ZONDAG 10 JUNI 1962 25e JAARGANG — Nr 40

Rechtskundig Weekblad

Vereniging zonder winstgevend doel

Verschijnt elke zondag **Abonnementsprijs : 500 fr. per jaar**

Postcheckrekening Nr 3185.22

Beheer en Redactie : Mr. René VICTOR, Justitiestraat, 21, Antwerpen

Feestnummer ter gelegenheid van het vijfentwintigjarig

JUBILEUM

van het "Rechtskundig Weekblad"

TER INLEIDING

Deze maand sluit het « Rechtskundig Weekblad » zijn vijfentwintigste jaargang af.

In de Vlaamse rechtswereld zal het wel niet betwist worden dat, niettegenstaande al zijn gebreken en tekortkomingen, het « Rechtskundig Weekblad » in Vlaanderen een belangrijke taak heeft vervuld; dat het een sterke spoorslag is geweest tot de rechtsbeoefening door middel van de Nederlandse taal en dat het in belangrijke mate heeft bijgedragen tot de opbouw van een hoogstaande Vlaamse rechtscultuur.

Gesticht in 1931, midden in de periode van de hardnekkige strijd die door de Vlaamse juristen werd geleverd ter verovering van de vervlaamsing van het gerecht, had het in den beginne hoofdzakelijk tot doel in deze strijd stelling te nemen, de opinie van de Vlaamse juristen wakker te schudden en enthousiasme te verwekken voor het grote doel dat sedert een eeuw een der hoofdpunten was van de Vlaamse beweging.

De redactie van het « Rechtskundig Weekblad » heeft er zich echter dadelijk rekenschap van gegeven dat zij niet enkel een taak van strijd te vervullen had, doch dat het essentieel was opbouwend wetenschappelijk werk te verrichten, ten einde het Vlaams rechtsleven, dat in de dertiger jaren toch zo uitermate arm was, op een hoger plan te brengen. Daarvoor heeft het « Rechtskundig Weekblad » sedert zijn stichting onafgebroken op de bres gestaan. Al wie naam had in de Vlaamse rechtswereld heeft aan het tijdschrift medegewerkt. De Nederlandstalige jurisprudentie van onze hoven en rechtbanken werd met zorg verzameld en steeds is het weekblad een uiterst nuttig werkinstrument gebleken bij de dagelijkse rechtspractijk.

Nadat de wet van 15 juni 1935 de vervlaamsing van het gerecht had verwezenlijkt, is het weekblad volkomen natuurlijk het leidinggevend orgaan geworden van het Vlaams rechtsleven. Het heeft een innige band gesmeed tussen de juristen van de verschillende Vlaamse gewesten, het heeft ze op de hoogte gehouden van al wat actueel was op het gebied van de rechtsbedeling en het heeft de wetenschappelijke evolutie van het recht op de voet gevolgd.

Wanneer het in de eerste jaren een harde kamp heeft moeten leveren om zijn bestaan te verzekeren, kon het zich stilaan meer en meer verheugen in de belangstelling van magistraten, advocaten en notarissen. Ook ambtenaren, beoefenaars van het sociaal recht, verzekeraars en talrijke economische ondernemingen hebben van hun belangstelling doen blijken en zijn trouwe abonnees geworden.

Spoedig was het de redactie mogelijk een breder terrein te bestrijken en werd de « Vlaamse Rechtskundige Bibliotheek » gesticht, uitgegeven onder de auspiciën van het « Rechtskundig Weekblad ». Samen met de vijfentwintigste verjaring van het bestaan van het tijdschrift, komt thans in deze reeks het vijftigste boekdeel van de pers.

Heel de activiteit van het « Rechtskundig Weekblad » heeft zich gedurende dit kwart eeuw ontwikkeld in een geest van broederlijke sympathie tussen alle Vlaamse juristen. Steeds werden met de meest volstrekte onpartijdigheid de bijdragen gepubliceerd van auteurs behorende tot de meest verscheiden filosofische of politieke overtuiging. Het weekblad heeft aldus zijn weldoende werking in een zeer brede sfeer kunnen ontwikkelen en in een geest van absolute verdraagzaamheid. Enkel wanneer het er op aankwam de belangen van het Vlaams rechtswezen te verdedigen, heeft het een onverzettelijk standpunt ingenomen. In die zin heeft het zonder twijfel een nuttige en doeltreffende invloed uitgeoefend.

Stilaan is het met de jaren gegroeid tot een wetenschappelijk juridisch tijdschrift, dat voor al de Vlaamse juristen onmisbaar is geworden.

Wanneer men overziet wat er sedert de 25 jaren dat het « Rechskundig Weekblad » zijn werking ontplooid heeft, in de Vlaamse rechtswereld veranderde, staat men verbaasd over de hoge vlucht die de rechtscultuur in onze Nederlandse taal hier te lande heeft genomen. Voorzeker is dit te wijten aan een hele reeks factoren, waarvan de bijzonderste zijn de vernederlandsing van het hoger onderwijs, de taalwetgeving der dertiger jaren en vooral het in werking komen der wet van 15 juni 1935.

Doch het staat vast dat ook het « Rechtskundig Weekblad » op bescheiden wijze zijn aandeel heeft in deze heerlijke herleving.

De redactie is daarom een oprecht woord van dank verschuldigd aan allen die bijgedragen hebben tot de bloei van het weekblad, de vele hoogleraren en wetenschappelijke juristen die in zovele nummers geleerde betogen hebben gepubliceerd, de magistraten en advocaten die de belangrijkste rechterlijke uitspraken van hun rechtsgebied hebben verzameld en ingezonden en allen die, door zich te abonneren en regelmatig belangstelling voor het weekblad te tonen, het materieel en moreel hebben gesteund.

Nu deze vijfentwintigjarige activiteit achter de rug ligt, kunnen zij, die in dagelijkse zorg het regelmatig verschijnen van het «Rechtskundig Weekblad hebben verzekerd, met een zalig gevoel terugzien op de afgelegde weg en in gemoede de overtuiging dragen dat er goed werk verricht werd en dat het « Rechtskundig Weekblad » zijn aandeel mag opeisen in de opgang van ons Vlaams rechtsleven.

* * *

Daarom wordt het afsluiten van deze vijfentwintigste jaargang op plechtige wijze gevierd. Wanneer op 16 juni a.s. vele Vlaamse juristen, hoogleraren, magistraten, advocaten, notarissen en ambtenaren, die allen het « Rechtskundig Weekblad » geholpen en gesteund hebben, te Antwerpen bijeenkomen, zal het voor hen een bijzonder genoegen zijn te kunnen getuigen dat er, dank zij het « Rechtskundig Weekblad », heel wat verwezenlijkt werd van de droom waarvoor zovelen van onze voorgangers, in onverkwikkelijke strijd, het beste van zichzelf hebben gegeven.

Het zal een hoogdag zijn voor de Vlaamse rechtswereld ! En het zal voorzeker een aansporing zijn voor alle Vlaamse juristen om in de toekomst met nog groter werkkracht en energie verder een hoogstaand wetenschappelijk Vlaams rechtsleven op te bouwen, dat zal kunnen wedijveren met het beste uit andere landen.

* * *

De blijvende herinnering aan deze feestdag zal het tegenwoordig jubileumnummer zijn, dat ter gelegenheid van de viering wordt uitgegeven.

De redactie is grote dank verschuldigd aan de talrijke vooraanstaande juristen, die met een spontaneïteit en een welwillendheid, die ons diep hebben ontroerd, onmiddellijk bereid werden gevonden uiterst belangrijke wetenschappelijke bijdragen voor dit feestnummer te bezorgen.

Dat ook meerdere van de besten onder de Noord-Nederlandse juristen zo vriendelijk waren aan dit feestnummer mede te werken en er hoogst merkwaardige studiën in te publiceren, stemt ons tot grote erkentelijkheid.

Het « Rechtskundig Weekblad » heeft altijd met volle overtuiging op het standpunt gestaan dat er, op cultureel gebied, geen grens loopt tussen het Noorden en het Zuiden en dat Vlaanderen ontzaglijk veel kan putten uit de rijkdom der zo hoogstaande Noord-Nederlandse rechtswetenschap. Regelmatig werd de aandacht van onze lezers gevestigd op de belangrijkste manifestaties van het rechtsleven bij onze noorderburen en talrijke Nederlandse juristen hebben, in het besef van de culturele saamhorigheid van onze gemeenschappelijke stam, regelmatig aan het « Rechtskundig Weekblad » medegewerkt.

Door deze gelukkige samenwerking werd niet alleen de standing van dit feestnummer in aanzienlijke mate verhoogd, doch werd tevens de weg gewezen naar de toekomst, waar een steeds nauwere verstandhouding tussen Noord en Zuid niet enkel ligt in de lijn der noodzakelijkheden, maar tevens in deze van de broederlijke verknochtheid die zich, met de jaren, steeds meer tussen Vlaamse en Nederlandse juristen heeft ontwikkeld. Hun arbeid zal onontbeerlijk zijn ter handhaving en ter verdediging van onze gemeenschappelijke Nederlandse moedertaal in de schoot der belangrijke nieuwe organismen die zich in het jonge Europa ontwikkelen.

* * *

Elke medewerker aan dit jubileumnummer heeft een onderwerp behandeld op het gebied zijner specialiteit. Wij hebben gemeend deze bijdragen te moeten groeperen onder enkele hoofdstukken, die de grote takken van het recht vertegenwoordigen. In elk hoofdstuk werden de studiën geklasseerd volgens het meer algemeen of meer speciaal karakter van het behandelde onderwerp.

* * *

Moge dit feestnummer voor velen een kostbaar en aangenaam bezit blijven !

René VICTOR

1. VLAAMS RECHTSLEVEN

NAAR DE INVOERING VAN DE NEDERLANDSE TEKST VAN ONZE WETBOEKEN

door

Prof. Emile VAN DIEVOET

Em. Hoogleraar aan de Universiteit te Leuven.
Lid van de Koninklijke Vlaamse Academie voor Wetenschappen.
Oud-Minister van Justitie.

In het Belgisch Staatsblad van 18 mei j.l. verscheen de wet van 30 december 1961 tot invoering van de Nederlandse tekst van het Burgerlijk Wetboek. Die tekst is rechtsgeldig en met de Franse gelijkwaardig. De bestaande officiële Nederlandse versie van de bepalingen die na de wet van 18 april 1898 het wetboek hebben gewijzigd of aangevuld en waarvoor een nieuwe verbeterde redactie is opgenomen, wordt door deze redactie vervangen.

De betekenis van de hervorming wordt duidelijk omschreven in het derde lid van het enige artikel van de wet, dat luidt als volgt : « Twistvragen gegrond op het verschil tussen de Nederlandse en de Franse teksten worden beslist naar de wil van de Wetgever, die bepaald wordt volgens de gewone interpretatieregelen, *zonder voorrang van de ene tekst op de andere* ».

Er is waarschijnlijk in de geschiedenis van het Vlaamse rechtsherstel geen tweede voorbeeld te vinden van een hervorming die op zo rustige wijze is tot stand gekomen als deze, zonder luidruchtige eisen, zonder manifestaties, en met de algemene goedkeuring van de leden van het Parlement.

Hoe is dit zo kunnen gaan ? De tijden waren rijp en iedere tegenstand, zelfs ieder bezwaar, is achterwege gebleven. Niemand is opgestaan om zich ertegen te verzetten dat de bepalingen van het wetboek van 1804 voortaan zullen worden geïnterpreteerd, mede met inachtneming van de Nederlandse versie van 1962. Niemand heeft het verkeerd geacht dat de officiële Nederlandse teksten van na 1898 een nieuwe, verbeterde redactie hebben gekregen, die in de plaats is getreden van de vorige. Algemene instemming en... lof voor het werk van de Commissie die de tekst heeft voorbereid.

De omstandigheden waren gunstig. Bij de bespreking van de wijzigingen die in de Grondwet zouden worden aangebracht kwam de heer Fayat, volksvertegenwoordiger, thans minister, op de gelukkige gedachte, aan het Parlement de volgende teksten voor te stellen : « De Belgische Grondwet is in het Nederlands en in het Frans gesteld » en « Er bestaat reden tot herziening van alle artikelen doch uitsluitend om *de Nederlandse tekst van de Grondwet vast te leggen* ». Zijn voorstel vond algemene instemming in de Kamer en in de Senaat. De intussen opgerichte Commissie tot voorbereiding van de Nederlandse tekst van de Grondwet, de wetboeken en de voornaamste wetten en besluiten, zette zich aan het werk en een Nederlandse tekst kon weldra worden voorgelegd aan de Kamer, die slechts op bepaalde punten kleine wijzigingen aanbracht. De Senaat echter oordeelde dat hij op zijn beurt de tekst moest amenderen, met het ongelukkig gevolg dat het ontwerp naar de Kamer terug moest en dat de verwachte Nederlandse tekst er niet zou komen, want de Kamers werden dadelijk daarna ontbonden en de nieuwe Kamers hadden geen constitutionele bevoegdheid.

Hoe het zij, de gehouden besprekingen hadden bewezen dat de Kamers het eens waren om aan het Vlaamse volk een Grondwet in zijn eigen taal te bezorgen.

Het precedent was voor de invoering van de Nederlandse tekst van de wetboeken niet zonder belang, hoewel toch niet beslissend.

Het overige geschiedde in kleinere kring. Toen de minister van Justitie mij in 1953 verzocht de vroeger bestaande vertalingscommissie opnieuw bijeen te roepen, heb ik geantwoord dat het mij geenszins interesseerde in mijn oude dag nog een aantal vertalingen te helpen tot stand brengen die bij de reeds aanwezige zouden worden gelegd, maar dat ik gaarne bereid was mee te werken aan het voorbereiden van Nederlandse rechtsgeldige teksten.

Toen verscheen een koninklijk besluit waarbij de vertalingscommissie werd afgeschaft en vervangen door een Commissie tot *voorbereiding van de Nederlandse tekst* van de Grondwet, de wetboeken en de voornaamste wetten en besluiten. Die naam werd met opzet zo gekozen. Bij de installatie van de Commissie verklaarde de heer Lilar, minister van Justitie, na ruggespraak met mij, het volgende : « Uw Commissie is geroepen een definitieve vastlegging van de redactie van de wetboeken te bezorgen met het oog op goedkeuring door het Parlement, opdat ook de Nederlandse tekst rechtskracht zou hebben en de gelijkheid tussen het Franstalige en het Nederlandstalige deel van de bevolking zou zijn verwezenlijkt. » En de Minister voegde hieraan toe dat ook de officiële Nederlandse teksten van na 1898 door de Commissie konden worden herzien.

Na het voltooien van de Nederlandse versie van de Grondwet ondernam de Commissie onmiddellijk het grote werk van de voorbereiding van de Nederlandse tekst van het Burgerlijk Wetboek (± 2.400 artikelen). Wanneer deze tekst, in het voorjaar van 1960 klaar gekomen, werd voorgelegd aan de toenmalige minister van Justitie, de heer L. Merchiers, heeft deze dadelijk het wetsontwerp dat nu wet is geworden, bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers ingediend. Hulde dient hem te worden gebracht, alsook aan het Parlement, dat zonder uitstel de tekst met enkele wijzigingen heeft goedgekeurd.

Daarbij werd een vereenvoudigde methode van wetgeving gekozen. Artikel 41 van de Grondwet, zo zei men, verzette er zich niet tegen dat over de hele

Nederlandse tekst van het Burgerlijk Wetboek in eenmaal zou worden gestemd, wanneer die tekst maar onder één artikel zou worden ondergebracht. Aldus geschiedde : « De hiernavolgende bepalingen vormen de Nederlandse tekst van het Burgerlijk Wetboek... », zo luidt het eerste lid van het enige artikel van de wet, en de goedkeuring van dat artikel betekende de goedkeuring van de daarop volgende versie van het Burgerlijk Wetboek in haar geheel.

Het hier geschetste beeld van de gebeurtenissen zou zeer onvolledig zijn, indien ik naliet hulde te brengen aan de leden van de Commissie, rechtsgeleerden en taalkundigen, die, hoe verschillend hun wetenschappelijke vorming ook was, voortdurend in de beste verstandhouding hebben samengewerkt, en aan de secretarissen die, ieder op zijn werkgebied, met kennis van zaken en met volle toewijding, het werk van de Commissie ten zeerste hebben bevorderd.

Tot besluit moge ik nog wijzen op het grote belang van wat hier, in stilte, is tot stand gebracht. Na het Burgerlijk Wetboek komen de overige wetboeken aan de beurt. Geen principiële bezwaren zijn meer te vrezen, noch politieke, noch juridische. En het Parlement heeft, bij zijn onderzoek van de tekst van de Commissie, bewezen dat deze zijn vertrouwen geniet.

Wellicht is het verloop van de feiten al te rustig geweest : de hervorming is bijna onopgemerkt voorbijgegaan. Het Vlaamse volk en zelfs de Vlaamse juristen lijken niet ten volle de grote waarde te beseffen van hetgeen hier in juridisch en in cultureel opzicht is verwezenlijkt en van hetgeen, nu dit eerste resultaat is bereikt, noodzakelijkerwijze zal volgen.

DE EERSTE VERTALINGEN VAN HET BURGERLIJK WETBOEK EN DE NEDERLANDSE RECHTSTAAL

door

Prof. Mr. Egied I. STRUBBE

Hoogleraar aan de Universiteit te Gent.

Lid van de Koninklijke Vlaamse Academie voor Wetenschappen.

De eerste Nederlandse tekst van het Franse Burgerlijk Wetboek (B.W.B.) verscheen te Parijs in het officiële « Bulletin des Lois », op het ogenblik zelf, waarop de Franse tekst van de verschillende wetten werden uitgevaardigd, die in 1804 tot wetboek verenigd zijn (1). Die eerste officiële vertaling is rechtstreeks ontstaan uit de ideologie, die zich in de eerste maanden van de Franse Revolutie heeft doen gelden (2).

Inderdaad in zitting van 11 januari 1790 verzocht de afgevaardigde F. J. Bouchette, advokaat van het toen nog vlaamstalige Sint-Winoksbergen, de officiële goedkeuring door de Nationale Vergadering van de Nederlandse tekst van de wet op de inrichting van de municipaliteiten, die ter bespreking voorlag. Zijn verzoek vond weerklank, want na de tussenkomst van verschillende afgevaardigden, die een gelijke vertaling voor de Fransen, Duitsers, Bretoenen en anderen vroegen, keurde de vergadering een dekreet goed waarin de Uitvoerende Macht verzocht werd niet alleen de wet op de municipaliteiten, maar alle decreten van de Nationale Vergadering in alle tongvallen, die in de verschillende streken van Frankrijk gesproken werden, bekend te maken.

Dit dekreet vertolkte de opvatting van de grote meerderheid van de toenmalige revolutionairen, die daarbij van het beginsel uitgingen dat de wet, die tot eenieder gericht is, ook voor eenieder begrijpelijk moest zijn, en daaruit afleidde dat de wet in een eenvoudige en voor ieder bevattelijke stijl en in de taal van het volk moest opgesteld zijn. Niemand minder dan Mirabeau trad daarbij als woordvoerder op : « De Nationale Vergadering, verklaarde hij, wil de kennis der wetten verspreiden, zij beveelt er de openbare voorlezing van. Men moet ze dus volmaakt bevattelijk maken, men moet ze in een zuivere en volkse stijl opstellen (en style pur et vulgaire). De tijd is gekomen om Frans in de Franse wetten te spreken en de gotische stijl onder het puin van de leenroerigheid te bedelven ». Met « gotische stijl » bedoelde hij het « jargon » waartoe de rechtstaal met zijn vele esoterische vaktermen en uitdrukkingen vervallen was, met « zuivere » stijl, de gewone omgangstaal. De Nationale Vergadering hoopte daarmee de ontvoogding van het volk in de hand te werken, en de zege van de vrijheid te bespoedigen. Hoe snel ook bleek dat het begrijpen van de wetteksten niet alleen van een eenvoudige taal afhing, toch bleef men het ingenomen standpunt handhaven. De vroegere rechtstaal met zijn vele kunsttermen behoorde tot een onherstelbaar verleden. De nieuwe rechtstaal onderging een verjongingskuur, ruimde met versteende jargonvormingen op, en sloot zich in de mate van het mogelijke bij de gewone taal aan. Het keizerrijk zou in dat opzicht op de ingeslagen weg voortgaan, en bij het opstellen van de « Code Civil » adelsbrieven aan de nieuwe rechtstaal verlenen (3).

Met de bekendmaking van de wet in de volkstalen had het een ander verloop : de koning maakte van zijn veto-recht gebruik, en verhinderde aldus de uitvoering van het dekreet. De Nationale Vergadering bleef niettemin bij haar standpunt ; zij wilde niet alleen de vertaling in de vreemde talen, maar bovendien in de verschillende Franse dialekten, en op 20 januari 1791 werd zelfs een vertaaldienst ingericht, die de wetten en decreten in 30 verschillende Franse dialekten vertaalde, en waarvan het werk in het geheel 114 delen in handschrift telde. Die bewerking in dialekt was de logische toepassing van het beginsel dat de wetgever zich in de taal van het volk moest uitdrukken. Ook voor de vreemde talen gold het dialektsprincipe, zo vroeg het Moeseldepartement een vertaling in het « idiome incorrect, usité dans les parties allemandes de ce département ».

Niet alle revolutionairen dreven de logica tot dat uiterste ; vooral deze uit de provincies waren beslist tegenstanders van het dialekt. Zij beschouwden het als « het graf van het onderwijs », en als een « hinderpaal van de vestiging van de gelijkheid ». Zij deden vooral gelden dat het algemeen beschaafd alle Fran-

sen tot een eenvoelend volk zou maken, en proclameerden : « Frankrijk, dat maar een familie van broeders en gelijken meer kent, vraagt een en dezelfde taal ». Zij bekommerden zich minder om de verlichting van het volk dan om het aanvuren van het nationaal gevoel.

De voorstanders van het nationaal gevoel haalden het weldra. Reeds de centralisatie, waartoe dezelfde Nationale Vergadering na enige aarzeling besloot, betekende de veroordeling van het vroeger aanvaarde dialektprincipe. Het offensief tegen het dialekt, aldus reeds in de Wetgevende Vergadering ingezet, werd onder de Conventie bijzonder krachtig. Het heette nu dat « de plaatselijke tongval de laatste schakel was van de verfoeilijke keten waarmede de dwingelandij het volk gekluisterd had gehouden », en H. Grégoire, de voorvechter van het beschaafd, brandmerkte op 4 juni 1792 de dialekten als « brabbeltalen (jargons) die de overblijfsels zijn van de feodaliteit en de monumenten van de slavernij » ; hij predikte het alleengebruik van het Frans « als de enige en onveranderlijke taal van de vrijheid » (4). Reeds enkele maanden vroeger, op 27 januari 1794, had hij een dekreet doen goedkeuren dat voorschreef in ieder gemeente, waar het Frans de voertaal niet was, een leraar in het Frans lessen te doen geven, die voor alle « jonge burgers » verplichtend zouden zijn.

Na de val van Robespierre, komt een bezadigde taalpolitiek aan de beurt. Het dialekt blijft veroordeeld, maar de vreemde talen worden als rechtmatig erkend. Op initiatief van de Elzasser Rühl wordt beslist te Parijs een vertaaldienst in te richten, belast met de vertaling en de uitvaardiging in het Duits van alle nieuwe Franse wetten. Het « Bulletin des Lois », dat tot dan toe alleen in het Frans was uitgegeven, had voortaan ook een Frans-Duitse uitgave. Weldra komt een derde uitgave, een Frans-Italiaanse, tot stand.

Van een Frans-Vlaams « Bulletin » is daarentegen geen spraak ; dat is begrijpelijk. Op dat ogenblik immers wordt het Vlaams in een, naar Franse verhoudingen, gering grensgebied van het Noorderdepartement, en uitsluitend als volkstaal, gesproken ; alwie in dat Vlaamse gebied enige ontwikkeling had, kende en sprak Frans, alwie enig boek van literaire of wetenschappelijke aard wilde lezen, greep naar het Frans. Bezien van uit Parijs, was er geen reden om aan die streektaal een beter lot toe te kennen dan aan het Bretoens, het Provencaals of het Baskisch.

Op 1 oktober 1795 werden de Zuidelijke Nederlanden officieel bij de Republiek ingelijfd ; daarmede was men te Parijs voor het Vlaamse taalprobleem gesteld. Reeds onmiddellijk werd dat probleem onder ogen genomen, en het duurde geen veertien dagen of de eerste beslissing viel. Op 13 oktober 1795 immers besliste het Directoire de wetten en besluiten uitsluitend in het Frans toe te sturen, maar machtigde de arrondissementsbesturen, die weldra departementale besturen werden, de teksten in het Vlaams te vertalen en ook in die taal bekend te maken. De getroffen maatregel was geheel in overeenstemming met de gematigde taalpolitiek, die na de val van Robespierre de bovenhand te Parijs had gehaald : het beginsel van het eentalig Frans was verzekerd, en tevens werd aan de behoeften van de vreemdtalige onderdanen tegemoet gekomen. De vertaling werd als regionale aangelegenheid behandeld, en daarom aan de departementen overgelaten.

Voor de Vlaamse rechtstaal had die regeling verschillende bezwaren : ieder departement moest voor een eigen vertaaldienst zorgen, en bij gebrek aan vaste taaleenheid, namen de dialektvormen uitbreiding in de taal. Of men te Parijs op de hoogte was van die dialektvorming in de vertaalde teksten, is onbekend : in de ogen van de politieke leiders te Parijs zou het gevaar van verbrokkeling van het Vlaams eerder een voordeel dan een nadeel geweest zijn.

Ook bij de voorstanders van de Franse Omwenteling in de Zuidelijke Nederlanden heeft dat verbrokkelingsgevaar wellicht niet zeer zwaar gewogen. Voor vele revolutionairen, ook in Vlaanderen, immers, was het Frans de taal van de vrijheid, de beschaving en de vooruitgang, de taal der toekomst, terwijl het Vlaams hun als een brabbeltaal toescheen, die alleen goed was voor ongeletterden en onbeschaafde werklieden of bekrompen en bijgelovige boeren. Niet allen nochtans hielden er die vooringenomen opvatting op na : enkelen onder hen hadden onderscheidingsvermogen genoeg om niet blindelings alles te beamen wat te Parijs als waarheid voorgehouden en als leer verkondigd werd. Zij waren scherpzinnig genoeg en hadden voldoende levenservaring om de revolutionaire idealen te scheiden van de imperialistische strevingen, die na de eerste roes van de revolutie, te Parijs wakker geworden waren. Revolutionair, maar anti-imperialistisch was hun onwrikbaar standpunt.

Onder dezen zijn de St.-Truidenaar Karel Lambrechts en de Antwerpenaar N. Cornelissen de meest bekende figuren.

De merkwaardigde is K. Lambrechts (5). Geboren in de hoofdstad van Haspengouw in 1753, als de zoon van een Hollandse kolonel en een Naamse moeder, studeerde hij de rechten te Leuven. Hij werd er, pas 24 jaar oud, in 1777 hoogleraar, en bekleedde naderhand tot tweemaal toe het ambt van rector. Bij het uitbreken van de Brabantse Omwenteling sloot hij zich bij de opstandelingen aan, en werd natuurlijk uit zijn hoogleraarsambt ontslagen. De Franse Omwenteling vond in hem een overtuigde aanhanger ; in 1794 neemt hij zitting in het Centraal bestuur van de Belgische Republiek, en op 15 november 1795 wordt hij commissaris van het Directoire van het Dijledepartement. Hij neemt rang onder de leiders van de revolutionairen in ons land. In september 1796 brengt hij het tot minister van Justitie van de Franse Republiek. Met hem komt een vlaamstalige minister aan het hoofd van de Justitie in Frankrijk. De revolutionaire idealen, die diep in hem geworteld waren, en waaraan hij met hart en ziel verknocht was, staan de eerbied voor zijn moedertaal niet in de weg. Het jaar na zijn aanstelling tot minister heeft hij de nodige maatregelen getroffen om tot de publicatie van de officiële Vlaamse tekst van de Franse wetten te komen. Op 6 november 1797 inderdaad, neemt het Directoire, op zijn initiatief, het besluit een dienst te Parijs in te richten met de opdracht een tweetalig Frans-Vlaams « Bulletin des Lois-Bulletin der Wetten » uit te geven (6). Het eerste nummer verscheen op 25 oktober 1797 (4 Brumaire jaar 6), doch werd naderhand aangevuld met een eentalig Vlaams « Bulletin » dat vermoedelijk de tekst van de wetten sedert het begin van het jaar 6 (22 september 1797) bevatte (7). Daarmede was opgeruimd met de gewestelijke vertalingen, die door ieder departementaal bestuur in de dialektgekleurde taal van de streek waren ondernomen : voortaan bestond eenheid van rechtstaal ten behoeve van de nieuwe staatsinrichting.

Het « Bulletin der Wetten » bleef in stand, ook nadat K. Lambrechts in juni 1799 ontslag als minister had genomen, en naar België terugkwam om er het ambt van administrateur van het Dijledepartement waar te nemen, senator te worden in oktober 1799,

en het te brengen tot graaf van het keizerrijk. Nog eenmaal zou hij een ogenblik van roem kennen : hij is het, die op 2 april 1814 door de Franse Senaat belast werd met de redactie van het besluit dat de afstand van Napoleon bekrachtigde. Na 1814 bleef hij te Parijs, werd er zelfs lid van de Kamer der afgevaardigden, en overleed er in 1823.

Hij had bij het inrichten van de vertaaldienst in 1797 op de werkdadige hulp kunnen rekenen van Norbert Cornelissen (8). Deze, geboren te Antwerpen in 1769, was te Leuven student, vermoedelijk van K. Lambrechts, toen in 1788 de Brabantse Omwenteling uitbrak. Hij volgde het voorbeeld van zijn leermeester, en sloot zich bij de opstandelingen aan. Na het einde van de opstand, nam hij dienst als klerk in een handelshuis, vertrok naderhand naar Rome, doch kwam weldra naar ons land terug. Hij sluit er zich onmiddellijk bij de Franse revolutionairen aan, en wordt in 1794 vertaler benoemd in de afdeling Openbaar Onderwijs van Brussel. In het begin van 1795 wordt hij met nog anderen, waaronder N.J. Rouppe, de latere burgemeester van Brussel, naar de « Ecole Normale » te Parijs gestuurd, om er gedurende vier maanden een scholing in de revolutionaire ideologie te ondergaan. Hij komt terug naar Brussel en wordt er hoofd van de afdeling die hij enkele maanden vroeger als klerk had verlaten ; blijkbaar heeft hij die bevordering eveneens aan Lambrechts te danken, die op dat ogenblik deel uitmaakt van het Centraal bestuur van België. Nog hetzelfde jaar wordt hij sekretaris van het Dijledepartement, waarvan Lambrechts commissaris is geworden. Op 14 maart 1796 weigert hij de benoeming tot griffier van de burgerlijke rechtbank te Antwerpen, en aanvaardt op verzoek van Lambrechts het ambt van hoofdredacteur van « Le Républicain du Nord », het revolutionaire blad van Brussel. Daar blijft hij slechts korte tijd, want Lambrechts, die tot minister van Justitie benoemd is, neemt hem als sekretaris naar Parijs mede. In de Franse hoofdstad is hij weldra betrokken in de oprichting van de Vlaamse vertaaldienst, waarvan hij ten andere de ziel en de leider is. Hij blijft daar werkzaam tot in 1799 wanneer Lambrechts als minister aftreedt. Bij zijn terugkeer naar België gaat hij zich te Gent vestigen, waar hem de plaats van sekretaris van de Commissie van de Uitvoerende Macht bij de stad bezorgd werd. In 1800, toen die Commissie omvormd wordt, en als afdeling van Openbare Veiligheid een stadsdienst geworden is, blijft hij als bureelhoofd aan die dienst, het orgaan van de beruchte politie van Napoleon, verbonden. Hij heeft zich daarbij blijkbaar tegemoetkomend tegenover zijn medeburgers getoond, want na de val van Napoleon blijft hij in functie.

In 1817 wordt hij door koning Willem I, bij de oprichting van de universiteit te Gent, tot adjunct-secretaris benoemd, en in 1821 tot secretaris-inspecteur bevorderd. Hij blijft dat leidende bestuurlijk ambt aan de universiteit waarnemen tot hij in 1835 op rust wordt gesteld. Hij overleed te Gent op 31 juli 1849.

Te Gent legde hij een grote literaire bedrijvigheid aan de dag. Belangrijk is niet dat die man, evenals zovelen in die wisselvallige tijden, zich onder zo verschillende bewindvoerders heeft weten te handhaven, maar dat hij zijn revolutionaire idealen trouw is gebleven. Die idealen zijn deze van de eerste jaren van de Revolutie, toen men streed voor de vrijheid tegen machtsmisbruik en dwingelandij en voor de ontvoogding door opvoeding en onderwijs. Tekenend is het dat hij, als leraar aan de « Ecole Centrale » met het onderwijs in de geschiedenis belast, de figuur van Jacob van Artevelde voor het eerst naar voren brengt, en hem als de revolutionaire held in de Vlaamse geschiedenis ophemelt. De grote Gentse volksleider was inderdaad een man naar zijn hart : niet alleen opstandeling in dienst van het volk tegen het wettige grafelijke gezag, maar bovendien nationale Vlaamse held. Evenals bij K. Lambrechts, en wellicht in nog grotere mate dan bij deze, waren bij N. Cornelissen de Franse revolutionaire denkbeelden niet in tegenstrijd met het behoud van zijn eigen taal; hij achtte de volksontvoogding alleen door de taal van het volk doelmatig. Het Vlaams moest ten dienste gesteld worden van de revolutie ; het had in het nieuwe staatsbestel een wezenlijke rol te vervullen.

Het is in het licht van die opvatting dat de Vlaamse uitgave van de Franse Wetten moet gezien worden. Als taal voor die wetten was vanzelfsprekend niet alleen het dialekt uitgesloten, maar ook de bestaande rechtstaal, die als esoterisch jargon onbegrijpelijk was voor het volk (9). Alleen de gewone taal, die ongehinderd tot het volk kon doordringen, kwam in aanmerking. Het was echter in de gegeven omstandigheden geen gemakkelijke taak, een passende taal voor de wetten te vinden, want enerzijds was de spreektaal uitsluitend dialekt, en anderzijds was de schrijftaal die door de dichters, rederijkers en andere letterkundigen werd gebruikt, zo opgeschroefd en kunstmatig dat er geen spraak kon zijn deze voor de wetten in te voeren. Men wilde een levende taal, en sedert de scheiding tussen Noord en Zuid waren beide delen van de Nederlanden inzake taal, hoe langer hoe verder van elkaar uiteen gegaan, zodat er eigenlijk niets anders overbleef dan een soort nieuwe taal te scheppen, door een compromis tussen het Vlaams en het Brabants ; men kwam er aldus toe de dialekten door een gemeenzame streektaal, het algemeen Vlaams te vervangen.

Met dit algemeen Vlaams waren de moeilijkheden evenwel niet opgelost. Het afwijzen van de oude rechtstaal dat « quaet duits en vals latijn », zoals zij gescholden werd, betekende de veroordeling van de ontelbare bastaardwoorden, die als vaktermen dienst deden, en liet een leemte na, die moeilijk aan te vullen was. De vertalers hebben hun heil gezocht in het overnemen van gewone volkswoorden en, waar die ontbraken, door het invoeren van bastaardwoorden die zij uit de Franse tekst afleidden. Het gevolg was een Vlaams doorspekt met een overvloed van Franse bastaardwoorden, en bovendien, onvermijdelijke tol van haastig vertaalwerk, vol gallicismen. Dat Vlaams was ongetwijfeld een naar ons gevoel onhebbelijke taal met Franse zinswendingen, maar het onderscheidde zich niet, zelfs door haar bastaardwoorden, van de gewone schrijftaal zoals die toen in Vlaanderen gebruikt was. Die schrijftaal ook immers had zich onder de druk van de ingrijpende politieke en sociale omstandigheden, van de traditionele vorm losgemaakt, en zich dichter bij de spreektaal aangesloten. Zij was daarmee in volle deining geraakt, en vaste vormen aan het zoeken. Ook voor de rechtstaal was dat het geval ; de vertalingen, zelfs en vooral de officiële, voldoen niet, en men schrikt er niet voor terug de officiële vertaling van het Burgerlijk Wetboek aan herziening te onderwerpen.

De eerste, die zich aan die taak zet, is N. Cornelissen ; hij liet die « verbeterde » tekst, samen met de Franse tekst, in 1806 te Gent bij A.B. Steven, de drukker-uitgever van het Scheldedepartement, verschijnen (10). Bij de herziening heeft hij blijkbaar in de eerste plaats gestreefd naar eenvormigheid in de rechtsterminologie. Waar de officiële vertaling voor hetzelfde Franse rechtswoord verschillende woorden had aangewend, gebruikte hij steeds hetzelfde Vlaams woord, zonder

daarbij aan purisme te doen. Zo vertaalt hij « disposition » overal door « schikking », waar de officiële vertaling soms « dispositie » heeft, of gebruikt bij «domicilie» waar de officiële vertaling ook « verblijfplaats » heeft. Het was hem in de rechtstaal in de eerste plaats om een ondubbelzinnige terminologie te doen. Opvallend is is het daarbij dat hij zich praktisch niet bij de vroegere Vlaamse rechtsterminologie aansluit; dat zal minder het gevolg zijn van een afkeer voor de traditionele Vlaamse rechtstaal, dan wel van een onbekendheid ermede. Hij is immers nooit in de rechtspraktijk werkzaam geweest, en had zelfs geen juridische opleiding genoten.

Op het ogenblik zelf waarop de eerste uitgave van zijn vertaling bij A.B. Steven verscheen kwam er een andere Gentse drukker, F.J. Bogaert, eveneens met een nieuwe vertaling van dezelfde tekst voor de dag. Zij was het werk van P.J. Lorio, die omstreeks 1760 te Gent geboren, er in 1801 als openbare schrijver vermeld is, en op 20 oktober 1804 tot stadsbediende werd benoemd, en wel in de afdeling, waarvan N. Cornelissen bureelhoofd was. Reeds het jaar daarna wordt hij tot onder-bureelhoofd bevorderd, en is aldus rechtstreekse medewerker van N. Cornelissen geworden. In 1807 op het ogenblik van de bewerking van het Burgerlijk Wetboek is hij dat nog steeds. Blijkbaar weet en vermoedt N. Cornelissen zelfs niet, dat zijn ondergeschikte een nieuwe Vlaamse tekst van dat wetboek bewerkt. Pas wanneer de uitgave, waarin Lorio zich als « élève en législation de la ci-devant Ecole centrale du département de l'Escaut » aangeeft, verschenen is, gaan zijn ogen open ; hij voelt zich bestolen, en aarzelt geen ogenblik Lorio wegens plagiaat bij het gerecht aan te klagen.

De zaak wordt blijkbaar ten zijnen gunste uitgesproken, want in 1811 ziet Lorio zich gedwongen zijn ontslag bij het stadsbestuur in te dienen ; op 1 juli wordt hij uit de stadsdienst ontslagen, en verhuist naar Aalst. In tegenstelling met Cornelissen die op een geijkte rechtstaal aanstuurde, geeft Lorio de voorkeur aan de volkstaal; in een woord vooraf verklaart hij inderdaad « voor de personen van het plat land » te schrijven en de voorkeur aan de bastaardwoorden te geven « als beter te pas komende en meer in de gewoonte zijnde onder de wetkundige en practizijns, dan de vlaemsche, die doorgaens in geen gebruyk zijn in de pratijke », want hij heeft « liever dat men zegt : het is geen vlaemsch, dan dat men zoude zeggen : het is vlaemsch dat wij niet verstaen ». Daarom vermijdt hij de « hoogdravende woorden die ten meerderen deele zoo onverstaenbaer zijn dan de franse woorden zelfs ». Blijkbaar leeft Lorio nog in de waan van de eerste revolutiejaren, toen men droomde van een rechtstaal die ook voor de gemene man verstaanbaar zou zijn, een ideaal waarvan Cornelissen, door de ervaring geleerd, de ijdelheid had ingezien.

Hoe verschillend ook het standpunt was, dat Cornelissen en Lorio bij de vertaling hadden ingenomen, toch gaven hun beider uitgaven in hoofdzaak de tekst van de officiële vertaling van het « Bulletin der Wetten » weer. Die laatste tekst legde dan ook de grondslag voor de nieuwe rechtstaal, en voltrok de breuk tussen de traditionele en de nieuwe terminologie in ons land.

Op het ogenblik dat die beide nieuwe vertalingen te Gent verschenen, onderging de rechtstaal in de Verenigde Provinciën een grondige wijziging (11). Ook daar hadden de gebeurtenissen beroering gebracht. In 1807 had Johan van der Linden op last van koning Lodewijk-Napoleon een « Ontwerp van Burgerlijk Wetboek » opgesteld. Daarbij had hij zich, wat de rechtstaal betreft op het standpunt geplaatst « dat men zoveel mogelijk zuiver Hollandsch moet spreken, maar evenwel niet geheel ter zijde stellen de onduitsche woorden, welke het gebruik door het publiek meer verstaanbaar gemaakt heeft » (12). In die laatste woorden vooral erkent men de jurist met praktische ervaring ; Van der Linden was inderdaad toen reeds meer dan 30 jaar als advokaat eerst te 's Gravenhage, later te Amsterdam werkzaam, en de oude rechtstaal had voor hem geen geheimen. Hij zag echter in dat men de rechtstaal aan de strekking van de nieuwe tijd moest aanpassen, en daartoe aansluiting zoeken bij de gewone omgangstaal. Daarmede opende hij de weg naar het verhollandsen van de rechtstaal, maar onder behoud van de traditionele bastaardwoorden. Hoewel het « Ontwerp Van der Linden » niet tot wet werd, heeft het een fundamentele invloed op de latere rechtstaal uitgeoefend ; het diende immers in taalopzicht tot voorbeeld van het Wetboek Lodewijk-Napoleon.

Met de uitvaardiging van dat wetboek is de nieuwe rechtstaal in Nederland officieel bekrachtigd. Hier geldt het immers geen vertaling, maar een originele, door de wet zelf vastgelegde taal. Die taal is wezenlijk Hollands en wijkt in aanzienlijke mate af van het Vlaams dat zich in het « Bulletin der Wetten » en de vertalingen van het Burgerlijk Wetboek had ontwikkeld. De verjonging van de rechtstaal in het Zuiden en in het Noorden had aldus een einde gesteld aan de eenvormigheid van de traditionele Nederlandse rechtstaal, en er de dualiteit ingevoerd, die zich sedert de scheiding tussen Noord en Zuid in de spreektaal had ontwikkeld. Geen duidelijker bewijs van de vervreemding tussen de beide nieuwe Nederlandse rechtstalen, dan de ontwikkeling na de inlijving van het koninkrijk Holland bij het keizerrijk in 1810. Die inlijving bracht het vervangen van het Wetboek Lodewijk-Napoleon door het « Code Napoléon » mede. Hoewel er van het Franse Burgerlijk Wetboek, een officiële Vlaamse vertaling en bovendien nog twee andere Vlaamse teksten voorhanden waren, heeft men er geen ogenblik aan gedacht de Vlaamse tekst in Holland in te voeren. Integendeel er werd opdracht gegeven aan Vander Linden en J.C. d'Engelbronner een vertaling van het « Code Napoléon » voor Holland te bezorgen, zoals er naast het Frans-Vlaamse een Frans-Hollands « Bulletin der Wetten » werd uitgegeven (13). Prof. dr. E. van Dievoet meent op goede gronden dat de vertaling van het Burgerlijk Wetboek in hoofdzaak het werk is van d'Engelbronner, die rijkelijk gebruik gemaakt heeft van het Wetboek Lodewijk-Napoleon, waarvan vele artikels overeenstemden met het « Code Napoléon » (14). Hoe het zij, de vertaling van het Burgerlijk Wetboek, die in 1810 bij J. Allard te Amsterdam verscheen, bevestigde definitief de scheiding van de Nederlandse rechtstaal, want, hoewel de Hollandse vertaling onder het Hollands bewind ook in België verspreid, en zelfs in 1823, lichtelijk gewijzigd, te Brussel opnieuw uitgegeven werd, bleef zij in de toen bijna uitsluitend franstalige rechtspraktijk van ons land praktisch zonder invloed, zelfs al poogde H. Spruyt door de uitgave van een Frans-Nederlands rechtswoordenboek de verspreiding hier te lande te bevorderen van «les éléments du langage de la jurisprudence, tels qu'ils sont employés dans la partie septentrionale » (15).

De vervreemding tussen Noord en Zuid inzake rechtstaal is van dat ogenblik af een voldongen feit. Ook wanneer K. Ledeganck in 1839 op zijn beurt de vertaling van het Burgerlijk Wetboek ondernam, heeft hij, hoewel hij er geen gewag van maakte, de vertaling Lorio tot grondslag genomen, doch alle bastaardwoorden vervangen door « echt Nederduitse rechtstermen », waarvan hij de meeste zelf heeft gevormd. In werke-

lijkheid dreef het taalpurisme hem nog verder op de weg die de Vlaamse rechtstaal onder het Franse bewind was opgegaan, en verbreedde hij daardoor aanzienlijk de breuk in de rechtstaal die tussen Nederland en Vlaanderen in het begin van die eeuw was ontstaan.

(1) Vgl. de opgave in : Memorie van Toelichting. Wetsontwerp tot invoering van de Nederlandse tekst van het Burgerlijk Wetboek (Kamer der Volksvert. nr 507 (1959-60) nr 1), blz. 5.

(2) F. BRUNOT, *Histoire de la langue française des origines à 1900.* T. IX, *La Révolution et l'Empire,* 1. *Le français langue nationale.* Parijs, 1927.

(3) E. VAN DIEVOET, *Het Burgerlijke Recht in België en in Nederland van 1800 tot 1940. De Rechtsbronnen.* Antwerpen, 1943, blz. 12-14.

(4) H. GREGOIRE, *Rapport sur la nécessité et les moyens d'anéantir les patois, et d'universaliser l'usage de la langue française.* Convention Nationale, Séance du 16 prairial an II (4 juni 1794). Vgl. verder : M.R. FERDINAND BRUNOT, *Grégoire et la langue française, in : Europe,* dl. XXXIV (Parijs, 1956), blz. 106-115.

(5) Over K. Lambrechts vgl. men het levensbericht in *Biographie Nationale,* dl. XI (Brussel, 1891), kol. 210-216.

(6) Dit besluit, waarvan de tekst zelf bepaalt « ne sera pas imprimé », is niet in het « Bulletin des Lois » opgenomen. Het werd echter gedrukt in « Le Républicain du Nord », het republikeinse blad dat te Brussel verscheen en in nauwe voeling was met K. Lambrechts. De tekst werd herdrukt in *La Belgique Judiciaire,* jg. 53 (Brussel, 1895), kol. 592.

(7) Van het eentalig Vlaams Bulletin is mij slechts het nummer 150 bekend. Het ontbreekt in alle verzamelingen van het « Bulletin der Wetten », die ik heb kunnen raadplegen.

(8) Over N. Cornelissen, vgl. *Biographie Nationale,* de IV (Brussel 1873), kol. 400-404, en A.J.J. VAN DE VELDE, *Norbert Cornelissen en zijn tijd,* in : Versl. en Meded. v.d. Kon. Vl. Akad. voor Taal (Gent 1952), blz. 847-881.

(9) Reeds in 1777 was W. Schorer, voorzitter van de Raad van Vlaanderen te Middelburg, in volgende woorden tegen de esoterische rechtstaal uitgevaren : « de alleronverstaanbaarste konsttermen, die de spreker zelve bijwijlen niet verstaat, worden met veel arrogantie uitgebromt ». De Nederlandse rechtsterminologie was toen nagenoeg dezelfde in Nederland en in Vlaanderen.

(10) Die vertaling verscheen zonder naam van de bewerker (vgl. Memorie van Toelichting, vermeld in noot 1, blz. 6), doch is zonder twijfel van N. Cornelissen, zoals duidelijk blijkt uit een schrijven van deze aan K. Lambrechts, dd. 6 juni 1807, op de Universiteitsbibliotheek te Gent, nr. G. 6212, blz. 256.

(11) Vgl. over de ontwikkeling in Nederland : J. W. BOSCH, *Nederlandse Vertalingen van Franse Wetten en werken van Franse juristen in de jaren 1810-1813. Enkele inleidende aantekeningen,* in : Tijdschr. voor Rechtsgesch., dl. XXV (Groningen, 1957), blz. 345-384, waar men bovendien een overzicht vindt van de vertalingen in Vlaanderen.

(12) E. VAN DIEVOET, *Het Burgerlijke Recht, a.w.,* blz. 17.

(13) Dit « Bulletin » werd uitgegeven ingevolge het dekreet van 7 juli 1811, dat voorschreef de Franse wetten te vertalen « à Paris, en langue hollandaise » (Bull. des Lois, 4e Sér., nr 379, loi nr 7092).

(14) E. VAN DIEVOET, *Over de taal en de vorm van het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek,* in : Album Verdeyen, Brussel, 1943.

(15) (H. SPRUYT) *Dictionnaire portatif français-hollandais des termes de droit les plus usités en matière civile, criminelle et commerciale.* Brussel, 1820, blz; VII-VIII. Dit woordenboek dat naamloos verscheen, is van de hand van H. Spruyt (1782-1843), zoals blijkt uit de eigenhandige opdracht in het exemplaar in mijn bezit.

DERTIG JAAR GELEDEN

door

Mr. Emile OOMS

Oud-Stafhouder der Balie van Antwerpen.

Naar aanleiding van de viering van het afsluiten van de 25ste jaargang van het R.W., heb ik in mijn archief een paar oude dossiers van onder het stof opgedolven en ter hand genomen.

Geleidelijk aan ben ik opnieuw in de geestesgesteltenis en de gemoedstoestand van die — we mogen het vandaag, 30 jaar later erkennen — heroïsche tijd gekomen.

Het R.W. werd geboren in de schoot van de Vlaamse Conferentie bij de Balie te Antwerpen. Haar oprichters waren : Mrs. Jules Franck, Herman De Jongh, Louis Elebaers, John Stockmans, René Victor, Ignace Van den Brande, Fernand Collin, Emiel Ooms en Gaston Craen, die allen een rol in de Vlaamse Conferentie hadden gespeeld of nog zouden spelen, de enen als Voorzitter, de anderen als openingsredenaar. Aan hun hoofd stelde zich Mr. Ferdinand Zech, de Stafhouder van de Balie en tevens Oud-Voorzitter van de Vlaamse Conferentie.

Op het einde van het gerechtelijk jaar 1930-31 kwam het plan tot volle rijpheid. Mr. Herman De Jongh was alsdan voorzitter van de Conferentie.

Het jaar daarop, wanneer het werd uitgevoerd en naar buiten uit optrad, was Mr. Jules Franck Voorzitter.

Mr. René Victor was zopas ondervoorzitter geweest en Mrs. John Stockmans en Ignace Van den Brande hadden het secretariaat waargenomen, terwijl ze ook als openingsredenaars waren opgetreden, zoals ten andere ook Mr. Louis Elebaers in het begin van hetzelfde jaar en Mr. Fernand Collin het zou doen in het begin van het volgende jaar.

Later zouden daar nog anderen aan toegevoegd worden : op 19-10-1932 Mr. Jozef Stryckers, en op 16-1-1934 Mr. Herman Jacob secretaris, en Mr. Joseph Van Cuyck, later ondervoorzitter en voorzitter van de Vlaamse Conferentie.

Veel zorg werd er besteed aan de juridische vorm waaronder de groep zou optreden. Er werd beslist een vereniging zonder winstoogmerken op te richten. Nadat er reeds vergaderd was einde juni 1931, en op 9 juli, 23 juli en 31 juli daaropvolgende, werd er de 4e augustus 1931 overgegaan tot de ondertekening van de statuten-overeenkomst. Deze statuten verschenen in de bijlagen tot het Belgisch Staatsblad van 22 augustus 1931, onder het nr. 979.

De wijzigingen aan de statuten, de benoemingen van de beheerders werden regelmatig gepubliceerd tot in 1946 ; de benoemingen van 13 juli 1946 zijn de laatst bekendgemaakte. Toen hadden Mrs. Jozef Stryckers, Ignace Van den Brande en Herman Jacob hun ontslag als lid van de vereniging aangevraagd. De algemene vergadering van 13 juli 1946 ging op hun verzoek in en aanvaardde hun ontslag.

Lang werd er geaarzeld nopens het formaat waarin het R.W. zou verschijnen. Uiteindelijk werd het formaat van de gewone krant gekozen, hetwelk ook dat van het « Journal des Tribunaux » was.

Spoedig evenwel ervaarde men, door de praktijk, de ongemakken van dit formaat en drie jaar later reeds, in 1934, besliste de Raad van Beheer éénparig over te gaan tot een handiger formaat, hetzelfde waarin het R.W. vandaag nog verschijnt.

Eerst in 1945 zou het « Journal des Tribunaux » volgen.

Druk werd er ook beraadslaagd en onderhandeld met verschillende drukkers. Op 11 september 1931 wordt Mr. Fernand Collin afgevaardigd en gemachtigd om met een drukker een contract af te sluiten. Er wordt evenwel de nadruk op gelegd dat het contract maar voor de duur van één jaar mag worden gesloten.

In het contract dat daarop de 8ste october 1931 wordt gesloten, met de N.V. Drukkerij Mercurius, werd voorzichtigheidshalve voorzien dat de uitgevers van het R.W. te allen tijde het recht hadden, zonder schadevergoeding verschuldigd te zijn, de uitgave van het blad te staken, te schorsen, om de veertien dagen, of zeldzamer, of op minder bladzijden te publiceren.

Wat vandaag, na dertig jaar, een schitterende onderneming blijkt te zijn geweest, was in 1931 een waagstuk ! Toen zou het nog vier jaar duren, vooraleer het rechtsleven in Vlaanderen, door de wet van 15 juni 1935, volledig zou vernederlandst worden.

Die vernederlandsing was toen nog maar alleen een hoop, en al de taaie hardnekkigheid van een Mr. Hendrik Marck, en de stuwkracht van talrijke Vlaamse strijders, en de krachtinspanningen van zovele verenigingen zouden nog nodig zijn vooraleer het einddoel werd bereikt.

De wet van 28 juni 1932 op het gebruik van de talen in de administratie moest toen ook nog worden gestemd, en die op de vernederlandsing van de Rijksuniversiteit te Gent was maar pas op 5-4-1930 ondertekend door de Koning.

Ongetwijfeld, in 1931 was de uitgave van het R.W. meer dan een waagstuk ; het was bijna een roekeloze onderneming.

De uitgave werd dan ook zorgvuldig voorbereid. Het bericht « aan de lezer » waarmede het eerste nummer in de wereld zou worden verstuurd, alsmede het rondschrijven waarbij de uitgave werd aangekondigd, werden in opdracht van de Raad van Beheer geschreven door Mr. René Victor. Zij werden nochtans grondig onderzocht en besproken, door de volledige Raad van Beheer, evenals de eerste drukproef.

Mrs. René Victor en John Stockmans werden op 31 juli 1931 onderscheidelijk tot hoofdopsteller en penningmeester aangesteld, terwijl Mrs. Emiel Ooms en Gaston Craen er mede werden belast het secretariaat waar te nemen.

Op 31 juli 1931 werd er ook beslist op de financiële tussenkomst van de Provinciën Antwerpen en Oost-Vlaanderen (in deze laatste Provincie was een Oud-Voorzitter van de Vlaamse Conferentie, nl. dhr. Karel Weyler, Gouverneur), alsmede van de Stad Antwerpen beroep te doen.

Wijl dit beroep niet ten volle het gewenste resultaat had opgeleverd, beslisten de leden van de Raad van Beheer elk 500 F. bij te dragen om de eerste kosten te kunnen dekken.

Niet alleen financiële steun was er nodig ; ook morele steun en regelmatige medewerking, alsmede « lezers » waren even onmisbaar. Te dien einde werd er beroep gedaan op de hoge bescherming en het morele gezag van Staatsminister Poullet, Ministers Van Dievoet en Van Isacker, advocaat-generaal De Hoon, Raadsheer in het Hof van Cassatie Hodüm, Staatsminister Louis Franck, de Voorzitter van het Militaire Hof Van de Kelder, Staatsminister Dr. Frans Van Cauwelaert, Schepene Hector Lebon, Provincie-Gouverneurs Holvoet en Weyler, Raadsheer De Vos en Prof. Sap.

Talrijke medewerkers in de schoot van elke Balie werden uitgezocht en aangesproken.

Een rondschrijven van de Minister van Justitie van 20 maart 1845, nr. 1594, werd ontdekt, waarbij aan de Griffiers de toelating wordt verleend om afschrift van alle vonnissen, zo op burgerlijk, als op strafrechtelijk gebied gewezen, af te leveren met het oog op de publicatie ervan in een juridisch tijdschrift.

Van bij de aanvang had de onderneming de wind in de zeilen.

Al spoedig bereikte het aantal abonnementen de vijfhonderd. De raad van Beheer kon dit reeds met grote tevredenheid, en met een niet minder grote opluchting, de 26ste november 1931 vieren.

Weldra overtrof het getal der abonnenten de 1.000.

Aanvankelijk hadden de leden van de Raad van Beheer het arbeidsveld onder elkander verdeeld ; elk ontving de bijzondere opdracht om een veertigtal abonnees aan te werven.

Financieel bleek de onderneming eveneens zeer gezond te wezen. Jaarlijks lieten de balansen een batig overschot, hetwelk werd aangewend tot de uitbreiding van het blad en de financiering — gedeeltelijk althans — van de uitgave van juridische boeken.

In 1933 waren de eerste boeken reeds verschenen. De reeks zette in met « Het belang van de Nederlandse Wetenschap voor de Algemene rechtstheorie » door Prof. Mr. René Victor, weldra gevolgd door « Het begrip van het politiek misdrijf in het Belgisch recht » door Prof. Mr. Robert Vandeputte, en « Carl Schmitt » door Victor Leemans. Nog vierenveertig boeken zouden het eerste boek volgen. Zeer vele daarvan zijn uitverkocht.

Het R.W. bemeubelde ook een zaal in het Gerechtsgebouw, hetwelk door de Voorzitter van de rechtbank te zijner beschikking werd gesteld, en zulks ten behoeve van de Vlaamse Conferentie en van de Raad van Beheer van het R.W. zelf.

De beslissing daartoe werd genomen op 4 october 1933.

Er was op twee jaar tijd heel wat weg afgelegd. Het R. W. zat stevig in het zadel. Onverdroten ging het de ingeslagen weg verder op.

Na de vernederlandsing van het Gerecht door de wet van 15 juni 1935, bij de tot standkoming waarvan het R.W. een niet onbelangrijke rol had gespeeld, was de toevoer van gerechtelijke uitspraken, in het Nederlands gesteld, verzekerd.

Met het drukken zelf van het R. W. ondervond de Raad van Beheer na het eerste jaar moeilijkheden.

In de stofferige dossiers komt er een exemplaar voor van de « Moniteur de Commerce Belge », nl. het nr. 32, van 5-8-1932, waarin de lijst van de geprotesteerde wissels afgedrukt is. Onze drukker komt er tot driemaal toe in voor, schoon voor kleinere bedragen. Hoewel we geen handelaars waren, boezemden die protesten toch geen vertrouwen in aan de leden van de Raad van Beheer. Er werd dan ook beslist, het weekblad elders te laten drukken. De keuze viel op « De Vlijt », die tot de rechtmatige voldoening van de Raad van Beheer en van de abonnees ons blad sinds 12-2-33 drukte en heden nog drukt.

Tussen haar en onze Raad van Beheer, en inzonderheid onze hoofdopsteller ontstond er een innige en zeer gelukkige samenwerking.

Ondertussen zet onze Raad van Beheer geregeld zijn werkzaamheden voort en onderzoekt jaarlijks de rekeningen, en keurt dezelfde goed.

Het eigenaardige in de V.Z.W. « Het Rechtskundig Weekblad » is wel dat ze evenveel beheerders als leden telt. Dat heeft evenwel nooit aanleiding tot moeilijkheden gegeven. Integendeel, de beslissingen van de Raad van Beheer werden altijd goedgekeurd door de algemene vergadering van de leden. Het kon ook niet anders.

In rechte en in feite waren daar misschien wel bezwaren tegen in te brengen. Het was dan ook niet te verwonderen dat er een voorstander werd gevonden om de bestaande toestand te wijzigen. Op de algemene vergadering van 1 juli 1936 werd er door een lid voorgesteld het aantal beheerders te verminderen. Met algemene stemmen, min één, die van de indiener natuurlijk, werd het voorstel verworpen.

In feite berustte evenwel de leiding bij de hoofdopsteller Mr. René Victor en bij de penningmeester Mr. John Stockmans en, na diens overlijden, bij de eerste alleen en volledig.

Een laatste maal komt de Raad van Beheer nog te zamen de 13e juli 1946. Daarna heeft hij zijn werkzaamheden gestaakt en de beheerders zijn in feite beheerders ter ere. Maar het R. W. vervolgt gestadig en regelmatig zijn weg, dank zij de onverwoestbare werkkracht en de onbegrensde toewijding van zijn hoofdopsteller Mr. René Victor, die zelfs tijdens diens Stafhouderschap van 1952 tot 1954 het hoofdopstellerschap en het beheer van het R. W. niet uit handen heeft gegeven, maar het steeds met dezelfde zorg en nauwgezette regelmatigheid heeft waargenomen.

Ondertussen zijn verschillende beheerders ons ongelukkig ontvallen. Ontvallen aan ons weekblad en ook ontvallen aan onze vriendschap, want de samenwerking gedurende moeilijke en lange jaren heeft nauwe vriendschapsbanden gesmeed.

De eerste die ons ontviel was Stafhouder Mr. Ferdinand Zech ; in januari 1939 overleed hij. Nauwelijks één jaar later werd hij gevolgd door Mr. John Stockmans, die even plots als onverwacht op 3 februari 1940 stierf. Het was een bijzonder goede vriend, die met hardnekkigheid en werkelijk grenzeloze toewijding het zakelijk beheer van ons weekblad in handen had en de belangen ervan behartigde en verdedigde, met een nimmer afnemende ijver en steeds groeiende geestdrift.

Wij herinneren ons nog met welk vuur, en ook rechtmatige trots, hij elk jaar aan de Raad van Beheer verslag uitbracht over de rekeningen. Ja, over zijn rekeningen ! Aan hem heeft ons R.W. zijn gezonde oorsprong en zijn gezonde opgroeiende kinderjaren te danken.

Na de oorlog vervolgde de reeks onverbiddelijk haar gang : Mr. Herman De Jongh overleed na een lange, maar manhaftig gedragen ziekte, op 15 januari 1945, nog vóór ons weekblad, na de onderbreking tijdens de oorlog opnieuw de 22ste september 1946 verscheen.

Enkele jaren later werden nog uit ons midden weggerukt : Mr. Jules Franck op 28 juni 1956, Mr. Louis Elebaers bij het begin van het gerechtelijk jaar 1956-57 en Mr. Joseph Van Cuyck tijdens het jaar 1957-58.

Het waren goede en trouwe vrienden, het waren mede de bezielers van ons Rechtskundig Weekblad. Daarom zal hun nagedachtenis steeds in onze herinnering met eerbied, en vooral met een warme genegenheid bewaard worden.

Gedurende die jaren verlieten ook de balie, maar niet onze Raad van Beheer : Prof Fernand Collin, die eerst beheerder, daarna Voorzitter werd van de Kredietbank, en Prof. Gaston Craen, die op zeer jeugdige leeftijd directeur, en spoedig daarop directeur-generaal in het Ministerie van Economische Zaken werd, om thans, in hetzelfde, het hoogste ambt, nl. dat van Secretaris-Generaal te bekleden. Beiden bleven evenwel trouwe leden van ons Rechtskundig Weekblad en steeds heeft het op hen beroep kunnen doen en bij hen actieve hulp gevonden.

Meer dan dertig jaar is het geleden dat ons R. W. voor de eerste maal verscheen. Onafgebroken ontvingen we het elke zaterdag, buiten het gerechtelijk verlof, op onze werktafel.

Tijdens de oorlog echter onderbrak het zijn uitgave. Op 13 september 1940 had nochtans de algemene vergadering, met vijf stemmen tegen twee en één onthouding, beslist het blad heruit te geven, en, met zes stemmen tegen twee, zulks te doen zoals het vóór de oorlog werd gedaan, nl. met rechtspraak en hoofdartikelen.

Met éénparigheid van stemmen werd er beslist dat ons blad zijn streng wetenschappelijk karakter behoorde te behouden. Verder was éénieder het ermede eens dat Mr. René Victor de leiding en de uitgave zou blijven waarnemen. Die laatste beslissing was er de oorzaak van dat uiteindelijk ons weekblad tijdens de bezetting niet verscheen.

De bezetter stelde inderdaad twee voorwaarden voor het herverschijnen van het R. W., nl. :

1) uitbreiding van de Raad van Beheer ;

2) aanstelling van een persoon naast Mr. René Victor als leider van de uitgave.

Op 11 november 1940 besliste de Raad van Beheer, en ditmaal met éénparigheid van stemmen, dat het niet gewenst was aan de samenstelling van de Raad van Beheer iets te wijzigen. Met dezelfde éénparigheid van stemmen besliste de Raad van Beheer dat al de leden aan Mr. René Victor, secretaris-hoofdopsteller, als redactieraad zullen toegevoegd worden. De leden van de Raad verklaarden zich bereid om gezamenlijk de verantwoordelijkheid voor de uitgave van het R. W. te dragen. Aan Mr. René Victor werd opdracht gegeven deze beslissing aan de vertegenwoordigers van de bezetter ter kennis te brengen.

Dit werd gedaan. Maar het R. W. bekwam geen toelating om opnieuw te verschijnen. Het heeft dan gedurende vijf jaar gezwegen, om kort na de bevrijding, met vernieuwde moed, aan het werk te gaan en een ongekende hoogte en gezag te verwerven onder de nimmer falende leiding van zijn hoofdopsteller Stafhouder René Victor, die van in het begin de ziel van de uitgave is geweest, en het vandaag nog steeds is.

Bij de aanvang was hij geholpen en gesteund door velen. Thans verzet hij gans alleen al dat reuzenwerk zodat het R. W. in volle waarachtigheid « zijn » werk is.

De twee overblijvende beheerders zijn het ongetwijfeld met mij eens om te erkennen dat het « Rechtskundig Weekblad » sinds lange jaren, van bij de aanvang, mogen we schrijven, uitsluitend « zijn » werk is geweest en is.

De Raad van Beheer brengt dan ook terecht niet alleen hulde aan zijn hoofdopsteller, maar betuigt hem zeer gemeend zijn diepste dank.

2. RECHTSPHILOSOPHIE — RECHTSGESCHIEDENIS

RECHTSPHILOSOPHIE IN VLAANDEREN EN NEDERLAND

door

Prof. Mr. G. E. LANGEMEIJER

Hoogleraar aan de Universiteit te Leiden.

Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden.

Een goede twee jaar geleden genoot ik de eer een gastcollege te mogen geven aan de Gentse universiteit. Het onderwerp zou een korte samenvatting van mijn denkbeelden op rechtswijsgerig gebied zijn. De ochtend van mijn vertrek gebeurde mij het onaangenaamste wat iemand in die omstandigheden overkomen kan : ik ontving het nummer van dit Weekblad, waarin de inaugurale oratie van de nieuw opgetreden hoogleraar aan de gastuniversiteit, Prof. Calewaert, «Natuurrecht vandaag» was opgenomen. Ik had het voorrecht de auteur reeds van een wetenschappelijke bijeenkomst te kennen en ik zou onder alle omstandigheden met spanning aan de lectuur begonnen zijn. Nu echter was daartoe een nog veel dringender reden. Het zou geen pas hebben gegeven mijn hoorders onder de ogen te komen zonder een plaatsbepaling ten opzichte van mijn collega proximus. Aan de andere kant had ik eenmaal een opzet van mijn college voor ogen, die me de enige leek, waarbij ik in een uur ten naaste bij zou kunnen duidelijk maken, wat mijzelf op het gebied van de rechtsphilosophie het meest ter harte gaat. Er was bij deze tijdnood maar één oplossing : ik liet het stuur van mijn auto over aan mijn vrouw en studeerde zo goed en kwaad als het rijdend gaat in Calewaerts rede. Teleurgesteld werd ik zeker niet. Of ik het aanknopingspunt met haar in mijn eigen voordracht juist heb weten te leggen, staat niet aan mij ter beoordeling. Zoveel is zeker, dat de rede in mij gedachten deed opkomen over de verschillen, die op dit terrein tussen de stand van het vak in Vlaanderen en in Nederland bestaan, die ik toen slechts met een enkel woord heb kunnen aanduiden. Een uitwerking van mijn gedachten is misschien niet zo'n slechte hulde — in ieder geval de beste die in mijn vermogen staat — ter gelegenheid van het jubileum van het weekblad, waaraan wij Nederlanders het te danken hebben, dat een vrije stroom van denkbeelden binnen ons taalgebied de landsgrenzen overspoelt.

Treffend zijn bij een vergelijking gelijk ik gedrongen werd te maken niet enkel de verschillen. Wat merkwaardig is, is veeleer de mengeling van overeenkomst en verschil. Overeenkomst is er al aanstonds hierin, dat zowel de Vlaamse als de Nederlandse rechtsphilosophie buitenlandse invloeden vooral Duitse ondergaan heeft en ondergaat. In het bijzonder de rede van Calewaert, met zijn van zeldzame eruditie getuigende literatuuropgaven geeft gelegenheid om dit met stelligheid vast te stellen. In de jaren tussen de oorlogen is deze invloed, die in Nederland toen eerder door afkeer van de destijds in Duitsland heersende denkbeelden gestremd werd, bij sommigen in Vlaanderen misschien door belangstelling voor «volkse» denkbeelden eerder gestimuleerd. Men denke aan een boek als dat van Victor Leemans over Carl Schmitt. Intussen slechts bij sommigen. Het geeft pas hier aan de rondborstig-kritische voorrede te herinneren, waarmede de hoofdopsteller van ons tijdschrift destijds reeds het werk van Leemans voorzag. Ook thans echter, dus geheel afgezien van dit tijdsverschijnsel, is de aandacht voor Duitse literatuur overwegend, gelijk bij ons. Men vindt iets meer dan bij ons citaten van Franse werken, maar niet zoveel als men bij de culturele verhoudingen zou verwachten. De reden is de meest eenvoudige : belangrijke rechtswijsgerige publikaties — met name rechtswijsgerige in de strikte zin, niet veeleer sociologische of staatswetenschappelijke — zijn in Frankrijk thans schaars. In Vlaanderen zowel als in Nederland wordt verder de Noord-Amerikaanse literatuur en de Skandinavische, die, aan elkaar verwant, rijk en boeiend zijn, betrekkelijk weinig aangehaald. In beide gebieden kent de man van wetenschap Engels; in beide landen is er wat betreft de gevoelshouding tegenover maatschappelijke aangelegenheden eerder affiniteit met de Angelsaksische of de Skandinavische landen dan met Duitsland. Het verschijnsel is dus merkwaardig. Voor een deel is het zeker daaruit te verklaren, dat het positieve recht van die landen ons zoveel verder staat dan het Duitse, maar men zou toch geneigd zijn daarnaast het vermoeden te opperen, dat hier ook een element van de volksaard zich doet gelden, dat als het om wijsbegeerte gaat eerder door Duitse diepzinnigheid dan door Angelsaksische nuchterheid wordt aangetrokken.

Tot zover de punten van overeenstemming, nu de verschillen. Het meest treffende geloof ik is wel dit : de rechtsphilosophie in Vlaanderen wordt beheerst door de noodzakelijkheid van plaatsbepaling ten opzichte van het natuurrecht, de Nederlandse niet. De oorzaak zal om te beginnen een uiterlijke zijn. In België wordt in wezen hetzelfde studievak, dat in Noord-Nederland « wijsbegeerte des rechts » heet, nog altijd officieel aangeduid als « natuurrecht ». Dit moet merkwaardige consequenties hebben voor het onderwijs van die docenten, die zoals Calewaert en ook zijn voorganger, de geleerde, oorspronkelijke en invloedrijke Haesaert, rechtswijsgerige opvattingen huldigen, die men niet gevoegelijk «natuurrecht» kan noemen. Het kan niet anders dan dat in het onderwijs van aldus denkenden een weerlegging van de natuurrechtsleer een grote plaats inneemt en het kan moeilijk anders dan dat zij daarbij wat hen van het natuurrecht scheidt bijzonder breed doen uitkomen.

In Nederland is dit alles anders. De Nederlandse docent voor rechtsphilosophie is niet door de omschrijving van zijn leeropdracht genoopt van zijn houding tegenover het natuurrecht rekenschap te geven. Hangt hij het niet aan, hij kan het bestrijden, bondig of uitvoerig, of ook er geheel van zwijgen. Aanhangers van een natuurrechtsleer vindt men in Nederland slecht in Katholieke kring — dus bij een minderheid in de universitaire wereld — afgezien van zeer enkele uitzonderingen van vrijzinnig protestantse huize, die interessant zijn, maar niet in dit verband. Anderzijds is in Nederland sedert de herleving van de rechtsphilosophie omstreeks het begin dezer eeuw altijd een duidelijke sympathie te bemerken geweest voor de meer gematigde, in het bijzonder de Kan-

tiaanse richtingen van het Duitse idealisme. Dit begint reeds met de man, in wie die herleving in Nederland zich het eerst verpersoonlijkte, de Leidse hoogleraar Van der Vlugt, het komt nog sterker uit wanneer een eigen Nederlandse richting van (zeer ketters) Neo-Kantianisme opkomt met Heymans, die al vroeg in Kranenburg zijn rechtswijsgerige profeet vindt, het treedt in minder aan de wijsbegeerte gebonden gedaante, maar misschien nog meer bezield aan het licht in het werk van Krabbe. In Duitsland zelf is het Neo-Kantianisme zelfs in de rechtsphilosophie, waar het zulke brillante vertegenwoordigers van uiteenlopende richting heeft gehad als Stammler, Radbruch, Max Ernst Mayer en onder de levenden nog Emge, zeer op de achtergrond geraakt. Ook in Nederland zal het weinig consequente aanhangers meer tellen, maar wat gebleven is, is een geestelijk klimaat, waarin de gedachte van de radicale scheiding van « zijn » en « behoren » nog overheersend is en waarin men het vertrouwen in de objectieve zinvolheid van wat wij als « behoren » menen te beleven nog niet heeft opgegeven. Niet heeft opgegeven, ondanks het feit, dat men geen mogelijkheid ziet — die trouwens b.v. ook reeds Radbruch ontkende — om de inhoud van wat men aldus beleeft voor anderen dwingend als jurist te demonstreren. Zeker, sceptische, relativistische, in philosophische zin positivistische stemmen worden ook in Nederland vernomen, maar als ik wél zie, geven toch in de engere kring van de rechtsphilosophen nog altijd diegenen de toon aan, die men kan rekenen tot de groep, die Dilthey als « idealisten der vrijheid » typeerde.

Dit betekent dus, dat bij gelijke vertrouwdheid met deze brede en vertakte stroming haar invloed in Nederland veel groter is dan in België, in het bijzonder ook in Vlaanderen, waar het front maken tegen het natuurrecht er toe leidt, dat men op de onbewijsbaarheid van de objectieve gelding van ons oordeel over wat wij gerechtigheid noemen juist de nadruk legt.

Kunnen de twee landen op dit gebied van elkander leren ? Ik geloof, dat zij dit over en weer kunnen. Wat de Noord-Nederlander, wanneer hij uitingen als in het bijzonder die van Haesaert en Calewaert onbevangen tegemoet treedt, eerst treft, dan boeit en ten slotte inneemt, is de ronde erkenning, dat wij met onze uitspraak, dat iets rechtvaardig is, iets zeggen, dat wij niet door dwingende redenering kunnen bewijzen. Iets met andere woorden, waarvoor we de volle morele verantwoordelijkheid alleen hebben te dragen, zonder ons te kunnen rechtvaardigen met aan te voeren, dat wij ons best hebben gedaan zuiver te redeneren. Bij ons wordt dit inzicht, dat niet ontbreekt, toch door de « idealistische » formulieren ietwat omsluierd.

Wat daarentegen misschien het Zuiden van ons zou kunnen leren, schijnt mij, dat wij hiermee niet philosophisch uitgepraat zijn. Dat wij niet kunnen blijven staan bij de puur negatieve stelling, dat er geen natuurrecht is. Dat wij telkens en telkens weer zullen moeten trachten ons rekenschap te geven van het allermerkwaardigste en praktisch beklemmende verschijnsel : dat wij bij oordelen over wat recht verdient te zijn enerzijds niet het inzicht kunnen afwijzen, dat dwingende bewijsvoering te hunnen gunste uitgesloten is en toch het recht en zelfs de plicht kunnen voelen om die oordelen zo mogelijk aan anderen ook tegen hun wil op te leggen. Of wij dit verschijnsel ooit geheel zullen doorgronden kan men sterk betwijfelen, maar in ieder geval behoort het niet tot die, welke men gemakkelijk als verder niet te herleiden feit aanvaarden kan.

Wij mogen hopen, dat het geestelijk contact tussen Vlaanderen en Nederland, waartoe het Rechtskundig Weekblad zo doeltreffend bijdraagt, ook op dit gebied een wisselwerking zal bevorderen van denkwijzen, die ik in dit bestek niet meer dan in ruwe omtrekken heb kunnen schetsen.

LEOPOLD AUGUST WARNKOENIG EN DE VLAAMSE RECHTSGESCHIEDENIS

door

Prof. Dr. Mr. F. L. GANSHOF

Em. Hoogleraar aan de Universiteit te Gent.

Lid van de Koninklijke Vlaamse Academie voor Wetenschappen.

Wie een boek of een artikel, besteed aan de staatsinstellingen of aan het recht in het graafschap Vlaanderen tijdens de Middeleeuwen openslaat, treft er haast altijd de naam Warnkoenig aan. Het werk van deze auteur, dat er vermeld wordt, draagt een Duitse titel : *Flandrische Staats- und Rechtsgeschichte*. Het verscheen te Tübingen van 1835 tot 1842, in drie delen; d. II en III bedragen beide twee volumes. Wanneer men bewust is van de snelheid waarmede een aanzienlijk deel van de geschiedkundige productie verouderd geraakt, stelt men met een zekere verbazing vast dat nog steeds naar een zó oud werk verwezen wordt : het eerste deel zag immers honderd zevenentwintig jaar geleden het licht ! Het is, menen we, de moeite waard zich af te vragen hoe dat merkwaardig verschijnsel uitgelegd moet worden. De vraag kan ook anders gesteld worden : wat betekent Warnkoenig voor de geschiedenis van de Vlaamse staatsinstellingen en van het Vlaamse recht ?

Jules de Saint-Genois, François Laurent, Henri Pirenne, Hermann Van der Linden, Léon Halkin, Fernand Vercauteren hebben over Warnkoenig en over zijn werken zeer lezenswaardige bladzijden geschreven. Onlangs werden zijn persoonlijkheid en zijn wetenschappelijke prestaties op uiterst merkwaardige wijze bestudeerd door Gisela Wild : *Leopold August Warnkoenig, 1764-1866. Ein Rechtslehrer zwischen Naturrecht und historischer Schule und ein Vermittler deutschen Geistes in Westeuropa* (Karlsruhe, Verlag C.F. Müller, 1961). Met gebruik van deze geschriften — in het bijzonder van laatstvermeld werk — en op basis van mijn eigen ervaring, zal ik trachten de hoger gestelde vraag te beantwoorden.

Eerst een paar woorden over Warnkoenigs levensloop.

Te Bruchsal, op 1 augustus 1794 geboren, studeerde hij te Heidelberg en te Göttingen; in laatstgenoemde universiteit promoveerde hij in 1816 tot doctor in de rechten. De meester die op hem de sterkste indruk maakte, was Hugo, een van de stichters van de Duitse historische rechtsschool, die hem in contact bracht met de grote Friedrich-Karl von Savigny. Reeds in 1817 werd hij aan een van de door Koning Willem I in de zuidelijke provincies van het Koninkrijk der Nederlanden gestichte rijksuniversiteiten, n.l. aan deze van Luik, tot professor in het Romeins recht aangesteld. Konflikten met collega's en studenten vergalden er hem na enkele jaren het leven, zodat hij in 1827 op zijn verzoek naar de toenmalige rijksuniversiteit te Leuven werd overgeplaatst; doch ook aldaar ontstonden weldra moeilijkheden. De omwenteling van 1830 die de gedeeltelijke aftakeling van de rijksuniversiteiten en de afdanking van de meeste buitenlandse hoogleraren die Koning Willem I had aangesteld, voor gevolg had, stelde een einde aan zijn Leuvense werkzaamheden. Hij was op het punt naar Duitsland terug te keren, toen de Voorlopige Regering hem in januari 1831 tot professor aan de rijksuniversiteit te Gent benoemde. Hij zou er Romeins Recht (Pandekten), Encyclopedie van het Recht en Rechtsgeschiedenis doceren. In 1833 werd hij door de Belgische regering, tot lid benoemd van een commissie die voor opdracht kreeg een wet over het hoger onderwijs voor te bereiden; in haar schoot ijverde hij voor een organisatie van de Belgische universiteiten naar Duits model; hij was er van overtuigd dat deze organisatie er toe geëigend was, de ontwikkeling van een onderwijs dat de geesten werkelijk zou vormen en de voorbereiding tot de wetenschappelijke vorsing, te bevorderen. De wet van 1835 over het hoger onderwijs stelde hem te leur. Daarbij kwamen zich weer konflikten met collega's, maar ook met politici en met journalisten voegen. Hij diende ontslag in en verliet ons land, waar hij voor de tweede maal in het huwelijk was getreden en waar een van zijn dochters ingelijks gehuwd was.

In 1836 werd hij professor te Freiburg i. Br., in 1844, te Tübingen. In 1856, tot het emeritaat toegelaten, ging hij zich te Stuttgart vestigen en overleed er op 19 aug. 1866.

Ook in Duitsland kende hij pijnlijke ogenblikken. Zoals in België, hebben in zijn eigen vaderland politieke, wetenschappelijke, organisatorische problemen aanleiding tot scherpe woordenwisselingen en tot polemiek met collega's, staatslieden, journalisten gegeven. Zijn moeilijk, zeer prikkelbaar en weinig evenwichtig karakter, verleende maar al te vaak, aan deze konflikten een hevigheid die anders had kunnen vermeden worden. Al werd hij met akademische eerbewijzen rijk bedeeld, niettemin heeft Warnkoenig zich steeds voor een miskende gehouden. Het was hem echter niet onbekend dat hij hiervoor in een zekere mate zelf de verantwoordelijkheid droeg; zijn aantekeningen in zijn regelmatig bijgehouden dagboeken en zijn drukke briefwisseling leveren daarvan het bewijs.

Tijdens de Duitse periode van zijn loopbaan is de wetenschappelijke bedrijvigheid van Warnkoenig hoofdzakelijk van rechtstheoretische aard geweest. Hij poogde een filosofie van het recht op te bouwen, die met het traditionele natuurrecht afbrak, maar die niet volkomen deze van de zgn. « historische school » was. Hij streefde naar een synthese van het historisch en van het universalistisch-rationalistisch denken op rechtsgebied. Het werk waarin hij zijn zienswijze het ruimst en met het grootste talent uiteenzette is zijn *Juristische Enzyclopädie oder organische Darstellung der Rechtswissenschaft mit vorherrschender Rücksicht auf Deutschland (Erlangen, 1853)*. Een aanzienlijke rol heeft hij ook gespeeld in het bekendmaken van de ontwikkeling der Duitse rechtswetenschap, in Frankrijk en van de ontwikkeling der Franse en der Belgische rechtswetenschap en geschiedkundige wetenschap, in Duitsland; in 1865 was zijn laatste publicatie, een bespreking van het beroemde werk van Fustel de Coulanges, *La Cité antique* (Jahrbücher der Deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, d. XI).

Wat wij hier te behandelen hebben, is de bedrijvigheid van Warnkoenig als rechtshistoricus ten onzent. Reeds te Luik had hij zich toegelegd op de studie van het oud Luiks gewoonterecht en op deze van de institutionele geschiedenis van de stad en van het bisschoppelijk vorstendom; wat hierover, trouwens later, van zijn hand verscheen is echter niet van zeer groot belang.

Hoe verschillend is het te Gent afgelopen ! Hier maakte hij kennis met het verleden van een volk en van een land, voor wier geschiedenis hij opeens een enthousiaste belangstelling ondervond. Enerzijds omdat hij in deze geschiedenis, een historische verantwoording dacht te vinden voor zijn eigen constitutioneel-liberale politieke overtuigingen. Anderzijds omdat het oud Vlaams recht een zeer aanzienlijke brok oud-Frankisch recht scheen bewaard te hebben. Een grondige studie ervan zou bijgevolg de kennis van het ontstaan, de ontwikkeling en het wezen van het Duitse en van het Franse recht aanzienlijk vooruit helpen. Het is zeer kenschetsend voor Warnkoenigs opvattingen dat hij de rechtsgeschiedenis niet in een eng nationaal kader wenste te bestuderen, maar wel in het raam van de Westeuropese rechtsontwikkeling : deze van de «Germanisch-Romanische Völker» om de woorden van Leopold von Ranke over te nemen.

Te Gent leerde hij de gedrukte verhalende en niet verhalende bronnen van de geschiedenis van Vlaanderen kennen. Het was echter zijn verdienste onmiddellijk ingezien te hebben dat zulks niet volstond. Collegae, lokale historici, vrienden maakten hem de toegang mogelijk of gemakkelijker tot de nog grotendeels niet geklassificeerde handschriftelijke documentatie in 's lands archieven en bibliotheken evenals in de toen nog bestaande privé-verzamelingen. De schatten die aldaar geborgen lagen en in het bijzonder de monumenten van het Germaans recht die hij er meende te ontdekken, waren voor hem een openbaring. En toen dacht hij dat het ogenblik gekomen was de raad te volgen, die de illustere B.G. Niebuhr, de stichter van de kritische historiografie van Rome, hem elf jaar vroeger had gegeven : « leg U op de studie van de geschiedenis der Vlaamse steden toe ». Als romanist, was hij daartoe niet voorbereid. En nochtans heeft hij het, na aarzelingen, gewaagd. Jaar in, jaar uit heeft hij materiaal verzameld : in Vlaanderen, in het Archief van het « Département du Nord » te Rijsel (nu nog het rijkste en het voornaamste archiefdepôt voor de geschiedenis van Vlaanderen tijdens de Middeleeuwen), in het Rijksarchief en op de Koninklijke Bibliotheek te Brussel. Wanneer men aan de moeilijkheden van alle aard denkt die toen met elk archief- en bibliotheek-onderzoek gepaard gingen, staat men in diepe bewondering voor wat Warnkoenig gedurende zijn verblijf te Gent heeft bijeengebracht. Dr. Gisela Wild heeft in haar werk allervriendelijkst een appreciatie van mij overgenomen: « eine fabelhafte Leistung »; hoe lovend zij ook mogen zijn, geven deze woorden mijn gedachte en mijn gevoelens slechts op zeer onvolmaakte wijze weer.

De documentatie bijeenbrengen volstond niet. Vooraleer zij verwerkt kon worden, dienden moeilijkheden van uiteenlopende aard overwonnen : problemen van echtheid, van datering, van interpretatie moesten op-

gelost worden. Pas na dit voorafgaandelijk onderzoek kon tot de constructie overgegaan worden. Warnkoenig had op gebied van eruditie, toegepast op de Middeleeuwen, geen vorming genoten; door eigen studie, moest hij zich de onontbeerlijke kundigheden, o.m. op gebied van filologie, van paleografie, van oorkondenleer, eigen maken.

Warnkoenigs *magnum opus* behandelde een onderwerp dat veel ruimer was dan het door Niebuhr aanbevolen thema : het zou een staatkundige, een institutionele en een rechtsgeschiedenis van het graafschap Vlaanderen tot in het begin van de XIVe eeuw worden. Om haar op te stellen, eens dat het voorafgaandelijk werk verricht was, verkeerde Warnkoenig in betrekkelijk gunstige voorwaarden. Werken van de Duitse geschiedkundigen, in het bijzonder van de rechtshistorici leverden uitstekende modellen. De titel die Warnkoenig koos spreekt, onder dit opzicht, boekdelen: het was deze van de beroemde *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte* van Karl Friedrich von Eichhorn, waarin slechts « Deutsche » door « Flandrische » vervangen werd. Wat de beoefenaars van de Duitse rechtsgeschiedenis over de staatsinstellingen en over het recht in het middeleeuwse Duitsland hadden geschreven, deed Warnkoenig elementen aan de hand om over de staatsinstellingen en over het recht in het middeleeuws Vlaanderen een ernstig, betrouwbaar en goed verantwoord historisch en juridisch exposé tot stand te brengen.

Van het zich toen in Duitsland inburgerend gebruik, bepaalde belangrijke en moeilijke problemen in afzonderlijk uitgegeven, voorbereidende studiën, te behandelen, maakte Warnkoenig een verstandig gebruik. Dergelijke « Vorarbeiten » werden besteed aan de XXXIX, d.i. de organisatie die aan enkele geslachten uit het patriciaat toeliet alle functies in de Gentse stadsmagistraat te monopoliseren; aan het « Zeerecht» van Damme; aan de stadsinstellingen van deze stad. De *Documents inédits relatifs à l'histoire des Trente-Neuf à Gand et éclaircissements sur ces documents,* de *Découverte des anciennes lois maritimes de Damme,* het artikel *Sur la ville de Damme au moyen âge* verschenen in het door Warnkoenig, Serrure, van Lokeren, de Reiffenberg, Voisin en Jacquemyns te Gent uitgegeven « Messager des Sciences Historiques » (d. I. 1833; d. III, 1835). Dit heeft ertoe bijgedragen aan zekere gedeelten van het werk een bijzondere stevigheid te verlenen.

De drie delen, in vijf volumes, van de *Flandrische Staats- und Rechtsgeschichte* zijn alle verschenen toen de auteur België reeds verlaten had, al waren deel I en II nog te Gent geschreven geworden. Trouwens, ook na zijn terugkeer naar Duitsland, bleef Warnkoenig drukke betrekkingen met de geleerden uit ons land onderhouden. Deze blijvende kontakten zijn het later verschenen derde deel van zijn werk (in twee volumes : 1839 en 1842) ten goede gekomen.

De *Flandrische Staats- und Rechtsgeschichte* werd in vier boeken van ongelijke omvang ingedeeld. Het eerste behandelde de staatkundige geschiedenis van het graafschap. Het tweede werd besteed aan de staatsinstellingen : het grondgebied en de bevolking; de rechtsverhoudingen tussen Vlaanderen en het Franse koninkrijk of het Duitse rijk; de grafelijke macht; de centrale organen van de regering; de indeling van het grondgebied; de gewestelijke en lokale vertegenwoordigers van het grafelijk gezag; de vertegenwoordiging van de bevolking; de steden, hun ekonomische bedrijvigheid en de sociale struktuur van haar bevolking. In het derde boek werd de in hoofdzaak institutionele geschiedenis van de Vlaamse steden — in het bijzonder deze van Gent, Brugge en Ieper en van de kasselrijen bestudeerd. Het vierde boek bevat de eigenlijke rechtsgeschiedenis : privaatrecht, strafrecht, rechterlijke organisatie, bevoegdheid en rechtspleging, enkele aspecten van het kerkelijk recht. Boek I en Boek II werden in deel I ondergebracht, Boek III — het door Niebuhr eertijds aanbevolen onderwerp — in deel II, Boek IV in deel III. Bij elk boek werd onder de rubriek « Urkunden », een buitengewoon omvangrijke verzameling van grotendeels onuitgegeven oorkonden mede gepubliceerd; de *Codex diplomaticus* van Boek III (de steden) en deze van Boek IV (het recht) zijn veel rijker en veel belangrijker dan deze van Boek I en Boek II.

Wat Warnkoenig presteerde was van veel hogere kwaliteit dan al wat men bij ons op gebied van politieke, institutionele en rechtsgeschiedenis kende. Met het hem eigen gezag heeft Pirenne geschreven dat de Duitse geleerde « donnait à nos compatriotes un modèle leur permettant d'apprécier l'insuffisance des rares travaux que leur avait fournis jusqu'alors la littérature nationale ». Professor Vercauteren heeft volkomen gelijk wanneer hij oordeelt dat «Warnkoenig a été dans toute la force du terme, un innovateur et un créateur dans le domaine de notre historiographie nationale».

Een Franse vertaling van het werk is door de Gentse advocaat en latere magistraat, A.E. Gheldolf bezorgd geworden. De tekst werd te dezer gelegenheid herzien en verbeterd; reeds uitgegeven oorkonden werden zorgvuldiger gepubliceerd en talrijke nieuw ontdekte oorkonden kwamen de bewijsstukken aanvullen. Deel I en II van de Franse uitgave zijn de tegenhanger van deel I van de Duitse. In de plaats van Deel II (Boek III) van de Duitse uitgave werden nu drie delen (III, IV en V) aan de drie grote Vlaamse steden besteed : hun inhoud verschilt in ruime mate van de oorspronkelijke bewerking; het 5de deel waarin Ieper behandeld wordt, is zelfs een nieuw werk. Maar over de kleine steden en over de kasselrijen vindt men minder bij Warnkoenig-Gheldolf dan bij Warnkoenig en het vierde boek van Warnkoenig (deel III) over het recht, heeft Gheldolf niet vertaald.

Het werk waarvan gepoogd werd het onstaan te schetsen en de hoofdkenmerken in het volle licht te plaatsen, wordt nog regelmatig aangehaald; wij weten het. Maar in welke mate wordt het nog werkelijk gebruikt ?

Wat over de staatkundige geschiedenis van Vlaanderen werd geschreven, is volkomen verouderd : dat heeft afgedaan. De hoofdstukken over de staatsinstellingen (boek II van de oorspronkelijke en van de Franse uitgave) en over de geschiedenis van steden en kasselrijen (boek III van de oorspronkelijke uitgave, delen III tot V van de Franse) zijn ook in ruime mate verouderd. Het zijn gebieden waarover de Belgische historiografie en vooral de door Pirenne gestichte Gentse historische school, zo veel nieuw en degelijk werk geproduceerd heeft, dat de exposés van Warnkoenig of van Warnkoenig en Gheldolf hierdoor grotendeels vervangen zijn geworden. En nochtans is het steeds aan te bevelen bij het ondernemen van om het even welke studie over de geschiedenis van de instellingen en bijgevolg van het staatsrecht, van het middeleeuws graafschap Vlaanderen, te beginnen met de lectuur van wat Warnkoenig er over schreef. Dit verschaft een uitstekend vertrekpunt en werkt nog soms oriënterend. Daar mag ik persoonlijk van getuigen.

Het vierde boek van Warnkoenig (deel III) werd gedeeltelijk, maar slechts zeer gedeeltelijk vervangen. Op het gebied van de rechterlijke organisatie, de bevoegdheid en de rechtspleging werd veel nieuw werk

geproduceerd. De geschiedenis van strafrecht en strafprocesrecht is door Professor Van Caeneghem opnieuw geschreven geworden. Zelfs inzake privaatrecht is er veel dat nu anders dient gezien, o.m. in het licht van het bronnenmateriaal dat Professor Strubbe heeft uitgegeven en gecommentarieerd of van hetgeen Professor Gilissen over de oudste sporen van Justiniaans Romeins recht in Vlaanderen, bekendgemaakt heeft. En nochtans moet men vaststellen dat in de plaats van Warnkoenigs overzicht van het Vlaamse privaatrecht in de tijd van de Franse «Coutumiers» en van de Duitse « Spiegel », géén enkel modern overzicht getreden is. Ondanks al zijn onvolmaaktheden en zijn gebreken, is dat van Warnkoenig nog steeds het enige.

Wat altijd zeer ruim gebruikt wordt door om het even wie zich op Vlaamse rechts- en institutionele geschiedenis toelegt, is de verzameling van bewijsstukken. Het is volstrekt onmogelijk een onderwerp op pas vermeld gebied te bestuderen, zonder de oorkonden die Warnkoenig en Gheldolf bijeenbrachten, te excerperen. Voor de stof van de drie eerste boeken doet men hoofdzakelijk — doch niet uitsluitend — beroep op de Franse uitgave, voor Boek IV — het recht — natuurlijk uitsluitend op de Duitse; tenzij in de gevallen waar een meer recente en betere uitgave van een oorkonde elders gepubliceerd is geworden. Wanneer ik aan Vlaamse rechts- of institutionele geschiedenis doe, gaat er géén dag voorbij waar ik Warnkoenigs werken niet opensla; en ik ben zeker de enige niet die in dit geval verkeert.

Warnkoenig heeft gepoogd met de medewerking van L. von Stein en van zijn zoon T.A. Warnkoenig, voor het Frans middeleeuws recht, dat ten dele op oud-Germaans recht teruggaat, hetzelfde te doen als voor het Vlaamse recht. Aan zijn *Französische Staats- und Rechtsgeschichte* (Basel, 1846-48, 3 d.; 2e druk, 1875) beleefde hij nochtans weinig vreugde. Het werk staat niet op hetzelfde peil als de *Flandrische Staats- und Rechtsgeschichte*. Toen hij emeritus was geworden, schreef Warnkoenig met zijn schoonzoon, onze landgenoot P.A.F. Gérard, een *Histoire des Carlovingiens* (Brussel, 1862, 2 d.), waarvan Professor Vercauteren terecht heeft geschreven dat ze was « d'une valeur assez mince ». Tijdens de laatste jaren van zijn leven bereidde Warnkoenig een « Quellenkunde der Belgischen Geschichte » voor : hij had bij zijn overlijden reeds veel materiaal verzameld. Dit alles is veel minder belangrijk dan wat hij op het gebied dat het onze is, gepresteerd heeft.

Men vergete daarenboven niet dat Warnkoenig als professor gepoogd heeft jongeren tot de studie van de rechtsgeschiedenis aan te trekken. Indien hij eertijds getracht had — trouwens zonder erin te slagen — de jonge Thorbecke te Luik te laten benoemen, dan is het wellicht omdat deze in Duitsland de invloed van de historische rechtsschool had ondergaan. Te Gent trachtte Warnkoenig studenten te vormen die op rechtsgebied persoonlijk zouden denken, het belang van de historische ontwikkeling van het recht en van de rechtsvergelijking zouden inzien en waaronder enkelen op deze gebieden wetenschappelijk productief zouden worden. Mondelinge overlevering in mijn familie laat me toe wat hierover geschreven werd, te bevestigen. Deze pogingen werden met weinig sukses bekroond; slechts twee namen van discipelen dienen hier vermeld : de historicus Jules de Saint-Genois en de grote François Laurent, deze echter eerder als de schrijver van de *Etudes sur l'histoire de l'humanité* dan als de auteur van de wereldberoemde *Principes de droit civil*. Het is pas in de late XIXe en in de XXe eeuw, dat de wetenschappelijke boodschap die Warnkoenig ons bracht, hier te lande ten volle werd begrepen en vruchten heeft afgeworpen.

Het belang van zijn wetenschappelijke prestaties op het gebied van de geschiedenis van de instellingen en van het recht in het middeleeuws graafschap Vlaanderen, wettigt ten volle de beoordeling van Gisela Wild: « Wenn Karl Friedrich von Eichhorn der « Vater der deutschen Rechtsgeschichte » genannt wird, ist Leopold August Warnkoenig der Vater der belgischen ».

HET « CONTRAT SOCIAL » VAN ROUSSEAU. — 1762 - 1962

door

Prof. Dr. Mr. Jhr. J. J. VON SCHMID

Hoogleraar aan de Universiteit te Brussel.

Het is dit jaar twee eeuwen geleden, dat Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) zijn wereldberoemd « Contrat Social » schreef, dat zulk een enorme invloed heeft uitgeoefend op de staatkundige ontwikkeling van vele staten in Europa en in Amerika. Hierin vond de universiteit van Dijon een aanleiding tot het organiseren van een internationale herdenkingsbijeenkomst.

In die stad immers werd, door de Academie, in 1750 een prijsvraag uitgeschreven, die hem de eerste prijs opleverde, waardoor hij voor het eerst erkenning vond voor zijn grote gaven (1).

Wij willen ons daarom nog eens rekenschap geven van het wijsgerig en juridisch karakter van dit werk (2).

In het algemeen heeft men dit boek beschouwd als een abstracte beschouwing, een constructie van zijn geest, waaraan men de eis mag stellen, dat zij aan de logica van de rationele wijsbegeerte voldoet. In dit opzicht werd men echter al spoedig teleurgesteld, toen men de opvallende tegenstrijdigheden in zijn leer van de volkssouvereiniteit ontdekte. De meest beruchte bevindt zich daar, waar de regering zal optreden tegen de burger, die de maatschappelijke orde verbroken heeft : « on le forcera d'être libre » (3). Wat betekent dan die buitengewone vrijheid in zijn staat, wanneer zij, als elders, door de wil van de staat beperkt wordt ? Er bestaat dus ook hier een staat, met een macht, waaraan men te gehoorzamen heeft. Alwie een dergelijke logische fout maakt, kan misschien een denker genoemd worden, een wijsgeer, die in staat is systematisch te denken, is Rousseau niet.

Nu is de achttiende eeuw niet uitsluitend een eeuw van rationalisme. Er zijn dan nog andere geestesstromingen, die tot uiting komen, en het « Contrat Social » draagt daarvan de sporen. Dit zijn het klassicisme en het sentimentalisme.

Het klassicisme maakt heuristische vergelijkingen met de Oudheid. Onder dit gezichtspunt is de republiek Genève, die Rousseau tot uitgangspunt maakt van zijn gedachten (4), een stadsstaat, zoals het oude Athene,

d.w.z. een stad omringd met een weinig territoir. Rousseau zou dan door de Oudheid geïnspireerd zijn geweest en hij zou haar in zijn beschouwingen geïdealiseerd hebben.

Vandaar, op het einde van het vierde boek, enige hoofdstukken over de Romeins comitia (5), het tribunaat (6) en de dictatuur (7).

Er zijn dus ongetwijfeld in dit boek invloeden merkbaar van deze twee stromingen, het rationalisme en het klassicisme, maar, naar mijn mening, zijn dit toch niet de meest essentiële bestanddelen. Want Rousseau is de wijsgeer van het sentimentalisme. Aan hem komt de grote verdienste toe het gevoel in de wijsbegeerte, in de algemene staatsleer, alsmede in het staatsrecht een plaats gegeven te hebben.

Door dit feit heeft hij als het ware het nationaal gevoel ontdekt, als uitgangspunt van de meest machtige uitingen van de menselijke geest in zijn eeuw, als een algemeen gezamenlijk voelen. Langs die weg heeft hij zelfs het transcendentaal idealisme van Kant en Fichte geïnspireerd, ja heel het Duits idealisme tot en met Hegel, met zijn objective geest in de staat.

Alle nationale bewegingen vinden in Rousseau hun geestelijke bron van oorsprong, zelfs tot op de huidige dag, in het Nabije Oosten. Zijn denken is geworden tot een fakkel op de barricaden, terwijl Kant, vanuit zijn studeervertrek, kleine lichtjes heeft ontstoken, in de geesten van vreedzame en diep-denkende wijsgeren.

Rousseau begint met uitdrukking te geven aan de liefde voor zijn land, de republiek Genève, alwaar hij deel heeft aan de souvereiniteit. Dit machtigt hem om over het staatsrecht te schrijven, terwijl in de andere landen dit gedeelte van het recht in de geheime kabinetten van de vorsten gemaakt wordt, waar de souvereine vorst zich met zijn dienaren, de ministers, onderhoudt (7). In Genève daarentegen bezit het gehele volk de souvereiniteit en stelt het de wet vast.

De wil van het souvereine volk komt tot uiting in de « algemene wil », die van de « wil van allen » verschilt, door de omstandigheid, dat hij niet dwalen kan. Want hij is steeds op het algemeen belang gericht. Rousseau gaat dus, door middel van zijn staatstheorie, een beschrijving geven van een bestaande werkelijkheid, in een bepaalde staat.

Maar, geheel overeenkomstig de beschrijving van de staatsinrichting van Engeland door John Locke van 1690, is zij toch niet geheel historisch juist. Daarom beschouwde men haar onder het absolutisme aanvankelijk als slechts abstract en denkbeeldig en derhalve zonder gevaar. Alleen te Genève begreep men haar terstond heel goed en verbood men ogenblikkelijk dit boek van Rousseau. Het was voor de schrijver, die een zo grote liefde voor zijn vaderland bezat, een heel pijnlijke verrassing.

Want, terwijl hij een beschrijvende schets dacht te geven van de staatsinrichting van zijn land, had hij gelijktijdig de aristocratische werkelijkheid van de regering veridealiseerd tot een zuivere democratie. Dit mishaagde deze regerende aristocratie ten zeerste. Het wekte bij haar een gevoel van onzekerheid en van gevaar op. In de achttiende eeuw leefde men nog in een tijd van wijsgerige beschouwingen en de tijd van de grote historici kondigde zich nog slechts aan.

Naar mijn mening bestaat het voornaamste hierin, dat Rousseau, evenals Locke, een bepaalde werkelijkheid beoogde. Hij is geen jurist, noch een wijsgeer van het natuurrecht, maar een nationalist, die de aandacht vestigde op het bestaan van het gevoel van vaderlandsliefde. Engeland is zijn ideaal niet. Hierin verschilt hij van Locke (8), Montesquieu (9) en later De Lolme (10). Want volksvertegenwoordiging maakt niet werkelijk vrij.

Dit is slechts een dwaling, daar de volksvertegenwoordigers slechts een nieuwe macht in de staat vormen, die min of meer afhankelijk van de kiezers is. Genève behoort nog niet tot het Zwitsers Eedgenootschap (1815), dat in de « Landesgemeinden » van de kantons Glarus, Appenzell en Unterwalden tot op heden vergaderingen kent van alle vrije mannen uit deze kleine staten. Aldaar bestaan eenheden met een algemene geest en wanneer de bevolking in twee godsdiensten verdeeld is, protestanten en katholieken, zoals in Appenzell, hebben er twee verschillende bijeenkomsten plaats.

Want er is een vrij sterke groepsgeest nodig voor het slagen van een dergelijke bijeenkomst bij het nemen van besluiten, die in het belang dienen te zijn van de staatsgemeenschap. De enkeling legt zich vrijwillig neer bij deze wil van de gemeenschap. Maar ofschoon de staat, in geval van algemeen gevaar, alles van de burger kan eisen, bezit hij toch niets totalitairs, al dacht men dit, omtrent Rousseau's leer, in de tijd vóór de tweede wereldoorlog. Het totalitarisme is een soort overdreven uiterlijke macht, die van bovenaf opgelegd wordt en die tegenover het volk geen grenzen kent, geheel zijn gedrag en geestelijk leven wil regelen, zelfs zijn moraal. Het vroegere absolutisme daarentegen trad, noch in de leer van Jean Bodin (11), noch in de praktijk van de Bourbons, in de verhoudingen tussen de onderdanen d.w.z. het privaatrecht (12).

In de theorie van Rousseau echter zetelt het uitgangspunt van de openbare macht in de zeden van de burgers. Want de algemene wil komt uit het patriotisme van de burgers voort. Het is hun gezamenlijk nationaal gevoel, dat hier zich in vrijheid doet onderwerpen aan de wil van hun nationale staat, als « enfants de la patrie ». Genève is een kleine natie, die zeer goed haar eigen zaken weet te behartigen, dankzij een eenheid van geest, die als souvereiniteit in de ziel van ieder lid van deze vrije staat zetelt, en die daarom ook onvervreemdbaar is.

Zulk een nationaliteit is verplicht zich, met betrekking tot haar geestelijke eenheid, ook in eigen boezem te verdedigen tegen iedere groep, die tot doel heeft een psychologisch geheel tot stand te brengen, dat zich afscheidt of zich verzet, tegen de nationale geest. « Quiconque ose dire : hors de l'église point de salut, doit être chassé de l'état, à moins que l'état ne soit l'église, et le gouvernement théocratique. Tout ce qui rompt l'unité sociale ne vaut rien, toutes les institutions qui mettent l'homme en contradiction avec lui-même ne valent rient » (13).

Wat betekent dus nu de vrijheid onder dergelijke omstandigheden, waar men dus de mens zich bewust ziet onderwerpen aan de staatsorde, d.w.z. zogenaamd in vrijheid ? Betekent vrijheid alles kunnen doen waartoe men fysiek in staat is en al wat men wil ? De sociale orde zou dan onmogelijk zijn. Het zou de natuurtoestand worden van de Engelsman Thomas Hobbes, het « homo homini lupus » uit zijn « Leviathan » (1651). Daarom kan het niet gaan om de natuurlijke vrijheid, maar slechts om een psychologische vrijheid. Dit wil zeggen, dat degene die zich aan de sociale en staatkundige orde waartoe hij behoort, heeft aangepast, door dit feit aan die orde, met haar gewoonten en gebruiken, zedelijk gebonden is, zó, dat hij onwillekeurig in daden en denken daaraan gehoorzaamt. Maar desondanks *voelt* hij zich vrij.

Rousseau drukt dit als volgt uit : « il n'obéit qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant » (14).

Aldus laten zich sociaal-ethisch deze zogenaamde logische tegenstellingen van de staatsleer van Rousseau verklaren. Zij verdwijnen tegenover de psychische en zedelijke werkelijkheid bij de mens. Want het vrijheidsgevoel — en daar gaat het toch om — sluit volstrekt niet uit het bestaan van gezamenlijke en persoonlijke banden met andere mensen. Dit zijn immers geen uitwendige, maar inwendige machten. Rousseau, die op het gebied van de rechtsfilosofie en het staatsrecht geen deskundige was, heeft, dank zij zijn geniaal sentimentalisme, voor deze en andere wetenschappen, een nieuwe werkelijkheid ontdekt in de samenleving der mensen, de collectieve geest van het nationale staatsvolk, als een kracht, die onder bepaalde omstandigheden het uitwendig gezag kan vervangen door een echte volksdemocratie.

Waarin bestaat dan het verschil tussen de algemene wil, die op het algemeen nut gericht is, en de wil van allen ?

De algemene wil is niet slechts de som van gescheiden, persoonlijke wilsuitingen. Hij houdt een gehele staatkundige traditie in, die haar oorsprong vond in een gezamenlijk geestelijk samenleven en die zich ontwikkelde op spontane wijze bij een regelmatige samenwerking van de bevolking met betrekking tot de staatszaken, waarbij goede zeden ontstonden, omtrent het wisselen van gedachten en het regelen van de gezamenlijke belangen (15). Daar zal de mens het gelukkigst zijn, waar hij het sociale gevoel met anderen ook bij zich zelf ontdekt, dat daarna in vrijheid zijn handelen, denken en samenwerken zich uit, zonder dat hij aan een onafhankelijke regering gehoorzaamt, die boven hem staat.

Rousseau doet dus een beroep op een sociaal-ethisch gevoel, een behoudend of conservatief bestanddeel van de maatschappij. Dit lijkt heel vreemd op het eerste gezicht. Rousseau, de revolutionair, die zoveel invloed op de ontwikkeling van Europa heeft gehad.

Maar wat een verschil bestaat er tussen Rousseau en zijn werk enerzijds en dat van zijn aanhangers anderzijds. In de sfeer van het absolutisme, d.w.z. de specifieke vorm van het ancien régime, had zijn leer van de volkssouvereiniteit een vooruitstrevende invloed, evenals zijn gevoelselement voor het huwelijk (18) en bij de opvoeding (17). In de wijsbegeerte, vooral in Duitsland leidde het tot abstracte constructies, zoals de objectieve geest in de staat, terwijl Rousseau, omtrent de staatkunde en de moraal, objectieve waarden had gevonden in de zeden der burgers van Genève. In dit opzicht was hij dus veeleer een voorloper van de Historische School in Duitsland van von Savigny (1814) met haar rechtsgevoel, dat in de volksziel zetelt.

Men heeft zijn staatkundige gedachten veranderd en vervormd om hen aan te passen aan de strijd tegen het absolutisme, te beginnen met Siéyès (18). Rousseau was echter in zijn « Contrat Social » meer verklarend, dan strijdend. Met Tolstoï, in Rusland onder de Czaar, zou hij hebben kunnen zeggen : « U denkt toch niet dat ik een leerling van mij ben ? ». De openbare mening heeft hem in dit opzicht vervormd en zijn genie verkeerd begrepen. Men beschouwde hem als een onevenwichtige geest, die zich ten onrechte vervolgd waande. Maar vergeet dit, terwijl gij zijn « Contrat Social » leest en bestudeer zijn heldere en diepe gedachten, vol trots voor zijn vaderland, geschreven in een prachtig Frans en gij zult niets abnormaals vinden, maar wel een, voor een autodidact, grote kennis op het gebied van het staatsrecht in de Oudheid.

Rousseau ontdekte een opbouwend bestanddeel van de maatschappij en de democratie, dat de collectieve-psychologie later nader zal onderzoeken (19), toen zij het maatschappelijke in de mens zelf bestudeerde, als een psychische transcendentale werkelijkheid.

Rousseau wist heel goed wat hij wilde en wenste, de staat als een zedelijk persoon, die in zijn tijd niet in grote staten, maar slechts in kleine gemeenschappen door hem voor mogelijk werd gehouden, wanneer men een vrije democratie wilde, waarin het volk, als hoogste gezagsdrager, zich zelf bestuurde. Hij zou al die aanpassingen, die uit zijn naam later geschiedden, niet aanvaard hebben. Zijn « Contrat Social » zegt dit uitdrukkelijk : « Le peuple anglais pense être libre, il se trompe fort ; il ne l'est que durant l'élection des membres du Parlement : sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien » (20).

Dit alles maakt dat zijn boek nog tegenwoordig gelezen moet worden met een geest, die geheel vrij is van vooroordelen en die de schrijver volkomen ernstig opvat. Deze man, die soms als copiïst van muziek leefde en van andere heel nederige bezigheden.

In Dijon ontdekte men echter voor het eerst het genie, dat in die man stak, toen hij aan de academie zijn werk inzond voor de prijsvraag over de verbetering van de zeden door de kunst en de wetenschappen. Het optimisme van de achttiende eeuw was geneigd deze vraag bevestigend te beantwoorden, maar geheel overeenkomstig zijn opvatting van het sociale leven in het Rococotijdperk, ontkende hij dit. Want zijn sentimentalisme, zijn gevoeligheid, had een leegte ontdekt achter de geraffineerde zeden van zijn tijd (21).

Geheel in zijn geest dient men nu ook tegenwoordig een omkering te maken door zijn « Contrat Social » anders te beschouwen. Op zich zelf is het geen revolutionair boek, maar een uiteenzetting van een zekere collectief-psychologische traditie in een bepaalde vorm van Zwitserse staatsvorming.

Toch duurt de revolutionaire traditie voort. Wanneer tegenwoordig volken hun eigen lot in handen willen nemen blijkt, dat dit ideaal, aan Rousseau ontleend, nog niet dood is, gelijk voorheen in 1789.

In de werken van Duguit (22) en Levy-Brühl (23) over de moderne democratie in Frankrijk en over het leven van de natuurvolken, herkent men de ware traditie uit Rousseau.

---

(1) « Si le rétablissement des sciences et des arts a contribué a épurer les moeurs ».
(2) De beste uitgave is die van Edmond Dreyfus-Brissac : Du Contrat Social, Paris 1896. Zij is doorlopend voorzien van verwijzingen naar corresponderende plaatsen bij andere grote schrijvers.
(3) I, 7.
(4) Dit blijkt o.a. uit de volgende boektitel : Anti-contrat-Social, dans lequel on refute d'une manière claire, utile et agréable, les Principes posés dans le Contrat Social de J.J. Rousseau, Citoïen de Genève, par P.L. de Bauclair, Citoïen du Monde, La Haye 1764.
(5) IV, 4.
(6) IV, 5.
(7) IV, 6.
(7) Zie de inleiding van het eerste boek.
(8) Two treatises on Civil Government, 1690.
(9) De l'Esprit des Lois, 1748.
(10) The Constitution of England, London, 1788.
(11) Les six livres de la République, Paris 1576.
(12) Bossuet, La Politique tirée de l'Ecriture Sainte, 1709.
(13) IV, 8.
(14) I, 6.
(15) « Une nation est une âme, un principe spirituel. Deux choses font ce principe. L'une est dans le passé, l'autre dans le présent, comme souvenirs et comme désir de vivre ensemble (Ernest Renan).
(16) La Nouvelle Heloise.
(17) Emile, ou de l'Education.
(18) Qu'est ce que le Tiers-Etat ? 1788.
(19) Mac Dougall, The Group Mind, Cambridge, 1920.
(20) III, 15.
(21) De Beaumarchais bracht dit later op het toneel in zijn « Le Mariage de Figaro », 1778, eerste uitvoering in 1784 en in 1786 door Mozart tot opera gecomponeerd.
(22) Léon Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, Tome I, Paris, 1921.
(23) Levy-Brühl, Les Fonctions Mentales dans les Sociétés Inférieures, Paris.

EEN VLUCHTIGE ONTMOETING MET DE JURIST GOETHE

door

Prof. Mr. B. H. D. HERMESDORF

Hoogleraar aan de Universiteit te Nijmegen.

De uitnodiging een bijdrage te schrijven voor het feestend *Rechtskundig Weekblad* biedt welkome speelruimte : ze laat de auteur de volledige vrije keuze van zijn onderwerp. Nochtans moet het thema op juridisch gebied liggen. Dankbaar gebruik makend van de zo gul toegezegde vrijheid, viel onze keuze op de jurist Johann Wolfgang Goethe. Nu vormt een ontmoeting met een rechtsgeleerde niet alleen een menselijke maar veelal ook een juridische belevenis, te meer wanneer het een persoonlijkheid als Goethe betreft.

De ontmoeting met de duitse schrijver-jurist kan slechts kort zijn. Hij zou, ook als rechtsgeleerde, ongetwijfeld meer aandacht verdienen dan in deze bijdrage te verwezenlijken valt. In Leipzig studeerde hij rechten, daarna in Straatsburg. Hij deed dit minder uit persoonlijke belangstelling voor de rechtswetenschap dan uit genegenheid voor zijn vader, die zelf na zijn juridische vorming te Giesen in 1742 raad van de duitse keizer was geworden. De vader zag hunkerend uit naar een traditie van juristen binnen de familie. Con amore verliep de studie van de jonge Goethe niet. In Straatsburg legde hij, klaargestoomd door een repetitor, in 1770 de « Kandidatenprüfung » af. Na verdediging van stellingen behaalde hij in dezelfde stad in 1771 het licenciaat, een graad die in Duitsland op een lijn stond met een doktoraat.

Eind augustus 1771 vestigde Goethe zich als advokaat in Frankfort, maar het volgend jaar verhuisde hij al naar Wetzlar teneinde zich daar als « Praktikant » aan het rijkskamergerecht verder te bekwamen. Aan dit gerecht lagen in die dagen zowat 16.000 processen op afdoening te wachten. Dergelijke toestanden kunnen op Goethe — hij was toen 23 jaar — nauwelijks stimulerend hebben gewerkt. Zijn toekomst lag dan ook elders, in de domeinen van de schone letteren. Tot een vermaard of ook maar gezocht jurist heeft Johann Wolfgang het niet gebracht. Toch zijn de juridische studies, hoe zeer hij deze dan ook tegen heug en meug voltooide, misschien zelfs de bescheiden praktijkervaringen uit de verdere ontwikkeling van Goethe's persoonlijkheid en werk niet geheel weg te denken.

Een dichter moge allereerst een schouwer zijn in verleden en toekomst, hij dient evenzeer de eigen levende omgeving scherp waar te nemen. Wat het recht en het rechtsleven betreft ontgingen Goethe de lichtzijden niet, de schaduwen evenmin. Dit verklaart, zeker ten dele, de onmiskenbaar satirische dominant in de eerste akte van de *Faust,* tweede deel. In de keizerlijke palts is de staatsraad in vergadering bijeengekomen. Naast de keizer, een ietwat zwakke om niet te zeggen potsierlijke figuur, heeft een astroloog plaats genomen. Dit tekent al enigszins de hofsfeer. De kanselier geeft een navrant beeld van het rechtsleven : rovers en andere delinkwenten nemen maar al te lang ongehinderd hun kansen waar. Heeft Goethe aan de onafgedane zaken in Wetzlar gedacht ? De kanselier vervolgt :

> So will sich alle Welt zerstückeln,
> Vernichten, was sich gebührt;
> Wie soll sich da der Sinn entwickeln,
> Der einzig uns zum Rechten führt ?
>
> Zuletzt ein wohlgesinnter Mann
> Neigt sich dem Schmeichler, dem Bestecher;
> Ein Richter, der nicht strafen kann,
> Gesellt sich endlich zum Verbrecher.

Het hekelen van wantoestanden in het openbare leven, ook in de politiek, laat Goethe niet los, al betracht hij gewoonlijk een zekere mildheid. We denken aan het vermaarde liedje door Mephistopheles in de *Faust,* eerste deel, ten beste gegeven in de Auerbachse kelder, temidden van een meer uitgelaten dan vrolijk gezelschap.

> Es war einmal ein König
> Der hatt' einen grossen Floh...

Deze jonker-vlo krijgt een keurig pak aangemeten om meteen als minister te fungeren. Zijn verwanten verwerven de goede baantjes aan het hof. Het lastige diertje verloochent vanzelfsprekend zijn aard niet.

> Und Herrn und Fraun am Hofe,
> Die waren sehr geplagt,
> Die Königin und die Zofe
> Gestochen und genagt,
> Und durften sie nicht knicken
> Und weg sie jucken nicht.

In dezelfde kelder-scène heeft een scholier kort tevoren zijn hart gelucht over de rechtenstudie. De « Rechtsgelehrsamkeit » staat hem niet aan. Mephistopheles neemt het de jongeman niet kwalijk en in de woorden die Goethe hem in de mond legt beluisteren we wellicht iets omtrent de persoonlijke inzichten van de dichter zelf.

> Ich weiss, wie es um die Lehre steht.
> Es erben sich Gesetz' und Rechte
> Wie eine ew'ge Krankheit fort;
> Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte
> Und rücken sacht von Ort zu Ort.
> Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage;
> Weh dir, dass du ein Enkel bist !
> Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
> Von dem ist leider nie die Frage.

Zowel in Leipzig als in Straatsburg heeft Goethe ongetwijfeld kennis gemaakt met het romeins recht. Het had immers dank zij de receptie vat gekregen op het geldend rechtsbestel in Goethe's tijd. Maar ook voor het inheems recht stond de dichter open. Met name uit de *Götz von Berlichingen mit der eisernen Hand,* waarvoor in Frankfort al plannen waren gemaakt, blijkt dat Goethe zich rechtshistorisch weet terug te denken, ja geheel in te leven in toestanden en verhoudingen van een rechtswereld van eeuwen her, van de tijd omstreeks 1500. Aan zijn « *Urgötz* » heeft hij lang gedokterd, en met toewijding. Zoveel mogelijk wilde hij de historie recht laten wedervaren, al bleef er dan nog ruimte genoeg over voor de dichterlijke verbeelding. Maar het was er de dichter ook om te doen zijn *Götz* een nationale allure te geven. In 1773 kwam het stuk, op aandringen van buitenaf, als « Schauspiel » van de pers. Er gaat van

de historische Götz — hij stierf vier eeuwen geleden, in 1562, op de burcht Hornberg aan de Neckar — iets fascinerends uit, al dwingen niet alle facetten in zijn persoonlijkheid onvoorwaardelijke bewondering af. Goethe kwam in de ban van de moedige houwdegen die Götz was, maar ook anderen, met name in onze dagen Jean Paul Sartre. Maar hoe geheel verschillend is bij de fransman het resultaat ! In Goethe's toneelwerk blijft Götz een reëel aanvaardbare figuur, in wezen een duitser, wil men : een germaan. Sartre pakt het thema geheel anders aan, overigens ook minder historisch. In zijn *Le diable et le bon Dieu,* waarin Sartre de verhoudingen van de mens tot God, van de mens tot het absolute aan de orde stelt, treedt ons aanhoudend een alles en allen overheersende Götz tegemoet waarin het moeilijk valt iets reëels te ontdekken. Bij Sartre verschijnt een allesbehalve germaanse vechtjas voor het voetlicht, eerder een wat erg onwerkelijke fransman die met tal van problemen worstelt en er niet uitkomt. Is om deze reden een vergelijking tussen Goethe en Sartre al niet eenvoudig, ze wordt nog moeilijker doordat Sartre zijn hoofdpersoon vooral, zoal niet uitsluitend tegen de achtergronden van de boerenopstanden uit het begin van de 16de eeuw plaatst, terwijl Goethe een bredere blik gunt in het leven van de historische Götz..

Laten we niet te ver afdwalen en terugkeren tot Goethe.

Wanneer in de eerste akte Weislingen voor Maria, de zuster van Götz, al te opdringerig wordt, laat Goethe deze jonge vrouw zeggen : « Ich bitte Euch, lasst mich ! Einen Kuss hab' ich Euch zum Gottespfennig erlaubt; Ihr scheint aber schon von dem Besitz nehmen zu wollen, was nur unter Bedingungen Euer ist. » Vooral de slotwoorden klinken in de mond van Maria enigszins vreemd, ze verraden daarentegen duidelijk de jurist die ze neerschreef. Maar hoe staat het nu met Goethe's kennis van de rechtshistorie ? Om deze kennis is het ten slotte in deze bijdrage vooral te doen.

Telkens maakt Goethe in de *Götz* van oude rechtsinstellingen gebruik. Hij weet ze met kennis van zaken in de gang van de gebeurtenissen op te nemen. We denken aan de oervete, de landvrede, de verhouding tussen leenheer en leenman, de ban (Acht), de gang van zaken in het heimelijk gericht, beginnend met een klacht. Ook van de noden van het oude rechtsleven is Goethe op de hoogte. In de slotscène van de tweede akte kijkt de toeschouwer in een herberg : men viert er een boerenbruiloft en er is dans en muziek. Götz opent het gesprek met de woorden : « Das Gescheitste war, dass ihr euern Zwist so glücklich und fröhlich durch eine Heirat endigt. » De vader van de bruid en de bruidegom hebben tegen elkaar geprocedeerd om een stuk grond. Het geding heeft nagenoeg acht jaar geduurd met als gelukkig eind deze bruiloft. Maar in de herberg komen de klachten over de rechtspraak los. De vader van de bruid laat zich ontvallen : « Das ist ein Gezerre, Ihr glaubt's nicht, bis man den Perücken ein Urteil vom Herzen reisst; und was hat man darnach ? Der Teufel hol' den Assessor Sapupi (1) ! 's is ein verfluchter schwarzer Italiener. » Misschien speelden Goethe de 16.000 processen die in Wetzlar lagen te wachten andermaal door het hoofd. Het beeld van de rechtspraak is bepaald niet verheffend. De vader van de bruid neemt dan ook resoluut het besluit : « Geh' aber, wie 's will, processieren tu' ich mein Tag nit mehr. Was das ein Geldspiel kost ! Jeden Reverenz, den euch ein Prokurator macht, müsst ihr bezahlen. » En dan zijn er nog die « hohle Pfötchen », die handen die allerwegen worden opgehouden teneinde er een of meer dukaten in te deponeren. Procederen was niet enkel een langademige affaire, ook een uitermate kostbare. Goethe weet het en hij laat het zijn personages zeggen.

Bijzondere aandacht verdient in de eerste akte de scène in de eetzaal van het bisschoppelijk paleis te Bamberg. Deze voor spelers en regisseurs dankbare speelscène verplaatst de toeschouwer midden in de geschiedenis van het recht. Er zijn hoge gasten bij de bisschop, onder andere de abt van Fulda en een zekere Olearius, doctor in de beide rechten. Uit eigen bisschoppelijke omgeving is de ietwat woelige, overigens even vrijmoedige als gevatte Liebetraut van de partij. Deze gasten verdienen een nadere kennismaking vooraf.

Wanneer het doek opengaat hebben bisschop en genodigden, naar we mogen veronderstellen, een stevige maaltijd achter zich. Een daarbij passende dronk is niet achterwege gebleven. De schouwburgbezoeker is nu verder getuige van de « Nachtisch » waarbij men andermaal grote bokalen aandraagt. Vooral de abt van Fulda is lichtelijk onder invloed van de heerlijkheden die de episkopale wijnbergen plegen op te leveren. Wanneer het gezelschap tegen het eind de belangen van het rijk bespreekt en de bisschop de moeilijkheden opsomt waarvoor de keizer zich geplaatst ziet, noemt hij onder de mensen die het de vorst moeilijk maken Götz von Berlichingen, niet geheel terecht overigens. De abt orakelt : wanneer de keizer niet spoedig doortastend ingrijpt « so stecken einen die Kerl' am End in den Sack ». Hij inkasseert van Liebetraut de voor hem bedoelde, niet bepaald hoffelijke vrijmoedigheid : « Das müsst' ein Kerl sein, der das Weinfass von Fuld' in den Sack schieben wollte ! », een op de lachlust berekende hatelijkheid waarop de kloosteroverste niet eens reageert, misschien wel omdat hij te ver « weg » is. En nu Olearius. Uit zijn dialoog met Liebetraut blijkt dat hij uit Frankfort afkomstig is, dus uit een stad die de dichter aan het hart ligt. Liebetraut kent de stad, maar de naam Olearius zegt haar niets. Prompt bekent de doctor : « Mein Vater hiess Ölmann. Nur, den Missstand auf dem Titel meiner lateinischen Schriften zu vermeiden, nenn' ich mich, nach dem Beispiel und auf Anraten würdiger Rechtslehrer, Olearius. » Dat verlatiniseren van namen was gebruikelijk. Niettemin schuilt in de naam Olieman, door Goethe voor zijn geestelijk bedenksel met een bijbedoeling gekozen, een zekere spotternij. In de voorstelling van de dichter zullen de geschriften van Olearius zeker niet talrijk geweest zijn. Het is zelfs de vraag, of hem ook maar enig geschrift voor de geest heeft gestaan. Liebetraut riposteert niet zonder sarkasme : « Ihr tatet wohl, dass Ihr Euch übersetztet. Ein Prophet gilt nichts in seinem Vaterlande, es hätt' Euch in Eurer Muttersprache auch so gehen können. » Ondeugend ebt de profeten-gedachte (voor een jurist van formaat toch al niet vleiend) nog even verder, waarna Olearius Liebetraut ten einde raad toevoegt : « Es scheint, Ihr seid dazu bestellt, Wahrheiten zu sagen », waarop Liebetraut weinig ladylike antwoordt : « Weil ich's Herz dazu hab', so fehlt mir's nicht im Maul. » Het gesprek loopt ten slotte zo hoog dat de bisschop voorstelt op een ander thema over te stappen. Tot zover de kennismaking.

We komen tot de rechtshistorica.

Uit de samenhang moet men wel afleiden dat Olearius in Bologna studeerde. Of hij daar ook afstudeerde — we komen hierop terug — blijft op zijn minst genomen onzeker. Een sieraad voor de vermaarde

universiteit is hij bepaald niet. Olearius licht de bambergse kerkvorst en diens gasten in over de bolognese Alma Mater. Het hoge gezelschap blijkt omtrent deze universiteit en haar studenten eigenlijk niets te weten. Op de vraag van de bisschop, of er thans veel duitsers van adellijken huize studeren, krijgt hij ten antwoord : dat in Bologna jongelui studeren zowel uit de adel als uit de duitse burgerstand. Ze doen het voortreffelijk en « tragen... das grösste Lob davon ». Het is zelfs zó, dat in universitaire kringen het spreekwoord de ronde doet « So fleissig wie ein Deutscher von Adel ». Olearius vervolgt : « Denn indem die Bürgerlichen einen rühmlichen Fleiss anwenden, durch Talente den Mangel der Geburt zu ersetzen, so bestreben sich jene mit rühmlicher Wetteiferung, ihre angeborne Würde durch die glänzendsten Verdienste zu erhöhen ». Olearius, zelf onmiskenbaar tot de « Bürgerlichen » behorend, is bepaald niet zuinig met lof voor zijn landgenoten, middellijk voor zichzelf.

Voor de abt schijnen de mededelingen van Olearius evenzovele openbaringen te vormen, althans in de min of meer benevelde toestand waarin hij ten tonele verschijnt. Heel wat reëler klinkt de reaktie van de doodnuchtere Liebetraut. Ironisch laat Goethe haar zeggen : wat kun je tegenwoordig toch allemaal beleven. « So fleissig wie ein Deutscher von Adel ! Das hab' ich mein' Tage nicht gehört », en ze zal daarbij haar gedachten hebben laten gaan over hetgeen ze in het duitse rijk in haar dagen en in haar naaste omgeving kon waarnemen. Olearius, schrander genoeg om de scepsis der hofdame op te merken, verzekert dat de duitse studenten de « Bewunderung » van de bolognese akademie bezitten. Goethe schept er een tastbaar genoegen in de doctor utriusque iuris de waardering van de duitse studieijver te laten overdrijven, al valt historisch niet te ontkennen dat onder de studenten-naties in Bologna de germaanse een voorname plaats heeft ingenomen. Goethe zelf getuigt inmiddels van een zekere reserve, want hij laat Olearius zeggen, dat binnenkort « einige von den ältesten und geschicktesten als Doctores zurückkommen ». Zo heel groot is het aantal geschikte afgestudeerden, waarmee de keizer straks gelukkig zal zijn de hoogste ambten te kunnen bezetten, blijkbaar niet. Men is hier geneigd te denken aan een « multa non multum ». Liebetraut koestert zelfs enige argwaan met betrekking tot Olearius' bekwaamheden, want later vraagt ze hem pardoes : « Wo habt Ihr promoviert ? Es ist nur zur Nachfrage, wenn mir einmal der Einfall käme, dass ich gleich vor die rechte Schmiede ginge », waarop Olearius geraakt alleen het weinig hoffelijke antwoord weet : « Ihr seid verwegen ». Op deze wijze suggereert de dichter dat Olearius, mocht hij dan al in Bologna gestudeerd hebben, toch zijn doctorsgraad aan een universiteit behaalde waar men minder hoge eisen stelde.

De abt van Fulda informeert of Olearius bij geval in Bologna niet een jonker kent, een jonker uit Hessen. Na Olearius' opmerking dat er veel studenten uit Hessen in Bologna zijn, tracht de abt stuntelig en naar dronkemanstrant te verduidelijken wie hij bedoelt, maar hij struikelt over zijn woorden, over zijn gedachten. Liebetraut redt de situatie door een jonkersnaam te noemen. Ja, die bedoelde de abt en Olearius blijkt de jonker te kennen : « Besonders rühmt man ihn wegen seiner Stärke im Disputieren ».

Het voorafgaande is al merkwaardig uit rechtshistorisch oogpunt, misschien nog meer uit dat van de beschavingsgeschiedenis. De duitsers die in Bologna studeren zijn talrijk. Het monopolie van de duitse adel in Bologna behoort tot het verleden. De betekenis der steden groeit, met het gevolg dat de macht en de rijkdom der stedelijke burgerij zich in de bevolking der universiteiten weerspiegelen. Al maakt het in Bologna circulerende spreekwoord alleen gewag van de adel, duitse poorterszonen blijven in ijver en toewijding niet ten achter. Bovendien mogen we uit hetgeen Olearius zegt met enige waarschijnlijkheid afleiden dat niet alle studenten de eindstreep bereiken.

Het gesprek in het bambergse paleis — we komen tot een tweede merkwaardigheid — neemt een andere wending. Het *Corpus Iuris* komt ter sprake.

De bisschop wil weten — de vraag alleen tekent haar steller al ten voeten uit — hoe de keizer heette die het *Corpus* schreef. Zodra Olearius verzekert dat dit Justinianus is, vermag de hoogwaardigheidsbekleder zijn bokaal heffend niets beters te zeggen dan : « Ein trefflicher Herr ! Er soll leben ! », een historische blunder die de doctor even hoffelijk als diplomatiek verbetert met een : « Sein Andenken ». Goethe kan niet nalaten het lachwekkende van de onkunde nog duidelijker aan de kaak te stellen. De abt, van wie we mogen aannemen dat zich meerdere exemplaren van het *Corpus Iuris* in zijn fulda'se boekerij bevinden, waagt de onnozele veronderstelling : « Es mag ein schön Buch sein », een boek waarvan hem niet enkel de inhoud, maar ook zelfs het feitelijk bestaan volkomen onbekend schijnt te zijn. Nu moge deze abt tot de min of meer verzonnen personages van het « Schauspiel » behoren, toch heeft Goethe hier een abt op de planken willen zetten zoals die ergens in het rijk wel voorkwam : een met betrekking tot het profane recht onkundig clericus.

