurait lieu de soumettre celles-ci au Conseil d'État, section de législation.

OBSERVATION GÉNÉRALE

4.1. Les articles 425 et 426, en projet, du Code d'instruction criminelle (articles 24 et 25 du projet) énoncent que la déclaration de pourvoi en matière pénale devra dorénavant être faite et signée par un avocat qui doit être titulaire d'une attestation de formation en procédure en cassation visée par le livre II, titre III du Code d'instruction criminelle. L'article 429, alinéa 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle (article 28 du projet) dispose en outre que le demandeur en cassation ne peut indiquer ses moyens que dans un mémoire qui doit également être signé par un avocat titulaire de l'attestation précitée. L'article 429, alinéa 4, en projet, du Code d'instruction criminelle (article 28 du projet) prévoit enfin que le défendeur en cassation, lui aussi, ne peut indiquer sa réponse que dans un mémoire signé par un avocat qui est titulaire de cette attestation.

4.2.1. L'article 6, paragraphe 3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : CEDH) accorde à tout accusé le droit de « se défendre lui-même ou [d']avoir l'assistance d'un défenseur de son choix ».

Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que si cette disposition garantit à l'accusé une assistance juridique efficace en matière pénale, elle ne lui confère toutefois pas le droit de décider lui-même comment sa défense doit être assurée. La décision consistant à devoir choisir l'une des deux alternatives visées à l'article 6, paragraphe 3, c), de la CEDH – le droit de l'accusé de se défendre lui-même ou le droit d'être assisté par un

avocat de son choix, ou dans certaines circonstances par un avocat désigné par la juridiction – relève de la législation applicable ⁵.

Si le droit de l'accusé de se défendre lui-même ou de se faire assister par un avocat de son choix est en principe garanti, il n'est toutefois pas absolu. Il peut être limité en raison d'un motif pertinent et suffisant dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme accorde aux États une « marge d'appréciation » nationale ⁶.

L'article 6, paragraphe 3, c), de la CEDH est applicable aux procédures en cassation. La manière dont il est appliqué aux procédures en cassation dépend des particularités de celles-ci. Dans son arrêt du 26 juillet 2002 rendu dans l'affaire *Meftah c. France* ⁷, la Cour européenne des droits de l'homme devait notamment statuer sur le monopole qu'ont les avocats à la Cour de cassation (« les avocats aux Conseils ») d'intervenir oralement en matière pénale devant cette dernière.

L'arrêt comporte les considérants suivants :

« § 41. (...) La manière dont l'article 6 § 1 s'applique dépend toutefois des particularités de la procédure en cause. Il faut prendre en compte l'ensemble du procès mené dans l'ordre juridique interne et le rôle qu'y a joué la Cour de cassation. Vu la spécificité du rôle joué par celle-ci, son contrôle étant limité au respect du droit, un formalisme plus grand peut être admis à cet égard (arrêts *Levages Prestations Services c. France*, 23 octobre 1996, Recueil 1996-V, pp. 1544-1545, §§ 45-48, K.D.B. c. Pays-Bas, 27 mars 1998, Recueil 1998-II, p. 630, § 38, et *Brualla Gómez de la Torre* précité, p. 2956, § 37).

(...)

§ 45. Certes, MM. Adoud et Bosoni entendent surtout contester le monopole dont bénéficient les avocats aux Conseils, tandis que le Gouvernement considère que ce monopole est justifié par les spécificités de la procédure en cause

La Cour rappelle que le droit pour tout accusé à l'assistance d'un défenseur de son choix (voir, notamment, l'arrêt *Pakelli c. Allemagne* du 25 avril 1983, série A n° 64, p. 15, § 31) ne saurait avoir un caractère absolu et que, partant, les juridictions nationales peuvent passer outre s'il existe des motifs pertinents et suffisants de juger que les intérêts de la justice le commandent (arrêt *Croissant* précité, p. 33, § 29).

Par ailleurs, il convient de prendre en considération la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998, ainsi que la jurisprudence de la CJCE y afférente, aux termes desquelles les États membres peuvent établir des règles spécifiques d'accès aux cours suprêmes, à l'instar du recours à des avocats spécialisés, dans le but d'assurer le bon fonctionnement de la justice (paragraphe 32 ci-dessus).

En tout état de cause, les avocats aux Conseils sont, comme les avocats inscrits à un barreau, membres d'une profession judiciaire réglementée et ils sont indépendants à l'égard des juridictions. Les justiciables peuvent donc, selon le cas, librement choisir leur conseil parmi les membres de l'un ou l'autre de ces ordres ».

⁵ Cour eur. D.H., 20 janvier 2005, *Mayzit c. Russie*, § 65.

⁶ Cour eur. D.H., 15 novembre 2001, *Correia de Matos c. Portugal*.

⁷ Cour eur. D.H., 26 juillet 2002, *Meftah e.a. c. France*.

4.2.2. Par le passé, le Conseil d'État, section de législation, a déjà dû rendre un avis sur une proposition de loi⁸ qui visait, en matière pénale, à imposer la signature obligatoire par un avocat de la déclaration de pourvoi en cassation et des mémoires. Sur ce point, l'avis du Conseil d'État s'énonçait comme suit :⁹

« 2. Aux termes de l'article 6, § 3, c, de la Convention européenne des droits de l'homme, '[t]out accusé a droit notamment à [...] c) se défendre soi-même', ce droit étant présenté de manière alternative avec celui d'«avoir l'assistance d'un défenseur de son choix», compte tenu également de ce que cette même disposition prévoit le droit, si l'accusé n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, de «pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent».

Si la Cour européenne des droits de l'homme a pu admettre en matière pénale que la règle imposant à un accusé l'assistance d'un conseil ne saurait passer pour incompatible avec la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰, plusieurs arrêts reconnaissent que «le droit de se défendre seul est expressément reconnu par la Convention»¹¹.

L'article 6 de la Convention n'énonce aucune restriction expresse au droit pour toute personne accusée de se défendre elle-même. Il résulte toutefois de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que les garanties énoncées par cette disposition peuvent connaître des limitations implicites¹², à la condition toutefois que le droit en cause ne s'en trouve pas atteint dans sa substance même¹³.

La Cour européenne a ainsi admis que les spécificités de la procédure devant la Cour de cassation et la limitation de son objet aux seules questions de droit pouvaient justifier des limitations telles que celles consistant par exemple à réserver le monopole des interventions orales devant la Cour de cassation aux seuls avocats¹⁴.

Selon la Cour européenne des droits de l'homme,

«il convient de prendre en considération la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998, ainsi que la jurisprudence de la CJCE y afférente, aux termes desquelles les États membres peuvent établir des règles spécifiques d'accès aux cours suprêmes, à l'instar du recours à des avocats spécialisés, dans le but d'assurer le bon fonctionnement de la justice»¹⁵.

⁸ Proposition de loi «relative à la procédure devant la Cour de cassation en matière pénale», *Doc. parl.*, Sénat, 2009-10, n° 4-1488/1.

⁹ Avis C.E. 47.951/2 du 29 mars 2010 sur une proposition de loi «relative à la procédure devant la Cour de cassation en matière pénale» (*Doc. parl.*, Sénat, 2009-10, n° 4-1488/4).

¹⁰ *Note de l'avis cité* : Cour eur. dr. h., *Croissant c. Allemagne*, 25 septembre 1992, § 29; Gde Ch., *Meftah e.a. c. France*, 26 juillet 2002, § 45.

¹¹ *Note de l'avis cité* : Voir, par exemple, Cour eur. dr. h., *Foucher c. France*, 17 février 1997, § 35; Cour eur. dr. h., Gde Ch., *Meftah e.a. c. France*, 26 avril 2001, § 36; Cour eur. dr. h., *Voisine c. France*, 8 février 2000, § 27.

¹² *Note de l'avis cité* : Voir par exemple Cour eur. dr. h., *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, §§ 37 à 40; cons. not. P. Van Dijk et G.J.H. Van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Anvers, 1984, p. 268; J. Velu et R. Ergec, (...) v° « Convention européenne des droits de l'homme », *RPDB*, Complément, t. VII, 1990, n° 394, p. 272.

¹³ *Note de l'avis cité* : Par exemple : Cour eur. dr. h., *Philis c. Grèce*, 27 août 1991, § 59 (en matière de droit d'accès à un tribunal).

¹⁴ *Note de l'avis cité* : Cour eur. dr. h., *Voisine c. France*, 8 février 2000, § 33; Gde Ch., *Meftah e.a. c. France*, 26 juillet 2002, §§ 40 à 48.

¹⁵ *Note de l'avis cité* : Voir la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise, qui prévoit notamment en son article 5 § 3, alinéa 2, que, dans le but d'assurer le bon fonctionnement de la

Il appartient au législateur de s'assurer que les exigences du bon fonctionnement de la Justice sont d'une nature telle en l'espèce qu'elles peuvent être considérées comme un motif de limitation implicitement admise au droit garanti par l'article 6, § 3, c, de la Convention européenne des droits de l'homme de se défendre soi-même, en ce compris devant la Cour de cassation¹⁶⁻¹⁷.

3. Le commentaire de l'article 426 proposé du Code d'instruction criminelle justifie comme suit l'obligation de recourir à un avocat pour l'introduction du pourvoi :

‘ [l']avocat [...] veill[e] à ce que le pourvoi ne soit pas introduit à la légère et [il peut] attirer l'attention de la partie sur le caractère spécifique du pourvoi devant la Cour de cassation qui ne constitue pas en effet un troisième degré de juridiction’.

4. Il paraît pouvoir être admis que l'introduction du mémoire exposant l'argumentation en droit, sur des questions souvent particulièrement techniques, soit réservée, après l'introduction du pourvoi, dans l'intérêt de la Justice comme du justiciable lui-même, à un avocat, ainsi que le prévoit l'article 432, alinéa 1^{er}, proposé du Code d'instruction criminelle (article 29 de la proposition).