Olearius tracht indruk te maken op zijn gehoor. Hij zou het justiniaanse *Corpus* «ein Buch aller Bücher» willen noemen, een verzameling van alle wetten, een rechtsoptekening die voor elke casus een « Urteilsspruch » gereed heeft. Wat aan dit rechtsboek nog mocht ontbreken of daarin nog duister mocht zijn lossen volgens Olearius de glossen op : kanttekeningen waarmee de geleerdste mannen het voortreffelijke werk van Justinianus sierden. Om superlatieven is Olearius bepaald niet verlegen. De werkelijkheid is nochtans enigszins anders. Dat de oplossingen in tekst en glossen zo maar voor het grijpen lagen, neemt geen enkele rechtshistoricus aan, nu niet, vroeger evenmin, al hebben juristengeneraties de betekenis van de glossen overschat. Ook Goethe heeft dit geweten. Boekerijen vullende kommentaren van latere juristen leveren het bewijs dat in *Corpus* en glossen niet het laatste woord gesproken is. De wens is ook bij Olearius de vader van de gedachte. Vanzelfsprekend is hij onder zijn blinde tafelgenoten de eenogige koning. Een ster aan het bolognese firmament mag men hem niet noemen. Blijkbaar is het Goethe erom te doen geweest een bluffer uit te beelden, iemand die zijn omgeving epateert. In deze opzet slaagde de dichter uitstekend.

Wanneer de abt, juridisch een arme hals, na de uiteenzetting van Olearius met pathos uitroept : « Eine Sammlung aller Gesetze ! » en hieraan de veronderstelling toevoegt dat in het rechtsboek dan ook wel de tien geboden te vinden zullen zijn, rektificeert de doctor waardig : « Implicite wohl, nicht explicite ». Die geleerde woorden spelen de abt parten. Hij heeft ze niet begrepen, al tracht hij zich naar buiten een houding te geven : « Das mein' ich auch, an und vor sich, ohne weitere Explikation ».

De bisschop, al evenzeer vreemdeling in het justiniaanse *Corpus*, meent in het rechtsboek een uitkomst voor het duitse rijk te zien. Hij zegt : « Und

was das Schönste is, so könnte, wie Ihr (d.i. Olearius) sagt, ein Reich in sicherster Ruhe und Frieden leben, wo es völlig eingeführt und recht gehandhabt würde». Volgens de doctor is dit «ohne Frage» het geval. Blijkbaar hebben noch de bisschop noch Olearius een duidelijk beeld van de omvang waarin de receptie van het justiniaanse recht al gerealiseerd is.

De receptie ging buiten de massa om. Goethe laat zien hoe men zelfs in hogere kringen — hier de bambergse bisschop en diens gasten — weinig besef heeft van de justiniaanse wetgeving en haar binnendringen in het duitse rechtsbestel van de 16de eeuw. Wanneer Olearius het *Corpus* kenschetst als een verzameling van alle wetten, dan geeft dit geen hoge dunk van 's mans eruditie. Het valt immers moeilijk de *Digesten,* onderdeel van het *Corpus Iuris,* als een wettenverzameling te zien, omdat daarin voortdurend juristen aan het woord zijn, terwijl voor de *Codex* en de *Novellae* de term «wet» (lex) toch ook maar alleen verantwoord is indien men onder lex keizerlijke verordening verstaat. Of Goethe nu in Olearius een maar heel matig «Fertigprodukt» van de laat-middeleeuwse universiteit heeft willen konterfeiten, valt moeilijk te bewijzen. Hoe dit ook zij, het heeft er alleszins de schijn van dat een dergelijke bedoeling bij de dichter heeft voorgezeten.

We komen ten slotte tot een derde en laatste facet in Goethe's rechtshistorische omzwervingen. Na het betoog van Olearius over het *Corpus Iuris* roept de bisschop als in extase uit: «Alle doctores iuris!» Het gezelschap heft de bokalen en oppert de wens — een vrome overigens — dat in de naaste toekomst alle leiding gevende posities in handen van doctores zullen komen.

Olearius is hieromtrent niet geheel zeker, althans nu nog niet. Hij zegt: «Wollte Gott, man spräche so in meinem Vaterland!». Ja, in dat vaderland — we weten al dat we hier aan Frankfort hebben te denken — blijft nog veel te wensen over. De bisschop, blijkbaar vertrouwd met het uithoren van anderen, vraagt of lieden van het slag van Olearius — dus juristen — in Frankfort en omgeving niet al te best staan aangeschreven. Hoe komt dat, wil hij weten.

Hier rijst nu het konflikt, wil men: de antithese tussen romeins en inheems recht. Olearius vertelt dat hij naar Frankfort was gegaan om er de nalatenschap van zijn vader in ontvangst te nemen, maar, zegt hij, «der Pöbel hätte mich fast gesteinigt, wie er hörte, ich sei ein Jurist». Nu maakt het bij een vererving van vader op zoon wellicht weinig verschil of men zich op romeins dan wel op inheems recht beroept, maar de grote massa had nu eenmaal, ook in Frankfort, een grondige afkeer van het romeins recht. Het was immers een vreemd recht, met het gevolg dat Olearius in zijn vaderstad moeilijkheden ondervond.

De verklaring voor de onheuse bejegening aan de Main ligt historisch dieper. Luisteren we naar Olearius zelf, of liever naar Goethe. Wat hij de doctor laat zeggen werpt op de situatie licht binnen een breder kader dan dat van het erfrecht. Volgens Olearius is de frankfortse schepenstoel, allerwegen in hoog aanzien, alleen met mensen bezet die van het romeins recht niets afweten. Men is er de mening toegedaan dat het genoeg is «durch Alter und Erfahrung sich eine genaue Kenntnis des innern und äusseren Zustandes der Stadt zu erwerben. So werden nach altem Herkommen und wenigen Statuten die Bürger und die Nachbarschaft gerichtet». Historisch is deze visie op de opvattingen uit de eerste helft van de 16de eeuw juist. In stad en omgeving hanteerde men de regels van het oude heerkomen. Natuurlijk vertoonden gewoonterecht en statuten tal van leemten die men zolang mogelijk trachtte aan te vullen zonder zijn toevlucht te nemen tot het «vreemde» recht. De tijden waren nochtans aan het veranderen, al bleef de bevolking aan eigen recht vasthouden. Ze stond argwanend tegenover de receptie en Goethe tekent het beeld van de tijd juist, met perspektieven en achtergronden die aan de werkelijkheid beantwoorden, al blijven er nuanceringen van plaats en tijd.

Wanneer Olearius met zijn verklaring gereed is, getuigt de abt — hij draait met alle winden mee — «das ist wohl gut». Hij juicht de inzichten die men in Frankfort huldigt toe. Zijn bewondering voor het *Corpus Iuris* is hij al weer lang vergeten. Na dat «das ist wohl gut» van de abt vult Olearius aan: «Aber lange nicht genug». Zijn verder betoog gaat volkomen over aller hoofden heen. Hij zegt: een mensenleven is kort en in één generatie doen zich niet alle «casus» voor, waarbij de toeschouwer zich afvraagt, of dit laatste dan zó noodzakelijk is voor een goed rechtsbestel? Olearius schoolmeestert domweg verder: ons wetboek — hij bedoelt het *Corpus Iuris* — vormt een verzameling van dergelijke «gevallen» (casus), gedurende veel eeuwen bijeengebracht. Er komt nog iets bij: «Und dann ist der Wille und die Meinung der Menschen schwankend: dem deucht heute das recht, was der andere morgen missbilliget», met het gevolg dat verwarring en ongerechtigheid niet te vermijden zijn: «Das alles bestimmen die Gesetze, und die Gesetze sind unveränderlich». Maar zo onveranderlijk waren die oude wetten heus niet. Zelfs met betrekking tot de keizerlijke verordeningen bleven wijzigingen niet uit. De gedachte van de onveranderlijkheid heeft Goethe zelf wellicht beluisterd bij de natuurrechtelijke school. De zwetsende abt vindt die onveranderlijkheid alweer prachtig en veel beter, maar de «Pöbel» ziet dit volgens Olearius niet in. Het volk moge nog zo belust zijn op nieuwigheden, het nieuwe dat de «Pöbel» uit het rechte spoor zou brengen vindt geen genade. Doelend op de poorters van Frankfort zegt de doctor: «Sie halten den Juristen so arg als einen Verwirrer des Staats, einen Beutelschneider, und sind wie rasend, wenn einer dort sich niederzulassen gedenkt».

Vooral dit laatste facet in de rechtshistorische visie van Goethe vormt een treffende bevestiging van hetgeen uit de bronnen bekend is.

Aan de ontmoeting met de jurist Goethe dient een eind te komen. Moge ze verantwoord zijn en passen in het kader van het feest van het *Rechskundig Weekblad.* Deze bijdrage werd geschreven bij stralend Paasweer. Wie denkt dan niet aan de fleurige scène uit de *Faust,* eerste deel, voor de stadspoort? Faust beweegt zich onder de boeren en burgers van de stad. We eindigen met de wens, aan het adres van het *Weekblad,* die een oude boer tot Faust richt:

Herr Doktor, das ist schön von Euch,
Dass Ihr uns heute nicht verschmäht
Und unter dieses Volksgedräng'
Als ein so Hochgelahrter geht.
So nehmet auch den schönsten Krug,
Den wir mit frischem Trunk gefüllt!
Ich bring' ihn zu und wünsche laut,
Dass er nicht nur den Durst Euch stillt:
Die Zahl der Tropfen, die er hegt,
Sei Euren Tagen zugelegt!

Ad multos annos!

(1) Een grappige toespeling op de assessor Frans von Papius (Pape), werkzaam bij het rijkskamergerecht. In Goethe's tijd zette men hem wegens het aannemen van steekpenningen af.

3. BURGERLIJK RECHT

MODERNISERING VAN HET HUWELIJKSGOEDERENRECHT

door

Prof. Dr. Mr. J. C. VAN OVEN

Em. Hoogleraar aan de Universiteit te Leiden.

Lid van de Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen.

Buitenlands lid van de Koninklijke Vlaamse Academie voor Wetenschappen.

Oud-Minister van Justitie.

België is bezig zijn verouderd huwelijksgoederenrecht te moderniseren, Nederland heeft dit reeds volbracht. Daar mijn naam als jurist en Minister van Justitie bij deze modernisering betrokken is, ligt het voor de hand deze als thema voor mijn bijdrage tot het herdenkingsnummer van het Rechtskundig Weekblad te kiezen. Dat ik zulk een bijdrage volgaarne breng, behoef ik nauwelijks te verzekeren : ik heb het streven van dit weekblad gedurende een kwart eeuw met grote sympathie meegeleefd, en wel geenszins in de eerste plaats omdat het strijdt voor de taal die ook mijn moedertaal is, maar vooral omdat zijn strijd er een is voor een goede zaak. De opkomst en bloei van een in de Nederlandse taal geschreven Belgische rechtswetenschap heeft mij innig verheugd en ik betreur slechts dat de vorderingen niet nog groter zijn geweest, en dat in 't bijzonder de taal waarin de rechterlijke uitspraken die ik in het Weekblad pleeg te lezen, vaak nog veel te wensen overlaat, soms zelfs voor een Nederlands jurist niet goed verstaanbaar is... tenzij hij haar eerst in het Frans overbrengt. Ja, wij in Nederland hebben de indruk, dat ook de Nederlandstalige Belgische rechtsgeleerden nog immer het oog meer gericht houden naar het zuiden — en ook wel naar het oosten — dan naar het noorden, en juist het onderwerp, waarover deze bijdrage handelt, biedt hiervan een voorbeeld. De Nederlandstalige juristen in België hebben aan de herziening van ons huwelijksgoederenrecht, voor zover ik kan nagaan, zeer weinig aandacht besteed, terwijl daarentegen enkele Franstalige dit wel gedaan hebben.

De Belgische wetgever heeft een belangrijke stap gezet op de weg der modernisering van het huwelijksrecht, dat dank zij de Franse Code Civil in België, evenals in Nederland, volledig gebaseerd was op de maritale macht. « La nature a fait de nos femmes nos esclaves... » zo moet Napoleon uitgeroepen hebben (1) en inderdaad, al is de positie der gehuwde vrouw in de Franse, Belgische en Nederlandse wetboeken der vorige eeuw niet die van een slavin, zij verschilt slechts weinig van die van een minderjarige of onder curatele gestelde. Met de wet van 30 april 1958 heeft de Belgische wetgever hierin wijziging gebracht. Hij heeft de maritale macht opgeheven, de vrouw handelingsbekwaam gemaakt. Maar het huwelijksgoederenrecht heeft hij nog niet herzien, en daarom is de opheffing der handelingsonbekwaamheid grotendeels schijn. Want wat baat een aan de gehuwde vrouw wettelijk verleende bekwaamheid tot handelen, als er geen vermogen is waarop verhaal als gevolg van die handelingen te vinden is ? In Nederland is dit anders : door de wet van 14 juni 1956, ingevoerd 1 januari 1957, bestaat er volslagen gelijkheid van beide echtgenoten in zake het huwelijksgoederenrecht. De wet spreekt wat dit betreft niet meer over « de man » en « de vrouw », maar over « de ene echtgenoot » en « de andere echtgenoot ». Een kort woord over de weg waarlangs dit resultaat werd bereikt, moge volgen.

In Nederland was en is de algehele gemeenschap van goederen en schulden het wettelijk stelsel, geldend bij gebreke van huwelijksvoorwaarden. Het is ook verreweg het meest gebruikelijke; meer dan 90 % der Nederlandse echtparen zijn in algehele gemeenschap van goederen gehuwd. Deze gemeenschap stond — uitzonderingen daargelaten — onder beheer van de man, want de vrouw was handelingsonbekwaam, zelfs als zij buiten gemeenschap van goederen was gehuwd. Tegen deze regeling was sinds lange tijd verzet gerezen : er werd aangedrongen op opheffing der handelingsonbekwaamheid en tevens op het verlaten van de goederengemeenschap als wettelijk stelsel, omdat men meende dat deze gemeenschap noodzakelijk onder 's mans beheer moest staan en derhalve bij de meerderheid der huwelijken de vrouw toch in waarheid onbekwaam zou blijven, ook al hief men de wettelijke onbekwaamheid op.

Zo stonden de zaken toen mij in 1927 het schrijven van een preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging werd opgedragen over de vraag, hoe het huwelijksgoederenrecht geregeld behoort te worden bij opheffing van de handelingsonbekwaamheid der gehuwde vrouw. In dit preadvies nu betoogde ik, dat, anders dan men meende, de volledige gelijkstelling van beide echtgenoten, ook in geval van algehele goederengemeenschap, zeer goed verwezenlijkbaar was; dat de leuze « geen twee kapiteins op één schip » een voze leuze was; dat het een in het recht frequent verschijnsel is dat een vermogen bestuurd wordt door twee of meer gelijkgerechtigde subjecten en dat dit ook in zake het gemeenschappelijk huwelijksvermogen zeer wel verwezenlijkbaar is. Ik stelde twee beginselen als fundament der regeling voor : ten eerste de gemeenschappelijke goederen aansprakelijk te stellen voor alle verbintenissen van elk der echtgenoten, uit welken hoofde ook ontstaan, en ten tweede het beschikkingsrecht over elk gemeenschapsgoed toe te kennen aan diegene der echtgenoten die dit goed voor de gemeenschap verkregen had. In een uitvoerige schets werkte ik dit stelsel uit en de meerderheid der aanwezige leden der Juristenvereniging sloot zich bij mijn voorstel aan.

Hierbij bleef het voorlopig. Ondanks dit votum vond mijn denkbeeld geen instemming bij de regering. Verscheidene wetsontwerpen volgden elkander op, waarin de algehele goederengemeenschap als wettelijk stelsel bleef gehandhaafd, maar waarin deze gemeenschap onder 's mans bestuur bleef gesteld, ofschoon aan de vrouw nieuwe bevoegdheden werden toegekend. Zo was het ook in het ontwerp van Minister Donker, dat in het begin van 1956 in openbare mondelinge behandeling in de Tweede Kamer kwam. Echter, tijdens die behandeling dienden een aantal Kamerleden

een amendement in, waarin mijn denkbeeld was belichaamd. Voordat dit in behandeling kwam, overleed op het onverwachts Minister Donker en werd ik als zijn opvolger geroepen. Met een aantal wijzigingen nam ik het amendement over, verwerkte het in de tekst van het ontwerp en smaakte de voldoening dit met aanzienlijke meerderheid aangenomen te zien in beide Kamers. Op 1 januari 1957 werd de wet ingevoerd.

Zoals te verwachten was, gaf zij tot menige vraag aanleiding, want het laat zich horen, dat niet alle consequenties van de vervanging van een zo belangrijk instituut als de maritale macht door de volledige gelijkstelling van de echtgenoten, te voorzien waren. Bovendien was de voorbereiding sneller in het werk gegaan dan mij lief was en ik zal dan ook de laatste zijn om vol te houden dat deze wet een onberispelijk staal van wetgeving geworden is. Maar tot ernstiger moeilijkheden dan zich doorgaans voordoen bij het in werking treden van een nieuwe wet heeft zij niet geleid.

Men moge mij niet van onbescheidenheid betichten omdat ik eigen werkzaamheid hier geschetst heb. Ik deed het slechts, omdat ik meen, dat de Belgische wetgever zich deze in Nederland opgedane ervaring ten nutte kan maken. En ik word in deze mening gesterkt door het belangrijke boek van de Luikse hoogleraar Renard (2). Op menige plaats van dit boek citeert deze auteur de Nederlandse wet met instemming, verklaart dat zij de oplossing gevonden heeft van moeilijkheden, waarvoor de hedendaagse wetgever zich gesteld ziet als hij het huwelijksgoederenrecht op de hoogte van de tijd wil brengen (3).

(1) Vermeld door Thibaudeau, Mémoires sur le Consulat, p. 426.

(2) Ch. Renard, Le régime matrimonial de droit commun; projets belges et droit comparé; Bruxelles, E. Bruylants, 1960.

(3) Het belangrijkste omtrent de geschiedenis der wet vindt men bijeengebracht door van Ewijk en Polak, De Wet tot opheffing van de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw van 14 juni 1956; Zwolle, Tjeenk Willink, 1956. Zie verder het standaardwerk van Prof. Mr. A.R. de Bruijn, Het Nederlandse huwelijksvermogenrecht, Arnhem, Gouda Quint-Brouwer, 1959.

DE HANDELINGSBEKWAAMHEID VAN DE VAN GOEDEREN GESCHEIDEN VROUW SINDS DE WETTEN VAN 30 APRIL 1958 EN 22 JUNI 1959

door

Prof. Dr. Mr. Willy DELVA

Hoogleraar aan de Universiteit te Gent.

Het is een open deur instampen nog uitvoerig te willen aantonen, dat, waar de wet van 30 april 1958 wel de juridische gevolgen van het huwelijk ten aanzien van de persoon van de echtgenoten heeft gewijzigd doch daarentegen de wetgeving op het huwelijksvermogensrecht intact liet, betreurenswaardige rechtsonzekerheid werd geschapen inzake de handelingsbekwaamheid van de gehuwde vrouw. Het volstaat kennis te nemen van de sindsdien verschenen vakliteratuur om er niet over gesticht te zijn (— zie o.m. : W. Delva, *De bekwaamheid van de gehuwde vrouw sinds de wet van 30 april 1958,* in *R.W.,* 1958-59, k. 313 en volg. ; G. Baeteman, *Overzicht van de wet van 30 april 1958 betreffende de wederzijdse rechten en plichten van de echtgenoten en van enkele rechtsproblemen door haar toepassing gesteld,* in *R.W.,* 1958-59, k. 1017 en volg. ; M. Donnay, *Loi du 30 avril 1958 relative aux droits et devoirs respectifs des époux, in Rec. gén. enr.,* 1958, nr. 19979, blz. 257 en volg. ; M. Dubru, *L'égalité civile des époux dans le mariage,* in *Ann. not. enr.,* 1958, blz. 257 en volg. ; W. Bourgaux, *La loi du 30 avril 1958 relative aux droits et devoirs respectifs des époux,* in *J.T.,* 1959, blz. 69 en volg. ; W. Bourgaux en F. Laine, *La capacité juridique de la femme mariée. Loi du 30 avril 1958,* in *Rev. prat. not.,* 1959, blz. 89 ; en het werk van G. Baeteman en J.P. Lauwers, *Devoirs et droits des époux,* Bruxelles 1960 —).

Het hoeft evenmin commentaar, dat die onzekerheid ergerlijk was voor vrouwen gehuwd met een huwelijksvermogensstelsel van scheiding van goederen of gerechtelijk van goederen gescheiden. Zij toch hadden zelfs redelijkerwijze verhoopt volkomen rechtsbevoegd te zullen worden, vermits aan alle gehuwde vrouwen — diegenen inbegrepen die niet van goederen gescheiden waren — een principiële bevoegdheid was beloofd geworden.

Dit is dan aanleiding geweest tot het indienen van een wetsvoorstel (door de Heren van Laeys en consorten, senatoren), dat geleid heeft tot het tot stand komen van de wet van 22 juni 1959 betreffende de rechten van de van goederen gescheiden vrouw. Door die wet heeft de wetgever de van goederen gescheiden vrouw een volledige civielrechtelijke bevoegdheid willen verzekeren en iedere bevoegdheidsbeknotting willen weren.

Bevreemdend is echter dat inzake de handelingsbekwaamheid van de van goederen gescheiden vrouw nog grote verwarring blijkt te bestaan (— zie o.m. G. Baeteman, *De wet van 22 juni 1959. Commentaar op de wijzigingen van het stelsel van scheiding van goederen,* in *R.W.* 1959-60, k. 225 en volg. ; F. Franken, *De bekwaamheid van de gehuwde vrouw om contracten en verbintenissen aan te gaan,* in *T.N.,* 1960, blz. 129 en volg. ; M. Donnay, *Loi du 22 juin 1959 relative aux droits de la femme mariée séparée de biens,* in *Rec. gén. enr.,* 1959, nr. 20108, blz. 289 en volg. ; L. Stichelbaudt, *Loi du 22 juin 1959 relative aux droits de la femme mariée séparée de biens,* in *Rev. prat. not.,* 1959, blz. 265 en volg. ; J. Kirkpatrick, *La capacité et les pouvoirs des femmes mariées belges depuis les lois des 30 avril 1958 et 22 juin 1959,* in *J.T.,* 1960, blz. 1 en volg., en het werk van G. Baeteman en J.P. Lauwers, *gec.* —). Verwarring die in de rechtspraktijk haar weerslag heeft gekregen, aangezien vastgesteld kan worden dat men in het juridisch verkeer niet toeschietelijk blijkt te zijn voor de van goederen gescheiden vrouw.

Zodat als vanzelfsprekend zich de vraag opdringt : is de van goederen gescheiden vrouw thans al dan niet volkomen handelingsbekwaam.

* * *

Mij wil het voorkomen dat, zonder de minste aarzeling, bevestigend mag worden geantwoord : de van goederen gescheiden vrouw is, sinds de wet van 22 juni 1959, werkelijk volkomen civielrechtelijk bevoegd.

Het *eerste argument* dat voor die zienswijze aan te voeren is, is precies de historiek van de door de van goederen gescheiden vrouw verworven rechtspositie.

1) Onder de wetgeving van 1932 (— zie meer bepaald de wet van 20 juli 1932 op de wederzijdse rechten en plichten van de echtgenoten —), is, ingevolge het gehandhaafd beginsel van de maritale macht, iedere gehuwde vrouw — ook zij die van goederen gescheiden is in de regel handelsonbekwaam. De oude art. 215 en 217 B.W. alsook de zovele erbij aansluitende teksten, die door de wet van 30 april 1958 werden opgeheven, lieten hieromtrent geen twijfel : de vrouw kon, zonder de bewilliging van haar man, niet in rechten verschijnen (oud art. 215 B.W.) en kon, zonder de toestemming van haar man, niet geven, onder een bezwarende titel vervreemden, verpanden, hetzij om niet, hetzij onder een bezwarende titel verkrijgen, een verbintenis aangaan (oud art. 217 B.W.).

Het was enkel bij uitzondering dat een gehuwde vrouw handelingsbekwaam was (oud art. 217 B.W. infine). Tot die uitzonderingen behoorde de door de wetgever voorziene regeling wat de van goederen gescheiden vrouwen betrof (— zie de oude art. 1536 tot en met 1539 B.W. op de contractuele scheiding van goederen, en de oude art. 1448 tot en met 1450 B.W. voor de gerechtelijk van goederen gescheiden vrouw, vóór het in voege treden van de wetten van 30 april 1958 en 22 juni 1959 —). Met dit gevolg, dat die uitzonderingstoestand beperkend diende uitgelegd te worden, doch dat iedereen wist waaraan zich te houden.

Onder dergelijk regime betekende de handelingsbekwaamheid van de van goederen gescheiden vrouw niet veel. Ze kon wel daden van behoud stellen, en ze had insgelijks het vrij genot van haar inkomsten en het vrij economisch beheer van haar goederen, en ze kon ook vrij procederen als eisende of verwerende partij in alle geschillen betreffende die persoonlijke goederen waarvan zij het beheerrecht bezit. Doch voor het overige waren alle andere gerechtelijke of buitengerechtelijke handelingen haar praktisch ontzegd.

Wat in het bijzonder de daden van beschikking betrof, drong een onderscheid zich op. Met betrekking tot haar onroerende goederen werd haar iedere beschikking onder bezwarende titel zonder de bijzondere toestemming van haar man of van de rechter geweigerd (door de oude art. 1538 en 1449, lid 4, B.W.) ; met betrekking tot haar roerende goederen waren de zienswijzen verdeeld : de rechtspraak oordeelde dat een van goederen gescheiden vrouw er vrij mocht over beschikken (argument : het oud art. 1449, lid 3, B.W.), doch zekere rechtsleer betwistte die opvatting indien die beschikkingsdaad niet als een daad van economisch beheer kon worden aangezien (— zie o.m. W. Delva, *De beperkte bekwaamheid van de van goederen gescheiden vrouw om over haar roerend goed te beschikken,* in *T.N.,* 1954, blz. 209 en volg. ; De Page, *deel X,* nr. 1383 B). Doch iedere daad van beschikking om niet door schenking onder de levenden was haar verboden, onverschillig of het haar onroerende goederen betrof (krachtens de art. 905, en de oude art. 1449, lid 4, en 1538 B.W.) dan wel haar roerende goederen (ingevolge hetzelfde art. 905 en de interpretatie van de oude art. 1449 en 1536 B.W. in het licht van de oude art. 215 en 217 B.W. Doch anders : Dekkers, *deel III,* nr. 371, voetnoot 1). Zij behoefde echter noch de toestemming van haar man, noch de machtiging van de rechtbank, om bij testament te beschikken (art. 905, lid 2, B.W.).

Het moge verder vermeld worden, dat de juridische status van de van goederen gescheiden vrouw die een beroep, een nijverheids- of handelsbedrijf uitoefende, beter was (— zie de door de wet van 30 april 1958 opgeheven art. 224a tot en met 224f B.W. inzake de voorbehouden goederen van de gehuwde vrouw —).

2) Met het opheffen van de wettelijke regeling van 1932 en het in voege treden van de wet van 30 april 1958 is de hiervoor geschetste toestand omgekeerd geworden. Immers, het beginsel van de maritale macht werd weggewerkt en in de plaats kwam de civielrechtelijke bevoegdheid van de beide echtgenoten (— zie het nieuw art. 214 B.W., en de vele bij de wet van 30 april 1958 opgeheven oude teksten die voorheen tot doel hadden het beginsel van de maritale macht uit te werken —).

Vandaar dat de gehuwde vrouw, en a fortiori zij die van goederen gescheiden was, in beginsel volkomen handelingsbekwaam werd. Alleen in de gevallen die de wet voorziet wordt haar bevoegdheid verkort ; welke uitzonderingsvoorschriften vanzelfsprekend beperkend moeten worden uitgelegd.

Doch de nog gehandhaafde beperkingen zijn zeer belangrijk en hebben een verreikende draagkracht. Want, behoudens een reeks naar de grond ongewijzigde artikelen, waaronder de art 776, 818 en 905 B.W., is er de ongewijzigde huwelijksvermogenswetgeving (de art. 1387 tot en met 1581, op art. 1538 B.W. na dat door de wet van 30 april 1958 werd weggewist) ; hetgeen opzettelijk beoogd werd door de wetgever, want het was de bedoeling van de wetgever niet te raken aan het huwelijksvermogensrecht en de wet van 30 april 1958 alleen voor zover uitwerking te laten krijgen als het huwelijksvermogensrecht vooralsnog toeliet, in afwachting van een nieuw, op het getouw staand, huwelijksvermogensrecht (Renard, Graulich et David, *Chronique de droit belge,* in *Rev. trim. dr. civ.,* 1959, blz. 215 en 216 ; en zie uit het verslag van Mevrouw Ciselet, in naam van de Commissie van Justitie van de Senaat, naar aanleiding van het wetsvoorstel Van Laeys dat tot de wet van 22 juni 1959 voerde, de verklaring dat de wetgever de huidige voorschriften inzake het huwelijksvermogensrecht heeft willen in voege houden : *Parl. Bescheiden,* Senaat, 1958-59, nr. 66, blz 2). Trouwens, de artikelen 226bis B.W. en volg. die als tijdelijke bepalingen in de wet van 30 april werden opgenomen, wijzen er zeer duidelijk op.

Doordat echter de oude art. 1448 tot en met 1450 en 1536, 1537 en 1539 B.W. behouden waren, en insgelijks de wettelijke regeling op het huwelijksvermogenstatuut van hen die met uitsluiting van gemeenschap of met een dotaal stelsel waren gehuwd, bleek al vrij spoedig dat, praktisch gesproken, de van goederen gescheiden vrouw er voor haar handelingsbekwaamheid niet beter aan toe was dan vóór het in voege treden van de wet van 30 april 1958 (W. Delva, *De bekwaamheid van de gehuwde vrouw sinds de wet van 30 april 1958, gec.).* Immers, reeds vóór de wet van 30 april 1958 was ze bevoegd om alle daden van behoud, van genot en van beheer sensu lato te stellen, en hieromtrent zelfs te procederen (— zie boven, hetgeen door de nieuwe art. 214 en 226bis B.W. bevestigd wordt —). Weliswaar komt er nog bij, dat nu, zonder de minste betwisting mogelijk, de van goederen gescheiden vrouw bevoegd is om onder bezwarende titel over haar roerende goederen te beschikken (aangezien ze thans principieel bevoegd is en dat de in algemene bewoordingen gestelde tekst van het oud art. 1449, lid 3, B.W., het haar toelaat). Maar voor het overige bleef, althans naar mijn mening, het hek aan de oude stijl hangen : zij kon

onder bezwarende titel niet over haar onroerende goederen beschikken zonder daartoe gemachtigd te zijn (arg. : oud art. 1449, lid 4, en art. 1576 B.W. die intact behouden werden door de wetgever), welke zienswijze gevolgd werd door het notariaat, door het bankwezen, door de kredietinstellingen ; en ook beschikken om niet door schenking onder de levenden bleef haar, zowel wat haar roerende als wat haar onroerende goederen betrof, verboden (arg. : art. 905 B.W., dat door de wet van 30 april 1958 enkel naar de vorm werd gewijzigd, art. 1535 en het oud art. 1536 B.W.).

Uit dit alles volgde de conclusie, dat er voor de van goederen gescheiden vrouw niets veranderd was. Alleen wanneer zij een beroep, een nijverheids- of handelsbedrijf uitoefende, was haar handelingsbekwaamheid met betrekking tot haar voorbehouden goederen ruimer ; doch zelfs niet ruimer dan onder het stelsel ingevoerd bij de wet van 20 juli 1932 (— de oude art. 224a tot en met 224f B.W.,thans art. 226septies par. 1 tot en met 6, overgenomen als tijdelijke bepalingen in de wet van 30 april 1958 —).

3) Dat de ontgoocheling bij de vrouwen die met scheiding van goederen waren getrouwd, of die gerechtelijk van goederen waren gescheiden, groot was, moet niet onderstreept worden. Hun ergernis nam toe naarmate ze ervaren moesten dat hun rechtsstatuut door de wet van 30 april 1958 onzeker was geworden, en dat, verre van baat te hebben gevonden bij de wet, zij er nu de hinder van ondervonden. Want, waar vroeger de van goederen gescheiden vrouw principieel onbevoegd was en slechts bij uitzondering bevoegd — doch dan precies wist waaraan zich te houden — was het nu zo, dat zij in beginsel civielrechtelijk volledig bevoegd was verklaard zoals iedere gehuwde vrouw, doch bij uitzondering handelingsonbekwaam... zonder dat men hier een duidelijke kijk op de zaken had. En het ligt voor de hand, dat, wanneer ook aan de van goederen gescheiden vrouw nog om bewilliging van haar man of machtiging van de rechter werd verzocht door derden die met haar contracteerden en die begrijpelijk wilden gedekt zijn, die vrouwen zich gegriefd voelden, waar zij meenden geen machtiging of bewilliging meer nodig te hebben.

Het is die vaststelling die er senator Van Laeys en consorten heeft toe aangezet een wetsvoorstel in te dienen, ertoe strekkende de oude artikelen 1449, 1536 en 1576 B.W. op te heffen, opdat de van goederen gescheiden vrouw vrij over haar onroerende goederen zou kunnen beschikken (— onder bezwarende titel klaarblijkelijk, zoals impliciet uit de toelichting die aan het wetsvoorstel voorafgaat kan worden afgeleid —).

Maar de wetgever is veel verder gegaan dan in de bedoeling lag van de initiatiefnemers. Hij heeft die teksten niet opgeheven, doch hij heeft integendeel het stelsel van scheiding van goederen op een volledig nieuwe leest geschoeid door omwerking van de oude artikelen 1449, 1536 en 1537 B.W. en door opheffing van art. 1450 B.W. Door aldus te handelen heeft de wetgever de volledige handelingsonbekwaamheid van de van goederen gescheiden vrouw willen verzekeren, en iedere twijfel omtrent haar bevoegdheid om te beschikken om niet of onder bezwarende titel over haar onroerende en roerende goederen willen uitsluiten (G. Baeteman, *De wet van 22 juni 1959. Commentaar op de wijzigingen van het stelsel van scheiding van goederen,* in *R.W.,* 1959-60, k. 228 ; zie ook de *Parl. Bescheiden,* Senaat, 1958-59, nr. 66, verslag van Mevrouw Ciselet, blz. 2 en 3) ; het was tevens de aangewezen werkwijze wilde men vermijden dat het stelsel van scheiding van goederen uit het Burgerlijk Wetboek zou verdwijnen *(Parl. Bescheiden,* Senaat, 1958-59, nr. 66, verslag van Mevrouw Ciselet, blz. 3 en 4).

Wanneer men tevens bedenkt, dat het toch ook van normale rechtsaanwending is toepassing te maken van de regel « lex specialis derogat speciali », dan komt men logischerwijze tot het besluit, dat, door de nieuwe regeling van de scheiding van goederen bij de wet van 22 juni 1959, de van goederen gescheiden vrouw volkomen handelingsbekwaam is geworden.

Het *tweede argument* dat dit besluit staaft, is de tekst van de nieuwe artikelen 1449 en 1536 B.W.; artikelen die precies tegen de hiervoor geschetste historische achtergrond geprojecteerd moeten worden.

Het nieuw artikel 1536 B.W. houdt voor dat wanneer zij bij huwelijkscontract bedingt dat zij gescheiden van goederen zal zijn, de vrouw het vrije beheer en de vrije beschikking behoudt over haar roerende en haar onroerende goederen alsook het genot van haar inkomsten. Indien dit artikel wellicht nog een zekere twijfel kan laten bestaan aangaande haar recht om om niet over haar goederen te beschikken, dan voorkomt het nieuwe artikel 1449 B.W. op de gerechtelijke scheiding van goederen zulks : « De vrouw die van tafel en bed gescheiden is heeft volledige handelingsbekwaamheid, en behoeft geen machtiging van haar man of van de rechter. *Dit geldt eveneens voor de vrouw die enkel gescheiden is van goederen.*

Nu is het zo, dat de van tafel en bed gescheiden vrouw, voor wie die scheiding insgelijks en uit kracht van de wet scheiding van goederen ten gevolge heeft (art. 311 B.W.), het volle genot van haar civielrechtelijke bevoegdheid herwint, en volkomen vrij en zonder de minste toestemming of machtiging te behoeven alle gerechtelijke en buitengerechtelijke handelingen kan stellen, zonder hierin beperkingen te moeten ondervinden. Duidelijker kan het niet uitgedrukt dan bij A. Pasquier, in *Les Novelles, Droit civil, II,* nr. 1620 : « La femme séparée de corps peut donc, sans le concours du mari, administrer et aliéner ses biens meubles et immeubles, s'obliger, emprunter, acquérir des titres non libérés, hypothéquer et consentir des droits réels, accepter et avaliser des traites, des successions et donations, plaider, se désister, transiger, compromettre, pratiquer toutes saisies, figurer dans une procédure d'ordre, s'engager dans les liens d'un louage de service et faire le commerce. Cette énumération est énonciative. » En die volkomen bevoegdheid bezat ze reeds sinds de wet van 20 maart 1927 (— zie E. Van Dievoet, *La séparation de corps et la loi du 20 mars 1927,* Louvain 1928 —) ; zelfs toen voor de contractueel en gerechtelijk van goederen gescheiden vrouwen nog beperkingen voorzien bleven (— zie immers de oude art. 1449 en 1536 en volg. B.W. —).

Bijgevolg, wanneer in het nieuw art. 1449 B.W. in fine geschreven staat, dat het statuut van de wegens scheiding van tafel en bed van goederen gescheiden vrouw eveneens geldt voor de vrouw die enkel van goederen gescheiden is, wordt meteen iedere discussie uitgesloten.

Weliswaar handelt dit artikel alleen over de vrouw die gerechtelijk van goederen is gescheiden. Doch van vroeger al wordt algemeen aanvaard, dat dit artikel insgelijks van toepassing is wanneer het om een conventionele scheiding van goederen gaat, omdat, op een uitzondering na die dan nog niets te zien heeft met de civielrechtelijke status van de vrouw, de gevolgen van de contractuele scheiding van goederen en die van de gerechtelijke scheiding van goederen ten aanzien van de huwelijksvermogensregeling dezelfde zijn (N. Gunzburg, *Het huwelijkscontract,* 1948, 3e. ed., nr 291 ; Kluyskens, *deel VIII,* nr. 358 ; De Page, *deel X,* nr.

1346; Luik, 8 mei 1862, *Pas.* 1863-II-254; Luik, 2 feb. 1875, *Pas.* 1875-II-338. *Anders :* Rb. Brussel, 18 jan. 1911, *Pas.* 1911-III-321).

* * *

De conclusie is wel, dat iedere, contractueel of gerechtelijk, van goederen gescheiden vrouw voor om het even welke gerechtelijke handeling (hetzij als eiseres, hetzij als verweerster) bevoegd is, en ook voor iedere buitengerechtelijke handeling. Tenzij er een specifiek verbod zou bestaan, waardoor haar optreden in strijd zou zijn met de economie van het huwelijksvermogensrecht, of in strijd met de openbare orde of goede zeden.

1) Het is dus vooreerst al zeker, dat ze alle daden van beschikking onder bezwarende titel mag stellen, onverschillig of het nu haar onroerende ofwel roerende goederen betreft.

Zoals aangetoond was dit reeds het opzet van de Heren Van Laeys en consorten, initiatiefnemers van het wetsvoorstel dat tot de wet van 22 juni 1959 heeft geleid. En, zoals betoogd, is de wetgever nog veel verder gegaan...

De teksten van de nieuwe artt. 1449 en 1536 B.W. zijn trouwens formeel (Rb. Brussel, 3 april 1962, *J.T.* 1962, blz. 319).

2) De van goederen gescheiden vrouw mag insgelijks beschikken om niet door schenking onder de levenden — net zoals ze ook een testament kan maken zonder toestemming van haar man of zonder machtiging van de rechtbank — en onverschillig of het daarbij om haar onroerende goederen dan wel om haar roerende goederen gaat (G. Baeteman, *De wet van 22 juni 1959. Commentaar op de wijzigingen van het stelsel van scheiding van goederen,* in *R.W.,* k. 229 ; Baeteman en Lauwers, *o.c.,* nr. 175 ; J. Kirkpatrick, *art. gec.,* nr. 19. *Anders :* M. Donnay, *Loi du 22 juin 1959 relative aux droits de la femme mariée séparée de biens,* in *Rec. gén. enr.* 1959, nr. 20108, blz. 290 ; L. Stichelbaudt, *art. gec.,* blz. 270).

Ongetwijfeld, art. 905 B.W., zoals naar de vorm gewijzigd door de wet van 30 april 1958, werd niet meer gewijzigd noch opgeheven door de wet van 22 juni 1959, en de tekst van dit artikel lijkt formeel : « een gehuwde vrouw kan geen schenking onder de levenden doen zonder de bijstand of de bijzondere toestemming van haar man, of zonder daartoe door de rechter gemachtigd te zijn... ». Doch dit artikel, dat zeker zijn volle betekenis behoudt voor een in gemeenschap van goederen gehuwde vrouw, en voor haar die met uitsluiting van gemeenschap is gehuwd (— zie hiervoor art. 1535 B.W. —) of met een dotaal stelsel (— art. 1576 B.W. —), is, wat de van goederen gescheiden vrouwen betreft, ontkracht door de wet van 22 juni 1959. De redenen heb ik boven uiteengezet.

Weliswaar bevestigden de verslaggevers in de Senaat (Mw. Ciselet, *Parl. Hand.,* Senaat, zitting van 18 mrt. 1959, blz. 620) en in de Kamer van Volksvertegenwoordigers (C.R.A., 3 juni 1959, blz. 629), dat het aan de van goederen gescheiden vrouw zoals voorheen verboden bleef schenkingen onder levenden te doen. Doch dergelijke verklaringen wegen niet op tegen duidelijke wetteksten.

Het gaat evenmin op een onderscheid te willen maken tussen het geval waarin de vrouw contractueel van goederen gescheiden is en datgene waarin die scheiding het gevolg is van een gerechtelijke beslissing. Deze zienswijze, volgens dewelke alleen de contractueel van goederen gescheiden vrouw nog in de greep zou zitten van art. 905 B.W. doch niet degene die gerechtelijk van goederen gescheiden is (— zie F. Vranken, *art. gec.,* blz. 149 —) is in strijd met de gevestigde leer dat de wetsartikelen op de gerechtelijke scheiding van goederen en die inzake de contractuele scheiding van goederen elkaar aanvullen (zie boven).

3) Het lijkt me evenmin betwijfelbaar, dat art. 776 B.W. ontkracht is voor de van goederen gescheiden vrouw. Zij kan, naar mijn oordeel, zonder machtiging van haar man of van de rechter, een nalatenschap aanvaarden (G. Baeteman, *art. gec.,* k. 229, Baeteman en Lauwers, *o.c., nr.* 169 ; Kirkpatrick, art. gec., nr. 19). *Anders :* M. Donnay, *art gec,* blz. 290 en 291 ; L. Stichelbaudt, *art. gec.,* blz. 270 ; Rb. Bergen, 7 dec. 1960, *Rev. prat. not.* 1961, blz 217)

Ongeacht de reeds aangevoerde argumenten (— nl. de historische background van de nieuwe artt. 1449, 1536 en 1537 B.W., en de nieuwe redactie van die teksten zelf —), moet ook nog dit overwogen worden : het aanvaarden van een nalatenschap komt uiteindelijk neer op een daad van beschikking, en zeker wanneer hiermee een risico of een verlies gepaard gaat ; welnu de van goederen gescheiden vrouw mag vrij over haar goederen beschikken.

Ten andere, moest de vrouw op onbedachtzame wijze handelen wanneer zij een deficitaire successie aanvaardt (— of zich brutaal verarmen door het doen van overdreven schenkingen —) zodat er gevaar zou bestaan dat ze niet meer zou kunnen bijdragen in de lasten van het huwelijk, zoals contractueel gerechtelijk of wettelijk bepaald (— zie respectievelijk de art. 1537, 1448 en 218 —), dan kan de man nog immer beroep doen op art. 221 en volg. B.W.

4) In dezelfde gedachtegang kan de van goederen gescheiden vrouw volkomen vrij aan een successie verzaken ; enz.

Inderdaad, iedere wetsbeschikking die de handelingsbekwaamheid van de van goederen gescheiden vrouw beknotte (— zie bv. ook nog art. 3 van de wet van 15 aug. 1854 op de gedwongen onteigening —) is sinds de wet van 22 juni 1959 ontkracht. Ik herhaal evenwel : de specifieke bepalingen niet te na gesproken, die handelingen in strijd met de economie van het huwelijksvermogensrecht of met wetten die de openbare orde of de goede zeden raken verbieden (F. Vranken, *art. gec.,* blz. 149 in fine en blz. 150).

5) Daarom ook heeft het geen zin meer te spreken over voorbehouden goederen van een van goederen gescheiden vrouw die een beroep, een nijverheids- of handelsbedrijf uitoefent. De tekst van art. 226 septies B.W. par. 6 B, is voor de van goederen gescheiden vrouw overbodig geworden sinds de wet van 22 juni 1959; echter nog niet voor de vrouw gehuwd met een ander stelsel op basis van scheiding van goederen, zoals bv. met uitsluiting van gemeenschap.

* * *

Mag de handelingsbekwaamheid van de contractueel van goederen gescheiden vrouw, of man, bij huwelijkscontract beperkt worden ?

Het is een vraag die op het eerste gezicht doet verbazen, vermits met het bedingen van een scheiding van goederen toch in de eerste plaats beoogd wordt : de patrimoniale onafhankelijkheid van man en vrouw als gehuwden. Nochtans, zo verwonderlijk moet de kwestie nu weer niet voorkomen, aangezien de wetgever art. 1539 B.W. behouden heeft, waarin er spraak is van de contractueel van goederen gescheiden vrouw die het genot van haar goederen heeft gelaten aan haar man ;

hetgeen reeds vóór de wetten van 30 april 1958 en 22 juni 1959 aanleiding is geweest tot het uitwerken van de juridische regeling naar aanleiding van de in de praktijk voorkomende toestand, nl. deze waarbij de van goederen gescheiden vrouw én het beheer én het genot van haar persoonlijke goederen heeft gelaten aan haar man (zie Kluyskens, *deel* VIII, nr. 361 ; Dekkers, *deel* III, nr. 372 ; De Page, *deel* X, nr. 1388 en volg.).

Tijdens de voorbereidende werken werd die vraag bevestigend beantwoord (zie de verklaring van Mw. Ciselet, *Parl. Hand.*, Senaat, 18 mrt. 1959, blz. 622) en zie ook de tussenkomst van dhr. Nihoul, *Parl. Hand.*, Senaat, 18 mrt. 1959, blz. 624.. Beiden houden voor dat het de contractanten vrij staat te bedingen, dat de vrouw haar onroerende goederen niet zonder de toestemming van haar man zal mogen verkopen, of, omgekeerd, dat zelfs de man de zijn niet zonder de toestemming van zijn vrouw zal mogen vervreemden. Ook Vranken, *art. gec.*, blz. 150, schijnt dit impliciet te beamen.

1. Wat de vrouw betreft kan ik hiermee wel vrede nemen (zie ook : M. Donnay, *art. gec.*, blz. 295, *Anders :* Kirkpatrick, *art. gec.*, nr. 20).

Akkoord, volkomen handelingsbekwaamheid thans door de wet aan de van goederen gescheiden vrouw toegekend is van openbare orde, en mag niet beknot worden; tenzij evenwel binnen het kader van de huwelijksvermogensregeling (en de vele in die materie geldende wetsvoorschriften, naar dewelke ook het nieuw art. 214 B.W. in fine verwijst, zijn er om het te bewijzen ; zie in casu ook art. 1539 B.W. —).

Zeker, de bevoegdheid van de van goederen gescheiden vrouw mag, binnen het raam van een huwelijkscontract, evenmin beperkt worden indien hiermee iets zou bedongen worden in strijd met het wezen van de werkelijk verlangde huwelijksvermogensregeling (— en tot het wezen van een scheiding van goederen behoort precies : het recht van ieder echtgenoot om vrij zijn persoonlijke goederen te beheren, ervan te genieten en erover te beschikken —) ; maar indien de met scheiding van goederen gehuwde vrouw niet gesteld is op de volledige handelingsbekwaamheid die de wet haar nu verzekert, wat zou er zich tegen verzetten dat ze die bevoegdheid laat inbinden bij huwelijkscontract, Het is vooreerst niet strijdig met ons vigerend huwelijksvermogensrecht (— zie de artt. 1387 en volg. en de zovele huwelijksvermogensstelsels die de wet kent waarin de bevoegdheid van de vrouw of beperkt of verlamd wordt : zie maar de stelsels met gemeenschap, dat met uitsluiting van gemeenschap en het dotaal stelsel —). Wat meer is : als overgangsbepaling werd door de wetgever uitdrukkelijk voorzien, dat echtgenoten, die reeds vóór het in voege treden van de wet van 22 juni 1959 met scheiding van goederen gehuwd waren, hun wil mochten te kennen geven het door hen bedongen stelsel te handhaven zoals zij dat bedongen hadden onder de destijds geldende wettelijke regeling (art. 4 van de wet van 22 juni 1959).

2. Maar wat de man betreft ben ik een andere mening toegedaan : het beperken van zijn bevoegdheid ware in strijd met de gehele economie van het huwelijksvermogensrecht, en met de gevestigde openbare orde zonder meer.

* * *

Tot slot dient nog vermeld te worden, dat de bovengedane uiteenzetting insgelijks geldt voor de vrouw die gehuwd is met een huwelijksvermogensstelsel scheiding van goederen met gemeenschap van aanwinsten. Vanzelfsprekend is ze alleen volkomen handelingsonbekwaam met betrekking tot haar persoonlijke goederen (M. Donnay, *art. gec.*, blz. 294 ; Rb. Brussel, 3 april 1962, *J.T.* 1962, blz. 319).

OVER DE DWALING ALS WILSGEBREK BIJ OVEREENKOMSTEN IN HET NEDERLANDSE RECHT

door

Prof. Mr. G. DE GROOTH

Hoogleraar aan de Universiteit te Leiden.

I. Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek kent in zijn art. 1358 omtrent de vraag wanneer een dwaling bij een der contractspartijen tot vernietiging van de overeenkomst tussen hen gesloten aanleiding kan geven een voorschrift, gelijkluidende aan dat, in art. 1110 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek voorkomend.

Men leest daar de door beide nationale codificaties aan de C.N. ontleende dwalingsomschrijving, bepalende dat een dwaling, die iemand tot het aangaan van een overeenkomst heeft gebracht, slechts dan de dwalende een beroep op nietigheid openstelt, als zij betreft de « zelfstandigheid » van de zaak welke het voorwerp der overeenkomst uitmaakt.

In de Franse tekst van het Belgische wetboek vindt men de woorden van de C.N. : « ... lorsqu'elle (scl. l'erreur) tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet ».

De oorsprong van dit gebruik van het begrip van de zelfstandigheid van de zaak is van oude datum, en wel van de tijd, kort voor de totstandkoming van de codificatie van Justinianus. Sindsdien heeft het « als eine ewige Krankheit » voortgeleefd in vrijwel alle tegenwoordige codificaties welker inhoud van de Code Napoléon stamt of daarop geïnspireerd is.

II. Deze uniforme formulering van de dwaling heeft allerminst tot een algemeen aanvaarde interpretatie van haar betekenis rechtens geleid. Sterker nog, zij heeft, waar zij deel uitmaakt van het positieve, geldende recht, nimmer en nergens een bruikbare basis geboden voor een de praktijk bevredigende normering van de relevante dwaling, leidende tot vernietigbaarheid ener overeenkomst Nog steeds geldt voor al de landen welker codificaties spreken van dwaling in de zelfstandigheid der zaak de verzuchting van Huigh de Groot : de pacto errantis perplexa satis est tractatio (1).

Het gemis aan elk deugdelijk en bruikbaar houvast van het criterium heeft er integendeel toe geleid dat in elk land rechtspraak en doctrine los van de wette-

lijke tekst naar een normering van de relevante dwaling heeft gestreefd, welke dan als de inhoud en strekking van het wetsbegrip van dwaling in de zelfstandigheid der zaak kon worden aangewezen.

Voor de Vlaamse jurist kan het van belang zijn, in het kort iets te vernemen omtrent de ontwikkeling op dit punt in Nederland.

III. Als ik mij nu zet tot het geven van zo'n korte uiteenzetting, dan begin ik met op te merken dat ik mij niet zal bezig houden met het probleem dat de Fransen kwalificeren als dat van de erreur-obstacle, en dat in Nederland met de termen oneigenlijke dwaling, of misverstand wordt aangeduid. Dat thema toch raakt de vraag of een overeenkomst is tot stand gekomen waar de ene partij meent, dat gezien de wilsverklaring van de wederpartij overeenstemming tussen partijen is bereikt, terwijl die wederpartij haar verklaring anders bedoeld heeft (2). In dergelijke gevallen verhindert het misverstand het tot stand komen ener overeenkomst tenzij uit de gebruikte bewoordingen, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, moet worden afgeleid dat de partij die zich op het tot stand komen ener overeenkomst beroept, de toestemming van de wederpartij uit diens woorden mocht aannemen (3).

Dat komt hierop neer, dat hij die niet behoorde te begrijpen en dan ook niet begrepen héèft, dat zijn wederpartij met zijn woorden iets anders bedoelde dan wat uit de redelijke interpretatie van haar woorden volgt, er op mag vertrouwen dat een zich objectief als toestemming aandienende wilsverklaring de aldus verklarende bindt, ook al mocht deze laatste die verklaring in een afwijkende zin bedoeld hebben (4).

IV. Ligt het derhalve bij de oneigenlijke dwaling zó, dat partijen menen het eens te zijn, terwijl dat in waarheid niet het geval is, bij de eigenlijke dwaling stemmen der partijen wil en verklaring overeen, maar heeft die wilsvorming zich voltrokken onder de invloed van onjuiste vooronderstellingen, of als gevolg van een niet of niet-volledig kennen van bepaalde, voor die wilsvorming relevante omstandigheden. Waar dergelijke dwalingen, bestaande in valse voorstellingen of in een niet-weten, vrij veelvuldig voorkomen, zal iedere privaatrechtelijke rechtsordening hebben te bepalen in hoeverre aan zo'n dwaling invloed kan en moet worden toegekend op de geldigheid ener overeenkomst, als gevolg daarvan tot stand gekomen.

Duidelijk is immers dat niet elke dwaling van deze aard mag leiden tot het openen van een beroep op nietigheid van de dwalende persoon, dat m.a.w. niet elke « erreur » kan zijn een « erreur-vice ».

Welke nadere voorwaarden nu overigens ook gesteld zullen dienen te worden aan een rechtens relevante dwaling, dit éne is wel onbetwistbaar : een rechtsordening, welke de stabiliteit van het contractuele rechtsverkeer niet in zijn grondslagen wil aantasten, zal aan een de wederpartij van de dwaling verborgen gebleven dwaling als zodanig geen invloed mogen toekennen.

Indien, zoals wij bij de bespreking van de oneigenlijke dwaling zagen, zelfs het geheel ontbreken van een werkelijke wilsovereenstemming tussen partijen niet eo ipso het tot stand komen ener overeenkomst belet, dan moet à plus forte raison datzelfde gelden voor de vraag van de relevantie van de eigenlijke dwaling. Ook bij het zich voordoen van deze eist het belang van de wederpartij van de dwalende, dat een naar onbekende en onkenbare dwaling in de motieven geen invloed mag hebben op de geldigheid ener overeenkomst.

V. Van deze grond voor uitsluiting van de relevantie ener eigenlijke dwaling wordt nochtans met geen woord gerept in de artikelen 1110 van de Codes en art. 1358 B.W. De in die artikelen opgenomen tekst bepaalt, naar de woordkeuze geïnterpreteerd, dat een dwaling omtrent de zelfstandigheid van de zaak die iemand tot het aangaan van een overeenkomst heeft bewogen, deze een beroep op de nietigheid dier overeenkomst openstelt. Van een voorwaarde dat die dwaling op zijn minst kenbaar moet zijn geweest aan de wederpartij van de dwalende, wordt met geen woord gesproken. Dat dit niet is geschied is historisch zeer wel te verklaren.

De formulering van de erreur-vice in de tegenwoordige codificaties hebben wij te danken — of liever te wijten — aan de door de Byzantijnse rechtsfilosofen ontwikkelde dwalingsleer (5).

Deze toch hebben met de term error in substantia een dwalingsbegrip ontwikkeld, afgestemd op een wijsgerige analyse van het denkproces, zich afspelende in het brein van de dwalende partij t.a.v. het object der overeenkomst. En het was dit, geheel van de wederpartij van de dwalende geabstraheerde dwalingsbegrip hetwelk zij vervolgens door middel van interpolaties in teksten van Ulpianus, in de codificatie van Justinianus vastlegden (6).

VI. Algemeen wordt erkend dat de aldus in de Pandecten geïntroduceerde dwalingsleer voor de rechtspractijk geen leidraad kan zijn voor de vraag wanneer een overeenkomst op grond van wilsgebrek wegens dwaling nietig kan worden verklaard. Vooreerst toch ontbreekt aan het overgenomen criterium van de error in substantia de reëele zin en grond, nodig om het als norm van het rechtsleven aanvaardbaar te maken (7).

Maar daarnaast en vooral, indien daarin ontbreekt de onmisbare beperking, dat slechts sprake mag zijn van aantastbaarheid als op zijn minst de dwaling voor de wederpartij van de dwalende kenbaar is geweest, dan leidt dat tot het leggen van een risico op de wederpartij, in strijd met redelijkheid en billijkheid.

In zijn hiervóór geciteerde werk (8) heeft de Groot de kern van het dwalingsbegrip van het object der overeenkomst verlegd naar de dwalende.

Beslissend is niet meer enig kenmerk van de zaak naar een objectief criterium, maar de vraag of een door een der partijen veronderstelde eigenschap, voor hem van bijzonder belang, heeft ontbroken dan wel het bestaan van zo'n eigenschap hem onbekend is geweest. M.a.w., de vraag of er relevante dwaling is, is teruggebracht tot een psychologische.

Het psychisch proces bij de dwalende is beslissend. Uitdrukkelijk verwerpt de schrijver de toets van de error in substantia, gelijk andere, van ouds overgeleverde criteria, om in het natuurrecht het antwoord te vinden op de vraag, wanneer er relevante dwaling in een overeenkomst is aan te wijzen (9).

Algemeen wordt erkend, aldus lezen wij, dat als een wet is gebaseerd op een bepaalde feitelijke vooronderstelling, welke onjuist blijkt te zijn, die wet niet verbindt omdat, nu het feitelijke uitgangspunt blijkt te ontbreken, de grondslag aan de wet ontvalt. Deze rechtsfilosofische stelling t.a.v. de geldigheid van wetten wordt vervolgens op de verbintenisrechtelijke toezegging, de promissio analogisch toegepast.

« Op dezelfde wijze zullen wij moeten zeggen, dat een belofte, gedaan in de vooronderstelling van het aanwezig zijn van een bepaalde feitelijke situatie, naar regel van natuurrecht zonder rechtskracht is, en wel omdat de promittens als het ware slechts heeft toegezegd onder een bepaalde voorwaarde die in waarheid niet vervuld was. »

VII. Het valt op, dat de leer, opgesteld voor de eenzijdige, publiekrechtelijke rechtshandeling zonder meer wordt aanvaard ook voor de tweezijdige privaatrechtelijke van de gegeven en aanvaarde toezegging. Maar aanstonds blijkt dat de practische jurist in de Groot duidelijk onderkent, dat die gelijkstelling zeer onbillijk kan werken ten nadele van de ontvanger van de toezegging. Wel wordt het uitgangspunt gehandhaafd dat voor de vraag van het bestaan van relevante dwaling slechts de psyche van de dwalende wordt geanalyseerd, maar indien deze dwalende nalatig is geweest in zijn onderzoek of in het uitdrukken van zijn bedoeling tot schade van de wederpartij, dan dient hij die schade, door zijn « faute » veroorzaakt, te vergoeden, nu het zijn schuld is dat geen rechtsgeldige overeenkomst in stand blijft (10). M.a.w. bij het oordeel over de vraag of er sprake is van relevante dwaling speelt de persoon van de wederpartij geen rol.

Is echter de dwaling, en mitsdien de vernietiging aan de onvoorzichtigheid van de dwalende te wijten, dan kan diens wederpartij hem aansprakelijk stellen voor schadevergoeding uit onrechtmatige daad.

VIII. De Duitse natuurrechtsleraar Puffendorf (11) volgt de Groot nog in diens stelling dat de enkele dwaling omtrent een « wesentlicher Eigenschaft » grond is voor vernietiging. Barbeyrac, zijn werk in het Frans vertalende, schrijft dat onder een dwaling die « tombe sur les choses essentielles » te verstaan is niet slechts « tout ce qui entre dans l'essence physique de la chose au sujet de laquelle on traîte, mais encore les qualités que le contractant a eu principalement en vue ».

Pothier (12) neemt deze omschrijving over, evenwel met een zeer principiële wijziging van de slotzin, waar hij zegt : « ... mais encore les qualités que les contractants ont eu principalement en vue ».

Dat betekent dat het simpele feit van een dwaling op een essentieel punt van één partij bij de overeenkomst irrelevant is, indien niet ook de wederpartij op zijn minst heeft geweten dat voor die partij die eigenschap beslissend was voor het aangaan der overeenkomst.

Sindsdien is het algemeen erkend, dat van de erkenning van dwaling als grond voor vernietiging van een overeenkomst slechts sprake kan zijn als ook t.a.v. de mede-contractant van de dwalende aan bepaalde eisen is voldaan, wil men onbillijkheden tegenover deze laatste voorkomen (13).

Intussen is deze restrictie slechts negatief. Onzeker blijft wat Pothier positief heeft bedoeld met de eis dat niet slechts de dwalende, doch beide partijen de eigenschap waarover de dwaling liep op het oog moeten hebben gehad.

En in de tweede plaats geeft de formulering van Pothier geen regel voor het geval dat iemand dwaalde doordien hij niet op de hoogte was van het aanwezig zijn van een essentiële eigenschap en daardoor een overeenkomst aanging die hij niet zou hebben gesloten zo hij daarvan wel had geweten.

IX. In zijn proefschrift heeft Prof. Mr. J. F. Houwing getracht aan de formulering van Pothier stringenter inhoud te geven, zich daarbij inspirerende op de door de Groot gesuggereerde gedachte van de aan een vooronderstelling verbonden en daarmee voorwaardelijk te begrijpen wilsverklaring (14).

Er is sprake van dwaling, aldus zijn constructie, waar partijen een overeenkomst sluiten in de beiderzijds bestaande veronderstelling van het bestaan van een zekere eigenschap bij de zaak die het onderwerp is hunner overeenkomst, en zij de geldigheid van hun overeenkomst van de juistheid van die vooronderstelling als van een voorwaarde geacht moeten worden afhankelijk te hebben gemaakt.

Tegen Pothier zowel als tegen Houwing is aangevoerd, dat hun maatstaf meebrengt dat beide partijen van de onjuiste veronderstelling moeten zijn uitgegaan, terwijl in beginsel voldoende zou moeten zijn dat deze slechts bij één der partijen heeft geleefd (15).

Voorts werd daartegen ingebracht dat in de constructie van de stilzwijgende voorwaarde het gevolg van het achteraf blijken van het niet-bestaan van de vooronderstelde eigenschap zou zijn, dat de overeenkomst in het geheel niet zou zijn tot stand gekomen (16).

X. Ook in de rechtspraak is de door hen gebruikte omschrijving van de zelfstandigheid der zaak prijsgegeven.

Ons hoogste rechtscollege heeft haar eerst vervangen door deze, dat onder de zelfstandigheid der zaak in art. 1358 B.W. zijn te verstaan « die eigenschappen van de zaak welke voor de partij die zich op dwaling beroept, den eigenlijken grond voor het aangaan der overeenkomst opleveren, hetgeen aan de wederpartij bekend was ».

Deze omschrijving, die men ook bij de schrijvers veelvuldig aantreft, is, zoals Meijers in zijn annotatie heeft uiteengezet, te ruim (17).

Het simpele feit dat het mij bekend is, dat mijn wederpartij een bepaalde eigenschap aan de door mij ten verkoop aangeboden zaak toeschrijft, rechtvaardigt allerminst een recht van ongedaanmaken van de koop, als de koper teleurgesteld wordt in zijn veronderstelling. Zeker niet wanneer ik zelf ook in die veronderstelling leefde.

Sterker nog, ook in die gevallen waarin de wederpartij weet dat de koper van een onjuiste veronderstelling omtrent een bepaalde eigenschap uitgaat, is dat zonder meer nog geen vernietigingsgrond voor de koper.

In zijn noot bij het hiervóór geciteerde zgn. taxameter-arrest van 5 november 1936 illustreert Meijers dit met het voorbeeld dat een uitdrager weet dat de aspirant-koper van een voorwerp in zijn uitdragerij dat voorwerp alleen wil kopen omdat hij denkt dat het antiek is. Wanneer, zo schrijft Meijers dan, die uitdrager niets omtrent dat antiek-zijn heeft verklaard, uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend (b.v. door het vragen van een antiekprijs), is er geen plaats voor een beroep op dwaling, als het voorwerp niet antiek blijkt te zijn. De vraag of de uitdrager heeft geweten dat 's kopers vooronderstelling onjuist was is daarbij irrelevant, voor zover niet in enige bijzondere situatie een verplichting van de verkoper, voortvloeiende uit de goede trouw, om de koper op zijn dwaling te wijzen, aangenomen moet worden (18).

XI. De verklaring van het feit dat doctrine en rechtspraak er niet in geslaagd zijn, de relevante dwaling onder een algemene formule te vangen, ligt

hierin dat men die verklaring alleen en uitsluitend tracht te vinden in de psychische gesteldheid van de partijen bij het sluiten van de overeenkomst. Slechts wat zij dachten of wisten, niet wat zij deden of nalieten wordt van betekenis geoordeeld voor de formuleringen van een algemene regel welke de grenslijn moet trekken tussen relevante en irrelevante dwaling bij overeenkomsten.

Het is in Nederland Meijers geweest, die als eerste een andere weg als de juiste heeft aangewezen (19).

Aanknopend aan de regeling van de verborgen gebreken in het aedilisch edict van het klassieke romeinse recht, wees hij er op hoe belangrijk voor de rechtsleer van de dwaling het is, dat de ene partij aan de andere bepaalde kwaliteiten van de zaak die het onderwerp is van de overeenkomst heeft genoemd, en daarmee de dwaling van zijn wederpartij omtrent die kwaliteiten veroorzaakt. Hij, die aldus het bestaan van concrete eigenschappen vermeldt, en daardoor zijn wederpartij induceert tot contracteren, zal moeten gedogen dat die overeenkomst, als van de onjuistheid van zijn mededelingen blijkt, op verzoek van de dwalende nietig wordt verklaard. Is geen verklaring gegeven, dan is alleen dan een vernietigingsrecht gegeven, als het gaat om een eigenschap, die de dwalende als normaliter aanwezig had kunnen verwachten (20).

XII. Dit alles wordt aangedrongen met een beroep op het Engelse recht, dat op dit stuk vrij is van de invloed van de R.R. dogmatiek en de psychologische dwalingsleren. De normatieve leer der « misrepresentation » komt in al die gevallen waarin expressis verbis dan wel implicite een bepaalde eigenschap van de zaak geïndiceerd wordt, de dwalende ter hulp met een dezen gegeven beroep tot tenietdoening der overeenkomst, niet omdat hij gedwaald heeft, maar omdat zijn wederpartij de oorzaak van die dwaling stelde en daarom moet dulden dat de aldus ontstane overeenkomst wordt tenietgedaan (21).

In zijn annotaties onder een reeks na 1922 gewezen arresten van de H.R. (22) wordt dit uitgangspunt telkens aanbevolen ter vervanging van de psychologisch afgestemde formulering van de dwaling. In de annotatie bij het arrest van 5 november 1936 leest men : « persoonlijk acht ik het juister te zeggen : de dwaling is alleen grond voor vernietiging der overeenkomst, wanneer de eigenschap waaromtrent gedwaald is, door de wederpartij zelf is aangegeven, of alleen daarom niet vermeld is, omdat zij als vanzelfsprekend aangenomen mocht worden ».

XIII. Ten slotte erkent Meijers een vernietigingsrecht van hem die dwaalde, waar een partij bij het contracteren op de goede trouw van de wederpartij is aangewezen, omdat deze laatste, beter dan de partij zelf de gelegenheid heeft de relevante feiten voor de beoordeling van de risico's der overwogen overeenkomst te kennen, en deze wederpartij de haar bekende omstandigheden verzwijgt.

Een voorbeeld uit de wet levert daartoe art. 251 W.v.K., dat de verzekerde tegenover de verzekeraar een mededelingsplicht oplegt van alle voor de beoordeling van het verzekeringsrisico hem bekende omstandigheden; een uit de omstandigheden geboren mededelingsplicht werd door de H.R. aanvaard in het in noot 18 genoemd arrest. Verzuim t.a.v. zo'n mededelingsplicht opent de mogelijkheid van een beroep op dwaling t.a.v. de verzwegen omstandigheid (23).

XIV. Terwijl in ons Burgerlijk Wetboek nog steeds als de wettelijke toetssteen voor relevante dwaling de zelfstandigheid der zaak figureert, is in het recht der werkelijkheid, in de rechtspraak, het wetsvoorschrift van art. 1358 B.W. slechts de kapstok waaraan de beslissingen omtrent dwalingsberoepen worden opgehangen. Niet de eenzijdige dwaling op zichzelve van de dwalende is in waarheid beslissend, evenmin die omstandigheid gevoegd aan de wetenschap van de wederpartij dat het beslissend motief voor hem, die bleek in dat opzicht gedwaald te hebben, een bepaalde eigenschap der zaak was. Zelfs niet wanneer die wetenschap gepaard gaat aan het weten van de onjuistheid zal dat voor de rechter beslissend zijn, maar moet daarbij komen, dat het verzwijgen van dat laatste weten strijdig is met de goede trouw.

Waar zo de zaken staan, dient de wetgever die staat voor de vraag, wat hij t.a.v. de relevante dwaling in een nieuw wetboek zal hebben te bepalen, in de plaats van het eeuwenoude proemion van de error in substantia moeten stellen regelen die zich richten naar het recht der werkelijkheid.

XV. Zo tracht ook te doen het Ontwerp Meijers voor een nieuw burgerlijk wetboek, dat in Boek 6, titel 5, afdeling 2, art. 11 deze bepaling kent :

> Een overeenkomst is vernietigbaar wegens het ontbreken van een juiste voorstelling van zaken (dwaling) :
>
> a) indien de ene partij begreep dat de ander in dwaling verkeerde en dat deze zonder die dwaling de overeenkomst niet zou sluiten;
>
> b) indien de dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij, tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder de inlichtingen zou zijn aangegaan.
>
> Het in het eerste lid bepaalde is niet toepasselijk indien de overeenkomst ook zonder de dwaling zou zijn aangegaan of indien de dwaling naar de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de dwalende behoort te blijven.

Aanstonds valt op dat deze tekst slechts in zeer beperkte mate invloed toekent aan het feit dat bij een contractant een juiste voorstelling van zaken heeft ontbroken. Die omstandigheid, kortweg als dwaling betiteld, blijft geheel voor risico van de dwalende.

Het simpele feit dat deze van een bepaald, voor de te sluiten overeenkomst relevant gegeven onkundig was, dan wel zo'n gegeven ten onrechte als aanwezig heeft verondersteld, is rechtens zonder betekenis voor de geldigheid van een overeenkomst, ook als deze bij kennis van zaken door de dwalende niet zou zijn aangegaan. « Caveat emptor ».

Dit wordt slechts anders in de twee situaties, onder a en b van art. 11 omschreven, en wel in beide gevallen op grond van een bijzondere relatie waarin de wederpartij van de dwalende tot die dwaling, resp. tot haar veroorzaking stond.

Wanneer, vooreerst, de wederpartij van de dwalende begrepen moet hebben dat zijn contractspartner een onjuiste voorstelling van zaken had en bij een juiste voorstelling de overeenkomst niet zou zijn aangegaan, kan deze laatste vernietigen. In deze situatie toch had de wederpartij de dwaling kunnen en moeten uit de wereld helpen.

Waar, in de tweede plaats, de dwaling is te wijten aan een inlichting van de wederpartij die, naar die partij moest begrijpen, voor de ander beslissend was voor het aangaan der overeenkomst, kan wederom de dwalende vernietigen. Er is dan sprake van wat

in het Engelse recht bekend staat onder « misrepresentation ».

XVI. Het tweede lid van art. 11 maakt tenslotte nog enige restricties t.a.v. de in art. 11 a en b gegeven vernietigingsmogelijkheden. Geen vernietigingsrecht bestaat, indien de dwaling een toekomstige omstandigheid betreft (24), indien de overeenkomst ook zonder de dwaling zou zijn aangegaan (25), of indien naar de in het verkeer geldende opvattingen ondanks het gegeven zijn van de situaties sub art. 11 a of 11 b de risico van de dwaling voor rekening van de dwalende behoort te blijven. Men denke bij die laatste beperking in het bijzonder aan het geval dat van een mededelingsplicht tot opheffing van een dwaling geen sprake kan zijn.

Is dit nieuwe burgerlijk wetboek eenmaal tot stand gekomen, dan zal daarmee eindelijk het spook van de error in substantia, dat zo vele eeuwen de schrik is geweest van de civilisten van Europa, in Nederland uitgebannen zijn.

Laat ik eindigen met het uitspreken van de hoop, dat hetzelfde binnen niet al te lange tijd ook in het Belgische recht het geval zal mogen zijn.

(1) De iure belli ac pacis. 11.6. Op deze woorden volgt onmiddellijk : nam distingui solet inter errorem super substantiam rei et qui non sit circa substantiam.

(2) Een zeer illustratief voorbeeld uit de praktijk levert de Engelse zaak Raffles vs. Wichelhaus (1862) 2. H. & C. 906. Partijen waren het eens geworden over de koop en verkoop van een kwantum ruwe katoen, door de verkoper te verschepen van Bombay naar Liverpool per S.S. Peerless. Er waren — wat de partijen onbekend was — twee schepen genaamd Peerless, die beide met een lading katoen van Bombay naar Liverpool zouden varen, het ene, door de koper bedoeld, per 1 september, het tweede, door verkoper bedoeld, per december.

(3) Beslist werd dan ook in de in noot 2 bedoelde zaak dat geen koopovereenkomst was tot stand gekomen. Aanbod en acceptatie vielen niet samen. Er was geen enkele omstandigheid op grond waarvan een neutrale derde de voorkeur zou geven aan één van beide.

(4) Dit beginsel vindt men in het thans door de Nederlandse Regering aanhangig gemaakte, door Meijers ontworpen Derde Boek voor het nieuwe Nederlandse burgerlijk wetboek, handelende over vermogensrecht in het algemeen, titel 2 art. 3, betreffende Rechtshandelingen : « Tegen hem, die een verklaring of een gedraging heeft opgevat in de zin, waarin een redelijk oordelend mens haar onder de gegeven omstandighden mocht opvatten, en voor wie niet duidelijk kenbaar was, dat een daarmee overeenstemmende wil ontbrak, kan geen beroep op gemis van die wil worden gedaan... ».

(5) vgl. Prof. Mr J.C. van Oven, Wilsgebreken, goede trouw en oorzaak ; hoofdartikel in het Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie (W.P.N.R.) 1932, nr. 3241, blz. 45.

(6) D.18.1.9 § 2 ; D.18.1.11 ; D.18.1.14. Alles uit b. 28 ad Sabinum. Over deze Pandecten-plaatsen en de interpolaties daarin aangebracht leze men het voortreffelijke artikel van Lenel : Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften, in Archiv f.d. zivilistische Praxis. 1925, blz. 161 e.v.

(7) D. 18.1.9 § 2 decreteert dat bij verkoop van een partij wijn die bij levering blijkt azijn te zijn, geen vernietigingsrecht wegens dwaling voor de koper bestaat als de azijn is ontstaan door verzuring van wat oorspronkelijk wijn was, omdat de zelfstandigheid der zaak, de cisia niet een andere is, maar wel : si vinum non acuit sed ab initio acetum tuit.

(8) De jure belli ac pacis.

(9) t.a.p. II.11.6 : At viam nobis reperiendae naturali veritati pandit...

(10) Zoals van Oven in zijn W.P.N.R.-artikel (bl. 47, 2e kolom) hierbij terecht aantekent, vindt men hier de bron van Jehring's « culpa in contrahendo », en van § 122 B.G.B.

(11) Jus naturae et gentium III. 6 § 111 e.v.

(12) Traité des obligations nr. 18.

(13) Bij wijze van voorbeeld volgt hier een citaat uit Planiol - Ripert - Boulanger, Traité élémentaire, 4e Ed. tome II 210 : Si l'on construit la théorie de l'erreur sur l'analyse du consentement, cette conception de l'erreur aboutit à des conséquences pratiques inéquitables.

(14) Dwaling bij overeenkomsten, Amsterdam 1887.

(15) Vgl. Mr. P.W. Kamphuisen, Dwaling bij obligatoire overeenkomsten, blz. 34. Houwings formulering werd door de H.R. driemaal overgenomen : 30 mei 1924, N.J. 1924, blz. 835; 28 febr. 1930, N.J. 1930, blz. 1258; en 29 maart 1935, N.J. 1935, blz. 1470.

(16) Asser-Rutten, Derde Deel van C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijk recht, blz. 144.

(17) In de rechtspraak van de laatste decennia van de H.R. in « dwaling-zaken » komt zij niet meer voor, evenmin als enige andere algemene definitie van de zelfstandigheid der zaak. Het college beperkt er zich toe, de vastgestelde feiten in het arrest a quo te resumeren, en daarop te beslissen dat daarin al dan niet dwaling in de zelfstandigheid aanwezig geacht kon worden.

(18) vgl. H.R. 25 april 1947, N.J. 1947, nr. 270. Een reeds een zestal jaren gescheiden echtgenoot was aan zijn vroegere levensgezellin een aanzienlijke periodieke uitkering verschuldigd, welke niet voor vermindering vatbaar scheen, tenzij de rechthebbende zou hertrouwen. De kans daartoe leek gering. Daarom deed de man het voorstel om tegen een belangrijke verlaging van de uitkering de vrouw 15.000 F uit te keren. De vrouw voelde daarvoor eerst weinig, totdat plotseling een huwelijkskans opdook, die vrijwel zekerheid werd. Zij accepteerde toen de 15.000 F, zonder de man van het feit te verwittigen dat zij al in ondertrouw was. 's-Mans vordering tot vernietiging der overeenkomst op grond van dwaling werd toegewezen. De vrouw was hier te goeder trouw verplicht geweest, de nieuwe situatie mee te delen.

(19) Opmerkingen omtrent het leerstuk der dwaling. W. P.N.R. 1922, nrs. 2749-2752.

(20) W.P.N.R. 2751 : « Wie bij een antiquair een voorwerp koopt, behoeft nog niet eens te vragen : Is het antiek ? Wie een boek koopt in een gewone boekhandel : is het ongelezen ? »

(21) W.P.N.R. nr. 2750.

(22) 28 februari 1930, N.J. 1930, blz. 1258; 10 juni 1932, N.J. 1933, blz. 5; 29 maart 1935, N.J. 1935, blz. 1470; en 5 november 1936 N.J. 1937, nr. 439.

(23) vgl. E.M. Meijers, t.a.p. W.P.N.R. 2751, blz. 408. Zo ook Engeland t.a.v. verzuim van mededelingen welke, gezien de aard van een contract (zgn. contractus uberrimae fidei) gedaan moeten worden, wil men gevrijwaard zijn tegen een beroep op misrepresentation.

(24) Reeds thans vaste rechtspraak in Nederland. Vgl. H.R. 10 juni 1932, N.J. 1933, blz. 5.

(25) Ook thans algemeen als recht aanvaard.

ENKELE BESCHOUWINGEN OVER HET RETENTIERECHT

door

Prof. Mr. René DE RIJKE

Hoogleraar aan de Universiteit te Brussel.

Oud-Stafhouder der Balie bij het Hof van Beroep te Gent.

Er werd veel geschreven over het retentierecht; ik koester niet de hoop dat na deze bijdrage, die ik met genoegen in het Jubileumnummer van het Rechtskundig Weekblad publiceer, er niet meer over dat ingewikkeld onderwerp zal te schrijven vallen ! Mijn ambitie beperkt zich tot een bescheiden poging de huidige staat van het probleem in het Belgisch recht te situeren, wat wellicht nuttig kan zijn voor de practicus en waarin tevens de jurist een aanwijzing kan vinden voor verdere opzoekingen.

Het viel me te binnen over deze zo veel besproken instelling iets te schrijven tengevolge van een goed gedocumenteerde en uitvoerige nota welke de heer referendaris Berten vóór een vijftal jaar in het « Journal des Tribunaux » publiceerde (1), bijdrage die van aard is een ommekeer te brengen in de jurisprudentie en die derhalve, door haar verdiensten zelve, de contradictie noodzakelijk maakte van hen die de strekkingen van de schrijver niet beamen of, minstens, voorbehoud maken voor zekere van de besluiten die uit zijn ontleding voortvloeien.

* * *

Het zal nodig zijn, vooraf het probleem te situeren, de moeilijkheden te classeren en in de eerste plaats te onderzoeken of het retentierecht als een algemeen en afgebakend principe wel bestaat ?

Zoals men weet komt er reeds, aangaande deze « prejudiciële » kwestie in de doctrine heel wat onenigheid voor, waarvan de jurisprudentie de sporen draagt.

Laurent is wellicht de eerste moderne jurist die aan de instelling omvangrijke beschouwingen gewijd heeft, trouwens om het retentierecht als primaire regel uiteen te rukken. Alhoewel hij moet aannemen dat het retentierecht, dat ons door de Romeinse « exceptio doli » werd overgedragen, in het oud recht gekend en gereglementeerd was en door Pothier werd behandeld, stelt hij de onzekerheid vast van deze instelling, waarvan de gevolgen tegenstrijdig zijn. Met zijn gewone, sterk opgebouwde cartesiaanse redeneringswijze betoogt Laurent dat er ter zake onmogelijk kan gesproken worden van een zakelijk recht, wat hem doet besluiten tot de niet-tegenstelbaarheid aan derden. En van het gebrek aan een algemene bepaling leidt hij de strikte beperking van het retentierecht af tot de gevallen waarin de wet het uitdrukkelijk voorziet (2).

Deze doctrine, die vooral op de tekst steunt, wordt doorgaans niet gevolgd, en zeldzaam zijn de juristen die het begrip van het « retentierecht » nog verwerpen (3). Maar, zoals ik het daareven schreef, heeft deze leer, gepaard gaande met de persisterende onthouding van de wetgever het retentierecht in de positieve wetgeving in te lassen, sporen nagelaten. De heer Berten verdedigt opvattingen die in feite deze van Laurent benaderen; hij stelt voor het retentierecht te erkennen, maar hij ontneemt er elk werkelijk nut aan (4); tot staving van de opinie volgens dewelke het retentierecht niet bestaat, onderstreept hij dat in het advies uitgebracht vóór het beroemd arrest van het Hof van Cassatie van 7 november 1935 (5) de heer Procureur Generaal Leclercq gesproken heeft « d'un soi-disant droit légal de rétention ».

* * *

Ik meen niet dat het ontbreken in het Burgerlijk Wetboek van een regeling van het retentierecht als zodanig een voldoend argument is om het bestaan ervan te negeren. Heeft De Page niet doen opmerken dat van de «verrijking zonder oorzaak» evenmin sprake is in het Burgerlijk Wetboek ? (6)

Het retentierecht dat beantwoordt aan een natuurlijke noodzakelijkheid die in de billijkheid diepe wortelen heeft, wordt in verscheidene moderne wetgevingen uitdrukkelijk behandeld (7); alhoewel het in Frankrijk evenmin als bij ons uitdrukkelijk wordt bepaald, heeft de toepassing ervan een merkwaardige uitbreiding genomen, waarop wij verder terugkomen; de Nederlandse doctrine en rechtspraak erkennen en passen eveneens het retentierecht toe (8).

In zijn belangwekkende bijdrage in het Journal des Tribunaux (9) signaleert de heer Berten, — niemand deed het vóór hem, — dat onze na-oorlogse wetgeving op de sekwestratie het retentierecht rangschikt onder deze rechten, die aan de Dienst van het Sekwester tegenstelbaar zijn, vermits het R.B. van 10-1-1946, en verder art. 37 van de wet van 14-7-1951 voorziet dat « Voor» recht, pandrecht, hypotheekrecht of recht van terug» houding ten bezware van een gesequestreerd goed » worden, in geval van liquidatie en na aftrok van het » bedrag van de in art. 23 bepaalde afneming, over» gebracht op de prijs die aan de Dienst wordt afge» dragen en de goederen zijn er van vrijgesteld. »

Toch meent de heer Berten dat men geen overdreven besluiten kan afleiden uit deze gelegenheidswetgeving, die vooral de bedoeling nastreefde de goederen van de incivieken gemakkelijk te likwideren. De wetgever, wetende dat er betwistingen bestonden betreffende dit « retentierecht », heeft willen beletten dat de likwidatie zou gedwarsboomd worden door aanspraken op dergelijk recht. Overigens bepaalt deze wetgeving de rangregeling tussen de Staat-schuldeiser — en de andere schuldeisers, maar niet tussen de andere schuldeisers zelve.

Indien ik de mening deel van de heer Berten wanneer hij ons voorzichtigheid aanraadt — des te meer dat de voorbereidende handelingen van het R.B. van 10 jan. 1945 en van de wet van 19 juli 1951 niets bevatten betreffende de kwestie die ons aanbelangt — vind ik nochtans dat de uitdrukkelijke vermelding van het retentierecht onder de rechten van voorrang die de schuldvordering van de Staat zullen primeren, een kostbare aanwijzing uitmaakt van de uitwerking welke het retentierecht heeft verworven. Zou het niet onverantwoord voorkomen dat, om louter pragmatische beweegredenen, men de tegenstelbaarheid aan de Staat-schuldeiser zou gaan inrichten van een recht dat niet bestaat, of dat minstens aan niemand anders dan de schuldeiser zelf zou kunnen tegengesteld worden ?

Ik erken nochtans dat het argument — hoe gewichtig ook — niet helemaal beslissend is omdat het niet uitgesloten is dat onder de naam van « retentierecht » de wetgever in werkelijkheid de « Exceptio non adimpleti contractus » heeft bedoeld, waarvan de tegenstelbaarheid aan zekere derden door het Hof van Cassatie uitdrukkelijk erkend werd (10) en die men dikwijls, doch verkeerdelijk, onder de naam van « retentierecht » vermeldt (11).

* * *

Ik meen dat, wat betreft de vraag die ik me hiervoren stelde : bestaat het retentierecht als algemeen principe ? men bevestigend moet antwoorden, en dat dienaangaande de bewijsvoering van De Page doorslaggevend is (12).

Deze auteur vat voorafgaandelijk de diverse uiteenlopende doctrinale theorieën van Laurent, van Martou, van Lepinois, welke het retentierecht verwerpen *omdat* het een zakelijk recht zou moeten zijn, wat ondenkbaar is; de uitbreidende theorieën van Baudry-Lacantinerie, Colin en Capitant, Planiol en Ripert, Josserand, welke het retentierecht weerhouden telkens wanneer er een *verbintenis terug te geven* bestaat en *tevens* een *schuldvordering in hoofde van de retentor* (13).

M. De Page is de mening toegedaan dat men de stof van het retentierecht onnodig ingewikkeld heeft, door een verwarring te stichten tussen twee begrippen die totaal verschillend zijn, wat betreft de juridische grondslag ervan : — retentierecht eensdeels, exceptio non adimpleti contractus anderdeels, — en dat men in de eerste plaats de toepassingssfeer van ieder van hen dient te onderscheiden. Zodoende systematiseert M. De Page opvattingen die reeds geschetst waren in de werken van Cassin (14) en van Planiol en Ripert (15).

Door deze gelijkstelling kende men aan het retentierecht een niet gerechtvaardigde uitbreiding toe. Telkens zich een verhouding van wederkerigheid voordoet, is het « retentierecht » niets anders dan de uitdrukking van de exceptie van wanuitvoering. Zo kan men begrijpen dat de heer Procureur Generaal Leclercq in zijn advies, en het Hof zelf in zijn arrest, konden gewagen, in een zaak waarin het ging over contractuele betrekkingen, van het « zogezegd retentierecht ».

In de synallagmatische betrekkingen is dit begrip onnodig : de exceptio non adimpleti contractus volstaat.

Het eigenlijk retentierecht, met eigen figuur, komt dus slechts te voorschijn daar waar de terughouding haar oorsprong niet vindt in synallagmatische verhoudingen, zoals b.v.b. in het geval van art. 867 B.W. : er bestaat geen contractueel verband tussen de retentor die aan het in te brengen goed uitgaven gedaan heeft, en de mede-erfgenamen die uit dien hoofde aan de retentor vergoeding verschuldigd zijn. Men zal wellicht zeggen dat het onderscheid tussen exceptie van wanuitvoering en eigenlijk retentierecht van gering belang is, omdat de voorwaarden van tegenstelbaarheid aan derden practisch dezelfde zijn. Ik meen met M. De Page dat deze, wellicht akademische ontleding alles behalve nutteloos is; omdat zij het toepassingsgebied van het retentierecht aanzienlijk beperkt, en daardoor zelf einde stelt aan de twistpunten die ontstaan zijn uit een overdreven veralgemening van de instelling van het retentierecht (16).

Men kan daaraan toevoegen dat het onderscheid onmisbaar is om de toepassingsmodaliteiten van het retentierecht te bepalen, en, ten slotte, om de strekkingen van de huidige Franse rechtspraak te begrijpen.

Deze laatste is onze aandacht waard, vermits de geschiedkundige oorsprong en de juridische grondslag van de hier besproken instelling in beide landen identiek zijn. Welnu, de Franse rechtspraak evolueert in deze zin dat het z.g. retentierecht, wanneer het gesteund is op contractuele verhoudingen, kan ingeroepen worden zodra er *juridische verknochtheid* bestaat; de kosten tot zekerheid waarvan men terughoudt moeten niet noodzakelijk als voorwerp gehad hebben de zaak zelve welke teruggehouden wordt; het volstaat dat kosten gedaan worden aan zaken die wellicht reeds teruggegeven werden, maar dat de prestaties in verband met de teruggegeven en teruggehouden zaken uit een enkel contract voortvloeien. Het z.g. retentierecht, alias exceptio non adimpleti contractus, zal aldus kunnen ingeroepen worden in geval van een schuldvordering, wegens veredeling van weefsels die reeds geleverd werden, op het ruwgoed dat in het bezit van de veredelaar gebleven is, wanneer de reeds veredelde en de nog te veredelen koopwaren het voorwerp uitmaken van één enkel contract (17).

Merken wij terloops op dat de Belgische rechtspraak zich — minstens gedeeltelijk — in dezelfde zin uitspreekt (18) wat, naar het mij voorkomt, logisch is. De identiteit of de aard van de teruggehouden zaak is zonder belang, indien men zich steunt op de *juridische verknochtheid,* voortvloeiende uit de *eenheid van contract.* Daarom ook meen ik dat men het vonnis van het « Tribunal de commerce de la Seine » dd. 6 jan. 1958, aangehaald in een noot van Houin, gepubliceerd door de Revue Trimestrielle de droit commercial (19) moet goedkeuren, daar waar beslist wordt :

« qu'il existe une connexité juridique entre l'obliga-
» tion pour le maitre de l'ouvrage de payer le prix des
» machines fabriquées sur sa commande par un indus-
» triel et l'obligation pour ce dernier de restituer les
» plans et modèles que lui avait fournis le maitre de
» l'ouvrage; en conséquence, besluit de annotateur,
» le jugement reconnait que l'industriel avait le droit
» de retenir les plans et modèles tant qu'il ne serait
» pas payé du prix. »

In zelfde noot citeert Prof. Houin een arrest van het Hof van Douai dd. 26 juni 1958, waarbij aangenomen wordt dat de retentie op de prestaties door een bepaald contract voorzien, door overeenkomst kan uitgebreid worden tot de uitvoering van andere contracten (20). Deze beslissing steunt op de algemene voorwaarden van de veredelaars krachtens dewelke de retentie mag uitgeoefend worden, niet alleen op de bewerkte stukken doch bovendien op al de goederen die, in bezit van de veredelaar zijnde, aan dezelfde opdrachtgever toebehoren. Deze beslissing waarvan de annotateur doet opmerken dat zij in de lijn van een reeds bestaande rechtspraak blijft, wordt juridisch als volgt verrechtvaardigd :

« L'extention du droit de rétention par application
» de l'exception non adimpleti contractus, n'enfreint
» aucune règle d'ordre public, le droit de rétention
» n'étant pas un privilège; qu'il était loisible aux
» parties de convenir d'un lien de connexité entre les
» divers contrats et que la stipulation est licite dans
» leurs rapports ». (21).

Laten wij een nog meer extensieve uitbreiding van het retentierecht vermelden, bij toepassing van de exceptie van wanuitvoering, welke in de recente Franse rechtspraak voorkomt. Prof. Houin onderstreept (22) dat de rechtspraak zich schijnt te oriënteren naar de herleving van het retentierecht, wanneer de zaak waarop dit recht kan uitgeoefend worden teruggegeven werd en dan later *opnieuw* aan de retentor werd toevertrouwd (23). Deze oplossing, ingegeven door pragmatische beweegredenen, blijft nochtans betwist door een deel van de Franse rechtspraak (24). In België zijn te mijner kennis geen gevallen aan te stippen in de gepubliceerde rechtspraak.

* * *

Als besluit van voorgaande beschouwingen zullen wij onthouden dat de exceptio non adimpleti contractus — en niet het retentierecht — toegepast wordt telkens wanneer men terughoudt in het raam van een contractueel of quasi-contractueel verband (25).

In tegenstelling daarmee is het eigenlijk retentierecht beperkt tot de gevallen waarin het synallagmatisch verband ontbreekt, maar waarin de *objectieve verknochtheid aanwezig is,* het klassiek « debitum cum re junctum ». Het retentierecht doet zich dus voor als een uitbreiding van de exceptio non adimpleti contractus, tot gevallen waarin geen contractueel verband bestaat (26). Om het retentierecht te kunnen tegenstellen (verder onderzoeken wij aan wie) wordt dus vereist : een geoorloofd en ononderbroken bezit en een rechtstreeks verband tussen de zaak en de schuldvordering, welke de retentor in staat stellen de zaak die hij gehouden is terug te geven, onder zich te houden tot wanneer zijn schuldvordering voldaan is. Aan de grondslag van dit retentierecht ligt de billijkheid. De voor de zaak gedane uitgaven moeten gekweten worden vooraleer hij die deze uitgaven gedaan heeft zou kunnen verplicht zijn de zaak terug te geven. Zowel de Belgische als de Franse rechtspraak erkennen dat daar waar deze voorwaarden aanwezig zijn, het retentierecht kan uitgeoefend worden (27). Op dit gebied gaat de Franse rechtspraak verder dan de onze, daar ze het retentierecht rechtvaardigt, niet alleen in geval van gedane uitgaven, maar bovendien wanneer de zaak schade berokkend heeft (28).

* * *

Thans blijft nog het probleem te onderzoeken, dat het grootst praktisch belang biedt. In welke mate zijn én de exceptie van niet-uitvoering, én het eigenlijk retentierecht aan derden tegenstelbaar. Te dien opzichte kon de heer Berten schrijven dat het onderscheid tussen beide instellingen zonder belang is, omdat, zoals De Page het vaststelt, de uitwerking jegens derden dezelfde is; beide verschaffen een persoonlijke waarborg voor de uitvoering van wat verschuldigd is. Waarin bestaat deze persoonlijke waarborg ? Algemeen verwerpt men de opvatting dat het een zakelijk recht zou zijn, behalve nochtans Cassin (29).

Welk is dan de aard van deze persoonlijke waarborg ? Het kan geen voorrecht zijn vermits, krachtens art. 9 van de hypotheekwet, een wettekst nodig is om een voorrecht in te stellen.

In werkelijkheid — zo De Page — is deze persoonlijke waarborg van uitvoering (garantie personnelle d'exécution) te rangschikken onder de « bijzondere vormen van het recht van voorrang » waaraan hij de generieke benaming geeft van « privilèges sans textes » (30). De vraag of dit recht « sui generis » aan de derden tegenstelbaar is, kan men niet op absolute wijze beantwoorden.

In principe zal men zeggen dat het recht — onder de dubbele modaliteit die ik hierboven beschreven heb — aan derden *niet* tegenstelbaar is. Maar er moet klaarheid zijn aangaande het begrip « derden ». Hier rijst een nieuw twistpunt. Zijn « derden », volgens de leer van De Page, zij die *een recht op de zaak verworven* hebben, in de eerste plaats, de hypothecaire of geprivilegieerde schuldeisers (31); verder, de verkrijger ten bijzondere titel wiens titel van verkrijger na de retentie ontstaan is. De verkrijger ten bijzondere titel moet de zaak nemen in de staat waarin ze zich bevindt, maar heeft niet in te staan voor de rechten en verplichtingen van zijn rechtsvoorganger in verband met dit goed. Op te merken valt nochtans dat deze restrictieve leer gewoonlijk niet gevolgd wordt door de rechtspraak, noch in België (32), noch in Frankrijk. Gewoonlijk volgt de jurisprudentie de bredere interpretatie van Colin en Capitant die desaangaande schrijven : « La tradition de nos anciens auteurs » est en ce sens. Et, en effet, la solution contraire » restreindrait vraiment à l'excès l'effet utile du droit » de rétention... » (33). Deze argumentatie schijnt me weinig overtuigend. Indien men als grondslag voor de tegenstelbaarheid de omstandigheid aanneemt dat de schuldeiser niet meer rechten kan doen gelden dan zijn schuldenaar zelf (zie verder), dan moet men logischerwijze aannemen dat, daar waar de schuldenaar geen recht meer bezit (vervreemding van de zaak) de schuldeiser er evenmin een bezit.

Er blijft dan alleen een categorie derden over aan wie het retentierecht *wel* tegenstelbaar is (34), nl. de chirographaire schuldeisers en, bijgevolg, de curator van het faillissement, die de massa dezer chirographaire schuldeisers vertegenwoordigt. Op dit punt is de moderne doctrine eenparig, en ook de rechtspraak in haar grote meerderheid (35).

Het retentierecht is aan de chirographaire schuldeisers tegenstelbaar omdat zij op de zaken van hun schuldenaar geen bepaald recht bezitten, alleen dit « gemeenschappelijk pand » dat door tussenkomst van de persoon van de schuldenaar uitgeoefend wordt. Zij kunnen niet meer rechten bezitten dan hun schuldenaar (36) en zij moeten bijgevolg al de wisselvalligheden van diens vermogen ondergaan (37).

Maar dit aan het faillissement tegenstelbaar recht is een *passief* verweermiddel. De retentor mag weigeren terug te geven zolang hij niet betaald is; meer kan hij niet, omdat hij over een wettige oorzaak van weigering van uitvoering zijner verplichtingen beschikt, en, stricto sensu, over niets anders.

Zodat de vereffening van het faillissement onmogelijk kan worden wanneer beide partijen, — retentor en curator — elk op hun positie blijven en de ene weigert af te geven, terwijl de andere weigert te betalen of niet kan betalen.

Om aan deze netelige toestand te verhelpen, besliste de Rechtbank van Koophandel te Gent, in haar vonnis van 15 januari 1955 dat de rechtbank gerechtigd is, — met het oog op de vereffening van het faillissement — te bevelen dat de retentor aan de curator de teruggehouden zaak zal dienen terug te geven, maar dat de curator op de opbrengst van de verkoop de schuldvordering van de retentor zal dienen uit te betalen. Deze beslissing, welke naar ik meen, de eerste is in deze zin, leidt uit het retentierecht de logische gevolgtrekkingen af die eruit voortvloeien : het bestaan van een feitelijk recht van voorrang, wat overeenkomt zowel met de leer van Planiol (38) als met deze van De Page, die na de tegenstrijdige opinie onderzocht te hebben tot het besluit komt : « que le droit de rétention emporte, par son mécanisme même, droit de préférence » (39).

Dit praktisch aspect van de nuttige aanwending van het retentierecht heeft de aandacht getrokken van de heer referendaris Cloquet. Hij komt tot het besluit dat de verkoop van de zaak door de curator het retentierecht niet doet verdwijnen, wanneer men aanneemt of overeenkomt dat het recht van terughouding van de *zaak* overgedragen wordt op de *prijs* van verkoop, bij wijze van zakelijke subrogatie (40).

* * *

Indien wij ons op het gebied van de praktijk plaatsen zullen wij dus onthouden, meer bepaald wat betreft het standpunt van de Belgische rechtspraak, in verband met het retentierecht :

1) dat het Hof van Cassatie zich uitdrukkelijk uitgesproken heeft in de zin van de tegenstelbaarheid van het retentierecht aan de curator van het faillissement, daar waar het een toepassing uitmaakt van de « exceptio non adimpleti contractus »;

2) dat het Hof van Cassatie zich niet uitgesproken heeft over de tegenstelbaarheid van dit recht, — aldus opgevat, — aan *andere* « derden » dan de chirographaire schuldeisers; doch dat de strekking van de rechtspraak georiënteerd is naar een meer uitgebreide tegenstelbaarheid van de retentierecht aan *alle* derden.

3) dat het Hof van Cassatie zich evenmin uitgesproken heeft over het bestaan van een algemeen retentierecht, — instelling met eigen figuur —, maar dat de motivering van zijn arrest van 7 november 1935 eerder leidt tot een afwijzende opinie.

Voegen wij daaraan toe de veel bredere opvattingen van de Franse rechtspraak zowel als van de Franse doctrine.

* * *

Het is precies deze tegenstelbaarheid aan de chirographaire schuldeisers van het retentierecht, zowel datgene van contractuele aard als datgene dat voortvloeit uit de objectieve verknochtheid, waartegen de heer Berten optreedt (41). De plaats ontbreekt hier om zijn merkwaardige studie punt per punt te onderzoeken en eventueel te weerleggen.

Tot grondslag van de ontwikkelde argumentatie ligt de vaststelling dat noch de hypotheekwet, noch de andere wetten die de verhoudingen tussen schuldeiser en schuldenaar regelen, het retentierecht hebben voorzien.

Dit stilzwijgen is volgens de auteur veelzeggend. Daar waar de curator een retentierecht moet erkennen heeft de wet zulks uitdrukkelijk bepaald, n.l. in geval van pand (Faill. wet art. 543) en van verkoop (Faill. wet, art. 570 en 571). Maar dit zijn gevallen waarin de wetgever de schuldeiser heeft willen bevoorrechten, zodat men uit deze afzonderlijke toestanden geen algemene gevolgtrekkingen mag afleiden.

Anderzijds stelt men vast dat wanneer hij, die kosten aan andermans goed gedaan heeft, in de ogen van de wetgever een bijzondere bescherming verdient en er te zijnen gunste een voorrecht werd ingesteld, nl. in art. 20, 4e, van de hypotheekwet (kosten tot behoud

van de zaak) en 27, 5° (schuldvordering wegens uitgevoerde werken aan een onroerend goed).

Ik meen dat deze argumentatie niet beslissend is. Wat het pand betreft, is het natuurlijk dat het retentierecht moet geëerbiedigd worden, omdat de retentie tot het wezen zelf van het contract behoort, overigens wordt de pandhebbende schuldeiser vermeld onder de geprivilegieerde schuldeisers (hypotheekwet, art. 20, 4e). Hij staat dus niet op voet van gelijkheid met de andere schuldeisers.

Wat de verkoper betreft, is nu het geval bijzonder interessant. Indien de aankoper failliet verklaard wordt, *verdwijnt het voorrecht* en nochtans mag de verkoper terughouden, in de condities voorzien door art. 1612-1613 B.W.B. en 570 Faill. Wet. Men moet dus wel aannemen dat, niettegenstaande de hypotheekwet geen zekerheid meer verschaft aan de verkoper, de regel van de gelijkheid te zijnen gunste verbroken is. Is het dan niet gewaagd, in gevallen waar het billijkheidsprincipe van het « donnant-donnant » zou geschonden worden wanneer men het retentierecht niet toepast, het niettemin te weigeren omdat het niet uitdrukkelijk voorzien wordt, of het tot een caricatuur te willen herleiden. Want, het principe van het retentierecht te erkennen, maar het effectief te beperken tot de verhoudingen schuldeiser-schuldenaar en, in geval van faillissement, het uitsluitend te handhaven tot zekerheid van het uit te keren dividend, komt erop neer dit recht van alle nuttige draagkracht te ontzenuwen. Een recht dat geen nuttige uitwerking kan hebben, is geen recht meer.

(1) Nota onder Khr. Gent, 15 jan. 1955, J.T., 1956, 108.
(2) Laurent Dr. civ. t. XXIX, nrs 291 en vgd.
(3) Zie nochtans Dekkers, Précis de droit civil, t. II, nr. 1489.
(4) Op. cit., col. 113 en 117.
(5) Pasicrisie, 1936, 1, 38.
(6) De Page t. III, 26, t. VI nr. 794.
(7) Zie Code Suisse art. 895 tot 896. Duits W.B. 1896, art. 273-274, ook art. 320-322.
(8) Zie o.m. Asser uitg. 1957, blz. 186-189-264-280.
(9) Loc. cit.
(10) Arrest 7. XI. 1935 hiervóór aangehaald.
(11) Zie verder, zelfde blz. Persoonlijk meen ik niet dat de wetgever een verwarring van benaming gesticht heeft, daar zowel het R.B. van 10-1-1946 als de wet van 14-7-1951 aan het retentierecht een zakelijke uitwerking erkennen. Ik geloof dus dat de wetgever willekeurig aan het begrip van retentierecht de uitbreidende opvatting toegekend heeft, die door M. De Page geleerd wordt.
(12) De Page, op. cit. nr. 801.
(13) Voor Colin et Capitant, 10c. uitg. nr. 1473 en vlg. moet er niet eens correlatie bestaan tussen de weerhouden zaak en de ingeroepen schuldvordering.
(14) Cassin : De l'exception tirée de l'inexécution, blz. 663 en vlg.
(15) Planiol et Ripert, Dr. civ., T. VI, nr. 445.
(16) De Page, op. cit. nr. 802.
(17) App. Paris 17-3-1958, aangeh. in Rev. trim. dr. com. 1958, blz. 638, met noot Houin. De rechtspraak in Frankrijk is eenparig in dezelfde zin.
(18) Recht. Kooph. Aalst, 20-XI-1959, onuitgegeven. Wij menen dat het arrest van Cass. van 7-XI-1935 hiervoren aangehaald, impliciet dezelfde oplossing beaamt.
(19) Rev. tr. dr. commer 1958, blz. 845.
(20) In dezelfde zin Cass. Fr. 9-5-1944, S. 1945, I, 22.
(21) Loc. cit.
(22) Rev. tr. dr. comm. 1955, blz. 403.
(23) B.v. herstellingen aan een auto; na levering van de wagen, brengt de klient hem terug voor verificatie van de degelijkheid der uitgevoerde werken.
(24) Kh. Grenoble 11-10-1954. Gaz. Pal. 26-3-1955; Ber. Rouen 22-3-1956 J.C.P. 1956, IV, 156.
(25) Planiol et Ripert op. cit. nr. 445.
(26) De Page op. cit. nr. 813.
(27) Zie rechtspraak aangegeven door De Page, op. cit. nr. 813. Merken wij nochtans de uiteenlopende leer van Aubry et Rau op (t. III, nr. 256 bis) die, uitgaande van de bepaalde gevallen waarin de terughouding voorzien wordt, — ze uitbreidt tot de andere gevallen waarin de debitum cum re junctum aan een contractueel verband kan verbonden worden.
(28) Planiol et Ripert, op. cit. nr. 445. M. De Page merkt op dat deze oplossing door diverse vreemde wetboeken aangenomen wordt. Ik twijfel aan de juistheid ervan in ons recht.
(29) Cassin, op. cit. blz. 665.
(30) De Page, op. cit. nr. 775 en vg.
(31) De Page, op. cit. nr. 827. In dezelfde zin Colin et Capitant, op. it. nr. 1475.
(32) Ber. Brussel 14-6-1933, Pas. 1933, 11, 181.
(33) Colin et Capitant, op. cit. nr. 1475.
(34) Zijn niet te rangschikken onder de « derden » drie cotegorieën personen aan wie het retentierecht ook kan tegengesteld worden : de hypothecaire schuldeiser die de derde houder van het onteigend goed, wegens de door hem gedane uitgaven, moet vergoeden (art. 103 H.W.); de oorspronkelijke verkoper met beding van wederinkoop, die de verkrijger wegens zijn uitgave moet vergoeden (art. 1673 B.W.B.), de verus dominus die zijn zaak revindiceert, waaraan verbeteringen gedaan werden. Het gaat niet hier over gevallen van conflicten tussen diverse schuldeisers van eenzelfde schuldenaar, zoals het gaat bij *samenloop* tussen retentor en geprivilegieerde schuldeisers van een *gemeenzame schuldenaar*. Hier is de schuldeiser rechtstreekse schuldenaar van de retentor, wegens onrechtmatige verrijking, zie o.a. De Page op. Cit. nr. 828-829.
(35) De Page op. cit. nr. 827, Colin et Capitant op. cit. nr. 1475, Aubry et Rau t. III, nr. 256 bis, Cass. 7-11-1935, Pas. 1936, 1, 38. Ber. Gent 5-7-1932, Jur. Comm. Fl. 1932, nr. 5247, blz. 166. Kh. Gent 15-1-1955, J.T. 1956 108, Kh. St. Niklaas-Waes, 7-9-1954, R.W. 1954-55, 184.
(36) Colin et Capitant op. cit. nr. 1475.
(37) De Page, op. cit. nr. 826.
(38) Planiol et Ripert, t. II nr. 2531 die het recht van voorrang verwerpt doch daaraan toevoegt : « le retenteur obtiendra son paiement avant les autres ».
(39) De Page, op. cit. nr. 824.
(40) Over twee twistpunten ter zake van het retentierecht. R.W. 1954-1955, blz. 161.
(41) Op. cit. J.T. 1956, 1956, 109.

UIT DE NOTARIELE PRAKTIJK

door

Prof. R. RENS

Hoogleraar aan de Universiteit te Brussel.

I. ZIJN DE ONKOSTEN EN ERELONEN VAN NOTARIELE AKTEN BEVOORRECHT OP ONROERENDE GOEDEREN ?

1. Het voorrecht is een uitzondering op de algemene regel van gelijkheid onder de schuldeisers. Alleen de wet kan een voorrecht doen ontstaan.

In onze wetgeving bestaat er geen enkele wettekst die aan de notaris een voorrecht toekent voor het invorderen van de onkosten en erelonen verschuldigd op de akten van zijn ambt.

2. Nochtans in zekere gevallen worden de notarissen geroepen akten te verlijden die in het gemeenschappelijk belang zijn van al de schuldeisers.

Derhalve kunnen de notarissen in die gevallen voor het invorderen van hun voorschotten en erelonen artikel 17 van de hypothecaire wet van 16 december 1851 inroepen, dat bepaalt : « De gerechtskosten zijn bevoorrecht op de roerende en onroerende goederen ten aanzien van al de schuldeisers in wier belang zij gedaan werden », en op artikel 19, 1° van zelfde wet, dat diezelfde gedachte herneemt en aan de gerechtskosten gedaan in het gemeenschappelijk belang der schuldeisers de eerste rang onder de voorrechten op roerende goederen toekent.

3. Bij arrest van 23 juni 1834 (Pas. 1834, 272) geeft

het Hof van Cassatie volgende brede bepaling van « de gerechtskosten » in de zin van artikel 17 van de hypotheekwet; ze begrijpen : « tous les frais des actes faits sous l'autorité de la justice, pour la conservation et la liquidation de l'avoir d'un débiteur dans l'intérêt de ses créanciers, soit directement par elle ou devant elle, soit par les personnes que la loi fait un devoir d'y préposer ».

Uit die bepaling blijkt ter ene zijde dat niet alleen onder gezegde gerechtskosten begrepen zijn de onkosten van een rechtsgeding, maar ook de kosten van de buitengerechtelijke akten (Handelsrb. Brussel 13 januari 1932, Jur. Comm. Brux. 1932. 424, Handelsrb. Gent 6 februari 1906, P.P. 1907, 871), evenals de uitschotten en erelonen van de medehelpers van het Gerecht, zoals de curatoren der faillissementen of onbeheerde nalatenschappen (Cass. 23 juni 1834 voormeld), de sequesters, de vereffenaars van vennootschappen, de notarissen die authentieke akten ontvangen hebben wettelijk onontbeerlijk om zekere feiten of overeenkomsten vast te stellen, enz... en ter andere zijde dat er geen onderscheid dient gemaakt te worden volgens de aard van de gedane onkosten; derhalve is artikel 17 zowel van toepassing op het ereloon van de notaris, als op de zegels van de minuut en uitgiften, registratierechten, onkosten van wettelijke bekendmaking enz.... (Handelsrb. Brussel 26 juli 1924, Revue Prat. Not. 1925, 379).

4. Dit laatste vonnis is breedvoerig met redenen omkleed, en de handelsrechtbank van Brussel beslist uitdrukkelijk dat het voorrecht van artikel 17 niet uitsluitend van toepassing is op de hoofd- of bijkomende kosten van een gerechtelijke beslissing die een schuldvordering of een algemeen recht erkent en op de kosten van tenuitvoerlegging, die voor gevolg zouden hebben het behoud van de goederen van de schuldenaar in het belang van alle of zekere schuldeisers, maar ook op al de kosten van rechtspleging door de wet voorzien, die tot doel hebben de vereffening of het behoud van het pand, en dat derhalve de onkosten der akten en rechtsplegingen van rekening, vereffening, verdeling, veiling van een nalatenschap, van een vennootschap, van welkdanige gemeenschap dienen beschouwd te worden als zijnde gerechtskosten.

In 1924 had de handelsrechtbank van Brussel, zoals overigens de handelsrechtbank van Luik (vonnis van 10 maart 1962 dat tot nog toe niet gepubliceerd werd omdat het schijnt dat de curator zinnens is zich in Cassatie te voorzien, maar dat o.a. zal opgenomen worden in boekdeel I der Werken van het Studieen Wetgevings-Comité van de Federatie der Notarissen in België van 1962) te beslechten of de notaris die het proces-verbaal opgemaakt had van de ontbinding ener vennootschap en de aanstelling van vereffenaars, artikel 17 van de wet van 1851 mocht inroepen en of hij diende aangenomen te worden ter vereffening van de failliete boedel als bevoorrechte schuldeiser voor het ereloon dat hem verschuldigd was en voor de door hem gedane uitschotten.

Beide aangehaalde vonnissen stellen vast dat het in de onderworpen gevallen gaat over authentieke akten wettelijk onontbeerlijk om de werkelijkheid vast te stellen van het feit dat de financiële toestand van de vennootschap erg met schulden bezwaard was evenals de overeenkomst van vereffening; dat de notaris, verzocht dergelijke akte te ontvangen zich in principe daaraan niet kan onttrekken, dat er geen onderscheid dient gemaakt te worden tussen de schuldvordering uit hoofde van het ereloon van de notaris en zijn schuldvordering wegens het voorschieten van zegels, registratierechten, uitgifte- en bekendmakingskosten, en dat het hier dan ook geldt gerechtskosten in de zin van artikel 17 van de hypotheekwet, des te meer dat de notaris hoofdelijk gehouden is tot het betalen van de boete, voorzien door artikel 11 van de samengeschakelde wetten op de handels-vennootschappen, bij gebrek aan bekendmaking van de akte binnen de wettelijke tijd, en dat die publiciteit slechts mogelijk is indien de kosten van dergelijke akte gedaan werden.

5. Eens dat de aard van de ingediende schuldvordering onderzocht geweest is, blijft er na te gaan of de tweede wettelijke voorwaarde vereist voor het bestaan van het voorrecht, te weten of de gerechtskosten, al dan niet, gedaan werden in het belang van andere schuldeisers of dat ze van nut zijn voor het invorderen van de schuldvorderingen der schuldeisers, aanwezig is.

De rechtbank is bevoegd niet alleen om te onderzoeken of de schuldvordering wegens haar aard vatbaar is om bevoorrecht te zijn, maar ook of ze aan gezegde tweede wettelijke voorwaarde beantwoordt (Handelsrb. Brussel 26 juli 1924 en Luik 10 maart 1962, voormeld - Contra Rechtbank Charleroi 26 februari 1890, Rev. Prat. Not. 1890, 333, die eist om die schuldvordering onder de gerechtskosten aan te nemen dat het bewijs zou geleverd worden dat het gemeenschappelijk pand der schuldeisers in gevaar zou gebracht geweest zijn indien die kosten niet gedaan werden).

Aldus beslist de rechtbank van Neufchâteau (Vonnis van 2 april 1908, Revue Prat. Not. 1912, 287) dat, alhoewel de hypothecaire schuldeisers persoonlijk niet betrokken werden in het geding dat aanleiding gaf tot het benoemen van een pleitbezorger en een notaris om over te gaan tot de veiling van onverdeelde onroerende goederen, het onbetwistbaar is, dat de kosten van die rechtspleging van nut zijn geweest voor de schuldeisers, omdat zij toegelaten hebben over te gaan tot de vereffening, het te gelde maken van hun pand en de verdeling van de opbrengst ervan, zodat daardoor die kosten de aard hebben van gerechtskosten.

Bij het vonnis van 26 juli 1924 stelt de Handelsrechtbank van Brussel vast dat, aangezien de erg met schulden bezwaarde toestand van de vennootschap haar ontbinding wettelijk onontbeerlijk was om haar toe te laten, zowel in het belang van de aandeelhouders als van de schuldeisers, hare verliezen te beperken, dat artikel 103 van de samengeschakelde wetten op de vennootschappen aan de beheerders de gebiedende verplichting oplegt aan de algemene vergadering het al of niet ontbinden der vennootschap te onderwerpen in geval van verlies van de helft van het maatschappelijk kapitaal, dat het niet nakomen van die plicht de verantwoordelijkheid van de beheerders in gevaar brengt, niet alleen ten opzichte van hun lastgevers maar ook van de derden schuldeisers, dat het uitspreken dat een naamloze vennootschap, waarvan het beperkt vermogen, onderpand van de schuldeisers, aanzienlijk verminderd is, in vereffening wordt gesteld is een maatregel voorgeschreven in het belang van de schuldeisers, dat ze in werkelijkheid als gevolg heeft mee te brengen een echte vrijwillige verdeling bij omslag te doen door de vereffenaars die verantwoordelijk zijn tegenover de derden voor het verdelen van al de goederen der vennootschap en dat al de kosten, nuttig om de algemene vergadering bijeen te roepen, die te beslissen heeft over deze verdeling,

dienen beschouwd te worden als gedaan te zijn in het belang van al de schuldeisers, voor dewelke deze hun gemeenschappelijk onderpand behouden hebben.

En het vonnis van Luik van 10 maart 1962 luidt dat de kosten van de authentieke akte van ontbinding en vereffening van de vennootschap voordeel opleveren voor al de schuldeisers en derhalve gerechtskosten zijn, omdat de vereffening kan gelijk gesteld worden met een vrijwillige verkoop met het oog op het betalen van de schulden der vennootschap, en dat de schuldeisers op die wijze de kosten sparen van inbeslagneming en gedwongen verkoping, die zij noodzakelijk moesten doen om betaling te bekomen van een vennootschap die geen beschikbare gelden meer bezat.

6. De rechtsleer is het eens om te beslissen dat de kosten van rekening, vereffening, verdeling, veiling van welkdanige onverdeeldheid bevoorrecht zijn ten aanzien van de onverdeelde eigenaars en ook ten opzichte van hun persoonlijke schuldeisers omdat, wat deze laatsten betreft, het uit onverdeeldheid treden elke inbeslagneming noodzakelijk moet voorafgaan (art. 2. Wet van 15 augustus 1854) (Laurent b. XXIX n° 340 ; Lepinois b. II nr 498 ; Martou b. II nr 341), maar dat ze niet zouden bevoorrecht zijn ten opzichte van de schuldeisers van de onverdeeldheid om reden dat deze geen belang daarin hebben omdat de verdeling uitsluitend verandering van schuldenaar meebrengt zonder de minste last van hun vervolgingen af te nemen (Laurent loc. cit., Lepinois b. II n° 495 ; Martou loc. cit.) ; en verder wordt er over het algemeen gedoceerd dat de kosten van minnelijke verdeling nooit bevoorrecht zijn, omdat die handeling geschiedt buiten de aanwezigheid der schuldeisers, (Aubry et Rau b. III § 260 ; Laurent b. XXIX n° 341 ; Lepinois b. II n° 496).

De toepassing van artikel 17 der wet van 16 december 1851 is ongetwijfeld een kiese vraag, en er dient daarom vermeden gebiedende oplossingen aan te nemen.

Zoals De Page (b. VII/I n° 51) het doet opmerken begrijpt men moeilijk waarom andere regelen van toepassing zouden zijn op de minnelijke verdeling, uitsluitend omdat ze geen akte is die onder het gezag van het gerecht doorgaat, dan op de gerechtelijke verdeling, als wanneer de eerste de plaats van de tweede bekleedt en dezelfde gevolgen heeft.

Het feit dat kosten gedaan worden door de schuldenaar zelf verandert niets aan de zaak. (De Page, loc. cit. n° 51 nota 8).

De Page (loc. cit. n° 33/D en nota) schrijft te recht : « En somme, on le voit, ce privilège n'en est pas » un. Il ne s'agit nullement d'un droit de préférence » accordé à l'un des créanciers, en raison de la faveur » que mériterait sa créance : il s'agit tout simplement » d'un moyen expéditif de payer ce qui est dû par » tous (Planiol b. II, n° 2624), d'un règlement commode » d'une dette reconnue collective. A proprement parler, » les frais de justice se payent avant tout concours » de créanciers, avant qu'il soit vraiment question de » privilèges. Pothier le disait très exactement (Cou- » tumes d'Orléans, Introduction au titre XXI n° 128) : » après les frais de crieés (c'est-à-dire de saisie réelle), » on colloque les créanciers priviligiés ; le premier » privilège est celui des frais funéraires, etc...».

Al de kosten van vereffening van een onverdeeldheid, die tot doel heeft, het betalen van de schulden toe te laten of te bespoedigen, of waarvan alle of een deel der activa dienen te gelde gemaakt om het passief te zuiveren, zijn onkosten gedaan in het belang van de schuldeisers ; werden ze niet gedaan dan zou het betalen van de schulden niet verzekerd geweest zijn, derhalve is het billijk en stemt het overeen met de bedoeling der schuldeisers ze bij voorrecht te betalen.

Het is uitsluitend nadat de kosten gedaan om tot de rekening en vereffening te geraken betaald zijn dat het overschot onder de schuldeisers kan verdeeld worden, zulks is de bedoeling van de wetgever.

7. Het spreekt van zelf dat indien de gedane kosten overbodig of nutteloos waren, zij niet kunnen begrepen worden onder de bevoorrechte gerechtskosten, want dan zouden ze geen uitgaven voor de schuldeisers bespaard hebben.

II. ZIJN DE KOSTEN GEDAAN DOOR EEN ONBEVOORRECHTE SCHULDEISER OM DE GOEDEREN VAN ZIJN SCHULDENAAR TE GELDE TE MAKEN BEVOORRECHT ?

1. In zake voorrecht der gerechtskosten stelt men soms in de praktijk de vraag om te weten of de kosten gedaan door een gewone schuldeiser om de onroerende goederen van zijn schuldenaar te gelde te maken al dan niet bevoorrecht zijn, met andere woorden of die kosten dienen betaald te worden op de opbrengst van de verkoping vóór het terugbetalen van de hypotheken waarmede het goed bezwaard is.

2. Die vraag is voorzeker belangrijk, want niettegenstaande de wet van 15 augustus 1854 op het beslag op onroerend goed de vervolgingskosten en kosten van bekendmaking van de verkoping ten laste legt van de koper, zodat ze door hem betaald worden (art. 42 en 50 W. 15 augustus 1854), houden de liefhebbers rekening met al hetgeen zij boven de koopsom zullen moeten betalen om deze laatste uit te rekenen en te bepalen, derhalve vermindert zulks met net zoveel de koopprijs en in feite worden die kosten voor slot van rekening door de schuldeisers gedragen wanneer de opbrengst der toewijzing onvoldoende is om al de schulden te delgen.

3. Dat al de gerechtskosten gedaan door een gewone schuldeiser, die betaling van zijn schuldvordering vervolgt, niet onder toepassing vallen van artikelen 17 en 19 van de wet van 16 december 1851 laat geen twijfel over.

Artikel 17 zegt uitdrukkelijk dat het voorrecht der gerechtskosten uitsluitend bestaat « ten aanzien van al de schuldeisers in wier belang zij gedaan worden ».

« Deze beperking, schrijft Kluyskens, VIde deel n° 57, vloeit voort uit de beweegreden zelve waarop het voorrecht gesteund is ; het ware onbillijk een schuldeiser kosten op te leggen, die voor hem volstrekt zonder nut geweest zijn; diegenen die er voordeel hebben uit getrokken, behoren alleen dus last er van te dragen. »

Daaruit volgt dan ook dat alle gerechtskosten door

de onbevoorrechte schuldeiser gedaan om een uitvoerbare titel te bekomen, om zijn schuldvordering die betwist wordt van waarde te doen verklaren, enz... de andere schuldeisers niet aanbelangen en door hem persoonlijk te dragen zijn, zelfs daarin begrepen de kosten van bevel tot betaling betekend krachtens het door hem bekomen vonnis. (De Page b. VII/I, n° 33).

4. Het bevel tot betaling is slechts een eenvoudige ingebrekestelling, het is nog geen maatregel van uitvoering (Cass. 16 februari 1849 Pas. 1849, 151).

Het « wordt een daad van uitvoering wanneer het overgeschreven wordt omdat hierbij het onroerend goed met onbeschikbaarheid bezwaard wordt ». (Van Lennep, Handb. van het Burg. Procesrecht bl. 469).

De overschrijving van het bevel heeft als uitwerksels dat de schuldenaar het daarin beschreven onroerend goed niet meer geldig kan vervreemden, noch met hypotheek bezwaren (art. 27 W. 15.8.1854), en de huurovereenkomsten toegestaan na deze overschrijving nietig zijn. (art. 25, al. 2 zelfde wet).

Nochtans mag men niet beweren dat zolang het bevel tot betaling niet overgeschreven werd, hetgeen niet verplichtend is voor de schuldeiser, dat het voor de onroerende goederen van de schuldenaar zonder de minste invloed is, want de huurcelen gesloten na het bevel, zelfs indien het niet overgeschreven wordt, zijn nietig indien ze negen jaren overtreffen of kwijting inhouden van minstens drie jaar huurgelden (art. 25, laatste alinea zelfde wet).

5. Wanneer het gaat over beslag op onroerend goed worden we door de Wet zelf geholpen.

De Wet van 15 augustus 1854 onderscheidt de gewone en buitengewone vervolgingskosten.

De gewone vervolgingskosten zijn deze gerezen naar aanleiding van het voorbereiden en bekendmaken van de verkoop, die krachtens artikel 42 dienen begroot te worden door de Voorzitter of een der rechters van de Burgerlijke Rechtbank en waarvan het bedrag vóór het openen van de opbiedingen door de notaris moet aangekondigd worden, evenals de kosten betreffende de toewijzing zelf, deze van het uittreksel dezer en van hare betekening (Marcotty b. I, n° 388).

Al deze kosten zijn altijd bevoorrecht (art. 16 Wet 16 december 1851).

Integendeel de buitengewone vervolgingskosten, te weten deze veroorzaakt door tussengeschillen, bijzondere geschillen vreemd aan de normale gang van de inbeslagneming of veroorzaakt door beroep aangetekend tegen vonnissen over tussengeschillen, worden slechts bij voorrecht op de prijs betaald wanneer de rechter het aldus bevolen heeft (art. 51 Wet 15 augustus 1854).

De schuldeiser, die begeert voor buitengewone vervolgingskosten het voorrecht van de gerechtskosten te doen gelden, moet de voorzorg nemen in deze zin conclusies te nemen om aan de rechter, die het tussengeschil zal beslechten, zich daarover ook uit te spreken, bij gebreke waarvan hij verplicht is zijn eis later te doen gelden door middel van verzet tegen de afgifte van de kooppenningen, overeenkomstig artikel 104 der Wet van 1854 (Marcotty m. I, n° 392), het is te zeggen bij de rangregeling.

De rechter beschikt hier over een macht om naar goedvinden te handelen.

Dat het voorrecht hier al of niet zal bestaan hangt van hem af en niet van de Wetgever, hetgeen voorkomt als strijdig met de geest der Wet. Nochtans was het onmogelijk van te voren een beslissing te treffen over al de feitelijke moeilijkheden die zich konden voordoen, zodat de Wetgever wel verplicht was zich hier op de rechter te verlaten, die ongetwijfeld naar de geest der wet zal oordelen en nauwkeurig nagaan of de kosten al dan niet wel in het algemeen belang der schuldeisers gedaan werden, alhoewel zulks niet uitdrukkelijk door de Wetgever voorgeschreven is. (zie Laurent XXIX n° 332).

6. In zake beslag op roerend goed zijn eveneens de gewone gerechtskosten, onontbeerlijk om de goederen van de schuldenaar te verzilveren, bevoorrecht (art. 17 Hypotheekwet). Maar voor wat de buitengewone kosten betreft bestaat er geen wettekst.

De rechtsleer beslist dat indien artikel 51 van de Wet van 15 augustus 1854 niet afwijkt van het principe gesteld door artikel 17 van de hypotheekwet, niets belet dat dezelfde regel van toepassing zou zijn inzake beslag op roerend goed, en dat de gerechtskosten veroorzaakt door tussengeschillen hier eveneens zouden bevoorrecht zijn in de mate waarin zij aan andere schuldeisers kosten bespaard hebben (De Page VII/I n° 49 - Martou II n° 329).

Indien over die vraag geen meningsverschil bestaat wat de grond der zaak betreft, zijn de auteurs het niet eens wanneer het geldt te weten of in zake beslag op roerend goed eveneens een gerechtelijke beslissing onontbeerlijk is om het voorrecht te doen ontstaan voor de buitengewone kosten, zoals de wet het voorschrijft bij beslag op onroerend goed.

Martou (b. II n° 329) schijnt zulks te eisen om reden dat het slechts bij analogie is dat artikel 51 der Wet van 1851 hier toegepast wordt, integendeel De Page (b. VII/I n° 49) verklaart de voorkeur te geven aan de mening, die artikel 51 der wet van 1851 als een bijzondere bepaling beschouwt die niet dient toegepast te worden buiten het geval waarvoor zij bedingt, en de buitengewone kosten van de roerende beslagleggingen onderwerpt aan het gemeen recht, krachtens hetwelk deze kosten zullen bevoorrecht zijn, zonder gerechtelijke beslissing, ten aanzien van al de schuldeisers die er voordeel van genoten.

7. Het zal, in werkelijkheid, op het ogenblik zijn van het opmaken en verlijden van de rangregeling na gedwongen verkoop van onroerende goederen met hypotheken bezwaard, dat de vraag voor de praktizijn zich kan stellen of de gerechtskosten gedaan door de onbevoorrechte schuldeiser die het beslag op onroerend goed vervolgde, dienen aangenomen te worden als bevoorrechte gerechtskosten en terugbetaald op de opbrengst der verkoping vóór elke verdeling.

Ten aanzien van de schuldeisers in tweede of verdere rang ingeschreven is het o.e. niet te betwisten dat al de gerechtskosten van de rechtspleging van beslag op onroerend goed, genieten van het voorrecht van artikel 17 van de hypotheekwet, omdat zij dezelfde proceduur hadden moeten vervolgen indien zij hun schuldenaar zouden vervolgd hebben.

De eerst ingeschreven schuldeiser zou integendeel kunnen doen gelden, dat hij de dadelijke uitwinning kon vervolgen, die veel minder kosten vergt, en dat er een onderscheid dient gemaakt te worden tussen de kosten die hij eveneens zou moeten gedaan hebben, had hij de dadelijke uitwinning vervolgd, en die hem door de vervolger bespaard werden, zoals onder meer de kosten van bekendmaking van de verkoop, en anderzijds de kosten die onafscheidelijk verbonden zijn

met de rechtspleging van beslag op onroerend goed, omdat deze laatste voor wat hem betreft zonder het minste nut zijn en waren.

We zijn de mening toegedaan dat op deze eis niet kan worden ingegaan en we vragen ons zelfs af of die moeilijkheid in werkelijkheid kan ontstaan.

Inderdaad, heeft de onbevoorrechte schuldeiser de rechtspleging van beslag op onroerend goed tot het einde kunnen leiden, dan zijn al de ingeschreven schuldeisers en de schuldeisers die een bevel lieten overschrijven in de zaak betrokken geweest. Artikel 33 der Wet van 1854 beveelt dat ze binnen de vijftien dagen na de neerlegging op de griffie van het kohier van lasten en voorwaarden der verkoping moeten aangemaand worden om er inzage van te nemen, het tegen te spreken en in de vervolgingen tussen te komen, en artikel 35 van zelfde wet bepaalt dat binnen de acht dagen vanaf de dag van het laatste exploot van betekening, aan rand van de overschrijving van de inbeslagneming op het hypotheekkantoor, moet melding gemaakt worden van de dagvaarding in geldigverklaring van de inbeslagneming en van de aanmaning betekend aan de ingeschreven schuldeisers en de schuldeisers, wier bevelen werden overgeschreven, en dat vanaf de dag van die vermelding de inbeslagneming aan allen gemeend wordt.

Veronderstellen we dat de eerste ingeschreven schuldeiser de dadelijke uitwinning instelt vooraleer de onbevoorrechte schuldeiser zijn rechtspleging tot het einde gevoerd heeft, dan zijn de regels en principes van voeging van inbeslagnemingen en zelfs van subrogatie in de hoedanigheid van vervolgende schuldeiser van toepassing (artt. 56 en volgende van de Wet van 1854), zodat we denken dat de moeilijkheid, die zekere praktizijnen vrezen, in werkelijkheid zich niet zal voordoen, en al de gedane gerechtskosten bevoorrecht zullen zijn aangezien ze tot de zelfde en enige inbeslagneming behoren.

Indien nochtans betwistingen hieromtrent ontstaan bij de vrijwillige rangregeling of regeling in der minne, en de notaris partijen niet kan overeenbrengen, zal men noodzakelijk moeten overgaan tot de minnelijke gerechtelijke rangregeling (art. 103 Wet van 1854), en de onbevoorrechte schuldeiser die het voorrecht inroept kan dan, vóór de bijeenroeping der ingeschreven schuldeisers, in raadkamer, verzet doen in handen van de koper of van de Griffier der Rechtbank, wat voor gevolg zal hebben dat hij eveneens opgeroepen zal worden om deel te nemen aan de beraadslaging over de minnelijke regeling (Art. 104 zelfde wet).

4. HANDELSRECHT

FAILLISSEMENT EN INPANDGEVING VAN DE HANDELSZAAK.
TWEE TWISTPUNTEN

door

Prof. Baron Louis FREDERICQ

Hoogleraar aan de Universiteit te Gent.
Lid van de Koninklijke Vlaamse Academie voor Wetenschappen.

1. De wet van 25 oktober 1919, waarbij de inpandgeving van de handelszaak ingericht werd, heeft op onvoldoende wijze de ingewikkelde problemen geregeld door haar toepassing gesteld. Zij werd slechts op bepaalde punten door het Koninklijk Besluit nr 282 van 30 maart 1936 gewijzigd, zodat zij een fragmentarische wetgeving blijft, waarvan de leemten door de rechtsleer en de rechtspraak dienen aangevuld te worden.

2. Vooraleer de moeilijkheden te onderzoeken die meer bepaald de aandacht zullen boeien, past het aan enige hoofdbegrippen te herinneren die ter zake hun invloed laten gelden.

Voor de wetgever is het handelsfonds geen loutere verzameling van goederen maar wel een georganiseerd geheel; de zaak zelf kan het voorwerp zijn van een recht (1); zij is een algemeenheid die een « geheel van waarde » omvat, waarin, behoudens strijdig beding, begrepen zijn : de klandizie, het uithangbord, de handelsinrichting, de merken, het recht op de huurceel, het mobilair van het magazijn, het gereedschap en eventueel een deel van de aanwezige voorraad (stock).

De pandhebbende schuldeiser wordt niet in het werkelijk bezit gesteld van de zaak (essentiële voorwaarde voor het bestaan van een gewoon pand) maar door de akte van inpandgeving bekomt hij er het fictief bezit van : de schuldenaar wordt tot bewaarder van het fonds aangesteld voor rekening van de schuldeiser (art. 8 van de wet).

De inschrijving van de akte in een register in het kantoor der hypotheken gehouden, maakt het pand tegenstelbaar aan derden, zodat de inpandgeving als een hypotheek op roerend goed beschouwd wordt (2).

De ingeschreven inpandgeving van het fonds is een uitzondering op het onroerend karakter van de hypotheek, en is van dezelfde aard als de hypotheek gevestigd op een schip — ook een roerend goed — met inschrijving bij de hypotheekbewaarder te Antwerpen.

In de twee gevallen is het voorwerp van de hypotheek op het roerend goed vereenzelvigd; het fonds als algemeenheid en het schip hebben beide een eigen individualiteit en kunnen aldus gevolgd worden in alle overmakingen van hand tot hand.

De inschrijving van het pand brengt zaaksgevolg mede, zodat de handelszaak bij vrijwillige vervreemding met voorrecht bezwaard blijft, wat tot gevolg heeft dat de pandhebbende schuldeiser het recht behoudt de zaak die zonder zijn tussenkomst werd overgedragen, volgens de wettelijke regels te gelde te maken (3).

Daar de wet in het voordeel van de aanwerver de macht niet voorziet de zaak te zuiveren, zal de verkoop op zichzelf de verdwijning van het voorrecht niet medebrengen (4).

Het begrip van het handelsfonds als algemeenheid beschouwd, neemt niet weg dat in feite de elementen die de zaak uitmaken een eigen bestaan hebben, en afzonderlijk als lichamelijke goederen kunnen in beslag genomen worden.

3. De problemen die zonder wettelijke oplossing zijn gebleven, betreffen de bescherming van de pandhebbende schuldeiser en meer bepaald de rechten, die deze schuldeiser kan laten gelden wanneer de schuldenaar failliet verklaard wordt. Te dien opzichte is onlangs een moeilijkheid opgerezen die in brede trekken als volgt geschetst kan worden :

Een kredietinrichting, door de Regering aanvaard, kent aan een handelaar een lening toe mits inpandgeving van zijn handelszaak. De akte wordt openbaar gemaakt. Het faillissement van de schuldenaar wordt uitgesproken en de curator, steunend op het recht dat hij bezit vrij alle roerende goederen van de gefailleerde te gelde te maken, draagt de zaak over aan een derde zonder de schuldeiser te verwittigen, nadat hij van de rechtbank een vonnis van machtiging heeft bekomen, omdat de concordataire vergadering nog niet werd gehouden (art. 477, al. 2 wet van faillissement). De schuldeiser verneemt de verkoop en oordeelt dat de bekomen prijs onvoldoende is. Hij beweert dat de overdracht, die buiten zijn tussenkomst is geschied, hem niet tegenstelbaar is ten gevolge van de inschrijving.

Gebruik makend van het derden-verzet, voorzien bij art. 474 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering, dagvaardt de bank de curator voor de Rechtbank van Koophandel om te horen bevelen dat het derden-verzet tegen het vonnis van machtiging ontvankelijk is en dat gezegd vonnis zal ingetrokken en de verkoop als niet bestaande beschouwd worden.

Anderzijds, dient de bank, die de geldigheid van de overdracht te haren opzichte niet erkent, een verzoekschrift in bij de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel om machtiging te verkrijgen de zaak te doen verkopen overeenkomstig art. 12 van de wet betreffende het in pand geven van de handelszaak.

Twee hoofdproblemen werden aldus opgeworpen.

Is derden-verzet vanwege de pandhebbende schuldeiser ontvankelijk ?

Mag deze de verkoop door de curator met de derde gesloten, met betrekking tot hemzelf als niet bestaande beschouwen ?

I.

4. De betwisting nopens de ontvankelijkheid van het derden-verzet betreft de vraag, of de curator al dan niet de pandhebbende schuldeiser had vertegenwoordigd in het geding, gevoerd om door de Rechtbank van Koophandel gemachtigd te worden tot verkoop van het handelsfonds. Luidens art. 474 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering, mag een partij derden-verzet doen tegen een vonnis dat haar rechten

benadeelt en bij hetwelk zij niet, noch degenen die zij vertegenwoordigt, opgeroepen zijn.

De pandhebbende schuldeiser, heeft men beweerd, is geen « derde », omdat de curator alle schuldeisers vertegenwoordigt zonder dat er een verschil te maken is tussen de bevoorrechte en de gewone chirografaire schuldeisers.

Een zo volstrekte verklaring is niet juist.

De curator vertegenwoordigt alleen de gefailleerde en de massa van de schuldeisers. De curator treedt op voor de gefailleerde, omdat deze van rechtswege buiten bezit gesteld is (art. 444), wat zowel het beheer der goederen betreft als de rechtsvorderingen die daarop betrekking hebben.

Anderzijds, worden, ten gevolge van het faillissement, de schuldeisers met gemeenschappelijke belangen in een massa verenigd, waarin noodzakelijk de gelijkheid heerst; om van de massa deel uit te maken, moeten eerst de schuldvorderingen ingediend en aanvaard worden.

Hoewel zij geen rechtspersoonlijkheid geniet, toch wordt de massa als een individualiteit behandeld en de curator vertegenwoordigt ze. Een schuldeiser die geen deel uitmaakt van de massa is bijgevolg niet vertegenwoordigd door de curator.

De pandhebbende schuldeiser blijft vreemd aan de massa, omdat hij er zich tegen verzet; hij maakt aanspraak op een zakelijk recht dat bepaalde bestanddelen van het actief bezwaart, en de uitoefening van zijn voorrecht zal het vermogen verminderen dat de gewone schuldeisers ten goede komt. Aldus blijft de pandhebbende schuldeiser buiten het faillissement voor zover hij zich ertoe beperkt de in pand gegeven goederen ten gelde te maken, wat hij gerechtigd is te doen zonder zijn schuldvordering in het faillissement bekend te maken. Het lijdt geen twijfel dat de schuldeiser, niettegenstaande het faillissement, de handelszaak die hij in pand gekregen heeft, mag laten verwezenlijken bij toepassing van art. 12 der wet op het handelspand.

Merken we op dat de rechtstoestand niet verandert wanneer de schuldeiser, die een voorrecht op bepaalde goederen bezit, zijn schuldvordering indient, omdat hij namelijk vreest dat de zakelijke waarborg niet de algeheelheid van zijn schuldvordering zal dekken. Door deze verklaring treedt hij niet in de massa. Hij wordt enkel « voor memorie » ingeschreven (art. 542).

De schuldeiser zal slechts deel kunnen uitmaken van de massa nadat het pand verkocht werd en in de mate dat de prijs van de verkoop geringer is dan de schuldvordering (art. 544). De oplossing is logisch, daar het in die mate is dat de vroeger bevoorrechte schuldeiser gewone schuldeiser geworden is.

Daaruit volgt dat de pandhebbende schuldeiser in die hoedanigheid door de curator niet vertegenwoordigd wordt. Werd hij door deze laatste niet betrokken in de procedure nopens het verpand goed, dan is hij gerechtigd derden-verzet te doen, om aan de Rechtbank te bewijzen dat de verkoop die buiten zijn weten bevolen werd, hem schade berokkent en aldus dient vernietigd te worden.

II.

5. Het tweede vraagstuk betreft de regelmatigheid van de overdracht.

Mag de curator de in pand gegeven handelszaak als algemeenheid, vrij uit de hand verkopen, op grond van het volstrekt recht dat hij bezit alle bestanddelen van het actief zonder pleegvormen te gelde te maken, met het gevolg dat de koper te goeder trouw eigenaar wordt van de zaak erga omnes en dat het recht van de pandhebbende schuldeiser van rechtswege op de prijs van de zaak overgebracht wordt ? We menen van niet.

Laat ons eerst de juridische toestand onderzoeken die zich voordoet wanneer een niet-gefailleerde schuldenaar zijn handelszaak als een geheel verkoopt buiten weten of zonder toestemming van de ingeschreven pandhebbende schuldeisers. Dat recht kan hem niet ontzegd worden, omdat hij eigenaar is van een zaak die niet buiten de handel werd geplaatst.

Daar, ten gevolge van de inschrijving der akte van inpandgeving, de schuldeiser, die het symbolisch bezit verkregen heeft, zijn voorrecht mag inroepen erga omnes, geniet hij zaaksgevolg en mag de tegeldemaking vorderen van de zaak die hem als zekerheid werd gegeven en die, in weerwil van zijn rechten, door de schuldenaar werd verkocht.

Een andere oplossing aannemen zou ertoe leiden, door een geheim gehouden overdracht de pandhebbende schuldeiser te beroven van het voordeel dat hij juist op het oog had, wanneer hij het contract van inpandgeving sloot; het doel beoogd door art. 2071 B.W., door de wet op het pand (art. 1), en door de wetgever van 1919-1936, toen hij de inschrijving van het handelsfonds beval, zou miskend worden.

Het belang van de koper die een handelszaak als algemeenheid heeft verworven zonder toestemming van de schuldeiser, mag niet opwegen tegen het recht van de schuldeiser het handelsfonds te laten verwezenlijken.

De koper kan overigens het bezit niet als titel inroepen, daar art. 2279 B.W. niet toepasselijk is op de algemeenheden (5).

Daarenboven handelde de koper onvoorzichtig door zich niet te vergewissen dat het goed met pandrecht bezwaard was : hij zal de gevolgen van zijn nalatigheid dragen.

Eindelijk dient opgemerkt dat de verkoop uit de hand, zonder toestemming van de pandhebbende schuldeiser, slechts een precair bezit aan de aanwerver kan verlenen. Daar de wet van 25 oktober 1919 geen zuivering invoert in het voordeel van de aanwerver van de handelszaak, verdwijnt het voorrecht van de schuldeiser niet door de vervreemding (6). De koper kan dus niet beweren dat de vrijwillige verkoop tot gevolg heeft dat van rechtswege het voorrecht uitsluitend slaat op de prijs, opbrengst van de verkoop (7). Een dergelijke zekerheid zou geen pand meer uitmaken in de zin van art. 2071 B.W. en volstrekt denkbeeldig kunnen worden. De zuivering zal slechts ten gevolge van een gerechtelijke beslissing bekomen worden, wanneer de schuldeiser zijn recht niet kon laten gelden ! Daaruit volgt dat de ingeschreven pandhebbende schuldeiser de tegeldemaking van de handelszaak mag vervolgen op grond van art. 12 van de wet van 25 oktober 1919, gewijzigd door het K.B. van 30 maart 1936, niettegenstaande de verkoop, die zonder erkenning van zijn rechten is geschied.

6. De juridische toestand, die zich voordoet wanneer een schuldenaar in bonis zijn handelszaak verkoopt zonder toestemming van de schuldeiser, wordt niet gewijzigd door het feit dat de vervreemding door

toedoen van de curator gebeurt. Deze laatste heeft tegenover de bevoorrechte schuldeiser, die buiten het faillissement blijft, niet meer rechten dan de schuldenaar zelf.

Dat de curator het goed te gelde maakt voor of na de concordataire vergadering, maakt geen verschil, daar hij in beide gevallen slechts de rechten van de massa realiseert. In deze aangelegenheid is er geen bijzondere bepaling in de wet op het faillissement, die aan de curator, zaakvoerder van de massa, bijzondere rechten toekent.

Het spreekt vanzelf dat de curator niet verplicht is te wachten totdat de pandhebbende schuldeiser het initiatief neemt om de zaak te verwezenlijken op grond van zijn eigen recht. Wel integendeel, de curator heeft tot plicht de goederen van de gefailleerde te verkopen, maar hierbij is hij gehouden zo te werk te gaan, dat de bijzondere rechten van de pandhebbende schuldeiser niet gekrenkt worden : hij moet hem in de verkoop betrekken. Die verplichting dringt zich op, want anders zou de curator een bezwaard goed aan de hand doen dat niet te zuiveren is zonder gerechtelijke tussenkomst ! Welnu de curator die een goed verkoopt, moet, zoals ieder verkoper, een zaak leveren die zonder gebreken is.

Wij geloven dus dat, om regelmatig te zijn, de verkoop van een in pand gegeven handelsfonds aan dezelfde vereisten moet beantwoorden als de tegeldemaking door de curator van een schip dat met hypotheek bezwaard is.

Hier ook heeft de wetgever de zuivering niet geregeld, en men neemt aan dat de vrijwillige verkoop van het vaartuig niet van rechtswege deze zuivering als uitwerksel heeft (8). Een verkoop, vrijwillig door de curator gedaan, wordt niet gelijkgesteld met die welke geschiedt met inachtneming van de procedure tot beveiliging van de rechten van de hypothecaire schuldeiser.

Wanneer de tegeldemaking na inbeslagneming gebeurt, is de zuivering te begrijpen, maar wanneer de verkoop door de curator op dezelfde wijze geschiedt als de reder het zou doen, is de vervreemding gelijk te stellen met een vrijwillige verkoop, althans ten opzichte van de waarborgen; anders zou men hem aan onaangename verrassingen blootstellen.

Nog een ander argument wordt in het midden gebracht. Een hypotheek of een pand is een splitsing van het eigendomsrecht. Indien de curator de bevoorrechte schuldeiser tot de verkoop niet opgeroepen heeft, is het hem slechts mogelijk geweest een gesplitst goed te verkopen, waardoor hij aan zijn wettelijke verplichtingen als verkoper te kort gekomen is. Opdat de hypotheek of het pand op de prijs zou overgedragen worden, is het nodig dat de schuldeiser aangezocht wordt deel te nemen aan de bepaling van die prijs, zoniet zou de verkoop voor hem een res inter alios acta zijn en zou hij zijn recht op zaaksgevolg tegen de koper behouden.

Laten we nog opmerken dat art. 9 van de wet op het handelsfonds vreemd blijft aan de moeilijkheid die we onderzoeken : de wetsbepaling veronderstelt dat de verkoop ten gevolge van beslagname in 't openbaar geschiedt en niet vrijwillig plaatsgrijpt zonder publiciteit.

7. Tot rechtvaardiging van het volstrekt recht van de curator een verpande handelszaak als geheel beschouwd vrijwillig te verkopen, heeft men laten opmerken dat de curator de macht heeft vrij de bestanddelen van de zaak te verkopen, zoals het de gewone schuldeiser geoorloofd is de elementen van het fonds aan te slaan (art. 9) en te vervreemden. Al de goederen van de schuldenaar maken het pand uit van zijn schuldeisers !

Het antwoord op deze redenering is dat de verkoop van een handelszaak in haar geheel beschouwd (onlichamelijk roerend goed) een algemeenheid tot voorwerp heeft, terwijl de elementen van de handelszaak een afzonderlijk bestaan hebben als lichamelijke goederen, en het voorwerp uitmaken van vervreemdingen die aan eigen rechtsvormen onderworpen zijn.

De twee contracten hebben verschillende zaken tot voorwerp en verschillen dan ook in hun juridische gevolgen.

Wanneer b.v. het handelsfonds als geheel vervreemd wordt, zal de verkrijger te goeder trouw zijn bezit niet als titel mogen inroepen, omdat art. 2279 B.W. niet toepasselijk is op de algemeenheden (9), terwijl dat wel het geval is voor bepaalde verkochte bestanddelen, lichamelijke goederen afzonderlijk beschouwd. Dit schijnt doorslaggevend te zijn. De verkoper moet het rustig bezit van de zaak waarborgen.

Hier dient nog opgemerkt te worden dat de toestand, geschapen door vrijwillige vervreemding van roerende voorwerpen die deel uitmaken van het fonds, niet die is van het gemeen recht, daar art. 11 van de wet aan de ingeschreven schuldeiser bepaalde rechten toekent die zaaksgevolg meebrengen, al is dat recht beperkt (10).

Eindelijk zal, in feite, bij verkoop na inbeslagneming zoals voorzien bij art. 9 de pandhebbende schuldeiser door de vereiste publiciteit in de mogelijkheid gesteld worden de maatregelen te nemen die zijn rechtmatige belangen beveiligen, wat niet het geval is bij verkoop uit de hand door de curator.

8. De oplossingen waaraan wij de voorkeur geven schijnen te beantwoorden aan de wil van de wetgevers, zowel van 1919 als van 1936. Het is hun bedoeling geweest het krediet met betrekking tot de handelszaak in de hand te werken door aan de pandhebbende schuldeiser daadwerkelijke waarborgen te verschaffen, die in geval van ongegoedheid kunnen ingeroepen worden door de crediteurs die buiten dat faillissement blijven. Zo kan de curator, gemachtigd te verkopen, als vertegenwoordiger van de massa, niet meer rechten genieten dan de gewone schuldeiser bij de tegeldemaking van de handelszaak.

---

(1) *L. Fredericq :* Handboek van het Belgisch Handelsrecht, I, nrs 133 en volgende.

(2) *Cambron :* De la mise en gage du fonds de commerce 1924, nrs. 35 en vlg. De Page, D. VI, nr. 1106; Planiol et Ripert D. XII, nr 6, Hrb. Antwerpen 11 mei 1934 P.A. 1935, 366.

(3) Handboek, nr 474 : Répert. pratique, Fonds de commerce, nr 170.

(4) R.P. Fonds de Commerce nr 183.

(5) Zie De Page, D. VI, nr 1109, D.V. nr 1039.

(6) Répertoire pratique, Fonds de commerce, nr. 183.

(7) Zie betreffende dit bepaald punt : Cambron, nr 148.

(8) Zie Principes de droit comm. belge D. VII nr 325 Smeesters et Winkelmolen. Droit maritime et fluvial. D. I, 2e uitg. nr 73.

(9) Zie De Page D. VI, 1109, D.V. nr 1039.

(10) Zie art. 11, De Page D. VI, nr. 1109 « Un véritable droit de suite, analogue à celui reconnu au bailleur. »

DE GARANTIEBRIEF

door

Prof. Dr. Mr. Fernand COLLIN

Hoogleraar aan de Universiteit te Leuven.

Het gebruik van de garantiebrief in maritieme zaken wordt op zeer verschillende wijze beoordeeld. Enkele juristen zijn de mening toegedaan dat het hier gaat om een vorm van bedrog die niet streng genoeg kan worden veroordeeld.

Anderen beweren dat dit gebruik beantwoordt aan een praktische noodzakelijkheid, die de partijen er steeds weer zal toe brengen hun moeilijkheden op deze wijze op te lossen.

Is het niet opvallend dat de voornaamste beroepsverenigingen die zich te Antwerpen met het zeevervoer bezig houden, formules van garantiebrieven hebben uitgewerkt, waarvan zij het gebruik aan hun leden aanbevelen. (1)

De vraag van de geldigheid van dit gebruik kwam reeds herhaaldelijk voor op de agenda van de vergaderingen van het Comité Maritime International (2) en zij werd opnieuw behandeld tijdens het laatste congres, dat te Athene gehouden werd van 17 tot 21 april 1962.

Het vraagstuk is zeker niet eenvoudig en het is in alle geval niet vatbaar voor een eenvoudige oplossing. Doch een groot deel van de bestaande moeilijkheden kunnen, naar mijn mening, worden weggenomen indien men terug opklimt naar de algemene beginselen die de bevrachting, de Regelen van Den Haag en dienvolgens ook art. 91 van het Wetboek van Zeerecht ten grondslag dienen.

Wij zullen eerst onderzoeken welke de meest voorkomende betwistingen zijn.

Deze houden verband met het gebruik van documentaire kredieten welke door bemiddeling van de banken, ter bevordering van de internationale handel, opengesteld worden.

Een documentair krediet is een opdracht gegeven meestal door een bank aan een andere bank en door deze laatste aanvaard, om een wel bepaald bedrag te betalen aan een persoon tegen overhandiging van wel omschreven documenten. (3)

Onder deze documenten wordt, voor goederen vervoerd over zee, steeds vernoemd een volledig stel schone cognossementen.

Een cognossement is schoon, indien erop geen marginale inschrijvingen zijn aangebracht, waarbij voorbehoud wordt gemaakt betreffende de hoeveelheid of de kwaliteit van de ingeladen goederen.

Wanneer de goederen in het schip ingeladen zijn, is de kapitein krachtens de wet gehouden een cognossement af te leveren. Daarin dient vermeld :

« Het aantal der colli of het stukstal der goederen of de hoeveelheid of het gewicht...»

« De voornaamste, voor het onderkennen van de goederen nodige merken...»

« De uiterlijke staat en de uiterlijke gesteldheid van de goederen » (4)

Deze gegevens moeten door de kapitein worden gecontroleerd ; doet hij het niet, dan is hij praktisch gebonden door de opgave van de inlader.

Het is nochtans juist bij deze controle dat de moeilijkheden gewoonlijk ontstaan.

Een eerste reeks van deze betwistingen heeft betrekking op de hoeveelheid ingeladen goederen.

Het gebeurt wel meer dat de vertegenwoordigers van de Rederij, en deze van de inladers niet tot overeenstemming kunnen geraken nopens de uitslagen van de optekeningen die zij tijdens de inlading hebben gemaakt. De eersten houden staande dat er minder is ingeladen dan door de laatsten wordt beweerd. Een nieuwe controle is uitgesloten ; dit zou meestal zulke hoge kosten mede brengen dat niemand kan worden bereid gevonden deze te dragen.

De kapitein mag voorbehoud maken betreffende de ingeladen hoeveelheden « wanneer hij redelijke gronden heeft te vermoeden dat zij niet nauwkeurig de in werkelijkheid door hem ontvangen goederen weergeven of tot het nazien waarvan hij geen redelijke gelegenheid heeft gehad » (5)

Indien echter dergelijk voorbehoud op het cognossement wordt vermeld, zal de inlader van het documentair krediet niet kunnen genieten. De bankier zal met reden weigeren hem te betalen, omdat zijn correspondent opdrachtgever een schoon cognossement heeft geëist ; moest hij een cognossement aanbieden dat niet schoon is, dan loopt hij groot gevaar dit te zien weigeren door zijn opdrachtgever, die dan ook de gedane uitgaven niet zal terugbetalen.

Het is dus waarschijnlijk dat de verkoper-inlader niet alleen moet wachten op betaling, doch, en dit is nog erger, er is veel kans dat hij helemaal niet betaald wordt indien zijn koper wegens prijsdaling belang heeft de verkoop te doen verbreken.

Wanneer de inlader de zekerheid heeft dat hij zijn verplichtingen trouw heeft uitgevoerd, wanneer hij alles heeft geleverd wat hij moest leveren en wanneer, naar zijn mening, de kwaliteit onberispelijk is, dan zal hij zich ten zeerste benadeeld gevoelen indien hem geen schoon cognossement wordt afgeleverd.

Hij zal aan de kapitein met klem bevestigen dat de door hem opgegeven cijfers juist zijn, en hij zal zich bereid verklaren deze juistheid te waarborgen.

En zo komt men tot het opstellen van een garantiebrief.

Een gelijkaardige moeilijkheid kan ontstaan betreffende de kwaliteit van de ingeladen koopwaar.

Bij de controle die de kapitein hieromtrent in alle geval moet uitoefenen, kunnen zekere toestanden worden opgemerkt die een zeeman verontrusten, b.v. het ingeladen betonijzer is licht verroest ; de gebruikte zakken zijn helemaal niet nieuw ; de vaten die de waar bevatten zijn niet nieuw en geblutst.

De kapitein, bewust van zijn zware verantwoordelijkheid, zal in dit geval voorbehoud willen maken op het cognossement. De inlader daarentegen zal beweren dat deze schijnbare gebreken helemaal geen belang hebben en dat zij niets afdoen aan de goede kwaliteit van de koopwaar en dat de verpakking tegen de reis bestand is. Hij geeft de verzekering dat de kapitein daaromtrent niet redelijk kan worden verontrust en hij is bereid dit te waarborgen. Vandaar weer het gebruik van een garantiebrief.

Een discussie kan ook ontstaan op grond van een normaal en verstaanbaar verschil van mening. B.v. de goederen zijn verpakt in kartons. De kapitein is van mening dat die verpakking onvoldoende is. De verzender weet bij ervaring dat deze verpakking zeer

goed weerstand biedt aan de vereiste behandeling, natuurlijk voor zover geen haken gebruikt worden. Is er iets laakbaars aan dat de verzender de stevigheid van deze wijze van verpakking zou waarborgen ?

Indien echter bij de aankomst wordt geconstateerd dat de afgeleverde hoeveelheden niet beantwoorden aan de vermeldingen van het cognossement, of indien de goederen niet in behoorlijke staat of conditie verkeren, zal de kapitein de schade geleden door de toonder van het cognossement moeten vergoeden.

Hij heeft inderdaad getekend dat hij de goederen ontvangen heeft in uitwendige goede staat en conditie. De averij moet dus ontstaan zijn tijdens de reis. De kapitein zal niet eens toegelaten worden tot het bewijs dat de schade reeds bestond bij de inlading, indien deze op dat ogenblik uiterlijk merkbaar moest zijn. Hij zal dus meestal tot betaling gehouden zijn, tenzij de schade toe te schrijven is aan een oorzaak waarvoor hij niet aansprakelijk is ; ofwel heeft hij zijn vervoerverplichting niet behoorlijk vervuld, ofwel heeft hij een fout begaan door een schoon cognossement af te leveren.

In beide gevallen dient hij de schade te herstellen. (6)

Kan hij zich echter verhalen op de inlader die een garantiebrief getekend heeft betreffende het manko of de schade die bij het einde van de reis geconstateerd werd ?

Hier zijn de standpunten verschillend.

Een deel der rechtsleer en der rechtspraak is de mening toegedaan dat elk verhaal op de inlader uitgesloten is. Volgens deze stelling is de garantiebrief, zowel de gezonde als de bedrieglijke, nietig.

Hij is nietig omdat hij afbreuk doet aan de waarde van het cognossement, waarvan de Regelen van Den Haag de juistheid hebben willen verzekeren. (7)

Hij is nietig, zoals trouwens elke andere tegenbrief, wanneer en omdat er onder partijen bedrog of simulatie wordt gepleegd. (8)

De garantiebrief is nietig omdat hij een ongeoorloofde oorzaak heeft. Zijn doel is inderdaad strijdig met de openbare orde of met de goede zeden. (9)

Een gelijkaardige radicale stelling wordt eveneens door een aanzienlijk gedeelte van de rechtspraak aangenomen. (10)

Tijdens de verschillende congressen van het Comité Maritime International heeft deze uiterste stelling ook vele aanhangers gekend.

Doch een aantal juristen die dagelijks in contact zijn met de praktische moeilijkheden, hebben een veel meer genuanceerde stelling verdedigd.

De Engelse Association de Droit Maritime maakt een onderscheid tussen geoorloofde en ongeoorloofde garantiebrieven. (11)

De eerste zijn die welke worden afgeleverd o.m. wanneer er een eerlijk verschil van mening bestaat nopens de ingeladen hoeveelheden. Er kan in dit geval geen sprake zijn van bedrog. Wanneer dit laatste bestaat, is de garantiebrief in alle geval nietig.

Een gelijkaardige stelling werd herhaaldelijk verdedigd door Mter J. Van Doosselaere (12) en door de Belgische afdeling van het Comité Maritime International.

Het is in elk geval een vaststaand feit dat het gebruik van garantiebrieven onverminderd voortduurt. Dit toont aan dat dit gebruik beantwoordt aan een praktische noodzakelijkheid en dat dus een absoluut verbod niet zal worden nageleefd.

Trouwens deze garantiebrieven geven in Antwerpen zeer zelden aanleiding tot betwistingen voor de rechtbanken. De aangegane verplichting wordt meestal nageleefd.

In welke richting zal de oplossing van dit zeer moeilijk probleem gezocht moeten worden ?

Vooreerst dient de aandacht gevestigd te worden op het feit dat een enkele eenvoudige oplossing tot nog toe niet gevonden is ; als dusdanig beschouwen wij o.m. het onderscheid tussen geoorloofde en ongeoorloofde garantiebrieven.

Zullen vele Rederijen nog een dergelijk document durven te aanvaarden wanneer het helemaal niet zeker is dat het door de Rechtbank als geldig zal worden aangezien ?

Het is waarschijnlijk om dergelijk gevaar te vermijden dat de Antwerpse beroepsverenigingen, in de door hen uitgewerkte modellen van garantiebrieven, voorzien dat alle betwistingen die er betrekking op hebben, zullen onderworpen worden aan scheidsrechters die als goede mannen zullen beslissen en in laatste aanleg.

Deze oplossing blijft niettemin gebrekkig omdat zij niet in alle geval van toepassing kan zijn, en dat zij een vrijwillige uitvoering van de scheidsrechterlijke beslissing veronderstelt.

Doch reeds in 1956 heeft advokaat-generaal Van der Perren de weg aangetoond die naar een gedeeltelijke oplossing leidt.

Hij verwees inderdaad naar art. 91, § III, 5°; deze tekst zou, volgens de geleerde magistraat, zelfs de geoorloofde garantiebrieven overbodig maken. (13)

Deze tekst luidt als volgt :

« De inlader wordt geacht op het ogenblik van de inlading ten behoeve van de vervoerder in te staan voor de juistheid van de door hem opgegeven merken, getal, hoeveelheid en gewicht, en de inlader zal de vervoerder schadeloos stellen voor alle verliezen, schade en kosten welke mochten voortvloeien uit of het het gevolg zijn van onjuistheden in de opgave van deze bijzonderheden.

Het recht van de vervoerder op dergelijke schadeloosstelling beperkt in genen dele zijn aansprakelijkheid en zijn verbintenissen zoals zij uit de vervoerovereenkomst voortvloeien, tegenover elk andere persoon dan de inlader ».

Ook Meester Van Doosselaere heeft op het bestaan van deze tekst gewezen. Hij is echter de mening toegedaan dat deze rechtsregel niet van die aard is dat hij een oplossing kan brengen. (14)

Volledigheidshalve dient vermeld dat de Internationale Kamer van Koophandel er in geslaagd is door zekere handelskringen te doen aanvaarden dat bepaalde marginale inschrijvingen die betrekking hebben op verpakking of kwaliteit, niet van aard zijn om een cognossement te bevuilen. (15)

Voor deze moeilijkheden is inderdaad in de wet zelve geen oplossing te vinden.

Want art. 91 § III, 5°, heeft uitsluitend betrekking op de vermeldingen nopens gewicht, hoeveelheid en aantal colli, alsmede de merken.

Voor al deze aanduidingen van het cognossement is de kapitein aangewezen op een schriftelijke aangifte van de inlader.

Het is dan ook normaal dat de inlader voor die opgave verantwoordelijk is.

Men zal zich afvragen waarom niet sedert lang deze regel, die een onbetwistbare waarborg biedt voor de rederij, een regelmatige toepassing heeft gevonden.

De reden daartoe is dat in de praktijk nooit een afzonderlijke aangifte door de inlader wordt opgesteld,

Laatstgenoemde of zijn vertegenwoordiger zullen in de regel de formulieren van cognossement van de rederij invullen en ter ondertekening voorleggen aan de kapitein of diens vertegenwoordiger.

Er bestaat dus ten slotte geen enkel schriftelijk bewijs van de verklaring die van de inlader door de wet vereist wordt.

Om aan art. 91, § III, 5°, zijn volle uitwerking te verzekeren, zal dienvolgens een formulier van aangifte dienen voorgelegd. Dit kan naar mijn mening zeer gevoeglijk geschieden door het gebruik van een der exemplaren van de formulieren die gebruikt worden bij het aanvoeren van de lading op kaai of in magazijn met het oog op de inlading. Een der exemplaren dient thans gewoonlijk als mate's receipt, een ander als toelating tot inlading, bewijs van meting, enz.

Waarom zou een andere kopie niet kunnen gebruikt worden als opgave van de aangevoerde goederen, hun gewicht, hun hoeveelheid, en de op de colli aangebrachte merken.

Indien een betwisting dienaangaande oprijst, kan de inlader die te goeder trouw de waarachtigheid van zijn aangifte staande houdt, deze eventueel van zijn waarborg voorzien, waarborg die ten slotte in de wet zelf besloten ligt.

Dit zou een oplossing brengen in het grootste aantal gevallen waarin men thans nog het afleveren van een garantiebrief gerechtvaardigd acht.

Heel anders is het gesteld met de betwistingen nopens de kwaliteit van de ingeladen goederen. Inderdaad, wat dit betreft, mag de kapitein zich niet steunen op een aangifte van de inlader. Hij moet zelf een afdoende controle uitoefenen op de uitwendige staat en gesteldheid der goederen.

Doet hij het niet, dan moet hij al de gevolgen dragen van zijn nalatigheid.

Deze verantwoordelijkheid weegt zo zwaar, zij is zo zeer gevreesd door de kapiteins, dat deze geneigd zijn veeleer al te veel voorzorgen te nemen. Het komt zelfs voor dat zij een algemeen voorbehoud inschrijven in het cognossement ten einde een eventuele aansprakelijkheid voor averij te vermijden.

Zij zullen dit des te gemakkelijker doen dat dit voor hen geen enkel nadelig gevolg zal medebrengen. Inderdaad, wanneer zij dreigen met de inschrijving van een voorbehoud in het cognossement dan zullen de inladers hen daarvoor praktisch nooit verantwoordelijk stellen. Laatstgenoemden zullen veeleer trachten de kapitein of zijn vertegenwoordiger in de laadhaven te vermurwen door de ondertekening van een garantiebrief.

Niemand die enigszins vertrouwd is met de werkelijke toestanden, zal willen betwisten dat een aantal garantiebrieven betreffende de staat en de gesteldheid der goederen uitgelokt zijn door de stugheid en het onbegrip van de vervoerders.

Moesten deze ongewettigde reserves uit de weg geruimd zijn, dan zouden er veel minder bezwaren gemaakt worden voor de ongeldigheid van de garantiebrieven.

Dit resultaat kan alleen bereikt worden indien een ongewettigde inschrijving van een voorbehoud niet zonder sanctie blijft.

In de wet op de rivierbevrachting van 5 mei 1936 is dit probleem op oordeelkundige wijze opgelost door art. 14. Daarin wordt voorgeschreven dat het cognossement de schipper ter ondertekening moet voorgelegd worden, uiterlijk 24 uren na afloop der inlading. Wordt dit niet gedaan (of zijn de termen ervan niet aanvaardbaar door de schipper), dan mag de schipper liggeld eisen, vanaf de dag waarop hij door een ingebrekestelling wegens die vertraging verzet aantekent.

Indien de schipper verzuimt het cognossement te ondertekenen (dus indien hij zonder geldige reden weigert zulks te doen) binnen 24 uur te rekenen van het hem ter ondertekening voorleggen van dit document, is hij een vergoeding schuldig gelijk aan het bedrag der liggelden voor elke dag vertraging vanaf de dag waarop hem een ingebrekestelling daartoe gezonden wordt.

Veel zal kunnen bereikt worden indien ook voor het zeevervoer een sanctie zou worden toegepast tegen de kapitein die zonder gegronde reden weigert een schoon cognossement af te leveren.

Aan de andere kant moeten de inladers ook goede wil aan de dag leggen. Zij moeten in hun aangifte een juiste beschrijving geven van de goederen en van de wijze van verpakking. Indien de goederen niet verpakt zijn, kan dit in de opgave worden aangeduid en dienvolgens ook in de tekst zelve van het cognossement worden opgenomen. Dit zou de inschrijving van een marginaal beding overbodig maken. (Bijv. 100 unprotected galvanised sheets) (16)

Een onjuiste opgave door de inladers die vertraging medebrengt, zou niet zonder sanctie mogen blijven.

Ten slotte mag het belang van de verzekeraars niet uit het oog verloren worden. Het zijn inderdaad de verzekeraars die dikwijls het grootste nadeel ondervinden van het gebruik der garantiebrieven. Indien het bestaan van een garantiebrief voor hen verdoken blijft, zullen zij soms een schade moeten vergoeden die door de polis niet gedekt is, nl. wanneer zij ontstaan is vóór de inlading, of vooraleer het risico begint te lopen.

De andere partijen zullen bijna altijd een verhaal hebben, dat hun toelaat de geleden schade te doen herstellen.

Indien het een schoon cognossement geldt, zal de toonder ervan steeds een verhaal hebben op de kapitein, tenzij deze zou kunnen bewijzen of ten minste doen aannemen dat de schade bij de inlading bestond en niet uiterlijk waarneembaar was (17). Is dit werkelijk het geval, dan zal in geen geval een garantie gegeven zijn.

Om elk bedrog uit te schakelen, zou het wenselijk zijn dat het geven van een garantie aan de verzekeraar van de lading zou worden medegedeeld. Deze mededeling zou kunnen verplichtend gemaakt worden door een beding ingeschreven in de polis, en deze mededeling zou in alle geval een bewijs zijn van de goede trouw van de inlader die de garantie heeft gegeven.

Ook de bankier zou niet mogen vrij uitgaan indien hij zonder gegronde reden weigert een documentair krediet uit te voeren.

In al deze gevallen zou de vergoeding kunnen bestaan uit een ruime compensatie van de verloren rente.

Ten slotte, zou het wenselijk zijn een spoedprocedure uit te werken die zou toelaten, wanneer er betwistingen oprijzen bij de inlading nopens de kwaliteit of de verpakking, de feitelijke toestanden zonder verwijl vast te stellen.

Zoals men uit het voorgaande heeft kunnen opmaken, is de oplossing die wij voorstellen niet eenvoudig. Zij kan het ook niet zijn, gezien de complexiteit van de

toestanden die zich bij het gebruik van documentaire kredieten meermaals voordoen.

Een bevredigende regeling zal echter alleen gevonden worden indien men de rechtmatige belangen die op het spel staan niet miskent.

(1) P. Wildiers : Le connaissement maritime, Brussel, Larcier 1961, bl. 155 en 156.
(2) O.m. Comité Maritime International. Congres van Amsterdam 1927; Congres van Madrid 1955; Congres van Rijeka 1959; Congres van Athene 1962.
(3) Over het documentair krediet zie : A. Van Maele : Les Novelles, Droit Bancaire V° Les ouverture de crédit nrs. 213 tot 364, Brussel 1951; A. Dieryck : Les ouvertures de crédit, nrs. 256 tot 283, Brussel 1945; P.J. Rogaar : Documentaire Credieten, Haarlem 1933; A.U. Grader van der Maas : Handboek van Documentaire Kredieten, Haarlem 1957; G. Marais: Du crédit confirmé en matière Documentaire, Paris 1953; J. Stoufflet : Le crédit documentaire; F. Lison : Qu'est-ce qu'un crédit documentaire ? Revue de la Banque 1944, p. 185; Les crédits documentaires en Angleterre, Revue de la Banque 1951, p. 39; Crédits documentaires transférables, Revue de la Banque 1952, p. 1; K. Ferdinand : De juridische natuur van het Documentair Krediet, Recht. Weekblad, 1951, Kol. 1345.
(4) Wetboek van Zeerecht, art. 91, § III, 3°
(5) Wetboek van Zeerecht, art. 91, § III 3° laatste paragraaf.
(6) Rechtbank van Koophandel Antwerpen, 13 jan. 1950; J.P.A. 1950, 217; R.v.K. Gent, 19 dec. 1959; Rechtsk. Weekblad 1959-60, 1079; Hof van Beroep Amsterdam, 15 juni 1960, Schip en Schade 1960, nr. 53; Arr. Rechtb. Amsterdam, 25 febr. 1959, Schip en Schade 1960, nr. 2; Appel Aix, 17 april 1956, Droit Mar. Franç. 1958, 16; R.v.K. Dunkerque, 23 januari 1961, Droit Mar. Franç., 1961, 678; Cass. Fr. 20 juni 1960, Droit Mar. Franç. 1960, 659.
(7) F. Van der Perren : Het verdrag van Brussel van 25 augustus 1924 en de garantiebrieven in het Zeerecht. R.W. 1956-57, 132 en vlg.
(8) F. Van der Perren, ibid., 137.
(9) F. Van der Perren, ibid.
(10) Recht. v. Koop., Seine, 10 maart 1958, D.M.F. 1958, 414; R.v.K. Antwerpen, 1 april 1955, J.P.A. 1955, 420; H.v.B. Brussel, 18 april 1961, J.P.A. 1961 413; H.v.B. Brussel, 24 nov. 1955, J.P.A. 1957, 77; Arr. Rechtb. Rotterdam, 7 juni 1960, Schip en Schade 1960, nr. 61.
(11) Comité Maritime International; Conférence de Madrid 1955 bl. 233 en vlg.
(12) J. van Doosselaere : Rapport; Conférence de Madrid 1955, bl. 259 en vlg.; Le problème des clauses marginales et des lettres de garantie, J.P.A. 1957, 61; F. Lison : La lettre de garantie et les milieux anversois, Revue de la Banque 1958, 284 en vlg.
(13) J. van der Perren, loc. cit, 129.
(14) J. van Doosselaere : Le problème des clauses marginales et des lettres de garantie, J.P.A. 1957, bl. 63.
(15) F. Lison. Lettres de garantie abusives. Revue de la Banque 1957, 773.
(16) Dit voorstel werd gemaakt tijdens de conferentie van Madrid van het C.M.I. door de Engelse afvaardiging. Zie Actes, bl. 243.
(17) Rechtb. v. K., Antwerpen, 11 jan. 1954; J.P.A. 1954, 82; Rechtb. v. K. Gent, 19 dec. 1959, R.W. 1959-60, 1079; A Rechtb. Rotterdam, 3 mei 1960, Schip & Schade 1960 nr. 67. Doch indien er twijfel is, moet de toonder van het cognossement bewijzen dat de schade uiterlijk zichtbaar was, H.v.B. Brussel, 17 mei 1956, J.P.A. 1956, 410; H.v.B. Brussel, 16 juni 1956, J.P.A. 1956, 421.
(18) Zie verder W.W. Syrett. An export Indemnity Dilemna. The Banker, dec. 1949, bl. 171; Debate on Export Indemnities. The Banker 1950, mei 1950, bl. 111; aug. 1950, bl. 114; oct. 1950, bl. 228 ; V. Dover & G.A. Calver. The Bankers Guide to Marine Insurance of Goods, London 1960, bl. 48 en vlg.; Ch. Bontoux : Connaissement et lettre de garantie, Banque 1958, bl. 223 en vlg.

DE ABSTRACTE VERBINTENIS IN HET WISSELRECHT.

OORSPRONG, GRONDSLAG EN DRAAGWIJDTE

door

Prof. Mr. J. RONSE

Hoogleraar aan de Universiteit te Leuven.

Shylock : « *I'll have my bond; speak not against my bond.* »

1. Deze bijdrage, resultaat van enkele reeksen colleges, maakte het voorwerp uit van een lezing, gehouden te Brussel in 1958 tijdens het 10e Interuniversitair rechtscongres en werd voor het eerst gepubliceerd op het einde van 1959 (1).

Ongeveer gelijktijdig hiermede verscheen het merkwaardige proefschrift van L. Dabin, *Fondements du Droit cambiaire allemand* (Luik 1959). De uitkomst van zijn even grondig als nauwkeurig, historisch en dogmatisch onderzoek van het Duitse recht, leidden, — met betrekking tot de hier behandelde problemen, — tot gelijkaardige besluiten.

Vanzelfsprekend berust de hiermede gepubliceerde bijdrage op een werkelijk minder uitgebreid onderzoek van het Duitse recht; zij omvat echter, benevens Duitse, ook gegevens uit de Nederlandse, Zwitserse en Franse rechtsleer.

Waar de betreurde Raadsheer en Hoogleraar R. Piret gemeend had te moeten vaststellen dat de strijd om de *rigor cambialis* beëindigd was in het voordeel van de verdedigers van de strengste opvatting (2), werden hiermede de debatten opnieuw geopend.

Van Ryn en Heenen wijdden hieraan een scherpe maar even hoffelijke critiek (3).

In deze bijdrage wordt getracht het vraagstuk in zijn geheel te hernemen, waarbij ook aan deze critiek, die niet kan overtuigen, een antwoord wordt gegeven (4).

2. De betwisting blijft inderdaad volledig bestaan en de aandacht van de juristen opeisen.

Weliswaar kan vastgesteld worden dat al degenen die over de wisselbrief geschreven hebben, het op een opvallende wijze eens zijn, om de wisselverbintenis te bestempelen als een abstracte verbintenis. Even opvallend is het echter dat, buiten het gebruikte woord, helemaal geen eenstemmigheid meer te bespeuren valt, maar integendeel, vaak niets anders dan grondige tegenstrijdigheid van opvattingen.

Ongetwijfeld staat de heersende Belgische rechtspraak aan de spits van de abstractie door een enigszins simplistische beperking van het begrip der abstracte verbintenis tot één enkele betekenis : het totale verlies van verweermiddelen van de schuldenaar die aangesproken wordt op grond van de wisselbrief (5).

3. Nochtans kan reeds een mogelijke kentering bespeurd worden zodat de rechtspraak, ondanks de heersende Belgische opvatting, niet als vaststaand kan beschouwd worden (6).

De hoven van beroep, evenmin als het hof van cassatie, hebben nog geen uitspraak moeten doen over het vraagstuk van de draagwijdte der abstractie der wisselverbintenis van de acceptant tegenover de trekker.

Een arrest van het hof te Brussel van 25 november 1959, wijst reeds in de richting van de hier verdedigde stelling, waar het een scherpe veroordeling uitspreekt tegen de stelling die het verweer van de wisselschuldenaar verwart met een wedereis (7).

Ook blijft het probleem in zijn volledige omvang te beantwoorden (8).

Een oplossing wordt in deze bijdrage ook nagestreefd die, niet alleen met de vereisten van de juridische techniek zou rekening houden, maar die tevens zou voldoen aan de behoeften van de praktijk, als een redelijke oplossing voor de bestudeerde, in de werkelijkheid zeer verschillende belangenconflicten (9).

4. De niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen in de verbintenissen uit wisselbrieven, en, algemener nog, uit waardepapieren ontstaan, is niet het resultaat van een juridische constructie. Integendeel beantwoordde de regel aan de behoeften van de praktijk.

Deze regel is helemaal niet een uitzonderlijke en strict originele verschijning eigen aan het wisselrecht. Hij is, — zoals verder herhaaldelijk zal blijken, — zeer verwant met de oplossing die in het burgerlijk recht, door art. 2279 B.W., aan een verwant belangenconflict is gegeven.

Men herinnert zich dat de verkrijger van een roerend goed veilig moet kunnen steunen op zijn rechtmatig vertrouwen in de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder die, door toedoen van de ware eigenaar, schijnbaar deze bevoegdheid bezit.

Deze grondregel uit artikel 2279 B.W. komt tot uiting in het recht der waardepapieren. De schuldeiser, — ter zake de schuldeiser uit de wisselbrief, — moet veilig kunnen vertrouwen, niet alleen op de bevoegdheid in hoofde van zijn tegenpartij om de titel te vervreemden, maar bovendien op de inhoud van de titel zelf, zoals die onderschreven is en in het verkeer gekomen. Van de schuldenaar moet hij dan ook betaling kunnen vorderen overeenkomstig de inhoud van de titel zelf.

De verweermiddelen die de uitgever had kunnen laten gelden jegens diegene aan wie hij de titel overhandigde, — de onmiddellijke nemer, — gaan de latere verkrijger van het papier niet aan. De houder, die vreemd is aan de verhouding die aanleiding gaf tot het oorspronkelijke geven en nemen van de wisselbrief, mag vertrouwen in de overeenstemming tussen de werkelijkheid en de schijn die door de ondertekenaar en uitgever van de titel werd verwekt, en derhalve betaling eisen overeenkomstig de inhoud van de titel, die hij te goeder trouw verkreeg.

Dit principe werd in enkele buitenlandse wetten in het algemeen voor alle waardepapieren bepaald, nl. in het Zwitserse *Obligationenrecht* (art. 979) en in de Italiaanse *Codice Civile* (art. 1993). Het principe werd uitdrukkelijk toegepast, o.m. in artikel 17 van de eenvormige wet op de wisselbrief, met een enigszins bijzondere formulering van het vereiste van goede trouw.

5. Deze niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen kan op zeer verschillende wijze verklaard worden, naar gelang van het standpunt dat men aanneemt om de regel te begrijpen en te verklaren.

Van uit het standpunt van de schuldenaar die zich door het waardepapier verbindt, wordt diens verbintenis als abstract aangemerkt d.w.z. losgemaakt, geabstraheerd, van de verhouding op grond waarvan het papier werd uitgegeven, zoals een koop, een lening, een kredietopening, of welkdanige andere rechtshandeling die de rechtsgrond of de oorzaak uitmaakte van de schuld met het oog op wier betaling de titel aan de schuldeiser is gegeven.

6. Indien men integendeel uitgaat van het standpunt van de houder, kan vastgesteld worden dat de schuldvordering geïncorporeerd is in de titel.

Het gaat hier helemaal niet over beeldspraak. De onzichtbare schuldvordering is werkelijk gematerialiseerd in een roerende zaak, — het papier, — en zal hierdoor onderworpen zijn aan het regime van de roerenden goederen. Dit wordt zonder enige aarzeling aanvaard met betrekking tot het toonderpapier. Laatstgenoemd waardepapier wordt volledig beheerst door artikel 2279 B.W. en zijn omloop is volledig gelijkgesteld met de verhandeling van roerende goederen (10).

7. Met betrekking tot het orderpapier bestaat een zekere aarzeling (11).

Evenwel wordt hierbij vergeten dat het endossement én de overgave van de titel twee afzonderlijke vereisten zijn die samen moeten vervuld zijn, om de rechten uit het waardepapier over te dragen en om de houder te legitimeren.

Bij het orderpapier is, evenals bij het toonderpapier, de reële overgave van de titel vereist, maar bovendien een aaneensluitende reeks van endossementen, wel begrepen als een formeel, louter uiterlijk ononderbroken keten van endossementen.

Aan dit meerdere, dubbele vereiste, beantwoordt blijkens artikel 16, tweede lid der wisselwet, een grotere bescherming van de houder. Inderdaad, — anders dan tegen de houder van een toonderpapier, bv. na diefstal, — is elke revindicatie uitgesloten ten opzichte van de houder die de wisselbrief te goeder trouw verkregen heeft met de aldus bepaalde ononderbroken reeks endossementen.

Maar, voor het overige, wordt ook het orderpapier volkomen beheerst door de principes die in artikel 2279 B.W. tot uiting komen (12). M.a.w. op de wisselbrief, en op het orderpapier in het algemeen, zijn toepasselijk zowel de processuele functie van het bezit van een roerend goed, — legitimatie van de houder, — als de materiële functie van het bezit, — verkrijging te goeder trouw *a non domino*. Aldus zal de verkrijging van een orderpapier, van een voorganger die valsheid in geschriften pleegde, geldig zijn t.a.v. de schuldenaar, overeenkomstig art. 16 Wisselwet.

Tengevolge van de incorporatie van het recht in het papier wordt de aldus gematerialiseerde schuldvordering volledig geplaatst onder het regime van de bescherming van het rechtmatig vertrouwen, zoals dit tot grondslag dient van artikel 2279 B.W. (13).

8. De incorporatie van het recht in de titel objectiveert de schuldvordering met betrekking tot de legitimatie van de houder (14).

Vooreerst in diens voordeel vermits hij als eigenaar beschouwd wordt op grond van het bezit van het toonderpapier of van het behoorlijk geëndosseerde orderpapier, overeenkomstig artikel 2230 B.W.

Vervolgens ook in het voordeel van de schuldenaar: deze zal bevrijdend betalen wanneer hij te goeder trouw op de vervaldag betaalt aan de houder.

Hierdoor wordt de verhandelbaarheid der waardepapieren verzekerd : *Das Recht aus dem Papier folgt das Recht am Papier...*

9. Vervolgens is de in het papier geïncorporeerde verbintenis in die zin geobjectiveerd, dat haar inhoud bepaald wordt door het papier waarin zij is belichaamd.

In principe zullen, onder voorbehoud van de absolute

verweermiddelen, aan de houder die het papier te goeder trouw verworven heeft, slechts tegenstelbaar zijn de verweermiddelen die uit de titel blijken. De houder zal betaling kunnen vorderen overeenkomstig de termen zelf van het papier, afgezien van alle beperkingen van het recht van zijn voorganger, die niet uit de titel zouden blijken. M.a.w. de houder verkrijgt, bij het nemen van het waardepapier, — hier de wisselbrief, — volgens de Duitse uitdrukking, samen met de titel een recht *nach Massgabe des Papiersinhalts* (15).

Dit juridisch phenomeen wil men onderstrepen wanneer in België en Frankrijk gesproken wordt van « caractère littéral ou scriptural de l'obligation incorporée dans l'effet de commerce » (16).

10. De incorporatie van het recht in het papier impliceert dat de schuldvordering aan derden overgemaakt wordt zoals zij uit de titel blijkt, m.a.w. met niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen gesproten uit de onderliggende verhouding die tot grondslag diende van de uitgifte.

Het gaat hier dus om een zeer belangrijke afwijking van de overigens geldende regel *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.*

Men bemerkt het onmiddellijk, het geldt hier precies dezelfde afwijking als diegene die erkend wordt bij de verkrijging *a non domino* van roerende goederen, op grond van artikel 2279 eerste lid B.W. (17).

11. Abstracte verbintenis van ondertekenaar, of incorporatie van recht in titel, dit zijn dus twee ideeën die, ten aanzien van het recht, het vastgestelde phenomeen der niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen omvatten.

De idee van de incorporatie van het recht in de titel lijkt de meest doelmatige te zijn.

Enerzijds verklaart zij duidelijker de vastgestelde rechtsverschijnselen en nl. :

1) de legitimatie van de houder zelfs wanneer deze *a non domino* heeft verkregen, behoudens zijn kwade trouw;

2) de noodzakelijkheid van het bezit van de titel, opdat de schuldeiser het recht zou kunnen uitoefenen of overdragen, dat in de titel is geïncorporeerd;

3) het recht van de houder om betaling te eisen overeenkomstig de inhoud van de titel.

Deze idee laat verder toe de twee soorten van waardepapieren te omvatten volgens een gebruikelijk onderscheid, enerzijds de concrete waardepapieren, bv. het aandeel aan toonder en de polis aan toonder, en anderzijds de abstracte waardepapieren, bv. de wisselbrief (18).

12. Wanneer men uitgaat van het standpunt van de ondertekenaar van het papier, — die aan de houder te goeder trouw de verweermiddelen niet kan tegenstellen voortspruitend uit de onderliggende verhouding, — wordt, zoals reeds is opgemerkt, zijn verbintenis als abstracte verbintenis aangemerkt. D.w.z. een verbintenis die losgemaakt is, geabstraheerd van haar rechtsgrond (19).

Het zelfde rechtsverschijnsel komt voor in de niet-novatoire delegatieovereenkomst. De verbintenis van de gedelegeerde jegens de delegataris is losgemaakt van haar rechtsgrond die zich bevindt in de provisieverhouding, dit is zijn rechtsbetrekking met de delegant.

Men herinnere zich trouwens dat de delegatie zonder schuldvernieuwing aan de oorsprong ligt van de wisselbrief (20).

De delegatie verklaart de regel van de niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen voor de oorspronkelijke driepartijen-wisselbrief, nl. de geaccepteerde wisselbrief die zich bevindt in handen van de derde-houder aan wiens order hij is uitgegeven.

De wisselbrief beantwoordt, in dat geval, nog aan de oorspronkelijke driepartijen-rechtsverhouding, de delegatieovereenkomst.

De gedelegeerde kan aan de delegataris niet tegenstellen de verweermiddelen geput uit de provisieverhouding, dit is zijn rechtsverhouding tot de delegant (21). Bovendien kan hij evenmin tegenstellen de verweermiddelen geput uit de valutaverhouding, d.w.z. de rechtsverhouding van de delegant tot de delegataris (22).

Het leerstuk der delegatie, waarvan geschreven werd dat zij een nog braakliggend gebied van het Belgisch recht is (23), verklaart volkomen de wisselbrief die zich op dat stadium bevindt. Terecht mag dan ook in de delegatie de natuurlijke inleiding erkend worden tot de studie van de wisselbrief (24).

Welnu, het abstracte karakter van de verbintenis van de gedelegeerde is gesteund op het rechtmatig vertrouwen dat de delegataris mocht hebben in de aangegane belofte. Dit vertrouwen mag niet in het gedrang gebracht worden door verweermiddelen geput uit rechtsbetrekkingen die vreemd zijn aan de rechtsbetrekking tussen de schuldeiser en de schuldenaar (25).

Voorzeker kan de delegatie niet h e e l de wisselbrief verklaren.

Indien, historisch, de wisselbrief een delegatie is geweest, is hij echter tot een zelfstandige rechtsfiguur gedifferencieerd.

Anders dan bij de delegatie, is de wisselschuld geïncorporeerd in een waardepapier. Weldra verdween het vereiste dat drie partijen op de wisselbrief zouden voorkomen.

De wisselbrief kan aldus zonder acceptatie verhandeld worden en zelfs niet-acceptabel verklaard worden. In deze gevallen verduikt de opdracht te betalen, voorkomend op de wisselbrief, de persoonlijke verbintenis van de trekker om zelf te betalen.

De wisselbrief kan aan order van de trekker zelf getrokken worden en in dit geval beschikt de trekker over een wisselvordering tegen de acceptant (26).

13. Hier onthoude men voorlopig slechts dat de abstracte verbintenis van de acceptant tegenover de nemer van de wisselbrief, m.a.w. de niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen spruitend zowel uit de provisie- als uit de valutaverhouding, volledig terug te vinden is in de verbintenis van de gedelegeerde jegens de delegataris.

Hetzelfde phenomeen wordt vastgesteld in de verbintenis van de bankier ter zake van o n h e r r o e p e l i j k k r e d i e t, waarin essentieel een variante van de delegatie erkend mag worden (27), maar die ook voorbestemd is om zich, door een verdere technische regeling, te differenciëren tot een zelfstandige rechtsfiguur.

In mindere mate vindt men deze abstractie terug in de verbintenis van de borg. Deze mag aan de schuldeiser niet tegenstellen de verweermiddelen gesproten uit de provisieverhouding die hem met de hoofdschuldenaar verbindt (28). Maar, anders dan in de delegatie, mag de borg en moet hij zelfs, de reële verweermiddelen tegenstellen die de schuldenaar zou kunnen

opwerpen aan de schuldeiser (29), behoudens het geval waar de borg zich met kennis van deze gebreken verbonden heeft. In dat geval is hij meer dan een borg geworden en wel hoofdschuldenaar, zoals De Page terecht opmerkt (30). Dan is de borg volledig abstract verbonden, en, meer nog, zonder enig later verhaal tegen de gewaarborgde schuldenaar.

Een andere abstracte verbintenis, ten slotte, door de wet geschapen, en die zeer verwant is met de verbintenis van de borg, is de verbintenis van de verzekeraar der verplichte aansprakelijkheidsverzekering van autovoertuigen jegens de slachtoffers van ongevallen (31), met, in dit geval, de mogelijkheid van verhaal tegen de verzekerde.

14. In al deze gevallen wordt als abstract betiteld de verbintenis aangegaan door een persoon, op grond van een voorafbestaande rechtsbetrekking tot een ander persoon (delegant, gewaarborgde hoofdschuldenaar, verzekerde, trekker) ten opzichte van een derde (delegataris, schuldeiser, slachtoffer van een ongeval, houder van een wisselbrief), op zodanige wijze dat de schuldenaar de verweermiddelen niet kan inroepen die gesproten zijn uit de verhouding die hem met de eerste verbindt.

M.a.w. de abstracte verbintenis is de verbintenis om een beloofde prestatie te verrichten, op grondslag van een onderliggende verhouding, waaraan de schuldeiser vreemd is, met niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen uit deze verhouding, en met het recht voor de schuldenaar om zich tegen zijn eerste medecontractant te keren (32).

15. Welnu, — en deze vaststelling is zeer belangrijk, — in al de besproken gevallen onderstelt het bestaan van een abstracte verbintenis, een rechtsverhouding tussen drie partijen.

De schuldeiser in de abstracte verbintenis moet vreemd zijn aan de onderliggende verhouding die, — wat de schuldenaar betreft, — de oorzaak van diens verbintenis uitmaakt.

En zo wordt het probleem gesteld: kan hetzelfde phenomeen van een abstracte verbintenis zich voordoen tussen twee onmiddellijk verbonden partijen (33) ?

16. Het primitieve recht kende abstracte verbintenissen door dewelke de debiteur op vormelijke wijze verbonden was jegens zijn onmiddellijke medecontractant, door de uitsluitende ritus van het contract.

Dit was oorspronkelijk het geval met de Romeinsrechtelijke *stipulatio,* waarin de behoefte aan eenvoud, eigen aan het primitieve recht nog tot uiting kwam (34).

Maar het recht evolueerde, en reeds lang vóór alle decandentie van het Romeinse recht, werd door de praetor *de exceptio doli* ingevoerd, om te voorkomen dat de schuldeiser zich op onrechtmatige wijze zou verrijken ten koste van degene die zich verbonden had zonder *iusta causa promittendi* (35).

17. In verband met het besproken vraagstuk, wordt in de moderne rechtsleer algemeen een uiterst belangrijk onderscheid gemaakt dat, op merkwaardige wijze, als het ware systematisch, miskend wordt in België: het onderscheid tussen, enerzijds de formele abstractie, die de omkering van de bewijslast betekent, en, daartegenover, de materiële abstractie, die de niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen betekent. Laatstgenoemde materiële abstractie bestaat slechts voor de bescherming van de belangen van derden (36).

18. De materiële abstractie onderstelt altijd een onderliggende verhouding, provisieverhouding (*Deckungsbeziehung*) genoemd, met een andere partij dan de schuldeiser tegenover wie de schuldenaar abstract verbonden is.

Dergelijke abstractie bestaat slechts voor de bescherming van derden die vreemd zijn aan de onderliggende verhouding, nl. de verwijderde partijen, zoals de delegataris, de schuldeiser tegenover de borg, het slachtoffer tegenover de aansprakelijkheidsverzekeraar, de derde houder ten opzichte van de schuldenaar van de wisselbrief (37).

19. In het moderne recht is er tussen de onmiddellijk verbonden partijen slechts plaats voor formele abstractie, die ook processuele abstractie of bewijsabstractie genoemd wordt. Deze abstractie behelst geenszins de niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen. Zij ontlast de schuldeiser van elke aanvoeringslast en elke bewijslast, andere dan betreffende de ingeroepen betalingsbelofte. De formeel abstracte betalingsbelofte maakt aldus een voldoende grondslag uit voor de eis, en op de verweerder rust de bewijslast dat hij zonder rechtsgrond verbonden was of dat de rechtsgrond van zijn verbintenis verdwenen is.

Dit is het geval met de schuldebekentenis zonder vermelding van rechtsgrond die geldig verklaard wordt in artikel 1132 B.W. en nagenoeg in alle West-Europese rechten, met een voorbehoud voor het Nederlandse (1372 Ned. B.W.), met dezelfde gevolgen gekend is (38).

20. In het moderne Europese recht wordt de materiële abstractie tussen onmiddellijk verbonden partijen algemeen uitgesloten (39).

De Page heeft de materieel abstracte verbintenis tussen onmiddellijk verbonden partijen willen verantwoorden met beroep op de wilsautonomie; het zou de partijen vrijstaan, zoniet de oorzaak van de verbintenis uit te schakelen, dan toch te bedingen het verhaal wegens ontbreken van rechtsgrond, tot na een voorafgaande betaling uit te stellen (*postposer le recours*).

M.a.w. de schuldeiser zou vooraf betaling mogen vragen, waarbij de schuldenaar hem geen verweermiddelen mag tegenstellen geput uit de betrekking die tot zijn abstracte verbintenis aanleiding gegeven heeft (40).

Dergelijke poging is reeds meer dan een eeuw oud. Zij werd nl. in Duitsland gedaan door Bähr, op een ogenblik dat het Duitse recht nog geen passende regeling had voor de *cautio indiscreta,* d.i. de betalingsbelofte zonder vermelding van rechtsgrond, en zulks op een ogenblik waarop de geldigheid van dergelijke betalingsbelofte reeds vijftig jaar vroeger in de *Code civil* was erkend.

Het systeem van Bähr leidde tot de regeling van de *Schuldanerkenntnis* in het B.G.B., die terecht gegispt werd als een « unnötiger und komplizierter Umweg » (41).

Nu deze moeilijkheid opgelost is, verklaart de moderne doctrine eenstemmig dat de wilsautonomie niet volstaat om tussen onmiddellijk verbonden partijen een materieel abstracte verbintenis te scheppen.

Larenz schrijft op treffende wijze : « Otto Bähr, hat

es sich doch wohl etwas zu leicht gemacht, wenn er glaubte, sie einfach aus dem Grundsatz der Privatautonomie, « der freien Bewegung des Willens » als dem « Grundprinzip des heutigen Obligationenrechts » ableiten zu können. Auch die rechtsgeschäftliche Privatautonomie bedarf, wie jeder Rechtsgrundsatz, derjenigen Einschränkungen, die durch den materiellen Inhalt der Rechtsidee, zur Verhütung vor allen eines Rechtsmissbrauchs, gefordert sind» (42).

Met De Grooth mag aanvaard worden dat de constructies van de abstractie op de wil van de partijen, — de zogenaamde subjectieve theorieën, — onhoudbaar zijn « zij allen maken zich schuldig aan overschatting van de wil der partijen ». Tussen causaal verbonden partijen blijven de verweermiddelen tegenstelbaar.

« De materiële abstractie is een gevolg van de eisen van het rechtsverkeer, dat derden moeten en mogen kunnen afgaan op datgene dat in order- of toonderpapier vermeld staat » (43).

Het moderne rechtsgevoel aanvaardt niet meer dat de partijen de macht van de rechter in het gedrang zou brengen om met kennis van zaken, werkelijk recht te spreken (44).

Op dit gebied, evenals in elk ander leerstuk, is het niet aangewezen de loop der geschiedenis te willen keren.

De Romeinse praetor had reeds *de exceptio doli* uitgevonden om de onrechtvaardigheden te voorkomen waartoe de abstracte verbintenis van het oude recht aanleiding gaf. Waar de schuldenaar een verhaalsrecht bezat tegen de schuldeiser, eist de rechtsorde dat hij zich ook zou kunnen verweren : « Sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere » (Gaius, VI, 116).

Dit betekent helemaal niet, zoals De Page het beweert, dat men de kwade trouw van de schuldeisers gaat vermoeden. Het tegendeel is waar : de formele abstractie, met omkering van de bewijslast, is precies het tegenovergestelde van dergelijk vermoeden en verschaft hierdoor aan de schuldeiser een niet te miskennen voordeel.

21. De Page heeft, zoals opgemerkt is, getracht de abstracte verbintenis te kenmerken door de techniek van hetgeen hij noemt « le recours postposé », het uitgestelde verhaal.

De juistheid en de doeltreffendheid van deze theorie dienen ten zeerste betwijfeld te worden.

Inderdaad moet, in de eigenlijke (materieel) abstracte verbintenis, het verhaal van de schuldenaar (de zogenaamde *Revallierungsklage* van de acceptant) uitgeoefend worden tegen een ander persoon dan de schuldeiser, maar dit verhaalsrecht moet niet noodzakelijk later uitgeoefend worden.

Er is helemaal geen spraak van *recours postposé*, wanneer de borg luidens artikel 2032 B.W., zijn verhaal tegen de gewaarborgde schuldenaar mag uitoefenen vooraleer hij betaalde. Hetzelfde wordt algemeen aanvaard voor de gedelegeerde ten aanzien van zijn delegant (45).

Ter zake van verplichte aansprakelijkheidsverzekering beschikt de verzekeraar eveneens over een verhaalsrecht tegen de verzekerde overeenkomstig artikel 11, tweede lid van de wet van 11 juli 1956 en dit verhaal kan ingesteld worden vóór alle betaling b.v. door de verzekerde tot vrijwaring te dagvaarden (46).

A fortiori zal de schuldenaar niet vooraf moeten betalen aan zijn schuldeiser met wie hij onmiddellijk verbonden is in de onderliggende verhouding.

Het is opvallend op te merken hoe De Page onbewust een systeem uitbouwt dat ons volkomen terugvoert naar het oude canonieke recht, voor hetwelk hij nochtans een grote eerbied blijkt te koesteren.

In het oude canonieke recht was aan de eed een functie toebedeeld die zeer verwant was met de romeinsrechtelijke *stipulatio*. Dit was het geval met de eed om een verbintenis te doen ontstaan of om een bestaande verbintenis te bevestigen, het zogenaamde *iuramentum promissorium* (47).

Welnu, volgens het oude Canonieke recht moest de schuldenaar, die, in strijd met het woekerverbod, maar onder eed, intresten beloofde, eerst de intresten betalen; nadien moest de schuldeiser veroordeeld worden om te restitueren. Ihering merkt op dat dergelijke procedure werd afgeschaft op grond van een meer verfijnd rechtsgevoel (48).

Het ware inderdaad strijdig met de goede trouw dat de schuldeiser, op grond van een abstracte titel, zou kunnen verkrijgen wat de onderliggende overeenkomst, waarin hij partij is, hem niet toekent (49).

22. De, in materiële zin, abstracte verbintenis, — m.a.w. de verbintenis met niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen geput uit de grondverhouding, — is niet het gevolg van de wilsautonomie, die trouwens in het moderne recht haar almacht heeft ingeboet. Nochtans tracht De Page bij zijn analyse van de juridische structuur van de abstracte verbintenis, de abstractie van de verbintenis, voortspruitend uit de acceptatie van een wisselbrief, te verklaren door een interpretatie van de wil der partijen. De acceptatie zou een stilzwijgend beding onderstellen waardoor tussen trekker en betrokkene overeengekomen wordt « de postposer le recours sur la base du rapport fondamental », na de betaling van de wisselbrief.

Dit zou een beding zijn gelijkaardig aan het ontbindend beding, dat luidens artikel 1184 B.W. in elke wederkerige overeenkomst ondersteld is (50).

M.a.w. volgens deze stelling, zou de abstracte verbintenis van de acceptant niet gesteund zijn op de wet, maar op de wil der partijen. En dit is zodanig waar dat in het systeem van De Page, het de partijen mogelijk zou zijn de uit de acceptatie voortspruitende abstractie uit te sluiten, nl. in het geval waarin de acceptatie de schuldvernieuwing van de vroegere verbintenis zou medebrengen.

In dat geval zouden, volgens De Page, de verweermiddelen van de oude schuld verdwijnen door de werking van de schuldvernieuwing. Maar vanaf de vervaldag zou het niet bestaan van de genoveerde schuld wel kunnen tegengesteld worden, vermits, steeds volgens De Page, de schuldvernieuwing het beding van uitstel van verhaal uitsluit (51).

Uit dit alles volgt dat, ten langen laatste, de abstractie door De Page gepreconiseerd, uitsluitend bestaat in het ondersteld beding om het verhaal op grond van de onderliggende rechtsbetrekking uit te stellen tot na een voorafgaande betaling.

Men zal onmiddellijk bemerken dat deze oplossing het hele probleem opnieuw ter sprake brengt, vermits zij aan de schuldenaar uiteraard toelaat te bewijzen dat de partijen, op het ogenblik der acceptatie, de beweerde overeenkomst niet hebben gesloten om het verhaalsrecht tot na de betaling te postponeren.

Maar moet men bij dit alles nog herhalen dat de wil om zich te verbinden zonder enig verband met de rechtsgrond, een loutere fictie uitmaakt (51*bis*) ?

De grondslag van de nieuwe verbintenis van de acceptant jegens de trekker, — abstracte verbintenis

in formele zin, — is zijn gelijktijdig aangegane of voorafbestaande schuld jegens de trekker, waarvan men de betaling wil regelen of de mobilisatie wil mogelijk maken. Tussen twee onmiddellijk verbonden partijen, — trekker en acceptant, — blijven de twee verbintenissen onherroepelijk verbonden. Vooreerst in die zin, dat de betaling van de ene ook bevrijdt van de andere. Vervolgens ook omdat de schuldenaar van de formeel abstracte verbintenis, alle verweermiddelen kan tegenstellen geput uit de onderliggende verhouding; maar het bewijs van deze verweermiddelen rust op de schuldenaar.

De niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen, — aan dewelke de partijen meestal helemaal niet denken noch hoeven te denken bij het aangaan van een wisselschuld, — is niet het gevolg van de wil van de ondertekenaar. Zij is gesteund op de noodzakelijkheid om het rechtmatig vertrouwen van derden te beschermen (52).

De beroemde Zwitserse jurist Simonius heeft dit duidelijk geschreven. De regel van de niet-tegenstelbaarheid der verweermiddelen wordt door hem verklaard op grond van de leer van het rechtmatig vertrouwen (*das Vertrauensprinzip, le principe de la confiance*). Welnu het ware strijdig met dit principe, dat de schuldenaar de verweermiddelen uit de onderliggende verhouding zou verzaken jegens de schuldeiser die daarin ook partij was. De regel is slechts toepasselijk ten opzichte van derden die aan de onderliggende verhouding vreemd zijn (53).

23. Men zal reeds opgemerkt hebben dat dit principe van rechtmatig vertrouwen ons terugvoert naar de dubbele regel die in artikel 2279 B.W. ligt besloten (54).

Het bezit heeft slechts een materiële functie ten opzichte van derden die het roerend goed verkregen hebben, terwijl zij zich te goeder trouw steunden op de schijn die toerekenbaar was aan de *verus dominus*.

Integendeel, tussen onmiddellijk verbonden partijen, — dit zijn de beweerde eigenaar en degene die de zaak rechtstreeks van hem verkreeg, — heeft het bezit niets anders dan een processuele of formele functie, nl. het vermoeden van een rechtsgeldige titel van verkrijging, tot tegenbewijs (55).

Het zelfde geldt nu voor degene die te goeder trouw een waardepapier verkrijgt, dit is het papier, roerende zaak, in hetwelk een schuldvordering is geïncorporeerd. Vreemd aan de onderliggende verhouding, hoeft de verkrijger er de gebreken niet van te kennen, maar mag hij veilig afgaan op het recht, zoals het uit de titel blijkt (materiële abstractie).

Integendeel zal voor de nemer van de titel die partij is in de onderliggende verhouding, de titel slechts voorlopig volstaan; de schuldenaar draagt de aanvoeringslast en de bewijslast van de verweermiddelen die uit de onderliggende verhouding geput worden (formele abstractie).

24. Dit fundamentele onderscheid tussen formele abstractie en materiële abstractie, tussen onmiddellijk en verwijderde partijen, verschaft een oplossing aan het Belgische probleem betreffende de vordering van de trekker tegenover de acceptant, op grond van artikel 28 der eenvormige wisselwet, en van de aanvullende Belgische bepaling van artikel 85.

In een juiste systematiek zou dit onderzoek moeten gericht zijn op het abstracte karakter van elke wisselverbintenis, m.a.w. van elke verbintenis van om het even welke schuldenaar uit de wisselbrief, jegens de onmiddellijke nemer. Er zou dan ook geen onderscheid moeten gemaakt worden tussen de toestand van de trekker jegens de eerste nemer enerzijds, en de toestand van de acceptant jegens de trekker anderzijds. Nochtans is in Blgië het probleem enigszins anders gesteld, wat dit laatste geval betreft, ten gevolge van de heersende interpretatie van artikel 85 der Belgische wet, waardoor artikel 28 der eenvormige wet werd aangevuld.

Daarom is dit onderzoek beperkt tot de abstractie van de verbintenis van de acceptant jegens de trekker (56).

25. De acceptatie van een wisselbrief heeft het karakter van een rechtshandeling die men met Meijers mag betitelen als overal-contract, d.w.z. een rechtshandeling die kan dienen om de meest verschillende doelen te verwezenlijken. De acceptatie kan nl. gegeven worden volgens het klassieke onderscheid *causa credendi, causa donandi* of *causa solvendi*.

Laat ons bij het meest normale geval stilhouden, nl. de acceptatie verleend met het oog op de betaling van een reeds bestaande of gelijktijdig aangegane schuld.

Hierbij kunnen twee verschillende hypotheses voorkomen. De acceptatie kan novatoir zijn, m.a.w. de vroeger bestaande verbintenis uitdoven, indien de partijen duidelijk de oude verbintenis door een nieuwe wisselschuld hebben willen vervangen.

Men weet dat deze hypothese slechts in schaarse gevallen voorkomt, bv. wanneer een wisselbrief geaccepteerd wordt tot betaling van een saldo van verschillende schuldvorderingen, waarvan titels en afrekeningen bij de acceptatie werden vernietigd (57).

In dit uitzonderlijk geval van schuldvernieuwende acceptatie zullen de verweermiddelen uit de vroegere schuldvordering uitgedoofd zijn door de werking van de schuldvernieuwing. In dat geval kan zonder betwisting het verweermiddel opgeworpen worden dat de genoveerde schuld niet bestond. Dit wordt ook door De Page erkend (58).

26. De eenvormige wet op de wisselbrief regelt niet de kwestie van de invloed van de wisselschuld op de onderliggende verhouding. Artikel 16 van Annexe II van het Verdrag van Genève liet deze vraag over aan de nationale wetgevers. Nochtans bestaat er eensgezindheid om te aanvaarden dat het aangaan van een wisselschuld, in het algemeen, geen schuldvernieuwing ten gevolge heeft.

Deze traditionele opvatting wordt in België, Frankrijk en Nederland gesteund op de algemene regel van artikel 1273 B.W., luidens dewelke de schuldvernieuwing niet wordt voorondersteld (59).

In Zwitserland werd dit uitdrukkelijk bepaald in artikel 116 Obligationenrecht met betrekking tot het aangaan van een wisselschuld.

In Italië werd dit in art. 66 wisselwet bepaald. In Duitsland tenslotte wordt een gelijke oplossing vastgehecht aan § 364 B.G.B., luidens hetwelk bij twijfel, de nieuwe verbintenis aangegaan werd *Erfüllungshalber* en niet *an Erfüllungs statt*.

27. Uit dit gelijktijdig naast elkander voortbestaan van de wisselverbintenis en de oorspronkelijke verbintenis, met het oog op wier betaling de wisselbrief getrokken werd, spruit een zeer belangrijk gevolg, nl. de cumulatie of samenloop van verbintenissen : tussen de trekker en de acceptant,

een samenloop van de onderliggende verbintenis met de wisselverbintenis.

Het begrip der cumulatie van verbintenissen is bij mijn weten in België niet bestudeerd.

Men vindt het beter uitgewerkt in de Nederlandse en Zwitserse rechtsleer.

Er bestaat cumulatie van verbintenissen wanneer tussen twee zelfde partijen twee schulden in gelijke richting bestaan, die beide, geheel of ten dele, het zelfde voorwerp hebben en tussen dewelke een dusdanig verband bestaat, dat de betaling van de ene ook de andere uitdooft, in de mate van de betaling (60).

Het valt sommigen moeilijk dit phenomeen van cumulatie der verbintenissen te aanvaarden (61).

Meijers haalt in dit verband het gezegde van een oud jurist aan « pauci intellexerunt » (62).

Toch is het phenomeen reeds van oudsher bekend en o.m. te Rome in het *constitutum debiti,* dat in menig opzicht kan beschouwd worden als de voorloper van dit aspect van de wisselbrief (63).

28. De problemen die uit de cumulatie van verbintenissen ontstaan zijn vrij ingewikkeld.

Met betrekking tot het hier behandelde vraagstuk kan thans niet ingegaan op de moeilijke, maar even interessante vraagstukken van de invloed van het ontstaan, het bestaan en de uitdoving van de wisselschuld op de onderliggende schuld. Deze problematiek werd bewust buiten het kader van de eenvormige wet behouden door artikel 16 van Annexe 11 van het Verdrag en aldus aan het nationale recht voorbehouden.

Slechts de voornaamste problemen kunnen hier aangestipt worden : het al dan niet novatoir karakter van de wisselverbintenis ; het teruggrijpen naar de onderliggende schuldvordering vóór of na de vervaldag van de wisselbrief : de invloed van het verval van de nalatige houder op zijn onderliggende schuldvordering ; de invloed van de verjaring van de wisselvordering op de causale rechtsvordering...

29. In verband met de hier behandelde vraag moet echter onderzocht worden welke de invloed is van de onderliggende verbintenis op de wisselverbintenis. M.a.w. in welke mate mag de wisselschuldenaar aan de schuldeiser, met wie hij onmiddellijk verbonden was en blijft, de verweermiddelen tegenstellen die hij kan putten uit de onderliggende verbintenis. M.a.w. moet de maat van de abstractie van de wisselverbintenis bepaald worden, buiten het uitzonderlijke geval waar de wisselverbintenis met schuldvernieuwing zou zijn aangegaan.

30. Er weze vooraf met nadruk aan herinnerd, teneinde alle verwarring te vermijden, dat, ten opzichte van de derde houder, die vreemd is aan de onderliggende verhouding, de wisselschuldenaar geen verweermiddelen zal mogen tegenstellen die hij daaruit kan putten, tenzij de houder bij de verkrijging van de wisselbrief wetens ten zijnen nadele had gehandeld. Dit is de regel van de niet tegenstelbaarheid der verweermiddelen zoals hij in artikel 17 der E.W. is geformuleerd en ook hernomen werd in artikel 10 (met een variante wat het goede trouw vereiste betreft), en in de artikelen 18 en 19.

Deze regel onderstelt de materiële abstractie van de wisselverbintenis jegens de derde houder te goeder trouw. De eenvormige wet heeft, althans op rechtstreekse wijze, de verhoudingen niet geregeld tussen de onmiddellijk verbonden partijen, maar er zal blijken dat deze aangelegenheid weliswaar op een onrechtstreekse, doch niet minder zekere wijze is geregeld, zoals dit a contrario uit voormelde artikelen spruit : tussen de onmiddellijk verbonden partijen blijven de verweermiddelen geput uit de onderliggende verhouding tegenstelbaar.

31. Nochtans wordt in de heersende Belgische rechtspraak en rechtsleer, — onder voorwendsel van trouw aan de opvattingen die tot het Verdrag van Genève geleid hebben, — voorgehouden dat de verbintenis van de acceptant jegens de trekker een abstracte verbintenis zou zijn in materiële zin. M.a.w. dat, ook staande tegenover de trekker, de acceptant zou verbonden zijn met niet tegenstelbaarheid van verweermiddelen.

Het is eigenaardig na te gaan welke de oorsprong is van deze theorie, door dewelke het Belgisch recht onder voorwendsel van trouw aan, volledig indruist tegen de eenvormige wet, zoals die jarenlang, vóór ze in de Belgische wet werd opgenomen, in de naburige landen werd ingevoerd en verklaard.

32. Men moet teruggaan tot het werk van Fontaine, wiens doctrine een zeer grote invloed had uitgeoefend op het Belgische wisselrecht onder de wet van 1872, tot aan de invoering der eenvormige wet.

De Belgische wisselwet van 1872 had definitief de oude opvatting van de *Code de commerce* verworpen, waarin nog het stelsel van het *contrat de change* gehuldigd was.

Uit de wisselwet van 1872 volgde o.m. dat de wisselbrief als dusdanig geldig was wanneer hij getrokken was aan order van de trekker zelf en zulks vóór elk endossement (64).

Nochtans bleven betwistingen voorkomen, voornamelijk onder invloed van het Franse recht. Volkomen terecht heeft Fontaine de opvatting verdedigd volgens dewelke de wisselbrief geldig was en een voldoende grondslag bood voor de wisselvordering van de trekker tegen de acceptant. Maar deze auteur had ongelijk, wanneer hij zijn juiste stelling op een onjuiste of ondoelmatige constructie deed steunen, constructie waarvan de draagwijdte veel verder reikt dan de bedoelde oplossing. Hij nam nl. a priori als uitgangspunt de volledige gelijkstelling tussen de trekker en de derde houder van de wisselbrief (65).

In dergelijk stelsel moet de wisselbrief, zelfs tussen trekker en acceptant, dienst doen als handelsmunt en elke verwijzing naar een driepartijen rechtsverhouding om de wisselbrief te verklaren zou uit den boze zijn (o.c. nr 52).

Deze opvatting brengt er de auteur toe op systematische wijze de verschillen te ontwijken tussen de onmiddellijk verbonden partijen en de verwijderde partijen. Terwijl hij beweert te mogen steunen op de Duitse doctrine en met name op het werk van Einert, huldigt Fontaine de theorie van de eenzijdige wilsverklaring, — die geen ontvangst behoeft, — ter verantwoording en verklaring van het zogenaamde monetair karakter van de acceptatie. Aldus zou de acceptant, aangesproken tot betaling, zelfs door de trekker, in principe moeten veroordeeld worden, onder voorbehoud van, nadien, in een afzonderlijk rechtsgeding, wat hij betaald heeft, terug te vorderen tegen de trekker. Deze rechtsvordering bestempelt hij als action en règlement de comptes (66).

Men merke op hoe deze stelling zich beroept op de

rechtsvergelijking, of juister wellicht op het buitenlandse recht. In hoofdorde schrijft zij haar oorsprong toe aan de Duitse auteur Einert die, — het mag onderstreept worden, — in 1839 schreef, dus nog vóór de invoering van de Duitse Wechselordnung van 1848.

Deze stelling miskent op een opvallende wijze een reeds lang bestaand onderscheid in de rechtsvergelijking tussen de materiële abstractie en de formele abstractie.

33. Op de vooravond van de invoering van de eenvormige wet in België heeft dhr Piret, — zonder echter veel weerklank te vinden, — nog de aandacht gevestigd op het fundamentele onderscheid tussen de onmiddellijke en de verwijderde partijen. Zijn bijdrage blijft heden ten dage haar volledig gezag bewaren (67).

34. Nu komt men tot de eigenaardige vaststelling dat de door Fontaine uitgewerkte theorie, tot grondslag heeft gediend van beschouwingen die uitgedrukt werden tijdens de parlementaire voorbereiding van de huidige wisselwet, voornamelijk in het Senaatsverslag, waarin herhaald verwezen wordt naar Fontaine. In deze samenhang verklaart het verslag dat, zelfs tussen trekker en acceptant, de wisselbrief als handelsmunt moet gelden, waaruit volgen zou dat de acceptant dient veroordeeld te worden afgezien van de vraag of hij al dan niet schuldenaar is, en zulks omdat zijn verbintenis zou voortspruiten uit een eenzijdige wilsverklaring (68).

Dergelijke opvatting zou de draagwijdte bepalen van artikel 28 der eenvormige wet, die door een Belgische bepaling aangevuld werd in artikel 85.

35. Met beroep op de parlementaire werken of althans op voormeld Senaatsverslag, hebben de meeste Belgische auteurs, daarin gevolgd door verschillende rechtbanken van koophandel, de artikelen 28 en 85 samen verklaard en toegepast in de zin van Fontaine.

Men laat gelden dat de Belgische wetgever zijn voorkeur zou gehecht hebben aan de theorie van de eenzijdige wilsverklaring, waardoor de acceptant zou verbonden zijn in een verbintenis met monetair karakter, volledig, d.i. materieel, abstract (69).

En dit systeem brengt mede dat, in principe, zelfs staande tegenover de trekker, de acceptant zonder enig verweer, zou dienen veroordeeld te worden.

36. In dit stelsel zou, — behoudens de verder aan te duiden uitzonderingen, — de acceptant slechts één enkel verweermiddel mogen opwerpen, nl. zijn bevrijding van de wisselschuld.

Naast de eigenlijke betaling zou hij dus slechts mogen aanvoeren en bewijzen : de wettelijke schuldvergelijking, de schuldvermenging en de kwijtschelding van schuld die, zoals de betaling, de bevrijding van de wisselschuld medebrengt en, in die zin, zijn uitsluitend verweer uitmaken (70).

Integendeel zou de gerechtelijke schuldvergelijking die een wedereis onderstelt waarvan het onderzoek een uitstel zou medebrengen, moeten uitgesloten worden.

Om de gerechtelijke schuldvergelijking uit te sluiten werd zelfs eens beroep gedaan op de niet-ontvankelijkheid van de wedereis op grond van artikel 37 der Bevoegdheidswet (71).

Is dit geen verwarring tussen wedereis en eigenlijk verweer ?

Wanneer de wisselschuldenaar aangesproken door de onmiddellijke nemer, de verweermiddelen opwerpt die hij put in de onderliggende verhouding, verdedigt hij zich ten gronde, m.a.w. vraagt hij gehele of gedeeltelijke afwijzing van de eis. Integendeel stelt de eiser op wedereis een incidentele eis in, die gevoegd wordt bij zijn verdediging of die er zelfs volledig onafhankelijk van is.

De wedereis onderstelt twee verschillende schulden en wel wederkerige schulden. Hij strekt er toe tegenover de hoofdeiser een recht te doen erkennen dat als grondslag zou kunnen dienen van een afzonderlijke eis (72).

Daarentegen onderstelt het verweer van de acceptant geenszins een wedereis. Hij laat inderdaad tegenover de trekker geen enkel vorderingsrecht gelden, maar hij beperkt er zich toe de hoofdeis te bestrijden door te betwisten dat hij het bedrag van de wisselbrief verschuldigd is en nl. door aan deze eis verweermiddelen tegen te stellen die hij put uit de onderliggende verhouding.

Bovendien beperkt artikel 37 der bevoegdheidswet niet de ontvankelijkheid van wedereisen tot de gevallen waar zij spruiten uit het contract of het feit dat als grondslag dient van de hoofdeis. Dit artikel bevat sedert zijn wijziging een uitbreiding van de bevoegdheid. Overigens is het evident dat de wedereis ontvankelijk is wanneer hij tot de bevoegdheid behoort van de rechtbank die nopens de hoofdeis bevoegd is (73).

Een wedereis van de wisselschuldenaar tegen de houder, strekkend tot terugbetaling van hetgeen hij krachtens de wisselbrief moet betalen wanneer dit strijdig is met de onderlinggende overeenkomst, heeft werkelijk geen zin.

Dit werd duidelijk beslist door het Hof van Beroep te Brussel in een arrest van 25 november 1959 (J.T., 1960, 358), terzake van regresvordering tegen de trekker van een wisselbrief die laat gelden dat tussen de houder en hem bedongen was dat de houder zijn regres tegen de trekker verzaakte.

Volgens het Hof is er tegenstrijdigheid tussen de vaststelling van de geldigheid van het beding enerzijds en het gegrond verklaren van hoofd- en wedereis anderzijds.

Wanneer dit beding geldig is, wat niet betwist werd, is de hoofdeis niet ontvankelijk, aldus het Hof, en moet hij afgewezen worden.

Tezelfdertijd is de wedereis zonder voorwerp en ongegrond. Zoals opgemerkt werd is het probleem der abstracte verbintenis niet anders in de verhouding acceptant-tegenover trekker als in verhouding trekker (regresschuldenaar) tegenover de nemer van de wisselbrief (zie boven nr 24).

37. Twee temperingen komen de strakke stellingname verzachten, die heden ten dage nog als heersend moet beschouwd worden. De eerste tempering is trouwens niet algemeen aanvaard. Volgens zekere auteurs zou de abstractie niet absoluut zijn, maar zou de acceptant aan de veroordeling kunnen ontsnappen indien hij op staande voet kan aantonen dat hij niets verschuldigd is uit de onderliggende verhouding. In dat geval zou er aanleiding bestaan tot schuldvergelijking op wedereis van de acceptant. M.a.w. hoofdeis en wedereis doen dan elkaar te niet (74).

Maar voor zover zijn verweer enig onderzoek zou vereisen, waardoor het vonnis kan uitgesteld worden, zou hij vooraf dienen veroordeeld te worden, onder

voorbehoud van een later in te stellen eis tot terugbetaling (*action en règlement de comptes*).

Dit is het stelsel van Fredericq dat door zekere rechtspraak gevolgd wordt (75).

Anderen, en nl. De Page, verwerpen zelfs deze mogelijkheid.

38. Een tweede beperking, die ditmaal eenstemmig aanvaard wordt, betreft de tegenstelbaarheid van de ongeoorloofde of onzedelijke oorzaak.

Inderdaad, mocht de uitvoering van de verbintenis vooraf afgedwongen worden, dan zou de acceptant, nadien, in zijn terugvordering niet alleen gevaar lopen dat hij in zijn verhaalsrecht tegen een onvermogende trekker zou komen te staan, maar bovendien zou deze eis tot terugbetaling niet ontvankelijk zijn op grond van de rechtspreuk *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* (77).

Deze stelling steunt op billijke gronden, — niemand zal het betwisten, — maar ze blijkt moeilijk overeen te brengen met de opvatting der abstractie die ondersteld wordt in de heersende stelling (78).

39. Blijven vanzelfsprekend tegenstelbaar alle absolute verweermiddelen die ook kunnen ingeroepen worden tegen de derde houder, zoals de onbekwaamheid van de wisselschuldenaar en de zichtbare gebreken van de titel.

40. In dit verband zou een onderzoek moeten gewijd worden aan de invloed van de vermelding van het fonds tot betalen op de zogenaamde genormaliseerde wisselbrief.

Het vraagstuk is geenszins nieuw, maar werd terug scherp gesteld doordat de nationale bank het gebruik van de genormaliseerde wisselbrief oplegt met het oog op herdiscontering aan bankiers en hun cliënten.

Men weet dat deze formule de vermelding voorschrijft van de provisie of het fonds tot betalen onder de onjuiste benaming «valeur fournie... waarde getrokken in vertegenwoordiging van... » (79).

Een onderscheid dient hierbij gemaakt te worden.

Vooreerst kan het geval onderzocht worden waar de betaling van de wisselbrief gevorderd wordt door de derde houder. Hierbij moet vermeden worden de loutere vermelding der provisie overeenkomstig het formulier te verwarren met een eigenlijke verwijzing naar de onderliggende schuldvordering, waardoor, blijkens de titel zelf, de wisselschuld zou aangegaan zijn afhankelijk van de onderliggende schuldvordering. In dit laatste geval ware de wisselbrief nietig als wisselbrief omdat hij de onvoorwaardelijke opdracht te betalen voorgeschreven door artikel 1, 2°, niet bevat (80).

Dit ware het geval met een wisselbrief getrokken tot betaling van een maand huishuur (81).

Dit zou eveneens het geval zijn bij de trekking van een wisselbrief tot het betalen van een bepaalde som in uitvoering van een overeenkomst op de wisselbrief vermeld met verwijzing naar een brief (82).

Integendeel komt het voor dat de loutere vermelding van het fonds tot betalen op de wisselbrief, zonder dat de wisselschuld daarvan afhankelijk gesteld wordt in principe, als overtollige vermelding, geen invloed uitoefent op de geldigheid van de titel (83).

Weliswaar kunnen hierdoor steeds opnieuw betwistingen oprijzen, vermits het aan de feitenrechter behoort op soevereine wijze de draagwijdte vast te stellen van het provisiebeding op de wisselbrief aangebracht (84).

De toestand is enigszins verschillend wanneer het gaat over de rechtsverhouding van de trekker tegenover de betrokkene-acceptant.

In de hier verdedigde opvatting mag de acceptant, in overeenstemming met de eenvormige wet, altijd aan de trekker verweermiddelen tegenstellen, die hij uit de onderliggende verhouding kan putten. Met betrekking daartoe is de vermelding van het fonds helemaal overbodig.

Nochtans zal in het stelsel, dat heden ten dage in België nog voor de rechtbanken overheersend is, deze vermelding een werkelijk belang kunnen hebben. Er werd immers gevonnist dat, uit de vermelding van het fonds, voor de acceptant het recht zou voortspruiten om aan de trekker de verweermiddelen tegen te stellen die hij put uit de onderliggende verhouding (85).

In de verhouding van de trekker tot de betrokkene-acceptant schept de vermelding der provisie geenszins de mogelijkheid voor de betrokkene om de verweermiddelen uit de onderliggende overeenkomst tegen te stellen, maar vergemakkelijkt zij dit verweer. Inderdaad volgt uit de vermelding van provisie uiteraard dat de betrokkene ontslagen is van de aanvoerings- en bewijslast nopens het verband tussen de wisselbrief en die wel bepaalde onderliggende overeenkomst.

41. De thans heersende stelling gaf aanleiding tot kritiek. Aan Leon Dabin komt de verdienste toe dat hij de eerste duidelijk aantoonde hoezeer het Belgisch recht door dergelijke doctrine afwijkt van het stelsel der eenvormige wet (86).

42. Het is hier niet de plaats om in te gaan op het dispuut nopens de verschillende wisseltheorieën, die er toe strekken het wisselrecht te verklaren en voornamelijk de oorsprong en de grondslag te bepalen van de verbintenis van de ondertekenaar van een wisselbrief.

Rond het midden van de vorige eeuw zowel vóór als na de unificatie van het wisselrecht in Duitsland, konden talrijke theorieën gegroepeerd worden rondom twee polen : enerzijds de theorie van het contract tussen gever en nemer van de wisselbrief, en, anderzijds, de theorie van de eenzijdige wilsverklaring (87).

43. Men heeft in België beweerd en men beweert het doorgaans nog, dat het systeem der eenvormige wisselwet, voornamelijk met betrekking tot de acceptatie, zou gesteund zijn op de theorie van de eenzijdige wilsverklaring of, althans, dat de wetgever zijn voorkeur voor deze theorie tot uiting zou gebracht hebben (88).

Welnu de Duitse theorie van de eenzijdige wilsverklaring (*Kreationstheorie* of *Ausfertigungstheorie*) die door Fontaine was hernomen, strekte er toe een verklaring uit te denken voor de wisselverbintenis die ontstond uit de loutere ondertekening van de titel, zonder dat deze in handen moest gekomen zijn van een schuldeiser. De *Skripturakt,* waarin de creatie van de titel bestond, werd beschouwd als een eenzijdige rechtshandeling die geen bestemmeling behoefde : *ein Einseitiger, nicht empfängbedürftiges Rechtsgeschäft.*

Deze theorie kende tijdens de vorige eeuw een groot succes in Duitsland. Zij was ongetwijfeld overheersend op het ogenblik waarop het Duitse B.G.B. tot stand kwam, meer bepaald in verband met § 794 B.G.B. Met betrekking tot het wisselrecht werd zij ingeroepen als grondslag van artikel 21 der Wechselordnung van 1848,

volgens dewelke de verbintenis van de acceptant uit zijn loutere ondertekening ontstond.

In België kon deze theorie ook inderdaad een verklaring geven aan artikel 11 van de oude wisselwet van 1872, volgens hetwelk de doorhaling van de acceptatie ongeldig was wanneer zij niet geschiedde binnen de vierentwintg uren. Dit argument bood begrijpelijkerwijze een stevige steun voor de doctrine van Fontaine (89).

Maar reeds vóór, en ongetwijfeld na de invoering van de eenvormige wet, werd de theorie van de eenzijdige wilsverklaring op een bijna eenstemmige wijze in de rechtsleer verworpen (90).

De thans heersende leer verklaart de wisselverbintenis met als uitgangspunt de overeenkomst van geven en nemen van de wisselbrief tussen de ondertekenaar en de nemer van de titel (*Begebungsvertrag*).

Door deze overeenkomst verbindt de ondertekenaar zich tegenover een schuldeiser die van meet af aan vervangbaar gesteld is tengevolge van het orderbeding dat, ook onuitgedrukt, in elke wisselbrief overeenkomstig artikel 11, eerste lid, is begrepen.

De overeenkomst van geven en nemen van de wisselbrief maakt het normale geval uit, evenals de verkrijging van een roerende zaak normaal gebeurt door een overeenkomst tussen de verkrijger en de werkelijke eigenaar. En evenals de verkrijging *a non domino,* in het geval bedoeld in artikel 2279 B.W. eerste lid, gesteund is op de *schijn* die aan de werkelijke eigenaar toerekenbaar is, zal de ondertekenaar van de wisselbrief evenzeer, zonder overeenkomst, verbonden zijn op grond van de hem toerekenbare schijn, bv. in de hypothese voorzien door artikel 10 van de wisselwet, nl. het geval van misbruik van blanco ondertekening (zie ook art. 16 E.W.).

Deze moderne overeenkomsttheorie, vervolledigd door de toerekenbare schijn, verklaart zonder moeite heel het mechanisme van de wisselbrief.

Het moet voorkomen dat Van Ryn en Heenen in hun kritiek geen recht hebben laten wedervaren aan de juiste functie van de schijn als grondslag en verklaring van de gebondenheid van de ondertekenaar, in de uitzonderlijke hypothese waarin een contractuele grondslag ontbreekt.

De schijn is niet de verklaring en verantwoording voor de algemene regel, evenmin als hij het is voor de eigendomsverkrijging van roerende goederen. De regel is ook daar de overeenkomst tussen eigenaar en verkrijger. De schijn is de grondslag bij de eigendomsverkrijging *a non domino* (art. 2279 B.W.) evenals hij het is bij de bevrijdende betaling aan de bezitter van de inschuld, m.a.w. de schijnschuldeiser, overeenkomstig art. 1240 B.W.

De schijn verklaart niet alles; op grond hiervan dienen slechts verklaard te worden de uitzonderingen op de algemene regel die op de overeenkomst tussen uitgever en nemer berust.

In elk geval staat thans vast dat de theorie van de eenzijdige wilsverklaring het geldende recht niet meer kan verklaren en, meer bepaald, ter zake van acceptatie.

Hoe eigenaardig het ten aanzien van de parlementaire wordingsgeschiedenis der Belgische wisselwet ook moge klinken : de eenvormige wisselwet steunt helemaal niet op de verouderde theorie die hier door Fontaine ingevoerd was.

Inderdaad, indien de oude wisselwet de ondertekening als voldoende grondslag der acceptatie kon laten erkennen, is dit niet meer het geval ten aanzien van het huidige artikel 29 eenvormige wet, dat aan de betrokkene toelaat zijn handtekening door te halen zonder enige beperking in de tijd. M.a.w. zijn acceptatie verbindt hem slechts door de overhandiging van de getekende titel aan de nemer of, ondanks de doorhaling, door de notificatie van de acceptatie van een ondertekenaar van de wisselbrief.

De regeling uit deze bepaling alleen, veroordeelt op onherroepelijke wijze de theorie der eenzijdige wilsverklaring, die overigens reeds om vele redenen voorbijgestreefd was (91).

Hieruit blijkt reeds dat deze theorie voortaan niet meer beantwoordt aan het eerste vereiste van elke theorie of constructie, vereiste dat volgens Geny bestaat in de volledige overeenstemming tussen de werkelijk geldende gegevens en het begrippenapparaat waarmede men ze tracht te omvatten (92).

Ten andere, waartoe strekken theorieën en constructies zoals diegene die hier tegenover elkander staan ? Zij moeten de rechtsverschijnselen verklaren en in een samenhangend systeem ordenen en dit, vóór alles, om de regelen gemakkelijker te begrijpen en te hanteren. In die zin mocht terecht geschreven worden dat een theorie nooit op volstrekte wijze vals of juist is, maar alleen min of meer doelmatig (93).

De wetgever dient geen stelling te nemen en kan zulks niet doen in dit gebied dat aan de doctrine voorbehouden is; en overigens heeft de eenvormige wet zelf geen keuze gedaan tussen de theorieën (94).

44. Indien derhalve, bij de voorbereiding van een wet, haar ontwerpers op een bepaalde theorie beroep doen geldt dit slechts als een doctrinale stellingname, die, evenals welke andere ook, aan kritiek onderworpen blijft, maar die in geen enkel opzicht bindend zal zijn voor de rechter die de wet moet toepassen en verklaren (95).

Het is treffend op te merken dat in Duitsland een nagenoeg eenparige rechtsleer niet aarzelt bij de verklaring van § 794 B.G.B., de *Kreationstheorie* te verwerpen, alhoewel deze ontegensprekelijk ondersteld werd tijdens de parlementaire voorbereiding van voormelde tekst. Ze werd nochtans verworpen omdat een andere theorie, de moderne overeenkomsttheorie aangevuld door de schijn, als meer geschikt beschouwd wordt (96).

Uit wat voorafgaat blijkt, dat, in elk geval, van uit een theorie die aan de wetgever toegeschreven wordt, niet zonder meer een strakke oplossing valt af te leiden, die trouwens door deze theorie niet kan verantwoord worden. Dit is des te meer het geval daar een eenzijdige wilsverklaring nog niet noodzakelijk medebrengt dat de daaruit ontstane verbintenis een abstract karakter zou hebben.

De juridische constructie moet vóór alles het reële gegeven eerbiedigen. Welnu heel het systeem van het wisselrecht steunt op het fundamentele gegeven van het onderscheid tussen de onmiddellijk verbonden partijen en de verwijderde partijen (zie o.m. de artikelen 10, 16, 17 en volg. en 69 wisselwet).

Dit onderscheid wordt ook noodzakelijk ondersteld voor de geldigheid van het *à forfait* disconto, d.i. het disconto met verzaking van verhaal tegen de trekker.

Dit beding is volkomen geldig tussen de trekker en de eerste nemer, zijn medecontractant. Hij kan dit dan ook bij wijze van louter verweer opwerpen (97).

Tegen een verwijderde partij, nl. een latere verkrijger, zou het beding krachtens art. 9, tweede lid, niet tegenstelbaar zijn (98).

Molengraaff en Zevenbergen schreven dan ook zeer treffend : « De klemtoon moet vallen op de belangen der derden - houders te goeder trouw. Alleen wat hen betreft mag het rechtsgevolg van de wissel niet afhangen van feiten, waarvan uit de wissel zelf niet blijkt. De onderlinge rechten en verplichtingen der overige bij de wissel betrokken partijen, behoren te worden beheerst door de aan haar wisselhandelingen ten grondslag liggende verhoudingen en transacties» (99).

45. Samen met de theorie van de eenzijdige wilsverklaring werd de beeldspraak verspreid van de wisselbrief als handelsmunt.

Het beweerd monetair karakter van de wisselbrief zou medebrengen dat de schuldenaar op de vervaldag in klinkende munt en zonder enige betwisting zou moeten betalen. M.a.w. het monetair karakter van de wisselbrief zou de grondslag en de verklaring vormen van de (materieel) abstracte verbintenis (100), en aldus, zonder verdere verantwoording, het principe van de *rigor cambialis* toepasselijk maken ook tussen de trekker en de acceptant (101).

Dergelijke uitdrukkingen worden in het Senaatsverslag en in het grootste deel der Belgische rechtsleer en in de rechtspraak van de rechtbanken van koophandel hernomen (102).

46. Nochtans betekent de wisselstrengheid of *rigor cambialis* iets heel anders.

Het betreft hier de traditionele regel volgens dewelke geen enkele respijttermijn mag toegekend worden aan de wisselschuldenaar, zoals dit bepaald is in artikel 74 der eenvormige wet en ten overvloede in artikel 1244 B.W. herhaald is.

Hierbij mag evenwel de wisselstrengheid niet verward worden met de niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen. Het verlenen van respijttermijnen betreft de betaling van een schuld die eisbaar is op de vervaldag. Welnu deze gunst is door de wisselwet uitgesloten zowel bij de wisselvordering van de derdehouder als bij die van de trekker. Maar deze regel sluit geenszins uit dat de wisselschuldenaar zich zou kunnen verdedigen. Alleen reeds uit artikelen 10 en 17 der eenvormige wet blijkt onbetwistbaar, dat de schuldenaar zelfs aan de derde houder, verweermiddelen kan tegenstellen en nl. de exceptie van kwade trouw, ook al zou het onderzoek van dit verweermiddel een vertraging medebrengen in de beslechting van de zaak. Zich verdedigen ten gronde is iets heel anders dan respijttermijnen vragen om de eisbaarheid te vertragen van een schuld die onbetwist is en vervallen, met beroep op de ongelukkige toestand van de schuldenaar (103).

Weliswaar, — steeds in verband met de wisselbrief als handelsmunt, — herinnere men zich dat de wisselbrief oorspronkelijk een plaatsverschil vereiste, omdat hij een middel was om zonder verplaatsing van geld te betalen op een andere plaats. Deze oorspronkelijke monetaire functie heeft nog slechts één enkel gevolg in het moderne recht, nl. de beperking van het voorwerp van de wisselbrief tot een bepaalde geldsom, overeenkomstig artikel 1 Wisselwet.

Alleen in die zin, samen met het gemak om door de wisselbrief een schuldvordering te gelde te maken, kan nog gebruik gemaakt worden van de beeldspraak van handelsmunt (104).

De formule van Einert, door Fontaine hernomen, en volgens dewelke de wisselbrief zou moeten beschouwd worden als das *Papiergeld der Kaufleute,* dient verworpen te worden (105).

Voor zover men zou mogen spreken van enig monetair karakter van de wisselbrief, komt dit karakter niet tot uiting in de rechtsverhouding tussen de trekker en de acceptant, maar alleen daar waar de wisselbrief op een derde getrokken, met het oog op een betaling, is afgegeven aan een derde houder. Deze alleen moet, omdat hij vreemd is aan de onderliggende verhouding, veilig kunnen vertrouwen op de titel, hetgeen hem moet toelaten op de vervaldag betaling te eisen zonder dat hem verweermiddelen kunnen tegengesteld worden geput uit een verhouding waarvan hij rechtmatig de gebreken niet behoefde te kennen.

47. Een algemene opmerking dient gemaakt te worden aangaande het gezag van de parlementaire werken bij de verklaring van de wet.

Voorzeker kan de absolute zienswijze van Capitant, in navolging van het Engelse recht, bezwaarlijk bijgetreden worden waar hij alle gezag aan de parlementaire werken ontkent (106).

Nochtans moet de nadruk gelegd worden op het zeer betrekkelijke karakter van het gezag der parlementaire werken. Hun gezag steunt daarop dat zij een doctrinale verklaring van de wet bevatten, verschaft door diegenen die aan haar tot stand komen hebben medegewerkt. Uit dit oogpunt kunnen zij elementen bevatten die van aard zijn om de draagwijdte van de wet te bevestigen of te bepalen, voornamelijk waar het over een recente wet gaat. Maar, evenals elke andere leerstellige interpretatie, blijft ook de verklaring uit de parlementaire werken onderworpen aan kritiek en kan zij nooit als uitsluitend middel tot verklaring der wet gelden. Een verklaring tijdens de parlementaire werken gegeven moet wijken voor een betere verklaring die zou verschaft worden na het tot stand komen der wet (107).

48. Op dit gebied moet men dan nog bovendien het gevaar in acht nemen dat voortspruit uit een beroep op nationale parlementaire werken bij de interpretatie van een internationaal geunifieerde wet. Wil men nu ten deze toch beroep doen op het gezag van de parlementaire werken, dan dient men zich te houden aan de ondubbelzinnige verklaring van het Senaatsverslag, waar het voorwerp van het wetsontwerp duidelijk beperkt werd tot invoering in de nationale wetgeving van bepalingen der eenvormige wet binnen de perken van de verdragen en zonder het kader daarvan te buiten te gaan (108).

Aldus is het ook zeker dat de Belgische wetgever de bepalingen der eenvormige wet heeft willen invoeren, onder voorbehoud van reservebepalingen en leemten vastgesteld in Annexe II, met de zin en de draagwijdte van deze bepalingen in het Verdrag van Genève.

Die uitgedrukte wil moet leiding geven bij de verklaring van de wet.

Voorzeker heeft een Verdrag, naar Belgisch recht, geen voorrang op de nationale wet, maar, zoals terecht opgemerkt werd, zal de rechter steeds, bij de verklaring van een Belgische wet, onderstellen dat de wetgever is willen trouw blijven aan de internationale verdragen en, in die geest, zal hij, zo mogelijk, de wet verklaren in overeenstemming met het Verdrag (109).

Dit moet hier des te meer gedaan worden daar de parlementaire werken duidelijk tot uiting brengen dat

de eenvormige wet werd ingevoerd met de draagwijdte van het Verdrag.

Terwijl hij er zich blijkbaar rekenschap van geeft dat men zich in de Senaat heeft kunnen vergissen nopens de draagwijdte van artikel 28, oordeelt De Page dat de beslissing onherroepelijk zou zijn (110).

Maar kan er wel gezegd worden dat hierbij spraak zou zijn van een *beslissing* van de wetgever, die definitief zou zijn ? De Senaat is de wetgever niet, en, anderzijds, zullen de auteurs, die in verband met dit probleem, het gezag van het verslag als onbetwistbaar beschouwen (111), niet aarzelen betreffende andere vraagstukken, zoals bv. ter zake van de verjaring van de wisselvordering, het gezag van het senaatsverslag ter zijde te stellen (112).

49. Men heeft tot steun van deze interpretatie van artikel 28 zelfs nog beroep gedaan op artikel 16 van Annexe II van het Verdrag, dat aan de nationale wetgever voorbehoudt alle aangelegenheden die betrekking hebben tot de grondverhouding op dewelke de wisselbrief is uitgegeven.

Men leidde er uit af dat de Belgische wetgever aan artikel 28 een andere draagwijdte zou mogen verleend hebben dan diegene die het in het Verdrag had (113).

De tekst van artikel 16 van bijlage II luidt als volgt : « La question de savoir si le tireur est obligé de fournir provision à l'échéance et si le porteur a des droits spéciaux sur cette provision reste en dehors de la loi uniforme.

Il en est de même pour toute autre question concernant le rapport sur la base duquel a été émise la traite ».

In deze tekst kan hoegenaamd geen argument geput worden. Het artikel heeft inderdaad een heel andere draagwijdte. In zijn eerste lid reserveert het voor de nationale wetgevers het vraagstuk van het fonds, nl. de vraag of de trekker fonds moet verschaffen en of de houder een bijzonder recht op het fonds kan laten gelden. In het tweede lid, dat hier ingeroepen wordt, worden aan de nationale wetgevers de gevolgen van burgerlijk recht voorbehouden die buiten het wisselrecht blijven, zoals de invloed van het ontstaan van wisselschuld op de vroeger bestaande verbintenis, het hernemen van de onderliggende schuldvordering vóór of na de vervaldag van de wisselbrief, de invloed van de verjaring of van het verval van de wisselvordering op de onderliggende schuldvordering.

Deze tekst heeft helemaal geen verband met de vraag in hoever de wisselschuldenaar zich mag verdedigen. Deze aangelegenheid is overigens geregeld in de eenvormige wet zelf, o.m. in art. 17 en volg., en in art. 10 (114).

M.a.w. de Belgische wetgever heeft artikel 28 ingevoerd zonder enige afwijking, zoals hij er toe verplicht was krachtens het Verdrag van Genève.

50. Het is in die geest dat artikel 85 van de Belgische wisselwet, waardoor artikel 28 aangevuld wordt, moet geïnterpreteerd worden. De tekst bepaalt zonder meer : « Ingeval van rechtsvordering bepaald bij artikel 28, lid 2, is de trekker niet verplicht het bestaan van fonds te bewijzen ».

Men bemerkt dat deze tekst in geen enkel oogpunt de regel van de niet-tegenstelbaarheid der verweermiddelen toepast op de rechtsvordering van de trekker tegen de acceptant.

Men geeft dit trouwens volmondig toe waar geschreven wordt : « cette disposition a une portée plus étendue que celle qu'expriment ses termes si on recourt aux travaux préparatoires de la loi » (115).

Hetgeen reeds gezegd is over het gezag der parlementaire werken moet hier niet herhaald worden. Alleen moge het volstaan, daarbij aansluitend, op te merken dat, volgens een vaststaande rechtspraak van het hof van cassatie, het beroep op de parlementaire werken niet toelaat aan de wet een draagwijdte te geven die afwijkt van diegene die uit haar inhoud volgt. De parlementaire werken mogen aldus niet opwegen tegen een duidelijke en klare tekst (116).

Zij kunnen alleen van aard zijn om de draagwijdte van een tekst te bevestigen zoals die volgt uit zijn termen (117), of om aan een dubbelzinnige en onduidelijke tekst zijn juiste draagwijdte toe te kennen (118).

De duidelijke tekst van artikel 85 bevat niets anders dan een regeling nopens de bewijslast.

In geen enkel opzicht bevat hij de regel van niettegenstelbaarheid van verweermiddelen in hoofde van de acceptant tegenover de trekker, zoals door sommigen voorgehouden wordt.

Een meer beperkte draagwijdte werd onlangs aan artikel 85 toegeschreven door de rechtbank van Charleroi.

Uitgaande van de beschouwing dat tussen trekker en acceptant een wederkerige overeenkomst tot stand komt in de wisselbrief, zou deze bepaling slechts één enkel verweermiddel uitsluiten, nl. de *exceptio non adimpleti contractus* in zover deze gesteund is op het ontbreken van fondsbezorging door de trekker. Alle andere verweermiddelen, ook wegens niet vervullen van contractuele verplichtingen (andere dan de fondsbezorging) door de trekker, blijven tegenstelbaar.

Ter zake werd de eis tot betalen van een zogenaamde waarborg-wissel afgewezen, wegens de zorgeloosheid waarmede de trekker, dit was de geldschieter, de betaling had gedaan aan een derde-verkoper door de acceptant aangeduid, zonder er zich van te vergewissen dat de verkochte auto effectief geleverd was. Door deze zorgeloosheid heeft de trekker zich medeplichtig gemaakt aan de afzetterij door de verkoper gepleegd. Dergelijke slechte uitvoering wordt met niet-uitvoering gelijk gesteld (118bis).

Evenmin het totale verlies van verweermiddelen, als de beperking daarvan, kunnen uit deze tekst afgeleid worden.

Dergelijke interpretaties druisen echter niet alleen in tegen de klare en duidelijke tekst van de wet, maar, bovendien, tegen de strekking en de draagwijdte van artikel 28, dat hierdoor nochtans aangevuld moest worden, zonder het te wijzigen. De zin van art. 28 moet ongetwijfeld in het systeem van de eenvormige wet bepaald worden.

51. Welnu artikel 28 bepaalt dat ook de trekker over een w i s s e l v o r d e r i n g beschikt tegen de acceptant. Deze rechtsvordering wordt als r e c h t s t r e e k s bestempeld om aan te duiden dat de trekker niet optreedt als gesubrogeerd in de rechten van de houder die hij betaalde, maar uit eigen hoofde.

Het wordt niet betwist dat de trekker over deze wisselvordering tegen de acceptant beschikt, ook wanneer hij de wisselbrief, voor zich zelf of aan zijn order getrokken, bij zich heeft bewaard.

Anderzijds bepaalt het eerste lid in geen enkel opzicht dat de verbintenis om de wisselbrief te betalen een materieel abstracte verbintenis zou zijn. Nochtans werd beweerd dat deze gevolgtrekking mocht afgeleid

worden uit het feit dat de tekst geen enkel verweermiddel vermeldt (119).

Men zal zonder bezwaar aannemen dat het argument niet treft. De verbintenis immers om de wisselbrief te betalen, en die voortspruit uit de acceptatie, geldt eerst en vooral tegenover de derde-houder. Deze verbintenis is uitgebreid in het tweede lid ten opzichte van de trekker. Welnu artikel 17 voorziet verweermiddelen ten opzichte van de derde-houder, die hier niet onnodig dienden herhaald te worden, in artikel 28. Schuldenaar worden door zijn acceptatie betekent helemaal niet abstract verbonden zijn. Een materieel abstracte verbintenis kan dus niet afgeleid worden uit de tekst van artikel 28.

52. Maar er is meer. De betwiste stelling is op een onmiskenbare wijze uitgesloten door artikel 17 dat de regel van de niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen bepaalt. Dit artikel, evenals artikel 10 (misbruik van blanco ondertekening), art. 18 (verweermiddelen tegenstelbaar aan de procuratie-endossataris) en artikel 19 (verweermiddelen tegenstelbaar aan de pandhouder van de wisselbrief) onderstellen duidelijk het onderscheid tussen de onmiddellijke partijen en de verwijderde partijen.

Artikel 17 bepaalt inderdaad dat de schuldenaar aan de houder niet kan tegenstellen de verweermiddelen gegrond op zijn persoonlijke verhoudingen tot de trekker of tot de vroegere houders.

Deze tekst reserveert dus *a contrario*, maar onbetwistbaar, voor de schuldenaar, — hier de acceptant, — het vermogen om deze verweermiddelen tegen te stellen aan zijn onmiddellijke tegenpartij in de wisselbrief, de trekker. Dit is de oplossing die eenparig aanvaard wordt in al de naburige landen die jaren vóór ons de eenvormige wet in hun nationaal recht hebben ingevoerd, zoals Frankrijk, Nederland, Duitsland en Zwitserland (120).

Slechts ten opzichte van de derde-houder die de wisselbrief te goeder trouw verkreeg, is de acceptant door een abstracte verbintenis verbonden, in materiële zin, m.a.w. met niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen. Ten opzichte van de trekker gaat het slechts over een formele abstractie, d.i. omkering van de bewijslast.

Met klem dient dus het argument van De Page verworpen te worden, volgens hetwelk de eenvormige wet de vraag niet zou opgelost hebben, te weten of de acceptant jegens de trekker luidens artikel 28 al dan niet abstract verbonden is.

Weliswaar verschaft artikel 28 geen antwoord op deze vraag. Zij wordt beantwoord in artikel 17, die de draagwijdte bepaalt van de regel der niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen, door aan de debiteur toe te laten tegen te stellen de verweermiddelen gesteund op zijn persoonlijke verhoudingen tot de trekker en, ten aanzien van elke houder, indien deze bij het verkrijgen van de wisselbrief wetens ten zijnen nadele had gehandeld (121).

53. Terloops kan de aandacht gevestigd worden op een andere consekwentie van het systeem dat in België verdedigd wordt en die er de onjuistheid van aantoont.

De trekker verkrijgt er een grotere bescherming dan diegene die verleend is aan de derde-houder. Inderdaad, luidens artikel 17 kan de schuldenaar aan de houder de verweermiddelen tegenstellen gegrond op zijn persoonlijke verhoudingen tot de trekker of vroegere houders, indien de houder bij het verkrijgen van de wisselbrief wetens ten zijnen nadele heeft gehandeld.

Het in België verdedigde systeem laat integendeel in principe geen enkel verweermiddel tegenstellen aan de trekker, die nochtans precies in dezelfde situatie kan zijn als de houder, nl. wanneer de trekker de wisselbrief heeft verkregen met kennis van de gebreken der onderliggende verhouding.

Het moet voorkomen dat dit argument nooit weerlegd is. Wel mag met De Page aanvaard worden dat, in talrijke gevallen, de schuldeiser, nl. de trekker, geen kennis zal hebben van de gebreken van de onderliggende verhouding, en dat de schuldenaar had kunnen weigeren de wisselbrief te accepteren, en, tenslotte, dat alle verhaalsrecht niet afgeschaft is. maar slechts uitgesteld...

Dit alles belet echter niet dat in het betwiste systeem de acceptant zelfs het vermogen niet heeft om te bewijzen dat de schuldeiser bij het verkrijgen van de wisselbrief wetens ten zijnen nadele heeft gehandeld, vermogen dat hij wel behoudt ten overstaan van de derde-houder overeenkomstig artikel 17, in fine.

54. Er werd getracht het argument *a contrario* uit artikel 17 te weerleggen door aan te voeren dat deze bepaling slechts betrekking zou hebben op de enkele verweermiddelen die strekken tot de uitdoving van de wisselschuld door betaling, schuldvergelijking, schuldvernieuwing enz. M.a.w. in artikel 17 zouden slechts laatstgenoemde verweermiddelen, — beperkt tot de bevrijding van de wisselschuld, — bedoeld zijn, waar zij niet-tegenstelbaar verklaard worden aan de houder, wanneer zij gesteund zijn op de persoonlijke verhoudingen van de schuldenaar tot een vorige houder en *a contrario* evenzeer uitsluitend tegenstelbaar door dezelfde schuldenaar ten opzichte van zijn onmiddellijke medecontractant (122).

Deze zienswijze druist in zowel tegen de tekst als tegen de geest van artikel 17. De termen *exceptions* in de officiële France tekst en *defences* in de officiële Engelse tekst van het Verdrag laten dergelijke restrictieve interpretatie niet toe. Het gaat hier over verweermiddelen of excepties, in de ruime zin waarin deze term is gebruikt, wanneer men spreekt van verweermiddelen ter zake van borgtocht, hoofdelijke verbintenissen e.d.m. (123).

Niets laat toe de verweermiddelen bedoeld in artikel 17 te beperken tot het loutere verweermiddel voortspruitend uit de uitdoving van de wisselschuld. Dit volgt trouwens duidelijk en ten overvloede uit de tekst *exceptions fondées sur les rapports personnels...* verweermiddelen gegrond op persoonlijke verhoudingen... (in het meervoud).

Deze bewoordingen zijn zeer breed en overschrijden in ruime mate het louter tenietgaan van de wisselschuld als zodanig.

55. Tenslotte beroepen de verdedigers van de materiële abstractie in de verhouding trekker-acceptant zich op het verhandelbaar karakter van de wisselbrief. De wisselbrief, zo zegt men, is tot omloop bestemd. Hij had kunnen geëndosseerd worden door de trekker en in dit geval zou de acceptant, aangesproken door de derde-houder, hem zijn verweermiddelen niet meer kunnen tegenstellen. En aangezien de trekker op elk ogenblik in staat is om door het endossement deze verzwaarde toestand voor de acceptant te verwezenlijken, vragen zij zich af waarom men hem niet maar onmiddellijk in deze

situatie zou plaatsen alsof het endossement was geschied (124).

Een dergelijk argument maakt weinig indruk. Wel is het juist dat de wisselbrief had kunnen geëndosseerd worden, met als gevolg de niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen tegenover de houder, ten ware deze bij de verkrijging wetens ten nadele van de schuldenaar gehandeld had.

Vooreerst moet dit belangrijke voorbehoud van artikel 17 *in fine,* in dit verband, wel opnieuw onderstreept worden. In de bestreden opvatting wordt immers uit het oog verloren dat, in menig geval waarin de rechtsvordering van de trekker bloot staat aan verweermiddelen, deze niet altijd een nemer zal vinden die bereid is en in staat is om de wisselbrief te goeder trouw te verkrijgen.

Maar bovendien is, bij onderstelling zelf, de wisselbrief niet geëndosseerd. Het feit heeft voorrang op de loutere gebeurlijkheid. Wanneer vaststaat dat de wisselbrief, hoezeer ook tot omloop bestemd, in handen van de trekker is gebleven, kan de bescherming van de belangen van derden te goeder trouw niet ingeroepen worden.

De rechtstoestand is gelijkaardig aan diegene die door artikel 2279 B.W. geregeld wordt. Degene die het roerend goed van de *verus dominus* verkreeg, beschikt slechts over de processuele functie van het bezit, d.w.z. een omkering van de bewijslast. Ook hij had de toestand van de *verus dominus* kunnen verzwaren door het goed te verkopen aan een derde, die zich dan op de materiële functie van het bezit zou kunnen beroepen.

Bepalend is ook hier dat het in handen is van de eerste en niet van een derde die de zaak te goeder trouw verkregen heeft.

Indien derhalve de regel van de niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen er toe bijdraagt de verhandelbaarheid van de wisselbrief te verzekeren, treedt hij slechts in werking wanneer de wisselbrief in werkelijkheid verhandeld werd, d.w.z. wanneer hij geëndosseerd is afgegeven aan een derde te goeder trouw, die vreemd is aan de onderliggende verhouding.

De regel strekt er niet toe om aan de onmiddellijk verbonden partijen te verschaffen wat hun uit de grondverhouding niet toekomt.

De regel van de niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen beschermt niet alleen het belang van de derde verkrijger, maar ook van de pandnemer (art. 19), terwijl hij niet toepasselijk is ten aanzien van de lasthebber van de trekker. De uitdrukkelijke tekst van artikel 18, tweede lid, onderstelt duidelijk dat de verweermiddelen aan de trekker tegenstelbaar blijven.

Anderzijds bepaalt artikel 10 de niet-tegenstelbaarheid aan derden van het verweermiddel gegrond op het misbruik van blanco-ondertekening, en onderstelt dit ondubbelzinnig dat het verweermiddel wel behouden blijft tegen de onmiddellijke nemer van de onvolledige wisselbrief.

Hetzelfde onderscheid dient gemaakt te worden in verband met artikel 9, tweede lid, krachtens hetwelk elk beding dat de trekker bevrijdt van de verplichting om voor betaling in te staan, voor niet geschreven wordt gehouden.

Ondanks deze tekst wordt aanvaard dat het beding tussen de nemer en de trekker, waarbij eerstgenoemde zich verbindt tegen de trekker geen regres uit te oefenen, geldig is, bv. bij het zogenaamde *à forfait*-disconto (125).

Het tweede lid heeft dus maar zin, voor zover de wisselbrief effectief in handen van een derde is gekomen. De wisselwet had kunnen bepalen dat in dat geval de wisselbrief nietig is omdat het gebrek uit de titel blijkt. Nochtans is, terwille van de verhandelbaarheid, bepaald dat het dan als niet geschreven zal beschouwd worden.

Het komt er immers slechts op aan het rechtmatig vertrouwen van derden te beschermen. De abstractie is dus niet het gevolg van een mogelijke verhandelbaarheid, maar wel van de effectieve verhandeling van de wisselbrief (126).

Het mag derhalve herhaald worden met de woorden van Simonius « Der gleiche Verzicht (nl. de verzaking van verweermiddelen) liegt bekanntlich in der Ausstellung eines zur Zirkulation bestimmten Wertpapiers. Doch ist wiederum dem Vertrauensprinzip gemäss nicht anzunehmen, dass dieser Verzicht auch gegenüber dem Gläubiger aus dem der Ausstellung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis gelte. Er wirkt nur zu Gunsten Dritter, die jenes Rechtsverhältnis nichts angeht» (127).

56. En hiermede mag besloten worden. Artikel 28 tweede lid van de eenvormige wet verschaft aan de trekker een rechtstreekse vordering uit de wisselbrief tegen de acceptant. Door deze bepaling werd op onherroepelijke wijze een einde gesteld aan alle betwistingen uit het vroegere recht met betrekking tot de wisselbrief met slechts twee partijen.

Blijkens het eerste lid van deze bepaling schept de acceptatie een nieuwe verbintenis in hoofde van de betrokkene : door zijn acceptatie verplicht de betrokkene zich de wisselbrief op de vervaldag te betalen.

Als algemene regel zal deze nieuwe verbintenis de vroeger bestaande onderliggende verbintenis laten voortbestaan; hieruit volgt cumulatie of samenloop van verbintenissen.

Indien de wisselbrief in handen komt van een derde die hem te goeder trouw verkreeg, zal de acceptant jegens laatstgenoemde verbonden zijn, luidens artikel 17, door een materieel abstacte verbintenis, d.w.z. met niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen.

Dit is niet het geval wanneer de wisselbrief in handen gebleven is van de trekker of slechts aan diens lasthebber geëndosseerd. De trekker beschikt jegens de acceptant op de vervaldag over twee rechtsvorderingen : de wisselvordering enerzijds en anderzijds de vordering uit de onderliggende verhouding, mits hij, in laatstgenoemd geval, de wisselbrief restitueert tegen de betaling.

Tegen deze cambiale vordering of wisselaanspraak kan de acceptant aan de trekker tegenstellen alle verweermiddelen geput uit het niet-bestaan, de nietigheid of vernietigbaarheid, en uit de uitdoving van de onderliggende schuldvordering, maar de bewijslast van de aangevoerde feiten rust op hem.

Artikel 85 der Belgische wet op de wisselbrief beperkt er zich toe deze bewijslast op passende wijze te preciseren. In geen enkel opzicht kan de verbintenis van de acceptant jegens de trekker als een materieel abstracte verbintenis bestempeld worden; zij is slechts een formeel abstracte verbintenis.

Deze verklaring stemt overeen met de heersende mening en de rechtspractijk in de naburige landen die vele jaren vroeger de eenvormige wet in hun nationale wetgeving hebben ingevoerd.

Een andere oplossing aanvaarden in België, zou ten

gevolge hebben dat de eenheid van de wisselwetgeving, die zo moeizaam te Genève kon verwezenlijkt worden, in het gedrang zou worden gebracht terwijl België zich nochtans verbonden heeft dit verdrag na te leven.

57. Bovendien blijkt het systeem waarin de abstractie van de verbintenis uit acceptatie beperkt wordt tot een formele abstractie in alle opzichten voldoende te zijn om de economie van de wisselwet te verwezenlijken.

Het hier verdedigde systeem, in overeenstemming met de eenvormige wet en haar internationale interpretatie, voldoet ontegensprekelijk aan de behoeften van het rechtsverkeer, met inachtneming van de vereisten van redelijkheid en goede trouw die ook in het handelsverkeer gelden.

Men mag immers vaststellen:

1) De trekker, handelend als wisselschuldeiser, wordt vrijgesteld van elke aanvoeringslast en elke bewijslast. Zijn voldoende titel is de wisselbrief en de wisselbrief alleen.

De bewijslast van de verweermiddelen rust op de acceptant.

2) De rechtbank van koophandel is bevoegd zonder enige betwisting, volledig afgezien van het burgerlijk karakter van de onderliggende verhouding.

3) De acceptant kan geen respijttermijnen bekomen, en de mogelijkheid van beslag tot bewaring is de regel.

4) Bij niet betaling op de vervaldag kan de trekker de wisselbrief laten protesteren met alle nadelige gevolgen die daaruit voor het krediet van de acceptant kunnen volgen.

M.a.w. voor de trekker betekent de wisselbrief heel wat meer dan een schuldbekentenis zonder vermelding van rechtsgrond. Laatstgenoemd *instrumentum* verschaft hem slechts een omkering van de bewijslast (128).

Dit alles blijkt ruimschoots voldoende te zijn opdat de wisselbrief aan de behoeften van het rechtsverkeer zou voldoen. Bovendien is het niet vereist dat aan de trekker een gunstiger positie zou verleend worden dan diegene waarin de derde-houder zich overeenkomstig artikel 17 bevindt.

En met betrekking tot de moraliteit...

Wat men ook moge zeggen, het systeem dat in de Belgische rechtsleer en rechtspraak nog verdedigd wordt, werkt de oneerlijkheid van de schuldeiser in de hand, wanneer deze, in elk geval vrij uitgaat voor een verweer geput uit de onderliggende overeenkomst waarin hij zelf partij is. Dit werd reeds te Rome vastgesteld om de *exceptio doli* in te voeren.

Het komt er hierbij helemaal niet op aan, zoals De Page beweert, een vermoeden van bedrog te scheppen in hoofde van de trekker (129).

Het tegendeel is waar : tussen onmiddellijke partijen toelaten dat de schuldenaar zich kan verweren met de verweermiddelen uit de onderliggende verhouding mits de bewijslast op de verweerder blijft rusten, is precies het tegenovergestelde van een wettelijk vermoeden van bedrog in hoofde van de trekker. En men ziet het duidelijk, deze oplossing strekt er helemaal niet toe om de *querela non nummeratae pecuniae* opnieuw in te voeren. Onder diegenen die meenden dat men zich in België bij het strakke systeem noodgedwongen moest neerleggen werd vastgesteld : « le législateur belge a dépassé la mesure de l'abstraction en imposant des solutions trop dûres dans les rapports entre tireur et tiré-accepteur » (130).

Men moet hoger opklimmen, en zich afvragen of de hier verdedigde zienswijze niet beter de werkelijkheid benadert : de Belgische wetgever heeft deze aangelegenheid niet opgelost in bovengemelde betreurde zin. De in onze nationale wetgeving ingevoerde eenvormige wet moet zonder verder verwijl verklaard worden met de zin en de draagwijdte die haar bepalingen hadden bij het Verdrag van Genève.

Met een onmiskenbare zin voor de practijk werd de vraag gesteld of een interpretatieve wet niet het beste middel ware om deze controverse te beslechten. Wanneer men echter in acht neemt dat het twintig jaren duurde vooraleer de eenvormige wet werd ingevoerd in België, wanneer men bovendien herhaaldelijk moest vaststellen hoe weinig belangstelling de wetgever vertoont voor privaatrechtelijke aangelegenheden, blijkt de hoop op het tot stand komen van dergelijke interpretatieve wet eerder schraal te zijn.

In een naburig land, ditmaal Frankrijk, bestaat een precedent dat ons kan voorlichten. Ook daar heeft de rechtspraak, een korte tijd althans, het stelsel gehuldigd van de materiële abstractie der verbintenis van de acceptant jegens de trekker. Een wetsvoorstel werd neergelegd in 1948 strekkend tot aanvulling van het tweede lid van artikel 128 Code de commerce, dat aan ons artikel 28 der eenvormige wet beantwoordt. De woorden zouden toegevoegd worden : « toutefois l'accepteur peut opposer le défaut de provision ». Dergelijke toevoeging werd als nutteloos en gevaarlijk bestempeld (131), en de tekst kwam er niet door. Nochtans heeft de rechtspraak onder de leiding van de *Cour de cassation* de tekst die aan artikel 28 der eenvormige wet beantwoordt, geïnterpreteerd overeenkomstig de hierboven voorgehouden stelling.