Compte tenu de la place du droit à se défendre soi-même dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁸ et de l'enjeu essentiel que peut représenter pour la personne condamnée l'acte par lequel elle invite la Cour de cassation à s'assurer du respect des règles de droit par la décision qui l'a condamnée, la question se pose de savoir si la justification avancée par les auteurs de la proposition de loi résisterait à un éventuel contrôle de la Cour européenne, de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle. Cette question mérite un examen tout particulier par le législateur, qui devrait tenir compte du fait que, selon l'article 432, alinéa 1^{er}, proposé du Code d'instruction criminelle, l'avocat peut déposer ultérieurement, quinze jours au plus tard avant l'audience, un mémoire contenant les moyens et que ce n'est qu'à ce stade de la procédure que ces moyens peuvent être invoqués. Par ailleurs, la Cour de cassation examine d'office les moyens susceptibles d'être soulevés en matière pénale¹⁹ ».

justice, les États membres peuvent établir des règles spécifiques d'accès aux cours suprêmes, telles que le recours à des avocats spécialisés; C.J.U.E., 7 novembre 2000, Grand-Duché de Luxembourg, aff. 168/98.

¹⁶ *Note de l'avis cité* : Ainsi, la Commission européenne des droits de l'homme n'a admis l'impossibilité pour une personne de se pourvoir devant la Court of Appeal en matière pénale qu'après avoir constaté que « that was in the interest of the applicant in this particular case that he should be represented by a barrister on the appeal. This follows from the fact that no merit was found in the applicant's own grounds of appeal, but leave to appeal was granted by the Court of Appeal on a legal issue specified by the court itself, on which clearly the applicant needed the service of a lawyer » (Comm. eur. dr. h., 11 décembre 1973, req. n° 5730/72, *Digest of Strasbourg Case-Law relating to the European Convention on Human Rights*, vol. 2 (article 6), Carl Heymans- Verlag KG Köln, Berlin, Bonn, Munich, p. 826).

¹⁷ *Note de l'avis cité* : Voir également sur ces questions J. Vande Lanotte et Y. Haeck, *Handboek EVRM -Deel 2 - Artikelsgewijze Commentaar*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2004, n° 330, pp. 596 et 597.

¹⁸ *Note de l'avis cité* : Sur la large portée conférée à ce droit, cons. not. J.-P. Marguénaud, « Le droit de se défendre soi-même contre les conclusions du parquet de cassation », note sous Cour eur. D.H., *Voisine c. France*, 8 février 2000, *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 825 à 844.

¹⁹ *Note de l'avis cité* : G. Closset-Marchal et J.-F. van Drooghenbroeck, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2009, n° 395, p. 277, et les références citées à la note 1331; H.D. Bosly, D. Vandermeersch et M.-A. Beernaert, *Droit de la procédure pénale*, Bruges, La Charte, 5e éd., 2008, pp. 1671 et 1672.

4.2.3. L'exposé des motifs joint au projet contient une justification circonstanciée concernant le fait de réserver aux avocats, qui disposent d'une attestation de formation en procédure en cassation, le droit de signer la déclaration de pourvoi ainsi que les mémoires du demandeur et du défendeur.

Cette justification fait notamment état :

- de l'augmentation régulière du nombre de pourvois en matière pénale et du pourcentage extrêmement élevé de ceux-ci (presque 90 %) que la Cour rejette ;
- de la constatation que dans bon nombre de pourvois, il est toujours insuffisamment tenu compte du fait que la Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires mêmes ;
- de l'hypothèque que l'afflux de pourvois en cassation, souvent introduits à la légère, fait peser sur le bon fonctionnement de la Cour, qui risque de ce fait de ne plus parvenir à rendre des arrêts de qualité dans un délai raisonnable ;
- du caractère technique de la voie de recours en cassation qui indique que les dispositions de l'arrêt qui sont attaquées doivent être parfaitement délimitées, qu'un désistement d'un pourvoi en cassation est éventuellement nécessaire en vue d'un pourvoi ultérieur et que les parties qui doivent faire l'objet de la signification doivent être bien identifiées ;
- des spécificités de la procédure devant la Cour de cassation, plus particulièrement la limitation aux seules questions de droit, la procédure écrite et la possibilité pour la Cour de cassation de soulever d'office des moyens de cassation.

Les auteurs du projet en concluent que « [l']intervention obligatoire d'un avocat pour la déclaration de pourvoi elle-même ne se justifie pas seulement dans l'intérêt de la Cour et du bon accomplissement de sa mission. Elle se justifie également dans l'intérêt du justiciable ».

4.3. Compte tenu de la justification ainsi donnée, il apparaît au Conseil d'État que l'obligation du demandeur en cassation de faire appel en matière pénale à un avocat titulaire d'une attestation de formation en procédure en cassation est en principe suffisamment justifiée (A). Toutefois, le Conseil d'État estime nécessaire de faire une réserve à l'égard de la formation et de l'attestation en matière de procédure en cassation, qui pour l'heure ne sont pas définies avec suffisamment de clarté (B), de la situation particulière des personnes détenues et internées, dont il est insuffisamment tenu compte (C), et de la nécessité, qui n'est pas suffisamment justifiée, d'imposer également au défendeur en cassation l'obligation de faire appel à un avocat titulaire de l'attestation (D).

A. La justification de l'obligation pour le demandeur en cassation de faire appel à un avocat titulaire de l'attestation

4.3.1. Il apparaît au Conseil d'État que l'obligation imposée au demandeur en cassation²⁰, en matière pénale, de recourir à un avocat qui dispose d'une attestation de formation en procédure en cassation est en principe suffisamment justifiée.