Dit sluit niet uit dat de *lege ferenda* de rechspleging zou kunnen aangepast worden, niet alleen door invoering van een vlugger wisselproces. De behoefte bestaat aan een afdoende procedure voor het verhalen van alle schuldvorderingen die van meet af aan door titels en documenten kunnen bewezen worden, zowat in de aard van het Duitse *Urkundenprozess*.

58. Door dit onderzoek werd getracht naar een klaarder stellen van het actuele probleem dat in het Belgische wisselrecht blijft bestaan, de wisselvordering van de trekker tegen de acceptant. Tevens werd gepoogd een juister doorzicht te verwerven in de ruimere problematiek van de abstracte verbintenis.

Het kan best besloten worden met de vaststelling die door de Zwitserse auteur B. Staehelin werd gedaan: « *Damit haben wir am Wechsel, der als Prototyp der modernen Stipulation angesprochen wurde, die Bestätigung gefunden, dass die Stipulation endgültig untergegangen ist und abstrakte Forderungen nur in dreiseitigen Rechtsverhältnissen möglich sind* » (132).

---

(1) *Ann. Dr. Sc. Pol.* (Leuven) - XIX (1959-60), blz. 309-348. Deze bijdrage was opgedragen aan mijn vader, toen nog in leven. Als gewezen verslaggever van de Senaatscommissie van Justitie, bij het invoeren van de Eenvormige wisselwet, aanvaardde hij goedwillig dat de door hem in de Senaat verdedigde opvattingen zijn zoon niet hadden kunnen overtuigen.

(3) *J.T.*, 1957, 690.

(3) Van Ryn et Heenen, *Controverse sur le droit cambiaire, J.T.*, 1960, 165, en de *errata* op blz. 267. Een paraphrase hiervan met aanvullende beschouwingen, die wellicht niet helemaal tot hetzelfde genre kunnen gerekend worden, volgden onder de handtekening R. Deb. in *Jur. Comm. Brux.*, 1960, blz. 60 en volg.

(4) Dit antwoord omvat geenszins de kritiek van Van Ryn en Heenen op de stellingen van L. Dabin, die inderdaad niet in al hun onderdelen moeten bijgetreden worden. Aldus bv. de door Dabin overgenomen theorie die het endossement als een overdracht van schuldvordering beschouwt (Dabin L., nr 160, blz. 314 en volg., en nr 207, blz. 436). Dergelijke theorie kan niet met nut in het Belgische recht overgenomen worden, wegens belangrijke verschillen tussen de Duitse en de Belgische cessie, o.m. wegens de grotere *Vertrauensschutz* ten voordele van de cessionnaris in de Duitse *Abtretung* (zie o.m. § 405 B.G.B.).

Nochtans had L. Dabin zelf op dit bijzondere kenmerk van de Duitse *Abtretung* gewezen (zie o.m. nr 109, blz. 202) wellicht was dit aan de kritiek ontgaan, zoals trouwens nog andere elementen, waarop hier echter niet nader kan worden ingegaan. Het blijkt onbetwistbaar dat L. Dabin, wat de kern van de zaak betreft, duidelijk heeft aangetoond hoezeer men in België ten onrechte op het Duitse wisselrecht beroep doet tot staving van de hier bekampte opvattingen.

(5) Vgl. Hrb. Brussel, 31 maart 1959 i.z. Vandemoortele t/ N.V. Sacomin, onuitg.: In dit vonnis is sprake van « position en flêche dans l'application du droit cambiaire en Europe occidentale ... »

(6) Zie o.m. Hrb. Kortrijk, 1 februari 1958, *R.W.*, 1958-59, 397; - Hrb. Antwerpen, 11 september 1958, *P.A.*, 1959, 350; Hrb. Kortrijk, 6 februari 1960, *R.W.*, 1960-61, 1207.

(7) Brussel, 25 nov. 1959, *J.T.*, 1960, 358 zie hierover verder nr 36.

(8) Niet zonder enige verbazing, kan men lezen, in een overigens voortreffelijk leerboek: « Sinds het in voege treden van de nieuwe wet nemen de rechtsgeleerden en de rechtbanken eensgezind het abstract karakter aan van het recht van de trekker die houder gebleven is, om betaling van de wissel te bekomen » (L. en S. Fredericq, *Handboek van het Belgisch handelsrecht, I, nr. 272, B, blz. 247)* Tenware de vastgestelde eenstemmigheid slechts het woord « abstract » betreft (zie over de verschillende betekenissen van deze term verder nr 17).

(9) De gegrondheid van het verwijt dat mijn methode zou bestaan in de uitsluitende letterlijke interpretatie van de teksten (zie Van Ryn en Heenen, *J.T.*, 1960, nr 11, blz. 167) wordt aan de beoordeling van de lezer overgelaten.

(10) Planiol et Ripert, III, nr 371, blz. 353 en nr 560, blz. 540; - De Page, V, nr 1040, blz. 909; - Fredericq, II, nr 334, blz. 521; R.P.D.B., Tw. *Titres au porteur*, Nrs 1 en 8; - Larenz, *Schuldrecht*, II, § 60 blz. 722; - Enneccerus-Lehmann, *Schuldrecht*, § 207, I, 2, blz. 791; — Molengraaff, *Leidraad Nederlands handelsrecht*, 9e uitg., II, blz. 372.

(11) De Page, V, nr 1040, blz. 909. Er is nochtans geen twijfel mogelijk wanneer het papier blanco geëndosseerd is, vgl. Planiol et Ripert, III, nr 371, blz. 353.

(12) Molengraaff, II, blz. 372; - Scheltema en Wiarda, *Wissel en Chèquerecht*, blz. 103 en volg.

(13) Door deze *Verdinglichung Obligatorischer Rechte*, is, in verband met de verhandelbaarheid, de scherpe tegenstelling opgeheven tussen zaak en verbintenis, zoals ze door Gaius was gekenmerkt: « .. quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo quibus res corporales ad alium transferuntur id efficere possumus » (Gaius, Institutes, II, 38).

(14) Hueck, *Schuldrecht*, § 134, blz. 400; - Saleilles, *L'obligation*, 2e uitg., blz. 299; Vgl. Van Ryn et Heenen, *Droit commercial*, II, nr. 1276, blz. 266.

(15) Enneccerus-Lehmann, § 210, IV, blz. 803; - Molengraaff, II, blz. 382; - Vgl. Larguier, *La notion du titre en droit privé*, nr. 202, blz. 215; - Friedel, *De l'inopposabilité des exceptions en matière d'effets de commere*, nr 72, blz. 103; in die zin ook wat de titels aan toonder betreft: Planiol et Ripert III, nr. 561, 3°, blz. 542, en VII, nr. 1138, blz. 469; R.P.D.B. Tw. *Titres au porteur*, nr 94; - Men weet reeds dat de regel ook geldt voor het orderpapier, zie boven nr 7.

(16) Lescot et Roblot, *Effets de commerce*, I, nr. 75, blz. 93; - Van Ryn et Heenen, II, nr. 1290, blz. 276 en nr. 1313, blz. 294.

(17) Capitant heeft een ogenblik geaarzeld of hij tot verklaring van de regel der niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen niet zou aanvaarden, dat hij voortspruit uit hetzelfde grondbeginsel waarin art. 2279 B.W. wortelt. Nochtans verwerpt hij deze stelling, — blijkbaar ten onrechte — onder voorwendsel dat het principe slechts de eigendom van de titel en niet zijn inhoud zou betreffen (Capitant, *De la cause des obligations*, tweede uitg., nr. 193, blz. 430, noot 2). Het bezwaar vervalt wanneer men de *dubbele functie* van de incorporatie van het recht in het papier inachtneemt. De titel dient niet slechts voor de legitimatie van de houder en voor de verhandelbaarheid van de geïncorporeerde schuldvordering. De ondertekening van de titel omvat immers, bovendien, de verbintenis tegenover een van meet af aan vervangbaar gestelde schuldeiser, ten gevolge van het toonder- of orderbeding, en wel een verbintenis om te betalen, *overeenkomstig de inhoud van het papier*. Het is deze dubbele functie van de incorporatie van het recht in het papier, die er de verhandelbaarheid van vergemakkelijkt, en die de besproken regel der niet tegenstelbaarheid der verweermiddelen verklaart zoals hij als antwoord op de behoeften van het verkeer is gegroeid.

(18) Vgl. Capitant, *De la cause ...*, nr 194, blz. 434; - Van Ryn et Heenen, II, nr. 1287, blz. 274; - Hueck, *Schuldrecht*, § 135, 4, blz. 404; - Von Thur, *Obligationenrecht*, I, § 32, blz. 231; - Enneccerus-Lehmann, § 207, II, 3, blz. 792; - Molengraaff, II, blz. 377.

(19) Capitant, nr 179, blz. 395; - De Page, III, nr 612, blz. 585; - Colin et Capitant, tiende uitg. door Julliot de la Morandière, II, nr 555, blz. 389 en volg.

(20) Vgl. o.m. De Groot, *Inleidinghe tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, III, 5 : « ... van aanwijzing, ende namentlick van wisselbrieven ... »

(21) Capitant, nr 179, B, blz. 399; - Planiol et Ripert, VII, nr 1274, blz. 601; - Colin et Capitant, tiende uitg. door Julliot de la Morandière, II, nr 555, blz. 389 en volg.

(22) De Page, III, *Complément*, II, nr 612, blz. 456; - Hubert, *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*, nr 207, blz. 162 en volg.; - A.P.R., Tw. *Delegatieovereenkomst* door Jan Ronse, nrs. 138 en volg.

(23) Van Maele, *Nov., Droit bancaire. - Ouverture de crédit*, nr 337, blz. 280.

(24) Brethe, J., *Théorie juridique des titres à ordre, Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1926, p. 653 en volg. In Duitsland wordt de Anweisung, — dit is de delegatie in een waardepapier geïncorporeerd, — beschouwd als de grondvorm die als inleiding geldt tot de studie van het recht der waardepapieren: Rehfeldt, *Wertpapierrecht*, 3e uitg., § 16, blz. 34; - Hueck, *Recht der Wertpapiere*, 6e uitg., § 4, blz. 17 en volg.; vgl. ook wat de *Anweisung* in het Zwitserse recht betreft: Simonius, *Ueber die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, Festgabe der Basler Juristenfakultät zum Schweizerischen Juristentags*, blz. 243 en volg.

(25) Simonius, *l.c.*; - Capitant, nr 178, blz. 394 en volg. De kritiek tegen de verklaring van de abstracte wisselverbintenis met verwijzing naar de delegatie, beoogt vooreerst de misvorming die deze rechtsfiguur in de theorie van Thaller onderging, door haar nodeloze combinatie met de borgtocht. Vervolgens treft deze kritiek terecht diegenen die vergeten dat de delegatie niet heel de wisselbrief kan verklaren, o.m. de wisselbrief met twee partijen (zie de kritiek in de zin van Friedel, nr 46, blz. 63; - Lescot et Roblot, I, nr 302 blz. 331).

(26) Andere verschillen tussen de wisselbrief en de delegatieovereenkomst zijn niet minder belangrijk, maar spruiten uit de wettelijke regeling en worden o.m. verklaard door de incorporatie van de opdracht tot betalen in een waardepapier. Men denke aan de regeling van het regres van de houder, het verval, de verjaring enz.

(27) Zie A.P.R., Tw. *Delegatieovereenkomst* door Jan Ronse, nr 22; - in die zin ook: De Page, *L'obligation abstraite*, blz. 48.

(28) Vgl. De Page, VI, nr 887, blz. 874, en nr 907, blz. 888.

(29) Art. 2036 en 2012 B.W.; - Cass., 24 mei 1901, Pas., 1902, I, 263. De borg is verplicht de hem bekende verweermiddelen te laten gelden: De Page, VI, nr 877, B, blz. 862, en nr 933, blz. 909; - Vgl. de formulering in art. 502 O.R. en § 768 B.G.B.

(30) De Page, VI, nr 860, blz. 843.

(31) Art. 11, W. 1 juli 1956.

(32) De Page wil een onderscheid maken tussen abstracte verbintenis en niet tegenstelbaarheid van verweermiddelen. De abstracte verbintenis zou een verhaalsrecht tegen dezelfde schuldeiser onderstellen, terwijl bij niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen het verhaalsrecht bestaat tegen een derde die partij was in de grondverhouding (zie De Page, *L'obligation abstraite*, blz. 185).

Het zal er precies op aankomen te weten of het al dan niet mogelijk is dat een abstracte verbintenis, in de zin van De Page, zou kunnen ontstaan tussen twee causaal onmiddellijk verbonden partijen. Maar in elk geval betekent abstracte verbintenis, in materiële zin, een verbintenis met niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen geput uit de fundamentele rechtsbetrekking (vgl. Friedel, *De l'inopposabilité des exceptions*, nr 85, blz. 120).

(33) De *onmiddellijke partijen* zijn diegene die, — in tegenstelling tot de *verwijderde partijen*, — verbonden zijn in de onderliggende verhouding die tot het geven en nemen van de wisselbrief aanleiding geeft. Deze terminologie is ontleend aan het Engelse wisselrecht; *immediate parties* t.o.v. *remote parties* (vgl. Byles, *Bills of exchange*, 21, uitg. door Megrah, blz. 147).

(34) Capitant, *o.c.*, nr 42, blz. 97.

(35) Vgl. o.m. Van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, 3e uitg., nr 112, blz. 209 en volg.

(36) Zie omtrent dit onderscheid: Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, blz. 110; - Scheltema en Wiarda, blz. 54 en volg.; - Molengraaff, II, blz. 372 en volg.; - De Grooth, *De Schuldbekentenis*, blz. 14 en volg.; - Oser-Schönenberger, *Obligationenrecht*, ad art. 17, blz. 111; - Guhl. *Obligationenrecht*, 4e uitg.; § 12, III, b, blz. 85 en § 102, blz. 689; - Staehelin, *Die Novation*, blz. 84 en volg.; - Simonius, blz. 244; - Jacobi, *Wechsel und Scheckrecht*, § 36, blz. 275 en volg. Hueck, *Schuldrecht*, § 129, 2, blz. 387; - Larenz, *Schuldrecht*, II, § 59, blz. 264 en volg.; - Vgl. in het Belgisch recht: Piret, J.T., 1950, blz. 555; - Maeyens, L. *De abstracte verbintenis van de acceptant tegenover de trekker houder, R.W.*, 1958-59, kol. 1554.

(37) De Page zou in dit verband alle regelen van het wisselrecht op één enkele grondslag tot één enkele willen herleiden, nl. door het verweer en het verhaalsrecht van de acceptant uit te stellen tot na de voorafgaande betaling (*L'obligation abstraite*, blz. 177). In dit streven ligt de vergissing van het systeem besloten.

Heel het wisselrecht der eenvormige wet is gebaseerd op een onderscheid tussen verschillende belangenconflicten en druist hierdoor regelrecht in tegen een herleiding van de grondig verschillende situaties, tot één enkele strak geregelde.

Dit komt duidelijk tot uiting o.m. uit de regeling van de niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen in artikel 10, 17, 18 en 19. Verder in de regeling vervat in artikel 69 met betrekking tot de vervalsing van wisselbrieven, en zoveel andere.

Zo is het ook dat een abstracte verbintenis slechts kan bestaan in een driepartijenverhouding. De Page heeft zonder meer het fundamentele onderscheid miskend tussen tweepartijenverhouding en driepartijenverhouding, waar hij beide over één kam wil scheren door ze te onderwerpen aan de regel die hij kort en klaar formuleerde « payez d'abord, réclamez ensuite » (o.c., blz. 184).

Welnu, bepalend is de rechtmatigheid van de aanspraak van de derde die vreemd is aan de onderliggende verhouding. Dit is het geval voor de delegataris, de schuldeiser die betaling vordert van de borg ... De betwisting nopens de onderliggende verhouding moet geschieden tussen andere partijen, daarentegen zal in een tweepartijenverhouding de schuldenaar zich bevinden tegenover de schuldeiser, jegens

dewelke hij het bestaan en de omvang van zijn schuld kan betwisten op grond van de onderliggende verhouding waarin zij beide verbonden zijn en blijven.

(38) Vgl. art. 1988 C.C. Ital.; - 17 O.R. Het abstracte *Schuldversprechen* en de abstracte *Schuldanerkenntnis* (§§ 780 en 781 B.G.B.) verschillen van het Franse systeem slechts hierin dat ze gesteund zijn op de nodeloos gecompliceerde opvatting dat de betalingsbelofte of schuldbekentenis op zich zelf een verrijking van de schuldeiser uitmaken tegen dewelke de *Bereicherungsklage* mogelijk is, en, bijaldien de schuldenaar zou aangesproken worden, ook de *Bereicherungseinrede* (Vgl. Larenz, *Schuldrecht,* II, § 59, blz. 265; Heck, § 129, 1, blz. 387; - Vgl. de critiek van het systeem in : Dabin, *La théorie de la cause,* nr 326, blz. 311; - Simonius, *o.c.,* blz. 243 en volg.; - Staehelin, *o.c.,* blz. 69).

Over het verschil tussen de schuldbekentenis en de wisselbrief, zie verder nr 57.

(39) Men kan bezwaarlijk De Page bijtreden waar hij in dit verband op het Engelse recht beroep doet om er een abstracte verbintenis (in materiële zin) tussen onmiddellijk verbonden partijen te ontdekken (De Page, *L'obligation abstraite,* blz. 91 en volg.; blz. 135 en volg.)

Vooreerst dient onderstreept te worden dat de *consideration* van het Engelse recht geenszins mag verward worden met de *causa* in het continentale recht. Ondanks zekere verwantschap berust de identificatie van beide begrippen op een misverstand (David, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre,* blz. 209; - Lee, *An introduction to Roman-Dutch Law, 4e uitg.* (1946), blz. 226; - Hood Philips, *A first book of English Law,* 2e uitg. (1953), blz. 242; - Vgl. Goria, *Il contratto* (1934), I, blz. 339 en noot; - Maeyens, *R.W.,* 1958-59, noot 29; - Vgl. ook De Keyser L., *« Consideration » en oorzaak. - Een vergelijking tussen het Engels en Belgisch recht, R.W.,* 1959-60, 617 en volg.

Het leerstuk van de *consideration* dient in het Engelse recht als een speciaal vereiste voor de geldigheid, van de vormloze vergeldende overeenkomsten, waardoor zij onderscheiden wordt van de vormlijke verbintenis *under seal* of *deed,* de enige die onder kosteloze titel mogelijk is (Buckland and Mc Nair, *Roman Law and Common* Law, 2e uitg. (1952) door Lawson, blz. 228; - Lawson, *The rational strength of english law,* blz. 44; - Wilson, J.F., *Principles of the Law of contract (1957),* blz. 41. M.a.w. de *consideration* geldt als teken of symbool van het vergeldend karakter der verbintenis : « it is nothing more or less thans the sign and symbol of bargain » (Cheshire and Fifoot, *The law of contracts,* 4e uitg. (1956), blz. 58)

In geen enkel opzicht mag in de *consideration* de functie gezocht worden die aan de *causa* toebedeeld wordt in het continentale recht.

In elk geval heeft de *consideration* niet de betekenis van de onderliggende verhouding die de rechtsgrond uitmaakt van de aangegane verbintenis (Men herinnert zich dat in artikel 1988 C.C. Ital. het woord *causa* op passende wijze vervangen wordt door *il rapporto fondamentale* bij de regeling van de schuldbekentenis zonder vermelding van rechtsgrond). Lawson merkt zeer precies op met betrekking tot de schuldbekentenis zonder vermelding van rechtsgrond : « This type of causa has no connexion wathever with consideration » (Buckland and Mc Nair, *o.c.,* door Lawson, blz. 232).

Het *contract under seal* of *deed* is ouder dan de doctrine der *consideration* en zodoende hieraan niet onderworpen (Halsbury, *Laws of England,* X, Tw. *Deed,* blz. 164, noot d; Chitty. *On contracts,* 2e uitg. (1955) I, nr. 8, blz. 6). Het gaat er over een verouderde instelling van het Engelse recht waaraan oorspronkelijk wellicht een abstract karakter kon toegekend worden zoals dit in de Romeinse *stipulatio* het geval was. Zo bestond er tegen deze akte slechts de exceptie *non est factum* (Cheshire and Fifoot, 4e uitg. (1956), blz. 5 en noot 2). Dit blijkt niet meer het geval sedert de versmelting van de *Common Law* met de *Equity.*

De Page heeft beweerd dat in het moderne Engelse recht, de schuldenaar, aangesproken op grond van een *deed,* geen enkel verweermiddel zou kunnen laten gelden en dat alle verhaalsrecht zou uitgesloten zijn, uitgezonderd wegens onrechtmatige oorzaak *(L'obligation abstraite,* blz. 93).

Integendeel laat het moderne Engelse recht toe aan de schuldenaar wanneer hij aangesproken wordt op grond van een *act under seal,* hiertegen een beroep te doen op *agreement by parol* die door partijen werd nageleefd (*Central London Property Trust Ld v. High Trees House Ld.,* (1947) K.B. 130). In elk geval dient de *deed* van het Engelse recht niet tot het scheppen van een abstracte verbintenis, en schept hij ze helemaal niet.

(40) De Page, *L'obligation abstraite,* blz. 122 en volg.

(41) Staehelin, *o.c.,* blz. 69; - vgl. in die zin : Dabin, J., *La théorie de la cause,* nr. 326, blz. 311. Zie boven, de voetnoot in nr 19.

(42) Larenz, *Schuldrecht,* II, § 59, blz. 264; - Vgl. Megniel, E., *De la déclaration de volonté, Rev. Trim. Dr. Civ.,* 1902, blz. 553.

(43) De Grooth, *De Schuldbekentenis,* blz. 31 en volg.

(44) Vgl. Asser-Anema-Verdam, *Van Bewijs,* vijfde uitg. blz. 191.

(45) Zie A.P.R., Tw. *Delegatieovereenkomst* door Jan Ronse, nr 100.

(46) Het cassatiearrest van 17 november 1958 (*Pas.* 1959, I, 278, *J.T.,* 1959, 350; *R.G.A.R.,* 1959, 6329) beslist niets anders dan dat de regelen van de strafvordering de eis tot vrijwaring niet toelaten voor de strafgerechten.

(47) Zie hierover Fransen, G., *Le dol dans la conclusion des actes juridiques,* blz. 144.

(48) Ihering, *Esprit du droit Romain,* vert. de Meulenaere, IV, blz. 109, noot 156.

(49) De Zwitserse hoogleraar Guhl acht het als vanzelfsprekend dat de schuldenaar tegen de onmiddellijke partij de verweermiddelen uit de onderliggende rechtsverhouding kan opwerpen, op grond van de beschouwing : « dasz die Wechselforderung nicht dazu dienen soll, dem Glaübiger einem Vorteil zu verschaffen, auf den er nach den Grundsätzen von Treu und Glauben aus dem jeweiligen Rechtsverhältnis zu dem Wechselschuldner keinen Anspruch hat » (Guhl, *Obligationenrecht,* § 102, blz. 690; — zie ook Simonius, *o.c.,* blz. 244).

Dit argument wordt door Van Ryn en Heenen tot de reeks sentimentele argumenten gerekend (*J.T.,* 1960, blz. 167, nr 12).

(50) De Page, *L'obligation abstraite,* blz. 178.

(51) De Page, *o.c.,* blz. 179.

(51bis) Vgl. Scheltema en Wierda, blz. 59.

(52) *Friedel, o.c.,* nr 72, blz. 103; — Larguier, *o.c.,* nr 202, blz. 215; — De Grooth, *De Schuldbekentenis,* blz. 28, blz. 30 en volg.; — Molengraaff, II, blz. 391; Vgl. ook Mossa, *Trattato della cambiale,* 3de uitg. nr 453, blz. 400 en volg.

(53) Simonius, *o.c.,* blz. 244.

(54) Vgl. ook De Grooth, *De Schuldbekentenis,* blz. 30 en volg.

(55) Zie dienaangaande Planiol et Ripert, III, nr. 373, blz. 355; - Asser-Scholten, *Zakenrecht,* blz. 95; - Boehmer, *Einfuhrung in das bürgerliche Recht,* blz. 223 en volg.; - Vgl. De Page, Traité, V, nr 1035, blz. 94.

De Page neemt aan dat deze regel slechts t.o. van derden geldt (*L'obligation abstraite,* blz. 216). Dit is slechts juist wat de materiële functie betreft. Tussen partijen geldt de formele functie.

(56) Er dient slechts aan herinnerd te worden dat het verschil tussen de acceptant en de andere wisselschuldenaars helemaal niet gelegen is in de maat van de abstractie der verbintenissen. Het verschil bestaat integendeel in de bijzondere toestand van de acceptant, die door zijn acceptatie *Haupt und Endschuldner* van de wissel wordt.

Hoofdschuldenaar vooreerst, d.i. een schuldenaar jegens dewelke de houder geen enkele verplichting van wisselnaarstigheid (*Wechseldiligenz*) heeft, vervolgens in die zin dat zijn betaling alle wisselverbintenissen uitdooft, terwijl integendeel de betaling door een wisselgarant geschiedt *recuperatio,* zoals de Italianen het uitdrukken, en niet *solutorio,* zodat het de garant toegelaten is na zijn betaling regres uit te oefenen tegen zijn voorgangers.

(57) Vgl. Hrb. Brussel, 15 oct. 1953, *J.T.,* 1955, blz. 78 met noot Beyens; - R.P.D.B., Tw. *Traite,* nr 830. In de verhouding trekker-acceptant blijft de hypothese van een in betalinggeving buiten beschouwing. Deze kan zich immers slechts voordoen bij het geven en nemen van een op een derde getrokken wisselbrief.

(58) *L'obligation abstraite,* blz. 179.

(59) De Page, *Traité,* III, nr 590, blz. 563; - R.P.D.B., Tw. *Traité,* nr 831, met aangehaalde rechtspraak; - Hrb. Kortrijk, 14 november 1953, *R.W.,* 1953-54, 1884; - Brussel, 5 december 1955, *R.C.J.B.,* 1956, 271; - Hrb. Oostende, 27 juni 1957, *R.W.,* 1957-58, 733; - Lescot et Roblot, I, nr 80, blz. 99; Scheltema en Wiarda, *o.c.,* blz. 53; - Asser-Rutten, *Verbintenissenrecht,* I, blz. 359 en 429.

(60) Vgl. Meijers, *Algemene begrippen,* blz. 119; - Von Thur, *Obligationenrecht,* I, § 5, blz. 34.

(61) Met name de Franse auteurs Thaller en Percerou, nr 1562, blz. 934. Anderen denken er niet aan; en de vraag kan gesteld worden of De Page deze hypothese niet eenvoudigweg vergeten heeft bij de opsomming en de bespreking van mogelijke oplossingen die gegeven kunnen worden aan de problemen van de wederzijdse invloed van de wisselschuld en de voorafbestaande schuld (cfr. *L'obligation abstraite,* blz. 171 en volg.).

(62) Meijers, *o.c.,* blz. 119.

(63) Een dergelijk verschijnsel was reeds in het Romeinse recht bekend met het *Constitutum debiti* of de *pecunia constituta.*

Dit is een der weinige *pacta praetoria.* Hierdoor verbond de schuldenaar zich tot betalen van een vroeger bestaande schuld, op een strengere wijze dan de oorspronkelijke verbintenis.

Oorspronkelijk kon het *constitutum* slechts een geldsom tot voorwerp hebben, in de na-klassieke tijd echter ook vervangbare waren.

De schuldenaar beloofde betaling op een vaste termijn. In de verdere evolutie kon deze termijnbepaling achterwege blijven en was de schuld derhalve, zoals in de hedendaagse zichtwissel, ten allen tijde eisbaar. Justinianus bepaalde dat in dergelijk geval de schuldeiser over een termijn van tien dagen beschikte.

In het classieke recht onderscheidde men twee soorten. de oudste, het *constitutum debiti proprii,* waardoor de schuldenaar betaling belooft van zijn eigen schuld, en een jongere vorm, het *constitutum debiti alieni,* waardoor betaling van andermans schuld beloofd wordt.

Alleen de eerste interesseert ons hier.

De sanctie, door de praetor bepaald, is de *actio de pecunia constituta.* Ze houdt een strenge processtraf in : de verliezer moest een gedeelte van het gevorderde bedrag betalen als *paena,* nl. de afgewezen eiser, ofwel de schuldenaar, in laatste geval boven het bedrag van zijn eigen schuld. Deze sanctie had het *constitutum debiti* gemeen met de *condictio certae pecuniae* door de *sponsio et restipulatio tertiae partis.* Bij het *constitutum debiti* bedraagt de *paena* de helft van het betwiste bedrag (Gaius, IV, 171).

De praetor liet toe een druk uit te oefenen op de schuldenaar door hem de eed op te dragen « non calumniae causa infitias ire » (Gaius, IV, 172), m.a.w. dat hij niet op tergende wijze zijn schuld betwist.

Dit *pactum* werd aangewend wanneer de schuldenaar om uitstel vroeg. Het gaf dan aan de schuldenaar een even krachtig wapen in de hand als de rechtsvordering uit de *stipulatio* (Van Oven, nr 181 a, blz. 307 en volg.). Het

maakte ook de overeenkomst tussen afwezigen mogelijk, waar de *stipulatio* niet mogelijk was (Girard, blz. 601).

Later werd het ook gebruikt om *nuda pacta* verbindend te maken. Men ging eerst het *nudum pactum* aan en dan het *constitutum debiti*. In dat geval sprak men van *pactum geminatum*.

Men heeft in de *actio de pecunia constituta*, veeleer dan de sanctie van een overeenkomst, de idee gezien dat de ontrouw aan het gegeven woord moest gestraft worden (Girard, blz. 600 en volg.). Men bemerke in dit verband ook, dat het *constitutum debiti* een voorafbestaande schuld onderstelt, maar een zelfstandige *actio*, de *actio de pecunia constituta* doet ontstaan.

Ook het verband met de oorspronkelijke verbintenis werd door de Romeinen behandeld, zoals Girard schrijft: « On ajoute assez souvent qu'il produira en outre une exception, l'exceptio pacti, ou l'exception de dol, pour repousser l'action ancienne, quand les parties qui ont fait le constitut ont voulu atteindre par là, jure praetoris, les mêmes résultats qu'aurait produits jure civili une stipulation novatoire, écarter l'obligation ancienne en même temps qu'il en naissait une nouvelle sanctionnée par l'action de pecuniae constituta, soit entre les mêmes parties, soit entre de nouvelles. Nous sommes portés à croire, qu'il devait en être ainsi quand telle avait été l'intention des parties. Mais il faut bien reconnaître que les textes ne le supposent guère. Cela tient sans doute à ce que, dans les cas les plus nombreux, l'intérêt pratique poursuivi trouvait mieux son compte à ce que le créancier gardit son ancienne créance à côté de la nouvelle » (Girard, *Manuel élémentaire de droit Romain*, vierde uitg. (1906), blz. 603).

(64) Cass., 25 juni 1914, *Pas.*, 1915-16, I, 18.

(65) Fontaine, *Les Novelles, De la lettre de change*, nr. 49 en volg.

(66) Fontaine, *o.c.*, nr. 308. Ik heb in deze zin t.o. van de oorspronkelijke tekst, de woorden *in principe* gebezigd, i.p.v. op fatale wijze. Van Ryn en Heenen hadden terecht opgemerkt dat de uitdrukking te sterk was (J.T., 1960, blz. 166, nr 9 in fine). Zij erkennen nochtans in voetnoot 13 dat de nodige nuancering volgde.

Toch staat het vast dat, geïnspireerd door Fontaine, het Senaatsverslag textueel voorhoudt: « Pour que la lettre de change remplisse sa mission, le tiré accepteur doit être obligé au paiement, indépendamment du point de savoir s'il est débiteur ou non » (*Parlem. Besch., Senaat, Zittijd* 1947-48, *Doc.* nr 40, ad art. 13, blz. 24).

(67) Noot Piret, R., *Les effets juridiques de l'acceptation de la lettre de change entre le tireur et le tiré, J.T.*, 1950, blz. 553 en volg., voornamelijk blz. 555.

(68) *Parlem. Besch.*, 1947-48, nr 40, blz. 24 en volg.; *Pasin.* 1953, blz. 226, nr 266 en volg.

(69) Fredericq en De Backer, X, nr 88, blz. 219 en nr 96, blz. 243; - del Marmol, *Revue de la Banque*, 1955, bez. 70; - Van Ryn et Heenen, II, nr. 1454, blz. 388 en volg.; - De Page, *L'obligation abstraite*, blz. 103 en volg.

Verschillende rechtbanken van koophandel volgen deze stelling: Hrb. Oostende, 3 februari 1955, *R.W.* 1954-55, 1563; *J.T.*, 1955, 322; - Brussel, 15 maart 1955, *J.T.*, 1956, 148; - Hrb. Luik, 21 maart 1955, *Jur. Liège*, 1954-55, 222; - Hrb. St. Niklaas 26 april 1955, *R.W.*, 1954-55, 1730; - Hrb. Luik, 16 juni 1955, *Jur. Liège*, 1955-56, 32; - Hrb. St. Niklaas, 18 october 1955, *R.W.* 1955-56, 204; - Hrb. Luik, 16 februari 1956, *Jur. Liège*, 1955-56, 172; *J.T.*, 1956, 427; *Rev. Banque*, 1956, 231; - Hrb. St. Niklaas, 3 april 1956, *R.W.*, 1956-57, 1127; - Hrb. Luik, 27 juli 1956, *Jur. Liège*, 1956-57, 180, *J.T.* 1956, 549; - Hrb. Oostende, 14 mei 1958, *J.T.*, 1958, 386; - Hrb. Brussel, 31 maart 1959, in zake Van De Moortele t. S.A. Sacomin, *onuitg.*; - Vred. Jehay-Bodegnée, 10 januari 1960, *Jur. Liège*, 1959-60, 223.

(70) De Page, *L'obligation abstraite*, blz. 168; - Van Ryn et Heenen, II, nr 1456, blz. 390; - Vgl. Hrb. Oostende, 3 februari 1955, *R.W.* 1954-55, 1563; - Hrb. St. Niklaas, 26 april 1955, *R.W.*, 1954-55, 1730.

(71) Hrb. St. Niklaas, 3 april 1956, *R.W.*, 1956-57, 1127.

(72) Vgl. De Page, *Etudes sur la compétence civile*, II, 168 en volg.; - Garsonnet et Cézar - Bru, *Traité de procédure civile et commerciale*, 3e uitg., I, nr 454 en volg., blz. 713 en volg.

(73) R.P.D.B., Tw. *Compétence en matière civile et commerciale*, addendum nr 6; - Pierson, *Les Novelles, Procédure civile*, I, nrs 1009 en 1011.

(74) Het reeds aangehaalde arrest van het hof te Brussel van 25 november 1959 (*J.T.*, 1960, 358) toonde de onduldbare tegenstrijdigheid in dit systeem aan.

(75) Fredericq et De Backer, X, nr 16, blz. 56 en volg.; nr 17, blz. 60; nr 19, blz. 64 en volg.; - vgl. Debeus, *Rev. Banque*, 1955, blz. 357 en 385; - Hrb. Brussel, 4 december 1958, *J.T.*, 1959, 476, *Jur. Comm. Brux.*, 1959, 273. Vanzelfsprekend onderzoeken de rechtbanken de verweermiddelen van de acceptant wanneer de trekker het debat over de onderliggende verhouding aanvaardt: zie o.m. Hrb. Kortrijk, 6 februari 1960, *R.W.*, 1960-61, 1207.

(76) De Page, *L'obligation abstraite*, blz. 117. Deze auteur verwerpt terecht in dit verband de idee van de gerechtelijke schuldvergelijking, vermits er geen schuldvordering bestaat in hoofde van de betrokkene, zie boven nr 36 in de tekst.

(77) In die zin Fredericq et De Backer, X, nr 97, blz. 249 en noot; - R.P.D.B., Tw. *Traite*, nr. 876; - De Page, *L'obligation abstraite*, blz. 120 vlg.; - Brussel, 15 maart 1955, *J.T.*, 1956, 148; - Hrb. Brussel, 31 maart 1959, *Jur. Com. Brux.*, 1959, 125.

(78) Vgl. del Marmol, *Rev. Banque*, 1954, blz. 559.

(79) Zie hierover del Marmol, *A propos de la mention de la provision sur la lettre de change, J.T.*, 1955, 375.

(80) Arminjon et Carry, nr 197, blz. 218; - Vgl. Fredericq et De Backer, X, nr 19, blz. 69.

(81) Cass., 23 december 1897, *Pas.*, 1898, I, 43.

(82) Reichsgericht, 12 februari 1935, von Caemmerer, *Internationale Rechtssprechung zum genfer einheitlichen Wechsel - und Scheckrecht*, blz. 43.

(83) Vgl. Wat het verwante probleem van de loutere vermelding van de onderliggende overeenkomst in de delegatie aangaat: Vred. Brussel, 2e kant., 20 februari 1962, *R.W.*, 1961-62, 1767; - A.P.R., Tw. *Delegatieovereenkomst*, door Jan Ronse, nrs 155 en volg.

(84) Vgl. Fredericq et De Backer, X, nr 96, blz. 245 en volg.

(85) Hrb. Luik, 19 januari 1955, *Jur. Liège*, 1954-55, blz. 197; *Rev. Banque*, 19 januari 1955, blz. 66; - Vgl. Fredericq et De Backer, X, nr 96, blz. 246; deze auteurs aarzelen.

Anders: Hrb. St. Niklaas, 26 april 1955, *R.W.*, 1954-55, 1730; *Rev. Banque*, 1955, blz. 215; - Hrb. Luik, 16 februari 1956, *Jur. Liège*, 1955-56, 172; *J.T.*, 1956, blz. 427; *Rev. Banque*, 1956, 231.

(86) Dabin, L., *Les rapports tireur-tiré-accepteur en droit allemand, Rev. Banque*, 1956, blz. 21 en volg.; - vgl. ook Maeyens, *R.W.*, 1958-59, 1537 en volg.; - zie verder Dabin, L., *Fondements du droit cambiaire allemand*, Luik 1959.

(87) Zie hierover o.m. Molengraaff, *o.c., II*, blz. 379 en volg.; - Scheltema en Wiarda, *o.c.*, blz. 45 en volg.; - Jacobi, *o.c.*, § 69, blz. 528 en volg.; - Schumann, *Handelsrecht*, II, § 29, blz. 301 en volg.; - Heck, *Recht der Wertpapiere*, § 8, IV, blz. 43 en volg.; - Rehfeldt, *Wertpapierrecht*, § 6, blz. 15 en volg.; - Larenz, *o.c.*, § 60, II, blz. 273 en volg.; - Ennecerus-Lenmann, *Schuldrecht*, § 208, blz. 793 en volg.; - Friedel, *o.c.*, nr 41 en volg., blz. 57 en volg.

(88) Senaatsverslag, *Parlem. Besch.*, 1947-48, nr 40, blz. 25; *Pasinomie*, 1953, blz. 586, nr 267; - Fredericq et De Backer, X, nr 88, blz. 219 en nr 96, blz. 240; - Vgl. Gent, 24 mei 1957, *R.W.*, 1957-58, 817.

(89) Fontaine, nr 416, en nr 431.

(90) Zie de verwijzingen in de noot van nr. 42. - Anders, als alleenstaande auteur: Gierke, *Das Recht der Wertpapiere*, § 10, III, blz. 54.

(91) In die zin: Hueck, *o.c.*, § 8, blz. 45; - Rehfeldt, *o.c.*, § 6, blz. 17; - Schumann, *o.c.*, II, § 29, blz. 305; - Jacobi, *o.c.*, § 36, blz. 284 en noot 2; - Molengraaff, II, blz. 381; - Friedel, *De l'inopossabilité des exceptions*, nr 125, blz. 190.

Van Ryn en Henen betitelen dit argument als « un peu mince » (*J.T.*, 1960, blz. 166, nr 5).

Ik heb het niet uitgevonden, maar sluit mij hierbij aan bij verschillende auteurs wier bevoegdheid in het wisselrecht bezwaarlijk kan miskend worden. De regeling van art. 29 is trouwens het enige argument niet (zie verder nr 44).

Hierbij moet ook onderstreept worden dat de theorie die door Fontaine voorgehouden wordt wel die is van de eenzijdige wilsverklaring *die geen kennisgeving behoeft* (zie o.m. Fontaine, *o.c.*, nr 67 en volg., 416, 431).

De eenzijdige wilsverklaring zoals die door Van Ryn en Heenen wordt begrepen, beantwoordt niet meer aan die opvatting; zij eisen een uiting van de verklaarde wil. Dit kan moeilijk anders begrepen worden dan een mededeling aan, en ontvangst door een beneficiaris van de wilsverklaring. Zodoende veroordelen zij ook de hier bestreden theorie, waarvan niets anders overblijft dan een benaming die verwarring sticht.

(92) Geny, *Science et technique en droit privé positif*, III, nr 223, blz. 210.

(93) Scheltema en Wiarda, *o.c.*, blz. V; - Scholten, *Algemeen doel*, blz. 72 en volg.; - Vgl. Dabin, J., *La technique de l'élaboration du droit positif*, blz. 200.

(94) Jacobi, *o.c.*, § 69, II, blz. 529; - Lescot et Roblot, nr 89, blz. 30.

(95) Men mag er hierbij aan herinneren dat de theorie van het contract ondersteld werd in de memorie van toelichting tot het Belgische wetsontwerp van invoering der eenvormige wet met betrekking tot artikel 28 (*Pasin.* 1953, blz. 548), evenals in de memorie van toelichting van de Nederlandse wet (Scheltema en Wiarda, blz. 291).

(96) Zie dienaangaande o.m. Larenz, II, § 60, 275.

(97) Brussel, 25 november 1959, *J.T.*, 1960, 358.

(98) Vgr. Van Maele, *Les Novelles, Droit Bancaire*, blz. 461, nr 61.

(99) Molengraaff, II, blz. 391.

(100) Fontaine, nr 59.

(101) Fontaine, nrs 61 en 433.

(102) Fredericq et De Backer, X, nr 16, blz. 56 en volg.; - Van Ryn et Heenen, II, nr. 1456, blz. 391 en nr. 1585, blz. 467; - Hrb. Oostende, 3 februari 1955, *R.W.*, 1954-55, 1563; *J.T.*, 1955, 332; - Hrb. St. Niklaas, 18 october 1955, *R.W.*, 1955-56, 1204; - Hrb. Luik, 16 febr. 1956, *Jur. Liège*, 1955-56, 172; *J.T.*, 1956, 427; - Hrb. St. Niklaas, 3 april 1956, *R.W.*, 1956-57, 1127; - Hrb. Oostende, 14 mei 1958, *J.T.*, 1958, 386.

(103) Zie over de respijttermijnen : Planiol et Ripert, VII, nr 1017, blz. 325; - De Page, I, nr 146, blz. 193.

De tijd vereist voor het onderzoek van tegenstelbare verweermiddelen werd in de Belgische rechtspraak niet gelijkgesteld met respijttermijnen die reeds door de wisselwet van 1872 waren verboden.

(104) Met betrekking tot artikel 445 van de Faillissementswet wordt het geven van een wisselbrief gelijkgesteld met een betaling in speciën, enkel en alleen in de zin van die voormelde bepaling, d.w.z. ten einde er de nietigheid van uit te sluiten ten aanzien van de failliete boedel. In geen enkele andere betekenis kan het geven van een wisselbrief met een betaling gelijkgesteld worden (Zie Gent, 17 juni 1916, *Pas.*, 1917, II, 133; - Hrb. Kortrijk, 14 nov. 1953, *R.W.*, 1953-54, 1884; - Van Maele, *Remise d'un effet de commerce en règlement d'une dette, Rev. Banque*, 1952, blz. 900.

(105) Hueck, § 7, blz. 29.

(106) Capitant, *Etudes Gény*, II, blz. 214.

(107) Men herleze wat Radbruch in dit verband schreef: « Aber selbst wenn die in der Begründung des Gesetzes ausgesprochene Meinung eines Gesetzesverfassers unwidersprochen geblieben ist, braucht sie für die Auslegung nicht massgeblich zu sein. Sie ist wie die Meinung eines späteren Auslegers nur ein unverbindlicher Auslegungsversuch, kein entscheidendes Auslegungsmittel. Denn der Gesetzgeber, dessen Willen es zu ermitteln gilt, ist nicht der Gesetzesverfasser, sondern der Staat, und der Staat spricht nicht in den Vorarbeiten des Gesetzes sondern ausschliesslich im Gesetze selbst. Das Gesetz aber kann klüger sein als seine Verfasser, der Ausleger das Gesetz besser verstehen, als sie es verstanden haben.

So ist juristische Interpretation nicht Nachdenken eines Vorgedachten, sondern zu Ende Denken eines Gedachten, ein unlösbares Gemisch reproduktiver und produktiver, theoretischer und praktischer, erkennender und schöpferischer, objektiver und subjektiver, wissenschaftlicher und überwissenschaftlicher Elemente. Sie geht von der philologischen Interpretation des Gesetzes aus, um über sie bald hinauszugehen — wie ein Schiff bei der Ausfahrt vom Lotsen auf vorgeschriebenem Wege durch die Hafengewässer gesteuert wird, dann aber unter der Führung des Kapitäns auf freier See den eigenen Kurs sucht » (Radbruch, *Etudes Gény*, II, blz. 217; - vgl. ook Scholten, *Algemeen deel*, blz. 55 en volg.; - Germann, O.A., *Méthodes d'interprétation et problèmes fondamentaux du droit*, blz. 6 en volg.).

Een typisch voorbeeld van kritische waardering der parlementaire werken, met verwerping van de oplossing die eruit voortvloeide, nu er een meer doelmatige was die er mede in tegenstrijd kwam: Noot L.C. onder Cass., 14 februari 1944, *Pas.*, 1944, I, 208.

(108) *Parlem. Besch. Senaat, Zittijd* 1947-48, nr 40, blz. 3 en volg.

(109) Dumon et Rigaux. *La Cour de justice des communautés Européennes et les juridictions des Etats membres, Ann. Dr. Sc. Pol.*, 1958-59, tiré à part, blz. 3.

(110) De Page, *o.c.*, blz. 112, en blz. 113, noot 1.

(111) Fredericq et De Backer, X, nr. 19, blz. 64; - Van Ryn et Heenen, II, nr 1454, blz. 389.

(112) Fredericq et De Backer, X, nr 181, blz. 510, en noot; Van Ryn et Heenen, II, nr. 1650, blz. 506.

(113) De Page, *o.c.*, blz. 104 en volg. Ik heb nergens beweerd, — in strijd met wat zij mij verwijten (J.T., 1960, blz. 167, voetnoot 17) dat Van Ryn en Heenen deze stelling zouden verdedigd hebben. Zij is bij mijn weten uitsluitend door De Page voorgehouden geweest.

(114) Scheltema en Wiarda, *o.c.*, blz. 518; - Lescot et Roblot, I, nr 78 en volg., blz. 98 en volg.; - Arminjon et Carry, *o.c.*, nr 32 en volg. blz. 48 en volg.; - vgl. in dezelfde zin: Fontaine, *o.c.*, nr 1180.

(115) R.P.D.B., Tw. *Traite*, addenda october 1953, blz. 2, kol. 2, nr 221.

(116) Cass., 28 juni 1956, *Pas.*, 1956, I, 1196; *J.T.*, 1956, 490; - Cass., 10 dec. 1959, *Pas.*, 1960, I, 426.

(117) Cass., 20 februari 1951, *Pas.* 1951, I, 410; Cass., 20 october 1952, *Pas.*, 1953, I, 70; - Cass., 16 juni 1953, *Pas.*, 1953, I, 817.

(118) Cass., 12 dec. 1961, *J.T.*, 1962, 278.

(118bis) Rb. Charleroi, 25 november 1961, J.T. 1962, 353. — Het ging weliswaar over de eis van een derde - houder, die echter, ten processe, de rechten van de trekker beweerde uit te oefenen.

(119) Senaatsverslag, *Parlem. Besch. Senaat*, 1947-48, nr 40, blz. 25; *Pasinomie*, 1953, blz. 586, nr 267, 2°; - De Page, *o.c.*, blz. 111.

(120) *Nederland:* Scheltema en Wiarda, blz. 63 en blz. 161; - Molengraaff, II, blz. 391 en blz. 421.

Frankrijk: Vógeli, R., *La provision de la lettre de change*, nr 68 ter, blz. 114 en volg.; Lescot et Roblot, I, nr 77, blz. 97, nr 316, blz. 347 en nr 457, blz. 512; - Lescot, Noot onder Alger, 10 juli 1937, *S.* 1938, II, 145; - Houin, *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1950, blz. 247 en blz. 620; - Friedel, *De l'inopposabilité des exceptions en matière d'effets de commerce*, nr 99, blz. 144; - In de rechtspraak, na enige aarzelingen: Cass. fr., 13 mei 1942, *S.* 1942, I, 122.

Duitsland. Jacobi, *o.c.*, § 36, blz. 288 en § 71, VI, blz. 554.

Zwitserland: Guhl, *o.c.*, § 102, blz. 690; - Staehelin, *o.c.*, blz. 89.

(121) Op deze plaats zou een argumentering moeten besproken worden die door De Page wordt naar voren gebracht.

Op grond van rechtsvergelijkende beschouwingen zou men volgens hem in het buitenlandse recht tot hetzelfde resultaat komen langs de omweg van het procesrecht, meer bepaald door de regelen van het wisselproces.

Deze vraag behoort tot de methode van de functionele rechtsvergelijking en is aldus zeker belangwekkend.

Vooralsnog kan hierop niet uitvoerig ingegaan worden.

Voorlopig beperken wij ons tot het Duitse recht. De Page oordeelt dat de regelen van het Duitse procesrecht voor de acceptant een even strenge toestand scheppen als in het door hem voorgehouden systeem. Nochtans moet het opvallen dat deze auteur zeer belangrijke punten vergeet, terwijl hij overigens een zekere verwarring pleegt tussen het *Wechselprozess* als variante van *Urkundenprozess* en het *Wechselmahnverfahren* als variante van het *Mahnverfahren*.

Het wisselproces is onderverdeeld in *twee phases van één zelfde geding, voor dezelfde rechter.*

Slechts in de eerste plaats worden de verweermiddelen beperkt tot de bewijsvoering door documenten, terwijl de eed en de ondervraging van partijen er ook toelaatbaar blijven.

Het vonnis op de eerste phase geveld is een *Vorbehaltsurteil*, waarin het verweer in de daaropvolgende phase voorbehouden wordt (§ 599 Z.P.O.). In de tweede phase van *hetzelfde proces* (het *Nachverfahren* — § 600 Z.P.O.) —, is er geen enkele beperking meer in de verweermiddelen die de schuldenaar kan laten gelden (Bernhardt, *Grundriss des Zivilprozesrechts*, § 54, blz. 184). Deze rechtspleging is niet beperkt tot de rechtsvordering tegen de acceptant, maar is gemeen voor elke wisselvordering, bv. diegene waarin de verweermiddelen bedoeld in artikel 17 E.W. aan de houder tegenstelbaar zijn. In tegenstelling hiermede is het systeem door De Page verdedigd uitsluitend beperkt tot de rechtstreekse vordering van de trekker tegen de acceptant.

Tenslotte is de bijzondere procesregeling voor de schuldvorderingen die door geschrift bewezen zijn (*Urkundenprozess*), meer bepaald het eigenlijke *Wechselprozess* en zijn variante het *Wechselmahnverfahren* (zie § 592 en volg. Z.P.O.) geregeld door de wet en nl. door het wetboek voor procesrecht, waaruit onze wetgever zich op nuttige wijze zou kunnen inspireren bij de hervorming van het procesrecht, maar waarvoor de tussenkomst van de wetgever onmisbaar is.

Terecht mocht L. Dabin schrijven dat de Duitse rechtspleging in werkelijkheid niets gemeens heeft met de Belgische oplossing (*Rev. Banque*, 1956, blz. 60).

Er mag aan toegevoegd worden dat het geen passende techniek is wanneer men met grondregelen een aangelegenheid wil oplossen die uitsluitend thuis hoort in de procedure en nl. het middel om aan de schuldeiser zo spoedig mogelijk een uitvoerbare titel te bezorgen.

Ongetwijfeld zou een hervorming in die zin wenselijk zijn, niet alleen terzake van wisselbrieven, maar voor alle schuldvorderingen die door geschrift bewezen kunnen worden. Dergelijke hervorming zou het moeten mogelijk maken na een eerste rechtspleging waarin de verweermiddelen beperkt zijn, een voorlopig maar uitvoerbaar vonnis te laten uitspreken, — eventueel mits borgstelling, — zoals dit in het Zwitserse recht is bepaald (art. 183 *Schuldbetreibungs und Konkursgesetz*; - vgl. art. 64 in fine van de Italiaanse wisselwet).

(122) Van Ryn et Heenen, II, nr. 1455, blz. 390. Het gaat zo ver dat Van Ryn en Heenen in hun repliek (*J.T.*, 1960, blz. 167, voetnoot 19) menen beroep te mogen doen op een zelfde verklaring van artikel 17 in de Duitse doctrine, doch ten onrechte. Ze beperkten zich tot een verwijzing naar L. Dabin blz. 396 wiens uiteenzetting nochtans niet heel duidelijk voorkomt.

Nu is het zeker dat L. Dabin zich daar aansluit bij Hildebrandt, *Wertpapierrecht - Allgemeiner Teil*, blz. 70 en volg. Om alle misverstand op te ruimen citeer ik hem hier textueel. Onder de *Einreden* die door art. 17 niet tegenstelbaar verklaard zijn aan de derde houder te goeder trouw somt Hildebrandt op o.m. de *Gegenrechte* die ontstaan... « vor allem aus dem der Wechselziehung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis: so Bereicherungsrechte wegen Nicht- oder Nichtmehrbestehens der Schuld, für die der Wechsel zahlungshalber gegeben wurde; so *Ansprüche* auf *Rückgabe* des sog. Depot — (Sicherheits-) wechsels, wenn eine zu sichernde Forderung weder besteht noch in Zukunft zu erwarten ist; so Wandlungs- oder Minderungsansprüche, aber auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags aus dem zugrundeliegenden Kauf » (blz. 71).

Het gaat dus wel over de verweermiddelen die in de tekst van nr 54, dus in ruime en traditionele zin begrepen worden.

(123) Vgl. Percerou et Bouteron, nr 84, blz. 70; - Zie ook Lescot et Roblot, I, nr 77, blz. 97.

(124) De Page, *o.c.*, blz. 168; - Hrb. Luik, 21 maart 1955, *Jur. Liège*, 1954-55, 222; - Hrb. St. Niklaas, 4 febr. 1958, *R.W.*, 1958-59, 1129.

(125) Brussel, 25 november 1959, *J.T.*, 1960, 358.

(126) Lescot et Roblot, I, nr 77, blz. 97.

(127) Simonius, A., *Ueber die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, - Festgabe der Basler Juristenfakultät zum Schweizerischen Juristentag.* Basel (1942), blz. 244.

Zie ook: Friedel, *De l'inopposabilité des exceptions en matière d'effets de commerce*, nr 99, blz. 144:

« Mais l'inopposabilité n'a pas non plus lieu de s'appliquer, lorsque le porteur est le sujet propre de l'exception par laquelle le débiteur tend à se libérer: le porteur ayant été le concontractant du débiteur, l'on ne voit pas quelle raison pourrait faire décider que ce dernier ne peut lui opposer une exception fondée sur la nullité ou l'extinction de l'obligation née de ce contrat, et qui ne liait qu'eux-mêmes ».

Zie ook verder, nr 109 en volg., blz. 163 en volg., meer bepaald nr 112, blz. 165, en nr 113, blz. 167: « si le porteur du titre se trouvait être le sujet du rapport sur lequel le débiteur fonde ses exceptions, la loi du rapport contractuel devait l'emporter ».

De regel geldt slechts wanneer de wisselbrief verhandeld is en in handen van een derde houder kwam.

(128) Waarschijnlijk hebben Van Ryn en Heenen deze vaststellingen niet bemerkt, wanneer zij schijnen te begrijpen dat ik de situatie van de trekker zou gelijkschakelen met die waarin de schuldeiser van een schuldbekentenis zonder vermelding van de rechtsgrond zich krachtens art. 1132 B.W.bevindt (*J.T.*, 1960, blz. 167, nr 11, c, en voetnoot 16). Zij verwijzen naar een tekst van de verhandeling die buiten zijn verband gerukt wordt. Hun argument dat art. 85 aldus slechts dezelfde draagwijdte heeft als art. 1132 B.W. treft niet. Dit is ook het geval in Frankrijk met art. 116, vierde lid *C. Comm.* waarvan de draagwijdte eveneens met art. 1132 C. Civ. samenvalt (zie o.m. Voegeli, R., *La provision de la lettre de change*, nr. 68 ter, blz. 114 en volg.).

(129) De Page, *L'obligation abstraite*, blz. 181.

(130) del Marmol, *J.T.*, 1955, 378; *Rev. Banque*, 1954, 560; in die zin Hrb. Luik, 16 febr. 1956, *J.T.*, 1956, 427; *Jur. Liège*, 1955-56, 172; *Rev. Banque*, 1956, 231.

(131) Calais-Auloy, J., *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, nr 245, blz. 196.

(132) Staehelin, *o.c.*, blz. 89.

5. AUTEURSRECHT

HET MOREEL RECHT VAN DE AUTEUR

door

Prof. Pierre KLUYSKENS

Docent aan de Universiteit te Gent.

Ofschoon Kant het reeds op het einde van de XVIIIe eeuw, zij het dan nog tamelijk vaag schetste, en de meeste rechtsgeleerden het sindsdien impliciet erkenden, werd het begrip « Moreel recht van de auteur » pas voor het eerst op konkrete en ekspliciete wijze in de nationale wetgevingen en in de Internationale Konventie geformuleerd, toen de moderne wetgeving inzake Auteursrechten, ontstaan na de Franse Omwenteling, ruim anderhalve eeuw in voege was.

Onze basiswet van 22 maart 1886, evenmin als de Konventie van Bern van 9 september 1886, hebben dit bepaald aspekt van het Auteursrecht nader omschreven en het was slechts bij de tweede herziening van de Bernkonventie, te Rome op 2 juni 1928 (in België bekrachtigd door de wet van 16 april 1934), dat het nieuwe artikel 6bis het vraagstuk van het moreel recht ekspliciet behandelde : « Behalve de patrimoniale auteursrechten, en zelfs na afstand van deze, behoudt de auteur het recht het vaderschap van zijn werk op te eisen, alsook dit van zich te verzetten tegen elke verandering, verminking of andere wijziging van zijn werk, waardoor zijn eer en zijn faam zouden worden aangetast ».

Dit begrip werd verder uitgewerkt en verduidelijkt bij een volgende herziening van de Konventie, te Brussel op 26 juni 1948 (in België bekrachtigd door de wet van 26 juni 1951).

Men kan zich afvragen hoe het komt dat een essentieel bestanddeel van het Auteursrecht, niet eerder, en zelfs niet ab initio, werd opgenomen in de redaktie van de Internationale Konventie en in de moderne wetgevingen ?

De oorzaak dient hoofdzakelijk gezocht te worden in de oriëntering welke aan de wet op de Auteursrechten werd gegeven onmiddellijk na de Franse Revolutie.

Daarbij dient ook de nadruk gelegd te worden op de remmende rol gespeeld door de eindeloze en soms steriele diskussies van de rechtsleer gedurende gans de XIXe eeuw en zelfs nog heden ten dage.

Artikel 6bis is op deze diskussies niet ingegaan, wat voor gevolg had dat een aantal netelige punten in verband met het moreel recht van de auteur niet werden aangeraakt, als b.v. het ontstaan van het moreel recht, het al dan niet eeuwigdurend karakter van dat recht en het probleem van de vervreemdbaarheid.

Het stelsel der Privilegies vóór de Franse Omwenteling gehuldigd, onderwierp de auteur, op geestelijk plan, aan de willekeur van het hoger gezag of de vorst, op materieel plan, aan de eisen en het arbitraire van de uitgevers.

De moderne wetgever kon dan ook in dit embrionaal recht geen enkele waardevolle grondslag ontdekken en begrijpelijk liet hij zich in de eerste post-revolutionaire wetteksten (Dekreet van 13 januari 1791, Dekreet van 19/22 juli 1791, Wet van 19 juli 1793) leiden door een uitgesproken wil van reaktie tegen de misbruiken van het Ancien Régime. Zijn hoofdbekommernis was een degelijke, doelmatige bescherming te verzekeren en de auteur, « eigenaar » van zijn werk, materiële en financiële voordelen te verschaffen : « de toutes les propriétés, verklaarde Lakanal, verslaggever van de wet van 1793, la moins susceptible de contestation, c'est sans contredit, celle des productions du génie, et si quelque chose doit étonner, c'est qu'il ait fallu reconnaître cette propriété, assurer son exercice par une loi positive ».

Door het auteursrecht nolens volens te willen verbinden aan het eigendomsrecht, verhoorde de wetgever ontegensprekelijk de wensen van de toenmalige auteurs die in de allereerste plaats aandrongen op ernstige waarborgen en stoffelijke voordelen, doch hij verloor uit het oog dat een dergelijk stelsel onmogelijk alle belangen van de auteur kon beschermen, allerminst zijn niet-patrimoniale rechten.

De theorie die in het Auteursrecht een vorm van het gewone eigendomsrecht wil zien, moest vrij vlug prijsgegeven worden : men had in een van die aan de grote geestelijke en sociale omwentelingen eigen reakties, een onmiddellijk doel nagestreefd en zich meer om praktische, spektakulaire resultaten dan om juridische theoriën bekommerd, zodat men niet had ingezien dat een der essentiële eigenschappen van het eigendomsrecht, nml. het « usus » ontbrak of althans, van de auteur, in handen van een derde of van derden overging, en vooral dat de morele rechten onmogelijk konden thuis horen in deze theorie.

Een eerste kentering tekende zich in Frankrijk af met de theorie van het uitbatingsmonopolie, waarbij het publiek als tegenprestatie voor de dienst door de auteur bewezen, hem een tijdelijk monopolium van uitbating verschuldigd is, theorie die een zekere verwantschap vertoont met het stelsel door talrijke wetgevingen gehuldigd inzake uitvindingsoktrooien.

De zeer konventionele grondslag van dat stelsel, alsmede het feit dat het bijna hoofdzakelijk het auteursrecht afstemt op een materiële uitbating, tonen voldoende aan hoe onvolledig het was ; het helde dan ook dra over naar de theorie van het Kliënteelrecht, waarmede Roubier (Le droit de la propriété industrielle, Parijs 1952), een deel van de Franse rechtsleer aan zijn zijde kreeg, subtiele theorie die tegenover het vaste en verworven recht van de eigenaar, het losser recht van de auteur stelt, die in funktie van de belangstelling welke hij met zijn oeuvre bij het publiek kan afdwingen, kliënteel en voordelen zal verkrijgen.

In Duitsland en in België werd het probleem onder een gans verschillende gezichtshoek belicht.

In Duitsland namelijk orienteerde men het Auteursrecht naar het Persönlichkeitsrecht dat de ereplaats aan het moreel recht verleende daar het werk hoofdzakelijk ad valorem, een schepping van de persoonlijkheid van de auteur uitmaakt, terwijl de patri-

moniale rechten er totaal aan ondergeschikt moeten blijven en hun oorsprong vinden, niet in de schepping zelve, doch enkel in de mededeling aan het publiek.

Deze idealistische theorie, waaraan de toenmalige romantische filosofie niet vreemd was, hield het niet lang vol : zij druiste regelrecht in tegen de vigerende wetteksten en verleende een al te geringe plaats aan de patrimoniale rechten voor dewelke, zelfs in die periode, de auteurs ver van onverschillig bleven.

Köhler deed de beslissende stap in de richting van de juiste omschrijving van het moreel recht van de auteur, toen hij duidelijk deed uitschijnen dat het Auteursrecht, uit hoofde van het intellektueel karakter van zijn voorwerp, van een gans biezondere natuur is.

Dit voorwerp, — literaire of artistieke schepping, — is een immaterieel, onlichamelijk goed en het auteursrecht kan dan ook aan het gewone eigendomsrecht niet verbonden worden, daar dit enkel op lichamelijke goederen slaat. Köhler roept dienvolgens een nieuwe kategorie rechten in het leven, de rechten op lichamelijke goederen, het Immaterialgüterrecht dat bescherming en materiële voordelen waarborgt doch het moreel, het Individualrecht niet opslorpt dat zich parallel met de patrimoniale rechten ontwikkelt. Dat moreel recht behoeft ten andere geen afzonderlijke wettelijke bescherming, daar de auteur steeds het algemeen personenrecht dat hem als individu beschermt, zal kunnen inroepen.

Köhler's theorie welke het begrip moreel recht in een nieuw daglicht had gesteld, vertoonde niettemin zware gebreken : zij verbrak het traditioneel kader van het Auteursrecht en, door het moreel recht rechtstreeks te verbinden aan het personenrecht, sloot zij het praktisch van de wetgeving op de auteursrechten uit.

De theorie had echter de Duitse rechtsleer zo sterk beïnvloed, dat de reaktie onder de vorm van een terugkeer tot het unitair stelsel, dat zich tegen een splitsing van het auteursrecht in twee afzonderlijke rechten verzet, vrij lang uitbleef.

De determinerende rol door Köhler in Duitsland gespeeld, kwam in België Edmond Picard toe. De hoofdgedachte van zijn theorie die naderhand werd gepreciseerd door de Borchgrave en overgenomen door Dabin, is dat het auteursrecht op de gedachte zelve en niet op hare uitwerking slaat : « son objet propre n'est autre qu'une conception de l'esprit. C'est dans le respect de cette conception, dans la faculté de pouvoir seul l'exercer, la communiquer ou ne pas la communiquer au public, dans l'aptitude au bénéfice exclusif des profits de toute nature, honorifiques ou pécuniaires qu'elle comporte, que consiste le profit, l'émolument du droit d'auteur ».

Het auteursrecht aldus gedefinieerd, kan niet begrepen worden in de Justiniaanse drieledige verdeling der rechten ; een vierde kategorie, van de intellektuele rechten, waaronder ook de auteursrechten begrepen worden, moet er aan toegevoegd worden.

De theorie die morele en patrimoniale rechten als twee attributen van eenzelfde recht aanziet, heeft meer dan de andere stelsels bijgedragen om het debat op te klaren en het begrip moreel recht te omschrijven, de nadruk geplaatst wordende op de geestelijke schepping en de persoonlijkheid van de auteur.

Indien zelfs heden, geen eensgezindheid kon bereikt worden nopens het al dan niet unitair of dualistisch karakter van het auteursrecht, hebben de talrijke stelsels en de lange diskussies niettemin voor gevolg gehad in het Auteursrecht, aanvankelijk ten onrechte beschouwd als een eigendomsrecht, de voorrang te verlenen aan het geestelijk aspekt waaruit het moreel recht spruit.

Bij de herziening van de Bernkonventie te Rome in 1928 en te Brussel in 1948, heeft men opzettelijk vermeden stelling te nemen in de diskussies welke de verschillende scholen verdelen, ten einde de redaktie van het nieuwe aan het moreel recht gewijde artikel niet te moeten verdagen. Aldus werd het unitair of tweeledig karakter van het auteursrecht buiten schot gelaten en heeft men in 1948 een Frans voorstel strekkende tot de erkenning van het principe van de onvervreemdbaarheid van het moreel recht verworpen.

Deze houding heeft het mogelijk gemaakt de voornaamste eigenschappen van het moreel recht in de tekst van het artikel 6bis op te nemen, nml.

— het recht voor de auteur te bepalen of het werk al dan niet voltooid is, zodat het ogenblik van het bekend of openbaar maken, van de mededeling aan het publiek, van zijn wil afhankelijk gesteld wordt ;

— het recht gans zijn leven, het vaderschap tegen elke verminking van het werk te mogen opeisen ;

— het recht zich niet enkel te verzetten tegen elke verandering, verminking of wijziging, doch tevens tegen elke andere aanslag welke, zelfs buiten het geval van wijziging van het werk, schadelijk kan zijn voor zijn eer en faam, aanslag welke b.v. kan voortspruiten uit een bepaalde aanwending van het werk.

Deze bepalingen zijn door de Konventie opgelegd aan al de aangesloten landen ; de nationale wetgevingen blijven enkel bevoegd voor het bepalen van de verweermiddelen die in geval van krenking van het in de Konventie omschreven recht, de auteurs ter hand worden gesteld, als b.v. de bevoegde rechtbank of de aard van de sanktie.

Het artikel 6bis maakt een duidelijk onderscheid tussen de bescherming ante en deze post mortem verleend.

Zolang de auteur leeft, is zijn recht volledig en wordt hij beschermd iure conventionis, hetgeen in zich sluit dat de nationale wetgevingen door de gebiedende tekst van de Konventie gebonden zijn.

Post mortem, bestaat de bescherming enkel in de mate van de nationale wetgeving, doch in elk geval even lang als de bescherming van de patrimoniale rechten, welke in de meeste landen, ook in België blijven bestaan tot 50 jaar na de dood van de auteur, en in geval van medewerking tussen verschillende auteurs, tot 50 jaar na het afsterven van de langstlevende auteur.

Het blijft echter de landen vrij te bepalen dat het moreel recht voor een langere termijn zal beschermd worden en zelfs dat het eeuwigdurend zal zijn.

De Konventie van Bern neemt dus vrede met het vastleggen van een principe, zonder de grond van het probleem aan te raken, zonder zelfs te verklaren waarom het moreel recht op de erfgenamen of rechthebbenden overgaat, waarom de nationale wetgevingen mogen bepalen dat het eeuwigdurend zijn kan.

Er is nochtans een belangrijk verschil tussen de bescherming die aan de auteur zelve, aan de schepper van het werk wordt verleend, en de bescherming die de erfgenamen en rechthebbenden kunnen opeisen.

Voor de uitoefening van de partimoniale rechten handelen de erfgenamen of rechthebbenden als per-

sonen die in het patrimonium van de erflater een waarde of goed vinden welke nog kan uitgebaat worden, produktief is. Voor de uitoefening van het moreel recht integendeel, dat verbonden is aan de persoon en de persoonlijkheid van de auteur, worden zij beschouwd als personen die om reden van familiebanden of vriendschapsbanden (wanneer het om legaratissen gaat), verondersteld worden er moreel belang bij te hebben dat het werk van de rechtsvoorganger zou geëerbiedigd blijven, ook na zijn dood.

Een begrenzing in de tijd voor de uitoefening van dat recht lijkt dus wel weinig logisch en verdedigbaar te zijn.

Vroeg of laat zal dit vraagstuk door een tekst van de Konventie moeten opgelost worden, zoals een aantal andere problemen die tegenwoordig de Rechtspraak voor een soms zeer delikate taak stellen, b.v.

— de geldigheid van de overeenkomst waarbij een auteur zijn moreel recht zou afgestaan hebben ;

— het moreel recht van de auteur wiens werk onder de naam of de handtekening van een derde is verschenen of openbaar gemaakt ;

— het probleem van de kunstenaar die zich kontraktueel verbonden heeft een bepaald kunstwerk uit te voeren en zich naderhand aan zijne verplichtingen wil onttrekken ;

— het karakter van het recht op eerbied van het werk. Is die verplichting van degene die materieel eigenaar wordt van het werk absoluut of moet de auteur wijzigingen dulden die geen krenking van zijn persoonlijke rechten uitmaken, b.v. de aanvulling door de uitgever van een tekst of rubriek in een Encyclopaedie bij een nieuwe uitgave, de wijziging in boeken bestemd voor het onderwijs, enz.;

— het probleem van het in overeenstemming brengen van het principe bevat in artikel 6bis van de Konventie en dat van artikel 544 B.W. dat aan de eigenaar wordt van het werk absoluut of moet de streng doorgevoerde toepassing van artikel 6bis zou aldus de eigenaar van een huis kunnen beletten, zonder de toestemming van de architekt, de minste wijziging aan gevel of binnenschikking aan te brengen.

Dit zijn zovele vraagpunten die vooralsnog door de rechtspraak, meestal naar gelang de feitelijke omstandigheden, moeten opgelost worden, een rechtspraak die veelal voortgaat op een zeer verdeelde en uiteenlopende rechtsleer, en waarover de Konventie zich onvermijdelijk, bij een volgende herziening, zal moeten uitspreken.

DE LEGE FERENDA IN VERBAND MET HET CITAATRECHT IN NEDERLAND EN BELGIE

door

Dr. Mr. Frans VAN ISACKER

Advocaat aan de Balie te Mechelen.

Doctor juris der Gem. Universiteit te Amsterdam.

1. Citeren, leert ons van Dale (1), is « een schrijver, zijn werk, een gezegde, iemands woorden aanhalen, gewag maken van ». In het auteursrecht dekt deze term echter een veel ruimer begrip, vermits daaronder mede wordt verstaan het « overnemen », zoals de Nederlandse Auteurswet 1912 (art. 16) het uitdrukt, van korte uittreksels, of zelfs gehele gedichten, in bloemlezingen, althans voor zover deze bestemd zijn voor het onderwijs. Het lijdt geen twijfel dat de Belgische uitgever van 1886 door de verruiming van dit begrip ook het Franse taalgevoel geweld heeft aangedaan. Zulks werd trouwens reeds opgemerkt tijdens de bespreking in de Kamer, welke het stemmen van de Belgische auteurswet van 22 maart 1886 voorafging, en wel door de om zijn koppige hardnekkigheid gekende Woeste : « On fait une citation à l'appui de ce qu'on dit soi-même, d'une thèse qu'on developpe, d'une preuve qu'on apporte, etc. Mais publier des extraits ou des morceaux provenant d'autres auteurs, ce n'est plus faire de citations, c'est faire une publication spéciale » (2). Wanneer de wetgever het art. 13 aldus opstelde : « Le droit de l'auteur n'exclut pas le droit de faire des citations lorsqu'elles ont lieu dans un but de critique, de polémique ou d'enseignement » dan was het wel zeker zijn bedoeling, aan de term citations een extensive betekenis te geven : onder citeren werd mede verstaan het opstellen van bloemlezingen « dans un but d'enseignement », dus bestemd voor het onderwijs. De bespreking van het art. 13, alleen al in de Kamer, is te duidelijk om dit ernstig in twijfel te kunnen trekken (3). De meeste rechtsgeleerden hebben zich dan ook bij deze waarheid neergelegd (4) ; een minderheid heeft gemeend haar te kunnen betwijfelen (5), maar deze minderheid werd nog niet zo lang geleden in het ongelijk gesteld door een goed gemotiveerd vonnis van de Rechtbank van Brussel (6). Is de vrede sindsdien hersteld en neemt men thans algemeen aan, dat citeren ook wil zeggen bloemlezingen samenstellen ? Wij geloven het wel, al blijft er één uitzondering te bespeuren in de persoon van Pierre Recht (7). In Nederland is er nooit en kon er uiteraard moeilijk diskussie ontstaan over de uitgebreidheid van het begrip *citeren,* vermits de wet de term *overnemen* gebruikt en er uitdrukkelijk aan toevoegt dat dit overnemen in bloemlezingen mag gebeuren.

2. Het hoger geciteerd vonnis van Brussel vergenoegt er zich niet mee de bewering te staven, dat het samenstellen van bloemlezingen wordt gedekt door de term citeren ; het houdt ook een onderscheid in, nl. dat het samenstellen van bloemlezingen, zonder de voorafgaandelijke vergunning van de auteur, slechts getolereerd wordt door de bepalingen van art. 13 der Auteurswet 1886, voor zover het gaat om bloemlezingen bestemd voor het onderwijs. Wij zijn overtuigd dat deze mening helemaal beantwoordt aan de tekst en de bedoelingen van art. 13. De wet zegt : « dans un but de critique, de polémique ou d'enseignement ». Nu komt het ons evident voor, dat de vereisten van de kritiek en de polemiek nooit de noodzakelijkheid in het leven kunnen roepen om bloemlezingen samen te stellen. Wij hebben al gehoord van kritische en polemische geschriften, ja van hele boeken, en als

deze werken doorspekt zijn van citaten in de enge betekenis van het woord, dan beantwoorden zij gewis aan de bedoeling van de wet. Maar van de andere kant geloven wij niet dat een bloemlezing kan worden samengesteld met het uitsluitend doel, om op zich zelf dus, literaire kritiek of polemiek te voeren. Bloemlezingen in het kader van art. 13 kan men zich alleen indenken met een pedagogisch doel : de schooljeugd een overzicht te geven van een bepaalde literatuur. Vandaar dat het vonnis van de rechtbank van Brussel gelijk heeft de bestemming voor het onderwijs als een conditio sine qua non te beschouwen. Zuiver bellettristische bloemlezingen, als « Het breviarium der Vlaamse lyriek » van Marnix Gijsen en « De Nederlandse poezie in honderd verzen » of « Nieuwe geluiden » van Dirk Coster, vallen derhalve niet onder de tolerantie van art. 13 der Auteurswet 1886.

Toch schiet het vonnis van Brussel op een punt te kort. Naar onze mening volstaat het niet dat de bestemming voor het onderwijs van de bloemlezing zuiver extrinsiek zou zijn. Een boekje samengelezen proza of poezie, waarvan de ondertitel zou luiden, « samengesteld voor het onderwijs », zou, geloven wij, in dit opzicht te kort schieten aan de door de wet vereiste criteria. Men mag aannemen dat bloemlezingen slechts dan op een waardige wijze een pedagogisch karakter vertonen, wanneer deze eigenschap ook blijken zal uit intrinsieke hoedanigheden : het situeren van de overgenomen stukken in hun literair-historisch kader; het verklaren van zekere literaire tendensen ; bio- en bibliografische notities en dies meer. Kortom, de schooljeugd moet, ook buiten de overgenomen tekst, iets uit de bloemlezing kunnen leren, zoniet is de bestemming voor het onderwijs een loutere bewering, die niet beantwoordt aan de werkelijkheid en derhalve valt zij niet meer onder de tolerantie van art. 13.

Is deze toedracht van zaken dezelfde in Nederland ? Wij geloven dat zulks niet helemaal het geval is, vermits de wet zegt : « in bloemlezingen en andere werken bestemd voor het onderwijs *of een ander wetenschappelijk doel* ». Is het ondenkbaar een bloemlezing samen te stellen met een *ander,* maar werkelijk *wetenschappelijk,* dus niet louter bellettristisch, doel dan het onderwijs ? De kwestie werd bij ons weten in de praktijk nog niet gesteld, maar het formuleren van de vraag alleen, wijst er reeds voldoende op dat de Nederlandse wet in ruimere termen is gesteld dan de Belgische.

3. Nog een ander probleem stelt zich in verband met de bloemlezing. Valt een boekje, dat slechts een keuze bevat van één enkel auteur, gesteld dat het op duidelijke wijze bestemd is voor het onderwijs, nog onder de toepassing van art. 13 ?

Pierre Poirier zegt neen (8). Helaas, laat hij het na zijn opinie te demonstreren. Noch in de wet, noch in de parlementaire dokumenten, vinden wij argumenten om deze zienswijze kracht bij te zetten. Van het ogenblik dat men samenleest uit verscheidene werken, ook al weze het uit het oeuvre van één enkel auteur, heeft men met een bloemlezing te doen. Uit de Nederlandse wet blijkt het uitdrukkelijk en in België blijkt het uit de voorbereidende werken tot de wet, dat bloemlezingen met een bepaalde bestemming, zonder de toestemming van de auteur mogen worden samengesteld. Uit niets blijkt echter, dat aan het begrip bloemlezing een restriktieve betekenis werd gegeven.

4. In de auteursmiddens is men van oordeel, en wij geloven terecht, dat de tolerantie, om bloemlezingen bestemd voor het onderwijs samen te stellen, dus dat het scheren over éénzelfde kam van het citeren sensu stricto en het overnemen, een onrechtvaardige toedracht van zaken is. Het is niet billijk, dat men het samenstellen van bloemlezingen, ook al wezen ze bestemd voor het onderwijs, als geoorloofd bestempelt, zonder dat men de toestemming van de betrokken auteurs dient in te winnen ; dat men het bovendien kan doen zonder aan de auteur een honorarium te betalen, maakt van deze onbillijkheid een onrechtvaardigheid. Er bestaat geen enkele reden om te veronderstellen dat de auteur, mits een fatsoenlijke honorering, de toelating zou weigeren om zijn werken te laten opnemen in een bloemlezing bestemd voor het onderwijs of enig ander doel. Welnu het feit ener remuneratie staat het maatschappelijk doel van het onderwijs niet in de weg. Zulks wordt des te duidelijker wanneer men in acht neemt dat de samenstellers van bloemlezingen, krachtens art. 2, al. 3 der Bernerkonventie, als auteurs van hun samenstelling worden aangezien en derhalve een auteursrecht kunnen vorderen en dat in de regel ook doen. De samensteller wordt gehonoreerd maar de auteur niet ! Kan het onbillijker ?

De Belgische wetgever heeft niet enkel de taal geweld aangedaan door het begrip citations te verruimen tot wat Woeste noemde « une publication spéciale », maar ook heeft hij, samen met zijn Nederlandse kollega, de rechtvaardigheid geweld aangedaan. Citeren en ontlenen zijn niet alleen taalkundig twee verschillende dingen ; zij verschillen ook wezenlijk van elkaar. In Nederland werd dit reeds opgemerkt door De Beaufort, van wie wij citeren : « Het recht van aanhalen » (droit de citation) is dan ook iets anders dan het recht van overnemen (droit d'emprunt), en zolang deze twee samengekoppeld blijven, zoals thans in artikel 16, is een volkomen bevredigende afbakening van ieders grenzen niet wel mogelijk » (9). De Beaufort stelt een systeem van dubbele wetgeving voor : van de ene kant het citaatrecht, volkomen vrij en zonder verplichting te honoreren, zoals thans het geval is ; van de andere kant het recht om in bloemlezingen over te nemen, wat eveneens zou mogen geschieden zonder de toestemming van de auteur, maar mits de verplichting voorafgaandelijk een passend, en liefst op een of andere wijze vastgelegd, honorarium te betalen. Wij van onze kant, voelen veel meer om met het samenstellen van bloemlezingen gewoonweg terug te keren tot het gemeen recht. Inderdaad, zoals reeds gezegd, laat niets ons toe te veronderstellen dat de auteurs, door hun toestemming te weigeren, de normale gang van het onderwijs zouden in gevaar brengen. Waarom moet er dan worden afgeweken van het gemeen recht ?

5. Dat het citeren, zoals het wordt bedoeld door art. 13 der Belgische wet van 1886, enkel betrekking heeft op literaire werken, kan niet worden betwist : het artikel bevindt zich onder de titel « Du droit d'auteur sur les oeuvres littéraires ». Het baart alleen verwondering dat een scherpzinnig jurist zoals Wauwermans deze evidentie heeft genegeerd (10). Het Hof van Cassatie heeft trouwens degenen die in Wauwermans geloofden in het ongelijk gesteld (11). Deze stellingname van de wetgever kan helemaal geen verwondering baren. Anno 1886 bestond alleen de gewoonte van het literair citeren. De vrije overname van ander auteurswerk drong zich niet op : radio en

televisie waren niet eens hersenschimmen en ook de (foto) grafische pers was weinig ontwikkeld. Geleidelijk is niettemin de noodzakelijkheid zich gaan opdringen, om, naast het citaatrecht van literair werk, ook de mogelijkheid in het leven te roepen om vrijelijk muzikaal en plastisch auteurswerk te citeren. Dit laatste dan onder de vorm van een (foto)grafische reproduktie, desnoods van het gehele werk. Precies het hoger geciteerde Cassatiearrest, waardoor aan de persfotografen het recht werd ontzegd, ter gelegenheid van een tentoonstelling, een schilderij te reproduceren, werd aanleiding in België tot een tussenkomst van de wetgever. Sinds de wet van 11 maart 1958 (12) kennen wij aldus naast het literair citaatrecht, wat wij zouden kunnen noemen het informatief citaatrecht. Door deze wet wordt, onder de nieuwe titel « Afdeling IVbis — Bepalingen gemeen aan de afdelingen II, III en IV », een art. 12bis aan de Auteurswet 1886 toegevoegd, waarvan de tekst luidt : (Eerste alinea :) « De toestemming van de maker is niet vereist voor het verveelvoudigen, opnemen en openbaar maken van korte uittreksels uit werken van letterkunde of kunst, met het doel, door middel van fotografie, cinematografie, radiofonie of televisie, verslag te geven van actuele gebeurtenissen ». (Tweede alinea :) « Dit geldt ook voor de reproduktie en het openbaar maken van plastische werken in hun geheel, maar alleen voor zover de berichtgeving over de actualiteit het vereist ».

6. Hierdoor, mag men zeggen, werd het citaatrecht in België grondig en nutteloos gekompliceerd, en dan nog zonder een bevredigende oplossing te bieden. Immers van de ene kant heeft men het literair citaatrecht, dat zeer beperkt is omdat het enkel betrekking heeft op literaire werken, maar dat tevens ook vrij uitgebreid is omdat het zich uitstrekt tot de gebieden van de kritiek, de polemiek en het onderwijs. Van de andere kant heeft men het informatief citaatrecht, uitgebreid omdat het zich uitstrekt tot alle auteurswerk (13) ; maar tevens beperkt omdat het enkel het domein der informatie bestrijkt. Deze toedracht van zaken heeft voor gevolg, dat het citeren van muzikale werken, b.v. in een muzikologische uiteenzetting voor de radio, of het overnemen van (foto)grafische reprodukties van schilderijen, b.v. in een kunsthistorische verhandeling over de schilderkunst, verboden blijft, vermits noch het een noch het ander een informatorisch karakter vertoont. De Auteurswet 1886 wijzigen, zonder dit tekort te voorzien, was ongetwijfeld wat men kan noemen een wetgevende blunder. Men vraagt zich tevergeefs af hoe het mogelijk was, dat deze tekortkoming is ontsnapt aan de aandacht achtereenvolgens van de Raad van State en de kommissie van Kamer en Senaat, en vooral van de advieskommissie voor auteursrechtelijke aangelegenheden bij het ministerie van openbare opvoeding en kultuur, welke laatste dan toch geacht mag worden een gespecialiseerd instituut te zijn.

7. Dit gebrek werd ingezien door senator De Baeck, welke op 13 november 1957 een wetsvoorstel indiende, in aansluiting aan het wetsontwerp der wet van 11 maart 1958 (14), dat ook nog een art. 21ter aan de Auteurswet 1886 beoogde toe te voegen : « Het auteursrecht sluit geenszins het recht uit citaten of reprodukties te maken, wanneer deze de kritiek, de polemiek of het onderwijs ten doel hebben ». Het wetsvoorstel voorzag bovendien in de afschaffing van het oude art. 13 der Auteurswet 1886. Hierdoor zou wel het tekort, waar wij hoger op wezen, ongedaan zijn gemaakt, maar de Belgische citaatwetgeving zou even gekompliceerd zijn gebleven. Zoals destijds met het ei van Colombus, bestaat er nochtans een zeer eenvoudig middel om te bereiken wat ten slotte iedereen wil : een uniform en adekwaat citaatrecht. Men hoeft alleen art. 13 van plaats te veranderen en het als art. 9bis onder de titel, « Over het auteursrecht in het algemeen » te brengen. En vermits men dan toch bezig zou zijn, kon men meteen de redaktie ervan enigszins wijzigen en verbeteren, en het artikel opstellen als volgt : (Eerste alinea :) « De toestemming van de auteur is niet vereist voor het citeren van een auteurswerk, wanneer het citaat wordt aangehaald met kritische, polemische, wetenschappelijke, pedagogische of informatieve doeleinden » (Tweede alinea :) « Dit geldt ook voor de reproduktie en de mededeling van plastische werken in hun geheel, voor zover deze noodzakelijk is in het kader der hogervermelde bedoelingen ».

8. De Nederlandse auteurswet kwam tot stand op 23 september 1912, dus heel wat later dan in België. Het hoeft dan ook geen verwondering te wekken, dat deze wet hier en daar beter is aangepast aan de evolutie der tijden. Zo stellen wij vast dat art. 16 der Nederlandse wet, waardoor het citeren en overnemen wordt geregeld, in tegenstelling met art. 13 der Belgische auteurswet, van algemene aard is en dus niet beperkt tot de enkele kategorie van literaire werken. Ook strekt het artikel zich niet enkel uit tot het domein van onderwijs en wetenschap, maar eveneens tot de informatie, ja zelfs de advertentie. Het begin van het artikel luidt inderdaad : « Als inbreuk op het auteursrecht op een openbaar gemaakt werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd het overnemen van enkele korte opstellen of gedichten in bloemlezingen en andere werken bestemd voor het onderwijs of een ander wetenschappelijk doel, alsmede in aankondigingen en beoordelingen in nieuwsbladen en tijdschriften ». Wat de plastische werken betreft, preciseert het artikel verder dat « het ganse werk (kan) worden verveelvoudigd, mits die verveelvoudiging door hare grootte of door de werkwijze, volgens welke zij vervaardigd is, een duidelijk verschil vertoont met het oorspronkelijke werk ».

Op het eerste gezicht zal men geneigd zijn te besluiten, dat men hier te doen heeft, met wat wij hoger genoemd hebben een uniform en adekwaat citaatrecht. Dit blijkt nochtans bij nader toezicht niet het geval te zijn. Alsof het citaatrecht voor de wetgever een ezelbruggetje was, vertoont ook dit artikel ernstige tekortkomingen. Ook hier is het informatieve van het andere citaatrecht verschillend. Vooreerst mag men overnemen « in bloemlezingen en andere werken bestemd voor het onderwijs of een ander wetenschappelijk doel » ; vervolgens in aankondigingen en beoordelingen in nieuwsbladen en tijdschriften ». Van de ene kant onderwijs en wetenschap alleen in bloemlezingen en werken, waarvan men mag aannemen dat hierdoor boeken worden bedoeld ; van de andere kant aankondigingen en beoordelingen alleen in nieuwsbladen en tijdschriften. Op de keper beschouwd, is de toestand in Nederland nog gekompliceerder en nog minder bevredigend dan in België. Immers het citeren in verband met de literaire kritiek en polemiek wordt beperkt tot nieuwsbladen en tijdschriften, hetgeen impliceert dat niet wetenschap-

pelijk maar zuiver bellettristisch werk, louter kritische of polemische essays, uitgegeven in boek- of pamfletvorm of hoe het ook weze, anders dan in nieuwsbladen of tijdschriften, geen citaten mogen bevatten, hetgeen de vrije verspreiding der gedachte zeker niet in de hand zal werken. Dus ook in Nederland dringt zich in zekere mate een wetswijziging op ter bevordering van een meer uniform en meer adekwaat citaatrecht. Van de gelegenheid zal men dan vanzelfsprekend best gebruik maken, om ook de meer moderne kommunikatiemiddelen als radio en televisie uitdrukkelijk in de tolerantie van de wet te betrekken.

9. Hiermede menen wij voldoende te hebben gewezen op twee der voornaamste (15) gebreken in de citaatwetgeving in België en Nederland, die toevalligerwijze dezelfde zijn. Zo dringend is een tussenkomst van de wetgever niet, dat een overhaaste en niet gekoncerteerde tussenkomst van de beide wetgevers noodzakelijk blijkt. Binnen kort begroeten wij, op het gebied der warenmerken, de eerste gelijkvormige Beneluxwet. Een gelijkvormige auteurswetgeving, minstens in de Beneluxlanden, lijkt ons evenzeer een na te streven doel. Er bestaat reeds een Nederlandse kommissie tot herziening van de Auteurswet 1912. Het ware wenselijk dat de twee andere regeringen verzocht werden hiertoe bij te treden, om gezamenlijk een gelijkvormige auteurswet tot stand te brengen.

---

(1) 7de dr. 1950.
(2) *Benoidt & Descamps,* Commentaire législatif de la loi du 22 mars 1886 sur le droit d'auteur, Brussel, 1886, III, nr. 106.
(3) *Benoidt & Descafps,* Ibid., III, nrs 105-107 en 238.
(4) *Wauwermans,* Le droit d'auteur en Belgique, Brussel, 1894, nr. 282 ; *Poirier,* Le droit d'auteur (dl II Droits intellectuels, Novelles), Brussel, 136, nr. 124 ; *Remouchamps,* Auteursrecht (dl A4 Administratief lexicon), Brugge, z.d., nr. 61.
(5) R.P.D.B., V° Auteursrecht, nr. 77.
(6) Vonnis van 20 juni 1949, Pas. 1949, III, 40.
(7) *Recht,* Le droit d'auteur en Belgique, Brussel, 1955, pp. 92 en 93, nrs. 4 en 5.
(8) *Poirier,* Ibid., nr. 124.
(9) *De Beaufort,* Auteursrecht, Zwolle, 1932, p. 159.
(10) *Wauwermans,* Ibid., nr. 281.
(11) Arrest van 4 dec. 1952, J.T. 1952, 667.
(12) Stbl. 7 mei 1958.
(13) De wet van 11 maart 1958 zegt : « Werken van letterkunde of kunst », hetgeen de letterlijke vertaling is der terminologie van de Bernerkonventie, « œuvres littéraires et artistiques», waaronder men alle auteurswerk dient te verstaan (zie art. 2 en 10bis der Bernerkonventie). Overigens werd de wet van 11 maart 1958 in de Auteurswet 1886 ingelast onder de titel « Bepalingen gemeen aan de afdelingen II, III en IV », dus hebbende betrekking zowel op literaire, muzikale als plastische auteurswerken.
(14) Parlementaire bescheiden, zittijd 1957-58, Senaat, nr. 9. Dit wetsvoorstel verviel met de ontbinding van het Parlement in 1958.
(15) Er zijn er nog andere, minder belangrijke, waarover uit te wijden ons te ver zou leiden.

6. STRAFRECHT

ERROR JURIS NOCET ?

door

Prof. D. HAZEWINKEL-SURINGA

Em. Hoogleraar aan de Gem. Universiteit te Amsterdam.

Geen wetgever, die ooit strafrecht schiep, heeft op deze vraag het antwoord kunnen ontwijken. Het gaat daarom, of iemand, die de delictsinhoud geheel heeft vervuld zonder evenwel te beseffen daarmee een strafbaar feit te begaan, gewoon moet worden gestraft of dat hij wegens deze dwaling moet worden vrijgesproken. Iedere strafwetgever heeft te kiezen tussen het stelsel van de dolus malus en de leer van het kleurloze opzet. Het eerste betekent dat naast dolus op de delictsbestanddelen besef bij de dader wordt geëist van daarmee te misdoen, zodat bij het ontbreken daarvan het schuldig niet kan worden uitgesproken. Het tweede stelsel beschouwt het besef der wederrechtelijkheid als indifferent en veroordeelt de dader ondanks zijn onwetendheid van de in het geding zijnde norm.

Het is geen vraagstuk van vandaag of gisteren. In de grijze oudheid (1) kende men het reeds ; het canonieke recht heeft er zich door de eeuwen mee bezig gehouden. Ook de moderne staten hebben stelling te nemen in dit probleem, dat in wezen beduidt het zoeken naar een oplossing van de spanning tussen gemeenschap en individu. Immers, het is een sociaal-ethisch vraagstuk. Uitgemaakt moet worden op wie de gevolgen van normonkunde behoren neer te komen, op de maatschappij of op de in onwetendheid zondigende enkeling .

Het schijnt zo vanzelfsprekend bij ignorantia juris de dader vrijuit te laten gaan. Immers waartoe iemand straffen, die zich niet bewust was illegaal te handelen ? Niettemin wordt in onze tijd aan het kleurloze opzet de voorkeur gegeven. Met feitelijke dwalingen is men bereid de hand te lichten, niet met rechtsdwalingen.

Geldt bij wetsonkunde dan nog steeds het wrede : « Stultis non succurritur » ? Neen; het kleurloze opzetstelsel wordt daarom geprefereerd, omdat het de gemeenschap beter beschermt. Consideratie met des daders onwetendheid zou, zoals Duitse rechtsgeleerden het uitdrukten, neerkomen op Mord des Rechts, Gefährdung der Existenz des Staates ; falsche Humanität, unzulässige Schwäche. Het zou betekenen het in de kaart spelen van domheid en lichtzinnigheid, een premie stellen op gedankenlose Bummelei (v. Liszt) ; faulen Ausreden der Täter Vorschub leisten, zoals het Reichsgericht zich uitdrukte. Kwade elementen zouden zich beroepen op hun onbekendheid met verbod of gebod of daarop, dat zij op het moment van hun daad niet aan het strafbare zouden hebben gedacht. Zo zouden feiten in affecttoestand begaan veel met vrijspraak moeten eindigen ; immers bewijs van het wel hebben bestaan van besef der strafbaarheid op het beslissende ogenblik zal zelden te leveren zijn.

Uit crimineel-politiek oogpunt bezien verdient de leer van het kleurloze opzet ook daarom de voorkeur, omdat deze grote bewijsmoeilijkheden afsnijdt. Bij het dolus malus-stelsel moet het vervolgende orgaan immers waar maken, dat de verdachte de strafwet wel heeft gekend, dat hij zich harer bewust was op het moment van zijn gedraging, dat hij ook begreep dat deze door haar werd bestreken. Immers ook op deze laatste soort dwaling, de subsumptiedwaling, zou herhaaldelijk een beroep worden gedaan, dat het Openbaar Ministerie dan zou moeten ontzenuwen.

Voorstanders der dolus malus-leer erkennen deze zware last. Zij menen die te kunnen verlichten door in plaats van het bewijs van bekendheid met de strafnormen te verlangen bewijs van besef der Pflichtwidrigkeit (Merkel, Liepmann), der Staats- of Gesellschaftswidrigkeit (zu Dohna), der Kulturnormwidrigkeit (M.E. Mayer) etc. In ons land was het Zevenbergen, die felle voorstander van de dolus malus-leer die volstaan wilde met het bewijs van het zich bewust zijn der schadelijkheid. Maar ook bij deze afzwakking van de dolus malus eis tot besef van het cultureel, maatschappelijk of ethisch verkeerde blijft de taak van het O.M. een ondoenlijke, eerstens omdat al wat omgaat in des daders psyche uiterst moeilijk te bewijzen is, tweedens omdat bij tal van delinquenten niets van dit alles leeft en eigenlijk ook niet leven kan. Het gevoel van te kort schieten uit het oogpunt van cultuur of moraal kan niet opkomen bij een grote menigte strafbare feiten. Bij vele gemeentelijke strafverordeningen kan het besef van onbehoorlijkheid niet als indicator fungeren voor het vinden van de juiste weg. Hetzelfde geldt, behalve voor vele overtredingen ook voor de in crisis-en oorlogstijd geschapen misdrijven, die in hun wezen met goed of kwaad niet van doen hebben. Het zijn plaatselijke en tijdelijke omstandigheden, die hen doen geboren worden, door vele burgers noch gekend, noch begrepen. Maar zelfs bij de commune delicten komen onverstand en dwaling herhaaldelijk voor, b.v. bij vreemdelingen of bij hen, die door ziekte of anderszins lang buiten het rechtsverkeer hebben geleefd. Tal van wetten zijn daarbij zo ingewikkeld, dat leken dikwijls niet weten met haar in conflict te geraken, hetgeen overigens ook kan voorkomen als de rechterlijke macht tot een andere interpretatie overgaat.

Als het O.M. in deze en dergelijke gevallen het besef der wederrechtelijkheid of enig aequivalent daarvan moet bewijzen zal het dikwijls falen. Dan zal vrijspraak moeten volgen. Met Savigny kunnen we dan zeggen : das Interesse des Staates duldet das nicht.

Alleen in geval van recidive zal de eerste vrijspraak de dader wellicht het foute van zijn gedraging hebben geopenbaard, waarbij dan het vervolgende orgaan later kan aanknopen. Maar hoe dit ook zij, de kracht en de greep van het strafrecht wordt bij de dolus malus-leer afhankelijk van het subjectieve inzicht of gebrek aan inzicht van het schade- of gevaarzettende individu en verliest zijn objectief karakter.

Het is op grond van deze en dergelijke overwegingen, dat in 1886 de nederlandse wetgever het kleurloze opzetstelsel heeft gekozen, er dus van uitgaande dat de gedraging zoals hij haar verbiedt of gebiedt een wederrechtelijke is, maar dat enig verder vereiste te dien opzichte niet mag worden gesteld. Aldus de memo-

rie van toelichting ; de strafwet zelf wijdt aan de error juris geen enkel woord.

Maar al is daarmee de samenleving effectiever beschermd en het O. M. bevrijd van een onmogelijke bewijslast, de bezwaren van dit systeem zijn ook geen geringe. De leer van het kleurloze opzet kan en zal dikwijls hard en onbillijk werken t. a. v. de enkeling. Het kwetst het rechtsgevoel, als het staatsbelang door hardheid wordt gehandhaafd, de rechtsorde door onrecht gediend. En dat gebeurt als geen bona fide verdachte zich ooit mag beroepen op zijn onkunde, zelfs niet op zeer begrijpelijke onkunde.

Voorstanders dezer leer beweren wel dat zij daarom niet onrechtvaardig mag heten, omdat gezien de wijze van openbaarmaking en in werking treding der wetten (art. 2 Wet houdende Algemene Bepalingen) de burgers toch alle strafbepalingen kunnen kennen. Zeer zeker, maar daarmee kennen ze nog niet ! Bij ieder individu is binnen de sfeer, waarin hij met het recht in aanraking komt, de wetskennis relatief een vrij grote, maar t. a. v. het geheel der normen is zijn onwetendheid een aanzienlijke. Bij een aantal misdrijven ligt de zaak iets gunstiger, doordat de ethische bedenkelijkheid waarschuwend werkt, maar ook het scheppen van misdrijven — we zagen het reeds — wordt dikwijls niet bepaald door fatsoen of moraal, maar door practische noodzaak. Men denke slechts aan de Landbouwcrisiswet, aan de Deviezenvoorschriften. Er moge overdrijving schuilen in de woorden van Hold v. Ferneck, dat « alle Recht ist Situationsrecht », voor een deel der delicten, zelfs zeer zware, is dit wel degelijk het geval. Zij vallen maar niet allen onder de natuurlijke, de geijkte misdrijven, die een ieder kent, ook al is zijn wetskennis overigens een geringe.

Het maandblad van de Antwerpse Nijverheidskamer bevatte in 1952 de mededeling, dat in 6 jaar tijds in het Belgisch Staatsblad 73.000 bladzijden waren ingenomen door wettelijke voorschriften, naast elkaar uitgelegd een afstand beslaande van 175 km. Durft men dan nog volhouden dat de normen, ook al kent men ze niet, toch gekend zijn ? Of dat gezond verstand, fatsoen en moreel gevoel de weg wel wijzen tussen strafbaar en niet strafbaar ?

Wij zullen moeten erkennen dat rechtsonkunde en rechtsdwaling ook bij fatsoenlijke, goedwillende burgers voorkomen. Als deze nu geen rol mogen spelen, als men voor de strafbaarheid wil volstaan met het vervuld zijn van de delictsinhoud zonder besef der wederrechtelijkheid, hoe kunnen zij zich dan vrijwaren van de greep van de strafwet ? Door niets te doen ? Indien al mogelijk, zou die houding niet afdoende helpen wegens de kans op wederom niet gekende omissiedelicten. Het resultaat is en blijft dan dus, dat geen kwaad bedoelende daders zonder meer worden gestraft. Een bedenkelijk resultaat, als het een strafrecht geldt, dat aan de schuldgedachte vasthoudt. Immers wat kan men de dader dan eigenlijk verwijten ? En wat verwacht men van de straf ? Vergelding ? Beveiliging der gemeenschap ? Maar het heeft toch geen zin mensen te laten boeten voor daden, waarvan zij het verboden karakter niet kenden noch om hun hardhandig verplichtingen in te prenten, die zij bereid waren na te komen, als zij er maar weet van hadden gehad.

Met andere woorden, bij overtredingen en bij misdrijven, die niet « in het gevoel » liggen kan men het niet stellen buiten het toekennen van betekenis aan het besef der onrechtmatigheid bij de daders. Ziehier de impasse waarvoor een uitweg zal moeten worden gezocht. Hoe kan de kracht van het strafrecht worden gehandhaafd zonder de burgers onredelijk te behandelen en zonder op het Openbaar Ministerie een onmogelijke bewijslast te leggen ?

Is een compromis denkbaar ?

Langs twee wegen kan men trachten en is ook getracht uit de moeilijkheden te geraken.

De ene weg gaat uit van de dolus malus-leer, van de voor de enkeling meer rechtvaardige, met matiging harer eiscen.

V. Hippel (Vergleichende Darstellung, Allg. T. III, blz. 373) verlangt niet bewijs van het besef der wederrechtelijkheid, met de aantoning van de redelijke mogelijkheid daarvan wil hij volstaan.

Mag deze aanwezig worden geacht, dan spreke men de dader, die desondanks niets van de strafbaarheid afwist, niet vrij, maar straffe hem wegens culpa. Kent het delict, waarom het gaat, de culpoze vorm niet, dan zal de wetgever deze moeten scheppen. Zo wil ook v. Buri, dat het niet kennen van de norm, hetwelk aan nonchalance of domheid te wijten is, culpoze strafbaarheid voor het begane feit zal medebrengen. Binding verwerpt deze oplossing als onlogisch, nu zij uitloopt op het straffen van een opzetdelict, als ware het culpoos gepleegd. Bij wetsonkunde wil hij vrijspraak van het opzetdelict. Is de onkunde te wijten aan nalatigheid of onnadenkendheid, dan scheppe men een speciaal daarbij passend strafbaar feit : het crimen culpae ; het culpoos niet kennen der normen. Ten onzent heeft van Hamel voor het jus constituendum de dolus malus-leer uitverkoren, waarbij besef der wederrechtelijkheid bij de dader dus door het O. M. moet worden gesteld en bewezen, als zijnde een (stilzwijgend) delictsbestanddeel. Maar niet alle bestanddelen behoeven gelijkelijk of door opzet of door culpa worden beheerst, meent deze auteur. Zijn bekende leer van het pro parte doleus, pro parte culpoos gebruikt hij hier door wel dolus te eisen voor daad, gevolg en verdere factoren, maar door t. a. v. de onrechtmatigheid met culpa te volstaan. Daarmee bereikt hij, dat als het ontbreken van het besef van het verboden zijn der gedraging te wijten is aan lichtzinnigheid of domheid, dus aan culpa, de dader toch voor het begane opzetdelict volledig aansprakelijk is. De wetgever behoeft daarvoor dus de culpoze delicten niet aanvullen. Is daarentegen de onkunde of de dwaling verschoonbaar, dan volgt vrijspraak voor het gehele feit. Veel aanhang heeft noch zijn leer noch haar toepassing in dit geval gevonden.

Al deze schrijvers, die de dolus malus-leer de juiste achten, maar t. a. v. het normenbesef met culpa willen volstaan, beperken daarmee de anders geboden vrijspraken. Zij verlichten ook de taak van het O. M., dat immers dan niet des daders psychische inhoud, zijn besef van het verboden zijn, bloot behoeft te leggen, maar alleen maar de mogelijkheid daarvan. Met moet slechts gegevens aandragen, die bij ieder redelijk nadenkend mens het bewustzijn der wederrechtelijkheid zouden hebben gewekt, maar bij de dader dit effect niet teweegbrachten.

Maar al met al is deze oplossing gekunsteld en weinig bevredigend.

Om een uitweg uit de impasse te vinden kan ook van het kleurloze opzet worden uitgegaan. Zo wil von Bar een aanvaardbaar evenwicht tussen het beschermen der maatschappij en het niet onredelijk straffen van argeloze, goedwillende individuen vinden door bij de eerste ongeweten mispas voorwaardelijk te straffen.

Bij het kleurloze opzet is nu eenmaal de normenonkundige dader schuldig en strafbaar. Voorwaardelijk of lichter straffen, toepassen van het rechterlijk pardon, werken met het opportuniteitsbeginsel of met

gratie zijn de veelvuldig aangeprezen verzachtingsmiddelen. Maar de dader, die tegen wil en dank een delinquent werd zonder dat hem daarvan in redelijkheid een verwijt kan worden gemaakt, is hiermee niet afdoende geholpen. Het is voor een fatsoenlijk mens, die in vergeeflijke onkunde zondigt, niet belangrijk of hij licht of zwaar, voorwaardelijk of onvoorwaardelijk wordt gestraft. Het straffen zelf acht hij ongeoorloofd ; hij verlangt dat zijn gedraging hem niet wordt toegerekend.

Ruim twintig jaren nadat onze strafwetgever zich verklaard had voor de leer van het kleurloze opzet, begonnen wetenschap en rechtspraak het oor te lenen aan deze bezwaren. Na veel zoeken en tasten is het resultaat geweest, dat men aan het kleurloze opzet bleef vasthouden en dat men het O. M. dus ook geen bewijslast oplegde aangaande des daders besef der wederrechtelijkheid of enig aequivalent daarvan. Men vond de uitweg daarin, dat aan de verdachte bij wijze van schulduitsluitingsgrond een beroep op rechtsdwaling werd gegund. Het is de verdachte die er op mag attenderen, dat hij van niets wist en dat deze onkunde hem niet mag worden verweten. De oplossing wordt dus niet gezocht in het verzwakken van de opzeteis, gelijk de dolus malus aanhangers wilden, maar in de ontbrekende schuld, in de zin van verwijtbaarheid. Niet bij de dolus-, maar bij de aansprakelijkheidsleer wordt hulp gezocht.

Het is deze zelfde, m. i. gelukkige, constructie, die ten onzent ook dienst heeft gedaan bij feitelijke dwalingen, speciaal in geval van overtredingen, in wier omschrijving dikwijls dolus of culpa niet voorkomen. Om deze dan niet steeds als faits matériels te moeten straffen, wordt de dader gegund waar te maken, dat hij de feitelijke bestanddelen van het delict niet kende noch kon kennen. Treft hem inderdaad dienaangaande geen enkel verwijt, dan volgt ontslag van rechtsvervolging wegens niet strafbaarheid van de dader (2).

Het is wederom dezelfde constructie, die gehanteerd wordt bij de beoordeling van strafbare feiten, door geesteszieken begaan. Toerekeningsvatbaarheid is geen element van het delict, dat door het O. M. moet worden gesteld en bewezen (3), maar de afwezigheid daarvan een de schuld uitsluitende omstandigheid. Zo nu ook bij de rechtsdwaling : het besef der wederrechtelijkheid der gedraging is geen delictsbestanddeel ; het behoeft noch gesteld, noch bewezen te worden door het vervolgende orgaan. Maar het ontbreken ervan mag door de verdachte naar voren worden gebracht, een verweer dat eventueel kan leiden tot zijn ontslag van rechtsvervolging. Het *kan* daartoe leiden, maar... alleen bij vergeeflijke dwaling. Het is dezelfde hantering van de error juris, die Ferri in zijn Italiaans ontwerp van 1921 heeft verdedigd.

Sommige auteurs hier te lande weigeren hierin te erkennen de gelukkige en vernuftige omzwaai van de dolus- naar de schuldleer. Zij zien hierin niets anders dan een verandering van presumptie. De zogenaamde kleurloze opzet-leer is in hun ogen alleen maar de dolus malus-leer gesteund door de presumptio juris ac de jure, dat iedereen, dus ook de dader de wetten kent ; een rechtsvermoeden, waartegen tegenbewijs niet is toegelaten. Dit vermoeden nu zou thans plaats maken voor een presumptio juris, waartegen contrabewijs wel geoorloofd is. Deze mening is echter te verwerpen. Zij is in tegenspraak met de ontstaansgeschiedenis van ons wetboek van strafrecht, waaruit zonneklaar het aanvaarden van het kleurloze opzet blijkt. Bovendien zou men hiermee niet verder komen dan tot een ongenuanceerde ontkenning van bekendheid met gebod of verbod, waarvan het bewijs even moeilijk zou zijn als dat van het omgekeerde. De al of niet vergeeflijkheid der dwaling kan niet ter toets komen. En dat nu wordt juist bereikt als men de opzetleer verlaat en hulp zoekt bij de leer der aansprakelijkheid, bij de schuldleer. Het toelaten van een beroep op het redelijkerwijs niet hebben kunnen kennen der strafbaarheid voert tot een geheel ander bewijs ; een bewijs dat zich niet concentreert op des daders kunde of onkunde, niet op zijn bewustzijnsinhoud, maar dat ligt in het objectieve vlak. Aan de orde is niet het hebben geweten of niet hebben geweten van het verbod of gebod, maar de vraag of van *deze* dader in *zijn* omstandigheden kennis van de in het geding zijnde strafwet mocht worden verlangd. Des daders beroep op zijn argeloosheid staat dan ter beoordeling van de rechter, die met goede trouw alleen geen genoegen neemt, hem alleen een vergeeflijke erros juris niet zal toerekenen.

Deze nu zal bij de commune misdrijven zelden voorkomen, wel bij overtredingen, waarbij het geweten veelal niet waarschuwend kan werken. Maar toch zal ook bij deze lichtste categorie der strafbare feiten de simpele bewering van onkunde niet snel worden aanvaard. De school, de werkplaats, de pers, etc. werken informerend. Van iedere burger toch mag worden verlangd dat hij met open ogen en oren leeft, oplet op wat de anderen doen, nadenkt en informeert ; dat hij belanghebbenden maar niet aanstonds gelooft, dat hij zelfs bij deskundigen niet direct alle twijfel laat varen. Al naar de soort mens en zijn omstandigheden zal het oordeel omtrent de vergeeflijkheid zijner dwaling variëren. Niet aan alle burgers wordt dezelfde maatstaf aangelegd, ook niet alle normen zullen zich gelijkelijk lenen tot dispensatie. Dwalingen aangaande tijdelijke noodregelingen b.v. zullen sneller tot vergeving leiden, dan vergissingen in het commune strafrecht.

Deze constructie van de error juris als persoonlijke strafuitsluitingsgrond heeft vele voordelen : 1° het O.M. wordt bevrijd van een zware bewijslijst; 2° het gedrag van de dader blijft fout, ook al wordt hij daarvoor niet gestraft, hetgeen voor noodweer en deelneming belangrijk kan zijn; 3° het bewustzijn der wederrechtelijkheid is geen delictsfactor; het is immers niet dit besef dat een dader strafbaar maakt, maar *waarom* hem zijn daad kwalijk wordt genomen; 4° het zwaartepunt blijft liggen bij de beveiliging van de gemeenschap, het wezenlijke doel van alle strafrecht.

Bij dit compromis staat het belang der maatschappij voorop; zij mag reageren tegen het haar aangedane onrecht, tenzij zij zich geplaatst ziet tegenover vergeeflijke argeloosheid, waarbij de straf haar zin verliest.

In 1923 (Ned. Jur. 1923, blz. 1294) heeft onze Hoge Raad dit compromis als acceptabel aanvaard, al wijst hij in het betreffende geval des daders beroep op straffeloosheid wegens wetsonkunde af. Waarom ? Omdat van een ter plaatse werkende chauffeur mag worden verlangd, dat hij op de hoogte is van de in zijn stad voor het vervoer van auto's geldende verbodsbepalingen, waartegen hij in casu gezondigd had.

Beter verging het een vrouwtje op de Zuid-Hollandse eilanden. Eerst was ze in Rotterdam bekeurd en gestraft wegens het schrobben van haar straatje, daar verboden wegens vrees voor grondverzakking. Na verhuizing naar een naburig oord werd zij, nog nauwelijks geïnstalleerd, bekeurd wegens het feit dat zij op de door de plaatselijke strafverordening aangewezen dag haar straatje niet had geschrobd. Deze gemeente had namelijk deze tak van reinigingsdienst op de schou-

ders der inboorlingen gelegd. De kantonrechter liet haar ditmaal strafvrij uitgaan, al had ze fout gehandeld, omdat van deze simpele ziel geen juist begrip voor dergelijke varianten mocht worden verwacht. Deze rusticitas-uitzondering komt ook in sommige wetten voor, b.v. die van Ecuador, en herhaaldelijk in onze rechtspraak (4). Het hebben ingewonnen van advies werkt soms, maar niet altijd disculperend. De vraag is, of de verdachte zijn vraagbaak in redelijkheid als deskundig en gezaghebbend had mogen zien. Daarop gelukten de in de noot onder 4) genoemde strafzaken, maar daarop strandde de aanlegger van een loterij, die de hoofdcommissaris van politie had geraadpleegd. In dergelijke juridies moeilijke zaken mocht deze verdachte de politie niet als de aangewezen autoriteit beschouwen (5). Ondanks zijn rusticitas in letterlijke zin faalde daardoor het beroep van een boer, die in strijd met de provinciale schoonheidsverordening reclameborden op zijn weilanden had laten plaatsen. De belanghebbende, die hem verzekerd had daarmee geen kwaad te kunnen « was geen autoriteit, waarop hij had mogen bouwen en vertrouwen » (6). Soms wordt het raadplegen van notoire deskundigen zelfs niet disculperend geacht, nl. als op het gebied waarop het strafbare feit zich heeft afgespeeld, de verdachte zelf volkomen ervaren moet worden geacht en in staat zichzelf volledig te orienteren. Soms leidt dit zoeken van ruggesteun bij notaris of advocaat tot enige strafvermindering, maar niet tot straffeloosheid (7). Natuurlijk zijn er veroordelende vonnissen gewezen, waarbij men zich kan afvragen, of niet te zware eisen aan de verdachte zijn gesteld, b.v. in een strafzaak, die zich concentreerde op de vraag, of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of voor onbepaalde tijd was aangegaan. In een eerder gevoerde civiele procedure had de rechter uitgemaakt « voor onbepaalde tijd ». Op deze res judicata werd door de verdachte in de latere strafzaak tevergeefs een beroep gedaan. De H.R. overwoog dat het verkrijgen van een gunstig vonnis bij de burgerlijke rechter de verdachte niet ontslaat van de plicht bedacht te zijn op de mogelijkheid, dat niettemin zijn gedragingen door de strafrechter zullen worden gewraakt. Daarbij kunnen andere vragen beslissend zijn. Van een leek schijnt dit wel wat veel gevraagd (8). Maar over het algemeen werkt de gevonden constructie wel bevredigend.

Dit compromis nu is niet in onze wet verankerd. De strafwet zwijgt immers in deze materie. Het is volkomen rechterlijk recht. Juist daardoor laat het zich verklaren, dat in de hantering van het economische delictenrecht de H.R. lange jaren een andere weg heeft ingeslagen. Vergeeflijke onkunde, juist op dit terrein veelvuldig voorkomende, schiep geen onstrafbaarheid, maar voerde tot een lichtere sanctie. Het uitgangspunt was de dolus malus. De formulering der betreffende wetten (9), nl. dat het opzet des daders moest zijn gericht op het handelen in strijd met die en die door of krachtens de wet gegeven voorschriften, deed de rechter aannemen, dat besef der wederrechtelijkheid, immers kennis dezer normen, werd geëist, om ze als misdrijven te kunnen straffen. Was het ingaan tegen deze voorschriften niet opzettelijk geweest, kende men ze niet, dan werden de begane feiten als overtredingen gestraft. Naar vergeeflijke of onvergeeflijke dwaling werd niet gevraagd; men was strafbaar, zij het in lichtere vorm. Het harde economische delictenrecht is daardoor ook voor de argeloze zondaars hard en fel geweest; het moest het waarschijnlijk wel zijn, omdat wetsonkunde, waarachtige of voorgewende veel voorkwam en deze normen tegelijk hun slaagkracht moesten tonen. Na een dertienjarige jurisprudentie in deze geest, is echter in 1952 de Hoge Raad ook bij de berechting van deze delicten teruggekeerd tot het systeem van het kleurloze opzet, gemitigeerd door een strafuitsluitingsgrond, die der excusabele dwaling (10).

Zien wij over de grenzen, dan is het opvallend, dat vele landen vasthouden aan het error juris nocet. Kleurloos opzet is nu eenmaal het best de « staatliche Selbsterhaltung » dienend. Engeland en Amerika handhaven de leer, dat ignorantia legis neminem excusat. Voor vreemdelingen heeft men geen égards, zoals in Amerika de Italianen ondervonden bij het opzetten van in hun eigen oude vaderland geoorloofde loterijen. Adviezen ook van de beste rechtsgeleerden disculperen niet. Het recht der Australische staten sluit zich daarbij aan, zij het dat hier en daar enige vermindering van straf is toegelaten.

De wetten van Italië, van Roemenië, Turkije, India en Pakistan, Argentinië, Spanje, staan geen mitigatie toe. meestal met de motivering, dat de strafwetten de reflex zijn van het collectieve rechtsbewustzijn, zodat met wetsonkunde geen rekening kan en mag worden gehouden. Vooral in de nieuwere codices wordt bij rechtsdwaling wel strafverlichting voorgeschreven, b.v. in die van Griekenland, Yoegoslavië, Denemarken, IJsland, Japan, Costa Rica, Brazilië. Cuba houdt rekening met vreemdelingen, die daar delicten begaan, die in het eigen land niet bestaan.

In tegenstelling met de kantons, die weinig consideratie ten toon spreidden bij de error juris, geeft het federale Zwitserse recht aan de rechter de mogelijkheid om de straf te verminderen of om daarvan geheel af te zien. Het laatste staat Hongarije toe, als de dwaling op goede gronden berust. Bij onvergeeflijke domheid verlangt dit land culpoze bestraffing van het begane delict.

De Sowjetunie, Polen en Tschecho-Slowakije houden vast aan de dolus malus-leer, met deze variant, dat het opzet des daders niet gericht moet zijn op de wederrechtelijkheid in de zin van strijdig met de strafwet, maar op de sociale gevaarlijkheid. De aanwezigheid van dit besef moet het vervolgende orgaan bewijzen. Dit is echter geen zware last, nu partij, werkplaats, school, rechtbank, etc. etc. samenwerken tot het bij allen inprenten van hetgeen onder dit hoofd valt.

In enige landen, waar de wet omtrent de error juris geheel zwijgt, zien wij niettemin de rechterlijke macht zich met dit vraagstuk bezig houden ten einde daarvoor een aannemelijke oplossing te vinden. In België houdt sinds 1946 (11) het Hof van Verbreking rekening met de erreur invincible, met de onoverwinbare dwaling, met die dwaling dus, waarin in de gegeven omstandigheden ook een redelijk en voorzichtig mens kan geraken. Zijn jurisprudentie dienaangaande gelijkt veel op die, welke onze rechterlijke macht in enige decennia heeft opgebouwd. In Duitsland is in 1952 na veel strijd de grote senaat voor strafzaken van het Bundesgerichtshof tot de principiële uitspraak gekomen, dat het onrechtmatigheidsbewustzijn geen deel van het opzet uitmaakt, maar dat het ontbreken daarvan een daarnaast staande schulduitsluitingsgrond kan opleveren, nl. als ook « bei gehöriger Gewissensanspannung » de dwaling niet te vermijden zou zijn geweest. Een volledige breuk dus met de juist in Duitsland zo lang en zo warm aangehangen dolus malus-leer. Prof. Sieverts uit Hamburg schreef in dit verband, dat als heden een buitenlander aan een Duitse strafrechtsjurist

zou vragen, wat sedert het einde van de oorlog op zijn gebied de gewichtigste beslissing van het Bundesgerichtshof is geweest, hij zonder aarzeling dit arrest betreffende de rechtsdwaling zou noemen. De gewichtigste ook in Nederland ? Dat is moeilijk te zeggen; maar wel kan worden toegegeven, dat de door de Hoge Raad aanvaarde constructie een gelukkig compromis is tussen de rechten van de gemeenschap en de belangen van de enkeling; dat dus op zeer acceptabele wijze deze sociaal-ethische spanning is opgelost.

(1) In L9 pr. D 22.6 kiest Paulus voor het kleurloze opzet; men bedenke echter wel dat zijn beslissing het civiele recht betreft.
(2) H.R. Ned. Jur. 1916, blz. 681.
(3) H.R. Ned. Jur. 1925, blz. 169.
(4) Zie Ned. Jur. 1949, nr. 538, 1950 nr. 180, 1954 nr. 237.
(5) Ned. Jur. 1932, blz. 1182.
(6) Ned. Jur. 1954, nr. 122.
(7) Ned. Jur. 1922, blz. 818; 1928, blz. 1596; 1949, nr. 157.
(8) Ned. Jur. 1952, nr. 243.
(9) Landbouwcrisiswet. Prijsopdrijving en Hamsterwet, Deviezenbesluit, Bedrijfsvergunningsbesluit, etc.
(10) Ned. Jur. 1952, nrs. 314 en 315.
(11) 10 juli 1946, Pas. 1946.I.293.

DE « IMPASSE » VAN DE VERANTWOORDELIJKHEID IN HET STRAFRECHT

door

Prof. Mr. W. P. J. POMPE

Hoogleraar aan de Universiteit te Utrecht.
Lid van de Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen.

De verantwoordelijkheid behoort tot het wezen van het recht en in het bijzonder van het strafrecht. Zij is tevens kenmerkend voor de mens. De strijd tussen de verschillende « scholen » in het strafrecht centraliseert zich sinds ongeveer een eeuw in deze gedachte. Het zou een simplificatie zijn, met de werkelijkheid in strijd, indien men, aansluitend aan de situatie van de tweede helft der negentiende eeuw, de scholenstrijd nog altijd zou kenmerken als de « moderne » tegenover de « klassieke » richting. In de loop van de laatste honderd jaar zijn niet alleen de maatschappelijke toestanden, maar ook de leidende gedachten in de samenleving diepgaand veranderd. Het klassieke van de negentiende-eeuwse opvattingen kan thans niet meer als geldend beschouwd worden, het moderne van die eeuw is eveneens verouderd. Wel zou men de strijd der meningen in het strafrecht nog steeds het best kunnen begrijpen onder het licht van de opvatting omtrent de verantwoordelijkheid.

Voor een werkelijke gedachtenwisseling is nodig, dat men het eens is over de betekenis der termen. Dit bleek mij weer bij een recent artikel van mijn hooggeschatte Brusselse collega Paul Cornil. De voordracht die hij in januari van dit jaar aan het Instituut van Hogere Studies in België hield (gepubliceerd in de Revue de droit pénal et de criminologie, april 1962), draagt hetzelfde opschrift als mijn artikel. Ik heb dit opschrift aan hem ontleend. Hij doet mij in zijn voordracht de eer aan zijn mening te confronteren aan de mijne. Hij komt aan het slot tot dezelfde conclusie als ik destijds verdedigde en als Lombroso's medestander Ferri in de vorige eeuw al verdedigde, nl. deze dat de verantwoordelijkheid in het strafrecht een sociale verantwoordelijkheid is. Hij stelt evenals Ferri deze sociale verantwoordelijkheid tegenover de morele. Ook ik aanvaard een onderscheid tussen morele verantwoordelijkheid en sociale in de zin van het strafrecht. Het blijft echter een grote vraag of hier met dezelfde termen ook dezelfde gedachten worden uitgedrukt. De sociale verantwoordelijkheid volgens Ferri sluit naar mijn overtuiging het wezen der verantwoordelijkheid uit. Ferri ziet geen wezensverschil tussen de verantwoordelijkheid van de normale mens en van de krankzinnige. Beiden zijn verantwoordelijk voor de door hen begane misdaden, immers beiden bevinden zich in de samenleving en hebben daarvan de gevolgen te dragen bestaande in dwangmiddelen ter beveiliging der samenleving tegen hun misdaden. Daartegenover stel ik als mijn overtuiging dat verantwoordelijkheid ook in het strafrecht betekent het toerekenen van de begane misdaad aan de persoon van de dader als zijn eigen werk. Dit veronderstelt dat de oorzaak ervan niet gelegen is in maatschappelijke omstandigheden noch in ziekelijke storingen of gebreken van de geestvermogens, maar in de persoon van de dader zelf, ook al is de invloed van deze omstandigheden en van deze geestestoestand daarbij niet uit te sluiten.

Om werkelijk te kunnen vaststellen of al dan niet meningsverschil bestaat, moeten wij beginnen met vaststelling van de betekenis der gebruikte termen. Op het gebied van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid bestond ernstige spraakverwarring. Als voorbeeld noem ik de medicus en literator Aletrino, die aan het eind van de vorige eeuw schreef dat ieder ontoerekenbaar was, maar tegelijk ieder verantwoordelijk voor zijn daden, en wel omdat hij in de maatschappij leeft (Twee Opstellen over criminele anthropologie, Amsterdam 1898, blz. 33 en 62). De verwarring in de terminologie is grotendeels opgeheven in het proefschrift van de jurist en literator de Haan, Rechtskundige Significa en hare toepassing op de begrippen « aansprakelijk, verantwoordelijk, toerekeningsvatbaar » (Amsterdam 1916). Hij verhelderde deze drie termen door de overweging, dat iemand kan aangesproken worden, zich dan behoort te verantwoorden en hem op grond daarvan de door hem verrichte daad kan worden toegerekend, door het opleggen van een straf. In de Franse taal gebruikt men de termen « responsable » en « imputable ». De Nederlandse taal heeft hier een term meer dan die van de ons omringende landen, nl. « aansprakelijk ».

De laatste der termen van de Haan, nl. toerekeningsvatbaar, lijkt mij vooreerst een germanisme : « zurechnungsfähig » en bovendien misleidend. De Haan, evenals verschillende juristen voor en vooral na hem, maken onderscheid tussen toerekenbaar en toerekeningsvatbaar. Toerekenbaar verstaan zij, op zich zelf terecht, als : hetgeen toegerekend kan worden, wat strikt genomen gezegd kan worden van de handeling, maar niet van de handelende persoon *aan* wie deze handeling wordt toegerekend. Toerekenings-

vatbaar is voor hen dan een eigenschap van de persoon, nl. vatbaar voor toerekening. Strikt genomen lijkt mij vatbaar voor toerekening ook alleen de handeling en niet de persoon *aan* wie de handeling wordt toegerekend. Deze term in het strafrecht te gebruiken geeft bovendien aanleiding tot ernstig misverstand. Toerekeningsvatbaarheid of ontoerekeningsvatbaarheid lijkt nl. een min of meer blijvende eigenschap van een persoon. In het Nederlands strafrecht echter, art. 37 van ons Wetboek, is alleen sprake van de vraag, of een bepaald strafbaar feit aan diegene, die dit feit heeft begaan, kan worden toegerekend. Als men de persoon ontoerekeningsvatbaar zou noemen, verdoezelt men het belangrijke gegeven, dat toepassing van art. 37 niet meer betekent dan dat een concreet strafbaar feit aan de dader niet kan worden toegerekend. Zou men daarom de dader zelf ontoerekenbaar noemen, dan maakt men een niet strikt logisch gebruik van deze term. Niemand zal hierdoor echter tot een misverstand gebracht worden. Noemt men hem echter ontoerekeningsvatbaar, dan kan er het voor het strafrecht ernstige misverstand ontstaan dat deze onvatbaarheid voor toerekening een eigenschap van de dader is, afgezien van het ene concrete feit waarvoor hij terecht staat.

Op grond van deze bezinning over de betekenis van deze termen aansprakelijk, verantwoordelijk en toerekenbaar, moet men de conclusie trekken dat zij op zich zelf gelijke betekenis hebben. Afgezien daarvan dat de eerste twee termen strikt genomen op de persoon van de dader betrekking hebben en de laatste op de daad, zal toch niemand kunnen misverstaan wat verstaan wordt onder een toerekenbare dader. Elk van deze termen wijst op de verhouding van een concrete daad tot een concrete dader. De belangrijke vraag, in hoeverre deze verhouding mede bepaald wordt door aan de concrete misdaad voorafgaande handelingen, verzuimen en houdingen van de dader laat ik hier buiten beschouwing. Zij zou ons voeren naar de gedachten van de Greef over de « passage à l'acte », van Bockelman e.a. over de « Lebensführungsschuld », en naar de oude gedachte der « culpa in causa » oftewel « libertas in causa ».

De genoemde termen kunnen wel verschillende betekenis krijgen, maar dan door het verschil in aspect waaronder men deze aansprakelijkheid of verantwoordelijkheid of toerekenbaarheid beschouwt. Hier doet zich een nieuw gevaar van misverstand voor. Met het aspect bedoel ik de orde van behoren, waarop de drie genoemde termen betrokken zijn. Zonder betrekking tot enige orde van behoren hebben deze termen geen zin. Strafrechtelijke toerekenbaarheid is niet gelijk aan morele, immers moraal en recht zijn onderscheiden orden van behoren. Misschien kan men het onderscheid kort zo aanduiden, dat het morele behoren gericht is op het goed-zijn van de menselijke persoon en het juridische behoren op het goed-zijn van de menselijke samenleving. Men zou het ook zo kunnen uitdrukken, dat het behoorlijke of onbehoorlijke in de moraal wordt bepaald door het persoonlijke geweten en in het recht door overheid en volk in de rechtsgemeenschap.

In de Nederlandse taal kan men dit onderscheid zo weergeven, dat de verantwoordelijkheid in het recht wel een zedelijke, d.w.z. een op een orde van behoren betrokken, verantwoordelijkheid is, maar niet een morele. Voor zover mij bekend heeft de Franse taal hiervoor niet twee termen, maar alleen de term « moral ». Na het voorafgaande zal naar ik vertrouw de stelling duidelijk zijn, dat verantwoordelijkheid in het strafrecht niet een morele, maar een juridische en daarom mede een sociale betekent. De verhouding tussen morele en strafrechtelijke verantwoordelijkheid blijft dan een afzonderlijk vraagstuk. Van een verhouding van tegengestelden, waarvan de een de ander uit zou sluiten, kan hier geen sprake zijn, evenmin als persoon en gemeenschap tegengestelden zijn. Zij zijn op elkaar betrokken, zij het ook dat er tussen beide een spanning bestaat.

Ook binnen het recht kan men nog verschillende aspecten van de verantwoordelijkheid aanwijzen. Dit blijkt duidelijk in de verschillende ontwikkeling der opvattingen omtrent schuld op burgerrechtelijk en strafrechtelijk terrein. Schuld in artikel 1401 van ons Burgerlijk Wetboek, evenals naar ik meen volgens artikel 1382 van het Belgische en Franse, krijgt bij verschillende schrijvers de verzwakte betekenis van toedoen, zodat ook de schade, aan een ander toegebracht door de daad van een krankzinnige, deze zou verplichten tot schadevergoeding. In beginsel lijkt mij hiertegen geen bezwaar te maken, immers men zou het artikel over de onrechtmatige daad in burgerrechtelijke zin als een bepaling omtrent rechtvaardige risicoverdeling kunnen beschouwen, waarbij er rechtens goede reden bestaat de schade niet door de eigenaar maar door hem die de schade toebracht te laten vergoeden, ook al zou deze krankzinnig en dus strafrechtelijk niet verantwoordelijk wezen. Tegenover zulk een verzwakking der betekenis van schuld, en dus van verantwoordelijkheid, in het burgerlijk recht staat een versterking dezer betekenis in het strafrecht. In arresten van de Hoge Raad, dd. 1916 (Nederlandse Jurisprudentie 1961, blz. 681) en 1949 (Nederlandse Jurisprudentie 1950, nr. 180), is in beginsel beslist, dat niemand strafbaar is voor het begaan van een strafbaar feit waaraan hij geen schuld heeft. Schuld heeft hier de betekenis van een wederrechtelijk doen of laten, waarvan de dader wist of redelijkerwijze kon weten, dat het wederrechtelijk was en waarbij hij niet, volgens onze wet alleen op grond van gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke storing zijner geestvermogens, buiten staat was de betekenis van dit feit voor de rechtsorde te beseffen of overeenkomstig dit besef zijn wil te bepalen.

Het laatste gedeelte van deze omschrijving der schuld in strafrechtelijke zin verwijst naar art. 37, betreffende de zogenaamde ontoerekenbaarheid. In verband met art. 37 zou men nog van een andere onderscheiding in aspect kunnen spreken. Met de woorden van Ferri, dat ieder toerekenbaar is, zou ik kunnen instemmen, maar dan zouden zijn en mijn woorden toch een geheel verschillende betekenis hebben. Ontoerekenbaarheid in de zin van ons artikel 37 lijkt mij aanwezig, als diegene die een strafbaar feit begaan heeft niet in staat was om de betekenis te beseffen die dit feit heeft voor de rechtsorde, d.w.z. voor de door het recht geordende samenleving. Een kind van 6 jaar zal, wanneer het een strafbaar feit zou begaan, zeker niet in staat zijn de betekenis van het feit voor deze rechtsorde te beseffen. Het zal echter bij het begaan van een diefstal of een mishandeling wel in staat kunnen geacht worden om te beseffen, welke de betekenis van zulk een feit is voor het gezin waarin het leeft, of bij iets oudere leeftijd voor het schoolverband, althans indien het feit binnen het gezin of schoolverband is begaan. In het kader van het gezin of van de school kan zulk een jeugdige persoon dus wel toerekenbaar geacht worden, maar het is niet dit aspect van de toerekenbaarheid welke in art. 37 van ons Wetboek bedoeld wordt.