En effet, la justification précitée est basée sur la nécessité, tant dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice par la Cour de cassation en général qu'en vue d'assurer la défense adéquate des intérêts du justiciable en tant que demandeur en cassation, de recourir à un avocat qui dispose de la spécialisation et des connaissances techniques spécifiques requises.

4.3.1.1. Le régime est ainsi en conformité avec l'article 6 de la CEDH et de la jurisprudence reproduite ci-dessus de la Cour européenne des droits de l'homme. Il est en outre conforme à l'esprit de l'article 5, paragraphe 3, deuxième alinéa, de la directive 98/5/CE²¹, qui énonce :

« Néanmoins, dans le but d'assurer le bon fonctionnement de la justice, les États membres peuvent établir des règles spécifiques d'accès aux cours suprêmes, telles que le recours à des avocats spécialisés ».

4.3.1.2. Le projet implique qu'en ce qui concerne la procédure devant la Cour de cassation en matière pénale, une distinction est désormais établie entre les avocats qui sont titulaires, et ceux qui ne le sont pas, d'une attestation de formation en procédure en cassation visée par le livre II, titre III, du Code d'instruction criminelle.

Eu égard à la justification reproduite ci-dessus, cette distinction peut être réputée servir un objectif d'intérêt général. La distinction est basée sur un critère – le fait de disposer ou non d'une attestation de formation en procédure en cassation – qui, compte tenu de l'objectif poursuivi est, du moins en principe,²² pertinent, de sorte que le moyen soulevé pour atteindre le but poursuivi peut être regardé comme adéquat.

Par le passé, la Cour constitutionnelle a déjà jugé que l'obligation de recourir en matière civile à l'intervention d'un avocat inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à la Cour de cassation peut se justifier :

« tant en raison du caractère extraordinaire que de la portée spécifique et des effets particuliers de cette voie de recours.

La Cour européenne des droits de l'homme a, elle aussi, considéré que, s'agissant d'une procédure civile devant une juridiction supérieure, l'obligation d'être représenté par un avocat admis à cette juridiction n'est pas en elle-même incompatible avec les exigences

²⁰ Voir toutefois, en ce qui concerne le défendeur, ci-dessous n° 4.3.4.

²¹ Directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 'visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise'.

²² Voir toutefois la réserve formulée ci-dessous n° 4.3.2 concernant la formation et l'attestation.

de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme (Déc. Cour eur. D.H., Emma Vogl c/ Allemagne, 5 décembre 2002, rôle 65.863/01) »²³.

En outre, la Cour constitutionnelle a jugé que l'obligation pour la partie civile, qui s'appliquait avant la modification législative du 6 mai 1997, de déposer également, en tant que demanderesse en cassation, un mémoire par le ministère d'un avocat à la Cour de cassation²⁴ « ne saurait raisonnablement être considéré[e] comme une restriction disproportionnée des droits de [la partie civile] », et ne viole donc pas les articles 10 et 11 de la Constitution²⁵.

B. La formation et l'attestation en procédure en cassation

4.3.2. Une première réserve que le Conseil d'État entend formuler à propos du régime en projet porte sur la formation et l'attestation concernant les connaissances des procédures en cassation. Ni le texte du projet, ni l'exposé des motifs ne contiennent une quelconque précision en ce qui concerne cette formation et cette attestation qui sera remise aux avocats. Notamment, le projet ne précise nullement qui assurera la formation, qui en définira le contenu, comment et si les connaissances ainsi acquises seront contrôlées, combien de formations seront proposées, etc.

Pour apprécier l'acceptabilité tant de l'assistance obligatoire d'un avocat titulaire d'une attestation que du traitement différencié entre les avocats, il est pourtant essentiel de savoir si la formation et l'attestation sont de nature à justifier l'instauration de l'obligation, d'une part, et si les avocats qui parviendront à obtenir l'attestation, seront suffisamment nombreux pour répondre aux besoins des justiciables. Si ce nombre apparaissait, en fait, déraisonnablement trop faible, il n'est pas exclu que, dans le bref délai d'introduction d'un recours en cassation, l'accès à un avocat titulaire d'une attestation ne sera pas garanti. Un nombre trop faible d'avocats titulaires de l'attestation signifierait également que le contrôle de qualité des pourvois en cassation, qu'escomptent les auteurs du projet, ne puisse pas être réalisé.

Pour satisfaire aux exigences de l'article 6 de la CEDH et des articles 10 et 11 de la Constitution, il y a lieu de garantir que, sur le plan qualitatif, la formation réponde aux objectifs précités du régime et que, sur le plan quantitatif, un nombre suffisant d'avocats obtiennent effectivement l'attestation. Aussi longtemps que l'incertitude n'est pas levée à ce sujet, l'obligation ne peut pas entrer en vigueur.

À cet égard, le délégué a déclaré que le Roi fixe l'entrée en vigueur de la loi, au plus tard après deux ans en ce qui concerne les dispositions relatives à la formation, afin de permettre aux avocats d'obtenir l'attestation qui est nécessaire.

Eu égard à la réserve émise ci-dessus, la possibilité doit être donnée au Roi de proroger ce délai si cette prorogation est nécessaire dans l'intérêt de l'administration de la justice.

²³ C.C., 1^{er} juin 2005, n° 99/2005, B.4.7.

²⁴ Ancien article 425 du Code d'instruction criminelle.

²⁵ C.C., 18 novembre 1998, n° 116/98, B.6.

C. La situation particulière des personnes détenues et internées

4.3.3. Une deuxième réserve que le Conseil d'État entend formuler concerne la situation particulière des personnes détenues et internées. L'article 426, en projet, du Code d'instruction criminelle (article 25 du projet) prévoit qu'en ce qui concerne également « des personnes détenues dans un établissement pénitentiaire ou internées dans un établissement prévu par la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental », la déclaration de pourvoi pourra être faite exclusivement par un avocat titulaire de l'attestation. L'article 426, en projet, énonce néanmoins que cette déclaration peut être faite au directeur de cet établissement ou à son délégué.

Par ailleurs, on peut lire dans l'exposé des motifs ce qui suit :

« Bien qu'une réglementation cohérente soit préconisée, les dispositions en projet ne sont d'application que pour autant qu'il n'y soit pas dérogé par des dispositions spéciales, comme celles de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive notamment ».

Il revient aux auteurs du projet de clarifier la portée exacte de cette dernière précision et d'indiquer dans le projet même quels sont les pourvois en matière pénale auxquels ce dispositif ne s'applique pas. En effet, la précision figurant dans l'exposé des motifs manque de clarté en l'occurrence.

Ainsi, l'article 31, § 2, de la loi précitée du 20 juillet 1990 dispose que les décisions par lesquelles la détention provisoire est maintenue peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans un délai de vingt-quatre heures qui court à compter du jour où la décision est signifiée à l'inculpé. Si l'intention est de continuer à appliquer cette disposition également à l'avenir, le Conseil d'État estime que l'obligation de recourir à un avocat titulaire de l'attestation pour introduire un pourvoi en cassation doit être considérée comme déraisonnable compte tenu du délai extrêmement bref de vingt-quatre heures²⁶. Le Conseil d'État rappelle que vu l'article 6 de la CEDH et l'article 23 de la Constitution, ces personnes ont droit à une aide juridique²⁷. Son attention ayant été attirée sur ce point, le délégué a déclaré :

« Le pourvoi en cassation contre les arrêts et jugements par lesquels la détention préventive est maintenue réglé par l'article 31 de la loi du 20 juillet n'est pas concerné par l'obligation d'assortir la déclaration de pourvoi de la signature d'un avocat; Prévoir l'intervention d'un avocat dans ce contexte pourrait engendrer des difficultés pour l'inculpé qui est en prison: l'article 31 impose à celui-ci de former le pourvoi dans les vingt-quatre heures à compter du jour de la signification de la décision à l'intéressé ».

²⁶ Dans l'avis 47.951/2, le Conseil d'État avait déjà considéré : « 5. L'exigence de l'intervention d'un avocat pour le dépôt de la déclaration de pourvoi auprès des directeurs des établissements pénitentiaires ou [des établissements] prévus par la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental ou de leur délégué par les personnes qui y sont détenues ou internées suscite des réserves plus importantes. Pareille intervention peut en effet être difficilement praticable en raison de la situation spéciale du requérant ».

²⁷ Comparez avec la loi du 6 février 2009 'modifiant l'article 97 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine', en ce qui concerne le pourvoi en cassation contre des décisions du juge ou du tribunal de l'application des peines.

Cet exemple indique clairement que le régime en projet ne devrait pas être applicable non seulement « [s'il y est] dérogé par des dispositions spéciales » – comme le précise l'exposé des motifs – mais également lorsque le régime engendre des problèmes d'application dans la pratique.

Dans l'intérêt de la sécurité juridique, le législateur doit délimiter précisément dans la loi même le champ d'application du régime et doit également indiquer à cet égard les pourvois en cassation auxquels le régime n'est pas applicable.

D. L'application de l'obligation au défendeur en cassation

4.3.4. Enfin, le Conseil d'État tient à formuler encore une dernière réserve. L'obligation de recourir à un avocat titulaire de l'attestation ne vaut pas seulement pour le demandeur, mais s'applique également à l'introduction du mémoire du défendeur en cassation.

Toutefois, la justification donnée dans l'exposé des motifs en ce qui concerne l'obligation, ainsi que les exemples précités d'autres régimes imposant une obligation analogue (en vertu des articles 24 et 28 du projet) portent principalement sur le demandeur en cassation et sur l'introduction d'un pourvoi en cassation. Le commentaire de l'article 28 du projet ne justifie pas spécifiquement le fait que le mémoire en réponse doit également être signé par un avocat (titulaire de l'attestation).