Men zou dus kunnen stellen, dat de toerekenbaar-

heid in dubbele zin betrekkelijk is. Zij heeft in de eerste plaats betrekking op het strafbaar feit dat aan de dader kan worden toegerekend. In de tweede plaats is zij betrokken op de orde waarbinnen het feit begaan wordt. Dit is volgens het Wetboek van Strafrecht de orde der staatsgemeenschap, onderscheiden niet alleen van de morele, door het geweten bepaalde orde, maar ook van lagere, meer dan de Staatsgemeenschap overzichtelijke, op persoonlijk beleefde verhoudingen berustende gemeenschappen, zoals een gezin of een school. Deze tweede betrekkelijkheid heeft grote betekenis voor de behandeling van psychisch abnormale delinquenten, ook als zij op die grond strafrechtelijk ontoerekenbaar zouden wezen. In de gemeenschap, die zij vormen binnen de inrichting waarin zij verpleegd worden, zouden zij wel voor allerlei onbehoorlijke handelingen verantwoordelijk kunnen gesteld worden. Deze beperkte verantwoordelijkheid vormt een uitgangspunt voor het actuele streven om de behandeling in dergelijke inrichtingen te richten op de ontwikkeling van het verantwoordelijkheidsgevoel. De Dr. van der Hoevenkliniek te Utrecht, een inrichting ter behandeling van psychopatische delinquenten, geeft hiervan een befaamd voorbeeld.

Als Ferri beweert, dat ieder toerekenbaar is, bedoelt hij daarmede, dat de toerekenbaarheid het gevolg is van het leven in de staatsgemeenschap, onafhankelijk daarvan of de individuele delinquent in staat is om de betekenis van het feit te beseffen of overeenkomstig dat besef zijn wil te bepalen. Als ik geneigd ben dezelfde stelling te poneren, is dit omdat naar mijn indruk ieder mens wel min of meer in staat is de betekenis te beseffen die zijn daden hebben binnen een beperkte gemeenschap, zoals gezin, school of inrichting. Ik erken, dat deze van enig optimisme getuigende stelling door mij niet bevestigd kan worden uit deskundige ervaring. Als mijn hooggeschatte collega Cornil aanvaardt, dat de toerekenbaarheid oftewel verantwoordelijkheid in het strafrecht niet een morele maar een sociale is, ben ik niet zeker dat wij hiermede hetzelfde bedoelen. Morele verantwoordelijkheid lijkt mij voor het strafrecht niet rechtstreeks van betekenis, maar daarmede ontken ik niet dat het ook in het strafrecht om een orde van behoren, dus om een zedelijke verantwoordelijkheid gaat. Deze strafrechtelijke verantwoordelijkheid is evenals het gehele recht sociaal gericht, immers beslissend is het vermogen van de delinquent om de betekenis te beseffen, welke zijn handeling heeft voor de in het recht geordende samenleving. Het feit, dat de delinquent tot deze samenleving behoort, is voor mij niet voldoende om hem in strafrechtelijke zin verantwoordelijk te achten.

Collega Cornil wil voor het strafrecht abstraheren van de grote vraag, van wijsgerige of levensbeschouwelijke aard, vanouds weergegeven met de termen determinisme of indeterminisme. Gaarne stem ik met hem in, dat Ferri hiervan niet abstraheerde, doch zich uitdrukkelijk stelde op deterministisch standpunt. Dit beantwoordde aan de overheersende, positivistische, wetenschappelijke stroming in zijn tijd. Maar ook voor die tijd gold het woord van de Duitse strafrechtsgeleerde M. E. Mayer : Wir sind zum Indeterminismus determiniert. Dit woord is misleidend, want hij past het toe op het denken en kennen, terwijl de vraag van determinisme of indeterminisme betrekking heeft op het willen en handelen. In elk geval erkent de determinist Mayer blijkbaar, dat de mensen in het praktisch leven uitgaan van het besef van een min of meer vrije keuze. In deze tijd lijkt mij het determinisme in wetenschap en wijsbegeerte niet meer overheersend. Kenmerkend lijkt mij voor nu een woord van Sartre, dat ik uit mijn geheugen weergeef als : Nous sommes condamnés à la liberté. Hiermede is de vrije keuze, en tevens het tragische daarvan, aangeduid. In de praktijk van het strafrecht, en ook in de strafrechtswetenschap, acht ik het geoorloofd van de wijsgerige grondslagen te abstraheren. Zou men zich daarin toch willen verdiepen, dan komt men naar mijn overtuiging toch voor de vraag of deze vrije keuze, stellig binnen grenzen, aan de mens in beginsel gegeven is. Deze vraag beantwoord ik bevestigend. De mens is naar mijn overtuiging juist op grond van dit vermogen tot vrije keuze te kenmerken als een zedelijk en verantwoordelijk wezen, met andere woorden als een wezen dat onderworpen is aan wetten van behoren en bij aanwezigheid van dit vermogen voor het overtreden dezer wetten verantwoordelijk is te stellen.

De impasse, waarin wij volgens Cornil en ook volgens mij ons t.a.v. de verantwoordelijkheid in het strafrecht bevinden, kan op twee wijzen overwonnen worden. Men kan vooreerst, evenals dit met de schadevergoeding wegens onrechtmatige daad het geval is, de verantwoordelijkheid van haar inhoud beroven door haar gelijk te stellen met toedoen. Men kan ook aan de verantwoordelijkheid in het strafrecht haar eigen strafrechtelijke betekenis laten behouden en daarmede de mens als verantwoordelijk wezen blijven eerbiedigen. De moeilijkheden om vast te stellen, of een delinquent al dan niet toerekenbaar is te achten, zijn dan niet gering. Ik meen dat hier een opdracht in gelegen is, welke vervuld kan worden door samenwerking van rechter en psychiater. Collega Baan heeft hiertoe een weg aangewezen, welke m.i. goede resultaten belooft (in de bundel, onder de titel « Strafrechtspraak », in 1959 uitgegeven door het Criminologisch Instituut te Utrecht, blz. 109). Hij stelt voor, dat de psychiater in zijn schriftelijk rapport zich bepaalt tot beschrijving van de min of meer ziekelijke geestestoestand van de delinquent en daarna op de grondslag van dit rapport in mondeling overleg met de rechter zijn advies geeft over het al dan niet toerekenbaar zijn van het begane delict aan deze delinquent.

STRAFBARE DEELNEMING DOOR ONTHOUDING

door

Prof. Mr. J. RUBBRECHT

Hoogleraar aan de Universiteit te Leuven.

Rechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven.

Wie ons Strafwetboek leest, zoals het in 1867 werd uitgevaardigd, is getroffen door de bescheiden plaats die daarin aan het strafbaar nalaten wordt voorbehouden. Naast een aantal minder belangrijke overtredingen wordt nauwelijks een twaalftal wanbedrijven als een niet-handelen omschreven (1).

Wat de overtredingen betreft moet het thans opgeheven art. 556 5° vermeld worden. Strafbaar was hij die, daartoe in staat zijnde, weigerde of verzuimde de hulp te verlenen waartoe hij werd aangezocht bij ongeval, woeling, schipbreuk, overstroming of andere rampen (2). De jurist van heden zal geneigd zijn in deze tekst een strafbaarstelling te zien van de onverschilligheid die iemand betoont tegenover het gevaar waarin anderen verkeren. Doch zo hadden de opstellers van het wetboek het blijkbaar niet bedoeld. De rechtsleer van de vorige eeuw zag in dat artikel een strafbaar feit tegen de overheid. In geval van nood moet de overheid op de hulp van de door haar opgevorderde omstaanders kunnen rekenen. Blijven deze passief, dan behoren zij wegens die ongehoorzaamheid te worden gestraft (3). Maar de rechtsleer onderstreepte niet dat uit die tekst ook een plicht tot handelen ten behoeve van in gevaar zijnde derden voortvloeit, wat van een zeer beperkte visie op het vraagstuk der omissiedelicten getuigt. Dit nu is typisch voor de vorige eeuw (4).

Ons strafrecht van de XIXe eeuw staat in het teken van de beginselen der Franse Revolutie. In art. 5 van de *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* (1789) leest men : « La loi n'a le droit de défendre que » les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est » pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul » ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne » pas » (5). Voor de mensen uit een van individualisme en liberalisme doordrongen tijd betekende zulks, dat men de rechtssfeer van anderen vooral niet door positieve handelingen mocht verstoren, maar ook dat men niet verplicht was anderen bij dreigend gevaar te hulp te komen. De curve van de gemeenschapszin vertoonde geen top in de XIXe eeuw en ten opzichte van vroegere tijden was de ontwikkeling zelfs regressief (6).

Er komt een kentering in het recht van de XXe eeuw. In 1911 stellen wij de scheepskapitein strafbaar wegens het niet-verlenen van hulp bij aanvaring of schipbreuk (7). De wet van 15 mei 1912 omschrijft enige omissiedelicten tegenover kinderen (8). In het Verkeersreglement van 1925 wordt aan de bestuurder van een voertuig een verplichting tot hulpverlening aan de slachtoffers van verkeersongevallen opgelegd (9). En de wet van 6 januari 1961 straft hen die geen hulp verlenen aan iemand die in groot gevaar verkeert, telkens als dit kan geschieden zonder ernstig gevaar voor degene van wie hulp verwacht wordt of voor anderen (10).

Al deze nieuwe delicten wijzen op een stijgende lijn in de bestraffing van het nalaten. Doch er blijft nog steeds een gebied waarop de ontwikkeling niet merkbaar is, namelijk dat van de deelneming door onthouding. Hier zien wij de Belgische rechtspraak nog strak vasthouden aan de regel dat alleen positief handelen een vorm van strafbare deelneming kan zijn (11).

Om inzicht in dit vraagstuk te krijgen moeten wij nagaan hoe dergelijke gevallen zich voordoen en daarna onderzoeken of de rechtspraak in dezen verantwoord is.

Een typisch geval werd behandeld door het Hof van Beroep te Gent (12). Een zekere B., commissaris van politie te X., was een trouw bezoeker van een in die gemeente gelegen ontuchthuis. Hoewel het zijn plicht was op grond van art. 380*bis* S.W.B. procesverbaal op te maken, trad hij niet op maar genoot kosteloos van de voordelen die het huis hem bood. Deze toestand duurde jaren. Eindelijk werd B. vervolgd wegens deelneming aan het houden van een ontuchthuis en andere door voormeld artikel omschreven misdrijven, in hoofdorde als dader (art. 66 tweede tot vierde lid S.W.B.) en subsidiair als medeplichtige (art. 67 tweede en vierde lid S.W.B.). Bovendien werd hem ten laste gelegd dat hij zich had laten omkopen. Het Hof veroordeelde B. wegens passieve omkoping doch sprak hem van de verdere tenlastelegging vrij. Wat de omkoping betreft is het arrest gemotiveerd, niet echter wat het deelnemen aan de exploitatie van de ontucht aangaat. Nochtans had het Hof bewezen verklaard dat er een bedrieglijke verstandhouding had bestaan tussen B. en de houder van het ontuchthuis, ten gevolge waarvan B. ambtelijk optreden had nagelaten. Ook had het Openbaar Ministerie nadrukkelijk veroordeling van B. als deelnemer gevorderd omdat hij zich opzettelijk had onthouden van een rechtens geboden handeling, waardoor het exploiteren van de ontucht mogelijk was geworden.

Deze commissaris van politie werd veroordeeld en bij de straftoemeting zullen wel al de omstandigheden van het geval in acht zijn genomen. Niettemin werden de feiten onvolledig gekwalificeerd. Het zwaartepunt van de zaak lag niet hierin dat B. zich door voordelen « in natura » had laten omkopen, maar wel dat hij gedurende jaren door zijn wederrechtelijk verzuim een delictuele toestand opzettelijk had bestendigd. Want het staat vast dat de exploitatie van ontucht bij plichtmatig optreden van B. onmiddellijk een einde zou hebben genomen. Hij had dus, naar de tekst van art. 66 derde lid S.W.B., « tot de uitvoe- » ring zodanige hulp verleend dat, zonder zijn bijstand, » het wanbedrijf niet kon gepleegd worden ». Althans indien men wil aannemen dat, voor de toepassing van deze tekst, nalaten met handelen gelijk staat.

Een gebied dat voor ons probleem interessante voorbeelden oplevert, waaronder ook grensgevallen voorkomen, is dat van de oorlogscriminaliteit. Toen de leiders van concentratiekampen en vijandelijke politiediensten terechtstonden, hebben de krijgsraden zich beijverd om ze te veroordelen als deelnemers aan de mishandelingen die hun ondergeschikten hadden gepleegd. Aldus werd ten laste van Schmitt, de gewezen commandant van het concentratiekamp te Breendonk, bewezen verklaard dat hij het kamp opzettelijk zo had georganiseerd dat meerdere gevangenen er de

dood moesten vinden, ofschoon het zijn plicht was voor de veiligheid van deze mensen te zorgen. De krijgsraad beschouwde als daad van deelneming, de misdadige wijze waarop hij in strijd met zijn plicht het kamp bestuurde (13).

Een Obersturmführer van het S.S. Ersatz-Kommando Wallonien werd als mededader van represaillemoorden veroordeeld, omdat hij de materiële daders op hun strafexpeditie vergezeld had. Het vonnis betoogt dat zij daardoor in hun opzet gesteund werden, geen moeilijkheden bij het uitvoeren van hun plan ondervonden en op straffeloosheid mochten rekenen omdat hij, door zijn tegenwoordigheid alleen, bevestigde dat er op bevel van de bezetter werd gehandeld (14).

Wij merken op dat deze Obersturmführer wel een positieve handeling stelde, namelijk met de daders meegaan en daardoor hun optreden dekken. Schmitt daarentegen, in zover het blijkt uit de gepubliceerde gedeelten van het vonnis, was iemand die alleen maar had laten begaan. De algemene inrichting van het kamp, die de mogelijkheid tot mishandeling van gedetineerden openliet, kon moeilijk als een positieve daad van deelneming aan die mishandelingen worden beschouwd.

Het Hof van Cassatie besliste echter in de zaak Düncker dat alleen een positieve handeling, voor of bij het plegen van het misdrijf gesteld, strafbare deelneming kan opleveren. Volgens het Hof was zulks niet het geval, nu alleen bewezen verklaard was dat Düncker wist dat zijn ondergeschikten mensen mishandelden en dat hij zich, opzettelijk of door nalatigheid, van iedere tussenkomst had onthouden (15).

Deze rechtspraak was niet nieuw (16). Zij ligt in de lijn van de ideeën die men aan de opstellers van ons Strafwetboek toeschrijft. Haus immers heeft in zijn verslag, opgesteld namens de commissie belast met de voorbereiding van de strafrechtsherziening, de vraag van de deelneming door onthouding uitdrukkelijk behandeld en zich voor de straffeloosheid ervan uitgesproken (17). Hij verstaat onder « participation négative » het niet-verhinderen van misdrijven die men zou kunnen voorkomen « en n'empêchant pas le crime » que l'on pourrait empêcher, ou en ne révélant pas » à l'autorité le projet criminel dont on a connais- » sance ». Na erop te hebben gewezen dat het niet-aangeven van een aantal misdrijven als bijzonder delict in het strafwetboek zou voorkomen, noemt hij de bestraffing van deelneming door onthouding « con- » traire aux principes qui dominent la matière ».

Om deze stelling te bewijzen haalt Haus drie argumenten aan. Vooreerst acht hij het evident dat men niet door onthouding of stilzwijgen aan een misdrijf kan deelnemen. Dit nu is een loutere bevestiging. Velen zullen het tegenovergestelde evidenter achten. Wie opzettelijk laat begaan wat hij rechtens verplicht is te verhinderen neemt aan dit feit deel. Zijn onthouding is essentieel voor het plegen van het misdrijf en het opzet, dat hem ertoe brengt zich te onthouden, is de band die hem met de materiële dader verbindt. De hierboven gegeven voorbeelden bewijzen dit voldoende (18).

Het tweede argument is, dat het niet-verhinderen of het niet-bekendmaken van het voorgenomen misdrijf niet bewijst dat men het misdrijf wil zien uitvoeren en nog minder dat men het heeft willen begunstigen. Iemand kan andere redenen hebben om zich te onthouden of te zwijgen. Indien dit strafbaar gesteld moet worden, leert Haus, dan moet men er een afzonderlijk misdrijf van maken. Ook dit argument mist overtuigingskracht. Men kan niet *a priori* zeggen wat niet-handelen bewijst of niet bewijst. Het komt erop aan te weten of degene die zich onthoudt een rechtsplicht tot handelen heeft en te zien in welke omstandigheden hij nalaat deze te vervullen. Die omstandigheden kunnen zo zijn dat zij het opzet zeer duidelijk bewijzen. Men denke bijv. aan het geval van commissaris B. Zeker zijn er andere gevallen waar het bewijs van het opzet moeilijk te leveren is. Maar dat is het ook soms bij andere deelnemingsvormen, zoals het geven van inlichtingen, of bij strafbare poging. Bewijsmoeilijkheden zijn geen voldoende reden om ook die gevallen straffeloos te laten waar het bewijs bestaat.

Ten slotte wordt nog beroep gedaan op het analogieverbod. Als deelnemers worden alleen gestraft zij die tot het misdrijf aanzetten, erbij helpen, inlichtingen of middelen verstrekken om het te plegen. Men mag dit niet analogisch toepassen, aldus Haus, op gevallen die grote gelijkenis met de wettelijk omschreven deelnemingsvormen vertonen. Hierin ligt geen nieuw argument. Het is slechts een herhaalde bevestiging dat de woorden « un fait quelconque » in art. 66 derde lid S.W.B. en « aidé ou assisté ... dans les » faits qui ... » in art. 67 vierde lid S.W.B. niets anders dan een positieve handeling kunnen betekenen.

In zijn leerboek is Haus andermaal op de vraag teruggekomen en stelt hij, dat zelfs degene die tot plicht had een misdrijf te verhinderen niet als deelnemer gestraft kan worden indien hij zich opzettelijk onthoudt (19).

In de cassatierechtspraak, na het invoeren van het wetboek in 1867, horen wij dezelfde klank : geen deelneming door onthouding (20). Maar wij zoeken tevergeefs naar een nieuw en overtuigend argument. Het blijft steeds bij de bevestiging dat strafbare deelneming alleen kan bestaan in een positieve daad, voor of bij het plegen van het misdrijf gesteld.

Een enkele afwijking van deze rechtspraak vinden wij, in het jaar 1928, in een verdict van het Hof van Assisen te Antwerpen. Een pasgeboren kind was door zijn grootmoeder, die het van kant wilde maken, in een laken gewikkeld en onder de dekens bij zijn moeder in het bed gelegd. De moeder, die zich rekenschap gaf van wat er gebeurde, had niets gedaan om het verstikken van het kind te beletten. Zij werd samen met de grootmoeder veroordeeld (21).

Het is niet uitgesloten dat het Franse recht de rechtspraak van ons Hof van Cassatie heeft beïnvloed. De tekst van ons art. 67 vierde lid S.W.B. vinden wij immers terug in art. 60 derde lid van de Franse *Code pénal* van 1810, die eertijds ook in ons land van kracht was. In de voetnoten van onze Pasicrisie vinden wij ook verwijzingen naar de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie. Dit hof heeft nog in 1948 een arrest gewezen waarin het de strafbaarheid van medeplichtigheid door onthouding verwerpt, zonder overigens deze stelling te motiveren (22). Het betrof iemand die een tas met geld en juwelen had gestolen op het ogenblik dat een derde dit zag. Bij het begaan van het misdrijf beloofde de dief een gedeelte van de buit aan deze getuige, indien hij wilde verklaren dat hij de diefstal door twee onbekenden had zien plegen. Dit voorstel werd aangenomen en later bracht de gefantaseerde getuigenverklaring de benadeelde op een dwaalspoor.

A. Légal, hoogleraar in het strafrecht te Montpellier en annotator van dit arrest, merkt terecht op dat het hof geen rekening hield met de omstandigheid dat de dief en de zogenaamde getuige een akkoord hadden gesloten. Medeplichtigheid, zo betoogt hij, kan ook de vorm van een « participation psychologique »

aannemen. De loutere aanwezigheid van een derde kan bedoeld zijn als aanmoediging van de dader, ofwel weet die derde dat de dader erdoor wordt aangemoedigd of dat de weerstand van het slachtoffer erdoor verzwakt wordt. De fysisch passieve houding van die derde wordt dan « moralement active » en heeft een positief gevolg. Dit valt onder de strafwet want het is geen medeplichtigheid door onthouding. Deze laatste blijft ook volgens Légal, in beginsel straffeloos (23).

De noot onder dit Franse arrest toont aan dat handelen en nalaten niet in een wit-zwart-verhouding tegenover elkaar staan. Ongemerkt gaat men van het ene naar het andere over. Ook het woord « fait », dat onze wetteksten over de deelneming gebruiken, is voor de oplossing van ons probleem niet beslissend. Men kan in dit verband wijzen op wat het klassieke woordenboek van Littré over « fait » schrijft. Onder de talrijke uitdrukkingen waarin het voorkomt zijn er vele die het in een zeer neutrale betekenis gebruiken. Dikwijls schijnt « fait » eenvoudig een menselijke gedraging te betekenen, zonder dat op de actieve of de passieve zijde ervan nadruk gelegd wordt. Het is dan ook niet te verwonderen dat sommige hedendaagse juristen verklaren in onze teksten niet te kunnen lezen dat voor strafbare deelneming steeds een positieve handeling vereist zou zijn (24).

Het is lang niet zeker dat onze cassatierechtspraak op dit gebied nooit zal veranderen. Als men van het beginsel uitgaat dat het rechtsvoorschrift in de wettekst staat en niet in de voorbereidende werken, mag men een taalkundig ruime tekst niet beperken op grond van de voorbereidende werken. Deze, zo lezen wij in een recent arrest, mogen ingeroepen worden om de draagwijdte van een wet te bevestigen, zoals zij uit haar bewoordingen blijkt (25). Doch men zou ze niet mogen gebruiken om de taalkundige betekenis van een tekst te beperken. Hierbij moeten wij onderstrepen dat het Hof van Cassatie in deze kwestie nooit uitdrukkelijk naar de voorbereidende werken heeft verwezen. Het beperkte zich steeds tot een apodictische beslissing. Dat de ideeën van Haus, die van deelneming door onthouding niet wilde horen, daarin nawerken, lijkt echter meer dan waarschijnlijk.

Nog om een andere reden neigen wij tot de mening dat in België het laatste woord nog niet is gezegd. De rechtspraak in een aantal andere landen acht de deelneming door onthouding strafbaar, hoewel de daar geldende wetteksten niet duidelijker zijn dan de onze. Enige voorbeelden geven ons interessant vergelijkingsmateriaal.

De Hoge Raad der Nederlanden had te oordelen over een beroep in cassatie, door zijn Procureur-generaal in het belang der wet ingesteld tegen een vonnis van het Hof van Justitie in Suriname, waarbij een zekere K. wegens medeplichtigheid aan diefstal was veroordeeld. K. had het toezicht over een met koffie geladen schip. Bewezen was dat hij zich niet verzet had toen drie anderen in zijn tegenwoordigheid enige balen koffie hadden gestolen, na hem hun voornemen te hebben bekendgemaakt. Betwist werd of dit feit kon vallen onder art. 50 van het Strafwetboek voor Suriname, dat zoals art. 48 van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht diegenen als medeplichtigen straft « die opzettelijk behulpzaam zijn bij het plegen van het misdrijf ». De Hoge Raad oordeelde dat deze tekst terecht werd toegepast en overwoog « dat immers dit artikel niet aan» geeft, waaruit de daarbij bedoelde hulp moet bestaan » of op welke wijze zij moet worden verleend en er » dan ook geen reden is om aan te nemen, dat deze » hulp nooit zou kunnen bestaan in het nalaten eener » handeling » (26).

In Duitsland bepaalt § 49 1) van het *Reichsstrafgesetzbuch :* « Als Gehilfe wird bestraft, wer dem Täter » zur Begehung einer als Verbrechen oder Vergehen » mit Strafe bedrohten Handlung durch Rat oder Tat » wissentlich Hilfe geleistet hat ». Hoewel deze tekst op het eerste gezicht alleen positieve handelingen schijnt te bedoelen, zien wij dat het voormalige Reichsgericht en het huidige Bundesgerichtshof deelneming door onthouding strafbaar achten.

Het opzettelijk niet-optreden van de gevangenisbewaker tegen diefstal, die gepleegd wordt door gedetineerden waarop hij toezicht heeft, is als « Beihilfe » strafbaar (27).

Wie tegen brand is verzekerd en krachtens het verzekeringscontract verplicht is de brand te blussen, is medeplichtig aan de brandstichting die een derde heeft gepleegd, als hij opzettelijk nalaat een begin van brand uit te doven (28).

Medeplichtig aan vluchtmisdrijf is de hiërarchische meerdere, die zijn chauffeur na een verkeersongeval laat doorrijden en hem niet dwingt tot het nakomen van de verplichtingen die de wet in een dergelijk geval oplegt (29).

Interessant zijn de gevallen van medeplichtigheid aan meineed, door onthouding van hem die het afleggen van de eed moet en kan verhinderen. De plicht tot bijstand tussen echtgenoten, omschreven in § 1353 van het Duitse Burgerlijk Wetboek, sluit in dat de ene echtgenoot de andere moet beletten misdrijven te plegen. Zo kan de man medeplichtig zijn aan de meineed die zijn vrouw doet in een door hem gevoerd proces. Dit leidde tot vrijspraak van de man in een geval waar de echtgenoten gescheiden leefden en de mogelijkheid om de vrouw te beïnvloeden en zo het misdrijf te verhinderen uitgesloten was (30).

Een recent geval deed zich voor als volgt. Een man had echtscheiding gevorderd en zijn vrouw had een wedereis tot echtscheiding ingesteld. Bij de ondervraging door de rechter had de man geloochend een bijzit te hebben en zich bereid verklaard dit desnoods onder ede te bevestigen. De tegenpartij deed echter de bijzit als getuige oproepen. Deze had van de eiser, met wie zij werkelijk in concubinaat leefde en huwelijksplannen voor later gemaakt had, vernomen wat hij tijdens zijn ondervraging door de rechter had gezegd. Zij beloofde hem te zullen weigeren een verklaring af te leggen, wat de wet toelaat te doen. Bij de aanvang van het verhoor begon zij dan ook met iedere verklaring te weigeren. Door de advocaat van de tegenpartij aangemaand, zegde zij echter niet de minste overspelige noch zelfs sentimentele verhouding met de man te hebben en zij bevestigde dit onder ede. De eiser was daarbij tegenwoordig en wist dat de tevoren afgelegde verklaring vals was, maar hij deed niets. Het Landgericht te Essen veroordeelde hem wegens « Beihilfe zum Meineid durch pflichtwidriges Unterlassen ». Door zijn passieve houding had hij bewust het afleggen van een meineed mogelijk gemaakt en hij had daarmee ingestemd omdat het bijdroeg tot het gunstig verloop van zijn echtscheidingsproces.

Waarop steunde de verplichting van de man om het afleggen van deze eed te beletten ? Naar Duits recht is degene die een ander in een gevaarlijke situatie brengt ook verplicht het gevaar af te wenden dat daardoor ontstaat. Hier had de man het gevaar van meineed geschapen door met de getuige een overspelige verhouding te hebben, voor en tot op de dag van het verhoor. Dit gevaar had hij nog groter gemaakt door te beloven na de echtscheiding met haar te trouwen. Al-

dus werd zij in de verleiding gebracht om een meineed te doen, opdat het echtscheidingsproces zou slagen. Bovendien had de man haar verklaard wat hijzelf bij zijn ondervraging had gezegd, zodat zij wist dat er geen tegenstrijdigheid tussen haar verklaring en de zijne zou blijken. Weliswaar was de aanvankelijke afspraak dat de bijzit niets zou verklaren. Maar toen zij toch begon te spreken gaf de man zich rekenschap van het gevaar dat zij daarna een meineed zou doen en moest hij tussenkomen om dit te verhinderen. Het Bundesgerichtshof wees de zaak echter naar het Landgericht terug opdat het zich nader over het opzet van de man zou uitspreken (31).

Voor ons ligt het eigenaardige van dit geval in de wijze waarop het Duitse recht de plicht tot handelen van de man construeert, niet in het aanvaarden van deelneming door onthouding.

In de *Code pénal Suisse* wordt niet gezegd wie als daders van een misdrijf strafbaar zijn, maar art. 25 beschouwt als medeplichtige « celui qui aura intentionnellement prêté assistance pour commettre un crime ou un délit ». Overeenkomstig deze bepaling had de Rechtbank te Aigle een zekere mevrouw Veillon, samen met haar zoon en diens vriend, als medeplichtige aan laster veroordeeld. Zij was namelijk tegenwoordig geweest toen haar zoon en zijn vriend een tekst polycopieerden, die beledigend was voor iemand met wie zij in onmin leefde. De inhoud van dat geschrift was haar bekend, maar zij had niets gedaan om te beletten dat het gedrukt en daarna verspreid zou worden. Het Tribunal fédéral erkende in deze zaak uitdrukkelijk dat medeplichtigheid door onthouding strafbaar is. Doch het deed de veroordeling teniet omdat de moeder geen rechtsplicht tot handelen had. Haar zoon was immers meerderjarig. Als vrouw des huizes had zij wellicht de morele plicht om het voorbereiden van een misdrijf te beletten, maar rechtens was zij daartoe niet gehouden (32).

Het Italiaanse strafwetboek is op het gebied van de deelneming laconiek. Art. 110 bepaalt : « Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, ... ». Met deze deelneming wordt ook nalaten bedoeld, doch alleen in zover er een rechtsplicht tot handelen bestaat (33). In de rechtspraak vinden wij een voorbeeld dat zeer gelijkt op het Gentse geval van 1957 : politieagenten die, na geld te hebben ontvangen, nalaten een diefstal te beletten, zijn schuldig aan omkoping en ook aan deelneming aan de diefstal (34).

Op grond van deze gegevens en beschouwingen kunnen wij als volgt besluiten. De ontwikkeling, die op het gebied van het strafbaar nalaten in ons land merkbaar is, laat zich nog niet gelden op het terrein van de deelneming door onthouding. Nochtans bewijzen de hierboven aangehaalde voorbeelden dat deze vorm van deelneming een realiteit is, die geenszins tot het juridisch ongrijpbare behoort. Daarom geloven wij dat onze rechtspraak vroeg of laat een stap in deze richting zal doen. Zij die hiervoor beducht zijn moeten bedenken dat er een dubbele waarborg tegen overdrijving op dit gebied bestaat. Vooreerst kan niemand als deelnemer door onthouding gestraft worden indien hij niet rechtens verplicht was handelend op te treden. Alleen het bestaan van die rechtsplicht laat toe iemand, die passief gebleven is, bij de daden van anderen te betrekken. Een morele plicht is daartoe onvoldoende. En verder moet men steeds een afdoend bewijs van het opzet eisen, want waar geen opzet bestaat is geen deelneming denkbaar.

---

(1) Zie de artikelen 153, 155, 156, 242, 264, 285, 307, 319, 320, 333, 334, 361, 362 SWB.

(2) Art. 556 5) SWB. werd letterlijk overgeschreven uit de *Code pénal* van 1810 (art. 475 12), die de tekst enigszins gewijzigd uit de *Code des délits et des peines* van 1791 (titel I, art. 17) had overgenomen.

(3) *A. Chauveau - F. Hélie, Théorie du Code pénal,* 2e éd. belge, Bruxelles, 1863, t. II, p. 610.

(4) De tekst van het vroegere art. 556 5°) SWB. vinden wij thans verwerkt in die van het nieuwe art. 422*ter,* over de hulpverlening aan derden na opvordering van overheidswege. In dit verband en mede door de merkelijk verhoogde strafbedreiging krijgt hij o.i. een ruimere betekenis. Het mag waar zijn dat hij zoals tevoren een misdrijf tegen de overheid omschrijft (*J. Constant, La répression des abstentions coupables. Commentaire de la loi du 6 janvier 1961,* in *Rev. de dr. pén.,* 1961-1962, p. 257 n° 105 en p. 262 n° 115). Het nieuwe kader waarin de tekst geplaatst werd legt ook nadruk op een ander aspect, namelijk het verlenen van hulp aan de personen ten behoeve van wie de overheid bijstand heeft gevorderd. Dit misdrijf moet beschouwd worden als gericht tegen de overheid en ook tegen personen.

(5) *The universal Declaration of human rights and its predecessors,* edited by *F.M. Van Asbeck,* Leiden, 1949, p. 49.

(6) Men leze hierover *R.C. Van Caeneghem, Geschiedenis van het Strafrecht in Vlaanderen van de XIe tot de XIVe eeuw,* Brussel, 1954. De idee van de gemeentelijke solidariteit was een van de componenten van het strafrecht in deze periode.

(7) Wet van 14 november 1911, thans artt. 62 en 63 van het Tucht- en Strafwetboek voor de koopvaardij en de zeevisserij (wet van 5 juni 1928).

(8) Bijv. de artt. 401*bis* en 420 *bis* SWB.

(9) K.B. van 26 augustus 1925, art. 11, 6, opgeheven door K.B. van 1 juni 1931. De verplichting tot hulpverlenen werd opnieuw ingevoerd in de verkeersreglementen van 1 februari 1934 (art. 7, 1) en van 8 april 1954 (art. 4, 2°).

(10) Nieuw art. 422*bis* SWB.

(11) Over het vraagstuk van de deelneming leze men *J. D'Haenens, Strafbare deelneming,* in « Algemene practische Rechtsverzameling » (vooral blz. 56-63) en *J. Vanhalewijn, Bijdrage tot de studie van de strafbare deelneming in Belgisch strafrecht,* in *Rechtsk. Weekbl.,* 1961-1962, kol. 1521-1562. Bij deze auteurs vindt men een uitvoerige literatuuropgave.

(12) Arrest van 19 januari 1957, in *Rechtsk. Weekblad,* 1958-1959, kol. 543, met noot. Het beroep in cassatie werd verworpen bij arrest van 25 maart 1957, *ibidem,* kol. 538.

(13) Krijgsraad Antwerpen, 25 november 1949, bevestigd door Militair Gerechtshof, 20 april 1950, in *Rev. de dr. pén.,* 1951-1952, p. 496-497.

(14) Krijgsraad Brussel, 30 november 1948, in *Rev. de dr. pén.* 1951-1952, p. 555, met noot R.S.

(16) Zie de reeks cassatiearresten geciteerd door *D'Haenens, op. cit.,* blz. 56, n° 113.

(17) *J.S.G. Nypels, Législation criminelle de la Belgique,* t. I, Bruxelles, 1867, p. 135, n° 310. Nog onlangs werd erop gewezen dat het verslag van Haus over de deelneming meer te beschouwen is als een persoonlijke opinie dan als de uitdrukking van de wil van de wetgever. Zie *Vanhalewijn, op. cit.,* kol. 1523.

(18) Het is opvallend hoe weinig inzicht Haus had in de psychologie van het nalaten. Dit mag men hem, die honderd jaar geleden schreef, niet ten kwade duiden. Men leze hierover *E. De Greeff, Note concernant la psychologie de l'omission,* in *Rev. de dr. pén.,* 1951-1952, p. 31-46.

(19) *Principes généraux du droit pénal Belge,* 3e éd., t. I, Gand, 1879, n° 486.

(20) In Cass., 10 aug. 1868 (*Pas.,* 1869, I, 90) wordt er gewezen op de zeer algemene formule die art. 66 derde lid SWB. gebruikt : « c'est pour embrasser toutes les formes sous lesquelles la participation par assistance peut se manifester, que le législateur se sert de la formule générale *par un fait quelconque* ». Maar het lag zeker niet in de bedoeling van het Hof onder dit laatste ook niet-handelen te verstaan. In zijn conclusie had de Advocaat-generaal Cloquette immers betoogd dat alleen positieve handelingen strafbare deelneming kunnen opleveren. En uit de betwiste verklaring van de jury, die bevestigend had geantwoord op een vraag die de termen van art. 66 derde lid SWB. herhaalde, leidde het Hof af : « que cette déclaration implique nécessairement que la participation du demandeur à l'action s'est manifestée matériellement ». In Cass., 29 mei 1949 (*Arr.,* 1949, 343 en *Pas.,* 1949, I, 388) werd het beroep afgewezen omdat het bestreden arrest positieve daden van deelneming aan diefstal bewezen had verklaard. In Cass., 23 oktober 1950 (*Arr.,* 1951, 72 en *Pas.,* 1951, I, 91) ging het om het weghalen van een veel grotere hoeveelheid goederen dan de verkoopsovereenkomst voorzag. De bewaker van die goederen had tegen beloning teveel laten weghalen en werd als medeplichtige vervolgd omdat hij de diefstal had vergemakkelijkt. Er volgde cassatie omdat geen enkele positieve daad van deelneming bewezen was verklaard.

Minder duidelijk is het arrest van 8 mei 1922 (*Pas.,* 1922, I, 279) dat in verband met deelneming door onthouding meestal wordt geciteerd.

(21) R.H., *Du meurtre par omission,* in *Rev. de dr. pén.,* 1928, p. 477.

(22) Cass. fr. 15 jan. 1948, *Rec. gén. Sirey,* 1949, I, p. 81 met noot van A. Légal.

(23) Men vergelijke dit geval met dat van de Obersturmführer, geciteerd in noot 14.

(24) *G. Deleixhe - M. Franchimont, Aspects de la participation criminelle en Belgique,* in *Rev. de dr. pén.,* 1955-1956, p. 899.

(25) Cass., 31 okt. 1960, *Pas.* 1961, I, 226.
(26) H.R., 21 febr. 1921, *Nederlandsche Jurisprudentie,* 1921, 465. Te vergelijken met Cass., 23 okt. 1950, hierboven geciteerd in noot 19.
(27) *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen,* Bd. 53 (1920), S. 292.
(28) *Ibidem,* Bd. 71 (1938), S. 193.
(29) *Ibidem,* Bd. 69 (1936), S. 349.
(30) *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen,* Bd. 6 (1954), S. 322.
(31) *ibidem,* Bd. 14 (1960), S. 230.
(32) *Arrêts du Tribunal fédéral Suisse. Recueil officiel,* vol. 79 (1953), IV, p. 145. Dit arrest motiveert zijn beslissing met een verwijzing naar de rechtsleer. Cfr. *P. Logoz, Commentaire du Code pénal Suisse, Partie générale,* Neuchâtel-Paris, 1939, p. 104 en *Ph. Thormann - A. von Overbeck, Das Schweizerische Strafgesetzbuch,* Bd. I, *Allgemeiner Teil,* Zürich, 1940, S. 123-124.
(33) *V. Manzini, Trattato di diritto penale Italiano,* nuova edizione, vol. II, Torino, 1950, p. 513-517.
(34) Corte di Cassazione, 28 nov. 1946, *La Giustizia penale,* 1947, II, p. 588.

MILITAIRE CRIMINOLOGIE

door

Prof. Dr. John GILISSEN

Hoogleraar aan de Universiteit te Brussel.
Lid van de Koninklijke Vlaamse Academie voor Wetenschappen.
Eerste Substituut-Auditeur-Generaal bij het Krijgshof.

1. Alhoewel de criminologie zich reeds veel met de misdrijven van de jeugd en van de jonge volwassenen heeft onledig gehouden, werd tot hiertoe weinig aandacht besteed aan de studie van de oorzaken en gevolgen van de militaire misdrijven. Dit vraagstuk zou nochtans de belangstelling van de criminologen verdienen, daar een groot aantal jonge mannen gedurende minstens een jaar in het leger ingelijfd zijn. Plotseling aan hun gezinsmilieu onttrokken, worden deze jongelingen aan de militaire tucht onderworpen met als gevolg voor sommigen onder hen, het plegen van misdrijven, ofwel van militaire aard, ofwel van gemeen recht. Vele recidivisten kwamen voor de eerste maal in aanraking met de strafrechter tijdens hun militaire dienst.

2. Een van de redenen waarom er tot hiertoe zo weinig aandacht aan de criminologische studie van de militaire misdadigheid geschonken werd is misschien te zoeken in de vrees voor inbreuk op de militaire geheimhouding. Het is goed te begrijpen dat men niet zonder aarzelen gegevens ter pers brengt die door een vreemde mogendheid kunnen gebruikt worden om eventueel de doelmatigheid van het leger te bepalen. De vrees kan bestaan dat de tucht in het leger zou gemeten worden op grond van het aantal te bestraffen deserties, postverlatingen en dienstweigeringen.

Het is, mijns inziens, nochtans niet onmogelijk op wetenschappelijke wijze de militaire delicten te bestuderen zonder het geheim van de militaire belangen in het gedrang te brengen.

In bepaalde landen, nl. in Nederland, wordt reeds sedert jaren een militair-justitiële statistiek uitgegeven, zonder dat zulks blijkbaar tot moeilijkheden aanleiding gegeven heeft (1). Daarenboven worden in de meeste landen vele andere statistische gegevens in verband met 's lands verdediging officieel kenbaar gemaakt, bij voorbeeld bij gelegenheid van de bespreking van begroting en legercontingent in het Parlement.

Mocht men overtuigd blijven dat het uitgeven van statistieken betreffende de militaire delinkwentie een gevaar voor de veiligheid van de Staat kan opleveren, dan blijft het toch steeds mogelijk door de ontleding van een beperkt aantal gevallen de specifieke oorzaken van de militaire delinkwentie op te zoeken. De criminologie beschikt over voldoende soorten methoden om haar doeleinden op verschillende wijze te kunnen bereiken.

3. De militaire delinkwentie, zijnde het geheel van door militaire gepleegde misdrijven, omvat twee groepen misdrijven.

Enerzijds de militaire delicten, misdrijven die eigen zijn aan de militaire organisatie, zoals desertie, insubordinatie, postverlating, smaad of geweld tegenover meerderen.

Anderzijds de door militairen gepleegde misdrijven van gemeen recht.

In België en Nederland waar de militaire rechtsmacht bevoegd is voor bijna alle door militairen gepleegde misdrijven, is het wel mogelijk de twee groepen misdrijven aan een grondig criminologisch onderzoek te onderwerpen, dank zij de criminele statistiek van de militaire rechtbanken en vooral de ontleding van individuele gevallen.

4. Uit criminologisch oogpunt dient vooral een onderscheiding gemaakt te worden tussen drie groepen militairen : de beroepsmilitairen, de miliciens en de wederopgeroepenen. Vooral de eerste twee groepen dienen bestudeerd.

De beroepsmilitairen vormen een sociale groep met eigen leefregels en eigen psychologie. Hun misdadigheid hangt gedeeltelijk daarvan af. Ze zijn tamelijk talrijk; thans meer dan 70.000.

De dienstplichtigen zijn echter de meest belangwekkende groep voor een criminologische studie. Hun aantal schommelde tussen 40.193 en 77.740 in de jaren 1955-1961 (2). De meeste onder hen zijn 19, 20 of 21 jaar oud; ze vormen dus een homogene groep op gebied van ouderdom en geslacht. Het opsporen van de oorzaken van de door hen gepleegde misdrijven kan toelaten doeltreffende maatregelen te voorzien voor de vermindering van hun delinkwentie.

5. De criminele statistiek, uitgegeven door het « Nationaal Instituut voor de Statistiek », verschaft slechts zeer ontoereikende gegevens voor een grondige studie van de militaire criminologie. De indeling van de uitgesproken straffen op grond van het gepleegde misdrijf is onvolledig; ze verschilt van de éne tot de andere periode; ze houdt geen juiste rekening met de bestraffing van samenhangende misdrijven.

Op grond van deze statistieken, kon wel de volgende tabel samengesteld worden waarin de evolutie van de zuiver militaire delinkwentie vóór en na de tweede wereldoorlog gedeeltelijk kan gevolgd worden (3).

	1931 (4)	1934	1937	1953	1955	1957	1960
Desertie	599	348	452	542	685	527	384
Insubordinatie	93	48	69	156	233	221	183
Postverlating	18	5	37	103	58	79	50
Smaad tegenover meerderen	33	42	40	96	118	68	69
Geweld tegenover meerderen	32	12	15	82	102	77	48
Andere militaire delicten	12	4	11	13	12	11	16
Totaal	787	459	624	992	1208	983	750
Totaal aantal veroordeelden (militaire en commune delicten)	1296	838	1276	3492	3572	2722	2388

De verhouding tussen het aantal militaire delicten en het aantal andere door militairen gepleegde en door het militair gerecht gevonniste misdrijven is thans niet dezelfde als vóór 1940. Het aantal militaire misdrijven is ongeveer hetzelfde gebleven, terwijl het aantal andere misdrijven meer dan verdubbeld is. Deze evolutie staat natuurlijk in verband met de vermeerdering van het aantal misdrijven van onvrijwillige doding en verwondingen, ten gevolge van het steeds stijgend aantal verkeersongevallen.

Onder de militaire misdrijven vormen de deserties de voornaamste groep. Vóór 1940, bereikte het aantal deserties 75 % van het totaal aantal militaire misdrijven; sedert 1950, is het gedaald tot ongeveer 50 tot 60 %; de daling is vooral aanzienlijk in de loop van de twee laatste jaren (1959-1960). Het aantal in iedere categorie van andere militaire misdrijven is gestegen; vooral de veroordelingen wegens insubordinatie zijn veel talrijker dan vóór 1940.

6. Om de evoluties te kunnen interpreteren, zou men over veel vollediger statistisch materiaal moeten beschikken. Sedert 1960 werd begonnen met een grondig statistisch onderzoek in de twee krijgsauditoraten te velde van de Belgische Strijdkrachten in Duitsland. Voor elke misdrijfpleger wordt er een steekkaart opgesteld, die in een mecanografische kaart omgezet wordt. Dank zij de mecanografische dienst van het leger, kunnen alzo zeer veel gegevens verzameld worden; op elke kaart worden inderdaad alle mogelijke inlichtingen betreffende de dader en de gepleegde feiten genoteerd. Meer bijzonder voor de rubriek « gepleegde misdrijven », zijn er een zeer groot aantal indelingen voorzien. Er werd voor elke combinatie van samenhang van de meest voorkomende misdrijven een bijzonder nummer voorbehouden; aldus, bijvoorbeeld, voor desertie, worden 624 combinaties voorzien (desertie alleen, desertie en insubordinatie, desertie en insubordinatie en muiterij, desertie en muiterij en diefstal, enz.). In het geheel werden thans ongeveer 1.500 categorieën voorzien; er bestaat technische mogelijkheid het stelsel uit te breiden tot 10 milliard combinaties !

De resultaten voor het jaar 1960 zijn reeds ter beschikking; binnenkort zullen deze gegevens kunnen vergeleken worden met die van het jaar 1961. Ongetwijfeld zal, na enkele jaren, dit statistisch materiaal grote diensten kunnen bewijzen.

7. Benevens de criminele statistiek, gebruiken de criminologen vooral de methode van het enquêteonderzoek. Ook op dit gebied werd tot hiertoe bijna niets gepresteerd inzake studie van de militaire delinkwentie. Een eerste zeer beperkt onderzoek werd in 1956 ingesteld : een zestigtal dossiers van deserteurs werden op het Auditoraat-generaal zo grondig mogelijk onderzocht om de oorzaken van de desertie te bepalen.

Het Belgisch « Studiecentrum voor Militair strafrecht », heeft verleden jaar, met de medewerking van het militair gerecht en van het Ministerie van Landsverdediging, een veel groter enquête op getouw gezet; het betreft de ontleding van 650 gevallen van militaire veroordeelden. Voor elk geval werd een « individuele kaart » opgesteld met 65 vragen : persoonlijkheid van de veroordeelde, zijn gezinsmidden, zijn militaire toestand, zijn antecedenten, resultaten van het medisch en psychologisch onderzoek in het leger en eventueel in de gevangenis. Daarenboven wordt naar de oorzaken van het misdrijf gevraagd, enerzijds volgens de door de verdachte gedane verklaringen, aan de andere kant volgens de mening van de onderzoekende magistraat.

Het voorbereidend werk is thans beëindigd. Het Studiecentrum kan nu overgaan tot de ontleding van de verzamelde inlichtingen. De resultaten ervan zullen echter eerst in 1963 of 1964 kunnen gepubliceerd worden. Enige voorlopige beschouwingen over bepaalde aspecten van de militaire criminologie kunnen nu reeds medegedeeld worden.

8. Het aantal bij de Krijgsauditeurs aangeklaagde zaken schommelt, sedert 1954, tussen 20.000 en 26.000 per jaar. Dit cijfer is hoog, vergeleken met de effectieven van het leger. Maar het aantal gevonniste zaken ligt tamelijk laag : ongeveer 3.300 per jaar in 1954-1956, ongeveer 2.300 per jaar sedertdien. De vervolgde misdadigheid bereikt dus slechts 10 % van de aangeklaagde misdadigheid.

9. Het aantal zware misdrijven is zeer gering. In 1961 werden slechts 41 veroordelingen tot een gevangenisstraf van één jaar of meer uitgesproken (5). Zware straffen wegens militaire misdrijven werden alleen door dienstplichtigen opgelopen : elf in het geheel. Wegens zware zedenmisdrijven werden drie miliciens en dertien beroepsmilitairen veroordeeld.

10. Een gans bijzondere en buitengewone groep misdrijfplegers op militair gebied is gevormd door degenen die gewetensbezwaren hebben tegen het verrichten van militaire dienst. In sommige landen bekomen de principiële dienstweigeraars vrijstelling van militaire dienst (6). België kent geen bijzondere wetgeving op dit gebied : personen die weigeren hun militaire dienst te verrichten, worden vervolgd en gestraft wegens het door hen gepleegde misdrijf. Dit is meestal een insubordinatie, soms een desertie. De dienstweigeraars worden volgens een vaste rechtspraak (7) wegens het eerste misdrijf tot een straf van één tot drie maand gevangenis veroordeeld, wegens het tweede tot zes maand en wegens het derde tot een jaar gevangenis. Daarna worden ze uit het leger « weggejaagd » wegens onwaardigheid.

Het aantal principiële dienstweigeraars is tamelijk gering; het jaarlijks cijfer schommelt tussen 13 en 25 in de loop van de laatste tien jaren; het zijn thans meestal « getuigen van Jehovah ».

11. De desertie is het meest gepleegde militair misdrijf. Zoals blijkt uit hogerstaande tabel, schommelt sedert 1931 het aantal veroordelingen tussen 350 en 700 per jaar. In de loop van de laatste jaren is het aantal bestrafte deserties op aanzienlijke wijze gedaald : 685 in 1955, 384 in 1960. Het in 1956 begonnen opzoeken van de oorzaken van de deserties is misschien niet vreemd aan deze verbeterde toestand. Talrijke maatregelen werden getroffen, nl. met de hulp van de rijkswacht en van de Sociale Dienst van het leger, om bepaalde oorzaken van desertie uit te schakelen.

Het aantal in 1961 door de legerdiensten aangeklaagde deserties beliep 630. Drie groepen zijn te onderscheiden.

Ongeveer 28 % deserteurs zijn *opgeroepen miliciens* die geen gevolg geven aan het bevel tot oproeping onder de wapens; meestal betreft het jongelingen van Belgische nationaliteit die in het buitenland vertoeven.

Ongeveer 25 % zijn wederopgeroepenen; meestal militairen met onbepaald verlof, die hun woningsverandering niet ter kennis van de militaire en administratieve overheden hebben gebracht (bijvoorbeeld foorkramers, schippers, zeelieden, enz.).

Ongeveer de helft zijn *werkelijke deserteurs,* in de zin van onder de wapens zijnde militairen die hun dienst verlaten of, na met verlof of permissie geweest te zijn, naar hun eenheid niet terugkeren. De grote meerderheid onder hen zijn miliciens of N.A.V.O.-technici; beroepsmilitairen deserteren zelden.

12. Onder de oorzaken van de desertie van dienstplichtigen dienen vooral aangestipt de gezinstoestand en de moeilijkheid van aanpassing aan het militair leven.

Vele deserteurs zijn in staat van herhaling; op 60 in 1956 ontlede gevallen waren er 38 recidivisten; twaalf ervan werden vervolgd voor een vierde desertie, zeven voor een vijfde, twee voor een zesde, één zelfs voor een achtste desertie ! In 16 gevallen op de 38 werd de nieuwe desertie gepleegd onmiddellijk na de invrijheidsstelling; de gevangenisstraf was dus niet doeltreffend.

Anderzijds dient aangestipt te worden dat 13 op de 38 recidivisten gehuwde militairen waren, waarvan acht met één of meer kinderen !

Een derde van de 60 deserteurs waren pupillen van de kinderrechter; meestal hadden ze vroeger diefstallen gepleegd.

De militaire factoren blijken een minder grote invloed op het deserteren te hebben; slechts 12 op de 60 deserteurs riepen redenen in die in verband met de tucht of de inrichting van het leger stonden.

13. Moge deze voorlopige vaststellingen de lezer ervan overtuigen dat de militaire criminologie belangstelling verdient (8). Op het braakliggend gebied van deze wetenschap, dienen vooreerst vele onderzoeken ingesteld te worden, alvorens men degelijke conclusies zal kunnen voordragen. Zo in België reeds veel gedaan werd om de delinkwentie van de jeugd te bestuderen, moet er ook gestreefd worden naar een wetenschappelijke studie van de misdadigheid van de jonge volwassenen, en meer bijzonder van de onder de wapens geroepen dienstplichtigen.

(1) Nl. de « Justitiële Statistiek » jaarlijks uitgegeven in het Militair-rechtelijk Tijdschrift.

(2) *Parlementaire bescheiden, Senaat 1961-1962,* Ontwerp van wet houdende vaststelling van de legersterkte voor 1962, nr. 164.

(3) Geen voldoende gegevens zijn beschikbaar betreffende het misdrijf voorzien bij art. 54 van het Militair Strafwetboek (diefstal of verduistering ten nadele van de Staat of van een militair).

(4) De statistieken van 1931-1937 betreffen alleen de door de Krijgsraden veroordeelden ; die van 1953-1960 de veroordeelden door de Krijgsraden *en* door het Militair Gerechtshof.

(5) Hier werden weggelaten de veroordelingen tot dergelijke straffen ten gevolge van militaire misdrijven wegens gewetensbezwaren gepleegd. Zie infra, nr. 10.

(7) Nl. Nederland, Groot-Brittanië, Verenigde Staten, Zweden, Denemarken. Zie n.l. *Th. W. Van den Bosch, De bestraffing van principiële dienstweigeraars,* Groningen 1950 (gegevens betreffende de toestand in het buitenland, blz. 40 en vgl.).

(7) Wat de motivering van deze beslissingen betreft, nl. de weerlegging van de gronden van rechtvaardiging, door de dienstweigeraars ingeroepen, zie talrijke arresten van het Militair Gerechtshof in *J. Gilissen,* « Chronique annuelle de jurisprudence militaire », in *Revue de Droit pénal et de Criminologie,* 1954-1955, blz. 921 ; 1957-1958, blz. 228 ; 1958-1959, blz. 178 ; 1959-1960, blz. 300.

(8) Enige aanvullende gegevens zijn te vinden in *J. Gilissen,* Criminologisch onderzoek inzake militaire delinkwentie, in *Revue de Droit pénal militaire et du Droit de la guerre.* — Tijdschrift voor militair Strafrecht en Oorlogsrecht, 1e jg., 1962.

DE ACTUALITEIT VAN DE BESCHERMINGSCOMITES

door

Prof. Mr. R. CHARLES

Lector aan de Universiteit te Leuven.

Procureur des Konings te Brussel.

Ondervoorzitter van het Beschermcomité te Brussel.

De actualiteit van de beschermingscomités is geen nieuw feit. Zij dagtekent reeds van vóór lange tijd ; zij is van blijvende aard.

Inderdaad, de beschermingscomités, zoals zij onder onze ogen hun activiteit ontwikkelen, zijn slechts de erfgenamen van een lange traditie van generositeit, die teruggaat tot op de broederschappen der bezoekers van de gevangenissen, die bestonden in de middeleeuwen. Tijdens deze periode en, nog onder het oud regime, was het repressief stelsel verschrikkelijk. De doodstraf scheen te zacht wanneer ze niet was voorafgegaan door allerlei martelingen. De wreedaardige verminkingen van neus, oren, handen van de veroordeelden kwamen voortdurend voor en werden geprezen om hun waarde als onmiddellijke en exemplatieve straf. De schandpaal, de halsring, de zweep, de ijzers droegen er het hunne toe bij om van de gevangene, zonder hygiëne en zonder hoop, een verachtelijk wezen te maken, verworpen uit de gemeenschap, voor hetwelk enkel de deugdzaamheid van enkelen een reden tot belangstelling vond.

In dit tijdperk, waarin aan de straf geen andere rol

was toegewezen dan deze van de boete, van de afschrikking, beperkte de activiteit van deze broederschappen zich noodzakelijk tot het bezoek van de gevangenen, zonder ander doel dan de beoefening der edelmoedigheid en der liefdadigheid.

In de XVIIIe eeuw, onderging, onder de invloed van de humanitaire school, de toestand van de gevangenen een volledige ommekeer. Thans wordt de straf slechts beschouwd als rechtvaardig, wanneer zij nuttig is, het is te zeggen, wanneer zij de verbetering van de schuldige bewerkstelligt. Het wordt niet meer aanvaard de mens te doen lijden met het enig doel hem te doen boeten ; zijn lijden heeft enkel zin in de mate waarin het noodzakelijk is voor zijn verbetering.

Het is deze gedachte welke de Minister van Justitie, Jules Lejeune, als grondslag had gelegd aan de wet van 31 mei 1888, die het nieuw regime instelde van de voorwaardelijke invrijheidstelling en van de voorwaardelijke veroordelingen.

De Minister, die er van overtuigd was dat, om het succes van de wet te verzekeren, het privaat initiatief de openbare machten ter hulp diende te komen, wendde zich zonder aarzelen tot de erfgenamen der broederschappen van bezoekers, tot de beschermingscomités, tot dewelke hij een zeer bijzondere oproep richtte. Het is van hen dat hij de beslissende inspanning verwacht en hij toont zulks aan wanneer hij in 1890 zich persoonlijk bezighoudt met de herinrichting der comités om ze beter in staat te stellen hun nieuwe zending te vervullen.

De bezoeker van de gevangenissen uit de middeleeuwen en uit het ancien régime past zich dan aan de evolutie der strafrechtelijke begrippen aan; hij is niet meer enkel een edelmoedig mens, maar door de voogdij van een vrijgelaten gevangene op zich te nemen, wordt hij een van de verantwoordelijken voor dezes herclassering.

De oproep van Jules Lejeune in 1888 aan de mensen van goede wil, kent een reusachtig succes. Een werkelijke stroom van offervaardigheid gaat door het land, beroert de openbare mening en geeft aanleiding tot de meest verscheiden medewerking.

Het is in dit klimaat, in deze geestesgesteldheid en met dit ideaal, dat op 28 juli 1888 het « beschermingscomité der moreel verwaarloosde kinderen en der vrijgelaten gevangenen » te Brussel werd opgericht. Het was een instelling, die volkomen onafhankelijk was zowel van de openbare machten als van de politieke partijen en waarvan de activiteit volledig onvergeld bleef en enkel steunde op goede wil.

Krachtens haar statuten, stelde de vereniging zich tot taak :

1) de zedelijke verlaten kinderen, de gerechtskinderen en de kinderen wier ouders uit de ouderlijke macht zijn ontzet, te beschermen ;

2) de gevangenen te bezoeken en, tijdens hun hechtenis, hun echtgenote, hun kinderen en andere personen, die van het gezin deel uitmaken, ter hulp te komen ;

3) te voorkomen dat de veroordeelden en de abnormale delinquenten in hun vroegere vergissingen en euvelen hervallen, zulks door ze behulpzaam te zijn bij het zoeken naar een winstgevende bezigheid op het ogenblik van de invrijheidstelling en door het inrichten van hun zedelijke voogdij ;

4) al degenen bij te staan die lijden onder een zedelijke of fysische afzondering welke hun mogelijkheden tot sociale wederaanpassing te niet doet of vermindert, zoals dit met de ouderlingen, blinden, krankzinnigen en abnormalen het geval is.

De evolutie van de gedachten, de verwarring ontstaan tengevolge van de twee achtereenvolgende oorlogen, zullen nochtans de doeleinden van de beschermingscomités wijzigen en beperken. De noodzakelijkheid van een sociale actie van grote omvang, ten einde de sociale infrastructuur van de natie te ontwikkelen en het levenspeil van de bevolking te verhogen, zal dóórdringen in meerdere sectoren waarin het beschermingscomité in de beginne zijn activiteit ontplooide, zonder nochtans het essentiële van zijn zending in te krimpen.

Het is aldus dat het beschermingscomité in 1912 bij machte was te antwoorden aan de oproep, die gedaan werd door Graaf Carton de Wiart, met hetzelfde dynamisme als datgene dat het in 1888 ter beschikking gesteld had van Jules Lejeune.

De wet van 15 mei 1912 op de kinderbescherming betekende, zoals men weet, een belangrijke mijlpaal in de evolutie van het strafrecht, doordat ze de jonge delinquenten aan de greep van het strafstelsel onttrok.

Vóór haar uitvaardiging, diende de rechter, wanneer de beschuldigde of de verdachte op het ogenblik van het feit minder dan 16 jaar oud was, volgens de artikelen 72 en 75 van het Strafwetboek, zich de vraag te stellen of het feit al of niet met oordeel des onderscheids was gepleegd. Wanneer dit oordeel des onderscheids werd vastgesteld, paste de wet op de jonge delinquent een mindere straf toe dan degene die hij zou opgelopen hebben wanneer hij zijn 16e jaar had overschreden. Bij afwezigheid van oordeel des onderscheids daarentegen was de rechter verplicht de vrijspraak uit te spreken ; maar het recht tot beteugeling werd vervangen door het recht tot tuchtiging ; het vrijgesproken kind kon ter beschikking gesteld worden van de regering voor een termijn, die door de rechter bepaald werd en die het tijdperk niet mocht overschrijden waarop de minderjarige zijn 21e jaar bereikte.

Door te breken met alle idee van strafrechtelijke sanctie bij de oprichting van de kinderrechtbanken, gelast met het toepassen van maatregelen van bewaking, opvoeding en bescherming, van aard om aan de minderjarigen een kans op betere toekomst te geven, stelde deze wet de misdadige jeugd buiten het strafrecht. Door haar eerste hoofdstuk, dat zijn oorsprong vindt in het wetsontwerp, reeds neergelegd door Jules Lejeune op 10 augustus 1889, droeg zij tevens aan de burgerlijke rechtbank de taak op de misbruiken te sanctionneren tot dewelke de uitoefening van de vaderlijke macht aanleiding kon geven. Maar zij organiseerde deze bescherming van de kinderen, die slachtoffers waren van onwaardige ouders, slechts op een onrechtstreekse wijze en enkel in zoverre de ouders van de ouderlijke macht vervallen waren.

Het is, volgens de Minister van Justitie, aan de « beschermingscomités die verspreid zijn doorheen heel het land » en die « door het stemmen van de wet ten zeerste worden aangemoedigd in hun activiteit », dat de bescherming van deze kinderen hoofdzakelijk wordt opgedragen.

De wet van 15 mei 1912 heeft voor gevolg dat, wanneer ze van de ene kant op dit gebied de activiteit van de beschermingscomités ten zeerste aanwakkert, zij deze toch ook duidelijker omlijnt. De zogenaamde « gerechtskinderen » werden in twee onderscheiden categorieën verdeeld. Deze van de delinquenten werd toevertrouwd aan gespecialiseerde rechtbanken, met hun bijzondere diensten. Door haar art. 5 deed zij op de welwillende werken de rechtstreekse verantwoordelijkheid berusten voor de kinderen van ouders, die van de ouderlijke macht vervallen verklaard waren, kinde-

ren die sedertdien genoemd worden « kinderen van de Procureur ». Er zijn er thans 1.565 voor het arrondissement Brussel en 7.432 voor gans het land, terwijl het getal der gerechtskinderen 14.242 bedraagt.

Wat deze kinderen betreft, werd de opdracht van het beschermingscomité in 1922 verduidelijkt door de overeenkomst die werd gesloten tussen de verenigingen van magistraten, te weten enerzijds de Vereniging der Kinderrechters en de Vereniging der Vrederechters, en anderzijds de Koninklijke Commissie der Beschermingscomités, die met de vertegenwoordiging dezer comités gelast is.

Buiten het toezicht op de kinderen van uit de ouderlijke macht ontzette ouders, heeft het beschermingscomité zijn actie onverpoosd uitgebreid tot andere categorieën van in gevaar verkerende kinderen, en wel de onwettige kinderen, de kinderen uit ontwrichte gezinnen, de kinderen van krankzinnige of gedetineerde ouders, om wier statuut de wet zich weinig of niet heeft bekommerd en die bij de zedelijk verlaten kinderen kunnen worden gerangschikt.

In 1923 werd het « Beschermingscomité der moreel verwaarloosde kinderen en der vrijgelaten gevangenen te Brussel » gereorganiseerd in de geest der wet op de verenigingen zonder winstgevend doel, waarvan het het statuut heeft aangenomen. Alhoewel sedertdien nog structuurwijzigingen zijn ingetreden, is het steeds onder deze vorm dat het heden zijn activiteiten organiseert, doch deze activiteiten zijn thans ingedeeld in twee wel onderscheiden, alhoewel samengeördende secties : deze van de jeugdbescherming en deze van de veroordeelden en gevangenen.

Alhoewel de beschermingscomités hun actie vrij bepalen, werken zij toch niet in verspreide orde ; zij kunnen algemene richtlijnen vinden bij de Koninklijke Commissie der beschermingscomités, in het leven geroepen door koninklijk besluit van 15 maart 1894 en door dit van 25 oktober 1912, die voorzien dat deze commissie de verbinding uitmaakt tussen de werken, die zich bezighouden met de jeugdbescherming, en deze die bijzonder de preventie van de criminaliteit en de landloperij nastreven.

De beschermingscomités, ingesteld in 26 gerechtelijke arrondissementen, hebben secties die gevestigd zijn in de vredegerechtkantons van hun arrondissement, welke ook genoemd worden kantonnale voogdijraden.

Hun budget wordt gevormd door giften, welke hun verstrekt worden, en gedeeltelijk, door een subsidie verleend door het Ministerie van Justitie op voorstel van de Koninklijke Commissie der beschermingscomités.

* * *

Evenals in 1888 en in 1912 het beschermingscomité innig verbonden was met de grote hervormingen in ons strafrecht, zal het dit ook zijn wanneer in 1930 het Parlement aan ons land de wet bezorgt op het sociaal verweer ten opzichte van abnormalen en gewoontemisdadigers. Deze wet is het resultaat van een lange discussie, die ontstaan was op 14 februari 1923, wanneer de heer Masson, Minister van Justitie, op het bureel van de Kamer een wetsontwerp neerlegde betreffende drie soorten delinquenten, de abnormalen, de gewoontemisdadigers en de misdadige jeugd. Vanaf december 1924 waren twee verslagen ingediend geworden, het ene door de heer Vandervelde betreffende de maatregelen die voorzien werden ten opzichte van de abnormalen, en het andere door Graaf Carton de Wiart op de recidivisten en de jeugdige misdadigers. In 1930 heeft de Kamer de bepalingen, die betrekking hadden op de misdadige jeugd, van het oorspronkelijk ontwerp afgescheiden. Zij heeft er zich sedertdien niet meer mee beziggehouden.

Onder het stelsl van het Strafwetboek van 1867 werden de geestelijk minderwaardigen veroordeeld evenals de delinquenten, die gezond van geest waren, met dit verschil dat de rechtbanken, de straf die op hen werd toegepast verminderden door aanneming van verzachtende omstandigheden spruitende uit hun verminderde verantwoordelijkheid. Deze beslissingen zijn soms onrechtvaardig. Ze zijn meest altijd inopportuun en onvoldoende. De geesteszieke wordt in de gevangenis opgesloten evenals degene die gezond van geest is ; de hechtenis geneest hem niet, heeft geen invloed op zijn intelligentie ; hij wordt in vrijheid gesteld nadat hij des te minder lang opgesloten is gebleven, naarmate hij nochtans gevaarlijker is, doordat hij minder in staat is zijn daden te controleren en te beheersen.

De wet van 9 april 1930 heeft voor doel gehad aan deze toestand te verhelpen door een stel maatregelen, die er naar streven bij de verdachte de geestelijke tekortkomingen op te sporen, hem te beletten schade te veroorzaken, hem de bijzondere zorgen te verstrekken, die zijn toestand vereist, op dusdanige wijze dat hij niet aan de maatschappij zou teruggeschonken worden alvorens hij in staat werd gesteld aan de drang van zijn slechte instincten te weerstaan, wanneer hij zulks wil.

Met haar art. 17 vraagt de wet aan het beschermingscomité bij te dragen tot het welslagen van het geheel dezer maatregelen door zich te doen vertegenwoordigen door een van zijn leden op de zittingen van de commissie, ingesteld bij de psychiatrische annexe van het strafcentrum.

De evolutie der gedachten, de nieuwe proefnemingen, de verschillende confrontaties waartoe de verwarringen, gesproten uit de laatste wereldoorlog, aanleiding hebben gegeven, hebben er ons strafrecht toe gebracht een nieuwe mijlpaal te bereiken. Het karakteristieke ervan is dat het hoofdobjectief van de repressie, door middel van de studie der psycho-physische personaliteit van de delinquent, minder gericht is op zijn verbetering dan op zijn sociale heraanpassing, die men tracht te bekomen door de individualisatie van de straf, namelijk door de techniek van de probation.

Opnieuw, evenals in 1888, in 1912, in 1930, blijft in 1951 ons beschermingscomité innig met de gerechtelijke actualiteit verbonden, daar zijn leden, erfgenamen van de bezoekers der gevangenissen, die de wonden verzorgden van de veroordeelden die hun kettingen sleepten vooraleer de galeien te vervoegen, thans de opdracht te vervullen kregen als probationagenten de delinquent, die op de proef gesteld werd zonder zijn familiaal en beroepsmilieu te verlaten, te helpen, te steunen, bij te staan en er toezicht over te houden.

Ik houd er aan hier onmiddellijk aan toe te voegen, ten einde elke verdenking van gemis aan objektiviteit te vermijden, dat sedert de tijd waarin het alleen stond, het beschermingscomité, naast zich, publieke en private initiatieven heeft zien ontluiken en groeien, waarvan het de verdiensten en de waarde volkomen erkent en waarmede het zich een eer en een genoegen acht samen te kunnen werken.

Wanneer door zijn traditie het beschermingscomité verbonden was met de liefdadige actie ten opzichte van de gevangenen, wanneer het door het vertrouwen van de Natie zich steeds heeft ingespannen voor de verbetering van de veroordeelde, voor de be-

scherming van de jeugd die in gevaar verkeert, voor de sociale heraanpassing van de gedetineerde, voor de bijstand aan de geesteszieken geïnterneerd in de inrichtingen van sociaal verweer, voor de steun aan de delinquent die op proef gesteld werd, staat het thans voor ontzaglijke verantwoordelijkheden juist op dit gebied waarop, heden ten dage, de bekommernissen van alle penalisten en criminologen samentreffen, het gebied van de sociale wederaanpassing van de veroordeelde en van de preventie der sociale inadaptaties.

Het is daarom dat het beschermingscomité er thans hoofdzakelijk heeft over te waken dat zijn activiteit op het penitentiair gebied, die oorspronkelijk zuiver liefdadig was, de vorm van zijn nieuwe verantwoordelijkheden zou aannemen. Voorzeker zal het voortgaan, in het geheel van zijn werk van hulpvaardigheid, een vooraanstaande plaats toe te kennen aan het opwekkend karakter der verhouding van zijn leden, als vrijwillige voogden, met de veroordeelden. Maar, door deze handelwijze beantwoordt het aan een dubbele zorg, eerst deze de toepassing te verzekeren van de leer der humane wetenschappen, die het belang en de doeltreffendheid doen uitschijnen van de affectieve waarde in de vereffening der conflicten en in het welslagen van de sociale heraanpassing, en verder te doen begrijpen, zowel aan de voogd als aan de veroordeelde, dat deze opwekkende verhouding niet meer, zoals vroeger, uitsluitend haar plaats vindt op het gebied van de generositeit, van de liefdadigheid, van het paternalisme, maar wel op dit van de solidariteit, van de verplichting, van de aansprakelijkheid en van de noodzakelijkheid. Bezoekers en voogden, die door de wet werden betrokken in de actie der sociale heraanpassing, hebben thans rechten en verplichtingen tegenover elkaar. De medewerking van de afgevaardigde, die een voogdij heeft aanvaard, wordt niet meer gegeven, zij is verplicht.

Dit nieuw aspect van de activiteit van het beschermingscomité heeft voor dit comité het gevolg gehad dat het, op het gevaar af aan zijn verplichtingen tekort te komen, de noodzakelijkheid dient te erkennen niet enkel goede wil ten dienste te stellen van zijn tussenkomsten, maar een behoorlijke methodische en technische organisatie te aanvaarden. Zijn leden dienen aangeworven te worden in verhouding van hun waarde voor de activiteit die men van hen verwacht; zij dienen te behoren tot alle politieke en godsdienstige meningen, zij dienen te komen uit de verschillende klassen van onze maatschappij en te behoren tot onze twee grote taalgroepen. Het is ook noodzakelijk hen te documenteren over de verschillende aspecten van hun verantwoordelijkheid, het toezicht over hun werkzaamheden te verzekeren, hun een bevoegd personeel ter beschikking te stellen, aan hun actie een vaste structuur te geven, door de organisatie van een centrale, zonder dewelke hun tussenkomst de neiging zou hebben terug een zuiver liefdadig karakter aan te nemen en, ten slotte, niet uit het oog te verliezen dat er aanleiding bestaat beroep te doen op meer bevoegde publieke en private instellingen, zodra het belang van de veroordeelde dit vereist.

Aldus verbonden met een penitentiaire behandeling, opgevat in functie van een preventieve actie tegen de hervalling, bekleedt het beschermingscomité — dat zijn opbeurende taak vervult in de gevangenis, dat het contact handhaaft met de familie, dat helpt en steunt op het ogenblik van de invrijheidstelling, dat gedurende heel de duur van zijn tussenkomst een warme geïndividualiseerde dienstvaardigheid aan de dag legt alsmede de zorg voor het nauwkeurig nakomen van zijn verplichtingen, en dat, door de kwaliteit van zijn leden, op een meer algemeen plan een doorslaande invloed kan uitoefenen op de openbare mening —, een allereerste plaats in de politiek die voor doel heeft, door de sociale wederaanpassing van de delinquent te verzekeren, op de meest doeltreffende wijze de collectieve preventie te verwezenlijken.

Na het stemmen van de wet van 15 mei 1912, werden de beschermingscomités heringericht met het oog op het volbrengen der taken die hun door de Natie in zake kinderbescherming werden toevertrouwd. Toendertijd scheen deze opdracht tamelijk eenvoudig : het louter juridisch toezicht op plaatsing en vertegenwoordiging en het bovendien veeleer theoretisch toezicht op de kinderen van ontzette ouders. Deze simplistische toestand weerspiegelt duidelijk de toenmalige kortzichtigheid inzake kinderaangelegenheden.

Tot bij het begin van deze eeuw beschouwde men het kind als een onvolledig, totaal van de volwassene verschillend wezen, met specifiek eigen kenmerken. Sindsdien is men echter tot de bevinding gekomen dat de mens, op elk ogenblik van zijn ontplooiing, een volledig wezen met eigen persoonlijkheid is.

Het kind is dus niet, zoals men het vroeger meende, een verkleind beeld van de volwassene. Men weet thans beter dat de overgang van de kindsheid naar de volle wasdom op het driedubbel somatisch, geestelijk en sociaal gebied, niet sprongsgewijze geschiedt, doch op voortdurende, progressieve wijze, door processen van integratie en structuratie en dat deze rijpwording, die op zichzelf iets moeilijks is, om te slagen, de steun, de koestering en de zekerheid van het familiaal milieu vereist. Wat inderdaad het kind des mensen bij zijn intrede in de wereld karakteriseert, is de totale onduidelijkheid van zijn instincten. Het instinct drijft het, doch leidt het niet. Het is noodzakelijk dat het kind, tot op zijn volwassen ouderdom, zou leren zichzelf te bepalen, dit wil zeggen in zijn eigen persoonlijke individualiteit deze juiste adaptatie te volmaken, in functie van zijn instinctieve krachten in een voldoende affectief evenwicht. Deze ontmoeting met de menselijke wereld, is de wereld van de familie en vooreerst deze van het gezinspaar.

De gevoelsevolutie van het menselijk wezen en zijn stilaan tot evenwicht komen blijken eerst en vooral bepaald in functie van de psychologische en menselijke kwaliteit van het paar dat er het leven heeft aan geschonken en dat het opvoedt.

Bijgevolg is de rol van het gezin heden ten dage onvervangbaar in zoverre dat men van oordeel is dat de moeilijkheid tot inschakeling der jongeren in het maatschappelijk leven, rechtstreeks verband houdt met de affectieve atmosfeer waarin ze hebben geleefd.

Over het belang van het gevoelsleven voor het kind, van het natuurlijk affectief contact in de opvoeding, heeft de bestuurder van het « Claude Bernard Centrum » te Parijs, Dr. Mauco, de vaststellin-

gen in herinnering gebracht die gedaan werden in Amerika en in Oostenrijk, in zekere bewaarscholen. Onder voorwendsel van wetenschappelijke kinderzorg was men er toe gekomen, elk contact met de kindertjes te verbieden. De verpleegsters, voorzien met handschoenen en maskers, behandelden de kinderen volgens de laatste beginselen van de strijd tegen de microben... vanzelfsprekend was er verbod de kinderen te omhelzen. De gevolgen hiervan op de psychische ontwikkeling van de kinderen was rampspoedig. De enkwesten die, bij vergelijking gedaan werden in ellendige middens, levende zonder hygiëne, met dikwijls zeer zorgeloze moeders, toonden voor de kinderen een heel wat betere gevoelsontwikkeling aan. Zelfs met minderwaardige voedsters, maar die toch met de zuigelingen een menselijk contact onderhielden, geschiedde de latere ontwikkeling in oneindig gunstiger omstandigheden. Het is vandaag uitgewezen, zegt Dr. Aubry, dat de opvoeding begint met de dag der geboorte. Het zou zelfs vaststaan dat reeds voor de geboorte, d.w.z. vanaf de ontvangenis, het stadium der zuiver genetische determinismen is voorbij gestreefd, want het is van dit ogenblik af, zoals de grote biologist Jean Rostand het onderstreept, dat het uiterlijk milieu zich zal doen gelden en niet meer zal ophouden samen te werken met de genetische erfelijkheid van het subject. « In tegenstelling met wat ik geschreven heb, » zegde desaangaande Jean Rostand, « zijn alle baarmoeders niet evenwaardig ». De geestelijke toestand van de moeder gedurende de zwangerschap heeft duidelijke terugwerkingen op de foetus. Naar gelang de geboorte wordt aanvaard, ondergaan, gevreesd of, integendeel, verwacht en verlangd, zal het moederlijk psychisme een gelukkige of nadelige invloed uitoefenen op de gesteldheid van de foetus. Zo zal een kind geboren worden met angstgevoelens of ten minste voorbestemd zijn tot de angst, tot de spasmophilie, omdat de moeder met ongenoegen de zwangerschap zal aanvaard hebben, omdat zij echtelijke of andere moeilijkheden zal ondervonden hebben.

Wie van hen, die door de wet van 1912 verantwoordelijkheden te dragen hebben in verband met de kinderbescherming, zou in deze voorwaarden nog durven beweren zijn zending naar behoren te vervullen door er zich mee te vergenoegen zijn toevlucht te nemen tot de simplistische oplossing welke de wet aanduidt — het wegnemen van het kind uit zijn milieu, dan wanneer de eenheid die het kind vormt met zijn familie heden ten dage wetenschappelijk bewezen is. Het milieu te bewerken tegelijkertijd met het kind schijnt dus wel de ideale oplossing te zijn. Betekent zulks nu dat deze oplossing altijd zou mogelijk zijn, dat van nu af elke plaatsing zou dienen uitgeschakeld te worden en dat de instellingen, waarin moeilijke kinderen geplaatst worden, hun deuren maar zouden moeten sluiten ? Dit is iets geheel anders. Maar het betekent wel dat de modaliteiten van de plaatsing dienen te evolueren en dat, wanneer deze plaatsing dient te geschieden in een instelling, deze laatste de verplichting heeft er over te waken dat in haar actie de moderne wetenschappelijke vondsten in verband met de vraagstukken van de sociale inadaptatie der jeugd zouden geïntegreerd worden.

De vooruitgang onzer kennissen betreffende de studie van het rijpingsproces, het sociologisch fenomeen van de vorming — ten gevolge van het peil dat onze beschaving bereikt heeft — van een nieuwe sociale groep, de jongeren tussen 16 en 25 jaar, zijn er de aanleiding toe dat de wet van 1912 — waarvan wij het vijftigjarig bestaan herdenken —, op brede wijze en zelfs op zekere punten, op tragische wijze is voorbij gestreefd.

Wanneer, door een mild pretoriaanse toepassing van de wet, waarin de moderne wetenschappelijke gegevens werden te pas gebracht, men er wel in geslaagd is zekere leemten dezer wet aan te vullen, is het niettemin te betreuren dat ons land, waarvan in 1890, op initiatief der regering, de internationale beweging voor de jeugdbescherming is uitgegaan, op het plan der wetgeving, niet gelijktijdig met zijn buurstaten deelachtig is geweest aan de vereiste aanpassingen — het weze met Nederland (wet van 10 juli 1947), met Engeland (de Children act van 1948), met Frankrijk (de ordonnantie van 23 december 1958 en het decreet van 7 januari 1959).

Op gebied van de kinderbescherming is het eenparig inzicht tot stand gekomen van de noodzakelijkheid aan het kind zo vroeg mogelijk de bescherming te verlenen die het toekomt, d.w.z. veel vroeger dan wanneer de moeilijkheden, die zich geopenbaard hebben, de tijd zouden hebben gehad de onvermijdelijke fenomenen van desadaptatie te doen ontstaan. Het is daarom dat, dan wanneer in 1912 de bescherming van het kind slechts werd in ogenschouw genomen door middel van deze van zijn familie en, in geval van onwaardigheid dezer laatste, door zijn wegneming uit de familie, thans de uitwerking van een rechtstreekse bescherming van het kind is begonnen, gesteund op het recent begrip van een statuut voor het kind, dat het niet meer enkel beschouwt als een object van rechten, maar wel als een subject van individuele rechten, gericht op zijn hoedanigheid van persoon. Op die wijze heeft dientengevolge het kind een titel om niet meer, zoals vroeger, uitsluitend beschermd te worden tegen de onwaardigheid van zijn ouders, d.w.z. tegen hun zware tekortkomingen die voorafgaandelijk zouden zijn vastgesteld, maar ook tegen hun zorgeloosheid, hun zwakheid, hun onachtzaamheid, hun onbevoegdheid, zelfs zonder enige kwade bedoeling, wanneer de gevolgen hiervan van aard zijn het kind datgene te onthouden waaraan het behoefte heeft, datgene waarop het recht heeft.

Wanneer het thans vaststaat dat, om op doeltreffende wijze te kunnen ingrijpen in het vraagstuk van de sociale inadaptaties, zulks vroegtijdig moet kunnen geschieden, is het even noodzakelijk op te treden op een aangepaste wijze en met kennis van zaken, omdat de minste vergissing op dit gebied onherstelbaar kan zijn.

Ingrijpen op aangepaste wijze betekent zulks te doen met eerbiediging of herstelling van de normale voorwaarden der ontwikkeling van het kind, dit wil zeggen, zoals wij zagen, door rekening te houden met zijn familieverband en met zijn affectieve behoeften. De ouders brengen hun kinderen ter wereld onder hun eigen verantwoordelijkheid; het zijn zij die het recht en de plicht hebben te waken over hun kinderen omdat de familie een instelling is onafhankelijk van de staat. De staat moet de ouders helpen hun zending te vervullen. Hij moet de familie beschermen en bevorderen, doch zonder haar op te slorpen noch zich in haar plaats te stellen.

Welnu men stelt juist vast dat het bijzonderste

kenteken van de evolutie der familie er in bestaat een neiging te vertonen het belang en de betekenis te verliezen dat zij vroeger had in de structuur van een weinig ontwikkelde staat, terwijl deze laatste integendeel voortdurend zijn macht uitbreidt door een voortschrijdende inbeslagname van al de levenssectoren waarin de economische en sociale evolutie machtige belangengroeperingen doet ontstaan. Doch, wat een bijzonder ernstig karakter vertoont is het feit, dat de familie, die haar patriarchale omvang heeft verloren onder de invloed van uitwendige economische, politieke en sociale factoren, waarvan de betekenis ook werd verminderd onder de invloed van interne factoren — zoals de indeplaatsstelling van het loon aan het product van de arbeid, de verwijdering van zijn leden op zoek naar arbeid, de arbeid van de vrouw en de kinderen buiten het gezin, en uiteindelijk het gebrek aan arbeid — thans de ontwrichting ziet tot stand komen niet enkel van het echtelijk paar en zijn kinderen, maar van dit echtelijk paar zelf. Het getal der echtscheidingen overtreft thans met 45 percent de cijfers vastgesteld in de loop der periode van 1935 tot 1939. Wanneer men nagaat dat in 1960 65.220 huwelijken werden gesloten en er ongeveer 4.800 echtscheidingen of scheidingen van tafel en bed tot stand kwamen, dient men te erkennen dat één huwelijk op 13 officieel eindigt met een uiteenvallen van de echt.

Wanneer de staat de familie wil handhaven, dient hij er over te waken dat hij het kind slechts zou benaderen door tussenkomst van de ouders. Het is deze regel die in herinnering gebracht werd door de Franse afvaardiging op het Ve congres voor Sociaal Verweer te Stockholm in augustus 1958. En, wanneer een dwangmaatregel, onder welke vorm dan ook, aan de ouders moet worden opgelegd ter bescherming van het kind, in geval van conflict dat beslecht of vereffend dient te worden, bestaat de waarborg van de ouders er in dat enkel de rechterlijke macht bevoegd is hier in te grijpen.

Maar indien de klinische studie tot gevolg heeft al wat het gezinsleven en de psychologie der interfamiliale betrekkingen aanbelangt, op het voorplan te brengen, dan mag daarbij niet uit het oog worden verloren dat de niet-aanpassing der jongeren ook andere sociale factoren van meer algemene en ingewikkelde aard als oorzaak heeft. In verband hiermede staan de van staatswege gehuldigde opvattingen zowel nopens de zending van de staat in het algemeen, als nopens de menselijke persoon en de familiale instelling in het bijzonder, kortom nopens de plaats die de staat in de samenleving aan de jeugd wil toebedelen.

Het gebied van de kinderbescherming, zoals men deze heden ten dage nastreeft, bestrijkt dus een zo uitgebreid veld activiteiten dat het noodzakelijkerwijze, om afdoende ontgonnen en gevaloriseerd te worden, een punt dient te zijn waar de samengebundelde strevingen zowel van de publieke als van de private sector elkaar dienen te ontmoeten. Wanneer de kinderbescherming in de eerste plaats afhangt van het liefdadig domein en in de tweede plaats van het administratief domein en slechts van het gerechtelijk domein wanneer er conflict bestaat tussen de rechten van het kind en deze van derden, of wanneer er aanleiding bestaat ten opzichte van hen die de verantwoordelijkheid voor het kind dragen, preventieve dwangmaatregelen te nemen ten voordele van het kind, behoort het te onderstrepen dat het deel voorbehouden aan de rechterlijke macht, door de wet van het leven, een neiging vertoont de voorrang in te nemen. Men kan inderdaad vaststellen dat, evenals de rechtbank van eerste aanleg door de wet van 30 april 1958 geroepen werd om een beschermende en regelende rol te vervullen wat betreft de wederzijdse rechten en plichten der echtgenoten, door een milde toepassing der wet van 15 mei 1912 de Kinderrechter, erfgenaam door de wil der wet van het vaderlijk correctierecht, dat het burgerlijk wetboek toekende aan de familievader, dikwijls de rol vervult van raadgever der families die moeilijke kinderen hebben en dat de Procureur des Konings, op zijn beurt, de magistraat wordt die het toezicht heeft over de wijze waarop de vaderlijke macht in zijn arrondissement wordt uitgeoefend.

Het beschermingscomité, dat geplaatst is op het treffpunt van de inspanningen en de verantwoordelijkheden van de gerechtelijke en van de uitvoerende macht, dat gesteund wordt door de ene en de andere, dat de hulpmiddelen bijbrengt van het private initiatief, dat steunt op de tussenkomst van de publieke machten, bekleedt een bijzonder bevoorrechte plaats om een gespecialiseerde hulp aan de jeugd te verstrekken en aldus een gekwalificeerd organisme te zijn voor de preventie der inadaptaties.

Wij zien dat thans reeds de beschermingscomités deze preventieve actie op verschillende wijze verwezenlijken, namelijk door hun afgevaardigden, die onderzoekingen instellen en waardevolle inlichtingen inwinnen van aard om meer doeltreffende medico-psycho-sociale waarnemingen toe te laten en dus ook betere richtlijnen, door het handhaven van een voortdurende verbinding die zij met de geneeskundige instellingen en de scholen onderhouden, door het tot stand brengen van een hechte en sterke gevoelsband tussen het kind en zijn voogd of zijn peter, door hun curatieve activiteit ten opzichte van de basisonaangepastheden der familiale scheidingen en, uiteindelijk, door de oprichting en de organisatie van een centrale met bevoegd personeel, wat aan hun tussenkomsten tegelijkertijd de warmte van de offervaardigheid en het doeltreffende van de techniek zal bezorgen.

Maar zou het niet de ware roeping zijn van het beschermingscomité, dat door de voortreffelijkheid van zijn aanwerving reeds in zijn schoot verenigt de magistraat, de ambtenaar, de bediende, de onafhankelijke, de technieker en de beoefenaar der goede werken, de spits van de speer te worden voor de algemene jeugdbescherming, deze centrale dienst die er mede gelast zal zijn heel de preventieve sociale werking te inspireren, op te bouwen en samen te bundelen, wanneer de gezondheid, de zekerheid of de moraliteit van een minderjarige in gevaar is gebracht, het weze door het milieu waarin hij werd opgevoed, het weze door de activiteiten waaraan hij zich overlevert.

Wanneer, dank zij de steun van de openbare machten en van al diegenen die, komende van het privaat initiatief, met de openbare machten samenwerken tot de bescherming van de jeugd, zulks de roeping zou zijn van het beschermingscomité, wanneer zijn oudere en tegenwoordige titels deze keuze zouden rechtvaardigen, zou dit comité dan niet, voor de

uitgebreidheid van zijn nieuwe zending, bepaalde innerlijke structuren, overgeleverd door zijn verleden, opnieuw in overweging moeten nemen en, ten einde hun volle vlucht aan elk van zijn activiteiten te verzekeren, bepaalde broederlijke afscheidingen dienen onder het oog te nemen.

Wij zijn er de minister van Justitie dankbaar voor zijn inzicht te hebben te kennen gegeven de vijftigjarige herdenking van de wet op de kinderbescherming niet te laten voorbijgaan zonder er de vernieuwingen te hebben aan toegebracht die op het parlementair plan werden voorgesteld door Carton de Wiart, Lilar en Terwagne, op het administratief plan door de werken der commissies Struye, Nossent en Cornil, op het gerechtelijk plan door de ondervinding der kinderrechters en der magistraten van de parketten gespecialiseerd op dit gebied, en, uiteindelijk, op het plan van het privaat initiatief door de leerzame inlichtingen van hen die, gegroepeerd rond hetzelfde ideaal, met deze problemen vertrouwd zijn.

Wij spreken uiteindelijk de wens uit dat, wanneer ten gevolge van de gemeenschappelijke inspanningen de nieuwe wet zal gestemd zijn, wet waarin zich de mildheid en de solidariteit van een heel volk zal kristalliseren, de immer ongerepte actualiteit van ons beschermingscomité — evenals in 1888, in 1912, in 1930 en in 1951 — aan dit comité nieuwe verantwordelijkheden zal voorbehouden.

DE BETEKENIS VAN DE GROEP IN VERBAND MET DE JEUGDDELINQUENTIE.

ENKELE BESCHOUWINGEN OVER DE JEUGDBENDE

door

Prof. Gerda DE BOCK

Docente in de School voor Criminologie bij de Universiteit te Gent.

I. Situering van het fenomeen.

De moderne mens, de jeugdige niet het minst, beklaagt zich over een steeds toenemend « isolement », over een groeiende vereenzaming (1). Hij is een vreemdeling in deze wereld. Deze klacht weerklinkt als een obsederend motief in de hedendaagse film, toneel, roman, poëzie.

Nochtans :

afstanden verdwijnen, kontakt met duizenden wordt mogelijk, de familiale besloten kern wordt verbroken en gaat op in de gemeenschap, de massacommunicatiemiddelen brengen de buitenwereld binnen de huiskamer ; verenigingen van allerlei aard en slag schieten als paddestoelen op uit de grond, men kan met anderen biljarten, voetballen of voetbal supporteren, discussiëren, samen geloofsgronden opzoeken... samen ongelovig zijn... er worden feesten en vergaderingen georganiseerd, er wordt ook vergaderd om deze feesten voor te bereiden en nadien om uit de kritiek te leren het nog deskundiger te doen. Men organiseerde in de Verenigde Staten het Congres over de Congresinrichting.

En toch :

klaagt de mens, die in deze verenigings- en organisatietijd leeft, over vereenzaming...

misschien omdat hij vergadert en deel heeft aan het verenigingsleven zonder het gevoel te hebben écht bij een groep te behoren ;

misschien omdat hij de ganse buitenwereld *bekijkt* in het raam van zijn televisiescherm en niet eens meer behoort tot de kleine, intieme groep van zijn familie, zijn gezin.

Om tot de volle ontplooiing van zijn mogelijkheden te komen heeft elk individu er nood aan geïntegreerd te zijn in een groep; een groep waarin hij een functie vervult, eigen betekenis krijgt door de betekenis die hij voor de anderen heeft, kan voldoen aan zijn « need to be needed ». Indien de door de gemeenschap geboden groepen het opgroeiend individu deze mogelijkheden niet bieden, dan zoekt het naar een onmaatschappelijke groep om het isolement te verbreken, desnoods naar een bende.

De wetenschappelijke criminologische belangstelling gaat uit naar deze twee op het eerste gezicht paradoxaal naast elkaar bestaande fenomenen. Enerzijds bestaat er sinds geruime tijd interesse voor een studie van de vereenzaming van het individu, eenzaamheidsgevoel dat leidt tot emotioneel onevenwicht, belangrijke factor in een crimogene constellatie en anderzijds komt er toenemende aandacht voor de groep, die aan het individu veiligheid en geborgenheid kan bieden ; belangstelling voor de groep in al zijn vormen, ook zijn onmaatschappelijke.

De kriminologen zijn immers tot de vaststelling gekomen dat men dikwijls ten onrechte spreekt over anti- of asocialen waar het integendeel juist « sociaal »-voelenden betreft, weliswaar sociaal onaangepasten, die deze behoefte aan de groep niet beleven volgens de geldende normen.

Aan deze laatste vaststelling is allicht de groeiende interesse toe te schrijven voor « de bende » en inzonderheid « de jeugdbende ».

De jeugdbende is zeker geen recent verschijnsel. Ze heeft echter in onze huidige maatschappij wel meer verontrustende vormen aangenomen. Enerzijds worden haar activiteiten in onze gemotoriseerde wereld uiteraard gevaarlijker en ordeverstorender. Anderzijds biedt ze een bijzonder aantrekkelijke leefformule aan een aantal specimen van de hedendaagse jeugd, die in haast alle steden ter wereld een probleem stelt, dat misschien nog gevoed wordt door een te duidelijke belangstelling van de pers.

Zuid-Afrika heeft zijn « Tsostsis », Polen zijn « Hooligans », Japan zijn « Taizo zoku », Italië zijn « Vitteloni », Duitsland zijn « Halbstarken », Denemarken zijn « Anderumper », Engeland zijn « Teddy-boys », Frankrijk zijn « J 3 », Nederland zijn « Nozems »... en ook ons land kan bogen op zijn « Durs », zijn « lederen vesten », zijn « Katten ».

Vooral deze onmaatschappelijke, niet-aangepaste jeugd zal zich sterker tot de bende voelen aangetrokken, die juist door deze aansluiting op haar beurt een nog meer crimogeen milieu zal uitmaken.

2. *Omschrijving van het begrip jeugdbende.*

Door welke karakteristieken onderscheidt een jeugdbende zich van andere vormen van collektief gedrag als : spelgroep, club, massa-relletje, jeugdvereniging enz ?

Deze vraag is moeilijk te beantwoorden enerzijds omdat er een eindeloze variatie van benden voorkomt en elke bende in zekere zin uniek is en anderzijds omdat er zoveel tussen- en overgangsvormen van kollektief gedrag voorkomen, die zich niet laten katalogeren.

Te gemakkelijk ook wordt aan de term « bende » de pejoratieve betekenis van criminele bende gehecht, die ze niet in se heeft. De jeugdbende verglijdt gemakkelijk en haast steeds tot een zekere misdadige activiteit maar, dit maakt juist een essentieel verschil uit met de volwassen bende, zij wordt haast nooit gevormd met de *bedoeling* misdrijven te plegen.

Mij inspirerend op het klassieke werk van *F. M. Trasher* « The Gang » (2) ben ik destijds voor een onderzoek naar het fenomeen van de jeugdbende vertrokken van volgende omschrijving (3) : « een groep van kinderen of jonge mensen,

— spontaan ontstaan uit een « spelgroep », of uit avonturenzucht, of gezamenlijke animositeit tegenover een andere groep of tegenover volwassenen ;

— gekenmerkt door onderlinge solidariteit, een sterk « wij-gevoel », een tamelijk gesloten karakter en eventueel een vrij sterke organisatie ;

— met uiteenlopende aktiviteiten die de straat, parken, kelders, leegstaande gebouwen, als terrein hebben. »

Deze omschrijving lijkt me nog steeds geschikt voor een eerste benadering van het jeugdbendeverschijnsel, omdat we er de drie hoofdkarakteristieken in terug vinden :

1) De *spontane,* niet bij voorbaat beraamde, *oorsprong.* Hierdoor verschilt de jeugdbende enerzijds, zoals reeds opgemerkt, van de volwassenen - bende die misdadigers groepeert met de intentie tot het plegen van criminele daden ; en onderscheidt zich anderzijds van meer formele groepen zoals club en jeugdbeweging die steeds wel overwogen gepland worden.

2) Het bendeverschijnsel veronderstelt een zekere *kontinuïteit,* d.w.z. een regelmatige omgang tussen de leden onderling, die ofwel dagelijks met elkaar in kontakt komen, of elkaar in ieder geval geregeld ontmoeten. Er moet een zekere samenhorigheid ontstaan (4). Hierin schuilt ondermeer het verschil met collectieve en massa-manifestaties van jeugdigen, zoals de veel besproken « halbstarken » opstootjes in Duitsland (5), de verwoestingen aangericht door een horde adolescenten in de hoofdstraat van Stockholm voor enkele jaren en de vandalenstreken in Nederland en bij ons, na een bepaalde Jazz-session. Als door een soort collectieve hysterie aangegrepen vernielen deze jongeren alles wat onder hun handen komt — maar ze blijven anoniem in de massa, waardoor ze gedragen worden — zonder enige (h)erkenning van individualiteit, zonder verdere afspraak...

Door deze zelfde karakteristiek onderscheidt de bende zich tevens van de jeugdige delinquenten die als mededaders of medeplichtigen aan éénzelfde feit hebben deelgenomen.

3) De derde karakteristiek van de jeugdbende is de *konfliktsituatie* waarin over het algemeen het solidariteitsgevoel, het « esprit de corps », het « wij-voelen » zijn oorsprong vindt. Wilfert (6) onderlijnt het onvermogen van deze groep om zich harmonisch in de gemeenschap buiten de bende in te schakelen, waardoor een tendens tot het plegen van provocatieve daden ontstaat.

Door het conflict krijgt de bende gelegenheid als groep naar buiten actief op te treden.

Vijandelijkheden met andere benden of met volwassenen maken dikwijls een spelgroep tot bende. Hierdoor verschilt de jeugdbende dan weer ondermeer van bachanalische drinkgelagen, van fuivende jongerengroepen die juist alles in het werk stellen om hun amoreel gedrag te verduiken en elk conflict te vermijden.

Jeugdbenden vertonen meestal op het ogenblik waarop ze bekend worden een reeds min of meer sterke criminele inslag.

De meeste auteurs geven dan ook beschrijvingen van criminele jeugdgangs, alhoewel ze wel het onderscheid maken tussen criminele of pathologische en niet-criminele of gewone jeugdbenden.

De bende kan zelfs nog in een eerder embryonair stadium verkeren : met een vrij diffuus karakter, een rudimentaire vorm van organisatie, geen vaste leider, losse samenhang onder de leden.

De Amerikaanse auteurs vermelden zeer grote gangs die o.m. te Chicago en te New York opereren : grove diefstallen plegen, ruim gebruik maken van verdovende middelen en soms gevechten met dodelijke afloop leveren...

Het aantal jeugdbenden en echte « gangs » is onstellend groot in de States. In meer en meer Europese landen treffen we echter ook vermeldingen aan van het bestaan van jeugdbenden.

Uit een eigen proefonderzoek, in 1958 doorgevoerd op 63 studenten hoger onderwijs, bleek dat een kleine helft contact had gehad met een jeugdbende en dat een derde van de totale groep ooit zelf lid was geweest. Alhoewel voor dit onderzoek een zeer ruime betekenis aan het concept « jeugdbende » werd verleend, wordt ook hierdoor nog bevestigd dat het hier noch om een geïsoleerd fenomeen, noch om een typisch Amerikaans product gaat.

II. Gegeven over Jeugdbenden.

Het is mijn bedoeling, na deze korte situering van het fenomeen, enkele karakteristieken te geven van de bendeleden en van de bende-zelf in haar dynamiek van ontstaan, bestaan en teloorgang. Deze gegevens, die zeker nog voor veel aanvulling vatbaar zijn, werden voornamelijk ontleend aan auteurs die bepaalde jeugdbenden van nabij hebben geöbserveerd.

1. *De bendeleden :*

Beschouwen wij hierbij enerzijds de jeugdigen-zelf en anderzijds hun milieu.

a) *De leden-zelf :*

Wat de *leeftijd* betreft moet men, grof genomen, twee groepen onderscheiden (7) : Enerzijds de groep van min dan veertienjarigen (10-14 jaar) die echte kinderbenden vormen. Deze benden zijn meermaals het directe gevolg van bijzondere levensomstandigheden, waardoor deze kinderen de straat werden opgedreven. Ze zijn meestal embryonair en diffuus en staan nog erg dicht bij de spelgroep.

Anderzijds de groep van de adolescenten (16-20 jaar) die verweg het meeste voorkomt, zodat terecht gezegd wordt dat de jeugdbende een typisch adolescentie-verschijnsel is.

Vermelden we volledigheidshalve enkele benden van de zogenaamde « beatnicks » gevormd door jonge adul-

ten (20-25 jaar). Het is opvallend dat benden van deze leeftijdsgroep meestal meer karakteristieken van de volwassen-benden gaan vertonen : bvb een misdadige activiteit, van te voren gepland.

Over het *geslacht* van de jeugbendeleden treffen we zeer duidelijke gegevens aan (8) : De bende is monosexueel en meisjesbenden zijn daarenboven uiterst zeldzaam.

Tenzij in de kinderbenden waar het verschil der sexen nog niet sterk is gedifferentieerd, komen haast geen meisjes voor in de jeugdbende. Waar zij dan toch optreden is het eerder als randfiguur ofwel als « lief » van één der leden, de leider bij voorkeur. Een zeldzame keer krijgt een meisje de leidersrol in een jongensbende, waarbij dan niet zelden een inslag van (latente) homosexualiteit een rol zal spelen.

Meisjes zouden niet tot bendevorming overgaan omdat zij minder behoefte hebben aan de opbouw van grotere groepen. Hun puberteitscrisis speelt zich meer introvert en diffuus af, zodat zij uiteraard ook niet zulke sterke drang vertonen als jongens naar activiteit en agressie en dus minder sociale conflicten uitlokken. Verder zijn zij meestal meer aan huis gebonden en staan traditioneel onder strikter toezicht van de volwassenen.

De *physische kenmerken* van bendeleden zijn voor geen standardisatie vatbaar. Een buitengewoon physiek prestige, eventueel compensatorisch voor geringe intellectuele prestaties, kan de doorslag geven om tot een bende toe te treden. Een physische minderwaardigheid (een gebrek als strabisme, hazenlip e.d.), en de hiermee dikwijls samengaande verwerping uit de conventionele groepen, kan hiertoe evengoed aanleiding zijn.

Wat *de psychische karakteristieken* betreft is een meer duidelijke typering mogelijk (9).

De bendeleden vertonen in sterk verhevigde mate bepaalde kenmerken, eigen aan de adolescenten in het algemeen : drang naar nieuwe ervaring; behoefte aan activiteit; agressieve instelling; collectieve heldenverering. Hun non-conformisme en oppervlakkige antibourgeois-houding, die zich manifesteert in bepaalde uiterlijke kenmerken (kledij, haardracht e.d.), maakt dat zij als het ware worden opgenomen in de reeds vermelde massa-jeugd. De bende is een gemeenschap van sociaal onzekeren die een securisatie zoeken voor hun vaag bewuste gevoelens van angst, onbekwaamheid en minderwaardigheid. Over de intelligentie is er geen eensgezindheid. Afgezien van het feit dat sommige auteurs door testresultaat, bendeleden met een superieur IQ aanwijzen kan uit een laag IQ resultaat niet gemakkelijk de nefaste milieu-invloed geïsoleerd worden.

Onder de bendeleden vindt men constant bepaalde typen terug : de emotioneel onevenwichtigen, de psychopathen, de wilszwakken zijn er legio.

Heel wat benden tellen onder hun leden werkelijk één of meer echt gestoorde psychiatrische gevallen de zogenaamde « zotten » of « narren » die, juist door hun fantastische en ongerijmde invallen gevaarlijk buskruit kunnen zijn voor de groep.

b) *Het milieu :*

Het *gezinsmilieu* (10), eerste groep waarmee het individu in aanraking komt en die van fundamentele betekenis is voor zijn persoonlijkheidsontwikkeling, laat meestal duidelijk te wensen over. Haast bij alle studies betreffende individuele bendeleden vinden we uitgesproken familiale tekorten terug : onenigheid in het gezin, ontbrekende vader of moederfiguur, kind opgevoed bij grootouders, paedagogische verwaarlozing of oververwenning. Veel voorkomend zijn de figuren van de harde autoritaire moeder en van de zwakke willoze vader, geïnvetereerd dronkaard.

Alhoewel we het hier dus niet zozeer, en zeker niet uitsluitend, over economische factoren hebben is opvallend dat de leden van éénzelfde jeugdbende haast altijd tot dezelfde sociale stand behoren. Benden gevormd door geborgen burgerszoontjes, de zogenaamde « jeunesse dorée », en door studenten zijn lang geen zeldzaamheid meer. Het fenomeen doet zich echter nog altijd overwegend voor in de arbeidersklasse, waarschijnlijk het meest in de klasse van de ongeschoolde arbeiders. Auteurs als Cohen en Mays hechten een enorm groot belang aan de sociale klasse als cultureel kader voor de bende, op haar beurt een subculturele groep. De opvoeding in een burgerlijk milieu is misschien voor de jeugdige enerzijds meer frustrerend dan het opgroeien in een arbeidersgezin, doch het eerste biedt anderzijds op elk gebied meer mogelijkheden aan het kind en zal dit tevens beter trainen in de normen die het toelaten met succes te strijden voor status en maatschappelijke erkenning.

Over *school* en *werkmilieu* (11) zijn weinig gegevens voorhanden. Melding wordt gemaakt van veel voorkomend en frequent schoolverzuim en van sterke schoolwisseling. De slechte schoolresultaten, of zij nu hoofdzakelijk aan lage intellectuele mogelijkheden, aan nefaste milieuomstandigheden of aan onregelmatig schoolbezoek dienen te worden toegeschreven, zullen alleszins het professioneel leven ongunstig beïnvloeden. De meesten van deze jongeren hebben wel vage naïeve ambities voor hun toekomst, maar zonder enig inzicht in de te leveren inspanning, de te overwinnen moeilijkheden, de gevergde opleiding.

Gans algemeen mag men reeds beweren dat, in onze tijd van vertechnisering, de meeste beroepen nog maar weinig creatieve mogelijkheden bieden. Het dominerend arbeidsmotief is het zo vlug en zoveel mogelijk geld-verdienen, wat leidt tot gemakkelijke arbeidswisseling. Het kan ons daarom niet verwonderen dat bij de jeugdige bendeleden het gebrek aan voorbeeld in het ouderlijk gezin, slechte schoolresultaten, ontbreken van diploma's meestal leiden tot een weinig bevredigend beroepsleven met talrijke werkveranderingen en periodes van werkeloosheid. Deze werkeloosheid zal op haar beurt ontmoeting met andere loslopende jongeren met een te veel aan tijd in de hand werken.

Het *vrije-tijdsmilieu* (12) van de bendeleden wordt gekenmerkt door een kwantitatieve hoeveelheid t.o. van een kwalitatieve geringheid. De vrije tijd zou het individu compensatie moeten bieden voor de automatisering van zijn arbeid, waarbij hij zijn persoonlijkheid niet meer kan inzetten. De jeugdigen, die ons hier interesseren, laten zich gewillig grijpen door de vermakelijkheidsindustrie die het individu passief laat, zij consumeren vrije tijd zonder dat zij hun verveling vermindert daar de échte beleving ontbreekt. Ze voelen zich bijzonder aangetrokken door de straat en haar menigvuldige verleidingen, en door de droomfabrieken: de bioscopen met hun lokkende affiches. Overal ter wereld zien zij graag geweldfilmen en exploten van jeugdige gangsters en tot voor kort was James Dean hun internationaal idool.

Opvallend is nog dat velen onder hen volstrekt niet kort gehouden worden, niet uit pedagogisch principe maar eerder vanwege ouderlijke gemakzucht.

Ze genieten vaak een schier onbeperkte vrijheid van handelen en krijgen een ruim zakgeld.

Hoe geringer de gezelligheid thuis is, in het kale stijve herenhuis of in de stoffige overbemeubelde burgerswoning of in de armoedige rommelige arbeiderswoonst, hoe sterker de gezelligheid trekt van de tal-

loze kleine cafeetjes met gemakkelijke zetels, warm licht en veelkleurige juke-box, met hun meestal ongevaarlijke maar monotoon vervlakkende genoegens.

Het is misschien nog het meest dit naamloos gevoel van verveling waarin deze jeugdigen naar elkaar toekomen, naar elkaar toe worden gedreven, op zoek naar wat sensatie, op zoek naar al wat afwisseling kan brengen.

2. De bende :

Het *ontstaan* van de bende gaf aanleiding tot heel wat theorieën en pennetwisten ter verklaring. Wat het ontstaan van een specifieke, bepaalde jeugdbende betreft, wezen we reeds op haar spontane, ongeplande oorsprong. Zij is er, naar het oordeel der leden, altijd geweest (13) of ontwikkelde zich uit een even spontane spelgroep van kinderen die noodgedwongen de straat tot speelterrein maakten.

De auteurs zoeken vooral naar de ontstaansgronden van het fenomeen-zelf. Waarom vormen jeugdigen, adolescenten in het bijzonder, een jeugdbende ? (14) Burt wijst op het kudde-instinct in elk individu dat tot groepsvorming dwingt. Voor het ontstaan van een groep als een jeugdbende worden aan de ene kant meer sociologische en aan de andere kant meer psychologische verklaringsgronden gegeven.

Men kan een aantal sociologische argumenten vinden bij Trasher. Naar het oordeel van deze auteur ontwikkelt de jeugdbende zich vooral in de overgangsarea's tussen het industrieel gebied en het platteland, tussen twee bevolkingsgroepen. Bendegedrag komt voort uit het stedelijk desintegratieverschijnsel. De studie van Crawford e.a. « Working with teen-age Gangs » legt sterk de nadruk op de demografische factor in de wijk Haarlem, waar op een ruimte van drie vierkante mijlen 250.000 mensen samengedrongen leven, waaronder 13.000 adolescenten. Ook Cohen en Mays wijzen op de invloed van de omgeving, in het bijzonder een armoedige omgeving, op het ontstaan van de bende. Salisbury verwijst naar de opinie van Dr. Frym, directeur voor crimonologisch onderzoek in Californië die het accent legt op de geweldssfeer van onze tijd en de adolescentenbende ziet als een soort verwrongen spiegelbeeld van onze hedendaagse maatschappij. Gebrek aan recreatieve centra enerzijds en anderzijds de nefaste invloed van bepaalde films, televisieprogramma's en persberichten worden ook mede verantwoordelijk gesteld. Deze verklaringen blijven nochtans onvolledig zonder het belichten van het psychologisch en meer in het bijzonder het ontwikkelings-psychologisch aspect.

In hun merkwaardige studie hebben Bloch en Niederhoffer het bendeverschijnsel gesitueerd als een typisch adolescentenverschijnsel in ons cultuurpatroon. De adolescentie duurt namelijk, o.m. om economische motieven veel langer in ons beschavingspatroon dan fysisch vereist is. De adolescent wil zich ten allen prijze manifesteren, aapt de volwassene na, in groepen die desnoods door de maatschappij niet worden aanvaard. Wilfert voegt hierbij zijn vaststelling dat bij onze huidige jeugdgeneratie de biologische rijpheid vroeger intreedt dan voorheen, terwijl het psychisch rijpingsproces niet verkort, maar in meerdere opzichten verlengd wordt. De jongen vooral wil de sociale erkenning afdwingen en de aandacht van de volwassenen op zich vestigen. Aan zijn drang naar idealen en verhoogde activiteit kan hij niet adequaat voldoen, wanneer er een armoede aan belevingen is in zijn drie leefmilieu's.

Ook Trasher had, naast zijn sociologische theorie, reeds aangestipt dat bendevorming eveneens te zien is als een middel voor de adolescent om tegen het familiaal gezag te reageren en deel te hebben aan de wereld van de volwassene.

Elke groepsvorming van adolescenten leidt niet noodzakelijk tot een bende met criminele inslag. Een constellatie van factoren : economische, demografische, psychologische... spelen hierbij een rol.

Chazal en andere auteurs leggen de nadruk op de affektieve nood ontstaan ingevolge frustratie van de diepste affektieve behoeften in het famiaal milieu. Ingevolge moeilijke levensomstandigheden voor de ouders zelf, zenuwspanningen, onenigheid en diesmeer biedt de famiale groep soms geen veiligheid aan het kind. De adolescent zoekt weerklank voor zijn gedachten — zoekt « iemand » te zijn, ergens bij te behoren. Indien nu bij de negatieve ervaring in het eerste milieu zich slechte schoolprestaties en werkinstabiliteit komen voegen, bestaat er grote kans op het zoeken naar aansluiting bij een niet sociaal-gerichte groep. Ook Salisbury en Parrot wijzen er op dat de adolescent die thuis geen warmte aantreft ze buitenhuis zoekt. De bende bezorgt hem een vitale voldoening, bestaansmogelijkheden en een inzicht in waarden, die op zichzelf niet verkeerd zijn maar die verkeerd worden veruiterlijkt.

Dezelfde idee wordt uitgedrukt door John Barron Mays in zijn studie van de jeugddelinquentie te Liverpool. De bende, aldus deze auteur, is in zekere zin de reactie (het antwoord) van de jeugdige op de mislukking van zijn familie en breder milieu om hem de geschikte uitwegen te bezorgen voor zijn basisnoden en behoeften.

De *organisatie* (15) van de bende moet na een zeker verloop van tijd tot stand zijn gekomen. Hierdoor verschilt de bende van de niet-gestructureerde troep of horde. Zij veronderstelt immers een zekere continuïteit, het maken van afspraken, een « esprit de corps » gegroeid uit een conflict-situatie.

In haar beginperiode is deze organisatie meestal zo onsystematisch en vaag als het ontstaan van de bende zelf, mettertijd moet zij echter tot een sterk gestructureerde groep uitgroeien.

De Amerikaanse benden, die door de band een veel groter aantal leden tellen dan de Europese, hebben een sterk doorgedreven structuur in subgroepen. Het aantal leden moet immers beperkt genoeg blijven om de interpersonale betrekkingen en het solidariteitsgevoel in stand te houden. Deze solidariteit onder de leden uit zich wel meer bepaald als een onderlinge band tegenover de vijandige buitenwereld. Binnen de groep hebben de jeugdigen meestal maar weinig consideratie voor elkaars mening, ze huldigen de macht van de sterkste en de meest elementaire principes van democratie zijn hun vreemd.

Naar buiten toe hebben zij wel een bepaalde *code* ontwikkeld en de meeste benden bezitten een statuut (al of niet geschreven) met wel bepaalde gedragsregels zoals : wederzijdse hulp, niet verklikken, gehoorzaamheid aan de leider, enz.

De toegang tot de bende verschilt naargelang de leeftijd : de toetreding tot een kinderbende geschiedt haast toevallig, terwijl de opname in een adolescentenbende allerlei stadia van intuïtieve (h)erkenning en aanvaarding doormaakt. De kandidaat, meestal aangebracht door een lid moet niet zelden een prestatie leveren, een diefstal bvb.

Gewoonten die sterk verwant zijn aan de traditionele puberteitsrites van de primitieve volkeren komen vaak voor : tatouage, met bloed schrijven e.d.

Opvallend is dat haast alle benden hun « wij-ge-

voel », hun identiteit affirmeren door een *naam,* waarin dikwijls de invloed van de avonturenzucht en de Amerikaanse film zijn terug te vinden. Leden kiezen zich ook veelal een bijnaam : de James Dean's en Elvis Presley's zijn niet te tellen.

De bende kent daarbij een bepaalde *rollenbezetting.* Bepaalde rollen zijn haast overal terug te vinden. Zo is er practisch altijd een leider, een leiderpaar of een leidersgroep. Natuurlijk leider van de groep is diegene die het best respondeert aan de behoeften van de leden. Naargelang de aard van de bende kan het de physisch sterkste, de vechtersbaas zijn, de ondernemende durver, of de intelligentste, de sluwste of nog hij die de vruchtbaarste imaginatie en de grootste verbale expressie heeft, die het mooist vertellen kan. In de meeste benden treft men eveneens onderchefs of luitenants aan. Klassiek zijn ook de figuren van de zondebok en van de reeds vernoemde nar of zot.

De *activiteiten* van de benden zijn zeer gevarieerd en éénzelfde bende ontwikkelt meerdere uiteenlopende activiteiten, die kunnen gaan van het doelloos langs de straten slenteren, over daden van vandalisme, tot de meest ernstige misdaden in groep gepleegd. Maar zelfs bij diefstal en inbraak streeft de jeugdbende meer psychische dan materiële doeleinden na.

Zij stelt vooral, wat Wilfert noemt, « Provokationshandlungen » waarbij het element sensatie, sport het belangrijkste is en niet de bron van inkomsten. Op allerlei manieren zullen de leden wel trachten aan een weinig geld te komen, maar het risico dat zij nemen is meestal veel te groot en niet in verhouding met de onzekere en geringe opbrengst.

In dezelfde zin moet ook de veelvuldig voorkomende jacht op pederasten geïnterpreteerd worden, waarbij het zich niet om een eigenlijk zedendelict handelt. Een der bendeleden legt er zich op toe de aandacht van een homosexueel op zich te vestigen en lokt hem mee naar een vooraf afgesproken afgelegen plaats. De kameraden duiken op en onder dreiging en slagen wordt het slachtoffer, dat geen klacht zal durven indienen, beroofd van zijn portefeuille.

De meeste benden hebben geen vooraf geplande activiteiten met bedachte doeleinden, die handigheid, overleg of studie vergen. De leden komen samen op een klassiek trefpunt : hoek van een straat, voor een winkelraam... zij hangen er rond en wachten op de inspiratie van het moment. Zij kunnen net zo goed ingaan op een suggestie om te zwemmen of te voetballen als op een sensationeel voorstel om te gaan roven of vernielen. De leden van criminele jeugdbenden begaan evengoed misdrijven als deze van de benden van adulten, maar ze zijn slechts een haast toevallig gevolg van het samentreffen van onaangepaste jongeren. Illustratief hiervoor is een bende uit mijn proefonderzoek : Een tiental studenten (15-18 jaar oud) breken binnen in een leegstaande villa, met de bedoeling er te spelen. Toevallig belanden ze eerst in de wijnkelder en drinken een aantal flessen leeg, waarna ze tot allerlei baldadigheden overgaan. Dezelfde idee drukt Chazal uit waar hij schrijft : « On ne se rassemble pas pour voler, on se rassemble et, ensuite on vole. »

De psychiater Parrot vertelt over een bende te Bordeaux : « Rapidement la bande devint délinquante. Les membres se mirent à voler des voitures, par là ils communiaient à une sorte d'ivresse qui les faisait vivre intensément. »

Heel wat activiteiten en vooral delicten worden individueel of in groepjes van twee en drie gepleegd. Doch het vechten is een natuurlijke manifestatie van de bende, die zich in wezen voortdurend in een conflict situatie bevindt. De bende vecht om zich te handhaven, prestige te verkrijgen, bepaalde privileges te behouden, haar leden te beveiligen, of gewoon om een bezigheid te hebben.

De huidige bende komt trouwens veel meer dan vroeger dadelijk met haar activiteiten in botsing met de maatschappelijke orde. In de stad kan niet meer op straat gespeeld worden, de huizen hebben geen zolders meer, en in de straten lokken de auto's, moto's, brommers als zovele verboden middelen tot avontuur.

De *bestaansduur* van de jeugdbende is zeer variabel. Haar activiteiten kunnen dusdanig ontaarden in crimineel gedrag dat ze negatief beëindigd wordt, door tussenkomst van het gerecht. In het tegenovergestelde, gunstige geval kan het voorkomen dat de bende, op eigen initiatief of door tussenkomst van een volwassene overgaat in een geconventionaliseerde groep, een soort « jeugdclub » doordat haar activiteiten naar sociaal-toelaatbare doeleinden werden gericht. Het is ook mogelijk dat, met de adolescentie der leden, het bestaan van de bende eindigt en ze uiteenvalt, zo spontaan als ze ontstond.

III. Therapie en preventie.

1. *De betekenis van de jeugdbende* (17).

Om de betekenis van dit fenomeen te belichten moet ik twee tegengestelde aspecten naar voren halen : het ene negatief, het andere positief.

Het *negatief aspect* van de jeugdbende bestaat hierin dat men moet durven vaststellen dat ze, alhoewel niet uiteraard op plegen van misdrijven gericht, ontegensprekelijk toch moet worden beschouwd als een crimogeen, dit is misdrijfverwekkend milieu.

Dit is enerzijds het geval omdat de bende bijna steeds onder haar leden enkele gevaarlijke elementen telt : vroegtijdige booswichten of gevoelsgestoorde psychopathen, die haar activiteiten nefast zullen beïnvloeden.

Anderzijds en vooral is dit zo omdat de bende meer zijnde dan de som van haar leden in sterke mate deculpabiliseert. Elk der leden durft in groep veel verder gaan in onmaatschappelijk gedrag dan hij ooit alleen zou wagen te doen. In de groep overtreft de veiligheid de angst en is alles mogelijk. Wanneer men hierbij nog motieven voegt als : bewondering afdwingen van anderen, een goed figuur slaan, niet voor een lafaard doorgaan, meetellen en de dronkenschap van het samenzijn, krijgt men begrip voor de talloze confessies van jeugdige bendeleden, die, zonder nog te weten waarom, tot het stellen van onmaatschappelijke daden zijn overgegaan.

Parrot schrijft « L'enfant trouve le moyen de se socialiser dans une bande. La bande exprime donc un essai d'ajustement, mais un essai que reste pathologique ».

Het onmiskenbaar *positief aspekt* van de jeugdbende is hiermee ook reeds aangeduid. Ieder individu wil ergens geaccepteerd zijn, ergens « iemand » zijn. De adolescenten zoeken in de bende : kameraden — affectieve bandenstatus — warmte en een zekere geborgenheid. Zoals reeds vermeld, worden er trouwens binnen het bendeverband heel wat morele waarden gehuldigd die niet verschillen van deze beleefd in elke jeugdbeweging.

Dit is waar zelfs voor de zog. kriminele jeugdbende,

ook zij betekent een poging tot aanpassing aan een groep.

Met deze twee aspecten van de bende, met de negatieve en de positieve betekenis van dit fenomeen, zal men terdege rekening moeten houden bij elk therapeutisch ingrijpen.

2. *Therapie :*

Omwille van het feit dat de jeugdbende een crimogeen milieu is, en de leden gemakkelijk afglijden tot een aantal antisociale en criminele handelingen, kunnen noch de opvoeders, noch het gezag er zo maar aan voorbijgaan en deze groep rustig verder laten ontwikkelen tot het gerecht er aan te pas moet komen.

De pedagogische therapeutische behandeling kan individueel gericht of groepsgericht zijn, of beide methodes instellen.

De individuele aanpak :

De *repressieve* interventie (18) haalt vanzelfsprekend weinig of niets uit. Het bendedelict is meer op sensatie en avontuur gericht, dan op economische of materiële winstberekening. Een straf kan daarenboven bij de andere leden alleen maar de agressie ten overstaan van deze dreigende, vijandige buitenwereld versterken. Repressieve gerechtstussenkomsten lokken bij de bendeleden tegen de wet en de overheid reacties uit, die leiden tot de rationalisatie van hun delicten.

Trasher, op dit gebied enigszins verouderd, meent ten onrechte dat de genizing ligt in de sanering van de bende door de overplanting van de meest geëngageerde individu's naar een ander milieu. Deze stelling is het logisch gevolg van zijn te uitsluitende nadruk op de sociologische verklaring van het bende-fenomeen. Het uiteendrijven van de bende met plaatsing van de leden, of enkelen onder hen, in diverse instellingen lost wezenlijk niets op. De frustratie, het emotioneel tekort, het innerlijk onevenwicht, dat hen naar deze groep toedreef, blijft immers bestaan.

Individuele behandeling kan soms tijdelijk de alleen mogelijke zijn, onder vorm van psychotherapie of psychiatrische interventie, voor de jonge psychopathen die niet echt in de bende geïntegreerd zijn, alhoewel ze deelnemen aan haar activiteiten. Jeugdigen die geen enkele sociale verplichting kunnen op zich nemen moeten eerst in staat worden gesteld in een gemeenschap te leven, diegenen die een neurotische angst hebben t.o. van de bende moeten eerst hiervoor worden behandeld.

Voor het overige is het niet nuttig de afzonderlijke heropvoeding van elk lid van een bende op zichzelf te beschouwen, los van een inwerking op de groep. Situeren we terloops de methodes van individuele aanpak die in aanmerking komen :

De *psychotherapie :* grondige behandeling door een psycholoog of psychiater, die meestal teruggaat op de psycho-analyse of de duiding van het onderbewuste. Uiteindelijk doel is het bereiken of herstellen van het innerlijk evenwicht van de cliënt.

Het *social case-work* : individuele gevalsbehandeling door een maatschappelijke werker, deskundig-caseworker, die meer milieu-gericht is en ook materiële hulp biedt zoals werkverschaffing, betere behuizing enz. Uiteindelijk doel is met actieve medewerking van de cliënt een betere aanpassing te bekomen.

De *gezinsbehandeling* kan eventueel worden overwogen indien het om jonge kinderen gaat. We zagen immers dat dikwijls een tekort in het gezinsmilieu tot bende-toetreding en onaangepast gedrag heeft geleid.

De aanpak van de bende-als-groep (19) :

Omwille van het positief aspect van de bende is de groepsbehandeling uiteraard, ook reeds op theoretische gronden, aangewezen. De bende is een gemeenschapsvorm en men kan van de leden meestal reeds verwachten dat ze bekwaam zijn in groep te leven, een code te respecteren en zich in te zetten voor zekere doelstellingen. Dit is dan ook de reden waarom een georganiseerde bende meer aanknopingspunten biedt voor behandeling dan een ongestructureerde horde. Deze idee werd reeds in 1946 zeer duidelijk geformuleerd in een rapport gepubliceerd door het Studiecomité van de Straatclubs te New York (20) :

« Het is normaal, aldus dit rapport, dat adolescenten zich groeperen in gangs, clubs, benden, verenigingen van allerlei aard. Gangs en benden bezitten, zoals elke andere groep, een socio-educatieve waarde. De leden vinden er de mogelijkheid om hun problemen uit te drukken zonder inmenging van de volwassenen. *Beter geörienteerd* kan de bende aan de adolescent de affectieve veiligheid geven die hij er komt zoeken en zijn zin voor loyauteit, verantwoordelijkheid en leiding ontwikkelen. »

Het feit alleen dat hij in de bende compensatiemiddelen vindt is vanzelfsprekend nog geen therapie voor de jeugdige. Een lid kan bv. zijn agressie uitleven, wat nog niet betekent dat hij hierdoor minder agressief wordt. De groep zelf moet therapeutisch worden aangewend, d.w.z. dat een inwerking op en door de groep wordt betracht. De groep moet van bende, gesloten negatieve groep, worden omgevormd tot een equipe, open groep die niet leeft in functie van zelfverdediging, doch positief is ingeschakeld. Aldus Parrot die er ook onmiddellijk op wijst welke zware eisen dergelijke interventie aan de opvoeders stelt.

In het kader van deze aanpak kan worden geplaatst :

Het Groupwork waarin zowel de methodes van de sociale psychologie (psychodrama e.d.) als het social-groupwork dienen vermeld te worden. In de studie van Parrot en Gueneau komt een ganse beschrijving voor van een experiment door een neuro-psychiater, die met een kleine bende een psychodrama opvoert (21).

Meerdere auteurs beschouwen de oprichting van clubhuizen, « maisons de jeunes » ook als een groepsbehandeling voor jeugdbenden. Daar deze instellingen zich in principe tot de ganse ongeorganiseerde jeugd richten zie ik ze eerder als een middel tot preventie.

De participatie in de bende, met socialisering van haar activiteiten, is een veel voorkomend experiment dat we ook bij de auteurs terug vinden. Het wordt eventueel met alle andere vormen van groeps- en individueel werk gecombineerd. Het boek van Parrot en Gueneau bevat gegevens over een dergelijk experiment. De studie van Crawford e.a. vooral biedt op dit gebied zeer interessant materiaal. Het geeft het volledig relaas van drie jaar werk van vijf jonge opvoeders in en met de jeugdbenden in de wijk Haarlem-New York. Hun geestdrift voor deze aanpak belet hen niet ook eerlijk hun problemen voor te leggen : zij komen ongevraagd, dikwijls ongewenst, zodat het niet gemakkelijk is om te worden aanvaard. Neutraal blijven ten overstaan van anti-sociale handelingen is soms moeilijk realiseerbaar. Tenslotte moeten deze opvoeders ook enigszins hun werkopvatting herzien : hun verhouding t.o. van de jeugdigen is uiteindelijk professioneel en zou dus vals worden

indien ze als een gewone vriendschapsverhouding werd opgebouwd. Duidelijk blijkt alleszins dat, voor deze formule van tussenkomst, opvoeders van meer dan gewoon formaat en met een enorme deskundigheid zijn vereist.

3. *Preventie* (22) :

Zoals voor elk pedagogisch-therapeutisch optreden geldt ook hier dat zoveel mogelijk aan profylaxe dient te worden gedaan. Het verhinderen van bendevorming kan enkel worden gezocht in de richting van het bieden aan de jeugdigen van andere geschikte belevenismogelijkheden.

Dit vergt eerst en vooral een ernstige diagnose van de *bestaande middelen,* van de bestaande *leefmilieus.*

In dit kader hoort dan de evaluatie thuis van innovaties als scholen voor ouders, bond voor jonge gezinnen; peri- en parascolaire instellingen als diensten voor schoolmaatschappelijk werk, psycho-medico-sociale diensten, alsook van instituten met een reeds iets langere traditie zoals de jeugdbeweging.

Enerzijds kan blijken dat sommige voorzieningen dienen te worden aangepast; van anderen kan anderzijds blijken dat zij geen oplossing bieden voor het probleem dat ons bezighoudt.

Waar de traditionele opvoedingsmiddelen falen, voor een gedeelte van de jeugd althans, moet naar *nieuwe middelen* worden gezocht.

Essentieel is dat deze jeugdigen, met een over het algemeen om allerlei redenen, die niet altijd op te vangen zijn, zwak eerste en tweede milieu, een goede kans tot ontplooiing krijgen in hun vrije-tijdmilieu.

Vast staat intussen dat de traditionele jeugdverenigingen, zoals de jeugdbeweging, deze loslopende jeugd niet aanspreken. Ten hunnen behoeve werd in heel wat landen overgegaan tot het oprichten van clubhuizen, jeugdtehuizen, waarin elke traditionele, vastgelegde groepsordening, elk star programma werd vermeden.

Wilfert vestigt terecht de aandacht op het gevaar van een totaal vrije samenkomst in deze zogenaamde « instuiven », indien hier helemaal geen waardevorming mogelijk is.

Vanuit de Verenigde Staten is ons ook de aktie bekend van de P(olice) A(thletic) C(lub). De politie, als vertegenwoordiger van het gezag, betrekt de straatjeugd in allerlei sportactiviteiten, waarbij de vijandschap van deze jeugd ten overstaan van het gezag en de openbare orde zou verdwijnen.

Zelfs in bevoegde politiemiddens, aldus Salisbury, is hiertegen bezwaar gemaakt op grond van de stelling dat de politie bij haar politionele taak dient te blijven en geen Case Work moet bedrijven.

Hoe dan ook, het onaangepast niet-sociaal gericht gedrag van de jeugdbende is opgebouwd op een zulkdanig complex van culturele sociale en economische factoren dat de diagnose veel verder moet reiken dan alleen het kader van de ontspanning, de vrije tijdsbesteding.

Er dient een zekere « community organisation » aan de basis van deze preventie te liggen, een *gemeenschapsopbouw* gesteund, vooral in de arme wijken, door een krachtige sociale politiek.

Dit lijkt alles gemakkelijk in theorie.

Ik ben er mij overigens ook ten volle van bewust dat dit geen nieuwe voorstellen zijn en dat ze in verband met haast alle sociale problemen geformuleerd worden. Nochtans worden nog steeds geen open deuren ingestampt, wanneer men ze herhaalt.

De secretaris-generaal van de Internationale Vereniging voor Kinderbescherming, Mullock Houwer, besloot onlangs een lezing met de gedachte : « Wij weten veel meer dan we toepassen. »

Soms overzien wij zelfs niet meer wat wij zouden kunnen weten aan toepasbare inzichten.

Daarom heb ik gepoogd over dit actueel en algemeen probleem van de jeugdbende samen te brengen wat wij weten uit onderzoek en experiment.

---

(1) Uitgangspunt voor dit artikel waren : een voordrachtenreeks voor de Westvlaamse politieschool gehouden en een reeds gepubliceerd onderzoek : « Bijdrage tot een onderzoek naar het fenomeen van de Jeugdbende in onze tijd », « Tijdschrift voor Sociale Wetenschappen», 1958, nr. 3, pp. 149-169.

(2) *F.M. Trasher:* « The Gang », Chicago, 1947, o.m. pp. 45 e.v.

(3) *G. De Bock:* op cit., p. 153.

(4) cfr. ook *O. Wilfert:* « Jugend « Gangs » in Kriminologische Abhandlungen, Wien, 1959, p. 10.

(5) cfr. *C. Bondy* e.a. : « Jugendliche stören die Ordnung » München, 1957, en *G. Kaiser* « Randalierende Jugend » Heidelberg, 1959.

(6) *Wilfert* pp. 11 e.v.

(7) *Trasher* p. 74 ; *Wilfert* p. 9 ; *Ph. Parrot* en *M. Gueneau* « Les Gangs d'adolescents », Paris, 1959, p. 35.

(8) *Parrot* en *Gueneau* p. 112; *Trasher* pp. 228-229; *Wilfert,* p. 9; *A. Cohen:* « Delinquent Boys - The culture of the Gang », Glencoe - Illinois, 1955, p. 47 en pp. 141 e.v.

(9) *Wilfert* p. 22 ; *P.I. Crawford* e.a. « Educateurs dans la rue » (traduit de l'Américain par J. Ughetto), Lyon-Paris, 1958, p. 31.

(10) *Cohen* p. 73 ; *Wilfert* p. 3.

(11) *Crawford* p. 31 ; *Wilfert* p. 2 en een onuitgegeven sociaal-observatieverslag van *A. Haentjens:* « Studie van het school- en arbeidsmilieu bij jeugdigen met afwijkend gedrag », 1961.

(12) *Kaiser* p. 113 ; *Wilfert* p. 2.

(13) Cfr. *H.E. Salisbury:* « The shook-up generation », New York, 1958, p. 18 over het ontstaan van de bende van de Cobras.

(14) *Crawford* e.a. p. 16 ; *Parrot* en *Gueneau* p. 95 ; *Salisbury* pp. 210 e.v. ; *Wilfert* p. 5 ; *H. Bloch* en *A. Niederhoffer:* « The Gang - A study in adolescent behaviour » New York, 1958 ; *C. Burt* « The Young delinquent », London, 1948, p. 466 ; *J. Chazal:* « Etudes de Criminologie Juvénile » Paris, 1952, pp. 96 e.v.; J.B. Mays, « Growing up in the city », Liverpool, 1956, p. 9.

(15) *Bloch* en *Niederhoffer* pp. 201 e.v. ; *Crawford* p. 23 ; *Parrot* p. 35 ; *Wilfert* p. 17.

(16) *Chazal* p. 104 ; *Cohen* p. 30 ; *Crawford* e.a. p. 25 ; *De Bock* pp. 160-161 ; *Parrot* en *Gueneau* p. 48 en p. 62 ; *Wilfert* pp. 13-14.

(17) *Cohen* p. 56 ; *De Bock* p. 163 ; *Parrot* en *Gueneau* p. 175 ; Trasher p. 251 ; J. Chazal : « Les Amitiés des jeunes et la vie en groupe », Ecole des Parents 1958 nr. 7, p. 17.

(18) *Salisbury* p. 219 ; *Wilfert* p. 27.

(19) *Crawford* e.a. pp. 34 e.v. ; *Parrot* en *Gueneau* p. 175 ; *Wilfert* p. 29 en p. 35.

(20) Bijlage bij het werk van *Crawford* e.a. pp. 159 e.v.

(21) *Parrot* en *Gueneau* pp. 68 e.v.

(22) *Crawford* e.a. p. 15 ; *Salisbury* pp. 220-221 ; *Wilfert* pp. 30 e.v.; *J.B. Mays:* « On the threshold of delinquency », Liverpool, 1959, p. 9.

DE FORENSISCHE BEOORDELING VAN SEXUELE DELINQUENTEN

door

Prof. Dr. Paul GHYSBRECHT

Docent aan de Universiteit te Gent.

De deskundige vangt zijn taak aan door het onderscheid te maken tussen de gevallen van sexuele perversiteit en de gevallen van geslachtelijke misdadigheid als begeleidend symptoom van krankzinnigheid, geesteszwakheid of erge geestesstoornis. Vervolgens moet de psychiater overgaan tot de eigenlijke forensische beoordeling van de sexuele misdadiger. Wanneer de perversiteit bestaat bij een persoon, die geen overige psychische afwijkingen vertoont, dan stelt zich het moeilijke vraagstuk van de beheersbaarheid der driften en vitale neigingen. Daarenboven wordt de deskundige verplicht stelling te nemen ten overstaan van het probleem van de mogelijke beheersing van geperverteerde driften.

In de praktijk komen vier vormen van sexuele delinquentie veelvuldig voor. Het zijn exhibitionisme, paedophilie, agressieve sexuele delinquentie en homosexualiteit. In de Belgische wetgeving wordt homosexualiteit niet als dusdanig gestraft, maar wel de openbare zedenschennis of de paedophilie, die er vaak mede samen gaan.

Het exhibitionisme.

1. Een eerste vorm van exhibitionisme of ontbloting van de sexuele organen als schennis der openbare eerbaarheid, bestaat bij aangeboren of verworven zwakzinnigheid. Bij de gevallen van idiotie, imbeciliteit en debiliteit bestaat een geringe ontwikkeling van het moreel oordeelsvermogen als begeleidingsverschijnsel van een gebrekkige begrips- en oordeelsvorming. De remfuncties zijn onvoldoende uitgebouwd. De gewetensvorming is onvolledig gebeurd. Daarenboven bestaan er psychische en soms ook lichamelijke infantilismen. Deze delinquenten zijn niet vatvaar voor toerekening en niet in staat hun daden te beheersen.

2. Dezelfde kenmerken kan men terugvinden bij het exhibitionisme der dementen, waarbij het intellect door een ziekteproces wordt vernietigd. Deze vorm van exhibitionisme komt voor bij schizofrene, paralytische en alkoholische dementen, alsook bij lijders aan arteriosklerotische psychose. Deze personen lijden aan psychische aftakeling en geestesverval en vertonen een achteruitgang der verstandelijke vermogens. Het zijn onverantwoordelijke krankzinnigen.

3. Een derde vorm van exhibitionisme kan men vaststellen bij vallende ziekte. De strafbare daden zijn dan equivalenten van epileptische aanvallen. De sexuele misdadigheid treedt plots op. De daad is niet voorbereid of voorbedacht. Op brutale wijze, voor om het even wie en om het even waar, wordt een korte ruwe daad van exhibitionisme gesteld. Wegens het bestaan van de epileptische ziekte moet de vatbaarheid voor toerekening in deze gevallen worden ontkend.

4. Naast het exhibitionisme van de zwakzinnige, de afgetakelde en de epilepticus bestaan de eigenlijke exhibitionistische handelingen, die ofwel berusten op psychopathie, een aangeboren abnormale karaktervorm, ofwel op neurose, psychologische scheefgroei. Deze afwijkingen komen ook in gemengde vorm voor. De deskundige moet, indien mogelijk, het onderscheid maken tussen de neurotische of psychopathische oorzaak, aangezien dit voor de behandeling van hoofdzakelijk belang is. Bij de neuroticus kan analytische psychotherapie helpen, bij de psychopaat alleen afzondering of castratieve ingreep.

De erfelijk karaktergestoorden vertonen naast de sexuele delinquentie vaak andere vormen van misdadigheid en tonen de karakterafwijkingen ook in andere levensgebieden dan de sexuele sfeer. De neurotische exhibitionisten zijn buiten hun misdadigheid eerder schuwe mannen met een sterk schaamtegevoel, zelfonzeker en behept met gevoelens van minderwaarde en schuld. Ze voelen zich ongelukkig door hun afwijking, waarvoor ze vaak medische hulp opzoeken.

Het exhibitionisme bestaat dus ook bij persoonlijkheden, die buiten de sexuele belevingssfeer vrij zijn van neuropsychiatrische aandoeningen. Het geheel van de sexuele beleving kan al dan niet gestoord zijn. Dan is de dader ook gebonden aan de zelfbevrediging en is hij geslachtelijk onrijp en infantiel.

Het exhibitionisme verschaft een bijzondere vorm van lustbeleving en de delinquenten zijn eraan gefixeerd. De sexuele misdadigheid wordt dan in ongeveer dezelfde vorm regelmatig herhaald. De vraag naar de relatieve dwangmatigheid van het verschijnsel stelt zich aan de deskundige, die moet beslissen of de dader al dan niet in staat is zijn driften te beheersen.

De paedophilie.

1. Paedophilie is het opzoeken van geslachtelijke bevrediging bij kinderen van het eigen of van het andere geslacht. Deze vorm van sexuele misdadigheid komt eveneens voor bij achterlijken en zwakzinnigen, die sexuele toeneiging zoeken met kinderen, omdat hun geestelijke ontwikkeling is blijven stilstaan op de psychologische leeftijd van hun slachtoffers. De paedophiele daden zijn vaak afgewisseld met kinderachtige exhibitionistische handelingen en ze dragen de stempel van de onvolwassenheid en van het gebrek aan sexuele ervaring. Tegenover volwassen partners bestaan contactschuwheid en gevoelens van minderwaarde. Zwakzinnigen zijn niet vatbaar voor toerekening.

2. Een tweede vorm van paedophilie bestaat bij psychopathische karaktergestoorden. Vaak komen naast de sexuele misdadigheid ook andere vormen van criminaliteit voor. Meestal is een onregelmatige levensloop de signatuur van de abnormale karakterstructuur. Een gebrekkige beheersing der inwendige spanningen blijkt uit de verhouding van de delinquenten tot andere mensen. In het bijzonder valt op de afwezigheid van normale affectieve bindingen. Alhoewel de psychopaat slechts een vermindering vertoont van de vatbaarheid voor toerekening, dringen zich nochtans tegen hem maatregelen van internering op wegens de sterk verhoogde neiging tot verschillende vormen van misdadigheid. In ons stelsel van strafrecht

moet de deskundige derhalve een erge geestesstoornis bevestigen die de dader volledig de beheersbaarheid der driften ontneemt.

3. Paedophilie komt voor als neurotische verschijningsvorm ten gevolge van een ontwikkelingspsychologische genese. De dader vertoont een achterstand in de uitrijping van zijn sexuele belevingssfeer. Er bestaat contactschuwheid ten overstaan van volwassen personen. In de sexuele sfeer hebben zich talrijke ziekelijke remmen ontwikkeld, die het normale geslachtsverkeer in de weg staan. Verstarde gevoelens van minderwaarde zijn verankerd in de persoonlijkheidsstructuur. In hun beroepskeuze worden de daders dikwijls gedreven naar de pedagogische situatie. Deze sexuele misdadigheid is een typisch delict van leraars en jeugdleiders, die soms zowel bij hun oversten als bij de kinderen wegens hun emotionele en pedagogische gaven worden geroemd. Een analytische behandeling en een uitrijping van de persoonlijkheid dringt zich bij deze neurotici op. De behandeling steunt op de overblijvende verantwoordelijkheid van de daders tegenover zichzelf en tegenover de anderen.

4. Een vierde vorm van paedophiele misdadigheid is een ouderdomscriminaliteit. Zij bestaat bij personen, wier geesteskracht en geheugensterkte is verminderd. Op grond van het algemeen proces der veroudering of op grond van een bepaalde ziekte van de gevorderde leeftijd, is een disharmonische ontwikkeling van het driftleven ontstaan. De regulatiekrachten van de geest en van het driftleven zijn verzwakt. Een eventuele daling van de sexuele kracht of een impotentieangst kunnen contactschuwheid doen voelen ten overstaan van volwassen sexuele partners. De ernst van het lichamelijk en geestelijk defect dat bij deze sexuele delinquenten bestaat, moet door de deskundige worden bepaald.

De agressieve sexuele misdadigheid.

1. De agressieve sexuele misdadigheid betreft verkrachting, sadistische daden en lustmoord.

Deze delinquentie bestaat o.a. bij lijders aan vallende ziekte. Brutale sexuele misdadigheid met agressief karakter treedt bij deze mensen plots op als een epileptisch equivalent. De daden worden niet voorbereid en zijn niet voorbedacht. Zij kunnen opgenomen zijn in de nevel van het geheugenverlies, omdat zij nooit tot het bewustzijn zijn doorgedrongen. Aldus ontstaan plotse pogingen tot verkrachting en slagen en verwondingen komen voor en zelfs doodslag met een blijkbaar sexuele drijfveer. Het ligt voor de hand dat in dergelijke gevallen van epileptische ziekte aan de daders de vatbaarheid voor toerekening moet worden ontzegd.

2. Naast allerlei andere vormen van criminaliteit bestaat bij psychopathische karaktergestoorden ook agressieve sexuele misdadigheid. Bij ernstige psychopathie moet de deskundige een rapport neerleggen dat toelaat de misdadiger van de maatschappij af te zonderen om aldus herhaling of een ander delict te voorkomen.

3. Daden van agressiviteit, gepaardgaande met sexuele handelingen, worden ook gesteld door personen met een aangeboren hypersexualiteit en versterkte driftmatigheid of door personen, wier driftmatigheid medicamenteus of alkoholisch is opgezweept. De sexualiteit en de agressiviteit zetten in deze gevallen aan tot brutale daden, die meestal moeten worden toegerekend.

4. Er bestaan ook neurotische vormen van agressieve misdadigheid, die behoren tot de sfeer van het sadisme en het masochisme. De sexuele prikkeling wordt hier bereikt door het toedienen of het dulden van pijnen en beledigingen. De sadist behandelt zijn slachtoffer op agressieve wijze en wordt daardoor sexueel geprikkeld. In het extreme geval wordt hij zelfs gebracht tot een lustmoord, die zijn sexuele prikkeling ten top drijft. Het verschijnsel van het neurotisch sadisme bestaat dikwijls bij overigens zelfonzekere en zelfs schuchtere persoonlijkheden, die al dan niet met een bepaalde partner een normaal geslachtsleven kunnen leiden. Vroegkinderlijke belevenissen spelen in het ontstaansmechanisme van deze perversie een determinerende rol. Er bestaat een stoornis van de sexuele ontwikkeling.

Verdringing komt voor en ten slotte een zekere graad van fixering aan sadomasochistische prikkelingsvormen.

Zoals uit de literatuur blijkt, wordt deze vorm van sexuele delinquentie meestal door de deskundige beoordeeld met de verantwoordelijkheid van de dader. Wij verwijzen hier terloops naar het boek « The Sexual Criminal » van Paul de River (1) en naar de veroordeling en terechtstelling van sadistische moordenaars gelijk bijvoorbeeld Kürten uit Düsseldorf en Christie en Heath in Engeland (2).

Bij de wellustmoordenaars bestaan dikwijls fetischistische neigingen. Zo bewaarden moordenaars gelijk Landru, Christie, Schneider en Pétiot de vrouwenkleren van hun slachtoffers (3).

Het fetischisme is de sexuele perversie, waarbij geslachtelijke prikkeling ontstaat bij contact met zekere objecten zoals bijvoorbeeld schoenen, damesondergoed of pelsen. Eventueel worden deze objecten voor zelfbevrediging gebruikt. Fetischisme zet aan tot diefstal en is verwant met steelzucht om sexuele redenen. Fetischisten vertonen meestal een neurotische bovenbouw op een aangeboren disharmonische karakterstructuur.

Bij het beoordelen van de relatieve vatbaarheid voor toerekening en het eventuele bepalen van de behandeling van de fetischist, moet de deskundige rekening houden met de genetische grond van het verschijnsel gelijk dit blijkt uit de persoonlijkheidsstructuur van de dader.

De homosexualiteit.

1. De homosexualiteit of de geslachtelijke liefde tot personen van het eigen geslacht, komt voor onder de constitutioneel aangeboren vorm of is neurotisch verworven.

De aangeboren homosexueel kan al dan niet bisexueel aangelegd zijn, d.w.z. sexueel contact onderhouden met beide geslachten.

De erfelijke factor kan uitsluitend gelegen zijn in de constitutioneel-psychische structuur van de dader. Vaak bestaan er tevens afwijkingen in de lichaamsbouw en kan een abnormale functie van de klieren met inwendige secretie worden beschreven.

Het tweelingenonderzoek heeft het onomstootbaar bewijs geleverd van het belang van de erfelijke factor in de genese van de homosexualiteit. Het tweelingenonderzoek van Sanders in 1934 en van Habel in 1950 kon het hoofdzakelijk belang aantonen van de erfelijke aanleg voor het ontstaan van de homosexualiteit.

Kallmann kon een reeks van ééneiige tweelingen publiceren, waarvan telkens beide partners homosexueel waren (4).

2. Toch bestaat er ook een verworven vorm van gelijkgeslachtelijke liefde. Misschien is hiervoor wel een zekere erfelijke onzekerheid in de driftrichting noodzakelijk, maar toch spelen ontwikkelingspsychologische mechanismen de belangrijkste rol. De stoornis der sexuele ontwikkeling kan berusten op overdreven moederbinding bij de man of vaderbinding bij de vrouw. De incestangst wordt dan op de personen van het geslacht van de ouder overgedragen. Zo kan een afkeer voor dit geslacht ontstaan.

Andere psychologische ontstaansmechanismen kunnen aan de basis van een homosexuele ontwikkeling liggen. Zo kan bv. een hypochondrische autosuggestie bestaan bij personen, die zich in het heterosexueel verkeer onzeker voelen wegens impotentieangst of wegens andere gevoelens van minderwaarde. In tegenstelling tot de aangeboren homosexuelen aanvaarden de gelijkgeslachtelijk scheefgegroeiden hun sexuele zienswijze niet volkomen. Vaak lijden zij eronder en zoeken zij geneeskundige hulp op.

3. Er bestaat ook een derde vorm van homosexualiteit ,die slechts een reactie is op omstandigheden van het milieu, bv. het langdurig verwijderd zijn van vrouwen. Toch moet bij deze personen en ook bij diegenen, die door verleiding tot daden van gelijkgeslachtelijke sexualiteit komen, een zekere zwakte van de objectkeuze bestaan en een onrijpheid in de psycho-sexuele ontwikkeling.

Alhoewel in de Belgische wetgeving de homosexualiteit op zichzelf niet wordt gestraft, moet de deskundige toch vaak de vatbaarheid voor toerekening bepalen van homosexuelen, die zich aan één of andere vorm van sexuele misdadigheid hebben schuldig gemaakt, door bijvoorbeeld hun daden te stellen met een te jeugdige partner of in aanwezigheid van derden.

Het uitsluitende feit van het gelijkgeslachtelijk gericht zijn der driften kan principieel de beoordeling van de verantwoordelijkheid niet beïnvloeden. Wanneer de afwijking van het normale, die door de psychiater wordt aangetroffen, zich beperkt tot een constitutionele disharmonie van het driftleven, die de dader bij de homosexuelen rangschikt, dan bestaat er een vorm van psychopathie, die zich beperkt tot het driftleven en die de objectkeuze van de geslachtsdrift bepaalt : de deskundige kan geen vermindering toekennen van de vatbaarheid voor toerekening. Dit is ook het oordeel, dat Langelüddeke uitspreekt in zijn « Gerichtliche Psychiatrie » (5).

De constitutioneel-aangeboren homosexuelen willen trouwens als verantwoordelijk doorgaan in alle landen, waar ze strijden voor de afschaffing van de bestraffing van de homosexualiteit als dusdanig.

De neurotisch verworven vorm van homosexualiteit, die zich vaak toont door paedophiele handelingen, kan ook geen principële uitsluiting medebrengen van de verantwoordelijkheid. De psychiatrische deskundige is dikwijls verplicht, niettegenstaande het voorkomen van zekere ziekelijke trekken en pathologische gedragsvormen, toch te besluiten tot een minstens gedeeltelijk overblijvende verantwoordelijkheid. Dit noodzakelijk besluit kan nochtans de deskundige in zijn kwaliteit van geneesheer niet volledig bevredigen, wanneer door de wet de mogelijkheid niet wordt geschapen tot een analytische vorm van behandeling en psychotherapeutische uitrijping van de persoonlijkheid van de misdadiger. De deskundige betreurt in de huidige vorm van zijn samenwerking met het gerecht geen praktische gevolgen te kunnen verwachten van een advies nopens de vatbaarheid voor verbetering van de delinquent en de daartoe te nemen maatregelen. In de tegenwoordige toestand dreigt de geneesheer in zijn rapport een schijnbare tegenstelling te moeten opnemen, namelijk het toekennen van een zekere graad van verantwoordelijkheid gelijktijdig met het uitbrengen van een advies tot geneeskundig-psychiatrische behandeling.

Iemand is vatbaar voor toerekening, wanneer zijn willen en handelen in hun ethische gevolgen aan zijn persoon kunnen worden aangerekend. Het willen en handelen van de toerekenbare mens komt tot stand mede op grond van zijn driftmatigheid en zijn minder bewuste tendenzen.

Principieel moet van de mens worden verlangd dat hij aan de driftneigingen uit de sexuele sfeer zou kunnen weerstaan. Deze vaststelling wordt nog duidelijker wanneer men de driftindeling voor ogen houdt van de psycho-analyst Otto Fenichel (6). Deze onderscheidt twee groepen van drijten : enerzijds de fysieke behoeften honger, dorst en ademhaling en anderzijds de sexuele driften. De eersten kunnen op een gegeven ogenblik onweerstaanbaar worden. De tweede groep van driften kan door sublimering, objectverschuiving en verdringing worden beheerst alsook bewust worden in toom gehouden.

Bij de beoordeling van de sexuele delinquent dient dit principe te worden vooropgesteld, vooraleer de psychiater het probleem aanpakt van de mogelijke beheersbaarheid van geperverteerde driften.

Wij menen dat ook ten overstaan van de sexuele perversies als algemene regel moet worden aangenomen dat de drift kan beheerst worden, wanneer in de persoonlijkheid van de dader de afweermechanismen en remfuncties voldoende ontwikkeld en bewaard zijn. De bewuste remfuncties zijn het inzicht in de strafbaarheid en het verantwoordelijkheidsbewustzijn. De onbewuste afweermechanismen zijn de gewetensfunctie en het verantwoordelijkheidsgevoel.

Ook Edmund Mezger (7), Hoche (8) en Langelüddeke menen dat het uitsluitend bestaan van een sexuele perversie nooit kan leiden tot het ontkennen van de vatbaarheid voor toerekening. Bumke (9) schrijft dat het bestaan van ziekelijke geslachtelijke neigingen de vatbaarheid voor toerekening niet opheft. Ook Wolfgang De Boor (10) en Carp (11) sluiten zich aan bij deze mening.

De deskundige mag zich niet laten leiden door het feit dat oudere auteurs, zonder zich uit te spreken over het probleem van de vatbaarheid voor toerekening, bij hun beschrijving van de sexuele misdadigheid gebruik hebben gemaakt van het woord psychopathie en de nadruk hebben gelegd op het ziekelijke van sommige sexuele verschijningsvormen. Dit deed Krafft-Ebing (12), wanneer hij zijn boek de titel « Psychopathia sexualis » gaf, en de klemtoon legde op het voorkomen van erfelijke degeneratieve kenmerken. Magnus Hirschfeld (13) leverde de beschrijving van wat hij noemde de sexuele pathologie, die volgens hem te zoeken was in de endocrine dysfunctie van de geslachtsklieren. Een gelijkaardige toon is aan te treffen in de geschriften van Havelock Ellis (14) en Norwood East (15).

De meer moderne werken hebben minder het ziekelijke bij de sexuele afwijkingen betoond en meer de

nadruk gelegd op het algemeen menselijk karakter van sommige sexuele verschijningsvormen. Dit is de gedachtengang die men aantreft in de rapporten van Kinsey, Pomeroy en Martin (16) alsook in de werken van sociologen gelijk Schelsky (17). Het is vooral het standpunt van de dieptepsychologische auteurs (18).

De deskundige mag zich ook niet laten beïnvloeden door de verklaringen van de delinquenten zelf, die vaak spreken van onweerstaanbare drang en die vertellen dat motorische onrust, zweten en subjectieve gevoelens van gedreven zijn aan de daden voorafgingen.

De geneesheer moet toch vaststellen dat er bij de delinquenten fixering aan de bepaalde bevredigingsvorm van de perversie kan bestaan. Deze fixering betekent gebondenzijn en dit is een eigenschap van het ziek-zijn. Ook merkt de geneesheer op dat de bepaalde vorm van lustbeleving bij de perverse mens een uitsluitingskarakter kan verkrijgen tegenover andere bevredigingsvormen. Eveneens kunnen de lustbelevingen in de gehele sexuele sfeer afwijkend zijn, maar het aldus gestructureerd zijn van het geslachtelijke leven betekent nog niet dat een dergelijke dader dwangmatig zou handelen en dat hij niet in staat zou zijn zijn daden te beheersen.

De deskundige moet het onderscheid maken tussen een drifthandeling en een dwanghandeling ten gevolge van een diep disharmonische karakterstructuur.

De drifthandeling verwekt een vorm van anders-zijn, die maakt dat de mens vooral aandacht besteedt aan het object van de drift en dat er intense betrachting naar lustbeleving bestaat. Op gegeven ogenblikken beleeft echter ook de normale, niet geperverteerde mens een gelijkaardige toestand. De sexuele delinquent beschrijft vaak, dat na de drifthandelingen bij hem een zekere walging voorkwam en zelfs schaamtegevoelens en gewetenswroeging. In deze gevoelens ligt naar ons inzicht een aanwijzing van een vorm van verantwoordelijk-zijn, althans voor zover verantwoordelijkheid een subjectief bewustzijn is, dat door de persoon als konsekwentie van zijn handelen wordt beleefd.

De dwanghandeling vertoont een geheel ander verloop. Meestal is de dwanghandeling bij de neuroticus voorafgegaan van een intensieve angst, die ontstaat bij pogingen tot onderdrukken van de dwang. Deze angst bestaat bijvoorbeeld, wanneer een persoon, behept met wasdrang, poogt te weerstaan en wanneer hij uitstelt de handen te wassen. Deze angst bestaat eveneens, wanneer een dwangneuroticus een agressieve daad uitstelt, bij voorbeeld het opensnijden van het abdomen van een slachtoffer, waarvan hij de inhoud wil onderzoeken. Daarenboven vertoont de dwangneuroticus geen walging na het doorvoeren van zijn handeling. Integendeel betekent de gestelde daad voor hem een zekere bevrijding, wanneer hij aan de dwang gevolg heeft gegeven en zijn ceremonieel heeft uitgevoerd. Bij de dwangneuroticus bestaat een pathologisch bewustzijn en een zwaar ziekelijk karakter. Een goede beschrijving van een dwangneurotische karakterstructuur vinden wij terug bij Petrilowitsch (19), die de nadruk legt op de zelfonzekerheid, het gebrek aan spontaneïteit, de starheid in de sfeer van het handelen en het bestaan van een formalistisch ziekelijk geweten. Bij de dwangneuroticus zijn derhalve ook de remfuncties van de persoonlijkheid diepgaand gestoord, zodat de vatbaarheid voor toerekening met zekerheid kan worden ontkend.

Bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van een drifthandeling moet de deskundige onderzoeken of de remfuncties en de onbewuste afweermechanismen in de persoonlijkheid van de dader tot voldoende ontwikkeling zijn gekomen (20). Hij moet zich vergewissen of de remfuncties en afweermechanismen niet werden beschadigd door een ziekteproces bij voorbeeld een vroeger doorgemaakte encephalitis of hersentrauma. Het beheersen van een drift, in het bijzonder van de sexuele drift, moet nochtans niet volledig worden opgevat als het gevolg van de onderlinge krachtenverhouding tussen tegenstrijdige partieeldriften. Dit schema zou al te mechanistisch zijn. De dieptepsychologie heeft aangetoond dat het beeld van de motievenstrijd niet opgaat van de bewustzijnpsychologie, volgens hetwelk eerst intellectueel overleg zou plaats grijpen en dan in een tweede fase de daad zou volgen. De opvatting als zou de driftdaad voorafgegaan worden door de determinerende botsing van verschillende driften en tegendriften, kan ook niet weerstaan aan diepgaande wetenschappelijke kritiek.

De psychoanalytische opvattingen van Freud (21), Stekel (22) en Jones (23) werden op belangrijke wijze aangevuld door de anthropologische en daseinsanalytische theorie van de perversies. Deze werd vooral beschreven door van Gebsattel (24), Kunz (25) en Straus (26) en ook tot de zijne gemaakt door de Daseinsanalytiker Medard Boss (27). Volgens deze auteurs moeten de sexuele afwijkingen worden verstaan als een andere wijze van in-de-wereld-zijn en is de zin van de sexuele perversie zeer vaak een uitdrukkingsvorm van de mens in nood. De liefde wordt door deze auteurs niet langer beschouwd als een bundel van driften, maar wel als een bijzondere zijnswijze, die de deskundige moet trachten te verstaan. De moderne dieptepsychologische auteurs wensen eerder een sociaal-psychologisch verstaan dan het geven van verklaringen voor de verschijnselen van geslachtelijke pervertering. Wij menen dat het schema van de oudere psychoanalytici toch belangrijk kan helpen voor de bestudering van de sexuele delinquentie, omdat bij deze misdadigheid zeer vaak de liefdevolle verbondenheid met de partner ontbreekt en men bij de sexuele perversies eerder moet spreken van het uitleven van driften ten overstaan van slachtoffers, die door de daders als object van de driften worden beleefd eerder dan als andere mensen.

De deskundige geeft zich goed rekenschap van de wijsgerige en wetenschappelijke moeilijkheden die er bestaan bij de beoordeling van de vatbaarheid voor toerekening. Vooral, wanneer het gaat om de beoordeling van de sexuele misdadigheid, moet hij in ons stelsel van strafrecht, bijna bij elk geval betreuren dat hem een vraag wordt gesteld, waaruit slechts juridische gevolgen voortspruiten. Als geneesheer maar ook als criminoloog spijt het hem dat geen individuele therapie van de misdadiger kan worden voorgesteld, die tegelijkertijd een doelmatige en individuele profylaxie van de misdadigheid zou betekenen. Het geneeskundig en psychiatrisch onderzoek van de misdadiger moet daartoe de eerste stap worden.

Besluitend menen wij volgende principes te moeten uitspreken :

1. Elke sexuele delinquent zou aan een psychiatrisch onderzoek moeten worden onderworpen. Dit onderzoek kan gebeuren ter gelegenheid van de vaststelling van de vatbaarheid voor toerekening.

2. De sexuele delinquentie sluit niet als dusdanig de verantwoordelijkheid van de dader uit evenmin als zijn vatbaarheid voor toerekening.

3. Naast de vraag naar de vatbaarheid voor toe-

rekening zou het wenselijk zijn dat aan de deskundige een vraag wordt gesteld naar de vatbaarheid voor verbetering en de daartoe te nemen maatregelen.

(1) de River P., The Sexual Criminal, Charles S. Thomas, Springfield, Illinois, 1949.
(2) Plaut P., Der Sexualverbrecher und seine Persönlichkeit, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1960, Der Sexualmörder, blz. 109 e.v.
(3) Hentig H. von, Zur Psychologie der Einzeldelikte, II, Der Mord, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1956, blz. 189.
(4) Verschuer O. von, Genetik des Menschen, Urban & Schwarzenberg, München und Berlin, 1959, blz. 77.
(5) Langelüddeke A., Gerichtliche Psychiatrie, Walter De Gruyter. 2. Auflage, Berlin, 1959, blz. 100.
(6) Fenichel O., The Psychoanalytic Theory of Neurosis, New York, 1945.
(7) Mezger E., Probleme der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, Sitzungsberichte der Bayrischen Akademie der Wissenschaften, München, 1949, Heft 2, blz. 34.
(8) Hoche, Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie, 3. Aufl. Berlin, 1934, blz. 324.
(9) Bumke, Lehrbuch der Psychiatrie, 1944, blz. 144.
(10) De Boor W., Ueber motivisch unklare Delikte, Springer, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1959, blz. 123 e.v.
(11) Carp. E.A.D.E., Patho-psychologische bijdrage tot de kennis van het moordprobleem, De Tijdstroom, Lochem, 1948, blz. 217.
(12) Krafft-Ebing, R. v., Psychopathia sexuallis, 16/17. Aufl. Stuttgart 1924.
(13) Hirschfeld M., Sexualpathologie, Bonn, 1916/21.
(14) Ellis H., The Criminal, 5th ed. London, 1914.
(15) East N. and Hubert W., Report on the Psychological Treatment of Crime, London, 1939.
(16) Kinsey A.C., Pomeroy W.B., Martin C.E. and Gebhard P.H., Sexual Behaviour in the Human Male, Philadelphia, London, 1948. Sexual Behaviour in the Human Female, Philadelphia, London, 1953.
(17) Schelsky H., Soziologie der Sexualität, Rowohlt, Hamburg, 1955.
(18) Ghysbrecht P., Dieptepsychologie, 2e herz. uitgave, Ontwikkeling, Antwerpen, 1962.
(19) Petrilowitsch N., Abnorme Persönlichkeiten, S. Karger, Basel-New York, 1960, blz. 125 e.v.
(20) Ghysbrecht P., Psychologische Problemen van de Kinderbescherming, Lloyd Anversois, Antwerpen, 1958.
(21) Freud S., Drie Abhandlungen zur Sexualtheorie, Ges. Schr. Leipzig, Wien, 1914.
(22) Stekel W., Zur Psychologie und Therapie des Fetischismus, Zentralbl. f. Psychoanalyse Bd. 4, (1913-14).
(23) Jones E., Papers on Psycho-Analysis, London, 1938.
(24) Gebsattel E. v., Ueber Fetischismus, Der Nervenarzt, Bd. II, 8, 1929.
(25) Kunz H., Zur Theorie der Perversion, Monatsschr. f. Psychiatrie, Bd. 105, 1942.
(26) Straus E., Geschehnis und Erlebnis, Berlin, 1930.
(27) Boss M., Sinn und Gehalt der sexuellen Perversion, Hans Huber, Bern, 1947.

KINDERBESCHERMING EN GEVANGENISWEZEN IN DE SKANDINAVISCHE LANDEN

door

Prof. Mr. Nico GUNZBURG

Em. Hoogleraar aan de Universiteit te Gent.

Zopas verscheen het *Nordisk Kriminalistisk Arsbok,* 't is te zeggen het jaarboek dat sedert twintig jaar geregeld de samengebundelde verslagen publiceert van de werkzaamheden der verenigingen van kriminalisten van Denemarken, Finland, Zweden en Noorwegen, — welke te zamen de unie vormen van de Kriminalistenverenigingen van het Noorden. Het zopas verschenen jaarboek bevat de samenvatting van de vergaderingen in het jaar 1960 gehouden te Kopenhagen, Helsingfors, Stockholm en Oslo. De gezamenlijke bijeenkomsten staan onder de leiding van Prof. Stephan Hurwitz, wien sedert verscheidene jaren ook het toezicht werd opgedragen van het werk der wetgevende Kamers van Kopenhagen.

Zoals de vorige jaarboeken, biedt ook dit van het jaar 1960 een zeer belangwekkende stof. Bij elke jaarlijkse samenkomst wordt een enkel onderwerp als thema genomen. Een of twee verslagen worden daarover opgesteld, door vooraanstaande juristen, psychiaters, geneesheren en ambtenaren van het gevangeniswezen, — en aan de debatten wordt deelgenomen door de meest bevoegde professoren en ambtenaren.

Uit de verslagen blijkt dat ook in de Skandinavische landen een gevoelen van onrust en onzekerheid degenen bevangt, die de strafwetten moeten toepassen.

De thema's die op de vier op elkaar volgende bijeenkomsten werden besproken, waren : de kinderbescherming, de vervanging van boeten door subsidiaire gevangenisstraffen, de laster en de penitentiaire herinrichting. Op het voorplan komt echter in het noorden zoals in ons eigen land het vraagstuk van de behandeling der misdrijfplegende en anti-sociale jeugdigen.

Sedert verscheidene jaren bestudeert in Denemarken een commissie van herziening van het Strafwetboek het vraagstuk van de misdadige jeugd. In Denemarken werd, zoals in de meeste landen van Europa in de laatste vijftig jaar, gestreefd naar de onttrekking van de jeugdige delinquenten aan het strafrecht. Van de min dan 18 jaar oude, verschijnen nog geen 5 % voor een overigens bijzondere rechtbank. De maatschappelijke maatregelen voor hun toezicht en hun heropvoeding, en ook de behandeling in de school-gevangenis, hebben echter niet geleid tot een vermindering van door jeugdigen gepleegde misdrijven. De misdadigheid van de adolescenten stijgt voortdurend. Prof. Knud Waaben steunt het voorstel om ook de misdrijfplegers tot 23-jarige leeftijd op het ogenblik van de daad, naar een schoolgevangenis te verwijzen.

De Procureur-generaal Olafsson toonde aan dat er geen reden tot paniek bestaat, niettegenstaande de statistiek een stijging van de jeugdmisdadigheid aanwijst, — doch in de instellingen waar de anti-sociale jeugdigen worden opgenomen, moet meer geschoold personeel aangesteld worden.

Zulks is zonder twijfel ook het geval in België. Wie de rechtspraak van de correctionele rechtbanken en de hoven van Assisen volgt, is in de laatste tijden getroffen door het aantal moorden gepleegd, door kerels die een tijd in de rijksinstellingen van Mol en Ruiselede werden opgeleid. Te Sint-Joris-ten-Distel vermoordt een adolescent een landbouwster om zich het geld aan te schaffen voor een bromfiets, hij werkte in de hoeve, met toestemming van de bestuurder van Ruiselede. Te Kasteelbrakel schiet een 12-jarig meisje haar vader dood, met de goedkeuring van haar moeder, die verpleegster is. Te Kraainem vermoordt een 24-jarige zijn 12-jarige speelmakker. Te Evere wordt een vrouw vermoord door een 26-jarige die verscheidene jaren in een rijksopvoedingsgesticht werd opgeleid.

Toen in 1912 onze wet op de kinderbescherming tot stand kwam en de kinderrechter maatregelen kon bevelen waardoor de jonge deugnieten herschoold zouden

worden, dachten wij het vraagstuk te hebben opgelost. Maar dat kon slechts waar zijn, mits de nodige gestichten ter heropleiding van de anti-sociale jeugdigen eerlijke en deftige burgers konden maken. Papieren wetten helpen niet.

In de jaarlijkse conferentie van de Noorse criminalisten, te Oslo gehouden in november 1960, bleek ook dat het penitentiaire stelsel geen voldoende oplossing bracht, wat de reclassering betreft.

Prof. Nils Kinneröd, hoofd-geneesheer van de modelgevangenis te Ila, en de onderdirecteur M. Björn Dokmo, stelden een constructieve critiek op van de gevangenis. De opsluiting is nog steeds een straf, in de plaats van een gelegenheid tot heropleiding. De duur der straf wordt bepaald volgens het misdrijf en niet volgens de persoonlijkheid die moet behandeld worden. Trouwens er is bijna geen behandeling mogelijk in de grote gevangenissen, waar veel te veel van elkaar verschillende mensen opgesloten worden. Er is geen individualisatie en het personeel heeft zijn handen vol met de tuchtmaatregelen, om de ontvluchtingen te verhinderen.

Ook Prof. Stürup, van Denemarken, en Prof. Torsten Eriksson, directeur-generaal van het Zweedse gevangeniswezen, beaamden dat de rol van de gevangenis, niettegenstaande de vele theoretische aanbevelingen van internationale conferenties, nog altijd beheerst wordt door het begrip van de bestraffing.

De Finse psychiater Dr. Westling beschreef de bijzondere gevangenisziekten en de symptomen van angstneurosen en depressies, die bewijzen dat een belangrijk gedeelte van de misdrijfplegers, welke naar de gevangenis verwezen worden, reeds voordien neurotische stigmaten in zich hadden. En daarom ook is gans ons strafstelsel ondoelmatig.

De gelijkheid van alle mensen, zoals de vrijheid, moge een mooi humanistisch beginsel zijn, bij de behandeling van misdadigers zoals bij die van gewone zieken, moet de individualisatie de gelijkheid primeren.

7. ECONOMISCH EN SOCIAAL RECHT

JURIDISCHE PROBLEMEN IN VERBAND MET DE ONDERNEMING

door

Prof. Mr. R. VANDEPUTTE

Hoogleraar aan de Universiteit te Leuven.

Stendhal schreef dat hij af en toe enkele bepalingen van het Burgerlijk Wetboek placht te lezen, om zijn taal en zijn stijl te verzorgen. Iedereen erkent dat, zowel naar inhoud als naar vorm, het werk van de opstellers van het Burgerlijk Wetboek als een schitterende prestatie mag bestempeld worden, wanneer men rekening houdt met de mogelijkheden in de tijd waarin het Wetboek verscheen, of wanneer men vergelijkt met hetgeen de rechtswetenschap onder het Oud Regime had verwezenlijkt.

De ophemeling van de algehele vrijheid, de absolute begrippen inzake eigendomsrecht, de weinig genuanceerde opvatting betreffende de bindende kracht van het contract, al deze denkbeelden die op het einde van de 18ee eeuw, onder de invloed van de « verlichte filosofen » en van de Franse omwenteling, in ruime kringen ingang hadden gevonden, vereenvoudigden wel enigszins de taak van de juristen die het Burgerlijk Wetboek tot stand brachten.

Het eigendomsrecht was inderdaad onbeperkt. De eigenaar beschikte over het jus utendi, fruendi et abutendi. De opdracht van de opsteller van wetsbepalingen wordt relatief gemakkelijk wanneer hij zijn regeling mag bouwen op een zo radikale, ja nagenoeg simplistische zienswijze betreffende het eigendomsrecht.

Ook de grondslag van het contract was in 1804 eenvoudig, hoekig, weinig toegevend. Niemand was verplicht een contract af te sluiten. Wie zijn toestemming verleende, deed zulks in volkomen vrijheid. Doch wanneer men zich verbonden had, moesten de aangegane verplichtingen onverbiddelijk nageleefd worden. Iedereen kon overigens, langs de contractuele weg, uitsluitend voor zich zelf rechten en plichten doen ontstaan.

Een dergelijk begrip betreffende de overeenkomst is ongetwijfeld een krachtige factor gedurende de 19ee eeuw geweest, om meer economische welvaart te doen ontluiken. Waar ieder voor zijn eigen welzijn werkte en de algehele opbrengst van zijn arbeid plukte, liet zich natuurlijk een duchtige spoorslag gelden om initiatieven te verwekken, derhalve om handel en nijverheid tot meer bloei te brengen.

Doch de rechtvaardigheid, de maatschappelijke zin, een gezonde solidaristische levensbeschouwing inzake samenleving en zelfs de eenvoudige erkenning van de economische en sociale werkelijkheid waren met een dergelijk systeem niet steeds gediend. Waar men alles herleidt tot verhoudingen van individu tot individu, waar elke rijkdom zuiver persoonlijk bezit uitmaakt, waar ieder mens slechts in staat is contracten af te sluiten om zijn eigen belang te betrachten, daar wordt de maatschappij, als concrete realiteit, met haar verschillende geledingen, al te gemakkelijk miskend.

Op juridisch gebied hebben twee mekanismen, in de loop van de laatste jaren aan de erg egoïstische opvatting van het contractenrecht, perken gesteld. Het beding ten voordele van een derde dat door art. 1121 B.W. werd beschouwd als een uitzonderlijke, ja hinderlijke maatregel waarvan de toepassingsmogelijkheid binnen enge grenzen moest worden gehouden door de beoefenaars van het recht, groeide uit tot een familiale instelling bij uitstek : zoals het voldoende bekend is, werd de levensverzekering een belangrijk middel tot het lenigen van de familiale noden, door het uitwerken (zonder nieuwe wetteksten) van een passend statuut voor het beding ten voordele van derden. Wie een levensverzekering afsluit, verwekt rechten niet alleen voor zich zelf maar ook voor zijn familieleden, volgens modaliteiten die, onder juridisch oogpunt, aan het gezin in zekere mate een nieuw uitzicht hebben gegeven.

De rechtstreekse vordering krachtens dewelke, bij toepassing van bijzondere wetsbepalingen, derden uit een contract rechten halen, is eveneens een werktuig dat toelaat aan het verbintenissenrecht een meer solidaristische draagwijdte te bezorgen. Wanneer, door een wet, een rechtstreekse vordering wordt tot stand gebracht, dan verkrijgt een derde ex voluntate legis, een recht dat gebaseerd is niet op zijn eigen contract, maar op het contract dat anderen hebben afgesloten. De mogelijkheid voor het slachtoffer van het automobielongeval om de verzekeraar van de foutieve automobilist rechtstreeks te dagvaarden bij toepassing van de wet van 1 juli 1956, is wellicht de meest markante toepassing van de rechtstreekse vordering.

Hierbij weze onmiddellijk toegegeven dat een dergelijk beroep op de rechtstreekse vordering tot verbetering van de verhoudingen tussen de rechtsonderhorigen als leden van de samenleving, zich nog veel te weinig voordoet en tot hiertoe een eerder uitzonderlijk karakter heeft behouden.

* * *

Deze teleurstellende vaststelling moet met bijzondere spijt geformuleerd worden op het gebied van het ondernemingsrecht.

Wat is een onderneming ? Door de wetgever wordt deze zo levendige werkelijkheid van onze hedendaagse beschaving niet gedefinieerd. Alleen de wet van 20 september 1948 betreffende de ondernemingsraden zinspeelt op het begrip van de onderneming die, volgens artikel 14, een technische exploitatie-eenheid is. Zulks is slechts een oppervlakkige benadering van een instelling die diep ingrijpt, op dit ogenblik, in het leven van de grote meerderheid der bevolking, althans in de ontwikkelde landen. Een onderneming is een groepering van mensen en zaken in één zelfde complex met het doel goederen voort te brengen of diensten te presteren en aldus een zekere winst te verwezenlijken. Deze bepaling heeft slechts een relatieve waarde. Een nauwkeurig omlijnd begrip van de onderneming bezitten wij niet. Er kan slechts gewezen worden op de economische en sociale factoren, die over het algemeen een onderneming kenmerken, al bestaat er een grote verscheidenheid, van het een geval tot het ander, in de modaliteiten volgens de-

welke een onderneming ontstaat, uitbreiding neemt, geleid wordt en eventueel verdwijnt. Indien een wetgeving betreffende de onderneming tot stand kwam, dan zou het voor de opstellers van de wettekst een eerste taak zijn, met juridische nauwgezetheid te begrenzen wat ze wél en wat ze niet onder de toepassing van hun regeling brengen. (Betreffende het begrip van de onderneming, werden overwegingen gepubliceerd in de Revue du Travail 1955, bl. 86. Dit tijdschrift verwijst naar een artikel verschenen in de Revue Internationale du Travail, sept. oct. 1954, bl. 321.)

Waar één ambachtsman met zijn eigen werktuigen als schrijnwerker of schoenmaker voor zijn klanten werkzaam is, bestaat geen onderneming. Zodra een klein bedrijf beroep doet op medewerkers die hun krachten inspannen tot bloei en groei van de zaak van hun patroon, zijn verschillende typische bestanddelen van de onderneming reeds aanwezig. Middelmatige en a fortiori grote ondernemingen zijn in ruimere of geringere mate, ten huidige dage, gekenschetst door de volgende factoren.

De stichting van een onderneming is bijzonder moeilijk. Aan de beginnende onderneming, ontbreekt veel dat slechts geleidelijk kan verkregen worden : ervaring bij de productie, vertrouwen van de kliëntele, kapitaal om aan zelffinanciering te doen. Wie derhalve het initiatief neemt tot het lanceren van een nieuw bedrijf weet, (of moet minstens weten) dat hij op grote hinderpalen zal stuiten. Zo hij slaagt, dan heeft hij werkelijke verdiensten tegenover de gemeenschap. Door zijn kennis, zijn standvastigheid, zijn noeste bedrijvigheid heeft hij bijgedragen tot de economische expansie van het land. Hij heeft risico's genomen, namelijk financiële risico's. Dit alles moet rechtmatig erkend worden. Doch het moet insgelijks erkend worden dat hij niet alles op zijn eentje kon verwezenlijken, dat hij vlijtige en getrouwe medewerkers heeft gevonden, dat zij voor het te vervaardigen product een grote handigheid verkregen, dat uit hun werk, ten bate van het bedrijf, een veel aanzienlijker waarde werd gehaald dan het bedrag van het hun uitbetaalde loon, dat zij met het bedrijf zijn vergroeid en vaak, wegens de vordering van hun loopbaan en hun specialisatie, op de grootste moeilijkheden stuiten om elders een gelijke betrekking te vinden.

Ondernemingen komen en gaan veel minder dan voorheen. Al blijft een flinke leiding onontbeerlijk, toch zijn de huidige leiders veelal niet meer de stichters. zulks geldt zelfs voor familiale bedrijven, des te meer voor kapitalistische bedrijven, waarvan de aandelen sinds tientallen jaren op de beurs genoteerd zijn. Wat al de verworvenheden in dergelijke ondernemingen, waarvan de verdiensten toekomen aan de bedrijfsleiding en de werkgezellen uit vroegere jaren ! Geslachten hebben gewerkt om aan sommige ondernemingen hun huidig uitzicht te geven. Indien er destijds in het bedrijf niet ware gewerkt geworden met technische vaardigheid, met commercieel vernuft, met risico-opneming, met verregaande toewijding, dan zou men de brutowinsten niet gemaakt hebben die toelieten oude werktuigen door veel beter en machtiger materieel te vervangen, dan had men geen reserves kunnen aanleggen om de activiteit uit te breiden en de financiële structuur te versterken. Zo men nu crisisjaren kan doorworstelen, dan ligt het wellicht aan de voorzichtige dividendenpolitiek die vroeger door het bedrijf werd toegepast, Zo is dan vaak de onderneming geleidelijk uitgegroeid tot een integrerend bestanddeel van de welvaart van een gemeente of van een ganse streek. Ellende komt tot uiting indien het bedrijf zich niet aanpast aan nieuwe eisen van de markt en, om de steeds oprijzende moeilijkheden te overwinnen, geen verstandig gebruik weet te maken van zijn onroerend en roerend bezit, maar ook van zijn intellectuele rijkdom, bestaande uit de onderlegdheid van zijn kaderpersoneel en van zijn uitvoeringspersoneel. Waar allen integendeel met moed en kunde, onder een flinke leiding, de passende inspanning aan de dag leggen, daar worden de hinderpalen overschreden en gaat men weer hoopvolle dagen tegemoet.

Voor deze zo uitgebreide en zo afwisselende realiteit waarbij het wezen en streven van zoveel mensen zeer eng betrokken is, heeft ons recht tot hiertoe geen andere techniek gevonden dan die van het contract en van het eigendomsrecht. Het is ontgoochelend zoals Professor Van Ryn doet opmerken in zijn « Principes de Droit Commercial », wanneer hij in het eerste hoofdstuk handelt over de onderneming in het positief recht : « En droit positif, la notion de l'entreprise n'est pas clairement dégagée. L'institution existe dans les faits, mais la loi ne l'a pas encore reconnue. Elle vit sous un régime de fortune. Son statut, d'ailleurs fort incomplet, est fait de pièces et de morceaux empruntés à l'armature juridique d'institutions différentes (les sociétés commerciales, principalement) qui sont aujourd'hui, pour reprendre l'expression imagée, employée en une autre occasion par M. le prof. Savatier, en voie d'éclatement ».

De betrekkingen tussen de onderneming en haar personeel blijven geregeld door arbeids- en dienstcontracten. Weliswaar heeft het sociaal recht aan deze contracten in vele opzichten een dwingende inhoud gegeven. De collectieve arbeidsovereenkomsten hebben zelfs de gemeenschap van de werknemenden tegenover het bedrijf, of beter tegenover de bedrijven van eenzelfde bedrijfstak geplaatst. Doch die werknemers en de ondernemingen staan nog steeds tegenover elkaar als partijen die tegenstrijdige belangen behartigen, al is de werkelijkheid zeer verschillend, of al zou de werkelijkheid minstens zeer verschillend moeten zijn.

Anderzijds blijft de onderneming handelen als een eigenaar die met al zijn goederen kan aanvangen wat hij wil, zelfs wanneer de beschikkingsdaden die hij stelt, zijn patrimonium ten onder brengen. Hoe zeer dit onbegrensd eigendomsrecht misplaatst is en zelfs niet meer beantwoordt aan zekere werkelijkheid komt het best tot uiting in de grootste bedrijven, die de vorm van een naamloze vennootschap, met op de beurs genoteerde aandelen hebben. De aandeelhouders, die volgens de nog steeds geldende juridische structuur de eigenaars zijn, bevinden zich meer en meer in de onmogelijkheid hun eigendomsrecht te laten gelden en zijn hierbij vervangen door de bedrijfsleiding die op de algemene vergaderingen over een deel van het kapitaal beschikt en als een feitelijke trustee (niet een aangestelde trustee) van de onderneming doorgaat.

* * *

Het is bijzonder typisch tot de bevinding te komen dat de huidige juridische structuur van de onderneming praktisch door iedereen wordt aangevallen en ontmanteld.

Dat nieuwe denkbeelden tot stand kwamen en hun juridische erkenning moeten bekomen, vindt men

duidelijk geformuleerd onder de pen van Professor de Bersaques, raadsheer in het Hof van Cassatie, die in 1959, onder de vorm van aanmerkingen bij een vonnis, een belangrijke studie in de Revue Critique de Jurisprudence Belge liet verschijnen, met als titel : « Le droit du chef d'entreprise de mettre fin à celle-ci est-il susceptible d'abus ». In zijn besluit schrijft hij onder meer : « Nous croyons que les droits que la propriété et le louage de services confèrent au chef d'entreprise, sont susceptibles d'abus. Ceux-ci peuvent notamment résulter de la méconnaissance du devoir de solidarité envers les salariés que la morale sociale impose aux dirigeants de la « communauté de travail » que forme l'entreprise. » Professor de Bersaques vraagt dan ook de tussenkomst van de wetgever om aan de onderneming een statuut te verschaffen dat het begrip van de arbeidsgemeenschap in juridische werkelijkheid omzet.

De houding van het Franse Hof van Cassatie is dezelfde. In een bekend arrest van 1953, verklaarde het Hof dat de leiding van een onderneming wederrechtelijk had gehandeld waar ze een bediende door een ander had vervangen, met de enige bedoeling aan een aandeelhouder genoegen te doen. Hiermede werd duidelijk bevestigd dat de betrekking tussen de werkgever en de werknemer niet uitsluitend gebaseerd is op een wederkerig dienstcontract (Fr. Cass. 16 juli 1953, Droit Social 1954, bl. 35).

Scherpe kritiek tegen het gemis aan behoorlijk statuut voor de onderneming wordt bij vele vooraanstaande auteurs aangetroffen. Wij citeerden reeds de zienswijze van Professor van Ryn. Hij stelt vast dat de wetgever de onderneming nog niet erkende en voegt hieraan toe : « La matière devrait assurément être repensée. On est forcé de constater que le droit positif est devenu inadéquat. » (Principes de Droit Commercial, nr. 40). In Frankrijk is wellicht Professor Savatier van de universiteit te Poitiers, de auteur die, na Ripert, de ruimste belangstelling vertoonde voor de evolutie van het begrip van de onderneming. In zijn Métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui, waarvan een derde deel in 1959 is verschenen, komt hij herhaaldelijk terug op de structurele verandering die zich in de onderneming voltrekt : « Dans l'entreprise, la place du contrat individuel se rétracte continuellement. Il est progressivement absorbé par l'institution et soumis aux nécessités de celle-ci. » (Savatier II, n° 99.)

Vele auteurs, zowel in België als in andere landen, aanvaarden die zelfde stelling : voor de onderneming zijn de traditionele begrippen van het burgerlijk recht voorbijgestreefd.

Het weerhoudt bijzonder de aandacht, vast te stellen dat zelfs de vertegenwoordigers van de werkgeversorganisaties bereid zijn het bedrijf als een arbeidsgemeenschap te beschouwen. Verschillende uitlatingen van wijlen de Heer Bekaert en van zijn opvolger als Voorzitter van het Verbond der Belgische Nijverheid, de Heer Roger De Staercke, gingen niet onopgemerkt voorbij.

De protokollen die zij met de afgevaardigden van de arbeidersverenigingen hebben ondertekend, zijn een duidelijk bewijs van hun wil om aan de verhouding tussen de werkgever en de werknemer een ander uitzicht te geven dan in het verleden. Wellicht zijn zij nog niet door het ganse patronaat gevolgd. Wanneer concrete besluiten zullen gehaald worden uit de beschouwing dat een onderneming als een instelling moet aangezien worden, kan er verzet vanwege sommige werkgeversmiddens worden verwacht. Toch is het niet twijfelachtig dat ook bij het patronaat een evolutie ten bate van een nieuw begrip van de onderneming zich aftekent.

Daarvan vindt men een nieuw bewijs in de bijdrage die onder de titel « Les voies d'une réforme de l'entreprise » vóór een paar maanden verscheen in het Frans tijdschrift « Profession » dat uitgaat van het werkgeversmilieu (nummer van januari-februari 1962). Concrete hervormingsvoorstellen worden geformuleerd in de richting van het medebeheer. Ze worden voorafgegaan door deze beschouwing : « Une réforme juridique de l'entreprise apparaît à vrai dire nécessaire et inévitable au cours des prochaines années. Elle ne doit pas être manquée. »

Pogingen werden door de wetgever reeds gedaan om de stof te benaderen. Op dit gebied moet de wet van 20 september 1948 betreffende de ondernemingsraden, vermoedelijk als de belangrijkste verwezenlijking geciteerd worden. Doch er zijn andere realisaties, zo b.v. de wet van 27 juni 1960, die in geval van sluiting van een bedrijf, bijzondere vergoedingen toestaat aan de werknemers die sinds vijf jaar in het bedrijf werkzaam zijn en die aan de bedrijven de verplichting oplegt door bijdragen een bijzonder Fonds te spijzen, dat deze vergoedingen zal uitbetalen wanneer het sluitend bedrijf er niet toe in staat is.

* * *

Aan het nieuw begrip van het bedrijf als instelling, werd nochtans door deze wetgeving geen gestalte gegeven. Met bitterheid wordt herhaaldelijk het feit aangeklaagd dat de juristen aan de zo diepgaande verandering van levensbeschouwing in het bedrijfsmilieu, geen duidelijke rechtsinhoud wisten te verschaffen. « Le mot institution est un mot commode, parce qu'il est vague », schrijft Savatier (op. cit. II, 95) en hij vraagt dat een inspanning zou worden gedaan om de leidraden te bepalen volgens dewelke het ondernemingsrecht zal worden opgetrokken. Gemakkelijk is deze opdracht natuurlijk niet, omdat de stof zeer nieuw is, omdat de vastlegging van stabiele rechtsbanden tussen verschillende, ja zelfs talrijke personen, heel wat anders betekent dan de uitstippeling van de bilaterale rechten en plichten van contractuele partners, omdat uiteindelijk en vooral het opbouwen van het ondernemingsrecht moet gepaard gaan met passende realiteitszin en dient rekening te houden met de vereisten van de economische activiteit en meer bepaaldelijk met de elementaire noodzakelijkheid de bloei en de vooruitgang van de bedrijven niet te schaden maar integendeel te bevorderen.

Zoals het bekend is, heeft de Minister van Justitie in de loop van de laatste jaren herhaaldelijk aan een officiële commissie de zorg toevertrouwd het statuut van de naamloze vennootschap te herzien. Deze stof is natuurlijk nauw verbonden met de nieuwe opvattingen inzake arbeidsmidden. Tot hiertoe heeft dit initiatief van de Minister tot geen uitslag geleid.

* * *

In Nederland is de toestand ongeveer dezelfde. Bij beschikking van 8 april 1960, werd door de Minister van Justitie, de z.g. commissie Verdam aangesteld, met

als opdracht na te gaan « of de rechtsvorm van de onderneming herziening behoeft en daarbij in het bijzonder aandacht te besteden aan het bestuur en toezicht bij de grote onderneming. » De besluiten van dit onderzoek zijn nog niet bekend.

* * *

Waarschijnlijk zou het nieuw ondernemingsrecht althans voorlopig geen juridische regeling kunnen verschaffen, noch voor alle ondernemingen noch voor alle toestanden die verband houden met het begrip « arbeidsgemeenschap ». Een van de voornaamste taken zou er wellicht in bestaan, minstens voor zekere bedrijven waarvan de eigen financiële middelen een te bepalen minimum bereiken, de juiste positie van de leiding te omschrijven. Wij verwijzen naar hetgeen reeds werd betoogd betreffende de noodzakelijkheid hierbij het begrip van het eigendomsrecht in zekere mate in te dijken. Gezag is in een bedrijf allernoodzakelijkst. Wanneer het slecht wordt uitgeoefend, blijven de gevolgen niet uit : er bestaat groot gevaar dat de onderneming kwijnt of zelfs verdwijnt wanneer aan de leiding de passende hoedanigheden ontbreken : initiatief, moed, volharding, doorzicht.

De ondernemingen hebben meestal, indien ze een belangrijke activiteit ontwikkelen, de vorm van een vennootschap aangenomen. In de vennootschap verschijnt de leiding, welke dezer juridische benaming ook weze, als de mandataris van het kapitaal. Moet deze opvatting geen wijziging ondergaan ? Sedert het begin van deze eeuw wordt, op het juridisch vlak, voor het plegen van rechtshandelingen door zedelijke rechtswezens, herhaaldelijk beroep gedaan op de theorie van het orgaan. Zo treden voor de Staat zijn organen op. De theorie wordt hoofdzakelijk gebruikt om het probleem van de aansprakelijkheden ten laste van de zedelijke rechtswezens te regelen. De vraag mag echter gesteld worden of deze rechtsfiguur niet verder — en misschien geleidelijk — moet uitgebreid worden en of ze namelijk haar toepassing niet moet vinden op de leiding van de bedrijven. Is het roekeloos de mening uit te drukken dat een rechtssysteem moet worden uitgewerkt krachtens hetwelk de leiding, als orgaan van het bedrijf, moet kunnen worden uitgeschakeld wanneer de ontoereikendheid van haar beheer al te duidelijk blijkt ? Doch anderzijds moet een leiding die haar voorname taak behoorlijk kan en wil vervullen, over het nodige gezag en passende toekomstmogelijkheden beschikken. Het begrip van het Romeinse Recht volgens hetwelk de mandataris « ad nutum » kan worden afgedankt en dat nog steeds voor ons vennootschapsrecht in voege is, dient wellicht zekere temperingen te ondergaan. De bezwaren liggen voor de hand : wie zal de gebreken van de leiding kunnen beoordelen ? Wie mag de leiding aanklagen ? Hoe wordt ze desnoods vervangen en hoe weet ze zich in andere gevallen te handhaven ? Het volstaat echter niet toe te geven dat de oplossing van deze problemen moeilijk is, om er zich van af te maken. De waarheid blijft : de ondernemingen hebben behoefte aan degelijke en gezagvolle bestuursorganen. Zo ze daarvan gespeend blijven, zijn armoede en ellende in het verschiet voor het personeel en wellicht zelfs voor de streek.

In de huidige opvatting van de onderneming, stellen de eigenaars van het bedrijf de kaders samen, zoals het hun belieft. Ze regelen de bevorderingskwesties naar goeddunken. Verdienstelijke elementen kunnen aldus de ergste onrechtvaardigheden ondergaan. Om aan een dergelijke behandeling te ontkomen kan misschien beroep gedaan worden op de theorie van het rechtsmisbruik. Men weet dat het voor de slachtoffers van willekeurige benoemingen niet gemakkelijk is op basis van deze juridische argumentatie vanwege de rechtbanken rechtsherstel te bekomen. In sommige gevallen kan de benadeelde ook de hulp van de personeelsafgevaardigden inroepen om drukking uit te oefenen op de eigenaars van het bedrijf. Moet op het hier aangesneden gebied geen juridische regeling worden ontsponnen ? Iedereen is ervan bewust dat het gezag van de leiding niet mag worden ondermijnd en dat ze over een ruime keus en over een verregaand beslissingsrecht moet kunnen beschikken, wanneer ze de plaats aanwijst die ieder medewerker in het bedrijf zal bekleden.

Ergerlijke misbruiken zijn nochtans mogelijk en bestaan. Heeft de jurist geen baanbrekend werk te verrichten met een oplossing voor dergelijke toestanden voor te stellen ? Zijn suggesties zullen een soliede basis vinden in de alom verspreide overtuiging, waarop wij wezen, dat de onderneming een arbeidsgemeenschap is waarin ieder lid zijn plicht te vervullen heeft maar ook zijn rechtmatige aanspraken, volgens zijn verdiensten, mag laten gelden. Voor de oplossing van de problemen inzake kaderpersoneel en bevorderingen is de gedachtengang van het dienstcontract geen voldoende verklaring meer.

* * *

Op andere gebieden nog, namelijk voor de uitstippeling van de rechten en plichten van de aandeelhouders, kunnen aan de structuur van ons vennootschapsrecht, zoals het ons door de 19e eeuw werd overgeleverd, belangrijke veranderingen worden overwogen. Wij wezen er op dat deze structuur gebouwd is op de onbeperkte erkenning van het eigendomsrecht en op de techniek van de contractuele verbintenissen. Deze middelen hebben niet uitgediend, maar moeten aangepast en gemilderd worden. Ze zijn geweest en blijven nog bijzonder vruchtbare, ja onmisbare factoren van ons rechtsleven. Zo ze ergens al te zeer worden misprezen en verwijderd, zoals wellicht in sommige juridische constructies van het Sovjet-recht, bewandelt men in hun richting de weg terug omdat ze onmetelijke verdiensten hebben en overigens beantwoorden aan fundamentele vereisten van een zakelijke inrichting van de gemeenschap.

Daarom hoeven wij echter nog niet de ogen te sluiten voor nieuwe problemen die oprijzen en ons te vermeien in het comfortabel behoud van 19e eeuwse normen. Wanneer iedereen erkent dat de onderneming een levende werkelijkheid is die op het juridisch vlak niet voldoende tot haar recht komt, dan heeft de jurist, meer bepaaldelijk de wetgever, werk te verrichten.

Indien in deze bijdrage even een vooruitstrevende blik op ons zakenleven werd geworpen — meer niet — dan is deze handelwijze eenvoudig ingegeven door de bedoeling de aandacht te vestigen op het feit dat onze beschaving met snelle schreden vordert in de richting van nieuwe opvattingen en denkbeelden. Sommigen hebben de indruk dat de jurist hierbij geen plaats meer heeft. Deze beoordeling is onjuist. Rechtszekerheid en juridische nauwkeurigheid verschaffen aan de ontluikende instellingen, blijft de voorname taak van de rechtsgeleerde. Het past dat hij ze vervulle !

ECONOMISCHE REGLEMENTERING IN BELGIE IN HET PERSPECTIEF VAN DE EUROPESE ECONOMISCHE GEMEENSCHAP

door

Prof. Dr. Gaston CRAEN

Hoogleraar aan de Rijkshandelshogeschool te Antwerpen.

Secretaris-generaal van het Ministerie van Economische Zaken en Energie.

Nu problemen als de regionale economie, de gemeenschappelijke markt, de economische expansie, enzomeer, een dagelijks gespreksthema vormen voor dagblad, T.V., radio, en zelfs de « man in the street » de samenhang van de economische problematiek, de economische reglementering en de sociale vooruitgang begint aan te voelen, is het misschien overmoedig aan professionele juristen te spreken over het belang van het economisch recht.

Dit onderwerp schijnt me echter zeer actueel, vooreerst omdat er een geleidelijke evolutie in het rechts- en politiek denken plaatsvindt en men stilaan van het in de grondwet van 1830 gehuldigde beginsel van burgerlijke gelijkheid streeft naar een soort economische gelijkheid « gelijke kansen voor iedereen », gelijkheid die wellicht nog niet bij een toekomstige grondwetswijziging zal geconstitueerd worden, maar die toch in de practijk, een voortdurende uitbouw van het reeds volumineuze sociale- en economische wettenarsenaal medebrengt ; vervolgens omdat de tendenz naar internationalisering, vooral van het economisch recht, mede door de toepassing van de belangrijke internationale economische verdragen, niet meer te stuiten is, en last but not least, omdat ik uit persoonlijke ondervinding weet dat de kennis van de economische reglementering, vooral in zijn internationale uitlopers, niet de sterkste zijde vormt van onze juristen (cfr. ook wat dit punt betreft, de bevinding van de Hr. L. Cappuyns, Substituut-Procureur-Generaal bij het Hof van Beroep te Luik in zijn studie over de economische misdrijven : « Een ander gevolg van het conventioneel karakter der economische levensregels is de noodzakelijkheid, in het licht gesteld in de slotresolutie van het VI Internationaal Congres voor strafrecht te Rome 1953, er een goede publiciteit aan te geven. Een goede en geregelde voorlichting der betrokkenen is hier de noodzakelijke voorwaarde voor de aanvaardbaarheid van het postulaat « nemo censetur ignorare legem »).

Een van de jongste rechtstakken — voor zover het opgaat van rechtstak te gewagen — is het economisch recht. We zijn wel ver verwijderd van de periode van het ontstaan van het recht als wetenschap, toen de Oost-Romeinse Keizer Justinianus, zijn corpus juris civilis, liet uitwerken en deze wetenschap zich beperkte tot privaat- en publiek recht in de enge zin van het woord. Het belangrijkste deel van dit werk, de digesta (in het Grieks Pandektai, t.t.z. het alles omvattende) bevatte weliswaar meer dan 9.000 artikelen van ± 39 juristen over allerlei rechtsproblemen : doch, wat nogal vanzelfsprekend is, geen enkel dezer handelde over economische rechtsproblemen. Tot in de late middeleeuwen vormde dit basiswerk, samen met het kerkelijke corpus juris canonici, een der peilers van het recht en een onuitputtelijke bron van rechtsstudie en rechtscompilatie.

Baldo degli Ubaldi in Bologna (± 1.400 n.C.) was een der eerste juristen die de nieuwe rechtsgebieden die het gevolg van de economische ontwikkeling waren, bestudeerde en bewerkte, zoals het recht inzake de waardepapieren, inzake de gilden en het internationaal privaatrecht.

In het tijdvak van het Mercantilisme hadden de interventies van de overheid veel meer een politiek dan een economisch doel.

In de 19e eeuw wezen de politieke- en maatschappelijke theorieën van die tijd in beginsel de overheidstussenkomst op economisch gebied af, wat natuurlijk niet wil zeggen dat de getroffen wetgevende maatregelen geen weerslag hadden op economisch gebied, doch de bedoeling om de economie te richten en te leiden was afwezig.

Het is vanaf de 1ste wereldoorlog dat de openbare opinie de tussenkomst van de overheid op economisch gebied als noodzakelijk erkent.

Zoals Prof. Fr. De Visschere het in zijn werk « Het stelsel der Economische Reglementering » zeer goed formuleert dient onder eigenlijke economische reglementering verstaan te worden deze reglementering die haar bestaansreden — haar «ratio legis» — vindt in de wil van de wetgever om het economisch proces een bepaalde richting te geven.

Het verschilt aldus van het klassieke industrieel- en commercieel recht — van oudere datum — dat louter ordescheppend is.

Het ligt echter niet in mijn bedoeling in dit kort bestek een uitvoerige uiteenzetting te houden over het wezen, het ontstaan en de groei van de economische wetgeving maar veeleer te wijzen op het steeds groeiende en meeromvattende terrein van de economische regeling, vooral op internationaal gebied, dat voor velen nog schijnt te liggen in de peripherie van het klassieke burgerlijk-, handels- en strafrecht.

De interventie van de overheid op economisch gebied dateert vooral vanaf de jaren 1930, toen er zich, onder invloed van de crisis een nieuwe tendenz aftekende naar een directer ingrijpen in het economisch proces, hetgeen met de economische reglementering in de engere zin samenvalt.

Een van de oudste tussenkomsten op reglementair gebied in ons land, ter bevordering van een economische activiteit, gebeurde in 1851. Op aanvraag van de toenmalige Kamer van Koophandel van Luik werden maatregelen voorzien om door het bevorderen van de kredietmogelijkheden de verkoop van stoompompen aan nijveraars aan te moedigen en aldus steun te verlenen aan de fabrikanten van dergelijke toestellen.

De staatssteun van deze nieuwe opkomende nijverheid gebeurde op een eigenaardige wijze : er was geen sprake van rechtstreekse staatssteun door het verlenen van goedkope kredieten bvb. of door het waarborgen der betalingen van de aankopers; zo « revolutionair » trad men niet op : er werd enkel een voorrecht voorzien voor de verkopers van dergelijke producten tot zekerheid van de verkoopprijs. De verkopers die op dit voorrecht konden rekenen en aldus een grotere zekerheid hadden dan voorheen dat de prijs zou voldaan worden,

waren vlugger geneigd bij deze handelsverrichtingen krediet te verlenen.

Sindsdien is de economische reglementering enorm gegroeid zodat er zelfs economische wetboeken uitgegeven worden die reeds zeer lijvig aandoen (Baudhuin : Code économique et financier — Introductions économiques et textes annotés. Griffon : Economicodex).

Ik wens hier enkele economische teksten, die wegens hun belang als mijlpalen in de economische regeling van ons land mogen aangestipt worden, nominatief te vermelden :

— de wet van 30 juni 1931 die aan de basis ligt van het stelsel van in- en uitvoervergunningen ;

— de reglementering van productie, distributie en consumptie door het besluit van 13 januari 1935 waardoor een wettelijke samenwerking ontstaat op economisch gebied tussen de regering en de meerderheid der bij een bepaalde economische sector betrokken ondernemingshoofden ;

— de besluitwet van 22 januari 1954 die nog altijd als basis dient voor de prijzenbesluiten ;

— de wetten die de statistische onderzoekingsmacht van de Staat regelen ;

— de wetgeving betreffende de bedrijfsorganisatie ;

— de economische expansiewetten die tot doel hebben de steun te verlenen van de Staat bij de oprichting en expansie van de ondernemingen en die een zeer grote rol spelen bij de economische streekpolitiek van de regering;

— de wetgeving op de verkoop op afbetaling — zeer belangrijk omdat zij regelend optreedt inzake de schriftelijke contracten die samen met de verzekeringscontracten, buiten het notariskantoor, het meest aangegaan worden door de gewone volksmensen ;

— de verdragen waarbij verschillende Europese gemeenschappen worden opgericht (Benelux Verdrag — Verdrag van Parijs — Verdrag van Rome — Verdrag Euratom).

De handelaar en nijveraar worden in hun beroepsactiviteit dagelijks geconfronteerd met economische regelingen ; of hij nu zijn bedrijf wil uitbreiden en beroep wil doen op goedkope leningen, of hij zich wil volmaken in zijn beroep, of hij een leurhandel wil beginnen, wil in- of uitvoeren, of hij het inzicht koestert met premiën of op afbetaling te verkopen, bij de aankondiging van zijn prijzen, bij het eerbiedigen van een eerlijke mededinging, immer dient hij rekening te houden met de economische regelingen.

Alhoewel het publiek nog niet tot het volle besef gekomen is dat ook economische reglementen binnen het beroepsdomein vallen van de advocatuur, zijn er voor ernstige juristen, belangrijke resultaten te behalen bij geschillen in de economische sector, zelfs zo de overheid tegenpartij is. Volgende frappante voorbeelden uit de practijk bewijzen zulks :

— Bij K.B. van 30 december 1961 werd een beslissing goedgekeurd van de Nationale Raad voor de Steenkolenmijnen waarbij o.m. de sluiting van de S.A. des Charbonnages de Gosson-Kessales te Tilleur tegen 30 juni 1961 bevolen werd. Dit besluit was getroffen in uitvoering van de wet van 13 augustus 1947 tot oprichting van de Nationale Raad voor de Steenkolenmijnen waarbij aan genoemde Raad de macht verleend werd de sluiting op te leggen van bedrijfszetels die niet meer aan de noodzakelijke voorwaarden op het gebied van de veiligheid of van de productiviteit voldoen.

De maatschappij heeft zich echter niet bij deze beslissing neergelegd en heeft haar advocaten opdracht gegeven deze kwestie aan een nauwkeurig juridisch onderzoek te onderwerpen en eventueel verhaal bij de Raad van State in te dienen. Dit gebeurde en een arrest van de Raad van State (arrest nr. 8711 van 30 juni 1961 - 3e Kamer) vernietigde het K.B. wegens machtsmisbruik daar in de motivering van het K.B. als reden van de sluiting weliswaar aangehaald werd dat de bedrijfszetel niet meer voldeed aan de noodzakelijke productiviteitsvoorwaarden doch dat deze beslissing niet berustte op een vergelijking van de productiviteit van verzoeker met deze van andere mijnen waarvan de sluiting eveneens had kunnen overwogen worden.

— Bij M.B. van 1 augustus 1957 werd de filmverhuring geregeld en werd o.m. een maximumprijs vastgesteld voor de huurprijs van de filmen.

Alhoewel de Afdeling Wetgeving van de Raad van State het ontwerp gunstig geadviseerd had besloot de Administratieve Kamer van de Raad van State nadien, op verzoek van de filmverhuringsmaatschappijen, tot de onwettelijkheid van het besluit daar er auteursrechten onder maximumprijs gesteld werden wat niet voorzien was bij de besluitwet van 22 januari 1945. (cfr. arrest 7064, 10 mei 1959, 3e Kamer).

— Op grond van het K.B. nr. 62 van 16 november 1939 zijn de vreemdelingen in ons land verplicht een beroepskaart aan te vragen zo ze een winstgevende bedrijvigheid uitoefenen.

Deze kaarten worden afgeleverd door het huidige Ministerie van Middenstand, eventueel na advies van de Raad voor Economisch onderzoek inzake vreemdelingen. Aan een Nederlander, die bij koninklijke machtiging toelating had verkregen om zijn woonplaats in België te vestigen, werd een beroepskaart geweigerd. Deze persoon consulteerde een advocaat die tot de bevinding kwam dat deze vreemdeling op grond van artikel 13 van het B.W.B. het recht had een beroepsactiviteit uit te oefenen zonder beroepskaart. Art. 13 stipuleert inderdaad dat de vreemdeling aan wie door de machtiging van de Koning, toelating verleend is om zijn woonplaats in België te vestigen, er het genot heeft van al de burgerlijke rechten, zolang hij er verblijf houdt. De Raad van State — Administratieve Kamer — trad in een arrest van 14 maart 1956, nr. 4967, deze zienswijze bij.

— Een andere economische sector, die van zeer groot belang is en waar tal van juridische geschillen oprijzen is de verkoop en de lening op afbetaling.

Het is onnodig te wijzen op het groot economisch belang van deze verkoopmethode in de moderne economie en op de geweldige omvang van het aantal verkoopcontracten (meer dan 1 miljoen per jaar), maar ik wens wel de aandacht te vestigen op een voor juristen belangrijk punt in deze wetgeving.

Art. 5 dezer wet van 9 juli 1957 zegt dat in afwijking van art. 1583 van het B.W.B. een verkoop op afbetaling niet voltrokken is zolang er geen voorschot betaald is van tenminste 15 % van de contante koopprijs.

Dit artikel beschermt het publiek op afdoende wijze tegen de opdringerigheid van bepaalde handelsreizigers die blijven aandringen tot de eventuele koper een contract tekent. Vermits de koper meestal geen voorschot zal geven aan de handelsreiziger kan hij zich, na diens vertrek, nog eens goed bedenken over de wenselijkheid van de aankoop, zelfs zo hij reeds een schriftelijk contract getekend heeft, en zal een jurist die op de hoogte is van de economische wetgeving onmiddellijk inzien — zo hij in zulke zaak geraadpleegd wordt — dat de verkoper het recht niet heeft de betaling van het voorschot te eisen en de verkoop te doen doorgaan want er bestaat geen enkele rechtsgrond waarop hij zich zou kunnen steunen.

Al deze voorbeelden uit de practijk gegrepen bewij-

zen afdoende dat een jurist die de belangen van zijn cliëntele wil behartigen, zeer goed op de hoogte dient te zijn van de finesses en knelpunten van de economische wetgeving.

Dat er knelpunten zijn in de economische wetgeving, soms meer dan in een andere wetgeving, wie zal er zich over verwonderen, wanneer hij een der hoofdkenmerken van de economische wetgeving, haar mobiliteit, voor ogen houdt. De economische wetgeving dient zich immer, zelfs ten koste van een eventuele technische onvolmaaktheid, op zeer snelle wijze aan te passen aan het dynamisch economisch gebeuren.

* * *

De economische reglementering is van groot belang alleen reeds op het nationaal vlak beschouwd. Maar thans is een Gemeenschappelijke Europese Markt in opbouw die zal leiden naar een Europese Economische Gemeenschap. Niet alleen de economisten maar ook de juristen zullen er wel aan doen aan deze internationale economische wetgeving en haar toekomstige « toepassingsbesluiten » hun volle aandacht te wijden.

Het verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, ondertekend te Rome op 25 maart 1957 en op 1 januari 1958 in voege getreden, omvat 248 artikelen alsmede in bijlage een reeks protocollen en overeenkomsten, en werpt een reeks vraagstukken op die zich niet alleen zullen stellen op overheidsvlak doch ook op privaatrechtelijk gebied.

Reeds thans maakt de bekende internationale jurist Prof. Rolin zich ongerust over het feit dat sommige reglementen, uitgevaardigd in uitvoering van het verdrag, enkel in het « Officieel Journaal van de Gemeenschap » gepubliceerd worden, alhoewel zij « van belang zijn voor tienduizenden, t.t.z. de meeste handels- en nijverheidsbedrijven van het land » en in een parlementaire vraag (vr. nr. 19 van 15 februari 1962) verzoekt hij dergelijke stukken in het Belgisch Staatsblad te publiceren daar het vermoeden « iedereen wordt geacht de wet te kennen » in het geval van dergelijke beslissingen bijna roekeloos lijkt.

Het zou werkelijk het kader van dit artikel te buiten gaan al de juridische problemen te onderzoeken die zich op het overheidsvlak zullen stellen. Doch ik wens een tweetal zeer belangrijke kwesties even te benaderen daar deze ook op privaatrechtelijk domein een weerslag hebben.

— Het probleem van de uitvoerbaarheid der rechtshandelingen van de organen van de Europese gemeenschappen.

Een executoire rechtshandeling is — wanneer we mutatis mutandis de definitie parafraseren die Prof. A. Mast geeft over de executoire beslissing — « de rechtshandeling welke, uitgaande van een bevoegd administratief orgaan, rechtsgevolgen sorteert en uitgevoerd kan worden zonder tussenkomst van de rechterlijke overheid ».

Er dient gezocht te worden op welke juridische wijze bepaalde rechtshandelingen van de drie gemeenschappen, die naar luid van de tekst van het onderscheiden verdragen blijken een executoire titel te vormen, in ons land kunnen uitgevoerd worden. Uitoefening van openbare dwang is bij uitstek een prerogatief van de nationale souvereiniteit en afwijkingen van dit beginsel mogen dus niet worden vermoed maar moeten uit een uitdrukkelijke tekst voortvloeien.

Aldus zullen volgende rechtshandelingen wat de E.E.G. betreft, in ons land dienen uitgevoerd te worden :

a) de arresten van het Hof van Justitie (art. 187) ;

b) de beschikkingen van de Raad of van de Commissie welke voor natuurlijke- of rechtspersonen met uitzondering van de Staten, een geldelijke verplichting inhouden (art. 192).

— Een ander zeer belangrijk juridisch probleem is de wijze waarop de verordeningen, richtlijnen, beschikkingen en aanbevelingen of adviezen van de Raad en de Commissie, twee instellingen van de E.E.G., in België zullen ten uitvoer gelegd worden.

Art. 189 van het E.E.G.-verdrag stipuleert dat voor de vervulling van hun taak de Raad en de Commissie verordeningen en richtlijnen vaststellen, beschikkingen geven en aanbevelingen of adviezen uitbrengen onder de in dit verdrag vervatte voorwaarden.

In tegenstelling met de traditionele regels terzake waarbij aan de verdragsluitende partijen zelf de zorg wordt overgelaten het verdrag uit te voeren, heeft het verdrag van Rome aan de organen van de gemeenschap een reglementaire beslissingsmacht gegeven inzake de toepassing en uitvoering van het verdrag.

Bovengenoemd art. 189 voorziet aldus dat een verordening een algemene strekking heeft en verbindend is in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk is in elke lid-staat.

De juridische geldigheid van een dwingende regel impliceert echter nog niet zijn practische toepassing in een bepaald land.

Juridisch gezien, daarover bestaat geen betwisting, zijn het Euroverdrag en de uitvoeringsbesluiten, op grond van de Ratificatiewet, bindend voor België en kunnen de toepassingsmaatregelen in beginsel bij K.B. of M.B. getroffen worden.

Doch de moeilijkheden rijzen eerst op wanneer men aanvaardt, hetgeen eveneens onbetwistbaar is, dat het verdrag de bevoegdheden van de belgische nationale machten niet veranderd heeft, daar deze bij de grondwet geregeld zijn.

Het zal derhalve niet altijd mogelijk zijn, zoals de practijk reeds uitgewezen heeft, de uitvoerende macht te gelasten met de uitvoering van bepaalde verordeningen, daar het treffen van zulke uitvoeringsmaatregelen « constitutioneel gezien » niet altijd in de bevoegdheid van de Belgische uitvoerende macht ligt.

De wetgever zal derhalve voor het uitvoeren van bepaalde beslissingen dienen tussen te komen of anticipatief een soort algemene delegatiewet ten gunste van de uitvoerende macht moeten goedkeuren.

Een niet te onderschatten publiekrechtelijke economisch-juridische activiteit in het kader van het E.E.G.-verdrag vormen de studies tot onderlinge aanpassing van de nationale wetgevingen.

Diverse werkgroepen bestuderen o.m. — en ik citeer enkel sommige studies in de economische sector — de aanpassingen inzake in- en uitvoerregeling, de aanpassingen op het terrein van de overheidsaanbestedingen, van de industriële eigendom (invoering van een Europees Octrooibureau), van een overeenkomst inzake het faillissement (beginsel van de universaliteit van het faillissement, wat medebrengt dat wanneer een gefailleerde zijn hoofdvestiging in een lid-staat van de E.E.G. heeft, het faillissement alleen in dit land kan uitgesproken worden).

Ook zuiver privaatrechtelijke geschillen kunnen thans reeds ontstaan ingevolge de toepassing van de beschikkingen van het E.E.G.-verdrag. De goed onderlegde advocaat kan hier grote diensten bewijzen.

Een zeer belangrijk geschil is aldus in Nederland gerezen en ik haal het hier in het kort aan omdat het evengoed in België had kunnen ontstaan.

De vennootschap, naar Duits recht, Robert Bosch, koelkastenfabrikant, last in alle verkoopcontracten

gesloten met zijn nationale kopers een clausule in volgens dewelke « de Boschproducten niet mogen geëxporteerd worden behoudens toelating van Bosch ». Deze clausule heeft o.m. tot doel het recht tot alleenverkoop in de vreemde te beschermen. In Nederland geniet de vennootschap Van Rijn dit alleenverkooprecht. Een andere Nederlandse firma die bij Duitse handelaars Boschproducten koopt, invoert en deze in Nederland verkoopt, wordt voor de rechtbank gedaagd doch doet gelden dat de door eisers ingeroepen overeenkomst onverenigbaar is met het verdrag omdat zij ertoe strekt en tengevolge heeft dat de mededinging buiten de Gemeenschappelijke Markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

De Nederlandse rechtbanken legden dit geding voor als prejudicieel geschil aan het Hof van Justitie, voorzien bij het E.E.G.-verdrag, waar het nog hangende is. Handelskringen verwachten met spanning de uitspraak.

* * *

Uit deze enkele losse beschouwingen over recht en economie blijkt ten overvloede dat er bij de studie in de rechten meer plaats dient geruimd voor internationaal recht en rechtsvergelijking.

« De groeiende internationale vervlechting van staten en enkelingen verleent ten huidige dage nieuwe impuls aan de beoefening van het internationaal recht » schrijft S. Plasschaert in zijn studie hierover in het R. W. (nr. 42 - 1957) en verwijst naar de hervorming van de Amerikaanse universiteiten in dit opzicht. Ook bij ons schrijft hij, zouden de rechtsfaculteiten nog beter dienen aangepast te worden aan deze moderne evolutie van het recht (cfr. eveneens Prof. Dekkers, R. W. nr. 34 - 1 mei 1960 over de Hervorming van de studies in de Rechten).

Niet alleen aan de Universiteit moet de leest waarop de rechtsstudie is geschoeid, aangepast worden aan de evolutie van het internationaal samen wonen. Ook de theoretische en practische juristen moeten zich de nieuwe noden van de rechtszoekenden ter harte nemen en zich bewust worden van de omvangrijke taak die hen wacht om klaarheid te scheppen op het braakliggend veld der nieuwe rechtsverhoudingen. De Europese economische gemeenschap zal vroeg of laat ook moeten steunen op rechtsbeginselen die, zo niet gelijk, dan toch gelijkaardig moeten zijn, en dit zowel wat betreft de normen als de interpretatie.

Hierop de aandacht te vestigen is het doel van deze bijdrage.

DE DUALITEIT VAN HET SOCIAAL RECHT

door

Prof. Dr. F. VAN GOETHEM

Hoogleraar aan de Universiteit te Leuven.

Lid van de Koninklijke Vlaamse Academie voor Wetenschappen.

Het is met groot genoegen, dat deze bijdrage wordt aangeboden als blijk van waardering, aan het jubilerende *Rechtskundig Weekblad* en zijn bekwame hoofdredacteur, Prof. Dr. René Victor.

Het *Rechtskundig Weekblad* heeft op voortreffelijke wijze de nederlandstalige rechtsgeleerdheid in ons land gediend. Het heeft een hoogstaand peil bereikt en kan de vergelijking doorstaan met gelijksoortige publicaties, ook uit het buitenland. Zijn verdienste ligt niet enkel op rechtsgeleerd gebied; het heeft onder de Vlaamse juristen het minderwaardigheidsgevoelen helpen overwinnen, en het bewustzijn helpen vormen, dat er gemeenschappelijke banden bestaan welke alle rechtsbeoefenaars in het Vlaamse land kunnen verenigen in een edel streven naar hoger-kultureel rechtsgeleerd leven in het Nederlands.

Tijdens de jongste jaren is langzamerhand de nederlandstalige rechtsgeleerdheid in ons land tot steeds beter en steeds steviger ontwikkeling gekomen. In deze verheugende ontwikkelingsgang, bekleedt het Rechtskundig Weekblad een voortreffelijke plaats. Het past dus dat zijn jubileum wordt gevierd, en dat met dankbaarheid wordt teruggezien naar de gepresteerde arbeid : deze beperkt zich trouwens niet tot de periodieke publicatie van rechtsgeleerde bijdragen, jonge arresten en vonnissen, uitstekende bibliografische nota's en belangrijke berichten uit de juridische wereld. Rondom het Rechtskundig Weekblad en onder dezelfde bezielende en zorgzame leiding, heeft zich tevens de Vlaamse Rechtskundige Bibliotheek ontwikkeld, waarvan de degelijkheid en de keurigheid niet minder de nederlandstalige rechtsgeleerdheid hebben bevorderd. Het wachtwoord dat de redactie en de leiding steeds voor ogen blijken te hebben gehad, kan als volgt uit het gepresteerde werk worden samengevat : laat ons vooral de kwaliteit verzorgen ! Eerst kwalitatief - voortreffelijke rechtsgeleerde arbeid in keurig nederlandstalige vorm en al het overige zal aan de Vlaamse juridische wereld, vroeg of laat, worden toebedeeld. Maar : *quality first.*

De onderstaande bijdrage geeft uitdrukking aan onze grote waardering voor de kwalitatief hoogstaande arbeid door het Rechtskundig Weekblad gepresteerd.

* * *

Hetgeen bij de ontwikkelingsgang van het sociaal recht in binnen- en buitenland opvalt, ook voor de minst gespecialiseerde jurist, is enerzijds het stijgend belang dat deze tak van het recht in het maatschappelijk leven inneemt — een voorrecht dat het sociaal recht met het fiskaal recht deelt — maar, het is vooral anderzijds het onduidelijke, het weinig preciese en afgelijnde van het begrip zelf van sociaal recht.

Het ene is wellicht verbonden met het andere. Met andere woorden : niet onwaarschijnlijk is het, dat juist het steeds verder reikend toepassingsgebied van de sociale rechtsvoorschriften, de begripsomschrijving moet beïnvloeden. Juist de evolutie van de rechtsvoorschriften kan als gevolg hebben, dat het overkoepelend begrip een aanpassing moet ondergaan.

Degenen die tot opdracht hebben deze tak van het recht tot onderwerp van studie en overwegingen te maken, staan ongetwijfeld voor een moeilijke taak. Ook in de buitenlandse literatuur verneemt men deze klachten, en ziet men de moeizame pogingen om tot een betere begripsbeschrijving van het sociaal recht te komen.

Het is dus belangwekkend na te gaan welk het

positief resultaat is van deze aanzienlijke inspanningen om tot een betere begripsbeschrijving te komen.

* * *

Wat wordt hier verstaan door begrip — door rechtsbegrip ? Blijkbaar *niet* een vooraf a priori opgestelde geestelijk inhoud, die dan geschikt zou voorkomen om de voorhanden rechtsnormen in een bepaald raam, vast op te nemen. Zulke methode is verkeerd. Men moet juist andersom te werk gaan : het begrip moet uit de beschouwde werkelijkheid ontstaan, en het dient, zoveel mogelijk, de rijkdom van deze werkelijkheid in zich op te nemen. Ongetwijfeld vereenvoudigt en verarmt deze begripsvorming de werkelijkheid. Zij geeft aanleiding en ontstaan tot een ideaal-beeld, waarin de werkelijkheid nooit volledig wordt teruggevonden. Toch dient dat ideaal-beeld voldoende de beschouwde werkelijkheid in zich op te nemen.

Er ontstaat een soort wisselwerking en wederkerige invloed. Aanvankelijk zal de beschrijving slechts een voorlopige kunnen zijn. Zij is ingegeven door het bestaande gebruik, door de traditie waarin de overwegingen van onze voorgangers zich hebben neergelegd. Met deze voorlopige beschrijving wordt dan de betrokken werkelijkheid benaderd.

Maar het kan en zal niet zelden gebeuren dat deze voorlopige beschrijving niet voldoende geschikt blijkt om de beschouwde werkelijkheid te vertolken. De beschrijving blijkt deficitair, gebrekkig, niet meer aangepast. Het is dan, dat de aansporing ontstaat om tot een betere begripsbeschrijving te komen. De traditionele dient gewijzigd te worden, meer genuanceerd. Er moet iets nieuws worden gezocht.

Twee gegevens vorderen de aandacht : enerzijds de traditioneel overgeleverde begripsbeschrijving, de momenteel gebruikelijke en gangbare; anderzijds de beschouwde werkelijkheid welke niet stilstaat en in voortdurende ontwikkeling verkeert.

Dit laatste is vooral voor het sociaal recht opvallend. De sociale rechtswerkelijkheid bevindt zich in een ongehoord labiele toestand. Zij wijzigt zich onophoudelijk. Het is dan ook begrijpelijk dat de noodzakelijkheid van begripsaanpassing zich hieromtrent vooral zal laten gelden.

* * *

Op een tweede eigenschap van de sociale rechtsgeleerdheid dient gewezen : aangezien het sociaal recht een jonge rechtspraak is, zal ook de sociale rechtsleer, de doctrine, dezelfde eigenschap vertonen. Zij is ook betrekkelijk jong. En betrekkelijk jong zijn de wetenschappelijke inspanningen om tot een stevige systematiek te komen. Eerst tijdens de jongste jaren is men ertoe gekomen, beter en dieper, de betrokken rechtswerkelijkheid te doorpeilen en wetenschappelijk te ordenen.

Daartoe hebben niet enkel de gewone universitaire leergangen hun bijdragen verschaft. Vergeten wij niet, dat eerst in de jongste jaren het sociaal recht tot een verplicht studievak in onze Belgische faculteiten der rechtsgeleerdheid werd gemaakt. Tot deze betere wetenschappelijke behandeling van het sociale rechtsgebied hebben ook bepaalde nationale en internationale groeperingen en congressen het hunne bijgedragen. In ons land is, sedert de jongste jaren, werkzaam, een interuniversitair centrum voor sociaal recht, dat de sociale rechtsstudie zeer begunstigt en de meeste sociale rechtsbeoefenaars in ons land verenigt.

Enkele voortreffelijke agregaatsproefschriften voor het hoger onderwijs werden gepubliceerd in ons land maar zij dragen een jonge datum. De beste publicaties over sociale rechtsproblemen vertonen dezelfde eigenschap. Zij zijn steeds jong. Het is inderdaad opvallend, dat de wetenschappelijke sociale rechtsleer zowel in binnenland als in buitenland tot de jongste tijd behoort.

* * *

Wij nemen ons thans voor, uit de jongste wetenschappelijke sociale rechtsliteratuur, vooral uit de buitenlandse, een resultaat te putten, dat de begripsbeschrijving van het sociaal recht heeft beïnvloed. Dit overzicht kan alleen zeer summier zijn en het zal alleen het besluit benadrukken.

Zoals mocht worden verwacht, werd de aandacht gericht op het verschijnsel *arbeid*. Dit heeft tot veelsoortige en ook grondige overwegingen aanleiding gegeven. Reeds op de vraag : Wat is arbeid ? zal niet iedereen hetzelfde antwoord verschaffen. Het is trouwens geen eenvoudige zaak om precies te bepalen, welke menselijke activiteit deze kwalificering verdient, met uitsluiting van alle andere activiteit. Houdt men zich aan het traditionele begrip, dan verschijnt de arbeid, in tegenstelling tot spel, als een menselijke activiteit gericht op voortbrenging in economische zin, een economisch georiënteerde activiteit, een produktieve activiteit. Hierdoor wordt een onafzienbaar brede horizon geopend. Het wordt zo breed, dat het oeverloos blijkt en daardoor zelfs onbruikbaar. Een beperking is nodig. Het is niet mogelijk iedere rechtsregeling over een menselijk-produktieve activiteit tot het sociaal recht te rekenen.

Na veel aarzelingen (want dit alles is niet geschied zonder veel zoeken en tasten) is men er toe gekomen, eerst in de rechtsleer, later in de rechtspraak, uit het oeverloos gebied van de menselijk-produktieve, economisch georiënteerde activiteit te lichten een belangrijk deel : met name dit welk gepresteerd wordt in een band van ondergeschiktheid, onder het gezag van een werkgever, de ondergeschikte arbeid, of naar de uitdrukking van onze Amsterdamse collega Prof. Levenbach, hoogleraar aan de gemeentelijke universiteit aldaar : de persoonlijke onderschikking meebrengende arbeidsverhoudingen, wat de Franse auteurs en meer bepaaldelijk Prof. Durand, de meest vooraanstaande, noemen : le travail subordonné, le travail dans des liens de subordination.

Zulks vormt een zeer belangrijke beperking : zij sluit alle rechtsvoorschriften uit, welke niet op ondergeschikte arbeid betrekking hebben, meer bepaaldelijk de zeer talrijke voorschriften over de onafhankelijke of zelfstandige arbeid in koophandel, landbouw, vrije beroepen, ambachten, kunst e.d.m.

Het begrip « ondergeschikte arbeid » is dan ook in de internationale sociale rechtsliteratuur gemeengoed geworden. Het recht over de ondergeschikte arbeid — meestal, maar niet altijd, loonarbeid — gesalarieerde arbeid, wordt thans internationaal, algemeen, als een belangrijk deel van het sociaal recht beschouwd.

Bekend is, dat de Belgische arbeidsreglementering niet uitmunt door klaarheid en logische ordening. Onze collega van de Universiteit te Brussel, Prof. Troclet, senator, heeft terecht in de toelichting van een voorstel van wet, door hem neergelegd in de senaatsvergadering van 10 maart 1960, deze toestand voor hinderlijk verklaard voor de toepassing van de rechtsvoorschriften. Prof. Troclet betoogt dat magistraten, ambtenaars en mensen in de praktijk het eens zijn om wat hij noemt « de chaotische toestand » van de arbeidsreglementering te betreuren : de teksten zijn zonder de minste logische of methodische orde tot stand gekomen. Sociaal gezien draagt elke belangrijke wet of regeling de sporen van hun tijd. Maar ook de overige teksten zijn niet harmonisch op elkaar afgestemd. In haar geheel genomen is deze uitge-

breide wetgeving de vrucht van een ontwikkeling die nu ruim een halve eeuw aan de gang is.

Het toepassingsgebied verschilt van wet tot wet. De gebruikte terminologie is onzeker. Dit gemis aan eenheid is niet fundamenteel verantwoord en is doorgaans alleen te wijten aan het optreden van verschillende wetgevers, die de vroegere teksten uit het oog hebben verloren en dus helemaal niet-opzettelijk de rechtsregels hebben geformuleerd — aldus het betoog van Prof. Troclet.

Deze beschouwingen illustreren op een duidelijke wijze de behoefte aan stevige systematiek. Het is de taak van de doctrine om deze verbetering en ordening van de reglementering voor te bereiden. Wij oordelen zelfs, dat het niet de wetgevers zijn, die deze nodige diepgang kunnen ontwerpen. Het is eerst wanneer de rechtsleer en de wetenschappelijke resultaten voldoende de voorafgaande begrippen en verschijnselen hebben verkend, dat de wetgever daarop veilig kan voortbouwen en de empirische ordeloze werkwijze zal kunnen vermijden.

* * *

Prof. Levenbach (Amsterdam) brengt onder het bereik van het arbeidsrecht, niet enkel de rechtsnormen over de ondergeschikte arbeid maar ook « de rechtsregelen, welke betrekking hebben op de daarmede onmiddellijk samenhangende levensomstandigheden ».

Dit laatste vraagt nadere toelichting.

Welke levensomstandigheden worden bedoeld als zijnde onmiddellijk met de arbeid samenhangend ? Vanzelfsprekend betreft het hier reeds de arbeidsongevallen en de beroepsziekten, maar ook de gewone gevallen van ziekte of invaliditeit, ouderdom, vroegtijdig overlijden, kinderlast, waarin de arbeider door zijn arbeid moet voorzien.

Al de desbetreffende rechtsvoorschriften staan in nauw verband met de arbeid; zij hebben alle betrekking op levensomstandigheden welke onmiddellijk met de arbeid samenhangen, omdat het arbeidsinkomen dient tot bestrijding van deze behoeften.

De uitkeringen, welke aan de betrokkenen in de bedoelde levensomstandigheden worden uitgekeerd, worden het nochtans niet aan de loonarbeiders alleen. Zij worden ook uitgekeerd aan anderen : aldus worden in België kinderbijslagen betaald aan zelfstandigen, aan niet-loontrekkenden; ook ouderdomspensioenen zijn thans verzekerd aan de zelfstandigen. En inzake ziekte wordt een facultatieve maar gesubsidieerde verzekering georganiseerd voor de zelfstandigen : de vrije ziekteverzekering staat open voor de niet-loontrekkenden. Zelfs worden uitkeringen mogelijk, bij beroepsziekte in de ambachten.

Het treft dus dat het gebied van de uitkeringen in de bedoelde levensomstandigheden niet beperkt blijft tot de loontrekkende arbeiders, maar zich eveneens uitstrekt tot de zelfstandigen. Het geheel van de rechtsvoorschriften, welke deze uitkeringen regelen, werd vroeger aangeduid als het sociaal verzekeringsrecht. Deze voorschriften regelden de z.g. « sociale verzekeringen ». In de jongste jaren, onder anglosaksische invloed, worden zij gerekend tot de sociale zekerheid, de « social security », het nieuwe wachtwoord dat na de tweede wereldoorlog aan de orde kwam en een streven bedacht, waar de betrokkenen meer vrijwaring, meer beveiliging in maatschappelijk verband bekomen tegen de kwade levenskansen en de daaruit volgende bezorgdheid (*cura - sine cura*).

Het is haast vanzelfsprekend, dat zulk streven naar een menselijke maatschappelijke toestand van vrijwaring tegen overdreven bezorgdheid en angst voor de ongunstige levensomstandigheden zich niet beperkt tot de loonarbeiders alleen. Ook andere gemeenschapsleden staan bloot aan dezelfde nadelige gevolgen. Ook zij kunnen door levensomstandigheden komen in toestanden welke tot gevolg hebben, dat hun economisch-produktieve activiteit wegvalt of vermindert; ook zij kunnen komen te staan voor uitgaven, nodig in bedoelde omstandigheden, en die voor hen moeilijk te dragen zijn. Ook zij hebben behoefte aan vrijwaring tegen deze z.g. sociale risico's en tegen de angst en bezorgdheid daarvoor.

Ook hier is het gebied voldoende afgelijnd en precies, en zijn de voorschriften in aantal voldoende uitgebreid, om afzonderlijke studie te vorderen. De problemen in verband met deze sociale zekerheid zijn talrijk, moeilijk en belangrijk, zodat specialisatie en autonomie niet enkel behoorlijk zijn, maar ook noodzakelijk, in het licht van de vele nieuwe aspekten waartoe deze sociale zekerheidsuitkeringen aanleiding geven. Wij herinneren eraan dat een belangrijk deel van het jaarlijks inkomen voor deze uitkeringen wordt bestemd en besteed, hetgeen tot zeer aanzienlijke geldbewegingen leidt en tot een zeer kostbaar administratief apparaat, zonder nog van de verderfelijke politieke strevingen te spreken, welke veel in de war kunnen sturen.

Ook in het buitenland, internationaal, is er plaats gemaakt voor een nieuw autonoom sociaal zekerheidsrecht, met eigen specialisten en deskundigen, welke zich aan de studie van de sociale zekerheidsproblemen wijden. Zelfs is in Frankrijk, op het programma van de universitaire studies in de rechtsgeleerde faculteiten voor de gewone licenties in de rechten, een aparte leergang opgenomen over « le droit de la sécurité sociale ». Er bestaan trouwens ook in ons land gespecialiseerde leergangen in onze universiteiten, zowel voor de sociale verzekeringen als voor het sociaal zekerheidsrecht.

* * *

Thans kunnen wij een inzicht verschaffen in de dualiteit, welke zich heeft aangemeld en opgedrongen in de beschouwing en in de studie van het sociaal recht.

Uit het geheel van de wetten en andere rechtsvoorschriften welke als « sociale » wetten door het gebruik en door de traditie als dusdanig worden aangeduid, heeft men enerzijds samengebracht onder « *arbeidsrecht* » : alle normen welke regelen de arbeid gepresteerd in een toestand van ondergeschiktheid aan een werkgever. Voldoende bekend is het grote aantal van deze voorschriften welke niet enkel de individuele verhoudingen betreffen van werkman, van bediende, van binnenschipper, van dienstbode e.d.m. bij arbeid onder gezag van een werkgever, maar ook de zeer belangrijk geworden regelingen van de collectieve arbeidsverhoudingen, welke voor eigenaardigheid vertonen dat zij hoe langer hoe meer een soort autonoom recht gaan vormen, als gevolg van besprekingen, onderhandelingen, beslissingen waarmede collectiviteiten, professionele groeperingen zijn betrokken. Tot het arbeidsrecht behoren de ontelbare wettelijke en andere voorschriften welke deel uitmaken van de arbeidsreglementering, waarbij dan wordt gevoegd een waar sociaal strafrecht met een opsporingsapparaat, een controle-apparaat en een administratief bevoegd overheidspersoneel.

Anderzijds heeft men plaats moeten maken voor een autonoom *sociaal zekerheidsrecht*. Ook hier zijn de voorschriften talrijk en uitgebreid; ook hier is de afbakening voldoende duidelijk en precies, om aan de juridische stiptheid en strengheid te voldoen. Eigen-

aardig is dat ook hier de arbeid als economisch-produktieve activiteit tot uitgangspunt wordt genomen, in die maat, dat de arbeid als de bron van het normale inkomen wordt beschouwd. Maar inzake sociale zekerheid is het niet meer de loonarbeider alleen. Het betreft alle arbeiders, ook de zelfstandige arbeiders, degenen welke een economisch-produktieve activiteit leveren zonder onderschikking aan een werkgever, omdat ook zij in levensomstandigheden kunnen verkeren, die voor gevolg hebben dat hun normaal inkomen, uit deze produktieve activiteit geput, vermindert of wegvalt, of dat voor hen moeilijk te dragen uitgaven noodzakelijk worden. Ook voor hen kunnen voorzorgsmaatregelen nodig zijn, om hun levenspeil zeker te stellen; ook zij moeten gevrijwaard zijn tegen de gevolgen van ongunstige levensomstandigheden, die met hun economisch-produktieve activiteit onmiddellijk samenhangen.

Arbeidsrecht en Sociaal Zekerheidsrecht : ziedaar de dualiteit welke het sociaal recht thans vertoont.

HET SOCIAAL RECHT TEGENOVER HET PUBLIEK- EN HET PRIVAATRECHT

door

Prof. Dr. H. LENAERTS

Docent aan de Universiteit te Gent.

Substituut-Auditeur-Generaal bij de Raad van State.

Tot voor enkele jaren behoorde het sociaal recht nog tot de keuzevakken van het programma der rechtsstudies. Sedert 1948 is het in de lijst van de verplichte vakken opgenomen en in 1961 werd aan de vrije universiteiten een bijzondere licentie in het sociaal recht opgericht.

Deze evolutie is niet alleen een bewijs van de snelle uitbreiding die het sociaal recht na de tweede wereldoorlog heeft genomen, zij is tevens kenmerkend voor de groeiende belangstelling die deze jonge tak van het recht ook in wetenschappelijke kringen wekt.

Niettemin bestaat bij vele juristen nog enige aarzeling om de autonomie van het sociaal recht te erkennen. Sommigen zijn geneigd om het te beschouwen als een verward kluwen van onsamenhangende, immer veranderende voorschriften, waarin alle beginselen ontbreken. Anderen toetsen die bepalingen alleen aan de hun vertrouwde, klassieke beginselen van het burgerlijk, administratief, straf- of procesrecht, en zijn al te zeer geneigd elke afwijking daarvan als een gebrek aan doctrinaire basis te beschouwen. Dat die afwijking de uitdrukking kan zijn van een aan het sociaal recht eigen doctrine, weigeren ze te aanvaarden.

Nu moet worden toegegeven, dat bij het tot stand komen van menige sociale regeling, de beginselen al te vaak over het hoofd worden gezien en de ontwikkeling van het sociaal recht soms meer dan wenselijk is, door het spel van politieke, syndicale, economische of financiële machtsverhoudingen wordt beïnvloed.

Eveneens moet worden erkend, dat de uitbouw van een eigen doctrine van het sociaal recht in België nog niet voldoende de aandacht van de gespecialiseerde beoefenaars dezer rechtswetenschap heeft weten te wekken.

Ter verontschuldiging kan zeker worden aangevoerd, dat het sociaal recht eerst de laatste decennia tot volle ontwikkeling is gekomen en de rechtsleer dus begrijpelijkerwijze nog enige achterstand heeft op andere takken van het recht, die, zoals het burgerlijk recht, op een eeuwenoude traditie kunnen bogen.

Dit neemt niet weg, dat het de hoogste tijd wordt om zich over de grondslagen van het sociaal recht te bezinnen en de autonomie ervan aan te tonen door de uitbouw van een eigen doctrine.

Het ware ongetwijfeld verkeerd de absolute autonomie van het sociaal recht te willen verdedigen. Het verband met andere takken van het recht kan nu eenmaal niet worden geloochend. Daarom bestaat er geen reden om van de klassieke rechtsbeginselen af te wijken, waar deze voor een harmonische ontplooiing van het sociaal recht nog bruikbaar zijn. Het sociaal recht moet zich niet buiten het bestaande rechtssysteem stellen, maar zijn eigen plaats erin innemen.

Die eigen plaats brengt precies met zich, dat het sociaal recht in zijn geheel zich niet in het privaat of het publiek recht laat inmetselen, maar de traditionele indeling van het recht enigermate in het gedrang brengt .

In dit opstel wil ik enkele overwegingen onder de aandacht brengen, welke misschien ertoe kunnen bijdragen de verhouding van het sociaal recht tot het privaat en het publiek recht nauwkeuriger te bepalen.

Duidelijkheidshalve wordt het arbeidsrecht en het sociale zekerheidsrecht afzonderlijk onder ogen genomen.

Arbeidsrecht

Het arbeidsrecht regelt de rechten en plichten van degenen die arbeid verrichten en doen verrichten in een verhouding van ondergeschiktheid.

In de regel ontstaat die arbeidsverhouding door het aangaan van een arbeidsovereenkomst.

In het Burgerlijk Wetboek werden aanvankelijk twee artikelen gewijd aan de arbeidsovereenkomst, die beschouwd werd als een species van de huurovereenkomst. Als regel gold de contractsvrijheid van partijen, die de prijs van de verhuurde arbeid, de voorwaarden waaronder de arbeid werd verhuurd en de verhuring een einde nam, naar goeddunken en op een voet van gelijkheid bepaalden. Voor de interpretatie van de overeenkomst golden uitsluitend de voorschriften van het B.W.

De absolute contractsvrijheid en de juridische gelijkheid van de door de arbeidsovereenkomst gebonden partijen leidde tot een feitelijke ongelijkheid die volledig in het nadeel van de werknemer uitviel. Economisch was de werkgever veruit de sterkste, zodat hij de voor hem gunstigste arbeidsvoorwaarden en de laagste lonen kon bedingen. In de praktijk maakten de werkgevers in zulke mate misbruik van hun machtspositie, dat de wetgever verplicht werd in te grijpen om de werknemers te beschermen tegen hun eigen

machteloosheid om menswaardige arbeidsvoorwaarden af te dwingen.

De eerste uiting van het arbeidsrecht bestond erin, tijdens de laatste jaren van de XIXe eeuw, een aantal beschermingsmaatregelen uit te vaardigen, waarvan de naleving door strafsancties werd gewaarborgd en daarom « wetten van industriële politie » werden genoemd (1).

Dit sociale strafrecht had vanzelfsprekend zijn weerslag op de burgerrechtelijke arbeidsverhoudingen van partijen, daar het de uitvoering van de door beiden opgenomen verplichtingen regelde : bij het doen verrichten van de arbeid en het uitbetalen van het loon was de werkgever gebonden door de wettelijke voorschriften waarvan hij bij overeenkomst niet kon afwijken.

De burgerrechtelijke verhouding tussen werkgever en werknemer werd echter nog meer beïnvloed door de wetten op de arbeidsovereenkomsten die in de XXe eeuw tot stand kwamen (2). Hierbij werden zeer gedetailleerde regelen uitgevaardigd in verband met het tot stand komen van de arbeidsovereenkomst, de wederzijdse rechten en verplichtingen van de partijen en inzonderheid de wijzen en voorwaarden van beëindiging der overeenkomst.

Waren deze voorschriften in de wet van 10 maart 1900 nog hoofdzakelijk suppletief, dan hadden de meeste bepalingen van de wet van 7 augustus 1922 een dwingend karakter. De vergelijking tussen beide wetten stelt de evolutie van het arbeidsovereenkomstenrecht naar een steeds verder schrijdende beperking van de contractsvrijheid duidelijk in het licht.

Voorts heeft de wetgever de juridische ongelijkheid van de contracterende partijen in 1922 sterker beklemtoond dan in 1900 : dit kenmerk wordt best geïllustreerd door de ongelijke duur van de opzeggingstermijnen die onderscheidelijk door de werkgever en de werknemer in acht moeten worden genomen om de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

Beide voornoemde kenmerken wijzen er ongetwijfeld op, dat het arbeidsovereenkomstenrecht zich geleidelijk losmaakt van de klassieke beginselen van het burgerlijk recht. Zij volstaan echter niet om tot de autonomie van het sociaal recht te besluiten. Want ook in een aantal andere burgerrechtelijke regelingen, zoals het pachtrecht, vindt men duidelijke sporen van deze evolutie. Bovendien blijft voor de interpretatie van de arbeidsovereenkomst menige regel van het burgerlijk recht van toepassing.

De autonomie van het arbeidsrecht is vooral na de jongste wereldoorlog op de voorgrond getreden. In dit stadium van de ontwikkeling wordt de burgerrechtelijke arbeidsverhouding tussen de contracterende partijen meer en meer beheerst door publiekrechtelijke regelingen.

Krachtens de besluitwet van 9 juni 1945 zijn de paritaire comités o.m. bevoegd om de lonen en andere arbeidsvoorwaarden te regelen voor alle bedrijfsgenoten van de betrokken bedrijfstak (zie art. 10). Wanneer de beslissingen door de Koning algemeen verbindend worden verklaard (art. 12), is elk daarmee strijdig beding van het arbeidsreglement of de individuele overeenkomst nietig (art. 13). Bovendien worden de inbreuken op deze beslissingen gestraft met geldboeten van 100 tot 100.000 fr. (art. 16).

In de meeste bedrijfstakken worden de lonen thans bepaald door de paritaire comités. De vijfdagenweek is tot op heden niet wettelijk geregeld, maar de modaliteiten van toepassing worden door dezelfde organen vastgesteld. Deze kunnen ook de diensten aanwijzen die in geval van arbeidsconflict in het algemeen belang moeten worden verzekerd (3), zij bepalen de rustdagen die aan de werknemers moeten worden toegekend ter vervanging van een betaalde feestdag die op een zondag valt (4), zij stellen de perioden vast, waarop in de bedrijven de jaarlijkse vakantie moet worden verleend en kunnen zelfs de duur van de vakantie verlengen (5).

Naast de gevallen waarin de paritaire comités zelf de lonen en andere arbeidsvoorwaarden bepalen, schrijven nog een groot aantal sociale wetten voor, dat de ter uitvoering ervan genomen koninklijke besluiten worden genomen op advies of op voorstel van de paritaire comités of van de Nationale Arbeidsraad, bijvoorbeeld in verband met de duur van de opzeggingstermijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor werklieden en de schorsing van die overeenkomst bij gebrek aan werk wegens economische oorzaken (6). In de praktijk is de toestand zo, dat de door die lichamen van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie voorgestelde regelingen door de uitvoerende macht worden overgenomen.

De menigvuldige tussenkomsten van deze lichamen in de sociaalrechtelijke regelingen hebben ongetwijfeld de contractsvrijheid van de bij de individuele arbeidsovereenkomst betrokken partijen in zulke mate beperkt, dat hun wilsovereenstemming in de praktijk bijna herleid wordt tot het aangaan van de overeenkomst en het vaststellen van het voorwerp ervan. De uitvoeringsmodaliteiten — zelfs in verband met de essentiële elementen van de overeenkomst, zoals het loon en de voorwaarden waarin de arbeid moet worden verricht — worden niet meer vrij bepaald door de contracterende partijen, maar worden hun van buiten uit dwingend opgedrongen. Zulk overeenkomstenrecht past wel zeer moeilijk in het klassieke verbintenissenrecht van het Burgerlijk Wetboek.

Naast de publiekrechtelijke regelingen die het arbeidsovereenkomstenrecht meer en meer beheersen, moet bovendien nog de aandacht worden gevestigd op de zeer belangrijke en diepgaande invloed die de werkgevers- en werknemersorganisaties als zodanig op de ontwikkeling van het arbeidsrecht uitoefenen.

Opvallend is bijvoorbeeld, dat in sommige belangrijke bedrijfstakken, zoals de metaal- en de cementnijverheid en het havenbedrijf, de algemeen verbindende verklaring van de beslissingen die in de paritaire comités worden genomen, doorgaans niet wordt gevraagd. De reden daarvan ligt in de regel hierin, dat de betrokken werknemers- en werkgeversorganisaties voldoende representatief en invloedrijk zijn om alle bedrijfsgenoten tot naleving van de door hen gesloten paritaire overeenkomsten te dwingen zonder tussenkomst van de overheid en de dreiging met strafrechtelijke sancties. In feite is het gezag van de door die organisaties gesloten akkoorden zo sterk als dat van de bij koninklijk besluit algemeen verbindend verklaarde en strafrechtelijk gesanctioneerde beslissingen. In zekere mate wordt hier de taak van het openbaar gezag — het algemeen welzijn door dwingende en algemeen geldende maatregelen behartigen — overgenomen door private organisaties, die zelfs niet alle rechtspersoonlijkheid bezitten.

Een gelijkaardig verschijnsel kan overigens ook worden waargenomen op nationaal vlak. Is het niet kenschetsend, dat bepaalde nationale akkoorden die een zeer diepgaande weerslag kunnen hebben op het sociaal-economisch leven van het land, zoals de produktiviteitsverklaring en de sociale programmatie (7), niet worden besproken in de daartoe door de wet opgerichte lichamen van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie, m.n. de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven en de Nationale Arbeidsraad, maar rechtstreeks worden gesloten tussen de leiders van de algemeen erkende

werkgevers- en werknemersorganisaties ? Hoe vaak is het niet reeds gebeurd, dat zelfs de wetgever zich eenvoudig hoeft neer te leggen bij hetgeen door die organisaties vooraf is beslist ?

Van juridisch standpunt uit kan men zulks misschien betreuren. Doch ook hier zijn de feiten sterker dan het recht. De houding van de jurist daartegenover moet er echter geen zijn van passieve berusting. Zijn taak bestaat er eerder in, de aangepaste juridische vormen te vinden, waarin de representatieve vertegenwoordigers van het bedrijfsleven op vruchtbare en constructieve wijze met het openbaar gezag kunnen samenwerken om het sociaal-economisch leven ten bate van het algemeen welzijn te regelen en te ordenen.

Wil men het recht met de feiten in overeenstemming brengen, dan dient in de eerste plaats bij de eerstvolgende grondwetswijziging aan de wetgever de mogelijkheid geboden om aan de lichamen van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie verordenende bevoegdheid te geven. Vanzelfsprekend zal de wetgever ook het toezicht op die verordeningen door de uitvoerende macht moeten organiseren. In de regel zullen die verordeningen door de Koning moeten worden goedgekeurd. In minder belangrijke aangelegenheden, zoals het vaststellen van de data der rustdagen ter vervanging van betaalde feestdagen die op een zondag vallen en het bepalen der vakantieperioden, kan echter met een schorsings- en vernietigingsbevoegdheid worden volstaan.

Bij het opstellen van de desbetreffende grondwetsbepalingen kunnen de artikelen 152 tot 154 van de Nederlandse Grondwet tot voorbeeld worden genomen.

Wanneer eenmaal de organen van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie met verordenende bevoegdheid bekleed zijn, kunnen de uitvoeringsmaatregelen van menige wet, die thans door de Koning op advies of op voorstel van de Nationale Arbeidsraad of de paritaire comités worden genomen, worden vervangen door verordeningen van deze lichamen. Zoals hiervoor werd toegelicht, zou zulke regeling beter met de werkelijke toestand overeenkomen.

Het gevolg daarvan moet dan voorts ook zijn, dat aan de akkoorden die buiten de wettelijk opgerichte organen door de werkgevers- en werknemersorganisaties worden gesloten, elke rechtskracht wordt ontzegd. Hiermee wordt niet beoogd de medewerking van de betrokken organisaties aan de uitbouw van de sociale wetgeving te weren, maar integendeel hun medezeggenschap op een hechte juridische grondslag te vestigen.

In beginsel is er voorzeker geen bezwaar aan de particuliere organisaties een rechtstreekse medezeggenschap toe te kennen. Maar wil die medezeggenschap enig juridisch effect sorteren, dan is minstens vereist, dat die organisaties zich in het bestaande rechtssysteem laten inlijven, m.a.w. zij moeten, ten minste in de mate waarin zij in de totstandkoming van het sociaal recht tussenkomen, rechtspersoonlijkheid aanvaarden. Nu is de feitelijke toestand zo, dat de werknemersorganisaties hiertoe niet bereid blijken te zijn. Daarom bestaat de juridisch verantwoorde oplossing in de uitbouw van een werkelijke publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie.

Het valt niet te ontkennen, dat deze oplossing het publiekrechtelijk karakter van het arbeidsrecht nog meer dan thans het geval is, zal onderlijnen en dat daardoor de individuele arbeidsovereenkomst nog verder zal worden teruggedrongen in de hiërarchie der rechtsbronnen van het arbeidsovereenkomstenrecht. Indien zulks geschiedt in het raam van een logisch opgebouwd rechtssysteem, bestaat daartegen geen bezwaar. Integendeel, het arbeidsrecht zal zich daardoor des te beter aanpassen aan de evolutie van de feitelijke toestand, wat het algemeen belang uiteindelijk ten goede komt.

Sociale zekerheid

Is het arbeidsrecht gegroeid uit het privaat recht, dan heeft het sociale zekerheidsrecht steeds nauwer aangeleund bij het publiek recht. Niettemin is ook deze tak van het sociaal recht gekenmerkt door een vermenging van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke elementen. Door de gestadige uitbreiding van de sociale zekerheid zijn deze laatste echter meer en meer op de voorgrond getreden.

Aanvankelijk beperkte de overheid zich ertoe het privaat initiatief in dit verband te steunen en aan te moedigen. Met dit doel werd o.m. de rechtspersoonlijkheid toegekend aan de door de particulieren opgerichte onderlinge fondsen, die vooral de ziekteverzekering verzorgden (8). Voorts verleende de overheid toelagen aan de particuliere instellingen die pensioenen of werkloosheidsuitkeringen aan hun leden toekenden (9).

Wanneer het verlangen naar meer bestaanszekerheid groeide, mede onder impuls van de steeds sterker wordende vakorganisaties, kon het privé-initiatief, zelfs met de steun en de bescherming van de overheid, niet meer volstaan. De overheid diende dit initiatief aan te vullen en geleidelijk zelfs in de plaats ervan te treden.

In de wijze waarop en de vorm waarin de overheid zelf optreedt om de behoefte aan sociale zekerheid te voldoen, is eveneens een opmerkelijke evolutie waar te nemen. Deze komt duidelijk tot uiting in de pensioenregeling.

Aanvankelijk nam de wetgever zijn toevlucht tot een systeem van verzekering, waarin het recht op en het bedrag van de toegekende uitkeringen in nauw verband stonden met de betaalde premies. Dit systeem vertoonde nog veel gelijkenis met de private verzekering, waarbij de vergoeding welke de verzekerde ontvangt wanneer het risico zich voordoet, in rechtstreekse verhouding staat tot de betaalde premies.

Na de jongste wereldoorlog trad het solidariteitsbeginsel meer en meer op de voorgrond. De verplichting om de werknemers in hun noden bij te staan wordt thans geacht te rusten op de algeheelheid van de werknemers, en meer nog op het bedrijfsleven als zodanig. De bijdragen van werknemers en werkgevers moeten berekend worden in functie van het geheel der uitgaven die een zo volledig mogelijke sociale zekerheid waarborgen. Ook degenen die niet in de mogelijkheid zijn geweest voor hun bestaanszekerheid en die van hun gezinsleden te zorgen, hebben recht op hulp; meer nog, zij zijn dikwijls de minst begoeden en de meest hulpbehoevenden.

Het is zonder meer duidelijk, dat in zulk systeem de tussenkomst van de overheid nog intenser zal zijn dan in een regeling gesteund op het beginsel van de individuele verzekering.

Deze tussenkomst komt niet alleen tot uitdrukking in de financiering van het stelsel, maar ook in de administratieve organisatie. In beginsel moet zulke regeling worden uitgevoerd door de overheid zelf of door publiekrechtelijke instellingen.

In het Belgische sociale zekerheidsrecht wordt die uitvoering echter nog in ruime mate toevertrouwd aan privé-instellingen. Hun tussenkomst rust eerder op historische en ideologische gronden dan op de overweging, dat zulke organisatie de meest doelmatige en economische is.

De medewerking van de bedoelde instellingen aan de

uitvoering van de sociale zekerheid wordt steeds afhankelijk gesteld van een erkenning door de overheid. Deze erkenning wordt alleen verleend wanneer die instellingen een aantal voorwaarden in acht nemen, waaraan de wetgever hun inrichting en werking onderwerpt. Hoewel die instellingen uiteraard privaatrechtelijke lichamen blijven, worden zij door de erkenning en de hun door de wetgever opgedragen taak, niettemin ware uitvoeringsorganen van een openbare dienst en in die mate ingeschakeld in de publiekrechtelijke organisatie van de sociale zekerheid.

Bovendien staat naast de particuliere instellingen altijd minstens één openbare instelling om aan alle sociaal verzekerden de volledige vrijheid te laten in de keuze van de instelling waarbij zij wensen aan te sluiten om de voordelen van de sociale zekerheid te genieten.

Is het huidige stelsel van sociale zekerheid ongetwijfeld van publiekrechtelijke aard, dan belet zulks niet, dat de organisatie ervan bijzondere kenmerken vertoont, die ze van andere openbare diensten onderscheiden en de autonomie van het sociale zekerheidsrecht beklemtonen.

De werkgevers- en werknemersorganisaties wensen bij de inrichting en de werking van de sociale zekerheid zo nauw mogelijk te worden betrokken. Om die reden wordt het beheer van de openbare instellingen die met de uitvoering ervan zijn belast, ten minste gedeeltelijk opgedragen aan de vertegenwoordigers van de representatieve organisaties van de betrokken bedrijfsgenoten.

Bovendien is de laatste jaren, naast de algemene regeling, een per bedrijfstak georganiseerd stelsel van sociale zekerheid gegroeid door de oprichting van fondsen voor bestaanszekerheid. Deze fondsen hebben de juridische vorm van verenigingen zonder winstoogmerk en worden beheerd door de vertegenwoordigers van de werkgevers- en werknemersorganisaties van de betrokken bedrijfstak. De oprichting ervan wordt beslist door het paritair comité, maar de desbetreffende beslissing moet bij koninklijk besluit algemeen verbindend worden verklaard, overeenkomstig de in het arbeidsrecht gekende en hiervoor besproken procedure (10). Door deze algemeen verbindende verklaring komt dit aanvullend systeem van sociale zekerheid uiteindelijk toch ook weer in de publiekrechtelijke sfeer terecht.

Een ander voorbeeld van de vermenging van het privaat en het publiek recht op het terrein van de sociale zekerheid biedt de huidige organisatie van de ziekte- en invaliditeitsverzekering. Om de medische beroepen bij die verzekering te betrekken en medezeggenschap van de verzekeringsinstellingen te regelen, is voorgeschreven, dat de normen van samenwerking tussen de geneeskundigen en de verzekeringsinstellingen kunnen worden bepaald in overeenkomsten gesloten in de medico-mutualistische colleges (11). De wetgever heeft hier dus een privaat-rechtelijk procédé ingeschakeld om een bepaald aspect van de openbare diensten te organiseren.

Hoe lofwaardig de bedoeling ook moge zijn om een zekere medezeggenschap te verlenen aan degenen die aan de uitvoering van de sociale zekerheid meewerken, vereist is alleszins, dat men de aangepaste juridische middelen gebruikt om dat doel te bereiken. Welnu, om een openbare dienst in te richten, moet men algemeen bindende voorschriften uitvaardigen die door iedereen moeten worden nageleefd. Overeenkomsten binden alleen de contracterende partijen en zijn van juridisch standpunt uit gezien, niet de gewenste methode om het gestelde doel te bereiken. Hiervoor moet men een publiekrechtelijk procédé gebruiken. Nu is het grondwettelijk weliswaar niet verantwoord aan particuliere personen, zoals beroepsorganisaties en onderlinge fondsen, verordenende bevoegdheid toe te kennen. Daarom moet de bevoegdheid om de voor de toepassing van de sociale zekerheid nodige uitvoeringsmaatregelen te nemen, aan de Koning voorbehouden blijven. Om de belanghebbenden niettemin bij deze verordeningen te kunnen betrekken, moet een bijzondere techniek worden toegepast. Met dit doel zou bijvoorbeeld het procédé van de algemeen verbindend verklaring wel bruikbaar zijn.

Uit dit laatste voorbeeld blijkt, dat ook in het sociale zekerheidsrecht de eenvoudige aanwending van zuiver publiekrechtelijke methodes evenmin de gewenste oplossing biedt voor alle juridische problemen als de toepassing van de klassieke privaatrechtelijke methodes, maar dat steeds moet worden gezocht naar een eigen techniek aangepast aan de specifieke kenmerken van deze tak van het recht.

* * *

De ontwikkeling van het arbeidsrecht en het sociale zekerheidsrecht toont duidelijk aan, dat het sociaal recht zich geleidelijk heeft losgemaakt van het privaat en het publiekrecht. Zijn autonomie kan in de huidige stand van de wetgeving nog moeilijk geloochend worden.

Opdat deze autonomie niet zou leiden tot een juridische chaos, is het echter dringend geboden aan deze jonge tak van de rechtswetenschap een stevige doctrinaire basis te geven. Hiertoe bij te dragen is de weliswaar zware, maar heerlijke opgave voor de jonge generatie van juristen, die zich tot de wetenschappelijke studie van het sociaal recht geroepen voelen.

---

(1) Zie bijvoorbeeld : wet van 16 augustus 1887 op de betaling van het loon der werklieden; wet van 13 december 1889 op de vrouwen- en kinderenarbeid; wet van 15 juni 1896 op het werkplaatsreglement.

(2) Wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst; wet van 7 augustus 1922 op het bediendencontract; wet van 5 juni 1928 op de arbeidsovereenkomst wegens scheepsdienst; wet van 1 april 1936 op de arbeidsovereenkomst wegens dienst op binnenschepen.

(3) Wet van 19 augustus 1948 betreffende de prestaties van algemeen belang in vredestijd.

(4) Besluitwet van 25 februari 1947 betreffende het toekennen van loon aan de werknemers voor een bepaald aantal feestdagen per jaar, artikel 2.

(5) Wetten betreffende het jaarlijks verlof der loonarbeiders, geordend 9 maart 1951, artikelen 7 en 8.

(6) Wet van 10 maart 1900, artikelen 19 en 28 quater.

(7) Gemeenschappelijke verklaring van 5 mei 1954 over de produktiviteit, Arbeidsblad 1954, blz. 607; protocol van 11 mei 1960 tussen werknemers en werkgevers inzake sociale programmatie, Arbeidsblad, 1960, blz. 680.

(8) Wet van 23 juni 1894 houdende herziening van de wet van 3 april 1851 op de mutualiteitsverenigingen.

(9) Zie hieromtrent H. Lenaerts : De burgerlijke, politieke en administratieve rechten, nrs 274 e.v. en nr 306.

(10) Wet van 7 januari 1958 betreffende de fondsen voor bestaanszekerheid.

(11) Besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, artikel 6 bis; organiek koninklijk besluit van 22 september 1955 van de ziekte- en invaliditeitsverzekering, artikel 48.

8. FISCAAL RECHT

VRIJE BEROEPEN EN INKOMSTENBELASTING

door

Prof. Mr. J. VAN HOUTTE

Hoogleraar aan de Universiteiten te Gent en te Luik.
Lid van de Koninklijke Vlaamse Academie voor Wetenschappen.
Oud-Eerste-Minister.

Het onderwerp dat ik voor mijn bijdrage aan dit feestnummer heb gekozen is zeker actueel. Het verdient zowel de lege lata als de lege ferenda behandeld te worden.

Het belastingprobleem is w.t.v. een algemeen probleem dat voor allen, welke ook de aard van hun activiteit of de bron van hun inkomen wezen, is gesteld. Deze opmerking geldt vooral voor de inkomstenbelasting. Voor bepaalde sectoren van landbouw, handel of nijverheid behoren inderdaad de specifieke belastingproblemen ook tot het gebied van de indirecte fiscaliteit : overdrachttaxe, invoerrechten, accijnzen, enz.... Voor de beoefenaars van vrije beroepen is dat, als algemene regel, niet het geval. Zo stelt b.v. artikel 70 van het Wetboek van de met het zegel gelijkgestelde taxen bijna alle intellectuele prestaties vrij van de taxe op de ondernemingscontracten (art. 32 K.B. n° 127, 28 februari 1937, gew. art. 12 W. 27 juli 1957). Daarom kon ik mijn onderzoek beperken tot de positie van de vrije beroepen t.o.v. de inkomstenbelasting.

Is het wel nodig te beginnen met een lange historiek ? Ik geloof het niet. Zeer ver zou ik trouwens niet moeten terugklimmen in het verleden. Het oude patentrecht van vóór 1919 kon moeilijk doorgaan als een echte inkomstenbelasting. De advokaten bleven ervan vrijgesteld tot 1884 (1). De hoogte van het patent was verondersteld bepaald te zijn naar de winstgevendheid van het beroep, maar een verhouding tussen werkelijke winst en forfaitair patentrecht bestond er klaarblijkelijk niet. Overigens was, zelfs voor de tijd, het te betalen bedrag zeer laag.

Ons stelsel van gesplitste inkomstenbelastingen, met als overkoepelingsbelasting de supertaxe (in 1930 herdoopt : aanvullende personele belasting) werd, zo als bekend, door de wet van 19 oktober 1919 ingevoerd. Merkwaardig is het, maar minder bekend, dat het door de regering Delacroix op 29 maart 1919, op basis van het tijdens de oorlog voorbereide verslag Ingenbleek (2), ingediend wetsontwerp een synthetische belasting voorzag op het globaal inkomen, dat blijken zou uit indiciën, om aan de contribuabelen de onaangenaamheden te sparen van een « inquisitoriaal » optreden van de fiscus. Het oorspronkelijk ontwerp werd in de secties van de Kamer verworpen. De « globale » belasting werd als onrechtvaardig beschouwd en vervangen door het huidig analytisch of cedulair stelsel (aangevuld, zoals gezegd, door een supertaxe op het globaal inkomen) om een discriminatie toe te laten tussen de winst van de arbeid en de opbrengst van het reeds verworven fortuin. Ook de indiciaire berekening van de belastbare grondslag moest ingetrokken worden, omdat belasting van het werkelijk inkomen op grond van het rechtvaardigheidsbeginsel noodzakelijk bleek.

1919 luidt dus, ook voor de beoefenaars van vrije beroepen, de periode in van de taxatie van de « baten», in de bedrijfsbelasting en in de aanvullende personele belasting, na aangifte gecontroleerd door het bestuur.