Il est évident que le législateur peut considérer que, dans le cadre de la procédure en cassation, technique et spécifique, les intérêts du défendeur seront également mieux servis s'il est assisté par un avocat spécialisé. La question se pose néanmoins de savoir si ainsi, l'obligation imposée ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire et justifié pour garantir une bonne administration de la justice. Il revient au législateur de s'interroger à ce sujet et, le cas échéant, de justifier la raison pour laquelle l'obligation de recourir à un avocat titulaire de l'attestation est également imposée au défendeur en cassation.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 5

5. Invité à faire connaître le motif pour lequel, après la modification visée, les mots « de la Cour de cassation » ne figurent plus après les mots « l'arrêt » à l'article 359, alinéa 4, du Code d'instruction criminelle, le délégué a déclaré que, par souci de précision, ces mots pouvaient être ajoutés à cet endroit.

Articles 6 et suivants

6. Il est recommandé de mieux préciser dans l'exposé des motifs quelle logique conduit à restructurer et à remanier les chapitres I et II du livre II, titre III, du Code d'instruction criminelle. Elle n'est actuellement pas toujours perceptible.

Article 8

7. Invité à expliquer la raison de l'abrogation de l'article 409 du Code d'instruction criminelle, le délégué a répondu ce qui suit :

« [A]rtikel 409 Sv. is opgeheven: ingevolge de wet van 21 december 2009 tot hervorming van het hof van assisen moet de uitspraak van de jury met redenen omkleed zijn, ongeacht of deze uitspraak een schuldigverklaring of een vrijspraak inhoudt. Er is dan ook geen reden meer om een onderscheid te maken tussen enerzijds de mogelijkheid van cassatieberoep van het openbaar ministerie tegen een vrijspraak door beroepsrechters, en anderzijds de meer beperkte mogelijkheid voor het openbare ministerie om, enkel in het belang van de wet en zonder nadeel voor de vrijgesproken persoon, cassatieberoep aan te tekenen tegen de vrijspraak van de jury »²⁸.

Il est recommandé que l'exposé des motifs fasse mention de cette explication.

Article 10

8. Dans le texte néerlandais de l'article 413, en projet, du Code d'instruction criminelle, on écrira « tegen hem » et « zijn verdediging » au lieu de « tegen haar » et « haar verdediging ».

Article 12

9. L'article 415 du Code d'instruction criminelle ne s'applique pas spécifiquement à la procédure devant la Cour de cassation, mais également dans le cas où une cour d'appel annule une instruction. Reste à savoir si l'intention est d'abroger totalement cet article. Dans l'affirmative, mieux vaudrait que l'exposé des motifs en donne la justification.

Article 17

10. Selon l'article 419, en projet, du Code d'instruction criminelle, nul ne peut se pourvoir en cassation une seconde fois contre la même décision, sauf dans les cas prévus par la loi.

L'exposé des motifs mentionne le désistement régulier d'un pourvoi prématuré comme étant un de ces cas. Pour l'heure, ce désistement n'est pas soumis à des règles particulières, de sorte qu'on peut se demander si le désistement du pourvoi en cassation nécessite également l'intervention d'un avocat titulaire d'une attestation de formation en procédure en cassation. Le projet doit apporter des précisions à cet égard.

²⁸ Voir également Cour eur. D.H., 26 juillet 2002, *Meftah e.a. c. France*.

Article 21

11. La portée de l'article 422, en projet, du Code d'instruction criminelle est identique à celle des articles 411 et 414 actuels de ce code. Même si, pris à la lettre, ils ont une portée bien plus réduite, ces derniers articles constituent le fondement de la théorie de la « peine légalement justifiée » qu'applique la Cour de cassation.

L'exposé des motifs énonce que l'intention est de consacrer légalement cette théorie. Celle-ci étant controversée dans la doctrine²⁹, on peut toutefois se demander s'il ne serait pas indiqué de donner la possibilité à la jurisprudence d'évoluer en la matière. Si on choisit néanmoins de consacrer légalement la théorie précitée, mieux vaut alors rédiger un texte légal clair à cet effet, plutôt que de le faire dans l'exposé des motifs par un commentaire des articles qui ne traduisent cette théorie que d'une manière imparfaite.

Article 23

12. Le commentaire de l'article 424, en projet, du Code d'instruction criminelle précise qu'en cas de décision par défaut, susceptible d'opposition, le pourvoi en cassation ne peut être introduit qu'après l'expiration du délai d'opposition (et en l'absence d'opposition). Il s'ensuit qu'un pourvoi en cassation introduit plus tôt est irrecevable.

Cela ne ressort pas suffisamment du libellé de l'article 424, en projet. Si cet article mentionne en effet la date limite pour la déclaration de pourvoi en cassation, il n'indique toutefois pas avec suffisamment de clarté que le pourvoi ne peut pas être introduit plus tôt. Il faut le préciser pour que la dérogation à la règle générale visé à l'article 423, en projet, du Code d'instruction criminelle soit formulée d'une manière suffisamment explicite.

Article 24

13. De toute évidence, il est envisagé que la déclaration de pourvoi en cassation soit également signée par l'avocat titulaire de l'attestation. Le texte de l'article 425, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle devrait cependant l'énoncer plus clairement (comparer avec l'article 426, alinéa 1^{er}, en projet, de ce code – article 25 du projet).

14. Selon l'article 425, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, du Code d'instruction criminelle (article 24 du projet), auquel font référence d'autres articles en projet, l'avocat qui y est visé doit être titulaire d'une attestation de formation en procédure de cassation. L'exposé des motifs fait toutefois état d'« avocats [qui ont] suivi une formation en procédure pénale et spécialement à la technique de cassation », ce qui est plus large. Sur ce point, l'exposé des motifs devra être mis en concordance avec le texte de l'article 425, § 1^{er}, alinéa 2.