Eénzelfde belasting, de bedrijfsbelasting, treft nu nog de inkomsten van op het even welk gebied uitgeoefende winstgevende bedrijvigheden. Maar de wet zelve heeft deze inkomsten in vier categoriën gerangschikt : winsten van de bedrijven (art. 25, § I, S.W. I.B.), bezoldigingen (art. 25 § I, 2° litt. a.), vergoedingen aan beheerders, commissarissen en gelijkgestelde personen (art. 25 § I, 2° litt.b) en « baten, onder welke naam ook, van de vrije beroepen, ambten of posten, en van elke winstgevende betrekking, niet bedoeld bij 1 en 2 van deze paragraaf » (art. 25 § I, 3°). Deze laatste tekst bleef ongewijzigd in de oorspronkelijke redactie van artikel 25 § I, van de wet van 29 oktober 1919.

Een dergelijke stabiliteit van de wetsbepalingen is in fiscale zaken ongewoon. De vraag kan derhalve gesteld worden waarom, vanaf het beginstadium van de inkomstenbelasting in België, de « baten » van vrije beroepen, alhoewel door éénzelfde belasting getroffen als de andere professionele winsten, afzonderlijk vermeld zijn in het basisartikel, dat de grondslag van de bedrijfsbelasting omschrijft.

De reden van deze classificatie is het verschil, niet enkel in de heffingsmethode en in het tarief, maar ook in de berekening van het netto-inkomen tussen de bedrijfswinsten uit de vier categorieën.

Heffingsmethode. Afhouding van de belasting bij de bron is de regel voor de bezoldigingen en de vergoedingen van beheerders en commissarissen. Zij blijkt doorgaans onmogelijk te zijn voor winsten van bedrijven en baten van vrije beroepen.

Tarieven. Tot aan de wet van 8 maart 1951 was een hoger tarief voorzien op de winsten uit bedrijven en op de baten van vrije beroepen dan op bezoldigingen. Thans geldt voor alle fysieke personen (3) éénzelfde klimmend tarief ; om van de fiscale gelijkheid te genieten moeten evenwel de niet-bezoldigden gebruik maken van het stelsel van de voorafbetalingen (art. 35 § 9, 2° lid ; art. 35 W. 8 maart 1951) (4).

Berekening van het netto-inkomen. De winsten uit nijverheids-, handels- en landbouwbedrijven — behalve in geval van forfaitaire bepaling van de grondslag van de belasting (art. 28, Ie lid, S.W.I.B.) — worden, voor de berekening van de netto-winst, alleen verminderd met de door de belastingplichtige bewezen bedrijfslasten. Beoefenaars van vrije beroepen mogen, zoals bezoldigden, genieten van de forfaitaire aftrekking van de bruto-baten van een vierde, zonder dat het forfait de als bedrijfslast aftrekbare belastingen, vermeerderd met 60.000 F, overschrijden mag (art. 29 § 3, 2e en 3e lid, en 30, Ie lid, S.W.I.B.).

Deze wetshistorische uitleg is echter niet volledig. Indien de wetgever, reeds in 1919, de indeling van de

bedrijfsinkomsten in een aantal categorieën noodzakelijk oordeelde, dan is het ook omdat hij het als een eis van de rechtvaardigheid had aangevoeld dat zoveel mogelijk rekening zou gehouden worden met de omstandigheden van de winstverkrijging in de uiteraard zeer verschillende types van beroepsactiviteit.

Zoveel mogelijk, schreef ik. Inderdaad kan deze aanpassing van de belasting alleen geschieden binnen de perken gesteld door enkele imperatieven van het fiscaal recht, die ik even in herinnering moet brengen. Het gelijkheidsprincipe ten eerste : een bedrijfsinkomen is een bedrijfsinkomen. En hebben de zelfstandigen geen jarenlange strijd gevoerd om (in 1951) te bekomen dat zij volgens hetzelfde tarief zouden belast worden als de bezoldigden ? Ten andere, het annualiteitsbeginsel. Ik meen evenwel dat soms aan dit laatste een ruimer draagwijdte werd toegekend dan deze van artikel 111 van de Grondwet (5). Het spreekt van zelf, dat aangezien de inkomstenbelasting voor een jaar wordt berekend, de grondslag ervan ook voor een periode van één jaar moet worden bepaald. Maar een gezonde fiscaliteit dient nochtans rekening te houden met de economische realiteit, en de werkelijke toestand van de belastingplichtige is wel beïnvloed door feiten die zich vóór de belastbare periode hebben voorgedaan en andere die zich hoogstwaarschijnlijk, maar na deze periode, zullen voordoen. Is het regime van de afschrijvingen niet gesteund op het idee van de *toekomstige* vervanging van de versleten of verouderde productieve activa van de onderneming ? En laat de wetgever de aftrekking niet toe van de *vroegere* bedrijfsverliezen ? (6). Een bepaling (art. 32 § I, 2° lid, S.W.I.B.) welke ook beoefenaren van vrije beroepen, o.m. notarissen (7) met goed gevolg hebben ingeroepen.

Het fiscaal probleem van de vrije beroepen werd op voortreffelijke wijze samengevat door de stichter van het Rechtskundig Weekblad in het praeadvies over « De crisis aan de balie » dat hij te Luik hield op 2 juni 1939 voor de algemene vergadering van het Verbond der Belgische Advocaten. « Nochtans, verklaarde Mr René Victor, moet in een algemeen overzicht van de oorzaken der crisis aan de balie in de eerste plaats gewezen worden op de bestaande toestand op fiscaal gebied, waar de advocaten zwaarder belast worden dan de andere schatplichtigen en het fiscaal systeem niet in het minst rekening houdt met de enorme beleggingen die de juridische studiën en de lange onvruchtbare jaren voor het patrimonium van de advocaat betekenen. Ook werd geen enkele modaliteit voorzien waarin aandacht geschonken wordt aan de opofferingen, welke een advocaat zich moet getroosten om zich een behoorlijke oude dag te verzekeren » (8).

Het probleem is door Mr Victor correct gesteld. Maar was zijn praeadvies, niet in 1939, maar in 1962 uitgebracht geworden, dan had hij, met de hem eigen objectiviteit, zeker vastgesteld dat in de laatste drieentwintig jaar wetgevende maatregelen getroffen om de onrechtmatigheden die hij in het licht stelde in niet onbelangrijke mate te corrigeren.

Fiscale gelijkheid, wat de tarieven betreft, werd, zoals reeds gezegd, door de wet van 8 maart 1951 verwezenlijkt.

Ook op het gebied van de pensioenregeling voor de vrije beroepen werden, althans gedeeltelijke resultaten bereikt, zowel in de sociale als in de fiscale wetgeving.

In 1953 werd door de zorgen van het Verbond der Belgische Advocaten de « Voorzorgskas voor Advocaten » opgericht. Ook in andere beroepen werden allerlei initiatieven genomen voor verzekering tegen ouderdom en vroegtijdige dood, reeds vóór de verplichte pensioenregeling voor de zelfstandigen in voege trad (9).

Ik meen dat men zich niet voldoende rekenschap geeft van de budgettaire offers welke de Staat aanvaard heeft om het sukses van de maatschappelijke zekerheid te verzekeren. En ik denk niet zozeer aan de kredieten die jaarlijks worden uitgetrokken als Staatsbijdrage in het stelsel van pensioenen, gezinsvergoedingen, ziekteverzekering, enz..., dan aan de verminderde belastingontvangst als gevolg van de vrijstelling van het deel van het inkomen dat aangewend wordt tot stortingen aan pensioen- of verzekeringskassen, en van het inkomen dat uit deze kassen verkregen wordt door de contribuabel. Het totaal van de wettelijk vrijgestelde inkomsten, die dus niet eens in aanmerking komen voor de bepaling van het belastbaar inkomen (dat t.a. nog moet verminderd worden met de bedrijfslasten, al of niet forfaitair bepaald) werd door de administratie geschat, voor het jaar 1957, op 51,75 miljard frank, hetzij ongeveer 12 à 13 % van het nationaal inkomen. Deze vrijgestelde inkomsten zijn van zeer diverse aard, maar veruit het grootste gedeelte behoort tot wat men noemt het indirect loon, t.t.z. de bijdragen aan en de vergoedingen uit de maatschappelijke zekerheid (10). Deze vrijstellingen komen practisch neer op een verborgen progressiviteit van de inkomstenbelasting, waardoor de openlijke progressiviteit van de tarieven m.i. op gelukkige wijze wordt aangevuld.

Men kan zich niettemin afvragen of alle schatplichtigen met eenzelfde werkelijk inkomen (niet te verwarren met belastbaar inkomen) in dezelfde mate het voordeel genieten van deze « sociale » vrijstellingen. Het antwoord is ongetwijfeld negatief. Ten eerste, omdat voor de middengroep in de inkomstenklassen of -schijven (waartoe de beoefenaars van vrije beroepen behoren in de beste jaren van hun carrière) het relatief aandeel van de vrijgestelde inkomsten in het geheel van hun bedrijfsinkomen of van hun globaal inkomen (11) veel minder is dan voor de lagere schijven, terwijl deze groep het zwaarst getroffen werd in de naoorlogse periode door de distorsie van de tarieven als gevolg van de vermindering van de koopkracht van de munt. Wie een half miljoen verdient in 1962 geniet feitelijk geen hoger inkomen dan wie 125.000 fr. verdiende in 1939. Ten andere, omdat de zelfstandigen minder ontvangen dan de loontrekkenden uit de maatschappelijke zekerheid, en derhalve, met hetzelfde inkomen (inclusief de sociale voordelen) minder vrijgestelde inkomsten mogen aftrekken voor de bepaling van de bruto (en later netto) grondslag van de belasting.

Deze toestand, die door alle middenstandsorganisaties wordt aangeklaagd, is w.t.v. uit te leggen door het feit dat de maatschappelijke zekerheid voor de loontrekkenden wordt gefinancieerd uit bijdragen, niet enkel van de werknemer en van de Staat, maar ook van de patroon, terwijl voor de zelfstandigen, benevens de Staatstoelagen, geen ander financieringsmiddel voorhanden is dan de stortingen van de betrokkenen zelf. En deze stortingen kunnen in een verplichte verzekering niet opgevoerd worden tot een niveau dat voor de massa van de aangeslotenen ondraaglijk wordt.

De gevolgen van deze toestand kunnen voor de zelfstandigen uit de nijverheids- en handelssector grotendeels verholpen worden door het inrichten van hun bedrijf in vennootschap. Zij zullen dan, in het meest voorkomend geval, het fiscaal en sociaal regime van de loontrekkenden genieten, en nochtans hun activiteit

feitelijk voortzetten zoals in een éénmanszaak. Talloze voorbeelden zou ik kunnen aanhalen uit de praktijk, zoals ik niet hoef te bewijzen dat de tradities en de natuur zelve van de vrije beroepen een dergelijke oplossing uitsluiten.

Ambachtslieden, landbouwers, hoofden van individuele bedrijven hebben er gewoonlijk alle belang bij door tussenkomst van hun bedrijfsorganisatie (art. 28, Ie lid, S.W.I.B.), een akkoord te sluiten met de fiscus voor forfaitaire bepaling van hun netto-bedrijfswinst. Mag ik er nochtans terloops de aandacht op vestigen dat de mogelijkheid forfaitaire akkoorden te sluiten niet enkel voor nijverheids-, handels- en landbouwbedrijven is voorzien, maar ook voor vrije beroepen, die, behalve in uitzonderlijke gevallen (12), omzeggens nooit de toepassing van artikel 28 hebben aangevraagd ? Forfaitaire berekening van de « baten » van advocaten, notarissen, geneesheren, enz... gaat vanzelfsprekend met grote moeilijkheden gepaard, maar bijkt uiteraard niet onmogelijk, indien beide partijen (administratie en beroepsautoriteiten) blijk geven van goede wil en practische geest.

Feitelijk is nochtans het fiscaal probleem van de vrije beroepen niet op te lossen indien men geen rekening houdt met deze beide karakteristieken : enerzijds dat zij, al zijn zekere vormen van associatie noodzakelijk geworden, steeds zullen uitgeoefend worden als een individuele activiteit, anderzijds dat, ook in de meest succesvolle carrières, de periode van de hoge professionele winsten vrij laat komt en derhalve (al kan hier vanzelfsprekend geen gemiddelde geciteerd worden, geldig voor alle vrije beroepen en in alle omstandigheden) betrekkelijk kort is. Een vooruitziend man, die in dergelijke voorwaarden zijn beroep uitoefent, zal het inkomen uit de topperiode van zijn loopbaan niet beschouwen als de uitdrukking in cijfers van zijn normale levensstandaard, maar als een compensatie voor de lange financieel onvruchtbare periode in het verleden, en vooral voor de onvermijdelijke en zeer gevoelige vermindering van zijn bedrijfsinkomen in de toekomst. Hij is dus tot sparen aangewezen, zowel door het vormen van een kapitaal voor zijn oude dag, als door het sluiten van een levensverzekering. Deze spaargeest moet door de Staat aangemoedigd worden, niet enkel in het individueel belang van de spaarder, maar in dat van de gemeenschap zelf.

De fiscale wetgever had trouwens in 1951 de noodzakelijkheid ingezien de voor vele belastingplichtigen, maar vooraleer voor de zelfstandigen (inzonderheid de beoefenaars van vrije beroepen) ontoereikende pensioenen van de maatschappelijke zekerheid, aan te vullen door renten of kapitalen uit vrijwillig sparen gevormd. Artikel 30bis, in de samengeschakelde wetten op de inkomstenbelastingen ingelast door artikel 15 van de wet van 8 maart 1951, stelt immers van de bedrijfsbelasting vrij, met w.t.v. een maximum (13), het deel van de winsten, bezoldigingen of baten aangewend... « 3° tot stortingen welke werkelijk, op definitieve wijze, zijn gedaan met het oog op het vormen door de levensverzekering hetzij van een rente of van een kapitaal in geval van leven, hetzij van een rente of een kapitaal in geval van overlijden » (14). Ten andere, zijn de kapitalen uitbetaald op de in de polis gestelde leeftijd of bij het overlijden enkel belastbaar « tegen de aanslagvoet verband houdend met de rente of het complex van de renten, voortvloeiend uit de conversie van die kapitalen » (art. 35 S.W.I.B., art. 6 W. 28 maart 1955). Verder wordt onder analoge voorwaarden vrijstelling verleend voor « sommen besteed aan de aflossing of de herstelling door annuïteiten van hypotheekleningen afgesloten voor het bouwen of het verwerven van een gebouwd onroerend goed en gewaarborgd door een tijdelijke verzekering bij overlijden met afnemend kapitaal » (art. 30 bis, 3°, 2e lid S.W.I.B., art. 15 W. 8 maart 1951).

Het is hier niet de plaats om het uiterst delicaat probleem van de controle op de belastingaangiften door beoefenaars van vrije beroepen, met zijn vele aspecten, te bespreken op gedetailleerde wijze. Niet zelden wordt als argument ingeroepen om een zwaarder tarief te rechtvaardigen op het inkomen van zelfstandigen dan op dat van de bezoldigden, dat voor deze laatsten de fraude practisch onmogelijk is; het lijdt inderdaad geen twijfel dat de inhouding bij de bron de beste garantie is voor de juiste heffing van de belasting. Regering en Parlement hebben nochtans dat argument niet weerhouden bij het herstel van de fiscale gelijkheid in 1951, omdat het eigenlijk een mes is dat aan twee kanten snijdt, en een aldus gemotiveerde differentiatie van de tarieven de fiscale ontduiking legaliseren zou pro rata van het tariefverschil. Trouwens, de belastingcontroleurs passen thans, zoals de betrokkenen uit ervaring hebben geleerd, verfijnde technieken toe, zodat de fractie van het inkomen van de vrije beroepen die aan de fiscus ontsnapt veel geringer is dan b.v. tien jaar geleden : vergelijking van de aangifte van de kliënt, die het ereloon in mindering brengt van zijn belastbare inkomsten, met de aangifte van de advocaat, onderzoek van de boekhouding van de mutualiteiten, enz... Men verlieze t.a. niet uit het oog dat de beoefenaars van vrije beroepen allen, of bijna, gehouden zijn tot het beroepsgeheim, hetgeen de taak van de fiscale controleurs zeker niet vergemakkelijkt. In dat verband werden, om de vele moeilijkheden, waarmede het voorleggen van de stamboekjes en dagboeken (art. 30 S.W.I.B.) gepaard gaat, enigszins te verhelpen, comités van advies opgericht door artikel 25 van de wet van 20 augustus 1947 (art. 55 § 2, S.W.I.B.). Het belastingbeheer kan de aangiften, ingeval geen akkoord bereikt werd tussen een belastingplichtige, die krachtens wettelijk ingestelde tucht tot beroepsgeheim gehouden is, en de controleur, mededelen aan dat comité (uit afgevaardigden van de beroepsautoriteit samengesteld), ofwel op eigen initiatief, ofwel op verzoek van de contribuabel. De tussenkomst van het comité van advies is evenwel facultatief voor beide partijen.

Als besluit wil ik nu enkele beschouwingen ontwikkelen *de lege ferenda.*

Uit deze zeer beknopte samenvatting van de huidige toestand van de beoefenaars van vrije beroepen t.o.v. de inkomstenbelasting, blijkt dat de wetgever erin geslaagd is de fundamentele beginselen van een algemene belasting, met klimmend tarief, op het werkelijk aangegeven en gecontroleerd inkomen van alle schatplichtigen in niet geringe mate aan te passen aan de sociaal-economische werkelijkheid, d.w.z. aan de omstandigheden waarin de carrière van beoefenaars van vrije beroepen feitelijk verloopt : de fiscale aanmoediging, sinds 1951, van het sluiten van verzekeringen op het leven en van het aanschaffen van een onroerend goed is in dat opzicht bijzonder gelukkig te noemen.

Dat deze aanpassing empirisch is geschied, dat menige verbetering van het stelsel mogelijk is, zal wel niemand ontkennen. En voor deze verbeteringen biedt de aangekondigde fiscale hervorming zeker de gelegenheid.

Het is nochtans een feit dat in kringen van vrije beroepen ongerustheid heerst sedert het indienen van het wetsontwerp n° 264 houdende hervorming van de inkomstenbelastingen. Protestmoties van de balie van Brussel (15) en van Luik (16), alsook van diverse

organisaties van de vrije beroepen werden in de pers gepubliceerd.

In het ontwerp komen inderdaad bepalingen voor welke, indien zij niet grondig worden gewijzigd, de voorgestelde hervorming bijzonder schadelijk moeten maken voor deze sociale groep.

Ik zal me beperken tot het essentiële, en laat tevens opmerken dat het zeer moeilijk is, in de huidige stand van de bespreking van het wetsontwerp n° 264, een juist beeld te geven van ons toekomstig fiscaal stelsel.

Aan het regime van de levensverzekering, waarvan ik het uitzonderlijk belang voor de vrije beroepen herhaaldelijk heb onderlijnd, was door het wetsontwerp op zeer ongelukkige wijze getornd (art. 15 Ontw.). De Kamercommissie heeft op dat punt het ontwerp reeds gedeeltelijk verbeterd.

De globalisatie van het inkomen, dat voortaan door één enkele sterk progressieve belasting zal getroffen worden, heeft onvermijdelijk een gevoelige belastingverhoging als gevolg voor de « middengroep » onder de contribuabelen, t.t.z. deze die een globaal inkomen genieten van meer dan circa 150.000 frank (uit arbeid en uit gespaard vermogen). In deze groep zijn juist de meeste beoefenaars van vrije beroepen, na de moeilijke beginjaren, gesitueerd. Door toepassing van een te hoog belastingtarief op de winsten van de korte topperiode in de beroepsactiviteit wordt de noodzakelijke spaarvorming voor de toekomst tegengewerkt. Een correctief wordt door de Kamercommissie voorgesteld : de uitsluiting uit het globaal te belasten inkomen van een fractie van het kadastraal inkomen van het huis (of van *een* huis) van de belastingplichtige.

Bijzonder nadelig voor de beoefenaars van vrije beroepen is de afschaffing van de deductibiliteit, als bedrijfslast, van de in de loop van de belastbare periode betaalde belasting. De vóór- en nadelen van de deductibiliteit werden in menig opstel besproken, en zelf heb ik mijn standpunt bekend gemaakt : het prijsgeven van het beginsel van de aftrekbaarheid, voor de gewone inkomstenbelasting, als last, van de betaalde belastingen, ware m.i. een onrechtvaardigheid, omdat de contribuabel aldus zou belast worden op een deel van zijn inkomen dat hij niet vrij heeft kunnen besteden, hetzij aan consumptieuitgaven, hetzij aan spaarbeleggingen, daar het voorafgenomen werd door de fiscus (17). Ik geef toe dat de versnelling van de progressiviteit, die automatisch volgt uit de verruiming van de belastbare grondslag door afschaffing van de deductibiliteit, gecorrigeerd kan worden door een verlaging van het tarief. Maar, zo deze tempering wellicht mogelijk is voor een betrekkelijk stabiel inkomen (zoals b.v. dat van een rentenier) of een inkomen dat volgens voorafbepaalde barema's evolueert (zoals dat van ambtenaren, loontrekkenden, gepensioneerden), een overdreven taxatie in de periode van de topprestaties van de vrije beroepen komt me des te waarschijnlijker voor, daar de progressie nog geaccentueerd wordt doordat de uiteraard onregelmatige « baten » niet meer zullen gecompenseerd worden (natuurlijk gedeeltelijk !). door de aftrekking van de er aan verbonden belasting.

Moge met deze bezwaren — en nog andere, die ik in het raam van deze studie niet ontwikkelen kon — rekening gehouden worden vóór de eindbeslissing valt in het Parlement, opdat de ontworpen hervorming, voor de vrije beroepen zoals voor de andere sociale groepen, zou voldoen aan de eerste vereiste van een goed belastingstelsel : de rechtvaardigheid !

---

(1) Pandectes Belges, V° *Patente en général,* nr. 167.
(2) *J. Ingenbleek, La justice dans l'impôt,* Parijs, 1918.
(3) Voor beheerders, commissarissen en gelijkgestelde personen wordt evenwel een supplement van 20 % voorzien, uitgezonderd voor diegenen onder deze belastingplichtigen die, in ten hoogste twee vennootschappen, effectief werkelijke en vaste functiën uitoefenen, en voor het deel van hun vergoeding dat de emolumenten overschrijdt van hun collega's zonder speciale functiën (art. 37, § 7, 2e en 3e lid, S.W.I.B.).
(4) Geen verhoging indien de voorafbetaling geschiedt vóór 15 juli van het jaar waarin het inkomen verkregen wordt, 10 % verhoging indien zij geschiedt vóór 15 januari van het volgend jaar, 20 % zonder voorafbetaling.
(5) *Van Houtte, Beginselen van het Belgisch Belastingrecht,* nrs. 126 en 128.
(6) Vóór de wet van 18 februari 1954 van de drie, nu van de vijf vorige kalender- of boekjaren.
(7) Gent, 18 april 1939, *Tijdschrift voor Notarissen,* 1939 143.
(8) *Rechtsk. W.,* 1938-1939, kol. 1571.
(9) Het regime van de gezinsvergoedingen voor zelfstandige arbeiders was reeds ingevoerd geworden door de wet van 10 juni 1937.
(10) Zie de ontleding van het bedrag van 51,75 miljard in *Van Houtte, Réflexions sur une réforme fiscale,* in *Problèmes fiscaux d'aujourd'hui,* Uitg. Ecole Supérieure des Sciences Fiscales, Brussel, 1962, pp. 102-103.
(11) Deze demonstratie is inderdaad *brevitatis causa* beperkt tot de bedrijfsbelasting. De ontwikkelde argumenten gelden ook w.t.v. voor de aanvullende personele belasting.
(12) B.v., in het ambtsgebied van bepaalde provinciale directies, voor de notarissen, wat betreft de bedrijfslasten.
(1)) Vroeger 50.000 fr., 40.000 fr. sedert de wet van 13 juli 1959.
(14) « a) ten bate van de mannelijke belastingplichtige vanaf een leeftijd die niet beneden 65 jaar mag zijn, of van de vrouwelijke belastingplichtige vanaf een leeftijd die niet beneden 60 jaar mag zijn; b) in geval van vroegtijdig overlijden, ten bate van de echtgenoot of echtgenote of van familieleden tot de tweede graad, van de belastingplichtige ».
(15) *Journal des Tribunaux,* 1962, blz. 140.
(16) 20 maart 1962, *Journal des Tribunaux,* 1962, bl. 338.
(17) O.m. in mijn reeds geciteerde *Réflexions sur une réforme fiscale,* bl. 110 - 111 en in mijn voordracht . *Le principe de la déductibilité de l'impôt,* Journ. Comptabilité, jan. 1962.

DE MACHTEN VAN DE KONING INZAKE BELASTINGEN

door

Prof. Mr. Edgard SCHREUDER

Hoogleraar aan de Universiteit te Brussel.

Secretaris-generaal van het Ministerie van Financiën.

« Geen enkele belasting ten behoeve van het Rijk kan worden ingevoerd dan bij een wet » (Grondwet, art. 110, 1ste lid).

Op deze wijze bekrachtigt de Grondwet een zeer oude regel van ons publiek recht, naar dewelke het invoeren der belastingen afhankelijk is van de toestemming der volksvertegenwoordiging.

« De belastingen ten behoeve van het Rijk worden elk jaar bij stemming vastgesteld. De wetten welke ze invoeren zijn slechts van kracht voor één jaar, indien zij niet worden vernieuwd (art. 111) ».

De aangehaalde tekst moet niet letterlijk worden opgevat. Evenals een andere wet blijft een belastingswet van kracht tot haar intrekking. Artikel 111 wil alleen zeggen, dat de toestemming van de Wetgevende Macht tot de heffing van de bestaande belastingen elk jaar dient hernieuwd te worden (1).

De bescheiden van het Nationaal Congres werpen

weinig licht op de draagwijdte van artikel 10 der Grondwet. Het verslag van ridder de Theux de Meylandt beperkt zich tot algemene en weinigzeggende vaststellingen.

« Les impôts ont toujours été un des principaux sujets des plaintes que les peuples ont élevées contre l'autorité... La Constitution d'un peuple libre doit le préserver d'impôts arbitraires » (2).

Om op dit punt de bedoeling van de Grondwetgever te vatten, is het geraadzaam de tekst die hij tot de zijne heeft gemaakt te vergelijken met de overeenkomende bepalingen van de Nederlandse en Franse grondwetten uit dezelfde tijd. De eerste, omdat ze de publiekrechtelijke verhoudingen regelde die de omwenteling pas verbroken had; de tweede, omdat de gebeurtenissen van september 1930 sterk onder de invloed stonden van hetgeen zich te Parijs in juli en augustus van hetzelfde jaar had afgespeeld.

De Nederlandse grondwet van 24 augustus 1815 bepaalt in artikel 197, dat « geene belastingen kunnen ten behoeve van 's Rijks kas worden geheven, dan *uit krachte van eene wet* ».

Van haar kant, neemt de Franse grondwet van 7-9 augustus 1830 zonder enige wijziging het artikel 40 over van de Charte van 14 augustus 1814, volgens hetwelk « aucun impôt ne peut être établi ni perçu, s'il n'a été consenti par les deux Chambres et sanctionné par le Roi ».

De Nederlandse Grondwet zegt niet, dat de belastingheffing moet worden geregeld bij de wet. Het is voldoende dat de wet tot het doen ener heffing heeft gemachtigd (3).

In België wordt het voorzetsel «*bij*» aangenomen ter vervanging van «*uit krachte van*». Zodoende is te kennen gegeven, dat de wetgever zelf de opdracht krijgt om voor de regeling van de belasting te zorgen en deze taak aan de regering niet mag overlaten.

Ons artikel 110 heeft grote gelijkenis met artikel 40 van de Charte, hoewel dit laatste niet duidelijk doet blijken of een globale toestemming van de Wetgevende Macht kan volstaan, de verdere regeling zijnde aan de Uitvoerende Macht toevertrouwd.

De Belgische rechtsleer neemt eenparig aan dat artikel 110 van de belasting een «pand» van de Wetgever maakt en dat de regeling door hem en niet door het Executief moet geschieden. Een ondeelbare en onoverdraagbare bevoegdheid wordt aldus aan de Wetgever toegekend (4).

Mochten wij artikel 110 buiten beschouwing laten, dan nog zou in een zaak als de belasting, die overheid en burger tegen elkaar stelt, het prerogatief van de Wetgever zich opdringen bij toepassing van andere bepalingen van de Grondwet, namelijk artikel 67, volgens hetwelk de Koning de verordeningen maakt en de besluiten neemt, « die voor de uitvoering van de wetten nodig zijn, zonder ooit de wetten zelf te mogen schorsen of van hun uitvoering te ontslaan » en artikel 78 naar wiens bewoordingen « de Koning geen andere macht heeft dan die welke de Grondwet en de bijzondere krachtens de Grondwet uitgevaardigde wetten hem uitdrukkelijk toekennen ».

Deze beide beschikkingen omschrijven nauwkeurig de rol van de Uitvoerende Macht, die er alleen in bestaat voor de *uitvoering* der wetten te zorgen, hetgeen elke residuaire macht uitsluit voor het geval de wetgever in gebreke blijft om over het een of ander uitspraak te doen.

De Koning kan op zijn reglementaire macht niet steunen om voorschriften uit te vaardigen over punten die de Wetgever onaangeraakt heeft gelaten. Hij kan alleen in een bepaalde sector handelend optreden, waarvan de grenzen bij voorbaat door de wet werden afgebakend. Bij vraagstukken die aan de aandacht van de wet ontsnapt zijn, behoort het de Koning niet, al ware het voorlopig, de tekortkomingen van de Wetgever te verhelpen.

Onze Constitutie wijst het beginsel af, dat door de grondwet van 24 augustus 1815 wordt gehuldigd en dat de Vorst toelaat alle daden te stellen waarvoor de medewerking van de Kamers niet vereist is (5).

Volgens Wigny komen op een hoger vlak normen voor die de beginselen van de reglementering aangeven en van de Wetgevende Macht uitgaan. Dat zijn «wetten». Op een lager vlak ontwaart men bijkomende normen, die binnen het raam van de wettelijke beginselen de bijzonderheden van de reglementatie preciseren. Ze komen tot uiting in «besluiten».

Enig voorbehoud is hier nodig, aangezien deze opvatting impliciet insluit, dat de door de Koning voor de uitvoering van een wet te treffen maatregelen normen kunnen inhouden die de door de wet zelf gevestigde normen min of meer aanvullen of wijzigen. Welnu, dit blijkt onaanvaardbaar, omdat de Executieve niet bevoegd is om het stilzwijgen van de wet te verhelpen.

Ten allen tijde is het voorgekomen dat de Wetgever de Regering de taak opdraagt om zijn eigen werk te voltooien, hetzij dat de essentiële normen door de wet aangegeven worden en ook de objectieve criteria waarmee in het koninklijk besluit dient rekening gehouden, hetzij dat het voorwerp alleen in de wet gedefinieerd wordt en reglementering helemaal aan de Executieve toevertrouwd is. De gewoonte heeft zich stilaan uitgebreid, met het gevolg dat «kaderwetten» in talrijke gebieden de Regering machten toekennen die klaarblijkelijk niet passen bij de door de Grondwet scherp beperkte bevoegdheid van de Executieve.

Van 1926 af wordt de Regering herhaaldelijk bekleed met aanzienlijke machten in de meest verschillende sectoren van het openbaar leven, zulks ingevolge zogenaamde «volmachtwetten», die op een tijdelijke machtsafstand neerkomen van de Wetgever ten behoeve van de Executieve.

De bijzondere machten aldus aan de Koning toegekend zijn juridisch niet te verdedigen tegenover de duidelijke en uitdrukkelijke voorschriften van de Grondwet. Deze vaststelling dringt zich des te meer op, wanneer het zaken geldt, als de belastingen, die met name aan de zorgen van de Wetgever worden toevertrouwd. Anders kan het evenwicht der machten waarop het staatsbestel van 1831 gebouwd is, in gevaar worden gebracht.

Om de machtsverschuiving te verklaren of te vergoelijken heeft men zich moeten beroepen op een feitelijke onmogelijkheid waarin de Kamers verkeerden om het hoofd te bieden aan een buitengewone en gevaarlijke toestand. « Tegen erge kwalen helpen alleen snelwerkende middelen.» Het Parlement bekent alleszins zijn onmacht en verzoekt de Regering in te grijpen.

De eerste vacantie in ons parlementaire regime begint met de wet van 16 juli 1926 en duurt zes maand. De tweede loopt met enkele tussenpozen van 1 januari 1933 tot 1 april 1936. Het toppunt wordt bereikt met de wetten van 7 september 1939 en 20 maart 1945. De bijzondere machten alsdan aan de Regering toegekend krijgen een nog ongekende uitbreiding.

Het verdient echter de aandacht dat laatstgenoemde wetten de fiscaliteit niet aanraken en dat de wetgevende functie van de Kamers op dat gebied onverlet blijft. Alleen wordt er de Regering toe gemachtigd

maatregelen te treffen, die kracht van wet zullen hebben, om de belastingen ten behoeve van de Staat in te vorderen volgens de vigerende wetten en tarieven. De jaarlijkse toestemming door de Kamers wordt achterwege gelaten. Artikel 111 van de Grondwet, niet artikel 110, komt in het gedrang (6).

Het ligt in ons voornemen niet om de constitutionele crisissen te bestuderen die België aldus heeft doorgemaakt ten gevolge van uitzonderlijke omstandigheden als de monetaire ineenstorting in 1926 en de economische depressie in de jaren 1931 tot 1935. Onze aandacht zal eerder gericht zijn op een gewoonte die zich vooral na de eerste wereldoorlog inburgerde, waardoor de bevoegdheid van de Regering, in strijd met artikel 110 der Grondwet, op een verbazende wijze werd uitgebreid.

Orban, die in 1911 schreef, stelt al vast dat gedeeltelijke en beperkte delegaties niet voor verboden worden gehouden, ondanks artikel 110 der Grondwet (7). Hij citeert, onder meer artikel 2 van de wet van 21 maart 1846, dat de Regering machtigt om met de door het douanetarief getroffen koopwaren soortgelijke waren gelijk te stellen, met dien verstande dat de uit te vaardigen koninklijke besluiten aan de goedkeuring der Kamers zouden onderworpen worden. De betekenis van deze beschikkingen is niet te onderschatten, aangezien zij uitgaan van wetgevers die voor een vrij groot getal in het Congres van 1831 gezeteld hadden en dus volkomen vertrouwd waren met de geest van de Grondwet.

Deze zachte en onschadelijke machtsverschuiving vergaat echter in het niet bij vergelijking met hetgeen wij in de laatste halve eeuw te zien krijgen. Bestendige machten wordt de Regering toegekend om allerlei vraagstukken op te lossen betreffende de belastingen. Wij laten van deze machtigingen een overzicht volgen, dat niet naar volledigheid dingt en zich tot typische gevallen beperkt.

Douanen en Accijnzen.

1. De Koning mag, bij wege van besluit waarover in Ministerraad is beraadslaagd :

1° het tarief van *invoerrechten* wijzigen;

2° invoerrechten geheel of gedeeltelijk schorsen of opnieuw instellen;

3° invoerrechten van fiscale aard geheel of gedeeltelijk omzetten in een binnenlandse heffing;

4° alle andere maatregelen treffen, inzake *douanen en accijnzen,* om de goede uitvoering te verzekeren van internationale akten, hieronder begrepen zijnde het opheffen of het wijzigen van wetsbepalingen.

De besluiten, die aldus in de loop van een jaar zijn getroffen, maken te zamen het voorwerp uit van een ontwerp van bekrachtigingswet dat, in de loop van het volgende jaar, bij de Wetgevende Kamers wordt ingediend (Wet 2 mei 1958, art. 1).

2. Met het oog op de vervroegde toepassing van de wijzigingen welke bij hoogdringendheid in de *accijnsrechten* moeten worden aangebracht, kan de Koning, bij in Ministerraad overgelegd besluit, alle maatregelen voorschrijven, met inbegrip van de voorlopige storting van de accijnsrechten welke door de wet zullen worden vastgesteld.

De Koning zal bij de Wetgevende Kamers dadelijk, zo zij vergaderd zijn, zoniet bij de opening van de eerstvolgende zittingstijd, een ontwerp van wet indienen strekkende tot het aanbrengen in de accijnzen van voornoemde wijzigingen (W. 19 maart 1951, art. 39).

Inkomstenbelastingen.

1. Voor de natuurlijke personen, wier zuiver bedrijfsinkomen niet hoger gaat dan 150.000 frank, wordt de belasting bepaald volgens een bij koninklijk besluit vastgestelde belastingschaal, op een cijfer variërend van 50 tot 27.500 frank, volgens de aanzienlijkheid van de trapsgewijze gerangschikte inkomsten (samengeschakelde wetten, art. 35, § 5).

2. Een koninklijk besluit regelt : 1°) de wijze waarop men dient te handelen voor de aangiften, de opmaking en de betekening der kohieren, de betalingen, de kwijtschriften en de vervolgingen; 2°) het tarief van de vervolgingskosten (art. 60).

Met het zegel gelijkgestelde taxen.

1. De regering is gemachtigd om forfaitaire taxen in te stellen, waarvan zij de eisbaarheidsoorzaken en -voorwaarden, het bedrag, de grondslag en alle modaliteiten van toepassing en van heffing bepaalt (Wetboek, art. 21).

[Geen mededeling aan of bekrachtiging door de Kamers wordt vereist.]

2. De Regering is gemachtigd om, voor het tijdsverloop dat zij zal nodig oordelen en voor de door haar te bepalen produkten, de vrijstelling in te trekken voorzien voor de uitvoer (directe en indirecte).

Al de maatregelen, genomen in uitvoering van dit artikel, worden aan de Kamers medegedeeld, onmiddellijk, zo zijn vergaderd zijn, zoniet bij de opening van hun eerstvolgende zittijd (art. 24[2]).

3. De Regering duidt de voorwerpen aan die, uit hoofde van hun aard of hun prijs, als weeldeartikelen aan de weeldetaxe (van 13 of van 16 p.c.) zijn onderworpen.

De besluiten moeten aan de bekrachtiging van de Wetgeving worden onderworpen, onmiddellijk zo de Kamers vergaderd zijn, zoniet bij de opening van hun eerstvolgende zittijd; zij blijven van toepassing tot het van kracht worden van de wet waarbij zij worden bekrachtigd (art. 84).

4. Bij koninklijk besluit kunnen de overdrachtstaxe en de aanverwante belastingen alsook de taxe op de jacht verzacht of verminderd worden, indien de economische toestand die maatregelen noodzakelijk maakt (art. 202[1]).

[Geen mededeling aan of bekrachtiging door de Kamers wordt vereist.]

5. De Regering is gemachtigd het bedrag van de overdrachtstaxe bij de invoer te brengen, te weten : op 12 p.c. wat betreft de halfafgewerkte produkten en voorwerpen, en op 18 p.c. wat betreft de afgewerkte produkten en voorwerpen (Wet 16 juni 1932, art. 1[er] gewijzigd).

[Geen mededeling aan of bekrachtiging door de Kamers wordt vereist.]

Enkele algemene aanmerkingen, alvorens deze diverse bepalingen aan de principes te toetsen.

Aan de wetgever wordt door de Grondwet de invoering van belastingen voorbehouden. Aan hem behoort het niet alleen zich over het idee en de aard van de belasting te uiten, doch ook over de grondslagen. Onder de grondslagen moeten we rekenen het onderwerp en het voorwerp van de belasting, haar toepassingsfeer ten opzichte van ruimte en tijdsverloop, de

positieve en negatieve elementen van de belastbare stof en de waardering ervan, het tarief van de belastingen, inbegrepen de verminderingen en vrijstellingen. De wetgever dient over al deze vragen zelf stelling te nemen, omdat ze de onscheidbare onderdelen van een geheel uitmaken dat zich met het offer van de contribuabele vereenzelvigt. Geen van voornoemde punten kan aan het Executieve overgelaten worden, ze stellen immers de gegevens voor van de fiscale equatie waarvan de belasting de onbekende grootheid is. Men kan zich geen belasting indenken zolang al haar integrerende elementen niet bepaald zijn.

Het volstaat niet de grondslagen van de belasting te bepalen. Ook dienen de wegen aangewezen die zullen gevolgd worden om de aangenomen normen in daden om te zetten. Met andere woorden : de door de wetgever nauwkeurig afgekante belasting moet tot haar recht komen. Wat hij verordend heeft moet een werkelijkheid worden. Het komt nu aan op de taxatie of likwidatie van de belasting, alsook op haar invordering. Hoe zal de Administratie de belastbare materie kunnen benaderen en er kennis van krijgen ? Formaliteiten zijn door de belastingschuldige te vervullen, in de meeste gevallen een afgifte die al de elementen en bijzonderheden inhoudt, nodig voor de zetting en de berekening van de belasting. Daartegenover staan de werkzaamheden van de Administratie : inkohiering (directe belastingen), berichtgeving, vervolgingen. Dit is de uitvoering vanuit de kant van de fiscus. Er is o.i. geen bezwaar om al die punten door de Regering te laten regelen. Normen aanleggen voor de uitvoering, dit hoort bij de uitvoering thuis.

Het opsporen van de belastbare materie kan nodig maken dat de Administratie bij machte zij om tot bepaalde onderzoeken over te gaan, hetgeen onderstelt dat de contribuabelen en desgevallend derde personen tot plicht hebben haar bescheiden of inlichtingen te verstrekken of haar toegang tot bepaalde werk- of opslagplaatsen te verlenen. Ook zal de bewijslast oordeelkundig tussen contribuabele en Administratie verdeeld moeten worden, hetgeen soms zal meebrengen de invoering van wettelijke vermoedens, al dan niet voor tegenbewijs vatbaar. Aldus zal een net van wederzijdse rechten en verbintenissen moeten geweven worden. Kan de Regering gemachtigd zijn om daarin te voorzien ? Het lijdt geen twijfel dat het antwoord ontkennend moet luiden. Weliswaar maken zulke verbintenissen geen integrerend deel uit van de belasting, wanneer men deze alleen als een geldelijk offer aanziet. Het blijkt dat ze de particulieren in handel en wandel hinderen en tijdrovende karweien kunnen worden. Aan de vrijheden door de Grondwet gewaarborgd en aan de grondvesten van de vrije maatschappij wordt geweld aangedaan.

In het licht van hetgeen voorafgaat zullen wij nu de aangehaalde «delegaties» aan een objectieve kritiek onderwerpen.

Bij douanen en accijnzen zijn er meerdere factoren die de normale gang van zaken in de weg staan. Elk wetsontwerp dat aan de Kamers wordt voorgelegd komt de belanghebbenden onmiddellijk ter ore. De ruchtbaarheid die aan de parlementaire handelingen en debatten wordt gegeven heeft tot doel om het de vertegenwoordigers der Natie mogelijk te maken met de reacties van de openbare mening rekening te houden. Maar de wettelijke schuldenaars van indirecte belastingen zijn niet degenen die ze uiteindelijk zullen afdragen. Een aangekondigde belasting zal te voren in de prijzen van de koopwaren worden ingerekend. De bevoorrading zal door de handelaars bespoedigd worden om het supplement te ontwijken, dat niettemin op de rekening van de klant wel zal voorkomen. Speculatie zal niet uitblijven.

Om zulks te voorkomen heeft men een onfeilbaar middel gevonden door de Regering toe te laten zonder verwijl in te grijpen. Het Parlement komt achteraf aan het woord om de getroffen maatregelen goed te keuren.

« Nood breekt wet. » Zo de Wetgever niet vermag op één namiddag een fiscaal ontwerp door beide Kamers te laten stemmen, dan blijft er maar één oplossing : de Regering opdracht geven om bij koninklijk besluit de zaak te bedisselen (8).

Dezelfde argumentatie kan men ook doen gelden voor de overdrachttaxe en de aanverwante belastingen. De gelijkenis met de douanerechten kan moeilijk ontkend worden daar waar de taxe invoer- of uitvoerzaken komt treffen of wanneer nieuwe artikelen op de lijst worden gebracht van onder de weeldetaxe vallende voorwerpen.

De machtiging aan de Regering toegekend om forfaitaire taxen in te voeren strekt er toe een normalisatie van de belastingdruk te bevorderen door een gelijke koopwaar op gelijke wijze te behandelen, welke ook het aantal weze van de overdrachten die ze moet doormaken om in handen van de consument te komen. Wat meer is, de forfaitaire taks is altijd voordeliger dan de gecumuleerde taks.

«Verzachting» of «vermindering» van de taxen als bedoeld in artikel 202[1] laat de Regering toe maatregelen van algemene aard te treffen, doch niet bijzondere bepalingen waarbij sommige categorieën van contribuabelen van de belasting zouden worden ontheven (9).

De teksten van artikels 21 en 201[1] van het Wetboek van met het zegel gelijkgestelde taxen werden ter beoordeling voorgelegd aan de Raad van State, die de grondwettigheid der aan de Regering verleende machten niet betwistte.

Zoals uit de aangehaalde teksten blijkt, moet in sommige gevallen het door de Koning genomen besluit aan de goedkeuring van de Kamers onderworpen worden, terwijl in andere de tussenkomst van de Wetgevende Macht overbodig wordt geacht. Van een vast richtsnoer betuigt de wetgevende praktijk zeker niet.

Naar ons gevoel dringt zich een goedkeuring *a posteriori* niet op. De Wetgever heeft om redenen van dringende noodzaak geraadzaam geacht de parlementaire procedure achterwege te laten : de bevoegdheid van de Regering wordt uitgebreid, de grens tussen wetgeving en uitvoering wordt verschoven. Deze uitbreiding en deze verschuiving kunnen niet anders zijn dan zuiver en eenvoudig.

Moesten de Kamers de door de Executieve aangenomen maatregelen voor verkeerd houden, dan zouden de middelen haar niet ontbreken om de Regering tot inkeer te brengen en zou de intrekking van de gewraakte besluiten niet lang op zich laten wachten.

De machten aan de Koning verleend inzake directe belastingen lijken ons normaal. De normen die door de Regering op grond van deze machten heeft aangenomen kunnen beschouwd worden als uitvoeringsmaatregelen. Ze raken de grondslagen niet van de door de Wetgever ingevoerde belastingen.

Voorbehoud moeten we toch maken wat betreft de bevoegdheid die de Regering wordt toegekend om het bedrag van de bedrijfstaxe vast te stellen voor de natuurlijke personen wier inkomen 150.000 frank niet overschrijdt. De wet geeft alleen het laagste en het hoogste cijfer van de schaal der belasting. Men treft er niet de minste aanduiding over het tempo

van de progressie. Met alle begrip voor de techniciteit van het probleem moet betreurd worden dat de wetgever geen objectieve criteria aangaf die de Regering tot richtsnoer zouden dienen bij het uitwerken van de barema's.

Bij een beoordeling van de rol die de Regering werd toebedeeld in verband met de invoering van belastingen, dient naar onze mening een fundamentele onderscheiding gemaakt te worden tussen directe en indirecte belastingen. De laatste vinden een onmiddellijke toepassing, aangezien ze de meest verschillende handelingen (produktie, overdracht, consumptie) ineens treffen naarmate deze zich voordoen, terwijl de eerste op duurzame toestanden (eigendom, beroep) en bij herhaling toepassing moeten vinden. De indirecte belasting is deze van de dag, de directe deze van het jaar. Bij de ene moet de schok onverwijld en onverwacht worden gegeven om de economie zomin mogelijk te storen; bij de andere is de strategie der verrassing niet dienstig.

De Grondwet heeft de contribuabele onder de hoede geplaatst van de volksvertegenwoordiging. Wil deze het in haar gesteld vertrouwen niet beschamen, dan moet zij zelf de grondslagen van de belastingen bepalen, alsook al de beperkingen die aan de natuurlijke rechten en vrijheden van de burgers moeten aangebracht worden. Het voorgaande overzicht van de machten die door de vigerende wetten in belastingzaken aan de Koning verleend worden, toont aan dat de Wetgever de geest, zoniet de letter, van artikel 110 van de Grondwet getrouw bleef.

---

(1) Deze hernieuwing volgt in het algemeen uit een bepaling van de wet houdende de Rijksmiddelenbegroting.
(2) Huyttens, Discussions du Congrès National de Belgique, bd. 4, bl. 105.
(3) Oud. Het Constitutioneel recht van het koninkrijk der Nederlanden, bd. II, bl. 484.
(4) Wigny. Droit constitutionnel, bd. II, bl. 645.
(5) Vauthier. Précis de droit administratif de la Belgique, 3e uitgave, bd. I, nr 33.
(6) Wij zullen de toestand niet bespreken die volgde eensdeels uit de wet van 10 mei 1940 betreffende « machtsdelegaties » voor oorlogstijd, anderdeels uit de « besluiten van de secretarissen-generaal » onder de vijandelijke bezetting.
(7) O. Orban. Droit constitutionnel, 1911, bd. 3, bl. 280.
(8) Wij laten buiten beschouwing de toestand die de Economische Unie (Benelux), de E.G.K.S. en de Gemene Markt in het leven hebben geroepen. Het bestaan van deze supranationale instellingen maakt een aanpassing nodig van de nationale. Het valt te betreuren dat de herziening van onze Grondwet tot hiertoe uitgebleven is.
(9) Raad van State, advies nr 6077/2, 9 april 1958.

9. STAATSRECHT

DEMOCRATIE

door

Prof. Dr. E. LOUSSE

Hoogleraar aan de Universiteit te Leuven.
en aan de Krijgsschool te Brussel.
Secretaris van de Internationale Commissie voor de Geschiedenis der Statenvergaderingen.

Het woord « Democratie » is, als ieder woord, gelijk aan een vat. Het verschilt van vorm, van stijl en men giet erin wat men wil : zand, graan, bloem, poedersuiker, was, honig, water, wijn — wit of rood —, een geneesmiddel of een giftige stof. Het komt ons van de Griekse Oudheid en het betekent onveranderlijk en onbetwist, sedert meer dan vijfentwintig eeuwen al : « regering van het volk over het volk ». Het komt er echter minder op aan te weten of te bepalen, *dat* het volk regeert, dan *hoe* het zogezegd door zichzelf geregeerd wordt. Om dit te weten, zullen wij aan de hand van een beetje recht, geschiedenis en filosofie, trachten te ontleden, wat de democratie vroeger, in verschillende tijdperken van haar bestaan, is geweest, en hoe zij langzamerhand is opgegroeid tot datgene wat zij thans geworden is, Oost en West, in heel de wereld.

De naam is afkomstig uit Hellas, doch de zaak ? Op deze vraag zouden wij met het bijna klassiek geworden antwoord, vrede kunnen nemen : « *Les institutions humaines n'existent réellement que lorsqu'on leur a donné un nom* ». En toch. Dat het volk, ook bij de Kelten, de Germanen, de Slaven en wellicht bij andere stammen en rassen nog, gelijk op het eiland Sardinië, ook al niet meer onmondig was, in de tijd dat Perikles zijn moederstad tot een ongeëvenaard peil van politieke vrijheid en van kulturele bloei bracht, is een alombekend feit. Sociologen en etnologen wijzen op het belang van het palaber bij zovele niet-Europese oervolkeren. Op het kongres van vergelijkende rechtsgeschiedenis, dat begin juni 1962, te Brussel, door de *Société Jean Bodin* gehouden wordt, op het thema « *Gouvernants et Gouvernés* », worden er referaten gehouden, o.m. ook over de beraadslagende lichamen, die b.v. in Midden-Afrika, in Oceanië, bij de oervolkeren van Amerika hebben bestaan en die bij de Eskimo's nog steeds fungeren. Alleszins kan het niet worden genegeerd, dat de voornaamste bestanddelen van de huidige democratie, van Europese herkomst zijn en dat zij vanuit Europa, over de rest van de wereld werden verspreid.

In Hellas, beter gezegd te Athene in het klassieke tijdperk, werden er, na de monarchie, aristocratie, respektievelijk oligarchie, achtereenvolgens meer dan één konstitutie (η πολιτεια των Αθηναιων) ontworpen en ingevoerd, die de staatsfilosofen — Aristoteles onder andere — « democratie » noemen. Het volk, beter gezegd, het aktief gedeelte van de mannelijke staatsburgers, vergadert in het openbaar, op het bekende αγορα , en daar gaat het over tot het verrichten van een aantal werkzaamheden, die met het bestuur van de Staat wel iets te maken hebben en die nog immer de onze zijn : het uitvaardigen van wetten, het beslechten van gedingen, het aanstellen van magistraten enz. Wonderbaar bestanddeel van het zgn. « Griekse wonder ». Ja, zo men wil, ofschoon lang niet alle Grieken het voorbeeld van Athene hebben nagevolgd. En ook, ofschoon in de eenmaal terecht zo hoog geprezen democratie, niet de massa van de slaven, niet de buitenlanders, niet de bannelingen en andere zwaar veroordeelden, niet de ontzetten, niet de kinderen noch de in kindsheid vervallen ouderlingen, niet de wettige echtgenoten van de vrije burgers, deel hadden aan het genot en de uitoefening van de politieke rechten. De Atheense democratie onderscheidde zich evenwel van de aristocratie en van de obligarchie, omdat « *alle* » aktieve burgers deel hadden aan het politieke leven. Doch in verhouding tot de massa der inwoners van stad en Staat, maakten « *al* » die aktieve burgers, in het oude Athene evenals in het huidige Genève b.v., slechts een vrij geringe groep uit : wellicht nog geen derde deel.

Toen wij student in de candidatuur waren, hadden wij twee professoren over Romeinse instellingen... De ene hield een kollege, waarvan de titel wettelijk en reglementair luidde: «Romeinse staatsinstellingen»; de stof van de andere was omschreven als « Politieke geschiedenis van de klassieke Oudheid », doch deze sprak alleen over Griekenland en over Rome, en wat hij in het tweede deel van de cursus vertelde, vertoonde maar bitter weinig verschil met de wetenschap die ons door zijn Collega ten beste gegeven werd. Alleszins wat de inhoud betreft, die ze beiden blijkbaar tamelijk getrouw overgenomen hadden uit de toen algemeen geldende slagboeken uit Duitsland en uit Frankrijk. Doch met hun conclusies was het heel anders gesteld, en hoe zij daaraan gekomen waren lag natuurlijk veel meer aan hun persoonlijke opvattingen dan aan hun positieve kennis. Prof. nr. 1, die uit het Walenland afkomstig was en nogal aristocratisch was aangelegd, besloot zijn voorname uiteenzetting als volgt : « Mijne Heren, te Rome, ten tijde van de Republiek, werd de democratie *„poussée aussi loin que possible"* ». Nr. 2, die een Vlaams-democratisch gezinde kanunnik was, verklaarde ons daarentegen, met hetzelfde tikje misnoegen en zelfs misprijzen : « *Messieurs, à Rome, la démocratie véritable n'a jamais existé* ». Uit deze ogenschijnlijke tegenspraak, die voor iedere kandidaat een gevaar uitmaakte op de dag van het examen, (want wij mochten natuurlijk niet verwarren, noch de opinie van de ene aan de andere meedelen), hebben wij ten minste dit onthouden, niet uitsluitend voor de democratie, doch voor iedere staatsvorm zonder onderscheid : « *Que la perfection n'est pas de ce monde* », en dat men met onvolmaakte mensen geen volmaakte maatschappij kan vormen. En dat reeds de geschiedenis van Rome kan voorgesteld worden, — als zovele andere, vóór en sedertdien — als een niet volledig geslaagde poging tot ontvoogding van het *plebs* tegenover het patriciaat, daar nieuwbakken edellieden gewoonlijk uit de

rangen van de lagere volksklassen afkomstig zijn, en omgekeerd.

Bij de Romeinen putte de Rooms-katholieke Kerk het idee van het universalisme, zonder onderscheid van stam noch ras; zij onderscheidde zich van iedere ons bekende vorm van Staat, doordat zij uitsluitend vrijwilligers recruteerde. Het *status civitatis* in het *regnum Dei,* schonk zij niet alleen, gelijk keizer Caracalla, aan eenieder die erom verzocht en er niet onwaardig voor werd bevonden; het burgerrecht schonk zij uitsluitend om persoonlijke redenen (*intuitu personae*), aan diegenen die het Doopsel ontvingen : « *janua sacramentorum* », en eveneens « *le premier et le plus nécessaire des sacrements* ». Het statuut en de waardigheid van de Christenen zijn helemaal niet erfelijk, doch de vrucht van een *electio,* d.i. een wederkerige en concorderende uitspraak van de catechumeen en van de kerkelijke overheid : de vrucht van een « bevrijding » (*emancipatio*) uit de slavernij des duivels, van een *adoptio* in de massa van de kinderen Gods, van een naturalisatie, van een aanstelling tot erfgenaam. Ook in de organisatie, zo niet van de Sovjetunie, dan toch ten minste van de kommunistische partij, bestaat er iets dergelijks, wat de verlening van het lidmaatschap en van de leidende waardigheden betreft : « *Nul n'est héritier qui ne veut* », « *A chacun selon ses besoins et ses capacités* ». « Niemand gedwongen soldaat noch officier », is ontegenzeggelijk een factor en element van kracht voor een leger.

Aan de kloosters — die ook al bestendige en juridisch bevoorrechte elite-eenheden van vrijwilligers in het katholieke leger zijn, — ontleende de democratie niet uitsluitend een zover mogelijk gedreven opvatting van de gelijkheid der enkelingen, ook nog, naar de mening van meer dan één moderne specialist, zoveel beproefde begrippen en gebruiken, betreffende het inrichten van stemmingen en verkiezingen. Een *votatio* kan in een democratisch instituut met het oog op een tweevoudig doel worden gehouden : ofwel tot het aanduiden van personen, b.v. als mandaathouders of vertegenwoordigers van de gemeenschap; ofwel tot het regelen van een zaak (wetgeving of rechtspraak). Ieder soortgelijk besluit kan getroffen worden, ofwel met eenparigheid (*unanimitas*) van stemmen (zie b.v. thans nog de internationale organisaties, met hun vetorecht), ofwel door een relatieve, absolute, eenvoudige of « *qualificierte* » meerderheid van stemmen (*major pars*), laat zijn door de zorgen van een kleine, doch veelbeduidende minderheid (*sanior pars*). Men kan het democratisch of aristocratisch noemen, men kan het bovendien het aantal misbruiken en wantoestanden toeschrijven : in principe, was de inrichting van het kloosterwezen zó, dat zij het overwicht van de besten wilde verzekeren; heel makkelijk kon de praktijk overhellen naar de dictatuur van een beperkte, gesloten groep.

De benedictijnerkloosters van het Westen hadden als kenspreuk : « *Ora et labora* ». De organisatie van de arbeid in hun midden hadden zijzelf van de Romeinse ambachtcorporaties uit de Oudheid nagebootst. Hun ideaal van gebed en ascese deelden zij mee aan godsdienstige broederschappen van christene leken (*confraternitates,* Derde Orden). Hun drievoudige activiteit van arbeid (omwille van het bestaan), van vroomheid (*pietas*) en van naastenliefde (*charitas*) werd overgenomen door alle beroepsorganisaties uit de latere middeleeuwen, die zich op de uitoefening van de *artes liberales* of van de *artes mechanicae* wilden toeleggen. Wat het ontstaan van de universiteiten, ambachten, gilden, steden en hanzen voor de bevrijding en voor de ontwikkeling van de Europese burgerij en van de stand van intellectueleen van handenarbeiders heeft betekend, blijkt o.m. uit het feit, dat de moderne democratie ook al gegroeid is uit hetgeen de Franse historicus Augustin Thiery meer dan honderd jaar geleden reeds, terecht heeft genoemd : « *les origines et les progrès du tiers-état* ». De geschiedenis der huidige wereld is ook de geschiedenis van techniek en vooruitgang, van « handelsrenaissance » en van « industriële revolutie », als steun van de burgerlijke en politieke vrijheid, en wederzijds door de kracht van dezelfde vrijheid gesteund.

De geestelijkheid, de adel, de derde en eventueel ook de « vierde » stand (of stand der vrije landbouwers), zijn de voornaamste leden (*membra, bracchi*) van de laatmiddeleeuwse Standenstaat (*der Ständestaat*). Het juridisch omklede standenwezen (*das Ständewesen*) vindt zijn hoogste politieke uitdrukking in de standenvertegenwoordiging (*die Ständevertretung*). Een standen- of statenkollege (Staten-Generaal of Provinciale Staten) was een politiek lichaam, samengesteld uit de afgevaardigden of gedeputeerden (*deputati*), die door de leden van de voornaamste bevoorrechte stand(en) aangeduid (*electi*) werden, aan de ene zijde om de regering de nodige gelden (*aids, Steuern, tailles*) ter beschikking te stellen, die dezelfde regering niet missen kon om wat zij het algemeen welzijn (*bonum commune*) noemde, waar te nemen, en aan de andere zijde, om de rechten en vrijheden (*libertates et franchisiae*) van de onderdanige natuurlijke en morele personen, van de *corpora,* standen en landen, tegen het willekeurige ingrijpen van de regering te vrijwaren.

De vrijheid is personeel en reëel, burgerlijk en politiek. De beste uitdrukking van de burgerlijke of individuele vrijheid ligt wellicht besloten in het artikel 39 van de *Magna Carta* voor het volk van het koninkrijk Engeland uitgevaardigd in 1215 : « Niemand mag van zijn leven, noch van zijn vrijheid, noch van zijn bezit worden ontroofd, zonder een wettelijk vonnis van zijn gelijken ». Dat vonnis door de gelijken (*judicium parium, judgment by peers*) geldt voor ieder vrij man, tot welke familie, bedrijf, stad of land hij ook moge behoren. De voornaamste politieke of openbare vrijheid berust voor dezelfde persoon bij het adagium : « *No taxation without representation* », d.w.z. dat de vorst des lands geen geldelijke bijdrage (*auxilium, aid, bede*) op een wettige manier verkrijgen kan, noch een beroep doen op de militaire hulp van zijn onderdanen, zonder een ordentelijke stemming van het parlement, de rijksdieet of het statencollege.

De uiterste waarborg van de vrijheid der onderdanen bestaat in de mogelijkheid de contractuele verhouding tot de vorst of heer op te zeggen, beter gezegd, om vast te stellen en klaar te maken, dat hijzelf of zijn ambtenaren, door zijn moedwil, de behoorlijke contractuele verhouding grondig verstoord heeft, en dat de verplichting om hem te dienen wel degelijk opgehouden heeft te bestaan. In de Standencolleges is een beslissing dan alleen geldig wanneer zij eenparig getroffen wordt : « *Quod omnes, uti singulos tangit, ab omnibus probari debet* » is een regel die nog in de *Codex Juris Canonici* van 1917 te lezen staat.

Een vrij man kon toen, al evenmin als thans nog een souvereine Staat, gedwongen worden iets te aanvaarden waarin hij niet toegestemd had. Om er in vele gevallen aan uit te kunnen, en opdat het politieke leven niet alle vijf voet met lamheid en vertraging bedreigd zou worden, werd de *fictio juris* ingevoerd, dat de gewone, absolute meerderheid van 51 %, of a fortiori een « *qualificierte* » meerderheid van 3/5, 3/4, 9/10, evenveel betekenis zou krijgen als de *unanimitas*. Doch het was slechts een *fictio* : een middel om te onderscheiden dat de « *volonté générale* » gelijk Rousseau dat zei, zich in deze of gene richting had doen gelden.

Toch bestonden het *jus resistendi*, het *liberum veto* en het *jus confoederationis*, als *ultimae rationes* van de met verdrukking en willekeur bedreigde onderdanen. Het weerstandsrecht was eerst passief (*jus cessandi servitii*, recht op staking); vervolgens werd het aktief, en men gaf het dan om de beurt de naam van « *appeal to heaven* » (John Locke) of « *Droit à la Révolution* » (J.J. Rousseau). Men vindt het, in Brabantse keuren, reeds in 1194 uitgedrukt, samen met het recht om met zijn gelijken en met anderen verbonden te sluiten, tot verdediging, ook eventueel zelfs met de wapens in de hand, van de traditionele oude vrijheden. Het staat samen met het *judicium parium*, ook in de Brabantse keure ter Blijde Inkomste van 1356 tot 1794 opgenomen, en niemand minder dan keizer Karel trachtte tevergeefs van de Staten te bekomen dat het voor zijn zoon opgeheven werd. Men noemde het meer en meer, — ofschoon niet helemaal te recht — het *Privilegium Brabantinum*, dat in de theorie van de monarchomachen een uiterst geschikte plaats vond, en dat voor de laatste maal in de Nederlanden ingeroepen werd toen de Statencolleges met een blijkbaar gerust geweten de afstand uitspraken van keizer Jozef II, die, evenals Filips II, ervan beschuldigd werd de grondwetten van zijn onderdanen te hebben geschonden, en aldus meineed te hebben gepleegd.

In de meeste landen van Europa ruimde de middeleeuwse Standenstaat, met zijn vrijzinnig-democratische (of oligarchische ?) instellingen, de plaats voor de absolute monarchie. In Groot-Brittannië werd hij echter, gedurende de XVIIIe eeuw, stilaan omgezet in een parlementaire Staat, in de moderne zin van het woord. Het constitutioneel parlementair stelsel, gelijk het dan geleidelijk door de partij van de Whigs gevestigd werd, wordt door de volgende trekken gekenmerkt :

1. « *Le Roi règne et ne gouverne pas* »;
2. de koning benoemt zijn *Prime Minister*, die zelf zijn ministeriële ploeg samenstelt, en ze dan aan de koning gaat voorstellen;
3. de ministeriële verantwoordelijkheid, die de leden van het « kabinet » solidair dragen, en die ze niet kunnen dragen zonder zich te verheugen in de *motions of confidence* van de parlementaire meerderheid;
4. de afwisseling van de ministeries aan het roer, en van de regerende partijen in het parlement;
5. het bestaan van « *His Majesty's opposition* » en het streng naleven van de regels van het « parlementair stelsel ».

Op die manier werd het Engels constitutioneel regeringstelsel, in de loop van de XVIIIe eeuw, parlementair, terwijl een nieuwe belangrijke stap werd gezet, daardoor, in de richting van de ontvoogding en bevordering van de derde stand.

In 1789 werd het principe van de volkssoevereiniteit, in de *Verklaring van de Rechten van de Mens en van de Burger*, van 26 augustus, plechtig opgenomen en het verdween uit de wereldgeschiedenis sedertdien nimmer meer. Wel integendeel. Waren alle democratieën tot dusver, god-erkennende staten ? Wij geloven het vast, doch eveneens, dat het sedert 1789, voorgoed gedaan was met zulke gedachten en instellingen. De moderne democratie is neutraal, laat zijn uitgesproken goddeloos, of aktief God en Kerk bestrijdend; alleszins is ze laïcistisch, al kan ze, gelijk o.m. in Groot-Brittannië en in het koninkrijk der Nederlanden, water en vuur trachten te verzoenen, d.i. het aloude principe van het Goddelijk recht van de vorst (*Dei Gratia*), met de volkssoevereiniteit, die men in praktisch alle *Verklaringen van de Rechten van de Mens* en in alle geschreven Grondwetten lezen kan. Theoretisch bevinden zich beide opvattingen nopens de goddelijke, respektievelijk de menselijke herkomst van het gezag, naast elkaar. Chronologisch verdeelt de opvolging van die theorieën de wereldgeschiedenis in twee grote tijdperken, menen we : vóór en na 1789.

Hoe zal het principe van de Volkssoevereiniteit in de moderne democratie uitgeoefend worden ? Op dat « hoe » komt sedert 1789, evenals in vroegere perioden van de geschiedenis, het zo zeer aan. Het principe van de scheiding der wetgevende, uitvoerende, rechterlijke machten (*séparation des pouvoirs, trias politica*), hebben wij van Montesquieu, de welbekende Franse schrijver uit de XVIIIe eeuw, die het in het parlementaire Groot-Brittannië van Robert Walpole meende te ontdekken. Het werd in deze vorm in de *Verklaring van de Rechten van de Mens en van de Burger* van 26 augustus 1789 opgenomen : dat een Staat waar de scheiding van de machten niet erkend is, eigenlijk geen constitutie heeft. Nadien werd het, vanaf 1791, in zovele geschreven grondwetten overgeschreven, en ofschoon bestreden als ontoereikend, toch nooit openlijk en volledig ontkend. Ofschoon niet zonder voorbehoud betreffende de echte waarde ervan, kan men toch niet loochenen dat het bij de grondbeginselen van de moderne democratie thuishoort.

Nagenoeg op dezelfde manier kan men het bestaan van de geschreven grondwetten beoordelen, ofschoon de Engelse democratie nog altijd zonder een synthetisch document van dat soort bestaat. « *The constitution of England* » is nog altijd, naar aloude traditie, een zeer uitgebreid en vrij ingewikkeld geheel van ongeschreven rechtsgewoonten, oude handvesten, parlementaire regelingen, instituten allerlei, en zelfs niet-juridische tradities, waarop de structuur (constitutie) van de Britse Staat berust, of waar die structuur uit bestaat. In Frankrijk werd de eerste « *loi constitutionnelle* » op 14 september 1791 in schrift uitgevaardigd. Alle « eeuwigdurend », alle even « onschendbaar » en alle geschonden om ter meest, en na een betrekkelijk korte tijd opgeheven en door andere vervangen, die ook al even labiel waren en eveneens na betrekkelijk korte tijd bleken te hebben uitgediend. De hedendaagse periode maakte een echte hecatombe van grondwetten. Toch is de hedendaagse democratie er in de regel, één met een geschreven grondwet. En toch is het bestaan van soortgelijke grondwet niet genoeg om een democratie te hebben. Papier is geduldig, en een grondwet is gelijk de democratie zelf, een vat van een bijzondere stijl en vorm, dat met allerlei vloeistoffen kan worden gevuld.

De Franse grondwet van 1791 voorzag, gelijk de

Engelse *constitution* en gelijk de grondleggende documenten van de toen pas geboren democratische republiek der Verenigde Staten, dat het soevereine volk zou « vertegenwoordigd » worden, en dat de « volksvertegenwoordigers » zouden « gekozen » worden. Daarmee wordt het ook al meteen klaar dat de modernste democratie — in tegenstelling tot de antieke ? — aan de republikeinse staatsvorm niet gebonden is, ofschoon laatstgenoemde regeling de voorkeur van de echt overtuigde en meest vooruitstrevende democraten geniet. De democraten spreken zich in principe tegen de monarchie uit, en door hun toedoen is het aantal monarchieën sedert het begin van de XIXe eeuw overal in de wereld geslonken, zodat er thans nog slechts enkele in de Noord-Westelijke hoek van Europa, in Marokko, Perzië, Japan, enz. aanwezig zijn. Doch geen enkele democraat, — buiten de volksdemocratieën — zal beweren dat Zweden, Noorwegen, Denemarken, e.a. de naam van democratie niet verdienen, omdat een erfelijke vorst nog steeds aan het hoofd van ieder van die landen staat.

Is het bestaan van de democratie verbonden aan het vertegenwoordigend stelsel (*le système représentatif*) ? Of kan men daarentegen beweren dat het democratisch stelsel beter gestructureerd is, als de leden van het volk, — niet hun afgevaardigden — de soevereine macht zelf gaan uitoefenen, hetgeen theoretisch voorwaar het meest aangewezen middel zou kunnen genoemd worden, om te bekomen dat de regering « *over* » het volk inderdaad zou waargenomen worden « *door* » het volk. Moderne theoretici stellen het zgn. « *système représentatif* » tegenover het « *gouvernement direct* », d.i. het systeem waarin de aktieve staatsburgers niet uitsluitend en zelfs niet hoofdzakelijk bijeenkomen om een aantal leden uit hun groep « af te vaardigen » of te « deputeren », die dan op hun beurt de anderen zullen « vertegenwoordigen » en uit naam van die anderen de voornaamste zorg voor de regering en andere bestuurszaken zullen dragen. Wellicht is het onderscheid, aldus uitgedrukt, een beetje te scherp, en kunnen wij zeggen dat zelfs in de minstbevolkte gemeenschappen, als bepaalde Zwitserse kantons, de huisvaders die de volksvergadering (*Landsgemeinde*) samenstellen, toch ten volle, en met volle recht, de leden van hun gezin en alle andere mondigen « vertegenwoordigen », zonder evenwel « gekozenen » noch kiezers te zijn. Toch worden zij, geen « vertegenwoordigers » doch « leden » van de te regeren gemeenschap genoemd, en daarin ligt natuurlijk een stevige grondslag van het onderscheid tussen het « vertegenwoordigend » stelsel en de « directe » regering.

Zullen de volksvertegenwoordigers « gekozen » worden, en eventueel door « wie » ? Er bestaat een vertegenwoordiging mét of zónder mandaat, en het is ook al niet noodzakelijk dat de houders van dit mandaat zouden « gekozen » worden door het volk. Om zijn gezin op een wettige en wettelijke wijze te vertegenwoordigen, behoeft de huisvader geen « mandaat » te ontvangen. Wie, van de onwaardige leden van het gezin, die onder zijn macht (*patria potestas*) staan, zou hem overigens een opdracht van dat soort kunnen geven ? In een niet-familiale gemeenschap krijgen de leiders in de regel een mandaat : hetzij bij hun aanstelling en voor de duur van hun aanstelling, en dit is dan een « algemeen mandaat », hetzij door het verrichten van een wel bepaalde handeling, van rechtskundige aard of niet. Dit laatste is natuurlijk een « beperkt » of « bijzonder » mandaat, van de soort eveneens van de afgevaardigden ter Staten-Generaal of ter Provinciale Staten, onder het oude regime, die een « beperkt » of « bijzonder » mandaat, van de soort te hebben, en gehouden werden tot « ruggespraak », als er iets, onder de beraadslagingen, zich onverwachts en onvoorziens ging voordoen. Deze gedeputeerden der Standen heetten dan ook, niet de « gemeenschap des lands » te vertegenwoordigen (wat o.i. te streng gezien en onrechtvaardig beoordeeld is), doch de bijzondere en in de ogen van de bestrijders van het systeem, maar al te vaak enge, bekrompen belangen te verdedigen. Doch onze moderne parlementairen krijgen, bij hun aanstelling, een « *algemeen* » mandaat, zonder gehouden te worden tot ruggespraak en zij worden ondersteld, niet het arrondissement waarin zij gekozen werden doch heel de soevereine volksgemeenschap te vertegenwoordigen. Zij zijn werkelijk de « afgevaardigden » en « vertegenwoordigers » van het volk, of gelijk men dat in bepaalde officiële oorkonden uit onze gewesten, ten tijde van de Franse bezetting, zo pittoresk vertaalde : « de Volksverbeelders ».

Het zijn ook de « verkozenen » van het volk : « *les élus du peuple* ». Doch door wie en hoe worden zij verkozen ? Dàar is nog heel veel aan gelegen. De beste « verbeelding » is natuurlijk de meest getrouwe; doch de kwaliteit van elke voorstelling hangt op de allereerste plaats af van de kwaliteit van de spiegel, de foto, de film, enz. De hoogste kwaliteit van onze vertegenwoordiging hangt derhalve nauw samen met de structuur van het kiesstelsel, en van de werking ervan. België en Frankrijk hebben beide het algemeen kiesrecht voor manen en vrouwen boven een bepaalde leeftijd. Toch is het politiek leven in beide landen zeer verschillend; ten eerste omdat de verkiezing in Frankrijk een «recht», doch geen «plicht» is, doch in België is dezelfde verkiezing daarentegen : «recht» én «plicht». Ieder land heeft bovendien zijn eigen voorschriften en geplogenheden, betreffende het houden van polls, de samenstelling van de kiezerslijsten, de evenredige vertegenwoordiging, enz. Uit dit alles vloeide, en vloeit thans nog, dat de geschiedenis van het parlementswezen en van de democratie, sedert 1830, in België, helemaal anders verlopen is dan in Frankrijk.

De liberaalgezinde, bezittende burgerij, die ook ten gevolge van de industriële omwenteling, de strijd tegen de koning, de adel en tegen de bevoorrechte clerus gewonnen had, verbond de uitoefening van het kiesrecht aan het betalen van een census, en verzekerde aldus, door het invoeren van het censuskiesrecht, het overwicht van een zeer gering aantal aktieve burgers in de Staat, als kiezers en gekozenen : de dictatuur, zo men wil, van de kapitaalkrachtige *bourgeoisie,* aan wie de XIXe eeuw ontegenzeggelijk behoort in alle landen die toen de gevolgen van de industriële omwenteling tot hun voordeel ondergingen. Die redenering was natuurlijk niet dwaas; er was zelfs véél voor te zeggen, daar degenen die hun zaken goed beheren en de verantwoordelijkheid daarvoor vrij licht kunnen dragen, ook aansprakelijk kunnen worden gesteld voor een degelijk beheer van het algemeen belang. Doch aan de tegenovergestelde redenering ontbraken de argumenten al evenmin, daar het toch zeer makkelijk te wedervoeren was, dat men daar te doen had met een nieuwe vorm van aristocratie, of oligarchie, of ploutocratie : de heerschappij van een nieuwe feodaliteit, wier macht niet langer uit het grondbezit en het landbouwbedrijf, doch uit handel en industrie gesproten was, de industriële feodaliteit, als spruit van de industriële revolutie.

Niemand minder dan de koning der Belgen, Albert I, verklaarde, na het einde van Wereldoorlog I, dat het algemeen stemrecht was : « *la revanche du petit peuple* ». Makkelijk was het voor de baanbrekers van het socialisme, en voor Karl Marx zelf, voor een diepgaande hervorming in die richting in het strijdperk te treden. Dezen wilden de uitoefening van de politieke rechten niet langer beperkt zien tot de «*kapitaal*»-krachtigen : de algemeenheid der «*arbeids*»-krachten, eerst alle meerderjarige mannen, later ook de vrouwen, de geestesarbeiders zowel als de handarbeiders, al diegenen die door hun dagelijkse inspanning, en in vele gevallen op levensgevaar, de meeste rijkdom voortbrachten, moesten in de technische industriële stand van de beschaving, ook het politieke stuur van de maatschappij in handen hebben. Aldus zou het regerende kapitaal worden onttroond, ten voordele van een nieuwe god en koning : de arbeid. De moderne democratie streek de blauwe vlag, en hees de rode. Ze kende kleur : een gans nieuwe, en in alle vroegere perioden der geschiedenis, wel een absoluut onbekende kleur.

Zij werd socialistisch of kommunistisch. Om de macht aan de bestaande burgerlijke partijen — konservatief of liberaal — te onttrekken wilden de socialisten hun eigen werkliedenpartij naast de andere hebben. Om tot dat resultaat te komen, moesten zij ook een beetje kapitaalkrachtig worden, en dat konden ze, niettegenstaande de geringe geldmiddelen van hun sympathisanten, door het stichten, niet zo zeer van naamloze, doch van samenwerkende vennootschappen : echte koöperatieven, allerlei spaarkassen, mutualiteiten e.d. Slechts even later werden hun eerste afgevaardigden naar het parlement gezonden, alwaar zij tegelijkertijd voor het invoeren van het algemeen stemrecht en van allerlei « sociale » hervormingen optraden. In de volgende etappen kregen zij ministers en zelfs eerstministers, in coalitieregeringen meestal, doch zelfs in homogene. In bepaalde landen wisselden zij met andere partijen af, en maakten vorderingen als het ware met sprongen. In de landen waar zij gedurende jaren onafgebroken aan het bewind mochten blijven, vestigden zij, met hun genoten of alleen, een voor de andersgezinden vrijwel aannemelijke en overigens vrij « burgerlijke » dictatuur van het proletariaat. Voor de « Westerse » democraten, — de socialisten niet uitgesloten, menen wij, — geldt het pluralisme van de partijen en hun afwisseling aan het bewind, nog steeds als het ideaal van de moderne democratie, naar het Britse voorbeeld uit de XVIIIe eeuw.

Daar zijn de kommunisten evenwel niet mee tevreden : zij verlangen een klassenloze Staat, onder het absolute bewind van de enige partij, die in hun ogen de echte boodschap van Marx niet verraden heeft, nl. hun partij. Door het aanwenden van revolutionaire, gewelddadige middelen, grepen zij eerst in Rusland (1917), en sedertdien in zoveel andere landen naar de macht... Het zich « engageren » tegenover hun programma, door lid te worden van hun partij, verleent de toegang tot de nieuwe, regerende evenwel in principe niet erfelijke aristocratie : « *les nouveaux maîtres* », als opvolgers van « *les derniers seigneurs* ». Het zich dieper « engageren » in dezelfde richting, is theoretisch het enige middel om in de hiërarchie van de kommunistische Staatsinrichting, als in de Roomskatholieke Kerk in de hiërarchie van de clerus, hoger op te klimmen. Evenals de liberale burgerlijke Staten der XIXe eeuw, worden ook de kommunistische Staten van heden, praktisch naar willekeur geleid door een vrij geringe minderheid te midden van de massa van de staatsburgers en -inwoners. Dàt noemen de leiders van die Staten, de enige vorm van democratie, of « volksdemocratie ». Van diezelfde vorm en regeling willen de democraten van het Westen *niét* weten, en dezen behouden de bij hen traditionele vormen van — en de waarborgen voor de vrijheid, gelijk we die beschreven. De fascisten zijn eveneens tegenstanders van de kommunisten, doch zij menen dat het handhaven van de democratie naar Westers model, ontoereikend is, om een dam op te werpen tegen hetgeen zij beschouwen als de kommunistische vloed.

Met dit alles is natuurlijk, lang nog niet alles gezegd over het gewichtig onderwerp van de democratie, in het verleden, in het heden (en zelfs in de toekomst ?). Het onderwerp is voorwaar niet uit te putten, in zo'n bestek. Toch menen wij het recht te hebben, enige besluiten te trekken, zonder te kort te komen aan de rechtmatige eisen van waarheid en van degelijkheid, die een redelijke kritiek zou kunnen stellen. Aan de hand van een beetje geschiedenis, recht en filosofie, menen wij de belofte die wij bij het starten, maakten, te hebben vervuld : méér klaarheid te werpen, op de terminologie, het begrip en het wezen van een stel instellingen, die ons allen heden ten dage in hoge mate interesseren. Hoe ziet het vat van de democratie er, na vijf en twintig eeuwen evolutie er thans uit, en wat krijgen de volkeren van onze uiterst onrustige en bewogen wereld er in ten beste, om hun onlesbare dorst naar vrijheid, al was het ook maar tijdelijk, en voor een zeer korte periode, te laven ?

Het staatsbeleid kunnen wij vergelijken, niet uitsluitend met een vat, gelijk wij het hiervoren deden, doch eveneens, en met evenveel recht, met een familie : gezin of geslacht, *domus* of *genus*. Een familie wordt, vooral bij haar ontstaan, en nog veel meer was dit het geval in oudere tijden, bestuurd door de vader : het hoofd van het gezin en, eventueel van de stam, *pater et dominus*, een « monarch » voorwaar. Die monarch kan regeren, ofwel absoluut, en zelfs despotisch, ofwel met meer reden en redelijkheid, al consulterende telkenmale als het past, zijn vrouw, en later, als ze eenmaal mondig geworden zijn, zijn kinderen, alleszins zijn zonen. Van daar uitgaand, kan men zich voorstellen, dat een stam, aristocratisch, oligarchisch, democratisch en zelfs demagogisch kan bestuurd worden, en dat de institutionele vorm van het bewind nog niet noodzakelijk bepalend is voor de praktijk. In de praktijk is het inderdaad zo geweest, en is het nog zo : voor de stammen, de standen en de Staten. Het zal immer onveranderd blijven, én in de theorie, én in de praktijk, want er is geen enkel volmaakte vorm van maatschappij. *Quid leges sine moribus* ? Met een aantal onvolmaaktheden (hoe groot het aantal en hoe klein de onvolmaaktheden zelf ook mogen wezen) maakt men nooit een kollektieve volmaaktheid.

De Amerikanen zeggen het : « *Democracy is liberty with responsability* », d.i. zo veel mogelijk vrijheid met een corresponderende dosis verantwoordelijkheid. Als dat waar is, — en wij zijn de mening toegedaan, dat deze definitie en kenspreuk waardevol is, dan zijn wij gerechtigd, daaraan toe te voegen, — menen wij eveneens —, dat het behoorlijk fungeren van een democratie, welopgevoede staatsburgers onderstelt, en dientengevolge, zeer logisch en konsekwent, het inrichten, het bestaan en het behoorlijk fungeren van een

goed systeem van opvoeding, — « *a good system of education* », — en zelfs van een degelijke opleiding van de burgerzin bij de kinderen van de burgers van heden, d.w.z. bij de volwassen burgers van morgen. Democratisch onderwijs is geen goedkoop onderwijs, wel integendeel. De beste regering is de regering der besten : de beste democratie maakt geen uitzondering op de algemene regel, en is, niet onmogelijk, nog de beste vorm van de aristocratie. De beste dienaars van de democratie zijn : de goede ouders, de goede leerkrachten, in de school, de goede officieren in het leger, de goede leiders voor de arbeiders in alle beroepen, de goede juristen, advocaten, rechters, beheerders, en wetgevers, de goede moralisten en priesters, tot opleiding, leiding, behoud en vooruitgang van het volk. De beste democratie is deze, die haar getrouwe leden en haar beste bedienaars, naar behoeften en verdiensten, het best beloont.

(1) Wij verwijzen naar enige onzer essay's van vroegere datum : 1) *De Staat in de Geschiedenis, Streven,* dl. V, 1937, blz. 2-36; 2) *Het totalitair-autoritair Staatssysteem,* in *Problemen van dezen Tijd. Verslagboek. XXVe Vlaamsche Sociale Week, Leuven, 1938,* blz. 15-28, Kortrijk, 1938, en in *Hauteclaire,* dl. IX, 1939, blz. 1-14; 3) *La Société d'Ancien Régime, Organisation et Représentation corporatives,* dl. I. Brugge-Leuven-Parijs, 1943; 2e druk, 1952; 4) *Le Moyen Age.* Parijs, 1944; 5) *Engagements sacramentels dans l'ancien droit,* in *Les Questions liturgiques et paroissiales,* dl. XXVIII, 1947, blz. 16-35; 6) *Des premiers Fondements de l'Ordre social d'après Jean Domat,* in *Miscellanea J. Gessler,* (dl. II), blz. 752-758 S. 1. (Antwerpen), 1948; 7) *Voorrede,* voor A. Darquennes, *De juridische structuur van de Kerk volgens sint Thomas van Aquino,* blz. 1-10, Leuven, 1949; 8) *L'Homme et ses Engagements,* in *Institut supérieur de Commerce pour Jeunes Filles, 88, rue Général Leman, Bruxelles, Année Académique 1950-1951,* blz. 32-46; 9) *Beloften voor het Leven,* in *Dietsche Warande en Belfort,* Februari 1952, blz. 78-95; 10) *Feodaliteit,* in *Het Leger, De Natie,* 15 mei 1952, VIIe jrg., nr 5, blz. 228-230; 11) *De Staat,* in *De Moderne Staat. Verslagboek. XXXVIe Vlaamse Sociale Week, Leuven, 1952,* blz. 43-58, Brussel, 1952; 12) Met de medewerking van F.E. Stevens, *Grondwetten,* in *Het Leger, De Natie,* Maart 1954, IXe jrg., nr 3, blz. 19-26; 13) *De algemene politieke Stromingen van onze Tijd,* in *Christene School. Orgaan van het C.O.V. (Verbond van Christelijke Onderwijzers) V.Z.W.D.,* Brussel, 61e jrg., nr 16, 1 juni 1954, blz. 1-2; nr. 17, 15 juni 1954, blz. 1-2; nr. 23, 1 Oktober 1954, blz. 15-16; nr. 24, 15 oktober 1954, blz. 1-2; 14) Met de medewerking van F.E. Stevens, *Hedendaagse Stromingen in het staatkundige denken en doen,* in *Het Leger, De Natie,* 15 februari 1955, Xe jrg., nr. 2, blz. 17.24 en 15 maart 1955, X jrg., nr. 3, blz. 11-18 (overdruk); 15) *Nieuws over het Verlicht Despotisme, in Geschiedenis en Onderwijs. Bulletin van de Belgische Federatie der Leraars in de Geschiedenis,* Ve jrg., 1955, blz. 83-86; 16) *Staten met en zonder Standen,* in *Klein- en Middenbedrijf,* IIe jrg., 1956, nrs. 7-8, blz. 243-252, en in *Politica,* VIIe jrg., 1957, nr. 2, blz. 97-108; 17) *Vertegenwoordiging,* in *Liber Amicorum aangeboden aan Mter Jan Gruyters ter gelegenheid van zijn 70e verjaardag, 28 januari 1957,* blz. 391-402. S.l.n.d. (Leuven, 1957), en in *De Brabantse Folklore,* december 1958, nr. 140, blz. 788-799; 18) *La Voie de la Liberté,* in *Terre d'Europe,* nr. 3, september-october 1957, blz. 33-36; 19) *Nos Assemblées, nos Libertés,* in *Revue Générale Belge,* juni 1958, 94e jrg., blz. 103-116; 20) *La Liberté est un Arbre aux multiples rameaux,* in *Supplément aux « Nouvelles du Conseil de l'Europe »,* mei 1958, VIIIe jrg., nr. 5, blz. 2; 21) *Vrijheid van Europa en van de Europeanen,* in *Raad von Europa op de Wereldtentoonstelling,* juni 1958, blz. 1-3; 22) *Absolutisme, Droit divin, Despotisme éclairé,* in *Schweizer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte,* dl. XVI, 1958, blz. 93-106; 23) *Despotisme,* in *Histoire et Enseignement. Bulletin de la Fédération belge des Professeurs d'Histoire,* 1957-1958, VIIe en VIIIe jrg., blz. 201-202; 24) *Organizaçao e Representacao corporativas (Plano de Formaçao social e corporativa, « Biblioteca social e corporativa », « Publicacoes,* nº 14. Collection I -*Estudos,* Série B, nº 2. S.l.n.d. (Lisbonne, 1960).

OVER PRESIDENTIËLE EN PARLEMENTAIRE DEMOCRATIE

door

Prof. Dr. Jan DE MEYER

Hoogleraar aan de Universiteit te Leuven.

Het onderscheid tussen het presidentiële en het parlementaire regime maakt het voorwerp uit van een classiek leerstuk uit de algemene theorie der politieke instellingen en uit de vergelijkende staatsrechtswetenschap. Meestal wordt daarbij vooral belang gehecht aan de structuur van het regeringsorgaan en aan de aard der verhouding tussen regering en volksvertegenwoordiging.

In het presidentiële regime, — dat eigenlijk niets anders is dan de beperkte monarchie, in republikeinse vorm gegoten, — oefent een Staatshoofd, buiten de volksvertegenwoordiging om aangeduid, effectief de regeringsmacht uit, voor een vaste termijn, met medewerkers die hij zelf uitkiest, die tegenover hem alleen verantwoordelijk zijn en die hij ook vrij kan ontslaan. Ten aanzien van de volksvertegenwoordiging bestaat geen verantwoordelijkheid. Het classiek model van de presidentiële bewindsvorm vindt men dan in het constitutioneel bestel der Verenigde Staten van Amerika (1).

Het parlementaire regime anderzijds zou wezenlijk hierdoor worden gekenmerkt dat het bestaan der regering als zodanig afhankelijk is van het steeds herroepbare vertrouwen der volksvertegenwoordiging, wijl daarin ook anderzijds door het onafhankelijke en onverantwoordelijke Staatshoofd — monarch of president — zelf geen effectieve macht meer wordt uitgeoefend, doch wel door de ministers, die daarbij dan voor hun beleid tegenover de volksvertegenwoordiging verantwoordelijk zijn (2). Groot-Brittannië biedt van een zodanig regime het typisch voorbeeld dat men, met min of meer succes, getracht heeft in vele landen na te volgen.

Waar het Staatshoofd wel effectieve regeringsmacht uitoefent, doch met medewerking van ministers die niet alleen tegenover hem doch ook tegenover de volksvertegenwoordiging verantwoordelijk zijn, spreekt men dikwijls van een orleanistisch regime. Deze intermediaire bewindsvorm tussen de beperkte monarchie of het presidentiële stelsel enerzijds en het parlementaire systeem anderzijds, werd inderdaad op typische wijze verwezenlijkt in de Franse Juli-Monarchie, onder Louis-Philippe van Orléans (1830-1848). In Groot-Brittannië had men reeds vroeger, in de overgangstijd tussen de beperkte en de parlementaire monarchie, een soortgelijke situatie gekend, voornamelijk ten tijde van Willem III (1689-1702) en van Anna Stuart (1702-1714) (3).

Een nauwkeurige analyse van de reële werking van de hier besproken regimes laat echter toe het zoëven geschetste onderscheid in enige mate te nuanceren. Hierbij is het vooral noodzakelijk over te gaan tot een grondige vergelijking tussen de positie van de president in de Verenigde Staten van Amerika en die van de eerste minister in het Verenigd Koninkrijk : een zeer bijzondere aandacht verdient hier de wijze waarop de president enerzijds, de eerste minister anderzijds worden aangeduid en de betrekking waarin zij daarbij komen te staan tot het nationale kiezerskorps.

In de Verenigde Staten van Amerika is aan het hoofd van de Unie een president gesteld, die effectief de

regeringsmacht uitoefent en wiens bevoegdheden ongeveer dezelfde zijn als die welke nog aan de koning toekwamen in de tijd van de beperkte monarchie : de aanduiding door verkiezing is echter in de plaats getreden van de koninklijke erfopvolging.

Volgens de Amerikaanse constitutie wordt de president verkozen voor een vaste termijn van vier jaar, door een bijzonder kiescollege waarin elke Staat, volgens de nadere voorzieningen hierover getroffen door zijn eigen wetgevend orgaan, een aantal leden aanduidt dat gelijk is aan het totale aantal senatoren en volksvertegenwoordigers die namens de betrokken Staat in het Congres zitting hebben : de Congresleden zelf mogen echter niet van het kiescollege deel uitmaken, evenmin als personen die met Unieambten zijn bekleed. De aldus aangeduide kiezers komen samen in hun onderscheiden Staten om tot de verkiezing over te gaan. Tot president is gekozen de kandidaat op wiens naam de volstrekte meerderheid van het totaal aantal kiezers hun stemmen hebben uitgebracht. Slechts indien deze meerderheid niet wordt verkregen, dient de Kamer van Volksvertegenwoordigers tussen te komen, om, volgens een bijzondere procedure, waarbij de vertegenwoordiging van elke Staat over één stem beschikt, de president aan te duiden tussen de drie kandidaten die het hoogste aantal stemmen hebben verkregen.

Dit is de enigszins complexe procedure tot benoeming van de president, zoals zij wordt beschreven in artikel II, afdeling I, paragraaf 2, van de grondwet der Unie.

De werkelijke gang van zaken vertoont echter een enigszins eenvoudiger beeld. Geleidelijk hebben de wetgevende organen van de verschillende Staten de bevoegdheid tot aanduiding van hun presidentiële kiezers overgedragen aan hun onderscheiden kiezerskorpsen, zodat, sinds 1860, overal de burgers van de Staten hun presidentiële kiezers aanduiden. In de tweede plaats hebben de Staten, de ene na de andere, voor de verkiezing van die presidentiële kiezers de lijststemming, met toepassing van het meerderheidsstelsel, ingevoerd, zodat alle mandaten van een Staat uiteindelijk toegewezen worden aan de lijst die het grootste aantal stemmen heeft behaald. Eindelijk hebben de partijen reeds zeer vroeg de gewoonte aangenomen hun kandidaat voor het presidentschap aan te wijzen vóór de verkiezing der presidentiële kiezers : in feite verbinden de personen die als presidentiële kiezers worden voorgedragen zich van te voren, hun stem uit te brengen op de kandidaat die de nationale conventie van hun partij heeft aangewezen (4).

Hieruit volgt dat het resultaat van de presidentsverkiezing in feite reeds vaststaat vóórdat de presidentiële kiezers in hun onderscheiden Staten tot de verkiezing overgaan : men kent de uitslag op voorhand, van zodra namelijk de samenstelling van het presidentiële kiescollege door de volksverkiezing in de Staten is bepaald. De interventie van het presidentiële kiescollege heeft dus een zuiver formeel karakter verkregen : practisch kan men zeggen dat het volk der Verenigde Staten zelf de president verkiest onder de kandidaten die daartoe door de partijen worden voorgedragen.

Nochtans is de kandidaat die de meeste stemmen vanwege het volk heeft behaald, niet noodzakelijk tot president verkozen : van belang is inderdaad niet de meerderheid van de door het volk uitgebrachte stemmen, wel de meerderheid der mandaten in het presidentiële kiescollege. In feite is het wel enkele malen voorgevallen dat presidenten verkozen werden, die vanwege het volk minder stemmen hadden bekomen dan hun tegenspelers, doch door een gelukkiger spreiding van hun stemmen over de verschillende Staten, toch de meerderheid in het presidentiële kiescollege hadden verkregen (5).

Onder dit voorbehoud is dus wel de volksverkiezing van beslissende betekenis : men voege daarbij de belangrijke invloed die reeds in het stadium van de voorbereiding der partijconventies, door de bevolking kan worden uitgeoefend bij de vóórverkiezingen of *primaries,* die telkens toelaten de populariteit der mogelijke kandidaten op voorhand te waarderen.

Aldus is wel in ruime mate afgeweken van wat de makers der Grondwet zich hadden voorgesteld : zij vreesden de met een rechtstreekse verkiezing verbonden risico's, en meenden dat het systeem van het presidentiële kiescollege aan een beperkt aantal notabelen de gelegenheid zou bieden om, buiten het bereik van elke demagogische agitatie, vrijer en gemakkelijker een president te verkiezen. In feite was reeds vanaf de derde presidentsverkiezing in 1796, na de twee mandaten van Washington, de strijd om het presidentschap een strijd tussen de partijen geworden : meteen had ook reeds van toen af het presidentiële kiescollege zijn oorspronklijke zin verloren.

Zo is men gekomen tot een toestand waarin, in feite, het Amerikaanse volk, onder de kandidaten door de partijen voorgedragen, de president verkiest, zij het dan met gebruikmaking van de enigszins gecompliceerde, theoretisch onrechtstreekse procedure, die zoeven werd toegelicht. Wanneer het bij voorbeeld op 8 november 1960 naar de stembus werd geroepen, dan stemde het Amerikaanse volk eigenlijk niet over de aanduiding van presidentiële kiezers aan wie het de zorg om een goede president te vinden zou hebben overgelaten, doch wel voor John Kennedy of voor Richard Nixon, die beiden reeds sinds juli, door hun onderscheiden partijconventies waren voorgedragen. Practisch gaat het daarbij over een directe volksverkiezing, met een enigszins gepondereerde uitwerking.

Eenmaal aangeduid, blijft de president voor vier jaar aan het bewind. De volksvertegenwoordiging vermag hem niet uit zijn ambt te verwijderen, tenzij door gebruik te maken van de *impeachment*-procedure, die men éénmaal, in 1868, tegen Jackson heeft willen toepassen, zonder succes echter : sindsdien werd zulks tegen geen enkele president meer ondernomen.

De gedurende zijn ambstijd dus practisch niet afzetbare president is ook, van zijn kant, onbekwaam de volksvertegenwoordiging te ontbinden, hoewel conflicten daarmede niet ondenkbaar zijn, vermits niet noodzakelijk overeenstemming bestaat tussen de politieke kleur van de president en die van de meerderheid in het Congres.

Voorts benoemt de president zijn ministers, die men *secretaries* noemt : hun benoeming, evenals die van de hogere ambtenaren van de Unie, geschiedt met raadpleging en toestemming van de Senaat. Dit tempert wel enigszins de theoretische voorstelling van het presidentiële regime, vermits hier een zeker vetorecht aan een van beide kamers is toegekend, wat een zekere verwantschap zoniet met het parlementaire, dan toch minstens reeds met het orleanistische regime laat blijken. De Senaat kan dus weigeren de investituur te verlenen aan een minister die zijn vertrouwen niet geniet : van die mogelijkheid maakt hij overigens zelden gebruik. Dit was o.m. het geval met Lewis Strauss, toen President Eisenhower hem in 1959 tot secretaris voor handel wilde benoemen. Op dat tijdstip had de Senaat geen soortgelijk veto meer uitgebracht sinds 1925, toen de benoeming van Charles Warren tot Attorney General door President Coolidge overwogen werd.

Wezenlijk is echter nog steeds, bij benoemingen van ministers, het vertrouwen van de president. Hij heeft hierbij geen rekening te houden met de politieke samenstelling van het Congres : hij heeft het volle recht om te regeren met ministers die, wat de partijverhoudingen in het Congres betreft, tot de minderheid behoren, zoals hij zelf ook als kandidaat van die minderheid kan verkozen zijn (6). De ministers zijn trouwens geen leden van het Congres : zij mogen er zelfs niet ter vergadering aanwezig zijn, hoewel zij dikwijls verzocht worden om vóór de commissies van het Congres te verschijnen.

Regering en volksvertegenwoordiging zijn dus wederzijds van elkaar onafhankelijk. President en Congres moeten uiteraard kunnen komen tot een zekere coördinatie van hun optreden, indien zij het systeem behoorlijk willen doen werken. In dit verband spreekt Loewenstein niet ten onrechte van *interdependence by coordination*.

* * *

In het Verenigd Koninkrijk werd de monarchie gehandhaafd, doch met verlies van elke effectieve macht, veeleer als een nationaal symbool. Hier bestaat dus blijkbaar wel een duidelijk verschil ten opzichte van de positie van het Staatshoofd in de beperkte monarchie, in het presidentiële stelsel of zelfs in het orleanistische regime. De overgang tot het parlementaire systeem heeft in Groot-Brittannië geleid tot de politieke uitschakeling van de vorst, zoals het geleidelijke democratiseringsproces sindsdien ook meer en meer het Hogerhuis als politieke factor heeft uitgeschakeld. De enige wezenlijke elementen van het politieke bestel zijn nog slechts de regering en het Lagerhuis.

Bij de regering berust de effectieve uitoefening van de macht die voorheen de koning toebehoorde (7). Het parlementaire regime kan trouwens even goed in republikeinse vorm beoefend worden, mits daarbij dan de macht van de president even nominaal en symbolisch weze als die van de koning in de parlementaire monarchie.

Wat nu betreft de verhouding tussen regering en Lagerhuis, blijkt het parlementaire regime wezenlijk te berusten op de noodzakelijke politieke overeenstemming van beide. De regering, met aan haar hoofd de eerste minister, staat en valt met de steun haar verleend door de meerderheid van de volksvertegenwoordiging. Zo ook de individuële ministers. In die betekenis heeft het Parlement de *government making power*, de macht de regering te maken en ze ook ten val te brengen : de regering en haar leden verkrijgen het recht tot regeren van het Lagerhuis en blijven voorts ten allen tijde ten opzichte van het Lagerhuis verantwoordelijk voor hun beleid.

Indien in het presidentiële regime, zoals het zijn typische gedaante verkregen heeft in de Verenigde Staten van Amerika, enerzijds de president en zijn regering en anderzijds het Congres afzonderlijke organen zijn van de wil der natie, met mogelijke contradicties tussen beider beleid, dan is daarentegen in het parlementaire regime, zoals het zijn voorbeeld en model in Groot-Brittannië vindt, de in de plaats van de koning getreden regering een emanatie van de wil van het Parlement, zoals het Parlement op zijn beurt uitdrukking geeft aan de wil van het volk.

Doch, bij aandachtige studie van de werking van het systeem, blijkt dat in Groot-Brittannië eigenlijk niet het Parlement over de *government making power* beschikt, doch veeleer en wel op zeer rechstreekse wijze het kiezerskorps.

Hoe verloopt inderdaad het « maken van een regering » in het Verenigd Koninkrijk ?

Op de dag voor de algemene verkiezingen vastgesteld, komt het Britse volk naar de stembus, om, in de verschillende *constituencies,* over te gaan tot de verkiezing der parlementsleden, die het in het Lagerhuis zullen vertegenwoordigen. Dit is de uitwendige en ook wel reële zin van de bedoelde verkiezing. Maar haar diepere zin ligt hierin dat het Britse volk nog iets meer komt doen dan alleen maar enkele honderden Lagerhuisleden aanduiden : het komt tegelijkertijd zijn eerste minister verkiezen.

Bij elke algemene verkiezing in Groot-Brittannië melden beide grote partijen zich aan zoals beide grote Amerikaanse partijen de campagne ondernemen voor de presidentsverkiezing : zij verschijnen vóór het kiezerskorps, aangevoerd door een leider die zij van te voren aanwijzen als de toekomstige eerste minister..

Formeel is hij slechts de conservatieve of socialistische kandidaat voor deze of gene *constituency,* wiens verkiezing als zodanig schijnbaar slechts enkele duizenden kiezers kan interesseren. In werkelijkheid is hij echter veel meer dan dat : hij is de kandidaat voor het eerste ministerschap, en dat interesseert het gehele Britse volk. De kiezer maakt zijn keuze dus eigenlijk nog meer tussen Harold Macmillan en Hugh Gaitskell, tussen een conservatieve regering en een Labour-regering, dan wel tussen de conservatieve kandidaten en de Labour-kandidaten in de afzonderlijke *constituencies*. In feite verkiezen de Britten hun eerste minister op even reële wijze als de Amerikanen hun president. Eigenlijk behoeft de eerste minister nog meer het vertrouwen van het volk dan dat van het Parlement.

Zoals bij de verkiezing van de Amerikaanse president, is echter ook in Groot-Brittannië dit volksvertrouwen niet noodzakelijk dat van een meerderheid van het kiezerskorps. Zoals de toewijzing van het Amerikaanse presidentschap alleen afhangt van het aantal mandaten in het presidentiële kiescollege, zo bepaalt ook slechts het aantal zetels, verworven in het Lagerhuis, de aanduiding van de Britse eerste minister. Zo kon Churchill in 1951 aan het bewind komen alhoewel zijn partij alsdan vanwege het kiezerskorps minder stemmen had verkregen dan de *Labour*-partij : beslissend was slechts het aantal zetels in het Lagerhuis (8). Zo wordt ook in Groot-Brittannië, zoals in Amerika, de practisch directe volksverkiezing in enige mate in haar mathematisch resultaat gepondereerd, ditmaal per *constituency*.

Ook in Groot-Brittannië heeft aldus een zekere ontwikkeling plaats gevonden. De ministers zijn niet alleen meer, zoals zij dat wellicht in de eerste tijd van het parlementarisme nog waren, de leiders en de vertrouwensmannen van de parlementaire meerderheid. Zij zijn nu, mede ook ten gevolge van het voortschrijdende democratiseringsproces, nog veel meer — en vooral de eerste minister — uitgegroeid tot wat Finer terecht noemt « the people's ministers » (9). De eerste minister zelf is veeleer het door het volk verkozen regeringshoofd dan wel de leider van de door het volk aangeduide meerderheidspartij.

De verkiezing der leden van het Lagerhuis enerzijds, die van de presidentiële kiezers anderzijds zijn nog slechts zuiver formele schakels in een verrichting waarvan de fundamentele betekenis hierin ligt dat, in beide gevallen, het volk de hoogste drager van de regeringsmacht aanduidt. Beiderzijds geldt het technische procedures die aanvankelijk wellicht uitdrukking verleenden aan andere werkelijkheden; thans hebben zij, wezenlijk, dezelfde inhoud. De eerste minister in het Verenigd Koninkrijk en de president in de Verenigde

Staten zijn, wat de grond der dingen betreft, de gekozenen van het volk. Dit is van fundamentele betekenis in een democratisch bestel.

Dat daarbij nog een nominaal en symbolisch Staatshoofd wordt gehandhaafd, moet uiteraard van ondergeschikte betekenis worden geacht; in de institutionele realiteit kan dus bezwaarlijk van een dualistische uitvoerende macht gesproken worden; in de regering van Groot-Brittannië, met aan het hoofd de eerste minister, is de eenheid van het regeringsorgaan op even duidelijke wijze verwezenlijkt als in het Amerikaanse presdentschap.

De enige verschillen tussen beide systemen liggen eigenlijk slechts hierin dat enerzijds het parlementaire regime gemakkelijker toelaat, van eerste minister of van Parlement te veranderen, zonder aan een vaste termijn gebonden te zijn, wijl de president en het Congres in de Verenigde Staten telkens voor vaste termijnen zijn aangeduid, en dat anderzijds ook — en dit is natuurlijk niet zonder belang — in Groot-Brittannië ten allen tijde de politieke overeenstemming tussen regering en Parlement verzekerd is.

In feite wordt een regering in Groot-Brittannië zelden of nooit door het Parlement ten val gebracht. Normaal blijft de parlementaire meerderheid haar regering trouw tot het einde van de legislatuur. Zelfs indien het beleid van een regering het vertrouwen van haar partijgangers schokt, tracht de meerderheidspartij steeds te vermijden dat men tot een formele afkeuring zou komen : zij verkiest dan veeleer tijdig het ontslag van de onbevredigende regering of van een of meer ministers af te dwingen en zij zorgt er meteen voor dat in de vervanging van de betrokken regering of van de betrokken ministers wordt voorzien. Zodanige wijzigingen worden echter steeds in de ruimste mate bepaald door de reacties in de opinie, waaraan de partijen vanzelfsprekend het grootste belang hechten. Deze reacties zijn natuurlijk van nog groter gewicht wanneer zij het beleid van de gehele regering en de positie van de eerste minister in het gedrang brengen : dit kan een partij nopen tot de bijzonder zware beslissing, haar eerste minister in de loop van een legislatuur te vervangen (10). Men zou dus in enige mate kunnen zeggen dat, met de aanwijzing van de eerste minister door het volk, tevens een delegatie aan het Parlement en meer bepaaldelijk aan de meerderheidspartij wordt gegeven om, zo nodig, in zijn vervanging te voorzien.

Anderzijds verleent het ontbindingsrecht aan de regering de mogelijkheid de normale duur van een legislatuur in te korten, wat haar toelaat het gunstige tijdstip voor nieuwe verkiezingen uit te kiezen, doch tevens een meer onmiddellijke aanpassing aan de bewegingen van de opinie waarborgt. Een parlementsontbinding laat soms ook toe, een nieuw mandaat vanwege het kiezerskorps te verkrijgen, indien nieuwe problemen gesteld zijn, waarover de regering niet wil beslissen, zonder aan de kiezers de gelegenheid te hebben geboden zich daarover uit te spreken. In feite dient de ontbinding nooit meer om een conflict tussen regering en Parlement op te lossen door een beroep op het kiezerskorps, omdat het, dank zij de cohaesie en de tucht van beide partijen, eenvoudig niet meer tot zodanige conflicten komt.

Een van de meest specifieke aspecten van het Britse systeem ligt in het feit dat het in de ruimste mate de politieke overeenstemming tussen regering en Parlement verzekert. Die onderlinge overeenstemming wordt in de schoot van de meerderheidspartij totstandgebracht en wel op zodanige wijze dat de regering, die trouwens wezenlijk uit leden van het Parlement bestaat, in de volle zin van het woord in het Parlement is geïntegreerd. Loewenstein spreekt dus terecht van *interdependence by integration* om een zodanig regime te kenmerken. In dit opzicht behoudt de classiek geworden analyse van het Britse parlementaire bestel haar volle betekenis.

* * *

In een zekere zin is de techniek van het parlementaire systeem meer geëvolueerd en soepeler dan die van het presidentiële stelsel, dat trouwens aan een vroeger ontwikkelingsstadium beantwoordt. Doch in de hedendaagse philosofie der democratische regimes, is het verschil tussen beide veel minder belangrijk dan uit sommige ontledingen daarvan wel zou kunnen blijken. Wezenlijk is, in beide gevallen, dat de voornaamste drager van de regeringsmacht — de president in het ene, de eerste minister in het andere systeem, — telkens op zo direct mogelijke wijze het vertrouwen van het volk moet genieten.

Zoals het Amerikaanse presidentschap, vertoont de functie van de eerste minister in Groot-Brittannië de kenmerken van een gezag dat normaal een sterk gezag zijn moet en dat het ook meestal heeft kunnen zijn. Dit is in zeer ruime mate te danken aan het feit dat beide — de eerste minister zowel als de president — practisch de onmiddellijke gekozenen zijn van het volk.

Men stelt tevens vast dat, behalve de verschillen die in de loop der jaren hebben kunnen voortvloeien uit de niet steeds gelijke karaktereigenschappen van de opeenvolgende presidenten en eerste ministers, men daarenboven in Groot-Brittannië op zeer treffende wijze heeft kunnen vaststellen dat het reële gezag van de eerste minister en van het Kabinet telkens in aanzienlijke mate verminderde in de periodes gedurende dewelke de verkiezingen geen duidelijke meerderheid hadden opgeleverd of verbrokkelingsverschijnselen in de grote partijen het normale spel van het twee-partijenstelsel hadden verstoord. Dit was onder meer het geval tijdens de periode 1852-1868, toen Groot-Brittannië leed aan een regeringsinstabiliteit die in vele opzichten vergelijkbaar was met wat Frankrijk gekend heeft onder de IIIde en de IVde Republiek : het ontbreken van een duidelijke meerderheid, de geringe tucht in de schoot van de partijen, de successieve scheuringen, zowel aan conservatieve als aan liberale zijde, dat alles leidde tot voortdurende verschuivingen, tot onzekere transversale coalities, tot een herhaalde behoefte aan wisselmeerderheden.

Aldus kon men ook in het Verenigd Koninkrijk gedurende enige tijd een verglijding waarnemen naar een vorm van Assemblée-bewind, zoals dit ook elders in soortgelijke omstandigheden is geschied. Ook de periode 1910-1931, tijd van de geleidelijke overgang van het dualisme van conservatieven en liberalen naar dat van conservatieven en socialisten, vertoonde enige kenmerken van die aard.

Een meer normale toestand bestaat telkens wanneer een klare en coherente meerderheid voorhanden is, met name wanneer de politieke arena practisch exclusief door twee grote, goed georganiseerde partijen wordt beheerst, zoals in Groot-Brittannië thans met de conservatieven en de *Labour*-partij het geval is : in een zo duidelijke situatie kan men gemakkelijk een krachtige Regering hebben, gesteund door een getrouwe parlementaire meerderheid, die het tevens gemakkelijker maakt het contact met de reacties van de kiezers te handhaven.

Normaal veronderstelt de goede werking van het parlementaire regime dat de politieke competitie tussen twee grote partijen plaats vindt en dat deze om de beurt het bewind te voeren krijgen volgens de wil

van het volk, blijkende uit de resultaten van de verkiezingen. Het systeem werkt veel minder goed zodra meer dan twee partijen in de politieke strijd betrokken zijn, tenzij in de mate waarin een van die partijen een meerderheidspartij kan zijn. In alle landen waar men getracht heeft het parlementaire regime in toepassing te brengen in een drie- of meerpartijenconstellatie, heeft zulks meestal een gebrekkige werking van het systeem voor gevolg gehad.

Tevens kan worden opgemerkt dat een bevredigende werking van het parlementaire regime ook nog veronderstelt dat de regering in het Parlement over een behoorlijke meerderheidsmarge beschikt, ten einde aldus het hoofd te kunnen bieden aan mogelijke afvalligheid van ontevreden aanhangers : zelfs in een tweepartijenconstellatie kan het gebeuren dat de meerderheid niet ruim genoeg is, wat dan de regering verzwakt.

Ruimere meerderheden kunnen worden verkregen door toepassing bij de verkiezingen van het uninominale meerderheidsstelsel met één enkele stembeurt; dit stelsel kan ook, zoals in Groot-Brittannië schijnt aangetoond te worden, de handhaving van een tweepartijenconstellatie bevorderen. Integendeel blijkt uit het voorbeeld van meerdere landen uit Continentaal-Europa dat het systeem der evenredige vertegenwoordiging evenals het uninominale meerderheidsstelsel met twee stembeurten in ruime mate tot meerpartijenconstellaties kan voeren (11).

In de realiteit van de hedendaagse democratie kan een krachtig gezag slechts bestaan in de mate waarin het zich kan beroepen op een zo ruim en zo rechtstreeks mogelijke investituur van het kiezerskorps. Daar schijnt wel de belangrijkste factor te liggen waardoor de bijzonder stevige positie van de Amerikaanse president en van de Britse eerste minister kan worden verklaard. Daar vindt men blijkbaar ook de uitleg voor de relatieve zwakheid en de mindere *efficiency* van regeringen die zich niet kunnen beroepen op een even duidelijke volkskeuze en bepaaldelijk ook van de regeringen die, in multipartistische situaties, slechts kunnen ontstaan door het vormen van allianties, die uiteraard het directe verband tussen de wilsuiting van de kiezers en de aanduiding van de verantwoordelijke regeerders verbreken.

Een en ander kan er toe leiden aan te nemen dat men niet te gemakkelijk met het Britse parlementaire regime die bewindsvormen mag gelijkstellen, waarin wel de politieke overeenstemming tussen regering en Parlement doch niet de directe regeringskeuze door het volk is verzekerd. Deze keuze, die normaal ontbreekt zodra meer dan twee partijen — en dan vooral onder een systeem van evenredige vertegenwoordiging — in de politieke strijd betrokken zijn, is van zo wezenlijke betekenis dat men wellicht best de classificatie van de politieke regimes vooral op dat criterium zou funderen.

In dit opzicht bestaat minder verschil tussen het Amerikaanse presidentialisme en het Britse parlementarisme dan tussen dit laatste en de zogenaamde parlementaire regimes van de meeste West-Europese landen.

De classificatie van de democratische bewindsvormen zou wellicht veel meer moeten geschieden volgens de mate waarin de regeringskeuze door het volk wordt bepaald dan wel volgens de wijze waarop al dan niet politieke overeenstemming tussen regering en Parlement is gewaarborgd.

(1) Cfr. *Maurice Duverger, Droit constitutionnel et institutions politiques,* p. 181, Paris 1959.
(2) Cfr. *Herman Finer, The Theory and Practice of Modern Government,* p. 601, New York 1950.
(3) Sommigen vinden de kenmerken van het orleanisme terug in het Franse Staatsbevel onder de Ve Republiek, hoewel anderen dit nochtans als een quasi-presidentieel regime beschouwen; een beter voorbeeld bood wellicht de Weimar-Republiek.
(4) In een zeker aantal Staten staan de namen van de kandidaten voor het presidentiële kiescollege niet eens op het stembriefje.
(5) Typisch in dat opzicht waren o.m. de verkiezingen van Hayes tegen Tilden in 1876 en van Harrison tegen Cleveland in 1888.
(6) President Eisenhower die als zodanig in 1952 en 1956 telkens met ruime meerderheden als kandidaat der republikeinse partij was verkozen, stond met zijn republikeinse ministers van 1954 tot 1960 tegenover een democratische meerderheid in beide kamers van het Congres.
(7) *Raymond Fusilier* beschrijft dit zeer duidelijk als « l'effacement de la Couronne au profit d'un cabinet issu de la majorité parlementaire » *(Les monarchies parlementaires,* p. 40, Paris 1960).
(8) In dat jaar behaalden de conservatieven in totaal 13.713.419 stemmen tegen 13.949.604 stemmen voor de *Labour*-partij : het aantal daarmede verworven zetels beliep echter onderscheidelijk 317 en 295. Oorzaak hiervan was de gunstiger spreiding van de conservatieve stemmen over de *constituencies.*
(9) *Herman Finer, op. cit.,* p. 600.
(10) Zie de vervanging van Sir Anthony Eden door Mr Harold Macmillan in 1957.
(11) Cfr. *M. Duverger, Les partis politiques,* pp. 247 en 169, Parijs, 1958.

ELEMENTAIRE BEDENKINGEN BIJ HET VRAAGSTUK VAN DE OMVORMING VAN DE BELGISCHE EENHEIDSSTAAT IN EEN FEDERALE STAAT

door

Prof. A. MAST

Hoogleraar aan de Universiteit te Gent.
Raadsheer in de Raad van State.

Aan degenen die, van Vlaamse en Waalse zijde, de omvorming van de Belgische eenheidsstaat in een federale Staat voorstaan, wordt — terecht of ten onrechte — verweten dat hun voorstellen vaste inhoud missen.

Om zich over de gegrondheid van dit verwijt uit te spreken en om een opbouwende discussie over het probleem mogelijk te maken, moeten enkele basisbegrippen zoals Staat, eenheidsstaat, statenbond, bondsstaat, vooraf duidelijk geformuleerd worden.

Het eerste opzet van deze bijdrage is die begrippen summier te definiëren. De theoretische omschrijving ervan is voorzeker onontbeerlijk; zij is echter ook onvoldoende. Het federalisme is een politiek vraagstuk dat als zodanig in concreto moet worden gesteld. De Bondsstaat is in zekere mate een kunstmatig begrip, dat als gemene deler van de instellingen der verscheidene Bondsstaten is geconstrueerd. Er bestaat geen Bondsstaat, er bestaan slechts Bondsstaten met structuren van vrij uiteenlopende aard. Wie

Vlaanderen en Wallonië zonder meer een federaal statuut toedenkt blijft in het vage.

Men doet, meen ik, de voorstanders van het federalisme in België geen onrecht wanneer men vaststelt dat het wel duidelijk is dat zij de eenheidsstaat de rug toekeren maar dat de onzekerheid van hun betoog begint waar het er op aankomt de grenzen van het zelfbeschikikngsrecht der deelstaten te bepalen. Moet het publiekrechtelijk statuut van Vlaanderen en Wallonië dit zijn van Texas, Oekraïne, Queensland, Quebec, Beieren of Croatië ? Wordt gedacht aan een federalisme naar Amerikaans, Russisch, Australisch, Canadees, Duits of Joegoslavisch model ? Gaat men voort op wat hieromtrent in België werd gepubliceerd, dan schijnt de oplossing elders te worden gezocht. Het voorstel van verklaring tot herziening van de Grondwet dat op 9 januari 1962 bij de Kamer werd neergelegd, gaat uit van « het dwingend motief van het zelfbeschikkingsrecht en zelfbestuur als nationale aspiratie van een volk » (1). De deelstaat, zoals de heer *Beeckman* die ziet, « is wel onder het gezag van de Bondsstaat waarvan hij lid is, maar met eigen gegeven grondwet en voorzien van al de functies van de Staatsmacht » (2). Het zelfbeschikkingsrecht, de « eigen gegeven grondwet » zijn echter attributen van een onafhankelijke Staat; in geen Bondsstaat ter wereld beslist de deelstaat over zijn eigen lotsbestemming, bepaalt hij de inhoud van zijn grondwet en heeft hij « al de functies van de Staatsmacht ».

De heer *Dehousse* is van oordeel dat « de kultuur, het welzijn, de sociale, industriële en economische wetgeving, de openbare werken » aan het beslissingsrecht van de deelstaten moeten worden overgelaten (3). Een zelfstandige politiek op dit gebied is evenwel eerst denkbaar wanneer de deelstaat over de mogelijkheid beschikt door eigen financiering een eigen economische en sociale politiek te voeren.

Die oplossing beantwoordt misschien aan de wensen van een volksgemeenschap die zich in haar toekomstmogelijkheden bedreigd acht, het is echter zeer de vraag of zij met een federale structuur kan worden overeengebracht. Zo een steeds groeiende centralisatie de evolutie van alle federale staten kenmerkt is dit te wijten aan de omstandigheid dat de deelstaten in de onmogelijkheid verkeren een eigen economische en sociale politiek te voeren.

Beantwoordt de drang naar het volkomen zelfbeschikkingsrecht aan « de nationale aspiratie » van de twee volksgemeenschappen, dan biedt het federalisme geen uitkomst.

Bij de bespreking van de federalistische stellingen nemen de verwijzingen naar het vergelijkend Staatsrecht een aanzienlijke plaats in. Als grondslag van de voor of tegen het federalisme aangevoerde argumenten is de rechtsvergelijking dan eerst overtuigend wanneer de vergeleken instellingen vergelijkbaar zijn en wanneer de federale instellingen die tot voorbeeld worden genomen in hun kader en in de richting waarin zij evolueren onder ogen worden genomen.

Dit zouden wij in de tweede plaats willen aantonen.

§ 1. — *De Staat*

De Staat, die de belangrijkste van de groeperingen is die in de maatschappij levende personen vormen, bestaat uit drie elementen : de volksgemeenschap, het grondgebied en het gezag.

1) De volksgemeenschap is een bij elkaar behorende groep van personen.

2) Het grondgebied geeft de grenzen aan voor de feitelijke gezagsuitoefening van de Staat.

Oorspronkelijk werd het grondgebied als het voorwerp van het staatsgezag beschouwd en het gezag op de personen, die op het grondgebied gevestigd waren werd voorgesteld als een uitvloeisel van het gezag op het grondgebied (4).

3) Het gezag is het derde element van het staatsbegrip. De Staat verschilt van de andere groeperingen, welke de in maatschappij levende personen vormen, doordat de regeerders, d.w.z. de leiders van de Staat, over het monopolie van de gewapende macht beschikken. Wanneer de Staat het monopolie van de gewapende macht niet meer heeft, bestaat er ofwel helemaal geen Staat (men denke aan de vroege Middeleeuwen) ofwel is de Staat zijn ontbinding nabij (men denke aan de Duitse Republiek in 1932).

De Staat kan, door aanwending van het geweld, de naleving van de voorschriften, welke hij uitvaardigt afdwingen. Het overgrote deel van de rechtsregelen wordt aldus door de gezagvoerders geformuleerd en ook de rechtsregelen die niet van de Staat uitgaan (contracten, statuten, enz.) hebben slechts een positiefrechtelijk gevolg indien de gezagvoerders het willen.

De beschikking over de gewapende macht — welke een feitelijke toestand is — volstaat op zichzelf niet om het staatsgezag te vestigen. De Staat is een blijvende instelling en het is in naam van de Staat, en niet in hun eigen naam of in hun eigen voordeel dat de regeerders hun gezag uitoefenen (5).

Het grondgebied is een natuurlijk gegeven. De volksgemeenschap (of het min of meer gelijkwaardig Frans begrip van de natie) en het gezag zijn sociologische gegevens. De Staat echter is een juridisch begrip.

De Staat is de geconstitutionaliseerde macht. Door de institutionalisatie van de macht, wordt het politiek gezag van de persoon van de feitelijke gezagdragers, naar een abstract en permanent wezen, de Staat, overgedragen (6).

Het ontstaan van de Staat hangt af van het bestaan van zekere voorafgaande voorwaarden. De eerste van die voorwaarden is een bij elkaar behorende groep van personen.

Voor de Franse grondwetgevers van het tussentijdse Staatsrecht en ook voor de Belgische grondwetgever van 1831 (zie artikel 25 van de Grondwet) vallen de begrippen Staat en Natie samen. Voor hen is de Staat de als rechtspersoon gedachte natie. Die leer beantwoordt wel aan de in Frankrijk bestaande verhoudingen, maar strookt niet met de werkelijkheid van het vergelijkend grondwettelijk recht. Zo men de Staat met de Natie of de volksgemeenschap vereenzelvigt, is de figuur van een Staat, waarin verschillende volksgroepen samenwonen, niet denkbaar.

Een plurinationale Staat — deze mogen een eenheidsstaat of een federale Staat zijn — is immer ook een Staat.

De elementen waaruit de nationale gemeenschap bestaat, zijn van velerlei aard en hun betekenis bij de staatsvorming verschilt naar gelang van de omstandigheden van tijd en plaats. Het ras, de taal, de godsdienst, de bodemgesteldheid, de eisen van de economie, de kultuur, de gemeenschappelijke lotgevallen, een algemeen gedeelde levensopvatting en een gevoel van samenhorigheid, een ideologie, kunnen de bindingselementen zijn waarop een volksgemeenschap is gebouwd. Van meer belang dan het ras, de taal en het grondgebied, als objectieve elementen beschouwd, is de wijze waarop een bepaalde volks-

groep die gegevens opvat. Zo hebben bv. mythische denkbeelden omtrent het ras (Blut und Boden) in Duitsland, zo heeft de drang naar de natuurlijke grenzen in Frankrijk, een grote rol gespeeld bij de nationale bewustwording.

De taal en het ras zijn van grote betekenis bij de algemene oriëntatie, maar zij zijn niet altijd determinerend bij de definitieve staatsvorming. Zij zijn in geen geval een « statisch aanwezige substantie ».

De wetenschap van het staatsrecht heeft naar de middelen gezocht om zowel aan de eisen gesteld door de diversiteit van de volksgroepen, als aan die gesteld door de noodwendigheid van een doelmatig gecentraliseerd beleid, tegemoet te komen. Vandaar de rijke morfologie van de staatsvormen, die gaat van de gecentraliseerde eenheidsstaat naar de verschillende zeer uiteenlopende vormen van de federale Staat.

§ 2. — *De Eenheidsstaat*

De eenheidsstaat is de Staat waar het soeverein beslissingsrecht (de Herrschaft), enkel van de centrale overheid uitgaat. Is de eenheidsstaat een democratie, dan gaat de besluitvorming uit van de meerderheid van de organen van de volksvertegenwoordiging, zonder dat hierbij rekening wordt gehouden met de territoriale omschrijving die zij vertegenwoordigen.

Frankrijk is het type van de sterk gecentraliseerde eenheidsstaat. In de wetgevende instructie van 8 januari 1790 kenmerkte de Assemblée Constituante de verhoudingen tussen de Staat en de departementen als volgt : « L'Etat est un. Les départements ne sont que les sections d'un même tout ». Het Franse Staatsrecht is dit grondbeginsel getrouw gebleven.

De eenheidsstaat kan, zoals België en Nederland, gedecentraliseerd zijn, d.i. zo zijn ingericht dat aan onderdelen van de Staat (de gemeenten en de provinciën) een eigen beslissingsrecht wordt gegeven voor de regeling van hun huishouding.

De autonomie van de onderdelen van de gedecentraliseerde eenheidsstaat wordt echter door het daartoe aangewezen orgaan van die Staat bepaald, zonder dat de organen van de onderdelen als zodanig, bij de wijziging van de normen welke die bevoegdheid bepalen, worden betrokken. De organen van de gefedereerde deelstaten oefenen hun bevoegdheid uit op grond van een macht die aan de deelstaat eigen is, terwijl de organen van de gedecentraliseerde collectiviteit hun bevoegdheid putten uit een constitutionele of wettelijke bepaling, uitgaande van de Staat waarvan de collectiviteit deel uitmaakt.

Voorts is de uitoefening van de autonome bevoegdheid van de onderdelen onderworpen aan het wettigheids- en opportuniteitstoezicht van het centraal rijksbestuur, dat steeds het laatste woord spreekt. Dat soeverein beslissingsrecht van het centraal gezag kenmerkt de eenheidsstaat.

Ten slotte betreft de decentralisatie de wijze van uitoefening van een administratieve bevoegdheid, terwijl het federalisme betrekking heeft op de uitoefening van de regeringsmacht.

* * *

Op de grens van de decentralisatie staat de figuur van het politiek regionalisme, waaraan de Republikeinse Spaanse Grondwet van 9 december 1931 en de Italiaanse Grondwet van 27 december 1947 een gestalte hebben gegeven. De Spaanse Republiek was (7) en de Italiaanse Republiek is een eenheidsstaat, omdat de regionale bevoegdheden in beide landen onder het gezag van de Staat werden of worden uitgeoefend (8).

De Czechoslovaakse Staat is ook een eenheidsstaat. Wel heeft de Czechoslovaakse Grondwet van 9 mei 1948 een nationaal Slovaakse Raad en een raad van Slovaakse Commissarissen opgericht, waarvan de zeggingschap over een reeks aangelegenheden van administratieve aard is opgedragen (§ 95 en 96). De commissarissen worden echter door de Czechoslovaakse regering benoemd en zijn voor haar verantwoordelijk (art. 9). De nationale regering beslist soeverein over de rechtsgeldigheid van de wetten van de Slovaakse Raad, die strijdig zijn met de Grondwetten, de budgetaire wetten of het nationaal plan, of die met machtsoverschrijding zijn genomen (§ 110, 2°, en § 122).

De eenheidsstaat is meestal, doch niet altijd, homogeen, zowel wat de volksgemeenschap als wat de taal betreft. België, Finland, Czechoslowakije, Spanje zijn eenheidsstaten, hoewel hun bevolking tot meerdere taalgroepen of volksgemeenschappen behoren.

De homogeniteit van ras en taal gaat ook niet noodzakelijk met het begrip van de eenheidsstaat gepaard. Het Britse en Engels sprekend Australië is geen unitaire maar een federale Staat. Zolang van de gedachtenwereld van de Franse Revolutie een beslissende invloed uitging, werd de eenheidsstaat als de meest volmaakte staatsvorm beschouwd. Nietzsche noemde de Staat « das kälteste aller kalten Ungeheuer ». Voor degenen die de redding zoeken in decentralisatie en federalisme is dit dubbel waar voor de eenheidsstaat.

§ 3. — *De Statenbond (Confederatie)*

De omschrijving en de ontleding van de figuur « Statenbond » is eigenlijk vreemd aan de problematiek van de innerlijke structuur van de Staat.

De Statenbond behoort eerder tot het gebied van het internationaal recht dan tot dit van het nationaal grondwettelijk recht, waarop ik mij hier stel (9).

De Statenbond, schrijft Professor *Van Bogaert,* is een statenverbinding tussen soevereine staten die hun zelfstandigheid principieel bewaard hebben, maar die door een verdrag overeengekomen zijn bepaalde buitenlandse belangen gemeenschappelijk te regelen. Een centraal orgaan belast met het beheer van de gemeenschappelijke belangen, is een diplomatieke vergadering, samengesteld uit afgevaardigden van onafhankelijke Staten, die slechts verdragrechtelijk zijn gebonden. Ten overstaan van de burgers der aangesloten Staten hebben deze beslissingen geen onmiddellijke gelding (10). Een Staat kan onaangezien of hij een unitaire of een federale Staat is, deel uitmaken van een Statenbond. De vorm van de Statenbond heeft tendentie over te gaan in sterker samenhangende vormen of te verdwijnen (11). De Republiek van de Verenigde Nederlanden, het Zwitserse Eedgenootschap (tot 1789 en van 1815 tot 1848), de Verenigde Staten (van 1778 tot 1787), de Duitse Bond (1814-1866) waren Statenbonden. De Republiek der Verenigde Nederlanden is een eenheidsstaat geworden; Het Zwitserse Eedgenootschap, de U.S.A., de Duitse Bond werden in Bondstaten omgevormd.

De verhoudingen tussen de onafhankelijke en soevereine Staten van het British Commonwealth of Nations zijn veeleer van confederatieve dan van federatieve aard, hoewel geen van beide figuren op de verhoudingen tussen Groot-Brittannië en de deelstaten en gebieden van het voormalig British Empire

past. In werkelijkheid tart het huidig « multiracial Commonwealth » alle definities.

In het rapport van het « Committee on Inter Imperial Relations », dat door de Imperial Conference van 1925 werd aangenomen, werd reeds gezegd dat het Britse Rijk « considered as a whole, defies classification and bears no real resemblance to any other political organisation which now exists of has ever yet been tried » (12). Die beoordeling geldt thans meer dan ooit nu Republieken zoals India en Pakistan in het verband van het Commonwealth werden opgenomen.

§ 4. — *Het federalisme*

Het woord « federalisme » heeft een algemene en een wel bepaalde staatsrechtelijke betekenis.

In een zeer algemene betekenis is het federalisme geen bepaalde rechtsfiguur, maar een streven naar verstandhouding en verdragrechtelijke binding tussen onafhankelijke staten.

1. Dit streven ontstaat uit een reactie tegen de gezagloosheid van de internationale maatschappij (zo spreekt men van wereldfederalisme), uit een gevoel van samenhorigheid tussen volkeren, die zich in hun bestaan bedreigd achten, of nog uit de noodzakelijkheid de nationale markten te verruimen.

De Raad van Europa, de Europese Kolen- en Staalgemeenschap, de Europese economische Gemeenschap, de Euratom, worden als uitingen van federalistische strekkingen beschouwd. Van eigenlijke federalistische structuren kan evenwel nog niet gesproken worden en de verhoudingen tussen de Staten, welke van die gemeenschappen deel uitmaken, gelijken meer op die welke bestaan tussen de leden van een statenbond dan op die welke de verhoudingen kenmerken tussen de deelstaten van een Bondstaat.

2. Voor de constitutionalist is het federalisme de bepaalde rechtsfiguur waardoor, in een gegeven Staat, een institutionele gedaante wordt gegeven aan een evenwichtige verhouding tussen de macht van het centraal gezag en het vrij beslissingsrecht van de gelijkgerechtigde delen.

Zoals reeds werd gezegd, bestaat geen federale Staat; er bestaan slechts federale Staten, waarin de bevoegdheid van het centraal gezag en die van de deelstaten met aanzienlijke varianten is bepaald.

De Verenigde Staten van Amerika, Zwitserland, Soviet-Rusland, Yougoslavië, West-Duitsland, Oostenrijk (13), Canada, Australië, Mexico, Venezuela, Brazilië, Argentinië en India zijn federale Staten. Toch is de federale Staat door zekere fundamentele structuren gekenmerkt.