²⁹ R. DECLERCQ, *Cassation en matière répressive*, Bruxelles, 2006, 414-415; R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Anvers, 2001, 850-851.

Articles 25 et 28

15. L'alinéa 2 de l'article 426, en projet, du Code d'instruction criminelle (article 25 du projet) et les alinéas 2 et 5 de l'article 429, en projet, de ce même code (article 28 du projet) doivent être omis, dès lors que l'alinéa 1^{er} de ces articles, en projet, fait déjà chaque fois état de l'obligation pour l'avocat concerné d'être titulaire d'une attestation de formation en procédure de cassation.

Article 26

16. L'article 427, en projet, du Code d'instruction criminelle fait référence au délai visé à l'article 430 de ce code. Cependant, ni la version future, ni la version actuelle de cet article ne comportent un délai quelconque. La référence qui y est faite repose manifestement sur une erreur, qu'il y a lieu de corriger. Selon le délégué, il faut viser l'article 429 du Code d'instruction criminelle.

Article 28

17. En ce qui concerne les délais prévus à l'article 429, en projet, du Code d'instruction criminelle, on peut rappeler *mutatis mutandis*³⁰ les observations suivantes de l'avis 47.951/2 :

« 1. En vertu de l'article 432 proposé, le demandeur en cassation dispose d'un délai de trois mois après la déclaration de pourvoi pour déposer son mémoire, lequel doit en tout cas être déposé quinze jours au plus tard avant l'audience. Le défendeur en cassation doit déposer son mémoire en réponse au plus tard huit jours avant l'audience.

Il conviendrait de justifier, au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, que :

a) les délais donnés aux parties pour déposer leurs mémoires et mémoires en réponse varient de quinze ou huit jours à plusieurs mois³¹ selon la date à laquelle l'audience aura été fixée;

b) les délais donnés au demandeur et au défendeur en cassation pour déposer leurs mémoires et mémoires en réponse ne soient pas identiques, comme cela est d'ailleurs le cas en matière civile (articles 1073 et 1093 du Code judiciaire).

2. Dans bien des cas, le demandeur en cassation ne pourra répliquer au mémoire en réponse, soit parce que ce dernier aura été déposé *in extremis*, soit parce que le délai de trois mois visé à l'article 432, alinéa 2, proposé sera dépassé.

L'attention du législateur est attirée sur le fait que cette situation a été jugée contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour

³⁰ Étant entendu qu'il s'agit à présent de l'article 429 et que le délai dans lequel le demandeur en cassation peut déposer des mémoires ou des pièces est ramené à deux mois.

³¹ Pour le défendeur, la seule restriction consiste à devoir faire parvenir son mémoire au greffe de la Cour de cassation au plus tard huit jours avant l'audience.

européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Wynen c. Belgique* du 5 novembre 2002 ³² » ³³.

Son attention ayant été attirée sur ce point, le délégué a déclaré ce qui suit :

« In de cassatieprocedure in strafzaken (en behoudens het ambtshalve aanvoeren van een middel door het Hof) kent de eiser de limieten van het debat, vermits hij dit debat zelf inhoudelijk bepaalt en beperkt door de middelen die hij aanvoert.

In de huidige situatie (die door het EHRM werd bekritiseerd in het arrest *Wynen*) moet de eiser cumulatief voldoen aan 2 voorwaarden : zijn memorie moet neergelegd zijn binnen de 2 maand na de inschrijving op de algemene rol en ten minste 8 dagen voor de zitting. Voor de antwoordmemorie van de verweerder is thans geen termijn voorzien, zodat de eiser kan 'verrast' worden.

In het thans voorgestelde systeem moet de eiser eveneens cumulatief aan 2 voorwaarden voldoen : zijn memorie moet neergelegd zijn binnen de 2 maand na het cassatieberoep en ten minste 15 dagen voor de zitting. Voor de antwoordmemorie van de verweerder is thans voorzien dat deze antwoordmemorie minstens 8 dagen voor de zitting moet zijn neergelegd.

Bovendien is thans voorzien dat het cassatieberoep aan de tegenpartij moet worden betekend en dat zowel de memories als de antwoordmemories op straffe van niet-ontvankelijkheid medegedeeld moeten worden aan de tegenpartij en dat het bewijs daarvan binnen de 2 maand na het cassatieberoep aan het dossier moet gevoegd worden : alle partijen zijn dus steeds van alles op de hoogte. Wanneer de eiser niet meer binnen de termijn van 2 maand zit om te antwoorden op de antwoordmemorie, dan zal hij, nu hij inhoudelijk kennis heeft van deze antwoordmemorie, in elk geval, overeenkomstig artikel 1107 Gerechtelijk Wetboek (dat in strafzaken toepasselijk is : zie art. 31 van het ontwerp) nog ter zitting kunnen reageren en pleiten betreffende de rechtsvragen die in de cassatiemiddelen zijn opgeworpen of op middelen van niet-ontvankelijkheid die tegen de voorziening of tegen de middelen worden aangevoerd.