I. De eerste van die kenmerkende eigenschappen is het bestaan van twee boven elkaar geplaatste juridische ordeningen (de juridische ordening van het geheel en die van de delen), met een onderscheiden normenstelsel en onderscheiden wetgevings- en uitvoeringsorganen.

Anders dan in een Statenbond, kunnen de centrale organen van een Bondstaat aan de burgers individueel verplichtingen opleggen.

De federale Grondwet, die uiteraard een strakke of onlenige Grondwet is, verdeelt de taken en bepaalt de bevoegdheden van die organen. Die Grondwet kan slechts met het akkoord of althans met de tussenkomst van de deelstaten gewijzigd worden.

De meeste federale grondwetten, waaronder die der Verenigde Staten (art. 1 Section VIII) en die van Sovjet-Rusland (artt. 14 en 15), kennen aan de deelstaten een principiële bevoegdheid toe, terwijl de bevoegdheid van het centraal gezag in een beperkende enumeratie is opgegeven.

De grondwetten van Canada, India en Venezuela gaan van een ander standpunt uit en kennen de principiële bevoegdheid aan de Bondstaat toe.

De practijk heeft aan het principieel verschil tussen die bevoegdheidsregelingen veel van zijn oorspronkelijke betekenis ontnomen. Zo heeft het systeem van de « enumerated powers » in de Verenigde Staten een enorme uitbreiding van de bevoegdheid der federale organen niet belet.

Het federale Gerechtshof heeft geoordeeld dat de aan de Unie toegekende machten voor haar de bevoegdheid inhouden om de regelingen te treffen welke in de haar opgedragen bevoegdheden besloten liggen (theorie van de « implied powers »), zodat tegen de principes van de uitlegkunde in, de « enumerated powers » extensief worden geïnterpreteerd.

II. Het tweede basiselement van de federale Staat is dat de deelstaten, Länder of provincies, als zodanig, deelnemen aan de samenstelling van een wetgevend orgaan der Unie (Senaat, Raad der Nationaliteiten. Bundesrat enz.), zodat zij aldus betrokken zijn bij de federale besluitsvorming.

In een Bondstaat is het wetgevend korps over twee kamers verdeeld :

— de Kamer van Volksvertegenwoordigers (Raad der Unie in Soviet-Rusland, Bundestag in Duitsland) die de Staat in zijn geheel vertegenwoordigt en

— de Senaat, die naar het beeld van de Staten of nationaliteiten is samengesteld.

In de Verenigde Staten en de Bondstaten van Zuid-Amerika, in Zwitserland en Australië, beschikken de deelstaten over hetzelfde aantal zetels in de federale Senaat (14).

In de andere federale Staten is de verdeling er op gericht de minst bevolkte Staten te begunstigen en zodoende hun numerieke ongelijkheid te compenseren (zie bv. art. 51 van de Federale Grondwet van West-Duitsland; art. 34 van de Oostenrijkse Grondwet; art. 27 van de Yougoslavische fundamentele wet van 13 januari 1953).

Kamer en Federale Staat hebben in de meeste Bondstaten een gelijke bevoegdheid. In de Verenigde Staten, Zwitserland en Soviet-Rusland is voor de totstandkoming der wet het akkoord van beide kamers vereist. In andere landen, zoals Australië en India, wordt in geval van onenigheid tussen beide kamers in verenigde zitting van het Parlement beslist.

In Oostenrijk heeft de Bundesrat een vetorecht (Einspruch), maar de eindbeslissing ligt bij de Nationalrat (art. 42 van de Oostenrijkse Grondwet) (15).

III. In sommige, maar niet in alle Bondstaten, is een Hoog Gerechtshof belast met het toezicht op de grondwettigheid der federale wetten. Het Supreme Court heeft zich in de Verenigde Staten het recht toegekend om de Uniewetten aan de Federale Grondwet te toetsen. De rechtspraak van het Hof heeft nochtans machtig bijgedragen tot de verruiming van de prerogatieven van de organen der Unie. Een Constitutioneel Hof (waarvan de bevoegdheid evenwel in elkeen van die landen verschilt), bestaat ook in West-Duitsland, Canada, Australië en India. Noch in de U.S.S.R., noch in Yougoslavië, noch in Zwitserland, bestaat een controle op de grondwettigheid der Federale Wetten. Het Zwitsers Federaal Gerechtshof

waakt op de naleving door de kantons van de aan de burgers gewaarborgde rechten.

Men ziet dus dat een evenwichtige combinatie tussen de eisen van een efficiënt centraal gezag en de drang naar vrijheid van de deelstaten, die gelijkgerechtigd willen zijn, langs verschillende wegen wordt bereikt.

§ 5. — *Hoe een Bondstaat ontstaat*

Men zegt dat de Bondstaat op twee wijzen kan ontstaan : hetzij door de omvorming van gecentraliseerde staatsstructuren in een federaal verband, hetzij door de aaneensluiting van voordien onafhankelijke Staten.

In de regel (en het is zeer de vraag of op die regel uitzonderingen bestaan) is de Bondstaat de staatsvorm die van de gescheidenheid naar een zekere vorm van eenheid leidt. Zo werden de Verenigde Staten (1787) opgericht. Zo ontstonden de Zwitserse Bondstaat (1848), de Australische Commonwealth (1901), en het eerste Duitse Rijk van 1871 waarmede de huidige Grondwet — na de parenthesis van de sterk gecentraliseerde nationaal-socialistische Staat — van West-Duitsland weder heeft aangeknoopt. Het kan bezwaarlijk gezegd worden dat Soviët-Rusland en Yougoslavië de omgekeerde weg hebben gevolgd en dat hun staatsinstellingen uit een eenheidsstaat zijn gegroeid. Weliswaar was Rusland voor 1917 (zoals Yougoslavië voor 1940), een gecentraliseerde Staat maar na de eerste wereldoorlog was de federatie het middel om in Rusland de ingevolge de revolutie afgescheiden landen weer tot eenheid te brengen. In het door de communistische partij in 1919 aangenomen programma, werd vastgesteld dat de partij de federale band tussen de Staten van het Soviëttype beschouwde als een van de overgangsvormen naar de volledige eenheid (16). In Yougoslavië (dat voor 1940 een eenheidsstaat was) werden de thans gefedereerde deelstaten tijdens de tweede wereldoorlog uit elkaar gerukt en de belangrijkste onder hen als afzonderlijke gebieden of staten opgericht.

Het is op grond van die verdeeldheid dat in beide gevallen de nieuwe federale structuren werden opgebouwd.

Het uiteenvallen van de eenheidsstaat of van een koloniaal rijk leidt veeleer naar de volledige onafhankelijkheid van de deelstaten of gebieden dan naar de oprichting van een Bondstaat. Wanneer het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden in 1831 uiteenviel ruimde het de plaats voor twee onafhankelijke Staten. Wanneer de Oostenrijks-Hongaarse Staat in 1919 verdween traden vier onafhankelijke Staten in zijn plaats. De omvorming van het Brits Empire in een British Commonwealth of Nations kwam neer op de erkenning van de onafhankelijkheid der deelstaten (17). Uit de ontbinding van de Verenigde Arabische Republiek en van de Mali zijn onafhankelijke Staten geboren.

De Republiek der Verenigde Staten van Indonesië werd in 1950 als een soevereine Bondstaat opgericht. Enkele maanden na de soevereiniteitsoverdracht werd de federatieve in een unitaristische staatsvorm gewijzigd. De 16 Indonesische deelstaten werden op 17 augustus 1950 opgeheven en, hetzij als provincie, hetzij als autonoom gebied in de unitaristische Republiek Indonesië opgenomen.

De door de Franse Grondwet van 4 oktober 1958, tussen het moederland en de voormalige Franse Afrikaanse koloniën gecreëerde gemeenschap (die deels van federale en deels van confederale aard was) heeft geen jaar stand gehouden. Hoewel 12 deelstaten op 14 oktober en 19 december 1958, bij referendum, dit statuut hadden aanvaard eisten en bekwamen zij, in de loop van de zomer van 1960, een onmiddellijke en volledige onafhankelijkheid (18).

Wanneer in een plurinationale eenheidsstaat (en vooral in een democratische eenheidsstaat) de samenstellende groepen tot de nationale bewustwording ontwaken is de drang naar de autonomie zo sterk dat de federale binding die het beslissingsrecht over de eigen lotsbestemming uitsluit, vaak als ondraaglijk wordt aangevoeld.

§ 6. — *Het vergelijkend grondwettelijk recht en het vraagstuk van het federalisme in België*

Het komt er nu op aan enkele algemene opmerkingen te maken betreffende de waarde van de argumenten, die bij de bespreking van de vraag in het arsenaal van het vergelijkend grondwettelijk recht worden geput. Vaak zijn die argumenten niet overtuigend en soms niet pertinent, omdat te dikwijls uit het oog wordt verloren hoe betrekkelijk de gegevens zijn welke aan de bestaande federale structuren zijn ontleend.

Een vergelijking heeft maar zin wanneer de vergeleken termen vergelijkbaar zijn.

1.

Wanneer onder de staatsvormen, die het vergelijkend recht biedt, de voorkeur naar een bepaalde figuur uitgaat, mogen de federale structuren die tot voorbeeld dienen, niet los gedacht worden van de factoren van geografische, economische, historische en zelfs ideologische aard, waaruit zij zijn gegroeid. Vraag is in de eerste plaats of die factoren kunnen worden vergeleken met die waaruit de Belgische verhoudingen bestaan. De belangrijkste van de evengenoemde factoren is wellicht de uitgestrektheid van de Staat. Rusland, de Verenigde Staten, Canada, Australië, Brazilië, Indië zijn noodgedwongen, wegens hun uitgestrektheid, op een of andere vorm van federalisme of van ver doorgevoerde decentralisatie aangewezen. Besluitvorming, rechtspraak en bestuur beheersen van uit de zetel van een centraal gezag dat duizenden kilometers verwijderd is van het gebied waar dit gezag wordt uitgeoefend, is uiteraard een moeilijke en soms onmogelijke taak. De instellingen van de zo pas vermelde staten tot voorbeeld nemen voor een honderden malen kleiner land, is op zijn minst bedenkelijk.

Voor wie in een klein land de vraag van de omvorming van de eenheidsstaat in een federale vorm tracht te beantwoorden, is de zo vaak gedane opmerking dat nagenoeg een milliard mensen onder federaal regime leven, dan ook van weinig betekenis. De vergelijking is dan eerst pertinent wanneer zij in België gedaan wordt met landen, die wat bevolking en omvang betreft, vergelijkbaar zijn, zoals Zwitserland. Czechoslowakije, Yougoslavië, waar de tweeheid of de veelheid van de volksgemeenschappen en talen, aan de nationale grondwetgever problemen van structurele aard heeft gesteld.

Wat Czechoslowakije of Yougoslavië betreft, zal het bestaan van een almachtige, gecentraliseerde en dictatoriale eenheidspartij aan de vergelijking veel van haar betekenis ontnemen. Dat de Zwitserse Bondstaat uit zeer speciale historische omstandigheden en geografische gegevens is gegroeid, dat de autonomie van de kantons voorafgaat aan het tijdperk waar

de taal bij de Staatsvorming beslissend is geworden, en dat de Duitse kantons in hun onderlinge verhoudingen even autonoom zijn als in hun verhoudingen met de Franse en Italiaanse kantons, en omgekeerd, zal degene die zich in België op het Helvetisch precedent beroept, niet uit het oog mogen verliezen.

2.

Bij de behandeling van het vraagstuk van het federalisme aan de hand van rechtsvergelijkende gegevens, zal men wel doen de federale structuren, die tot voorbeeld worden gesteld, onder ogen te nemen niet zoals *zij in de grondwettelijke teksten zijn omschreven, maar zoals zij zich in de levende werkelijkheid voordoen.*

Art. 17 van de Russische Grondwet kent aan de gefedereerde republieken het recht toe om vrij uit de Unie te treden. Van meer belang dan de tekst is de vraag of de mogelijkheid tot secessie in werkelijkheid bestaat en of een beweging of een propaganda die de afscheiding van een gefedereerde Republiek voorstaat, zou worden gedoogd. Hierop wordt geantwoord dat tot dusver geen Republiek haar wil te kennen heeft gegeven van het haar toegekend secessierecht gebruik te maken, omdat haar belangen als lid van de Unie ten volle zijn gevrijwaard en haar kansen op verdere ontwikkeling volkomen zijn gewaarborgd (19).

« The Soviet Union as a whole », schrijven *Denisov* en *Kirichenko,* « and each Union Republic in particular, are vitally interested in the coordination of their efforts and, consequently, in a certain centralisation of the politic and economic leadership of the country. *The need for democratic centralisation* and planning of the social economy *is conditioned by the nature of the social economic system,* by the high level of the technical equipment of various branches of the economy, as well as by the mutuel assistance of the Union Republics in the sphere of economy, politics and defense » (20).

Meer dan de autonomie der deelstaten kenmerkt het « democratisch centralisme » (21) het federaal verband in de U.S.S.R.

3.

In het beeld van een gelijke vertegenwoordiging van de volksgemeenschappen in de Senaat ziet men soms het institutioneel bindmiddel bij uitstek tussen de deelstaten. Hierbij wordt in de eerste plaats gedacht aan de Grondwet der Verenigde Staten. Anders dan een honderdtal jaren geleden is de Amerikaanse Senaat thans echter veeleer een Kamer van bezinning dan een kamer die de Staten vertegenwoordigt. Wanneer de regel van de gelijke vertegenwoordiging in de Grondwet van 1787 werd opgenomen, werd uitgegaan van de gedachte dat aan de kleine (d.i. de weinig bevolkte) Staten een gelijke kans op het behoud van hun autonomie moest worden gegund. Die bezorgdheid is nu verdwenen en van tegenstellingen tussen grote en kleine staten is zo goed als geen sprake meer. Hieraan moet worden toegevoegd dat het zwaartepunt van de politieke macht in de Verenigde Staten niet meer bij het Congres ligt maar bij de President die door de inwoners van de Unie wordt verkozen en die de Natie als een eenheid vertegenwoordigt. Wanneer in België aan een geografische Senaat naar Amerikaans voorbeeld wordt gedacht, moet — zo men zich niet met woorden wil tevreden stellen — de aandacht uitgaan naar de essentiële verschilpunten tussen de juridische en de feitelijke verhoudingen in beide landen. In België komt de juridische voorrang onder de gestelde machten aan de wetgevende kamers toe. De toekenning van een gelijke wetgevende bevoegdheid aan een geografische Senaat heeft dan ook gevolgen die zeer aanzienlijk verschillen van die welke ontstaan uit de toekenning van een zodanige bevoegdheid aan de Amerikaanse Senaat. Het spreekt ook vanzelf dat de werking van een Senaat, die uit de vertegenwoordigers van twee volksgemeenschappen met nagenoeg hetzelfde bevolkingscijfer zou bestaan, heel wat andere problemen stelt dan die van een Senaat die uit de vertegenwoordigers van vijftig staten is samengesteld. Ingevolge de tweeheid van de volksgemeenschappen zou een geografische Senaat in België een paritaire raad zijn met al de gevolgen welke hieraan op het plan van besluitvorming zijn verbonden.

4.

Zo de deelstaten talrijk zijn (50 Staten in de V.S.; 22 kantons in Zwitserland; 16 Republieken in Soviët-Rusland; 6 volksrepublieken in Yougoslavië) zal het evenwichtspunt tussen de eisen gesteld enerzijds door de te handhaven autonomie der delen en anderzijds door een efficiënt centraal beleid, veel gemakkelijker kunnen gevonden worden, dan in een Staat die slechts twee volksgemeenschappen omvat. In deze Staat is het gevaar dat het federalisme de tegenstellingen tussen de deelstaten institutionaliseert niet denkbeeldig.

Dat Finland en Czechoslowakije, die twee volksgemeenschappen omvatten, eenheidsstaten zijn, is aan die vaststelling wellicht niet vreemd.

5.

De rechtsvergelijkende Staatswetenschap toont aan dat in de Federale Staten het zelfbeschikkingsrecht van de deelstaten inzake economisch beleid ofwel nooit bestaan heeft (en dit is het geval met de communistische Bondsstaten) ofwel geleidelijk verdwijnt daar waar het in zekere mate vroeger heeft bestaan.

Luidens art. 14 - j) k) l) n) van de Russische Grondwet, behoren het vastleggen van de nationale economische plannen, de goedkeuring van de belastingen en inkomsten bestemd tot de begrotingen der Republieken, het beheer van de banken, de industriële en landbouwondernemingen en het beleid van het munt- en kredietwezen tot de bevoegdheid van de Unie.

Art. 15 van de Yougoslavische Constitutionele Wet van 13 januari 1953 maakt de federale volkskamers uitsluitend bevoegd inzake basiswetgeving betreffende het geplanifieerd beleid van de nationale huishouding. Luidens art. 9 van dezelfde wet zorgt de Federale overheid voor de eenheid van de socialistische ordening en art. 10 verkondigt dat het grondgebied een economische staatseenheid vormt (22).

De New-Dealpolitiek van F. D. Roosevelt en de tweede wereldoorlog heeft in de Verenigde Staten het evolutieproces naar de economische eenheid, die in de Grondwet van 1787 trouwens besloten ligt, bespoedigd en in Zwitserland is, vooral op economisch gebied, dezelfde drang naar centralisatie merkbaar. In werkelijkheid is de verruiming van de bevoegdheid van het federaal gezag een algemeen verschijnsel en die evolutie is niet beperkt tot het economisch vlak.

Men zou het zonder twijfel mis voor hebben indien men een Amerikaanse Staat of een Zwitsers kanton met een Belgische provincie of een Frans Departe-

ment gelijk stelde, maar de afstand tussen de Staat of dat Kanton met een Staat die over zijn eigen lotsbestemming beslist, is nog veel groter.

In alle federale landen is het zwaartepunt van de overheidszorg van de organen der deelstaten naar die van de centrale overheid overgegaan.

Zo de Federale Staat het grondwettelijk goed stelt, weegt het element « binding » veel zwaarder dan het element « autonomie ». In zijn Traité de Science politique (II nr. 294) heeft Georges Burdeau die evolutie merkwaardig geschetst. « On pourrait dire sans paradoxe que l'Etat fédéral ne dure que dans la mesure où les mécanismes juridiques pour lesquels il fut originairement construit, n'ont plus l'occasion de jouer. Si les Etats-membres ou l'Etat fédéral en sont réduits à faire jouer la constitution dans ses dispositions protectrices de l'autonomie des uns ou de l'autorité de l'autre, la rupture du lien fédéral est proche, la scission menace. La constitution fédérale crée un équilibre minutieux et instable. Pour que l'institution puisse durer, il faut que cet équilibre se consolide et toujours cette consolidation est assurée par le progrès de la tendance centralisatrice, sur les conceptions particularistes. Artificiel au début, ce gouvernement fédéral devient une institution ressentie comme nationale; la solution des problèmes tend de plus en plus à être cherchée sur le plan fédéral et non sur le plan local.

Par le seul fait de sa durée, l'organisation fédérale transforme l'état d'esprit auquel elle doit sa naissance; juridiquement les Etats-membres conservent toutes leurs prérogatives, seulement en fait, ils ont perdu le goût d'en user. Elles étaient faites pour protéger des originalités, des différences, des susceptibilités que le fédéralisme atténue progressivement en donnant naissance à un sentiment national. *L'Etat fédéral né d'un accord contractuel entre collectivités primitivement indépendantes n'a de chances de durer que dans la mesure où entre les particularismes originaires, s'insinue comme un liant ou un amortisseur, un esprit national seul capable d'assurer la cohésion de l'ensemble.* »

Wanneer in een demokratische eenheidsstaat het samenhorigheidsgevoel tussen de samenstellende volksgemeenschappen gevoelig verzwakt of ophoudt te bestaan, zijn meteen de kansen van een duurzaam federaal verband gering of onbestaande. De uitkomst is dan veeleer de onafhankelijkheid van de deelstaten, dan het federalisme.

Een algemene, vooraf bepaalde en dogmatisch opgevatte leer van de federale Staat bestaat slechts op het papier en aan die leer stoort zich de staatsrechtsvinding niet.

Wanneer de Amerikaanse grondwetgevende vergadering in 1787 een nieuwe staatsvorm ontwierp, wanneer de Russische Grondwetgever na de eerste wereldoorlog een originele en duurzame oplossing vond voor het hem gesteld nationaliteitenvraagstuk, of wanneer de Angelsaksische staatslieden aan het Commonwealth vorm gaven, achtten zij zich gebonden noch door de bestaande Staatsvormen, noch door de toen geldende doctrine. Elkeen van de staatsrechtelijke figuren was, toen zij werd gecreëerd, een constructie « sui generis ».

Aan een ontwerp van staatsregeling verwijten dat het aan de bestaande typen niet beantwoordt, is op zichzelf niet overtuigend.

Voor elke afzonderlijke volksgemeenschap zijn het de aan die gemeenschap specifiek eigen kenmerken, die bij de keuze van de staatsvorm de doorslag moeten geven.

BIBLIOGRAFIE

Over de Staat.

G. Jellinek, Algemeine Staatslehre - 1922.
J. Dabin, Doctrine générale de l'Etat - 1939.
G. Burdeau, Traité de droit constitutionnel (3 eerste boekdelen 1928). — Traité de Science politique (II) - 1949.
H. Kelsen, General Theory of Law and State - 2de deel.

Over de Federale Staat.

G. Scelle, Précis de droit des gens (I) - 1930.
J. Mouskheli, La théorie juridique de l'Etat fédéral - 1931.
R. Kranenburg, Inleiding in de vergelijkende Staatsrechtswetenschap - 1955, 2de druk - p. 186.
P. Reuter, Institutions internationales - Parijs 1955.
Centre de Sciences politiques de l'Institut d'Etudes juridiques de Nice. - I. Le fédéralisme (1956) (zie inzonderheid : *G. Vedel,* Les grands courants de la pensée politique et le fédéralisme (p. 31-86) en *Ch. Durand,* L'Etat fédéral en droit positif (pp. 171-215).
N. J. Wagner, The federal States and their judiciary - 's Gravenhage 1959.

Over de federalistische stromingen in België.

Het federalisme in Vlaanderen - *Ed. Van Calck* - Schepdaal - 1962.
Vindex - Le Fédéralisme - Brussel 1951.

Over het Amerikaans federaal stelsel.

M. V. Polak, Schets van het Amerikaans Uniestaatsrecht - Leiden 1951.
André en Suzanne Tunc, Le système constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique - Parijs 1954.
J. Swarthout en R. Bartley, Principles and problems of American national Government - 1955.

Over het federalisme in de U.S.S.R.

A. Vyshinsky, The Law of the Soviet State. - New York 1948.
A. Denisov en M. Kirichenko, Soviet State Law. - Moskou 1960.
M. Mouskhely en Z. Jedryka, Le Gouvernement de l'U.R.S.S. - Parijs 1961.

Over het Zwitsers federaal stelsel.

W. Rappard, La Constitution fédérale de la Suisse - Neuchâtel 1948.
E. Ruch, Schweizeriches Staatsrecht. - 3e uitgave - Zürich 1957.

Zie voor een meer uitgebreide bibliografie : *W. Houtman* in het aangehaald werk « Het federalisme in Vlaanderen », p. 249 en volgende.

---

(1) P.B. Kamer. Zitting 1961-1962, nr. 1, p. 2 (ondertekend door de hh. *Van der Elst, Deconinck, Mattheyssens, Van Leemputten* en *Wouters*).
(2) Het Federalisme in Vlaanderen — Het Pennoen — 1962, p. 45.
(3) Res Publica — 1961 p. 302.
(4) *Van der Pot* — Handboek van het Nederlands Staatsrecht, 3e druk, p. 33.
(5) *G. Vedel* — Manuel élémentaire de droit constitutionnel, p. 100.

(6) *Georges Burdeau.* — Traité de science politique II nr. 90 en volgende.
(7) *A. Posada.* — La nouvelle constitution espagnole. Paris, Sirey 1932.

(8) De Italiaanse Grondwet van 27 december 1947 geeft een vrij verregaande bevoegdheid aan de 19 gewesten (waaronder Sicilië en Sardinië) die zij in het leven heeft geroepen. Op het gewestelijk plan wordt de wetgevende bevoegdheid uitgeoefend door een gewestelijke raad in de door art. 117 van de Grondwet opgesomde materies, die eerder van administratieve aard zijn. De uitvoerende macht wordt door een Giunta en door haar voorzitter waargenomen. Na een vrij ingewikkelde procedure wordt over de regionale wetten die strijdig zijn met de nationale wetgeving door het Grondwettelijk Hof uitspraak gedaan; zijn de wetten in strijd met het nationaal belang, dan komt de beslissing aan de wetgevende kamers toe (art. 127). Al reikt de autonomie van het Italiaanse gewest aanzienlijk verder dan die van een Belgische of Nederlandse provincie, toch is de Italiaanse Staat een eenheidsstaat omdat ook in de aangelegenheden die aan het beslissingsrecht van de gewesten zijn opgedragen, de eindbeslissing aan de organen van de eenheidsstaat behoort.
(9) Om die redenen spreek ik niet van de persoonlijke en reële unie tussen Staten; zie in dit verband: *Van Bogaert* — Beginselen van het Volkenrecht 1958 p. 33.
(10) *Van Bogaert* — o.c. p. 33.
(11) *Kranenburg* — Het Nederlands Staatsrecht I p. 31.
(12) Geciteerd door *Kranenburg* — Algemene Staatsleer 1949, p. 168.
(13) Zie het hierna gedane voorbehoud.
(14) Met een bevolking van circa 60 millioen inwoners (hetzij een derde van die der Unie) hebben de Staten New York, Pensylvania, Illinois, Ohio, Texas en Californië slechts 12 zetels (op honderd) in de Senaat.
(15) Behoudens andersluidende grondwettelijke bepaling, kan een wettekst niet afgekondigd worden indien de Bundesrat, binnen acht weken volgend op de overlegging ervan, bij gemotiveerde beslissing van zijn vetorecht heeft gebruik gemaakt. Zo de Nationalrat, in aanwezigheid van de helft van zijn leden, zijn beslissing handhaaft, moet de tekst afgekondigd en bekendgemaakt worden; van een gelijke wetgevende bevoegdheid van het federaal orgaan is dus geen sprake. Dit is de reden waarom de Oostenrijkse door velen niet als een Bondsstaat wordt beschouwd.
(16) *Denisov* en *Kirichenko.* — Soviet State-Law — Foreign Languages Publishing House Moskou 1960, p. 36.

(17) In de voordracht welke hij in 1961 in het Institut belge des Sciences politiques over het federalisme in België hield (Res Publica 1961, p. 297) verklaarde de heer *Dehousse* « Je n'ignore pas l'objection selon laquelle on connaitrait maints fédéralismes par agrégation, mais aucun par ségrégation. C'est décidément avoir la vue bien courte, car à quelque distance d'ici nous avons l'exemple d'une organisation d'Etats qui fut d'abord un empire et qui se mua de plus en plus, avec le temps, vers ce qui est devenu le Commonwealth. Voilà le type même d'un fédéralisme par segrégation... » Het voorbeeld lijkt me slecht gekozen, enerzijds omdat de Staten van het Britse Gemenebest geen federale staten zijn (Indië, Pakistan, Ghana e.a. zijn in rechte en in feite volkomen onafhankelijke staten) en anderzijds omdat uit het verslag van het betoog van de heer *Dehousse* blijkt dat hij aan Wallonië of aan Vlaanderen geen statuut toedenkt dat met dit van Canada, Indië of Ghana kan vergeleken worden.

(18) *Marcel Prelot.* Institutions politiques et droit constitutionnel — Dalloz 1961 — nr 386 en volgende.
(19) *A. Denisov* en *M. Kirichenko* — Soviet State Law — Foreign Languages Publishing House Moskou — 1960, p. 161.
(20) Ibid. p. 165.
(21) According to Lenin, democratic centralism presupposes, on the one hand that the directives of higher organs are obligatory for subordinate bodies and, on the other hand, the unrestricted development of local initiative and of varied ways and means of advancing toward the common goal (Ibid. — p. 248). De aldus ontlede structuur sluit eerder aan bij ons begrip van de decentralisatie dan bij het klassiek begrip van het federalisme. De Russische Staatsrechtstheoretici verwerpen ook het begrip van de culturele autonomie. « Regional autonomy has nothing to do with the cultural — national autonomy... The propagation of cultural — national autonomy corrupts and divides the working class, for it represents refined nationalism (Ibid p. 172).
(22) *Claude Durand* — La réforme de la constitution de la République fédérative populaire de Yougoslavie — Revue de droit public et de Science politique 1954, p. 86.

HET RECHTSSTELSEL VAN RADIO EN TELEVISIE EN DE GRONDWETTELIJKE VRIJHEDEN

door

Prof. Mr. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH

Hoogleraar aan de Universiteit te Brussel.
Advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie.

De vrijheid van meningsuiting.

1. De vrijheid van mening kan niet beperkt of aan een onmiddellijke dwang onderworpen worden. Zij is een uitvloeisel van het begrip dat de mens van zaken en verschijnselen heeft. Zij is onscheidbaar van de menselijke geest, die zich rechtstreeks openbaart door het denken. De mening, als intern verschijnsel van het bewustzijn van het individu, ligt uiteraard geheel buiten het gebied van het recht. Pas wanneer de mening tot uiting wordt gebracht, kan de rechtsregel ontstaan.

2. Bovendien is het recht zijn gedachten en opinies te uiten slechts volledig, indien de mens vrij toegang kan hebben tot de instrumenten waardoor de gedachte verspreid wordt. Dit aspect van de meningsvrijheid is op het gebied van het grondwettelijk recht eerst ten volle aan de dag getreden met de ontwikkeling van radio-omroep en televisie.

3. Evenals de persoonlijke vrijheid onder de physische vrijheden, geeft de vrijheid van meningsuiting, die in dezelfde bodem wortelt als de vrijheid van eredienst, onder de vrijheden des geestes het aanzijn aan andere vrijheden : vrijheid der talen, culturele vrijheid, vrijheid van wetenschappen en onderwijs, vrijheid der drukpers, waarborging van het briefgeheim, vrijheid van vereniging.

4. De meningsuiting is slechts een als zodanig algemeen erkend juridisch probleem geworden, nadat men zich in wijsgerig opzicht bewust was geworden van het feit, dat de Staat, de macht en de gevolgen der opinie kennende, deze belette tot uiting te komen (1).

5. De vrijheid van meningsuiting is ontstaan uit een betrekkelijk recente evolutie van het collectieve bewustzijn; zij vormt thans in de landen van liberaal democratisch staatsbestel het fundamentele recht dat boven alle betwisting staat. Ondanks haar variaties, afwijkingen en dwalingen is zij het noodzakelijke vereiste voor de verheffing van de mens en de vooruitgang van het mensdom.

6. Echter is de vrijheid van meningsuiting slechts betrekkelijk. De strafwet, door de gewone wetgever tot stand gebracht, stelt haar bepaalde grenzen. Dit is het onvermijdelijke gevolg van de confrontatie tussen Staat en nationale gemeenschap. Het recht van meningsuiting wordt door de Staat slechts toegelaten in zover deze uiting niet strekt tot het omverwerpen van een bepaalde morele en sociale orde, die,

in dit geval, soms strikter beoordeeld wordt dan met de traditionele, trouwens approximatieve maatstaf der openbare orde geschiedt. Zoals *Thomas Mann* in zijn beroemd essay *Humanismus und Humaniora* schrijft : « Het humanisme moet zich pantseren, en bekennen, dat de vrijheid niet mag dienen als vrijgeleide voor diegenen die het oogmerk hebben haar te gronde te richten ». Er ligt een veranderlijke maat — een « spannig » pleegt men heden te zeggen — in de verhouding « geuite mening - staatkundig systeem ». Hoe absoluter het staatsbestel, hoe dwingender de Staat een overtuigingsmonopolie opeist en hij de opinie wil « leiden ». Omgekeerd, hoe liberaler de Staat en zijn politiek systeem, hoe minder hij voor de meningsvrijheid beducht is.

7. Een van de eerste handelingen van het onafhankelijke België was het afkondigen van de vrijheid der « *burgers, verenigd met om het even welk godsdienstig of wijsgerig doel, om voor hun meningen naar goeddunken uit te komen, en ze te verspreiden door alle mogelijke middelen van overreding en overtuiging* » (2). Vertrouwende in de degelijkheid van een filosofische leer die een onbeperkt liberalisme huldigde, hadden de leden van de Voorlopige Regering de uitoefening van dit recht zonder begrenzing, zelfs niet door de strafwet, toegestaan.

8. De grondwetgevende vergadering, een paar maanden later, was redelijker. Artikel 14 van de Grondwet bepaalt : « *De vrijheid om op elk gebied zijn mening te uiten* » is « *gewaarborgd, behoudens bestraffing van de misdrijven die ter gelegenheid van het gebruikmaken van die vrijheid worden gepleegd* ». Artikel 18, dat het vrijheidsbeginsel op de materie van de drukpers toepast, zegt dat de censuur nooit kan worden ingevoerd.

9. Aldus omschreven is de vrijheid zijn mening te uiten een recht dat het individu tegen de ingrepen van de Staat beschut.

10. Om het even of de opinie mondeling (3), per brief (4) of in de pers (5) geuit wordt, het vrijheidsbeginsel heeft dus in Belgisch grondwettelijk recht een absolute gelding, onder voorbehoud van wat de strafwet als misdrijf aanmerkt.

11. Waar sprake is van de vrijheid zijn meningen te uiten, moet in Belgisch recht artikel 18 van de Grondwet met artikel 14 verbonden worden. Immers, de *verspreiding* van de meningen wordt in de eerste plaats door de vrijheid van drukpers bewerkstelligd. Nochtans moet aan de stof van artikel 18 een ruimere zin gegeven worden dan op het eerste gezicht mogelijk schijnt met het woord « *drukpers* », dat de grondwetgever gebezigd heeft. Heden mag deze term niet meer in zijn enge zin genomen worden. Voorts moet het *tweede* lid van artikel 18 aangepast worden door een wijziging van de Grondwet die, gezien de ontwikkeling van radio-omroep en televisie, gaandeweg dringender noodzakelijk wordt. Sommige moderne grondwetten — de Griekse b.v. (6) — sluiten radio-omroep en televisie uit het gebied der grondwettelijke garanties. Deze stelling kan bezwaarlijk aangenomen worden.

Kenmerken van het radio- en televisiewezen.

12. Hoe kan men derhalve de maatregelen tot organisatie en beperking verklaren en verantwoorden, die uit kracht van het wettelijk stelsel van radio en televisie zijn genomen, en die onbetwistbaar tot op zekere hoogte voorzieningen tot voorafgaande controle van de uiting der gedachten opleveren ?

13. Laten wij erop wijzen, dat de verspreiding op ethergolven van de door klank en beeld geuite gedachte, de grenzen welke de natuur aan de uitingswijzen scheen gesteld te hebben, voorgoed heeft doorbroken. De meningsverspreiding is dan ook in het bestel der maatschappij een hoogst belangrijke plaats gaan bekleden.

14. Radio en televisie hebben niet alleen tot gevolg het geestes- en gemoedsleven der volkeren in nieuwe banen te leiden. Zij hebben in de traditionele factoren van het staatsburgerlijke en politieke leven een grondige verschuiving teweeggebracht.

15. Twee, trouwens verwante redenen, verlenen aan de over radio of televisie uitgezonden mening een eigen karakter.

Redevoeringen of lezingen worden op een vergadering gehouden; brieven worden door de post besteld; het affiche wordt op bepaalde plaatsen uitgehangen; drukwerken, pamfletten, circulaires, dagbladen, periodieken, boeken worden rondgedeeld of te koop aangeboden. De gedachte of de mening daarentegen, die de ether ingaan, kennen staatsgrenzen noch vastelanden; zij worden onmiddellijk en op reusachtige schaal vernomen. Daders van staatsgrepen en revolutionairs beginnen hun acties thans met de overmeestering van de radio- en televisie-installaties.

Daar in de ether geen grenzen kunnen gesteld worden, valt het geuite buiten alle controle én van hem die zich uit, én van de autoriteit. Nu dezen aldus onmachtig zijn na te gaan waar het meegedeelde ontvangen wordt, en hoe, en door wie, alover individuele toehoorders en groepen, over landsgrenzen en continenten heen, heeft de radio de eigen aard van de uitingswijze van de mens veranderd. Nog omvangrijker is dit verschijnsel geworden, doordat de televisie aan de klankfactor een visueel medium heeft toegevoegd, op een gebied dat althans voorlopig beperkter is, maar waar de mededeling aanzienlijk sterker « doordringt ».

16. De vrijheid zijn meningen te uiten heeft bovendien op gebied van radio en televisie een eigen karakter, doordat zij een tweevoudig aspect vertoont : de vrijheid van uitzending en de vrijheid van ontvangst. De vrijheid van *uitzending* wordt beperkt, hetzij door het verbieden of het beperken van het oprichten van zendstations, hetzij door het beperken van de toegang tot de zendstations die de overheid door een rechts- of feitelijk monopolie beheert. De vrijheid van *ontvangst* is eveneens tweevoudig. Zij wordt beperkt, hetzij door het verbieden, het beperken of het controleren van het luisteren, hetzij door het beperken van het aanbrengen of het verkrijgen van radiotoestellen. Deze vrijheid is dus het recht voor elke burger om een ontvangsttoestel te bezitten, doch ook het recht om, door het ontvangen van de uitzendingen van zijn keuze, naar wens kennis te nemen van inlichtingen en mededelingen, en de weergave te zien van gebeurtenissen, tonelen en vertoningen.

17. Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en door België geratificeerd, zegt uitdrukkelijk in de bepaling betreffende de vrijheid een mening te koesteren, dat Staten radio-omroep- en televisie-ondernemingen kun-

nen onderwerpen aan een systeem van vergunningen (7).

Een blik op het vergelijkend recht.

18. Het rechtsstelsel van de radio, en meer nog dat van de televisie, zijn van groot belang, niet alleen door de inwerking van deze media op geest en gemoed van de massa der mannen en vrouwen, doch ook door de weerslag die zij kunnen uitoefenen, en vaak onmiddellijk uitoefenen, op het politiek systeem der staten. Deze verspreidingstechniek heeft de regeringen een machtig middel tot beïnvloeding en leiding van de gedachte in handen gegeven (8).

19. De organisatie van het radio- en televisiewezen is dan ook in alle landen een object van openbaar belang geworden, waarop de regering haar aandacht richt en dat uiterst belangrijke problemen van grondwettelijk en publiek recht doet rijzen.

20. De wettelijke regeling varieert met het wijsgerig substraat van het politieke regime der Staten. Zij is eveneens a.h.w. een vingerwijzing die in ruime mate aangeeft hetwelk van de grote, de wereld-verdelende systemen, een bepaalde Staat aanhangt.

21. In de totalitaire landen, zowel de dictaturen op het Iberisch schiereiland als de volksdemocratieën, zijn radio en televisie niet alleen Staatseigendom, maar ook Staatsondernemingen, die te enenmale in dienst staan van de politieke vorming en de opleiding welke de Staat zijn burgers oplegt (9).

Frankrijk.

22. Sedert einde 1958 heeft de « *Radiodiffusion-Télévision française* » op juridisch gebied aanzienlijke wijzigingen gekend, die haar een schetsmatig statuut bezorgd hebben (10).

De R.T.F. is een openbare instelling met industrieel en commercieel karakter. Zij heeft dus een rechtspersoonlijkheid die onafhankelijk is van de Staat.

Hieruit, dat zij een openbare instelling is, volgt, dat de beslissingen van de bestuursleden der R.T.F. akten van administratieve overheden zijn, waartegen beroep wegens machtsoverschrijding mogelijk is.

De R.T.F., die over een autonoom budget (11) beschikt en haar geldmiddelen uit de retributies op de ontvangsttoestellen trekt, is in principe financieel autonoom. Echter, om de Parlementscontrole mogelijk te maken op de besteding van gelden waarvan de inning door de wet wordt toegestaan, mag de R.T.F., behalve op het stuk van landsverdediging, openbare veiligheid en wetenschappelijk onderzoek, niet beschikken hoe dan ook, zonder machtiging van de wetgever, over haar monopolie van uitzending en aanwending van ethergolven, noch nieuwe bronnen van inkomsten aanvaarden (12).

De R.T.F. bezit een zendmonopolie, nu zij « alleen op de grondgebieden der Republiek vermag : 1. het net der radio-uitzendinstallaties in te richten, op te richten of te laten oprichten, onderhouden, wijzigen of exploiteren... » (13). Tot nog toe bestaat er slechts één « keten ».

Op dit monopolie oefent de Staat een nauw toezicht uit. Het « *Conseil supérieur* » der R.T.F., dat uit ten hoogste dertien leden bestaat (14), heeft niet het karakter van een beheerraad. De leden ervan worden bij decreet benoemd, buiten bemoeiing van verenigingen van luisteraars of televisiekijkers, van organisaties die het personeel vertegenwoordigen van de Academiën of culturele verenigingen.

De regering, de politieke rol der R.T.F. naar waarde schattende, heeft per slot van rekening de volstrekte controlemacht die zij op haar kon uitoefenen niet willen uit handen geven, hoe weinig ook (15).

De « *Radiodiffusion-Télévision française* » heeft, sinds de tweede wereldoorlog, ononderbroken gewerkt onder het rechtstreekse politiek toezicht van de Staat en zelfs onder het bevel van de Regering. Het begrip van openbaar belang, verre van tot uiting te komen in een functionele autonomie waaronder de onafhankelijkheid der voorlichting tot haar recht kan komen, wordt hier op dezelfde leest geschoeid als het regeringsbelang. De R.T.F. is niet aan de voogdij onderworpen. Zij staat onder het onmiddellijk gezag van de Minister van Voorlichting.

Verenigde Staten van Amerika.

23. In de Verenigde Staten van Amerika zijn radio-omroep en televisie, evenals de andere *public utilities,* overgelaten aan het privaat initiatief en de vrije onderneming. Een aanzienlijk gedeelte der ethergolven wordt dan ook gebruikt voor handelsreclame. Deze ondernemingen zijn echter onderworpen aan strikte reglementering en een nauw toekijkende controle. De *Federal Radio Commission,* wier leden benoemd worden door de President met de goedkeuring van de Senaat, regelt de verdeling van de frequenties naargelang van de noodwendigheden der radio-ondernemingen en handelsreclame. Het is ook deze Commissie die de licenties verleent en intrekt en die permanente organisatiemaatregelen treft als tegengewicht voor de strekking tot eigendomsconcentratie. Zij bestemt één vijfde van de beschikbare ruimte voor niet-commerciële uitzendingen, hetzij strikt universitaire, wetenschappelijke, culturele of artistieke. Zij houdt ook toezicht op het gebruik dat de commerciële televisie maakt van de haar toegekende ruimte. Wat in organisatorisch opzicht het stelsel der U.S.A. kenmerkt, is de vereniging van de stations — er zijn er meer dan duizend — tot « networks » (16).

Groot-Brittannië.

24. In het Verenigd Koninkrijk berust het monopolie van radio- en televisieuitzendingen bij private maatschappijen, die over verscheidene televisieketens uitzenden. De *Independent Television Authority,* die in 1955 haar licentie ontving, verzorgt de televisieuitzendingen buiten die van de *British Broadcasting Corporation* om. De B.B.C. is noch een handelsmaatschappij noch een openbare instelling. Zij is een bij koninklijk charter opgerichte openbare corporatie die rechtspersoonlijkheid bezit. Zij beschikt onder de voogdij van de minister van posterijen, telegraaf en telefoon over ruime beheersmachten (17).

Een speciale commissie, de *Pilkington Commission,* is in 1960 opgericht voor het houden van een grootscheepse enquête in alle belanghebbende milieus, om van bevoegde zijde zoveel mogelijk inlichtingen te verzamelen met betrekking tot het statuut dat radio en televisie behoren te krijgen, en tot de stoffen die in zulk statuut dienen te worden geregeld. Deze Commissie, die binnenkort haar verslag zal indienen, bestaat uit van de Regering onafhankelijke en in moreel en intellectueel opzicht prominente personaliteiten. Zij heeft haar navorsingen verricht, niet alleen bij het publiek, de pers, de handelsondernemingen en

adverteerfirma's, maar ook bij de kerkgemeenschappen, de onderwijsinrichtingen, de wetenschapslieden, de kringen der geneeskunde, der psychologie en der sociologie. Aan de hand van deze enquête zullen Regering en Parlement het juridisch bestel van de televisie in alle openheid en met werkelijke kennis van zaken kunnen bepalen bij de beslissingen die eerlang nopens de nieuwe televisieketens moeten genomen worden.

Zweden.

25. Het Zweedse stelsel vertoont enige gelijkenis met het Britse, op dit aanzienlijke verschil na, dat de dienst hier door één organisme beheerd wordt. De exclusiviteit der programma's is inderdaad geconcedeerd — onder strikte voorwaarden trouwens die mede wegens de Zweedse neutraliteit vereist zijn — aan een private maatschappij, de *Sverige Radio AB.* De Staat heeft de installaties gebouwd en blijft eigenaar van de zendstations. Hij weigert elke machtiging tot het oprichten van andere installaties dan de zijne. Deze worden geëxploiteerd door een openbare dienst die tevens het telegraaf- en telefoonwezen onder zich heeft. Het uitzendingsrecht wordt geconcedeerd bij een privaatrechtelijk contract, dat in 1959 voor vijf jaar ondertekend werd.

Italië.

26. In Italië zijn radio-omroep en televisie een staatsmonopolie. De Staat is er eigenaar van de installaties en beheert er de diensten. Evenwel worden de activiteiten van het organisme gecontroleerd door een parlementscommissie van dertig leden, waarin alle politieke fracties in verhouding tot hun omvang vertegenwoordigd zijn. Deze schikking heeft tot doel de gevolgen van het Staatsmonopolie tegen te gaan. Het recht voor de Staat om de televisie aan het privaat initiatief te onttrekken is, in Italiaans grondwettelijk recht, onlangs erkend door een arrest van het Constitutioneel Hof (18). Het Hof legt de nadruk erop dat, nu er slechts een beperkt aantal ketens beschikbaar zijn, de televisie, als zij niet door de Staat waargenomen werd, onvermijdelijk in de handen van enkele overheersende particuliere belangen zou terechtkomen.

Nederland.

27. In Nederland worden de radio- en televisie-uitzendingen door private verenigingen gehouden. Inzake radio-omroep bestaan er vijf verenigingen, die respectievelijk laïcistisch, socialistisch, katholiek, protestants en protestants-vrijzinnig zijn. De regering heeft in 1958 deze verenigingen opgevorderd, hier ook om een monopolie — van feitelijke aard — te breken, en alle in de Staten-generaal vertegenwoordigde politieke partijen gelegenheid te geven hun zienswijze voor de gemeenschap te brengen.

28. In de Duitse Bondsrepubliek zijn de organisaties die de radio- en televisie-uitzendingen bezorgen autonoom. De programma's worden buiten alle rijksbemoeiing opgesteld. Een recent arrest van het *Bundesverfassungsgericht* heeft deze stelling duidelijk bekrachtigd (19).

Algemene beschouwing.

29. De ontwikkeling van de televisie en de oprichting van nieuwe ketens hebben in alle landen de aandacht van regering en wetgever gewekt voor de invloeden die in de uitzendingen voelbaar zijn. Zo is het juridisch stelsel van de radio- en televisie-uitzendingen een hoofdvoorwerp van de regeringszorg geworden.

In de niet-socialistische landen heeft men er naar gestreefd de gevolgen van monopolies of van afhankelijkheid van richtlijnen der regering te voorkomen, hetzij door concurrerende verenigingen de nodige speling te geven, hetzij door de radio- en televisiediensten autonoom te organiseren, daar waar de Staat de installaties bezit.

De aanvangsperiode van de radio-omroep in België
De wetgeving van 1930.
De Besluitwet van 13 oktober 1942.

30. België heeft onlangs een origineel en tevens evenwichtig stelsel ingevoerd, waarbij de nadelen van het monopolie vermeden, en het grondwetsbeginsel en de noodwendigheden van de twee taalgemeenschappen in acht genomen zijn.

Het juridisch regime der pers heeft de algemene aandacht gaande gemaakt, en is door de juristen behandeld in belangrijke werken en talrijke publicaties.

Hoewel uit het oogpunt van het Belgisch publiekrecht in het algemeen, en ook voor de vrijheid van meningsuiting in het bijzonder van het grootste gewicht zijnde, werd de Belgische wettelijke regeling van radio en televisie tot nog toe weinig bestudeerd (20). Zover wij weten is het niet behandeld in het Nederlands.

31. De radio-omroep werd in België echtereenvolgens beheerst door de wet van 10 juli 1908, de wetten van 14 en 18 mei 1930 en de wet van 18 mei 1960, die insgelijks het statuut der televisie regelt.

32. De wet van 10 juli 1908 kende aan de regering het monopolie van de uitzendingen toe. Zij schreef voor de aanleg en de werking van elk privaat zendstation de regeringsvergunning voor. Zolang deze wet vigeerde, maakte de regering geen gebruik van haar monopolierecht. Zij bepaalde zich bij het afgeven van vergunningen en richtte de radio-omroep niet als een openbare dienst op.

33. De wet van 14 mei 1930 verving het door de wet van 10 juli 1908 ingevoerde stelsel van het particulier initiatief door het principe van het exploitatiemonopolie door een gedecentraliseerde openbare dienst (21). De wet van 18 juni 1930 gaf nadere bepalingen omtrent de aard der programma's (22). De regering mocht de « radiotelegrafie », de « radiotelefonie » en de andere radioverbindingen van alle aard ondernemen en exploiteren.

34. Voor het plaatsen en in gebruik nemen van elk zend- en ontvangsttoestel voor radioverbindingen moest een machtiging verleend worden door de Minister die het telegraaf- en telefoonwezen in zijn bevoegdheid had.

35. Het ligt voor de hand dat de voorafgaande machtiging door de Regering tot het gebruiken voor de ontvangst van een toestel voor radioverbindingen een vergrijp tegen de Grondwet uitmaakte. Uit de combinatie van de artikelen 14 en 18 van de Grondwet blijkt, dat de censuur verboden is. Onwettig is bijgevolg de verplichting een machtiging te bekomen alvorens kennis te mogen nemen van een mening of een gedachte.

36. In werkelijkheid echter kwamen er weinig reacties tegen het systeem, waaraan men geen aanstoot nam wegens de vorm die het koninklijk besluit van 28 juni 1930 aan deze machtiging gaf. Het *consensus* werd met een tweede opoffering van de rechtsregel betaald : krachtens artikel 3 van het besluit gold het bewijs van de betaling van de taks op het ontvangsttoestel als de vereiste machtiging.

37. Uit juridisch oogpunt was dit een tweevoudige dwaling. Enerzijds beantwoordt een algemeen en systematisch verleende machtiging niet aan de aard van de individuele machtiging, die noodzakelijkerwijze speciaal is. Anderzijds werd het begrip van machtiging, dat in deze stelling uit de betaling van de taks bleek, welke betaling beschouwd werd, als een door de autoriteit gecontroleerd element, geïnterpreteerd bij koninklijk besluit. Een bindende uitlegging van de wet kan evenwel, uit kracht van art. 28 van de Grondwet, slechts door de wetgever worden gegeven. Een koninklijk besluit, tenslotte, kan door een ander koninklijk besluit opgeheven of gewijzigd worden. Het was geen gezond stelsel. Naar zijn fundament ongrondwettig, naar de procedure twijfelachtig, was het, bovendien, zwak in zijn gevolgen.

38. Krachtens artikel 13 van de wet van 24 december 1957 was een voorafgaande machtiging voor het bezitten van een ontvangsttoestel niet langer vereist (23). Het koninklijk besluit van 28 juni 1930 werd opgeheven (24).

39. In het door de wet van 14 mei 1930 ingevoerde uitzendingsstelsel moet een onderscheid gemaakt worden tussen de gemeenschappelijke golflengten, waarvan het gebruiken bij regeringsbeslissing toegestaan werd, en de door de internationale overeenkomsten beschermde golflengten, waarvan de wetgever het gebruik alleen aan een autonome openbare dienst verleende. Verscheidene private stations bekwamen bij toepassing van de wet van 14 mei 1930 de machtiging om op de gemeenschappelijke golflengten uit te zenden. Deze machtigingen werden na de twee wereldoorlog niet hernieuwd, met het oog op de veiligheid van het land en ook wegens het geringe aantal frequenties dat België werd toegewezen.

40. Door de wet van 18 juni 1930 had de wetgever het Nationaal Instituut voor radio-omroep (N.I.R.) opgericht, een gedecentraliseerde openbare instelling die belast was met het inrichten in België van een dienst voor radio-omroep. Aan deze instelling kende hij het uitsluitend gebruik toe van de drie golflengten die België op de conferentie voor radioverbindingen te Praag bekomen had. Hij vestigde zodoende een *monopolie* ten behoeve van een organisme dat aan de Staatscontrole onderworpen was, doch dienstautonomie genoot.

Het Instituut, dat rechtspersoonlijkheid had, werd beheerd door een *Raad van beheer,* bestaande uit de minister die telegraaf en telefoon onder zijn bevoegdheid had (25), voorzitter, of zijn vaste afgevaardigde, en uit negen leden, voor een termijn van zes jaar benoemd, één derde door de Koning, één derde door de Kamer van Volksvertegenwoordigers en één derde door de Senaat (28). De Raad verkoos een « *Bestendig Comiteit* », waarvan de vaste afgevaardigde van de Minister en drie leden deel uitmaakten. Dit orgaan had tot taak de aan de Raad voor te leggen zaken te onderzoeken (27). Het Instituut stond onder de voogdij van de Minister, die zich kon verzetten tegen de uitvoering van enige maatregel waartoe door de Raad van beheer was besloten, indien die maatregel in strijd was met de wetten en besluiten of met het openbaar belang.

41. De interessantste bepalingen van het door de wetgever van 1930 tot stand gebrachte stelsel, en die men in de huidige wetgeving ruimschoots behouden heeft, zijn, enerzijds, die welke erin voorzagen, dat het Instituut op organismen van buiten en op de luisteraars zelf een beroep moest doen, anderzijds die welke de vrijwaring van een objectieve voorlichting tot doel hadden.

42. Als tegengewicht voor het aan de Staat verleende monopolie, bepaalde de wet, dat het Instituut, om zijn opdracht te vervullen, de medewerking zou vragen van *inrichtingen, groeperingen* of *personen* die door hun mededelingen bij het publiek belangstelling konden wekken (28). Het moest tevens de *luisteraars* bij de uitzendingen betrekken. Het Instituut was in beginsel verplicht de mededelingen die het voorgesteld werden, te aanvaarden. Evenwel mocht het de orde en modaliteiten van de uitgezonden mededelingen, alsmede hun betrekkelijk belang regelen, behoudens het recht voor de zich benadeeld voelende personen om in beroep te komen bij de Minister, die in dit geval de door hem nodig geachte maatregelen mocht voorschrijven (29).

43. Het Instituut was echter slechts verplicht de voorgelegde mededelingen te ontvangen, in zoverre hierbij drie voorwaarden waren vervuld, omschreven in artikel 3 van de wet : 1) de mededelingen moesten geschieden in een geest van volstrekte *onpartijdigheid ;* 2) het was het Instituut verboden radiouitzendingen te doen, die *strijdig waren met de wetten, de openbare orde of de goede zeden,* die de overtuiging van anderen kwetsten of een *belediging voor een vreemde Staat* uitmaakten ; 3) het was het Instituut eveneens verboden door uitzending aan handels- of zelfs andere, maar winstgevende publiciteit te doen.

44. Het koninklijk besluit tot toepassing van de wet bepaalde voorwaarden betreffende o.m. de « persberichten », het zogeheten « gesproken dagblad » : « ...De programma's omvatten eveneens het uitzenden van nieuwstijdingen in de vorm van persberichten, alsmede uitzendingen van opvoedkundige aard. De persberichten worden dagelijks uitgezonden ; zij geven bondige nieuwstijdingen waarbij, in alle opzichten, volstrekte onpartijdigheid in acht genomen wordt ; de uitzending loopt enkel over een geschreven en bijzonder daartoe opgestelde tekst. De teksten van al de mededelingen worden bewaard » (30).

45. Iedere mededeling en iedere toespraak moesten schriftelijk vastgelegd zijn. De tekst moest 48 uren vóór de uitzending aan de Raad worden voorgelegd, zodat er kon nagegaan worden of hij aan de wetsvoorschriften voldeed. Dit was een preventieve controle, die alleen dan wettig was, wanneer hij plaats had in het raam van artikel 3 der wet. Weigerden de schrijvers de tekst te wijzigen, door schrapping van de passage(s) die, volgens de Raad, tegen de verbodsbepalingen der wet ingingen, dan hadden de mededeling of de toespraak niet plaats.

46. Het Instituut was ertoe gehouden al de mededelingen om te roepen welke het met dit doel van de Minister ontving. Deze uitzendingen werden kosteloos gedaan tot beloop van een niet verhaalbaar maandelijks totaal van 10 uren per station (31).

47. De Minister oefende op de beslissingen van de Raad een algemene *voogdijmacht* uit, door aanwending van een vetorecht. Hij oordeelde of de genomen beslissingen niet indruisten, hetzij tegen de wetten en besluiten, hetzij tegen de openbare orde. De beslissingen van de Minister, daden van een « administratieve overheid » zijnde, waren onderworpen aan de censuur van de Raad van State die t.a.v. machtsoverschrijding bevoegd is (32).

48. Bij een ministerieel besluit van 4 mei 1940 werd aan het N.I.R., dat voor twaalf jaar opgericht was, de door de wet voorgeschreven opzegging twee jaar vooraf gegeven. Zodoende maakte de regering haar voornemen kenbaar het statuut van de radio-omroep te herzien. Deze procedure werd door de overweldiging van het grondgebied onderbroken.

49. De Belgische regering in Londen richtte door een besluitwet van 13 october 1942 het « *Belgisch Nationaal Bureau voor Radio-omroep* » op, dat belast was met het exploiteren van een door de regering aangekocht en te Leopoldstad geïnstalleerd zendstation van 50 KW (33). Aan dit Bureau verleende de regering bij de bevrijding van het grondgebied het gebruik van de installaties van het N.I.R., bij de besluitwet van 5 september 1944 betreffende het voorlopig statuut voor de radio-omroep in het bevrijde grondgebied (34). De besluitwet van 14 september 1945 zou het N.I.R. met de liquidatie van de « B.N.R.O. » belasten (35).

50. Van 1945 tot 1950 werden verscheidene wetsvoorstellen ingediend, in Kamer en Senaat, die voornamelijk ervan uitgingen, dat de cultuurdualiteit van het land beter moest tot uiting worden gebracht dan in het raam van het N.I.R. geschiedde (36). Ook door de regering werden twee wetsontwerpen neergelegd (37). Voorstellen en ontwerpen kwamen allemaal te vervallen.

Het door de wet van 18 mei 1960 ingevoerde stelsel.

51. De uitwerking van het in 1945 aangekondigde statuut nam meer dan vijftien jaar in beslag. Het was ten slotte de H. P. Harmel, Minister van culturele zaken, die op 27 october 1959 het wetsontwerp neerlegde, dat zou worden de wet van 18 mei 1960, houdende organisatie van de Instituten der Belgische Radio en Televisie (38).

Structuur, organisatie, autonomie.

52. Om aan het verlangen naar culturele autonomie van beide taalgemeenschappen tegemoet te komen, onder inachtneming van de nodige economie, werden drie instituten opgericht, alle drie openbare instellingen, belast met de openbare dienst van radio-omroep en televisie :

het *Instituut van de Nederlandse uitzendingen ;* het *Instituut van de Franse uitzendingen ;* het *Instituut van de gemeenschappelijke diensten* (39) (40).

Na de wet van 28 april 1953, waardoor aan de twee Rijksuniversiteiten meer autonomie werd verleend, is dit de tweede in de Belgische wet neergelegde uiting van culturele autonomie, welke hier evenwel niet volledig is, daar de unitaire structuur in staat wordt gehouden, o.m. door de oprichting van een derde instituut, het optreden van coördinatieorganen en, eventueel, de ministeriële voogdij.

53. Het tweede beginsel dat aan de nieuwe instellingen ten grondslag ligt is de *onafhankelijkheid t.o.v. de regering.* Elk uitzendingsinstituut wordt beheerd door een *Raad van beheer* van tien leden, waarvan er acht om de beurt benoemd worden door de Kamer van volksvertegenwoordigers en de Senaat op een lijst van candidaten, voorgedragen door de provinciale raden, de academiën, de universiteiten, de afdelingen van de Hoge Raad voor volksopleiding. De voordrachten voor het Nederlands of het Frans instituut geschieden respectievelijk door diegenen van genoemde organismen welke de ene of de andere cultuur vertegenwoordigen, behalve de Provinciale Raad van Brabant die candidaten voor beide instituten voordraagt. Deze acht leden coöpteren acht collega's.

54. Deze wijze van benoeming, die de instituten onafhankelijk maakt t.o.v. de regering, welke niet langer het recht van benoeming bezit (41), heeft in een zekere mate een politieke vertegenwoordiging in de raden mogelijk gemaakt. Een vertegenwoordiging die de omvang van het kiezerskorps der partijen in beide streken des lands weerspiegelt. Deze weerspiegeling is noodzakelijk approximatief en de toepassing van het in principe billijke systeem heeft reacties teweeggebracht.

55. Zo werd de Eerste Minister op 6 juni 1961 geïnterpelleerd door de H. Van der Elst, volksvertegenwoordiger voor de Volksunie (42), omtrent de voorwaarden waaronder de leden van de Raden van beheer der instituten benoemd worden door de Kamer van volksvertegenwoordigers en de Senaat 4(3). De interpellant critiseerde het principe en de gevolgen van een akkoord dat op 2 augustus 1960 door de voorzitters van de drie zogenoemde traditionele partijen over die benoemingen door het Parlement gesloten was. Hij kwam vooral op tegen de gevolgen van dergelijke akkoorden, die aan de vertegenwoordigers van de kleinere partijen geen genoegzaam aandeel in de mededelingen van de Vrije Tribune van radio-omroep en televisie toekenden (44). Deze interpellatie, die per slot van rekening tot doel had aan te tonen tot welke uitsluitingen zulke akkoorden leidden, entte zich op een andere interpellatie, met een diametraal tegengesteld oogmerk, van de H. Collard, socialistisch volksvertegenwoordiger, die, hoewel het principe van het akkoord verdedigende, erover kloeg dat in het beleid der benoemingen het akkoord niet nageleefd werd (45).

56. De toegang van de vertegenwoordigers der « kleinere partijen » tot de « *Vrije Tribune* » van de B.R.T. gaf aanleiding tot een ander incident. Tijdens de bespreking van de begroting van het Ministerie van openbaar oderwijs, op 11 juli 1961, interpelleerde de H. Moulin, communistisch afgevaardigde, de regering aangaande « discriminatoire en anti-democratische maatregelen, door de Raad van beheer der B.R.T. genomen in de politieke tribune van de radio-omroep ». Hij achtte zich erdoor bezwaard, dat de communistische partij geen toegang had tot de Nederlandstalige radio en televisie (46). De Minister, onderstaatssecretaris bij nationale opleiding, antwoordde, dat de maatregel hierop was gesteund dat de communistische partij in de Senaat of de Kamer geen vertegenwoordiger had voor het Nederlandssprekende gedeelte van het land, en dat dit het objectief criterium was waaraan de Raad van beheer der B.R.T. zich hield en moest houden. De dagorde waarin deze « discriminatoire en anti-democratische maatregelen » gelaakt waren, werd verworpen (47).

57. De Minister mag, indien hij het wenst, deelnemen met adviserende stem aan de beraadslagingen van de Raad van beheer (48), maar hij zit de raad niet meer voor. Deze verkiest zijn voorzitter en twee ondervoorzitters die samen de *Vaste Commissie* vormen, welke het onderzoeksorgaan van de Raad van beheer is.

58. Het « *Instituut van de gemeenschappelijke diensten* » staat onder het gezag van een *Algemene Raad,* die gevormd wordt door de twee raden van beheer samen, en die beurtelings voor één jaar door de voorzitters van beide raden wordt voorgezeten. Een *Vaste Commissie,* eveneens gevormd door de vereniging van de twee vaste commissies der uitzendingsinstituten, onderzoekt de zaken die aan de algemene raad worden voorgelegd.

59. Bij de drie instituten bestaat er een coördinatieorgaan, een nieuw college, gevormd door de voorzitter van de Algemene Raad en de vier directeurs-generaal (49).

60. Aldus loopt als een leidraad door alle bestuurs- en beheersorganen de organieke onafhankelijkheid van de instituten t.o.v. de regering. Dit is een van de merkwaardigste kenmerken van de Belgische uitzendingsinstituten.

61. Geschillen tussen de instituten zijn onvermijdelijk, ondanks de principes van verdeling der bevoegdheden. De wet heeft dan ook de Minister bevoegd gemaakt om ze te beslechten (50).

62. Sedert de wet van 24 december 1957 het vereiste van de voorafgaande machtiging voor het bezitten van uitsluitend voor de ontvangst bestemde toestellen opgeheven heeft, is de luister- en kijkvrijheid door middel van ontvangtoestellen onbegrensd (51).

63. Er bestaat evenwel één beperking t.a.v. de toestellen die, ontvangstvrijheid genietende, zelf het over de radio omgeroepene distribueren aan de woningen van derde personen en in de kamers van hotelinrichtingen en ziekenhuizen. Het aanleggen en exploiteren van zulke netten is door het enig artikel van de wet van 7 augustus 1962 (52), tot wijziging van artikel 13 van de wet van 26 januari 1960 (53), afhankelijk gesteld van een door de Koning te verlenen vergunning.

64. De wetgever, door de twee instituten die hij als openbare diensten aangemerkt en met rechtspersoonlijkheid bekleed heeft, te belasten met de dienst van radio-omroep en televisie op de beschermde en België ter beschikking gestelde golflengten, heeft, wat de uitzending betreft, in feite een Staatsmonopolie ingevoerd (54).

65. Ter voorkoming van de risico's van het monopolie waartoe het door hem ingevoerde stelsel leiden zou, heeft de wetgever van 1960 in de wet twee belangrijke correctieven opgenomen : de onafhankelijkheid van de beheersorganen, die slechts aan de voogdij en niet aan de hiërarchische macht der regering onderworpen zijn; de autonomie in de eigenlijke uitzendingen.

66. Aan de uitvoerende macht kent de wet geen bevoegdheid in de benoeming van de leden van de raden van beheer der instituten toe (55). De wetgever is van oordeel geweest, dat het nodig was de samenstelling van de beheersorganen geheel los te maken van de regeringswisselingen, ter vrijwaring van de onafhankelijkheid der instituten (56). Bovendien heeft hij afgezien van de formule van de wet van 1930, die de raad van beheer onder het voorzitterschap van de Minister stelde.

67. De instituten vallen evenwel niet geheel buiten het regeringsgezag. De wet van 18 mei 1960 heeft hen onderworpen aan het algemeen voogdijstelsel van de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut, die in artikel 9 bepaalt, dat de Minister de controle uitoefent door bemiddeling van een Regeringscommissaris, welke binnen drie dagen beroep kan instellen tegen de tenuitvoerlegging van elke beslissing die hij met de wet, met de statuten of met het algemeen belang strijdig acht. De wet van 1930 kende een gelijkaardige macht toe aan de Minister en zijn bestendige afgevaardigde (57). Doch, terwijl in het stelsel van die wet het ministerieel verzet een schorsende uitwerking van onbepaalde duur had, houdt het beroep van de Regeringscommissaris de beslissing van de instituten slechts vijftien dagen hangende. Na deze termijn wordt zij definitief. In dit opzicht is de controle dus soepeler geworden. Zoals de Raad van State, naar aanleiding van de toepassing van de wet van 1930, beslist heeft, is het de regering zelve die oordeelt of het algemeen belang zich tegen de uitvoering van een beslissing van een instituut verzet (58). De juistheid van deze beoordeling valt buiten het toetsingsrecht van de rechter die t.a.v. machtsoverschrijding bevoegd is. Deze interpretatie is ook geboden wat de wet van 1960 aangaat.

68. De wet van 18 mei 1960, anderzijds, bakent het algemeen gebied af waarbinnen de instituten hun activiteit uitoefenen; zij verbiedt hun aldus « uitzendingen te geven die strijdig zijn met de *wetten* of met het *algemeen belang,* met de openbare orde of met de *goede zeden,* of die een *belediging uitmaken voor andermans overtuiging of voor een vreemde Staat* » (59). Dit artikel is de vrijwel letterlijke herhaling van artikel 3, lid 2, van de wet van 18 juni 1930, met dien verstande dat de woorden « algemeen belang » toegevoegd zijn. Dit verbod geldt voor alle categorieën van uitzendingen.

69. De criteria die het verbod wettigen, zijn dezelfde, zoals men ziet, als de gronden waarop het beroep van de Regeringscommissaris krachtens de wet van 16 maart 1954 steunt. Dit beroep kan dus worden ingesteld wanneer de instituten de hun door artikel 28, § 2, van de wet opgelegde verplichting niet nakomen.

70. De wet houdt nog twee verbodsbepalingen in : de instituten mogen geen uitzendingen doen die een karakter van handelspubliciteit vertonen; zij mogen geen publicaties uitgeven dan de programma's der uitzendingen (60). Tegen elke beslissing welke deze voorschriften miskent, kan de Regeringscommissaris het hem toebehorende beroep instellen (61).

71. Om de bovengenoemde verplichtingen na te komen zullen de instituten zelf een voorafgaande censuur uitoefenen op de uitzendingen die geen nieuwsuitzendingen zijn. Met dit doel wordt de tekst van de causerieën en mededelingen schriftelijk aan de instituten voorgelegd — zoals ook met het N.I.R. geschiedde — achtenveertig uur vóór de uitzending.

72. De opstellers worden in voorkomend geval verzocht hun tekst te wijzigen. Zo zij dit weigeren te doen, gaat de uitzending niet door. Tegen de beslissingen der instituten waardoor een uitzending geweigerd wordt is beroep tot vernietiging wegens machtsoverschrijding bij de Raad van State mogelijk (62).

Onderscheiden soorten uitzendingen.

73. Er zijn drie categorieën van uitzendingen :

a) de nieuwsuitzendingen door de instituten zelf gehouden (63);

b) de uitzendingen, door erkende verenigingen of stichtingen gehouden (64);

c) de mededelingen van de regering (65).

Voor ieder van deze categorieën gelden, behalve de gemeenschappelijke regelen, eigen voorschriften.

74. *De nieuwsuitzendingen.* De regering zelf mag op de *nieuwsuitzendingen* niet de minste voorafgaande censuur uitoefenen (66). De verantwoordelijkheid voor de nieuwsdienst moet door de instituten gedragen worden (67). De Minister mag noch rechts-, noch onrechtstreeks het omroepen van een nieuwsbericht verbieden. De « nieuwsuitzendingen » moeten « in een geest van strenge objectiviteit » gehouden worden. Terwijl artikel 3 van de wet van 1930 bepaalde, dat de « nieuwsuitzendingen » en « mededelingen » geschieden in een geest van volstrekte onpartijdigheid, geeft artikel 28, § 1, van de wet van 18 mei 1960 de regel der objectiviteit slechts voor de « nieuwsuitzendingen ». Deze weglating blijkt het gevolg van een onoplettendheid te zijn. Niets immers wijst erop, dat de wetgever de bedoeling gehad heeft het toepassingsgebied van een zo fundamentele regel te verengen, een regel die de Senaat aangenomen had in 1930, ingevolge een amendement van de H. Segers, welke verklaarde het voorbeeld van Engeland en de Verenigde Staten te willen volgen (68).

Door verenigingen of stichtingen verzorgde uitzendingen.

75. De radio- en televisieuitzendingen *die verzorgd worden door daartoe erkende verenigingen of stichtingen,* vormen een zeer belangrijke categorie van uitzendingen. De medewerking van organisaties van buiten was overigens geen novum. Zij was bepaald in de wet van 18 juni 1930, op het initiatief van de H. Van Dievoet, die het terecht wenselijk achtte, dat andere stemmen dan die van de Staat zich konden laten horen, als een noodzakelijk tegengewicht voor het aan de Staat toegekende monopolie (69). Maar de wet van 30 juni 1930 had een meer imperatief karakter dan de huidige tekst. Na gezegd te hebben, dat het instituut beroep zou doen op inrichtingen, groeperingen of personen die door hun mededelingen bij het publiek belangstelling konden wekken, voegde artikel 2 eraan toe : het instituut *zal* de hem voorgestelde mededelingen *aannemen.* Daar ligt, zo verklaarde de Heer Van Dievoet (70), een *verplichting.* Deze moest evenwel verenigbaar zijn, zoals artikel 3 bepaalde, met de vereisten van de dienst. Het was de personen die zich benadeeld achtten zelfs mogelijk zich bij de Minister te voorzien.

76. Deze samenwerking met de belangengroepen en de luisteraars zelve was zeer ruim vóór de wereldoorlog. In de studie van de H. Namurois zijn de onderscheiden verenigingen vermeld die religieuze of filosofische, culturele en opvoedende uitzendingen verzorgd hebben. Daaraan zijn, volgens dezelfde schrijver, toe te voegen de radio-tribunes die toevertrouwd waren aan door het N.I.R. zelf opgerichte comités (uitzendingen voor de landbouw en schoolradio) of aan vertegenwoordigers van verenigingen of instellingen (politieke tribune, syndicale tribune, tribune van de middenstand en tribune der Belgische schrijvers) (71).

77. Het N.I.R. had de uitzendingen als volgt verdeeld onder de verenigingen van de onderscheiden strekkingen :

— *Politieke tribune* : de vertegenwoordigers van de drie traditionele partijen voerden er het woord om de maand; die van de kommunistische partij éénmaal per kwartaal;

— *Syndicale tribune :* het Algemeen Belgisch Vakverbond en het Algemeen Christelijk Vakverbond kwamen voor de microfoon om de beurt elke zaterdag, de Centrale der Liberale Vakbonden om de tien, en het Verbond der Belgische Nijverheid om de zes weken;

— *Tribune van de middenstand* : drie middenstandsverbonden mochten twaalf maal per jaar causerieën van tien minuten houden;

— *Godsdienstige en filosofische uitzendingen :* katholieke eredienst : 30 minuten elke week; protestantse eredienst : 15 minuten om de twee weken; israëlietische eredienst : zes causerieën per jaar; tribune voor filosofie en lekenmoraal : 25 minuten elke week (72).

78. De wet van 18 mei 1960 biedt de personen buiten het N.I.R., welke aan de uitzendingen wensen deel te nemen, minder mogelijkheden dan de wet van 1930. Het staat de omroep thans vrij op zulke personen een beroep te doen. Bovendien is een voorafgaande erkenning door de regering vereist voor de verenigingen en stichtingen welke wensen in de ether te komen. Ondanks dit verschil in het statuut, en ondanks de voorafgaande regeringsinmenging die het optreden van de Regeringscommissaris mogelijk maakt (73), is sedert de inwerkingtreding van de nieuwe wet niet de minste afwijking vastgesteld in de objectiviteit van het stelsel der door de instituten gedane mededelingen.

79. In dit opzicht is het belangwekkend na te gaan welke schikkingen bij de recente parlementsverkiezingen getroffen werden wat betreft de « Vrije tribune ». Dit heeft Prof. Clausse van de Universiteit te Brussel gedaan in een merkwaardige studie, waaruit hieronder enkele gegevens overgenomen zijn (74).

80. Met het oog op de verkiezingen in 1960 hebben de Nederlandse en de Franse raad van beheer ieder afzonderlijk, doch met vermijding van al te grote verschillen, een reglement der vrije politieke tribunes gedurende de kiesperiode vastgesteld.

81. a. *Radio-omroep :* Tijdens de periode van drie weken vóór de verkiezingen, beschikken de drie traditionele partijen ieder éénmaal per week over de micro; de andere partijen komen in deze 3 weken éénmaal aan het woord. De toespraken worden niet uitgezonden door de gewestelijke stations. In het nederlandstalige stelsel, wordt onder « partijen » verstaan, die welke in meer dan één provincie met de

taal van het instituut kandidaten voor Kamer en Senaat voordragen. In het franstalige stelsel, wordt onder « partijen » verstaan die welke kandidaten voor Kamer en Senaat voordragen in meer dan twee provincies waarin franstalige arrondissementen liggen en voor een totaal van ten minste vijf zulke arrondissementen. In beide stelsels gelden ook, voor de verkiezingstijd, de algemene modaliteiten, door de vrije politieke tribune bepaald, en o.m. de fair-play-regelen. Aan de uitzendingen gaat een gemeenschappelijk indicatief van alle verkiezingstribunes vooraf. De tribunes mogen de vorm hebben van een causerie of een vraaggesprek of van een onderhoud onder verscheidene personen; zij moeten opgenomen worden. De toespraken mogen niet langer dan tien minuten duren. De uitzending heeft plaats onmiddellijk na de nieuwsuitzending in de vooravond. De voor de toespraken vastgestelde dagen worden door loting bepaald. Daags vóór de verkiezingen wordt er geen verkiezingstribune uitgezonden. De vrije politieke tribune wordt opgeschort tijdens de drie weken die op de verkiezingen volgen.

82. b. *Televisie* : Het systeem is hetzelfde als bij de radio, op een paar detailverschillen na. De voor de grote partijen voorbehouden dagen zijn in het reglement aangeduid; het zijn dinsdag, donderdag en vrijdag in het Nederlandse stelsel, en maandag, woensdag en vrijdag in het Franse. In het Nederlandse stelsel is de maximum duur van de uitzending op vijftien minuten gebracht.

83. Maar tussen het Nederlandse en het Franse stelsel bestaan grote verschillen, gelegen, enerzijds, in de inhoud van het geteleviseerde programma, en anderzijds, in de voorzieningen t.a.v. de normale filosofische of morele doctrinale uitzendingen. In het *Nederlandse stelsel* mogen de kiespropagandistische uitzendingen voor de helft bestaan uit een causerie, interview of gesprek, en voor de andere helft uit visuele illustraties. In het *Franse stelsel* zijn de kiespropagandistische uitzendingen beperkt tot een toespraak door één persoon, door één opnametoestel op de voorgrond gepresenteerd; de kadering is geheel dezelfde voor alle uitzendingen, zodat de partijen juist over hetzelfde uitdrukkingsmiddel beschikken; geen visuele illustratie, in welke vorm ook, is geoorloofd.

84. Doctrine-uitzendingen — religieuze, wijsgerige, syndicale, opvoedende en culturele — zijn in de Nederlandse Televisie geschorst tijdens de drie weken vóór de verkiezingen, zonder dat het totale aantal uitzendingen van erkende verenigingen deswege gewijzigd is. De Franse Televisie daarentegen heeft deze uitzendingen ook tijdens de kiesperiode in stand gehouden.

85. In de *Nederlandse nieuwsuitzendingen* is, gedurende de 20 in aanmerking genomen dagen, op nagenoeg 40 uren aan de verkiezingsstof 13 minuten gewijd. De *Franstalige radio-omroep* heeft inlichtingen in verband met de verkiezingen uitgezonden gedurende 24 minuten op 39 uur 23'. Bij de televisie werd in de loop van dezelfde 20 dagen 9 minuten verkiezingsnieuws gegeven op een totaal van 80 beeldjournalen, Nederlandse én Franse, van elk een halfuur. Deze zeer geringe cijfers zijn niet verbazend : het verkiezingsnieuws heeft uiteraard zijn plaats in de « Vrije Tribune »,

Regeringsmededelingen.

86. De wet, ten slotte, voorziet in een derde groep van uitzendingen : de *regeringsmededelingen*. Zij zijn beperkt en hun herkomst moet duidelijk aangekondigd worden, vóór en na de uitzending (75). Artikel 28, § 4, van de wet van 18 mei 1960 is feitelijk de herhaling van een regel die artikel 16 van het koninklijk besluit van 28 juni 1930 gaf. De wet waarborgt aldus aan de regering een zendtijd van tien uren per maand, d.i. twaalf minuten per dag. Naar is gebleken, werd dit maximum nooit bereikt (76).

87. Voorzeker mag de regering, mits eventuele verantwoording van haar beleid voor het Parlement, haar actie toelichten en verdedigen. Het gebeurt dan ook, dat de Eerste-Minister of een ander lid van de regering voor de radio spreekt of op de televisie verschijnt. Dit is evenwel veel zeldzamer dan in de Verenigde Staten. In beginsel wordt de regeringswerking, naar Belgisch grondwettelijk recht, voor de landsvertegenwoordiging verantwoord. De regering is trouwens gehouden tot bepaalde perken in haar mededelingen, zodat zij niet kunnen ontaarden tot een stelselmatige propaganda (77).

Juridische en politieke sancties.

88. Het staat vast, dat op de *nieuwsuitzendingen* door radio en televisie, gehouden in de vorm van een gesproken dagblad of een beeldjournaal, geen voorafgaande censuur mag uitgeoefend worden, en ook, dat zij uiteraard en wijl iedere voorafgaande maatregel door de wet verboden is (78), niet vatbaar zijn voor beroep door de Regeringscommissaris; toch kunnen schendingen van de wet tot drie soorten sancties aanleiding geven.

Voogdij krachtens de Wet van 16 maart 1954.

89. De eerste sanctie is van juridische aard. Zij vloeit voort uit de voogdij die krachtens de wet van 16 maart 1954 uitgeoefend wordt op de uitzendingen, in *vrije tribune* gehouden door erkende verenigingen of stichtingen. De sanctie bestaat in de vernietiging van de beslissing om de voorgestelde tekst of mededeling uit te zenden. Deze beslissing is, als een akte van administratieve overheid, vatbaar voor beroep bij de Raad van State ter zake van schending van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, wegens overschrijding of afwending van macht. De controle geschiedt in het raam van de in §§ 2 en 3 van artikel 28 van de wet van 18 mei 1960 vervatte verbodsbepalingen (uitzendingen die strijdig zijn met de wetten; het algemeen belang; de openbare orde; de goede zeden; die een belediging uitmaken voor andermans overtuiging of voor een vreemde Staat; uitzendingen die een karakter van handelspubliciteit vertonen).

Vernietiging door de Raad van State.

90. De tweede sanctie die overwogen zou kunnen worden is eveneens van juridische aard. Zij bestaat in de vernietiging door de Raad van State van de beslissing, waardoor een der instituten weigert de inhoud van een door een erkende vereniging of stichting voorgestelde uitzending geheel of gedeeltelijk uit te zenden. Zij is niet denkbaar t.a.v. de nieuwsuitzendingen. Wat de regeringsmededelingen betreft blijft zij louter theoretisch.

91. Een beroep werd op 3 februari 1961 bij de Raad van State ingesteld. Het Franse instituut, na een professor aan de Universiteit te Luik te hebben verzocht om een interview over de « Crisis van het parlementaire regime in België », had uit het interview twee paragrafen weggelaten, waarin de ondervraagde het had, enerzijds, over de Koning en zijn eventuele rol in de crisis van het regime, en, anderzijds, over het huidige politieke regime van de Franse Republiek. Op 11 december 1960 werd het interview op het scherm van de « Radiodiffusion-Télévision belge » vertoond zonder deze twee verklaringen.

92. Het beroep klaagt over miskenning van artikelen 14 en 18 van de Grondwet, dat iedere daad van censuur door de ambtenaren van enige met rechtspersoonlijkheid beklede Rijksdienst verbiedt. Het doet ook miskenning van artikel 28, paragraaf 2, lid 1, van de wet van 18 mei 1960 gelden, onder aanvoering, dat de gecensureerde verklaringen door niemand beschouwd zijn als in strijd met de wetten of het algemeen belang, met de openbare orde of de goede zeden, of als een belediging uitmakende voor andermans overtuiging of voor een vreemde Staat, en dat de ingeroepen gronden vreemd zijn aan de zes rechtmatige oorzaken die de wet van 18 mei 1960 vermeldt om het houden van zekere uitzendingen te verbieden, aldus de door artikel 14 van de Grondwet gehuldigde meningsvrijheid beperkende. De Raad van State heeft tot nog toe over het beroep niet beschikt.

Politieke sanctie.

93. De derde sanctie is een politieke. Zij spruit uit de verantwoordelijkheid der ministers. Gezien de organieke autonomie der instituten blijkt haar mogelijkheid zeer beperkt voor de nieuwsuitzendingen of het beeldjournaal en voor de vrije tribune. De ministers kunnen daarentegen wél rechtstreeks verantwoordelijk zijn ter zake van de mededelingen van de regering.

94. Een verleden jaar in de Senaat door Senator Delbouille gehouden interpellatie, naar aanleiding van een « regeringsmededeling », heeft de aandacht gevestigd op verscheidene problemen die de toepassing van artikel 28, paragraaf 2, doet rijzen (79). De Minister van Openbare Werken had op 30 januari 1961 voor de camera's en micro's van de franstalige « Radiodiffusion-Télévision » een toespraak gehouden, waarin hij wilde aantonen, dat zijn departement ten gunste van het Waalse landsgedeelte een aanzienlijke inspanning gedaan had. De « mededeling » omvatte een film met inopportuun commentaar. Een en ander had in Wallonië ongenoegen gewekt. Volgens interpellant, was « de mededeling van de regering slechts een bericht en mocht zij geen propagandistische uiteenzetting omvatten; zij mocht niet geschieden met door de televisie gegeven beelden; zij moest onderworpen worden aan de controle van de colleges die de programma's op hun objectiviteit beoordelen » (80).

95. De interpellatie werd niet met een stemming besloten, nadat de H. Van Audenhove, Minister van openbare werken, in alle loyauteit zijn spijt uitgesproken had. Toch blijkt uit het debat te mogen worden geconcludeerd, dat de Senaat zich bij geen van de drie bovengenoemde standpunten aansloot. Ongetwijfeld zou systematische propaganda niet met de geest van de wet stroken, maar niets verbiedt de regering haar beleid te verdedigen. Indien dit niet mocht, zoals de Minister-Onderstaatssecretaris voor culturele zaken verklaarde, « dan zou de regering slechter behandeld worden dan het eerste beste persagentschap » (81). En inderdaad is elke erkende vereniging vrij propaganda te voeren voor de door haar vertegenwoordigde belangen. De tweede grief schijnt ons kennelijk ongegrond : « mededelingen » zijn *alle* gesproken uitzendingen die geen « nieuwsuitzendingen » zijn. Het lijkt ons, ten slotte, niet denkbaar dat voor de regeringsuitzendingen de organen van het instituut hun eigen censoren controleren.

96. Uit de vergelijking der data mag redelijkerwijze afgeleid worden, dat het de in die omstandigheid in de Kamer ter sprake gekomen incidenten zijn, welke geleid hebben tot de indiening van een wetsvoorstel, tot beperking van de regeringsmededelingen, gedurende de verkiezingsperiode, tot inlichtingen van algemeen belang (82). Dit voorstel kwam door de ontbinding van de Kamers te vervallen. Het had trouwens een deel van zijn betekenis verloren, nadat de Minister-Onderstaatssecretaris voor culturele zaken in de loop van het debat over de interpellatie Delbouille verklaard had, dat, « vanaf het ogenblik dat de Kamers worden ontbonden, de regering als zodanig niet meer voor de radio of de televisie komt » (83).

97. De mededelingen van de regering hebben geleid tot een tweede incident dat in de pers en in de regering zelve zijn beslag gekregen heeft, zonder in het Parlement te berde te komen. Op 26 october 1961, had de H. Dequae, Minister van financiën, om het belastingsstelsel uiteen te zetten en aan te bevelen, als « mededeling van de regering » over de televisie een montage laten uitzenden waarin aan personages, die landbouwers, handelaars, « mensen uit de straat », heetten te zijn, zogenaamde interviews afgenomen werden, hoewel zij in werkelijkheid slechts een rolletje speelden en de scènes in het Ministerie van financië ineengezet waren. In dit geval had de Minister klaarblijkend de grenzen van de regeringsmededeling overschreden en had hij de objectiviteit en loyauteit welke rechtmatig in zulke mededeling te verwachten zijn niet in acht genomen. Aan de regering het aanwenden te verbieden van de moderne verspreidings- en voorlichtingsmiddelen gaat weliswaar niet op, doch dit recht mag niet zover gedreven worden, dat in de opinie verwarring wordt gesticht omtrent de eigenlijke aard der mededeling.

In werkelijkheid is het vóór het Parlement dat de regering zich moet verantwoorden voor de eventuele misbruiken die zij begaat in het aanwenden van het haar door artikel 28, § 4, van de wet van 18 mei 1960 toegekende recht. De politieke verantwoordelijkheid der ministers is op dit gebied de waarborg voor een beraden uitoefening van hun rechten.

) *Besluiten*

98. De staatsburger heeft het subjectieve recht niet zijn opinies te uiten door de radio of de televisie waarvan de installaties het eigendom van de Staat zijn. Wenst hij dit door genoemde verspreidingsmedia te doen, dan moet hij zich onderwerpen aan de voorwaarden die de wet ingevoerd heeft bij het oprichten van de door haar met de dienst van radio-omroep en televisie belaste openbare instellingen.

Maar de burger heeft in een democratisch staatsbestel wél recht op een objectieve en onpartijdige, door de regering niet « georiënteerde» berichtgeving.

Wilde de Belgische wetgever de geest van de Grondwet trouw blijven, dan mocht hij zich geen recht van voorafgaande censuur voorbehouden, ofschoon zulke censuur alleen op het stuk van drukpers uitdrukkelijk verboden is.

Hij had nochtans de plicht om bij het waarnemen van deze openbare dienst naleving van de wetten, inachtneming van de goede zeden en de openbare orde voor te schrijven. Het was derhalve nodig, dat aan de door buitenstaanders gehouden uitzendingen een controle voorafging. Deze controle heeft de wetgever ingevoerd. Doch hij heeft haar gelegd in de handen van de met die openbare dienst belaste autonome organen, en hierbij de regering slechts toegerust met een strikt binnen het raam der wet blijvend recht van voogdij over de mededelingen van buitenaf.

Ten slotte, om de gevolgen van het monopolie tegen te gaan, heeft de wetgever de machten van de Staat tot het uiterste beperkt, de uitzendingsinstituten op onafhankelijke leest geschoeid en de onpartijdigheid der eigenlijke informatie door aangepaste voorzieningen verzekerd. Hij heeft de studio's wijd opengezet voor geestelijke stromingen, maatschappelijke krachten, politieke organisaties en kulturele belangen.

Gewis hangt de deugdelijkheid van de instellingen in de eerste plaats af van de mens zelf, en is de geest waarin zij werken, zo hier als elders, de hoeksteen van het gebouw. Maar het door de wet van 18 mei 1960 tot stand gebrachte geheel geeft op zichzelve al aan de Belgen een ongemeen ruime waarborg van objectiviteit. Weinige zijn er in de wereld, die, door hun principes en hun structuur, de vrijheid der informatie beter vrijwaren.

---

(1) Raadpl. F. Ermacora, *Le Statut juridique de la presse, de la radio et de la télévision,* Vme Congrès Acad. intern. dr. comp., Brussel 1958, p.l.
(2) Besluit van de Voorlopige Regering, 16 october 1830, *Pasinomie,* 3e série, I, p. 36.
(3) *Grondwet,* art. 14.
(4) *Grondwet,* art. 22.
(5) *Grondwet,* art. 18.
(6) *Griekse grondwet,* 22 december 1951, art. 14.
(7) Verdrag van 4 november 1950, art. 10, lid 1 (*Belgisch Staatsblad* 19 augustus 1955).
(8) In het verslag, voorgelegd aan de *Economische en Sociale Raad der Verenigde Naties* in februari 1961, wordt erop gewezen, dat van 1954 tot 1960 het totaal aantal radiozendstations van 7.400 tot 10.700 gestegen is, en dat van 1954 tot 1959 het aantal televisiezendstations toegenomen is van 565 tot 983.
(9) Raadpl. J. Rovan, *Télévision et démocratie* in Le Monde, 12 mei 1961; zie ook Nations Unies, *Conseil économique et social,* Rapport, 1961, 03021, p. 55; F. Ermacora, *op.cit.,* pp. 7 & seq.
(10) Décret nº 58-1160 van 3 december 1958 (*J.O.* 4 december 1958); ordonnance nº 59.273 van 4 februari 1959 (*J.O.* 11 februari 1959); décret nº 59.277 van 5 februari 1959 (*J.O.* 12 februari 1959); financiënwet over 1960, art. 14; décret nº 60-125 van 4 februari 1960: décret nº 60-1176 van 7 november 1960.
(11) Ordonnance van 4 februari 1959, art. 1, (*J.O.* 11 februari 1959).
(12) Financiënwet over 1961, art. 52.
(13) « *La R.T.F. a seule qualité dans le territoire de la République pour: 1) organiser, constituer ou faire constituer, entretenir, modifier ou exploiter le réseau des installations de radiodiffusion...*». Ordonnance van 4 februari 1959, art. 1.
(14) Décret van 3 december 1958, art. 3, *J.O.* 4 december 1958; Décret van 5 februari 1959, art. 3, *J.O.* 12 februari 1959.
(15) Zie F. Pigé, *La R.T.F., sa nouvelle organisation et ses perspectives d'avenir,* in Droit social 1961, nº 5, p. 261; zie ook J. Donnedieu de Vabres, *La Radiodiffusion* in Droit social, 1948, nº 1.
(16) Betr. het radiostelsel in de U.S.A., raadpl. F. Terron et L. Solal, *Le droit à l'information,* Unesco, Paris 1951, pp. 139 & seq.
(17) Zie F. Terron et L. Solal, *op. cit.*
(18) Constitutioneel Hof van Italië, 13 juli 1960, noot van Prof. P. Greco in *Rev. eur. de Radiodiffusion* 1960, p. 29. Zie ook het interessante artikel van A. Namurois, *Quelques aspects du droit à l'information, in* Revue de l'Union européenne de radiodiffusion 1960, p. 25.
(19) Bundesverfassungsgericht 28 februari 1961. *Entscheidungen.* Band 12, Seite 205.
(20) Zie nochtans het voortreffelijk artikel van de H. A. Namurois, *Le nouveau statut de la radiodiffusion en Belgique,* in Revue européenne de radiodiffusion, Genève, september 1960, p. 2; raadpl. ook de studie die Prof. Mast gewijd heeft aan het stelsel van radio en televisie onder de wetten van 14 mei en 18 juni 1930: *Le Statut juridique de la radio et les limites de la liberté d'expression in* Revue de droit international et de droit comparé 1958, p. 412.
(21) (22) Raadpl. A. Mast, *op. cit.*
(23) Zie ook de wet van 26 januari 1960 betreffende de taksen op de toestellen voor het ontvangen van radio-omroepuitzendingen (*Staatsblad* 6 februari 1960).
(24) Wet van 24 december 1957 *(Staatsblad* 29 december 1957). Zie ook het kon. besl. en het min. besl. van dezelfde datum, ter uitvoering van evengenoemde wet, bekendgemaakt in hetzelfde Staatsblad.
(25) Zie de wet van 2 januari 1959 en het koninklijk besluit van 3 januari 1959.
(26) (27) Wet van 18 juni 1930, artikel 7 (*Staatsblad* van 23-24 juni 1930).
(28) (29) Wet van 18 juni 1930, artikel 2.
(30) Koninklijk besluit 28 juni 1930, art. 14.
(31) Koninklijk besluit 28 juni 1930, art. 16.
(32) Raad van State, arrest Brasseur, nr 413, 27 juni 1950.
(33) *Staatsblad,* Londen, 13 november 1942.
(34) *Staatsblad,* 23 september 1944.
(35) *Staatsblad,* 24 en 25 september 1945.
(36) Voorstel Rey, *Gedr. st.* Kamer, zitting 1944-1945, nr 254; id. *Gedr. st.* Kamer, buiteng. zitting 1946, nr 16; voorstel Lahaut, *Gedr. st.* Kamer zitting 1947-1948, nr. 214; voorstel Loos, *Gedr. st.* Kamer zitting 1947-1948, nr. 214; voorstel Rongvaux-Rey, *Gedr. st.* Kamer, zitting, 1948-1949, nr. 38; voorstel Rongvaux, *Gedr. st.* Senaat, zitting 1949-1950, nr. 90; voorstel Rongvaux, *Gedr. st.* Kamer, zitting 1950, nr. 43; voorstel Rey, *Gedr. st.* Kamer, 1950, nr. 102.
(37) Ontwerp 1 maart 1949, *Gedr. st.* Kamer, zitting 1948-1949, nr. 232; ontwerp 15 juli 1953, *Gedr. st.* Kamer, zitting 1952-1953, nr. 652.
(38) *Gedr. st.* Senaat, zitting 1959-1960, nr. 119.
(39) Wet van 18 mei 1960, artikelen 1 en 2.
(40) Het *Instituut van de gemeenschappelijke diensten* is voor de twee instituten, uit de verbinding waarvan het ontstaan is, een orgaan dat diensten en benodigdheden verstrekt.
(41) *Gedr. st.* Senaat, zitting 1958-1959, nr. 317 van 27 october 1959, pp. 8 en 9.
(42) *Parl. hand.* Kamer, 6 juni 1961, pp. 15 tot 20.
(43) Wet van 18 mei 1960, artt. 5, 6, 7 en 8.
(44) Aan de « Volksunie » is het recht op drie uitzendingen per jaar toegekend *(Parl. hand. ibid.,* p. 16).
(45) *Parl. hand.* Kamer, 24 januari 1961, pp. 13 & seq.
(46) *Ibid.* 11 juli 1961, p. 4.
(47) *Ibid.,* 12 juli 1961, p. 8.
(48) Wet van 18 mei 1960, artikel 10.
(49) Wet 18 mei 1960, art. 18, § 3.
(50) Wet 18 mei 1960, art. 4.
(51) Echter moet een machtiging worden verkregen voor het aanleggen van private inrichtingen voor *ontvangst* die toebehoren aan sommige categorieën, als stations voor wetenschappelijke of industriële navorsingen; zulke inrichtingen zijn aan het toezicht van de Regie van Telegraaf en Telefoon onderworpen (Min. besl. 22 juli 1947, *Staatsblad* 10 aug. 1947).
(52) *Staatsblad,* 6 september 1961.
(53) *Staatsblad* 6 februari 1960.
(54) Zie nochtans de verklaringen van de Minister: *Gedr. st.* Senaat, zitting 1959-1960, nr 119, p. 5; *Parl. hand.* Senaat, 16 februari 1960, nr 485; *Gedr. st.* Kamer, zitting 1959-1960 nr. 439 - 4, p. 13, en de verklaring van de H. Harmel in de Kamer, op 10 mei 1960, *Parl. hand.,* p. 20.
(55) Zie *supra,* nr. 49.
(56) *Gedr. st.* Senaat, zitting 1958-1959, nr 317, pp. 8 en 9.
(57) Artikel 6 van de wet van 18 juni 1930 en artikel 9 van het uitvoeringsbesluit van 28 juni 1930.
(58) *Raad van State,* arrest Brasseur, nr. 413, van 27 juni 1950.
(59) Wet 18 mei 1960, art. 28, § 2.
(60) Wet 18 mei 1960, art. 28, § 3.
(61) Wet 18 mei 1960, art. 23; wet 16 maart 1954, art 9.
(62) Wet 23 december 1946, art. 9.
(63) Wet 18 mei 1960, art. 28, § 1.
(64) Wet 18 mei 1960, art. 28, § 5.
(65) Wet 18 mei 1960, art. 28, § 4.
(66) Wet 18 mei 1960, art. 28, § 1.
(67) *Gedr. st.* Kamer, zitting 1959-1960, nr. 439-4, p. 14.
(68) *Parl. hand.* Senaat, 13 maart 1930, p. 509: « Il faut, lorsque l'institut fait lui-même de la radiodiffusion, que la neutralité la plus absolue lui soit imposée ».
(69) (70) Zie o.m. de interventie van de H. van Dievoet *Parl. hand.* Kamer, 26 april 1929, p. 1647.
(71) Namurois, *op. cit.,* p. 10.
(72) Raadpl. Mast, *op. cit.,* pp. 416 en 417.
(73) Wet 18 mei 1960, artt. 23 en 28, § 2; zie *supra,* nr. 55.
(74) R. Clausse, *Presse, radio et télévision belges dans la campagne électorale de mars 1961,* in Res Publica 1961, pp. 369 & seq.
(75) Wet 18 mei 1960, artikel 28, § 4.
(76) *Gedr. st.* Senaat, zitting 1958-1959, nr. 119, p. 31.
(77) Zie *infra,* nrs. 94 en 95.
(78) Wet 18 mei 1960, artikel 28, § 1.
(79) *Parl. hand.* Senaat, 7 februari 1961, pp. 354 & seq.
(80) Wet 18 mei 1960, art. 28, § 2, lid 2.
(81) *Parl. Hand.,* Senaat, 7 februari 1961, p. 357.
(82) Wetsvoorstel Denis, Van Acker, *Gedr. st.* Kamer, zitting 1960-1961, 15 februari 1961, nr. 712.
(83) *Parl. hand.* Senaat, 7 februari 1961, p. 358.

AFKONDIGING EN INWERKINGTREDING VAN WETTEN

door

Prof. A. VANDER STICHELE

Docent aan de Universiteit te Gent.

Substituut-Auditeur-generaal bij de Raad van State.

Volgens artikel 69 van de grondwet worden de wetten door de Koning bekrachtigd en afgekondigd.

Deze bepaling toont aan dat de grondwetgever twee wel onderscheiden verrichtingen aan de Koning heeft opgedragen.

De bekrachtiging (1) is de akte waarbij de Koning, handelende in zijn hoedanigheid van derde lid van de wetgevende macht, zijn instemming betuigt met het door beide wetgevende kamers aangenomen wetsvoorstel of wetsontwerp.

De wetgevende bevoegdheid die hier aan de Koning wordt opgedragen is niet alleen in artikel 69 van de grondwet erkend maar ook in artikel 26 dat bepaalt : de wetgevende macht wordt gezamenlijk uitgeoefend door de Koning, de Kamer der volksvertegenwoordigers en de Senaat.

Het recht voor de Koning een wetsontwerp al dan niet te bekrachtigen werd nooit betwist (2). Het is juist dat de Koning praktisch nooit geweigerd heeft een wet te bekrachtigen. Slechts naar twee voorbeelden kan hier worden verwezen. Het besluit van 8 oktober 1842 waarbij de Koning een wetsontwerp tot wijziging van de accijnsrechten weigerde te sanctioneren en het koninklijk besluit van 4 augustus 1884 waarbij de grenzen van zekere gemeenten werden gewijzigd en nieuwe gemeenten opgericht.

De afkondiging is de handeling waarbij de Koning, handelende in zijn hoedanigheid van hoofd van de uitvoerende macht, het bestaan van de wet bevestigt en de uitvoering ervan beveelt (3).

Indien de betekenis van de bekrachtiging algemeen aanvaard wordt, kan hetzelfde niet worden gezegd van de afkondiging.

Eensgezind wordt wel aangenomen dat de afkondiging vooreerst bestaat in het verlenen van de authenticiteit aan de afgekondigde wettekst. Hierdoor bevestigt de Koning dat de wet wel deze is die de Kamers hebben aangenomen en die Hij heeft bekrachtigd overeenkomstig de bepalingen van de grondwet. De rechtbanken hebben het recht niet een wettelijke bepaling welke door de Koning werd bekrachtigd en afgekondigd, niet toe te passen om reden dat de door de Kamer aangenomen tekst niet overeenstemt met de tekst van de Senaat (4).

Hierdoor verwerft de afkondiging een bijzondere betekenis en wordt een procedurevorm ingevoerd die de grondwetgever niet kent. Eigenlijk zou hier moeten gesproken worden van de uitvaardiging van de wet, d.w.z. het plechtig en definitief in schrift brengen der wet, gepaard met de verklaring dat deze op de voorgeschreven wijze is tot stand gekomen, de solemnis editio legis (5).

Er valt hierbij op te merken dat de fundamentele wet van 1815 aan het woord afkondiging slechts de betekenis gaf van de wet ter publieke kennis te brengen. Het woord werd zonder enige bespreking in de Belgische grondwet overgenomen. Trouwens, zoals wij onmiddellijk zullen zien, kent het Nederlands grondwettelijk recht deze bijzondere betekenis van afkondiging niet. In Engeland kan evenmin gesproken worden van een uitvaardiging van wetten. De vraag rijst derhalve of deze bijzondere vorm van procedure niet veeleer teruggaat naar artikel 1 van de Code civil luidens hetwelk de Consul de wetten uitvaardigt.

* * *

De afkondiging betekent niet enkel dat de Koning het bestaan van een wet bevestigt. Volgens de rechtsleer en de rechtspraak wordt door de afkondiging de wet uitvoerbaar. Hierdoor beveelt de Koning dat de wet uitgevoerd wordt (6). Aan de wet wordt haar uitvoerbare kracht verleend in die zin dat de Koning aan de bevoegde ambtenaren een rechtstitel verleent om dwangmaatregelen te gebruiken om de wet op de ingezetenen toe te passen vanaf de dag waarop zij verplichtend zal zijn ingevolge haar bekendmaking (7). Of deze stelling verantwoord is, kan betwijfeld worden. Trouwens, het Hof van Cassatie aanvaardt dat een wet die niet voorzien is van het afkondigingsformulier, rechtsgeldig kan zijn (8). Zeker, het Hof neemt aan dat het formulier niet sacramenteel is en dat het besloten kan liggen in een coördinatiebesluit dat volledig de bepalingen van de niet-afgekondigde wet weergeeft. Terecht werd het aangehaald arrest door de rechtsleer fel bekritiseerd als zijnde niet conform aan de gebiedende voorschriften van de wet die het afkondigingsformulier heeft vastgesteld (9).

De vraag rijst hier of het Hof niet voor een onmogelijke taak werd gesteld. Door aan te nemen dat de Koning, als hoofd van de uitvoerende macht, de uitvoering van de wet moet bevelen, kon het Hof moeilijk een kritiekloze oplossing vinden. Het antwoord zou zeker gemakkelijker geweest zijn en meer voldoening schenken indien aangenomen werd dat de betwiste wettekst door de Koning was bekrachtigd en dat de authentieke tekst voortspruit uit de bekendmaking van de gecoördineerde tekst, zodat zij hierdoor verbindende kracht had verkregen.

Hoe dan ook, het is zeker dat de afkondiging in de zin van een bevel tot uitvoering weinig overeenstemt met de gewone betekenis van het woord. Ook in het Frans stemt het woord « promulgation » overeen met « publication ». Terecht schrijft Planiol : « l'identité de la promulgation et de la publication n'est pas une opinion, c'est une constatation. Elle est écrite dans tous les textes (voy. Const. 5 fructidor, an III, articles 122 en 131 et l'ordonnance du 27 novembre 1816). La loi du 14 frimaire an II disait : la promulgation de la loi se fera par la publication » (10). Terwijl in het Burgerlijk Wetboek in het opschrift van de inleidende titel het woord « publication » voorkomt, gebruikt artikel 1 het woord « promulgation ».

Ook in Nederland wordt niet gesproken van promulgatie of uitvaardiging (11). De wetten werken terstond nadat hun bestaan in alle delen van het koninkrijk zal kunnen bekend zijn. Deze bekendheid wordt gerekend op de 20ste dag na die der dagtekening van het Staatsblad, waarin de wet geplaatst is, wanneer althans bij de wet geen ander tijdstip is vastgesteld (12). Deze regeling gaat terug naar artikel 1

van de Code civil waarbij bepaald werd dat de wetten uitgevoerd zullen worden van het ogenblik dat de afkondiging ervan bekend zal kunnen zijn.

Het Engels staatsrecht kent evenmin het bevel van de Koning de wet uit te voeren. Van het ogenblik dat de wet door de Koning is bekrachtigd, treedt zij onmiddellijk in werking tenzij de wet er anders over beslist had.

Het is juist dat het Huis der Lords in kennis gesteld wordt van de verleende bekrachtiging. Volgens een arrest dat dagtekent van 1365 in de zaak R. v. Bischop of Chichester is eenieder geacht te weten wat er in het Parlement gebeurt, zelfs bij gebreke van bekendmaking. Het Parlement vertegenwoordigt immers gans het koninkrijk (13).

* * *

Wanneer men nu wil nagaan hoe de wetten vroeger werden afgekondigd en bekendgemaakt, dan komt men tot de vaststelling dat de afkondiging veeleer synoniem is van bekendmaking en zeker geen bevel inhoudt tot de administratieve overheden de wet onmiddellijk uit te voeren.

Gedurende het oud regime waren de wettelijke voorschriften eerst verbindend na te zijn bekendgemaakt. In algemene regel werd het edict, voorzien van het zegel van de prins, naar de justitieraden gestuurd die, na lezing ervan te hebben gehoord, het bevel tot bekendmaking gaven. Uitgiften ervan werden neergelegd op de griffies van de raden en de inhoud werd in een register overgeschreven. In elke hoofdplaats of in elke stad werd het edict in het openbaar omgeroepen.

In Brabant moesten de verordeningen worden bekleed met het zegel van Brabant en tegengetekend worden door de secretaris die het recht van handtekening had. Met de weigering van het zegel belette de Raad van Brabant de bekendmaking van alle edicten die met de keuren van Brabant strijdig waren (14).

Met de Franse revolutie werd de willekeur van de raden voor het registreren der wetten en verordeningen vervangen door die van de plaatselijke overheden. Voortaan zouden de wetten aan de ingezetenen worden bekendgemaakt door aanplakking en door omroeping (15). Deze wijze van afkondiging had het groot nadeel de afkondiging van de wet over te laten aan de plaatselijke besturen. Kwade wil of onwil van deze overheden volstond om alle uitwerking aan de wet te ontnemen. Daarom ook werd deze wijze van afkondiging niet langer behouden en besloot de Conventie in 1794 tot het uitgeven van een « Bulletin des lois ». De wet van 12 vendémiaire jaar IV besloot tot de afschaffing van de aanplakking en omroeping der wetten. Deze laatste zouden uitvoerbaar worden in ieder departement de dag waarop het Bulletin dat de wet inhoudt, uitgedeeld wordt in de hoofdplaats.

Met het Consulaat werd de wijze van bekendmaking grondig gewijzigd.

De wet van 5 maart 1803, welke later artikel 1 van de « Code civil » zou vormen, bepaalt dat de wetten uitvoerbaar zijn in gans Frankrijk ingevolge de afkondiging van de Eerste-Consul. Ze zullen uitgevoerd worden in ieder gebied van de republiek van het ogenblik dat de afkondiging ervan zal kunnen bekend zijn. Voor het departement van de hoofdplaats waar de regering zetelde was de bekendmaking verondersteld te zijn bekend de dag na die van de afkondiging. Indien hierdoor de nadelen die verbonden waren aan de tussenkomst van de plaatselijke besturen waren opgeruimd, was meteen ook alle bekendmaking onbestaande. Het Bulletin des lois, waarin de wetten werden bekendgemaakt, was hier van geen belang meer voor de inwerkingtreding van de wet. Nochtans vertoonde de afkondiging door de Consul geen al te grote bezwaren. Ingevolge de grondwet van het jaar VIII geschiedde de afkondiging op een vastgestelde dag. De tiende dag na de aanvaarding van de wet door het wetgevend lichaam moest de wet worden afgekondigd. Deze dag kwam in aanmerking voor het vaststellen van de datum waarop ingevolge artikel 1 van het Burgerlijk Wetboek de wet in werking trad. Deze datum verschilde naar gelang van de afstand tussen de hoofdplaats van het departement en de plaats waar de wet werd afgekondigd (16).

Onder het regime van de fundamentele wet werden de wetten die door de Koning en beide Kamers waren aangenomen door de Koning afgekondigd (17). Zoals reeds hoger werd uiteengezet, werden de wijze van afkondiging der wetten en de dag waarop zij verbindend waren, door de wet geregeld (18) en meer bepaaldelijk door de wet van 2 augustus 1822. Volgens artikel 2 van die wet treden de wetten in werking terstond nadat hun afkondiging zal kunnen bekend zijn. De afkondiging wordt berekend bekend te zijn op de 20e dag na die der dagtekening van het Staatsblad waarin de wet geplaatst is, wanneer althans bij de wet geen ander tijdstip is vastgesteld. Bij soeverein besluit van 18 december 1813 dat kracht van wet bezit, is bepaald dat de wetten zullen worden afgekondigd in het bij datzelfde besluit gestichte Staatsblad.

Hieruit blijkt genoegzaam dat de grondwetgever van 1815 de bekrachtiging van de Koning heeft willen bekend maken en dat hij de verbindende kracht van de wet afhankelijk heeft gesteld van die bekendmaking. De afkondiging en de bekendmaking zijn twee begrippen die niet te scheiden zijn en veeleer synoniem zijn.

* * *

Het heeft hier wel zijn belang de wijze van afkondiging of bekendmaking aan te halen :

« Wij ..., Koning der Nederlanden, ...
Allen die deze zullen zien of horen lezen, Salut !
Doen te weten :
Alzoo Wij in overweging genomen hebben dat ... (de beweegredenen van de wet) ...
Zoo is het dat Wij den Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgekeurd, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze, ...
(inhoud van de wet).
Gegeven ... ».

Vergelijken we nu deze formule met die van de wet van 19 september 1831 betreffende de bekrachtiging en de bekendmaking van de wetten dan wordt nu aan het woord afkondiging een meer beperkte betekenis en een nieuwe inhoud gegeven.

De nieuwe afkondigingsformulier is gesteld als volgt :

« Léopold, roi des Belges.
A tous présents et à venir, Salut !
Nous avons de commun accord avec les chambres décidé et nous ordonnons ce qui suit :
... (inhoud van de wet) ...
Mandons et ordonnons que les présentes revêtues du sceau de l'Etat, insérées au Bulletin officiel, soient adressées aux cours, tribunaux et aux autorités administratives, pour qu'ils les observent et fassent observer comme lois du Royaume ».

Artikel 3 van voornoemde wet van 19 september 1831 voegt hieraan toe dat de wetten verbindend zullen zijn in gans het koninkrijk de elfde dag na die van hun afkondiging (promulgation) tenzij de wet er anders heeft over beschikt.

Volgende toelichting van de wet werd door de Pasinomie gegeven.

Vooreerst betekent de bekrachtiging de instemming die door de Koning, als lid van de wetgevende macht, aan de wet wordt verleend. De afkondiging houdt het bevel in van de Koning de wet uit te voeren en te publiceren. Dit bevel wordt door de Koning gegeven in de uitoefening van zijn uitvoerende macht. Hierdoor verschilt de afkondiging essentieel met de bekendmaking, die slechts een wijze is om de wet ter kennis van de ingezetenen te brengen. Door de opneming in het Bulletin officiel wordt verondersteld dat aan de wet een volledige publiciteit is gegeven (19). De Pasinomie wijst er op dat de bij artikel 3 vastgestelde termijn van elf dagen begint te lopen vanaf de dag waarop de wet werd uitgevaardigd (promulgation). Een amendement van De Theux strekkende tot het aanvaarden dat de termijn in principe zou ingaan de dag waarop de wet werd bekendgemaakt in het Bulletin officiel, werd verworpen door de Kamer van Volksvertegenwoordigers (20).

Wanneer wij deze wet van 19 september 1831 vergelijken met de wet van 1822, stellen wij vast dat gedurende het Hollands stelsel de afkondiging samenvalt met de bekendmaking, terwijl dit niet het geval is voor de wet van 1831. Tussen beide wetten bestaat er een essentieel verschil. De afkondiging houdt een bevel in tot uitvoering van de wet. Krachtens artikel 69 van de grondwet behoort het aan de Koning het bevel te geven de wet uit te voeren en te doen uitvoeren zoals de vonnissen (21).

De wet van 19 september 1831 is nu grondwettelijk moeilijk te verantwoorden. Door te bepalen dat de wetten verbindend zullen zijn elf dagen na hun afkondiging, bestaat de mogelijkheid dat een wet niet binnen deze elf dagen gepubliceerd werd. Een dergelijke toestand is strijdig met artikel 129 van de grondwet, dat impliciet artikel 1 van de Code civil had opgeheven.

Deze wijze van bekendmaking werd nochtans voldoende geacht op grond van volgende overwegingen. Eenieder zou reeds de wet kennen door de openbare besprekingen in het Parlement en door de dagbladen die deze debatten publiceren. Na de stemming in het Parlement moest de afkondiging worden verondersteld zodat na verloop van de vastgestelde termijnen niemand meer zijn onwetendheid kan inroepen. Hij die zou beweren de wet niet te kennen, heeft zulks aan zichzelf te wijten. Zijn onwetendheid, zijn laakbare onbezorgdheid kan men hem niet verontschuldigen (22).

Door de wet van 28 februari 1845 werd de wet van 19 september 1831 vervangen om beter in overeenstemming te zijn met de voorschriften van artikel 129 van de grondwet.

De wetten zijn nu verbindend de 10e dag na die van hun bekendmaking, tenzij de wet een andere termijn heeft bepaald. De wet van 18 april 1898 die later door de wet van 31 mei 1961 werd vervangen, heeft aan de wet van 1845 geen essentiële wijziging gebracht. De wetten moeten in het Staatsblad worden opgenomen en hebben verbindende kracht in het gehele rijk vanaf de tiende dag na hun bekendmaking tenzij een andere termijn werd bepaald.

Zowel in het bekrachtigingsformulier van de wet van 18 april 1898 als in dit van de wet van 31 mei 1961 wordt de bekrachtiging gevolgd door de afkondiging.

Tijdens de parlementaire debatten die de stemming van de wet van 1845 voorafgingen verklaarde de Minister van Justitie dat de afkondiging overeenstemde met het bevel tot bekendmaking. Anderzijds verklaarde de Minister dat hij de noodzaak niet inzag het afkondigingsformulier aan te vullen met een bevel de wet uit te voeren. Immers, zo betoogde de Minister, wanneer de wet bekrachtigd is, kondigt de Koning de wet af, d.i., Hij beveelt dat de wet met de zegel van de authenticiteit zou bekleed worden en door het Belgisch Staatsblad zal worden bekendgemaakt. En de Minister vervolgde : van het ogenblik dat de wet bestaat, is zij ipso facto verbindend zonder dat de Koning ervan de uitvoering moet bevelen; aan de wet kan immers geen enkel ingezetene zich onttrekken (23).

Het is ook niet te verwonderen dat de wet van 28 februari 1845 niet langer meer bepaalde dat de hoven, rechtbanken en bestuurlijke overheden de wet moeten naleven en doen naleven. De verplichting de wet na te leven, verklaarde de Minister van Justitie, berust niet alleen op voornoemde overheden maar op gelijk welke burger (24).

Dit bondig historisch overzicht toont aan dat de afkondiging door de Koning zich beperkt tot het vaststellen van de authentieke tekst van de wet en tot haar bekendmaking. Wanneer wij de wet van 19 september 1831 buiten beschouwing laten — wij weten welke grondwettelijke bezwaren tegen die wet kunnen worden geopperd — stellen wij vast dat het afkondigingsformulier zowel ten tijde van het Nederlands bewind als heden geen bevel tot uitvoering van de wet inhoudt. Heel zeker houdt de afkondiging geen bevel in tot de openbare overheden om de wet toe te passen.

* * *

Zo men de mening toegedaan is dat door de afkondiging de Koning als hoofd van de uitvoerende macht de uitvoering van de wet beveelt (25), dan neemt men impliciet aan dat de wet niet langer meer het bestuur onbekend is en dat dan ook de overheid door de wet en haar uitvoeringsbesluiten is gebonden, zelfs door deze die nog niet bekend zijn gemaakt (26).

Deze stelling van de Conseil d'Etat van Frankrijk wordt gedeeld door de rechtsleer en meer bepaaldelijk door Waline (27) en Laferrière (28). « La promulgation, zo schrijft Pinto, fixe le point de départ de la mise à exécution de la loi. La loi s'impose dès ce moment aux pouvoirs publics... L'administration est liée par la loi dès sa date... » (29).

Deze opvatting biedt het groot voordeel dat hierdoor aan de wet een grote efficiency wordt verzekerd. Het is uitgesloten dat de bestuurlijke overheden de uitvoering van de wet zouden kunnen opschorsen of vertragen bij gebreke van bekendmaking in het Staatsblad.

Indien de betekening of bekendmaking enkel tot gevolg heeft dat de akte tegenover derden kan worden gesteld en dat de termijn van beroep hierdoor pas begint te lopen (30), is echter de ingezetene gerechtigd te eisen dat het bestuur een beslissing in zijn voordeel zou nemen op grond van een niet-gepubliceerde wet of verordening. Hij zou echter niet kunnen vragen dat die beslissing zou uitgevoerd worden... vermits zij hem niet tegenstelbaar is bij gebreke van bekendmaking.

Montané de la Roque die deze anomalie vaststelt, neemt daarom aan dat het bestuur het voordeel van een niet-gepubliceerde wetsbepaling kan toekennen op voorwaarde dat de wetgever geen lasten aan derden oplegt of indien haar uitvoering bepaalde personen niet zal bevoordeligen ten opzichte van hen die bij het uitblijven van de bekendmaking de akte niet kenden. Kortom, van het ogenblik dat derden niet geschaad worden (31). In dit verband kan hier verwezen worden naar de rechtspraak van ons Hof van Cassatie die de rechtsgeldigheid aanneemt van bestuurlijke beslissingen genomen bij toepassing van een niet-gepubliceerd en derhalve niet-verbindend besluit op voorwaarde dat die toepassing de rechten van derden niet schendt. Wanneer het bestuur een dergelijk besluit heeft toegepast, kan het niet meer belanghebbende beroven van de rechten welke het heeft verleend (32).

Is de wet onmiddellijk na haar afkondiging en vóór haar bekendmaking reeds van toepassing, zo rijst de vraag of de bestuurlijke overheid nog gerechtigd is op te treden op grond van de vroegere wetgeving. Wanneer de wet vóór haar afkondiging verplichtend is voor de bestuurlijke overheden, is het uitgesloten dat zij nog verder gebruik zouden maken van de machten die de vroegere wetgeving hun verleend heeft. Zij kunnen niet langer meer door de vroegere wetgeving gebonden zijn. Hierdoor wordt een toestand geschapen waarbij de oude wetgeving van kracht is voor de ingezetenen terwijl de nieuwe wetgeving reeds geldt voor het bestuur. Het Openbaar Ministerie komt hier in een moeilijke toestand te staan. Zal het nog vervolgingen kunnen instellen op grond van de oude wetgeving die door de niet-gepubliceerde wet wordt opgeheven ?

Men kan bezwaarlijk aannemen dat twee verschillende wetgevingen terzelfdertijd van kracht zouden zijn. Eenzelfde wet moet gelden zowel voor de bestuurlijke overheden als voor de ingezetenen. De afkondiging kan derhalve niet begrepen worden als een bevel aan de overheden de wet uit te voeren zodat zij onmiddellijk en vóór haar bekendmaking de overheden verbindt. Moeten wij niet veeleer aannemen dat de wet even verbindend is voor de ingezetene als voor de overheden ? Deze laatsten echter hebben niet te wachten op een bevel van het Staatshoofd opdat de wet pas dan voor hen zou gelden. Dit bevel is overbodig en ligt reeds besloten in de wet. De wetten en verordeningen zullen derhalve verbindend zijn zowel voor de overheden als voor de ingezetenen vanaf de tiende dag na die van hun bekendmaking tenzij een andere termijn werd bepaald. Dit betekent dat eenzelfde wetgeving steeds van kracht zal zijn voor eenieder. De overheid zal de bestaande wetgeving moeten toepassen zolang geen gewijzigde wettekst werd bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad niettegenstaande dat zij reeds kennis heeft van die wijziging. Hierdoor wordt aan het bestuur het recht niet ontzegd beslissingen te treffen die het gewenst of noodzakelijk schijnen alhoewel zij nadelige gevolgen voor ingezetenen kunnen inhouden (33).

Het feit dat een wet het bestuur nog niet verplicht, is voor hem geen beletsel om maatregelen voor te bereiden voor de dag waarop de nieuwe wet volledig rechtskracht zal hebben. Het bestuur is gerechtigd de verordeningen, de algemene en individuele maatregelen te nemen die vereist zijn voor de uitvoering van de wet. Niettegenstaande het feit dat die beslissingen getroffen zijn alvorens de wet, die hun tot grondslag dient, gepubliceerd is en zij derhalve niet verbindend is, zullen zij rechtsgeldig zijn op voorwaarde dat zij slechts van kracht worden nadat hun wettelijke grondslag werd bekendgemaakt (34). Het is dan ook in deze zin dat onze rechtbanken een zekere uitvoering van niet-gepubliceerde wetten en verordeningen aanvaarden op voorwaarde dat deze beperkt blijft tot voorbereidende maatregelen (35) of dat hierdoor de rechten van derden niet worden gekrenkt (36).

Er bestaan nu geen redenen om deze stelregel niet te aanvaarden voor de verordeningen van de uitvoerende macht. De ondertekening van een koninklijk besluit volstaat niet om aan de verordening een verbindende kracht te verlenen. Net zoals de wet zal dit besluit het bestuur en de ingezetenen verplichten door zijn bekendmaking. Dergelijke uitvoeringsbesluiten kunnen ook het voorwerp zijn van voorbereidende maatregelen. Het bestuur zal echter gebonden blijven door de bestaande reglementering tot zolang in het Staatsblad geen nieuwe verordeningen zijn verschenen die normaal verbindend zullen zijn vanaf de tiende dag na die van hun bekendmaking. Deze stelling werd door de Raad van State aanvaard in het arrest Colon van 29 april 1959, nr. 4245, waaraan wij volgende passus ontlenen :

« Overwegende dat het koninklijk besluit van 23 februari 1953 ter kennis van het personeel van het Kongolees bestuur werd gebracht door de bekendmaking in het Bestuursblad van 14 maart 1953; dat geen enkele bepaling van dit koninklijk besluit de wil van het Gouvernement van de Kolonie te kennen gaf zich te verbinden vanaf een andere datum dan deze die volgde uit de algemene bepalingen welke de inwerkingtreding regelen der akten van het Gouvernement die ter kennis van het publiek en van de belanghebbenden worden gebracht op de wijze die ter zake gebruikt werd (37); dat hieruit volgt dat het Gouvernement wel degelijk het inzicht had slechts een maand na de bekendmaking der nieuwe bepalingen in het Bestuursblad van Belgisch-Kongo, door die bepalingen gehouden te zijn ».

Hieruit volgt, dat indien het bestuur gerechtigd is de uitvoering te verzekeren van een niet-gepubliceerde wet of verordening, de oude wetgeving niet gewijzigd is en van kracht blijft tot zolang geen wijziging of opheffing is bekendgemaakt.

Deze regeling is nu niet zonder nadelen. Vooreerst kan de ingezetene niet eisen dat hem het voordeel van een niet-gepubliceerde wet of verordening zou verleend worden. Doordat de wet door haar afkondiging een zeker bestaan verwerft waaraan niet meer te tornen valt, kan het bestuur deze wet vóór haar bekendmaking toepassen.

Heeft het bestuur er in toegestemd deze wet voorbarig uit te voeren, zo kan het bestuur deze vrijwillig toegekende voordelen niet meer intrekken (38). Anderzijds wanneer nu de verbindende kracht van een wet niet langer meer voortspruit uit haar afkondiging maar uit haar bekendmaking, bepaalt de uitvoerende macht vrijelijk de datum waarop een nieuwe wet verbindend zal zijn. Van deze vrijheid van handelen kan het bestuur misbruik maken. Geen enkele termijn werd voor de bekendmaking der wetten aan het bestuur voorgeschreven. Een al te laattijdige publicatie kan alleen de politieke verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie tot gevolg hebben (39) en desgevallend de burgerlijke verantwoordelijkheid van de Staat (40). De wet van 31 mei 1961 betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerkingtreden van wetten en verordeningen bepaalt enkel bij artikel 5 dat de koninklijke en ministeriële besluiten die op de burgers in het algemeen betrekking hebben, binnen één

maand na hun dagtekening in het Belgisch Staatsblad bekendgemaakt worden. De termijn is nu echter niet op straf van nietigheid voorgeschreven. Het gebrek van bekendmaking in het Belgisch Staatsblad tast de rechtsgeldigheid van de verordening niet aan (41).

(1) In Nederland wordt hier ten onrechte gewag gemaakt van goedkeuring.

(2) Zie verslag Raikem, Discussions au Congrès national, d. IV, blz. 84.

(3) Cass., 2 juli 1948, Pas., 1948, I, 429.

(4) Beroep Gent, 5 juni 1951 met advies subst. proc. gen. Dumon. Rev. adm., 1952, blz. 29 en 53. Over de twistvraag of de rechtbanken het recht hebben de authenticiteit van de wet te betwisten, zie het artikel van P. De Visscher in La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé, Parijs ,1961, blz. 45.

(5) *C.W. Van der Pot,* Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, 1957, 6e dr., 348.

(6) Cass., 2 juli 1948, Pas., 1948, I, 429; Thonissen, La Constitution annotée, blz. 214; A. Mast, Overzicht van het grondwettelijk recht, 1957, blz. 159.

(7) *P. De Visscher,* o.c., blz. 44.

(8) Cass., 2 juli 1948, Pas., 1948, I, 429.

(9) *A. Mast,* o.c., blz. 160; H. De Page, Traité élémentaire de droit civil belge, d. I, 1962, blz. 293, nr 196.

(10) *M. Planiol,* Traité élémentaire de droit civil, 1948, d. I, blz. 98, nr 202.

(11) *C.W. Van der Pot,* o.c., blz. 348.

(12) *W.F. Prins,* Inwerktreding van wetten, R.M. Th., 1952, blz. 245.

(13) *L. Neville Brown,* La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé, 1961, blz. 99.

(14) *A. Vranckx,* Iedereen wordt geacht de wet te kennen. R.W. 4 maart 1956, kol. 1219.

(15) Decreet 9 november 1789 en wet 14 frimaire jaar II, artikel 149.

(16) *M. Planiol,* o.c., blz. 100.

(17) Grondwet der Nederlanden 1815, artikel 119. Deze bepaling geldt nu nog onder artikel 81.

(18) Idem, artikel 120.

(19) Pasinomie 1931, blz. 150, voetnota 2.

(20) Idem, blz. 150, voetnota 5.

(21) *I. Plaisant,* Introduction à la troisième série, Pasinomie, 1830-1831, blz. VI.

(22) Idem, blz. VIII.

(23) Pasinomie, 1845, blz. 26, voetnota 1.

(24) Idem, blz. 28, voetnota.

(25) *Thonissen,* La Constitution annotée, blz. 214; *W. Ganshof van der Meersch,* Cours de droit public, blz. 294; *A. Mast,* Overzicht van het grondwettelijk recht, blz. 159; *H. De Page,* Droit civil belge, 1962, d. I, blz. 292.

(26) Conseil d'Etat, 16 april 1948, Usines prod. ind., Sirey, 1943, III, 55.

(27) *Waline,* Droit administratif, 5e uitg. , blz. 397.

(28) *Laferrière,* Manuel de droit constitutionnel, 1947, blz. 1037.

(29) *Pinto,* Eléments de droit constitutionnel, 1952, blz. 530.

(30) Conseil d'Etat, 18 juli 1913, Syndicat national des chemins de fer, Sirey, 1914, III, 2, nota Hauriou.

(31) Montané de la Roque, L'intertie des pouvoirs publics, 1950, blz. 206.

(32) Cass. 11 november 1841, Pas., 1842, I, 70 en 5 januari 1956, Pas., 1956, I, 430 met nota.

(33) Conseil d'Etat, 5 maart 1943, Sirey, 1943, III, 44, nota Malizieux. Voor de Belgische rechtspraak zie voorgaande nota.

(34) Voor Franse rechtspraak en rechtsleer zie nota 33, Liet-Veaux, Des conséquences du défaut de publication des actes administratifs à propos des publications d'urgence, Rev. adm., 1951, 50, en nota van Morange in Dalloz en Sirey, 1955, J., 525.

(35) Cass. 20 oktober 1958 Pas. 1959, I, 172 met nota P.M.; 29 januari 1959, Pas. 1959, I, 545 met nota.

(36) Cass. 11 november 1841, Pas. 1841, I, 70; 5 januari 1956, Pas. 1959, I, 430 met nota.

(37) De verordening van 19 maart 1950 bepaalt dat de akten van het gouvernement gepubliceerd in het Bestuursblad van Belgisch-Kongo in de gehele Kolonie verbindend worden dertig volle dagen na de datum van het nummer van het Bestuursblad waarin zij verschenen zijn.

(38) Cass. 5 januari 1956, Pas. 1956, I, 430 met nota.

(39) Cass. 31 oktober 1921, Pas. 1922, I, 41.

(40) Beroep Brussel 12 december 1945, Pas. 1946, II, 11.

(41) Cass. 31 oktober 1921, Pas. 1922, I, 41; 25 januari 1926, Pas., 1926, I 195; 20 oktober 1958 en 20 januari 1959, Pas. 1959, I, 172 en 545; zie ook Raad van State 2 juni 1950, Laloux, nr. 371, R.J.D.A., 1950, blz. 216 met nota P. De Visscher.

HET REGIME VAN DE MINORITAIRE EREDIENSTEN

door

Mr. Pierre MAHILLON

Rechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel.

en

Prof. Dr. Mr. Simon FREDERICQ

Docent aan de Universiteit te Gent.

1. In ons land zijn er vier erediensten die door de Staat erkend en gesubsidieerd worden : de katholieke Kerk, de protestantse Kerken die deel uitmaken van de Bond der Protestantse Evangelische Kerken van België (1), de Anglikaanse en de Israëlische culten. Naast deze erediensten bestaan er echter nog andere, waarvan sommige een betrekkelijk groot aantal volgelingen hebben. Het is onze bedoeling na te gaan welke principes op de minoritaire erediensten toepasselijk zijn, en meer bepaald op de niet-erkende.

In dit artikel zullen wij derhalve, na de historische evolutie geschetst te hebben, een opsomming geven van de niet-roomse erediensten, de voorwaarden bepalen waarin een cultus kan erkend worden met de specifieke gevolgen hieraan verbonden, om ten slotte na te gaan in hoever de principes, die voor de erkende erediensten gelden, ook op de niet-erkende kunnen toegepast worden. Meer in het bijzonder zal onderzocht worden welke materies het voorwerp hebben uitgemaakt van rechterlijke beslissingen, en nagegaan of de hoven en rechtbanken in bepaalde gevallen een onderscheid hebben ingevoerd naar gelang dat de eredienst erkend was of niet.

I. *Historisch overzicht.*

2. Vóór de XVI^e^ eeuw werd de godsdienstige eenheid in onze provinciën slechts aangetast door ketterijen met beperkte draagwijdte, die geen zichtbare sporen achterlieten (2).

De hervorming werd in de Nederlanden ingevoerd door de Lutheranen, en na hen door de doopsgezinden (3). De derde golf, de belangrijkste, was het Calvinisme; het handhaafde zich tot op het ogenblik van de splitsing der XVII provinciën. Van de regering der Aartshertogen af, konden in het Zuiden enkel een tiental protestantse gemeenten in leven blijven (4). Ze kenden dan nog een broos bestaan en werden slechts in een zekere mate beschermd door de vrees voor wraaknemingen tegen de rooms-katholieken in het Noorden.

3. Het lot van de protestanten der Oostenrijkse Nederlanden werd in de loop van de XVIII[e] eeuw verzacht, niettegenstaande dat de Landvoogdes Maria-Elisabeth een poging deed om dit te verzwaren. De centrale overheid stelde zich ten slotte niet langer te weer tegen de bescheiden praktijk van de « religion prétendue réformée » en zelfs tegen het inwijken van vreemde protestanten, zonder dit evenwel uitdrukkelijk toe te laten. Een decreet van Maria-Theresia van 5 mei 1768 machtigde de Hervormden ertoe bij testament over hun goederen te beschikken.

Het Edict van tolerantie dat Jozef II op 12 november 1781 in de Zuidelijke Nederlanden uitvaardigde (5), waarborgde aan de « religionnaires » o.m. de private uitoefening van de eredienst, de toegankelijkheid tot de openbare ambten en tot de burgerij, alsook het recht om hun kinderen in het protestants geloof op te voeden (6). Het edict verwekte een grote opschudding en werd op 9 februari 1792, na de eerste Oostenrijkse restauratie, op aanvraag van de Staten van Henegouwen ingetrokken (7).

4. De aanwezigheid van Joden in onze gewesten klimt tot de vroegere middeleeuwen op. Ze werden van overheidswege beurtelings aangetrokken en uitgedreven. De verbanningsedicten van Keizer Karel werden nooit afgeschaft maar