De positie van elk der partijen verbetert dus in aanzienlijke mate in het ontwerp, maar de cassatieprocedure (die eigenlijk een schriftelijke procedure is waarvan, zoals hiervoor uiteengezet de eiser de grenzen zelf vastlegt) kan niet eindeloos verlengd worden door steeds nieuwe termijnen aan partijen toe te kennen om te antwoorden op elke nieuwe reactie van de tegenpartij. Het voorgestelde systeem lijkt vanuit proceseconomisch oogpunt dan ook niet alleen het beste, maar ook het enig haalbare compromis, dat overigens in zeer belangrijke mate tegemoetkomt aan de kritiek van Straatsburg ».

On peut cependant se demander si les éléments que cite le délégué dans sa réponse suffisent pour répondre à la critique exprimée dans l'arrêt précité de la Cour européenne des droits de l'homme.

³² *Note de l'avis cité* : H. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 5^e éd., 2008, p. 1675.

³³ Avis C.E. 47.951/2 du 29 mars 2010 sur une proposition de loi 'relative à la procédure devant la Cour de cassation en matière pénale' (*Doc. parl.*, Sénat, 2009-10, n° 4-1488/4).

Article 31

18. L'article 432, en projet, du Code d'instruction criminelle rend applicable l'alinéa 1^{er} de l'article 1106 du Code judiciaire, mais pas son alinéa 2. Cependant, la deuxième phrase de l'article 432, en projet, comporte un dispositif analogue à celui qui figure dans cet alinéa 2. La question se pose dès lors de savoir pourquoi cet alinéa 2 n'est pas non plus rendu applicable, auquel cas la deuxième phrase de l'article 432, en projet, peut être omise.

Article 32

19. Les auteurs du projet doivent examiner s'il ne faut pas prévoir la possibilité de remplacer le président de section qui statue sur la non-admissibilité des moyens visés à l'article 433, alinéa 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle.

Articles 35 et 36

20. Les articles 436 et 437, en projet, du Code d'instruction criminelle ne concernent que les effets d'une annulation d'un arrêt de la cour d'assises. À cet égard, on peut reproduire l'observation suivante formulée dans l'avis 47.951/2 ³⁴ :

« Actuellement, certaines règles relatives à la procédure en cassation en matière pénale ³⁵ ne sont édictées qu'à propos des pourvois en cassation contre les arrêts de la cour d'assises ³⁶. Il s'agit d'une de ces incohérences auxquelles la proposition examinée entend mettre fin.

Dans cette perspective, l'article 437/1 proposé est critiquable puisqu'il contient un certain nombre de règles relatives à l'étendue de la cassation des seuls arrêts de la cour d'assises.

Il y a lieu de prévoir des règles générales en la matière, applicables à toutes les décisions déferées à la Cour de cassation ³⁷ et, ensuite seulement, le cas échéant, de régler les spécificités propres aux arrêts de la cour d'assises.

La même observation vaut pour l'article 437/2 proposé (article 36 de la proposition) ».

³⁴ Avis C.E. 47.951/2, *l.c.*

³⁵ *Note de l'avis cité* : Qui se trouvent tantôt dans le titre II du livre II du Code d'instruction criminelle relatif à la cour d'assises tantôt dans le titre III du livre II relatif aux manières de se pourvoir contre les arrêts ou jugements.

³⁶ *Note de l'avis cité* : Il n'est pas toujours aisé de déterminer si ces dispositions consacrent des règles générales, applicables également, à tout le moins *mutatis mutandis*, aux pourvois en cassation contre les décisions des autres juridictions ou des règles spécifiques à la cassation des arrêts des cours d'assises.

³⁷ *Note de l'avis cité* : Pour un exemple en ce sens, voir l'amendement n° 1 de M. DELPÉRIÉE.

Article 41

21. L'article 41 du projet vise à abroger l'article 2 de la loi du 29 avril 1806 'qui prescrit des mesures relatives à la procédure en matière criminelle et correctionnelle'. En vertu de cet article 2, des moyens de cassation ne peuvent pas s'appuyer sur des nullités commises en première instance lorsqu'elles n'ont pas été opposées dans la procédure d'appel. L'exposé des motifs justifie l'abrogation par « l'insertion de la disposition relative à la purge des causes de nullité, prévue à l'article 429 du Code d'instruction criminelle en projet ».

Contrairement à des propositions de loi antérieures relatives à la procédure en cassation, ni l'article 429 du Code d'instruction criminelle, en projet (article 28 du projet), ni aucune autre disposition du projet ne contiennent un dispositif relatif à la purge des causes de nullité. Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré que l'article 41 devait être omis du projet.

Article 48

22. L'article 48, alinéa 1^{er}, du projet doit viser l'article 28 du projet et l'article 429, alinéas 2 et 5, du Code d'instruction criminelle.

23. L'article 48, alinéa 1^{er}, du projet faisant mention de plusieurs dates, l'article 48, alinéa 2, de celui-ci, ne peut pas faire état de « celle mentionnée à l'alinéa 1^{er} ».

La rédaction de l'article 48, alinéa 2, du projet doit par conséquent être adaptée compte tenu de l'intention de ses auteurs.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT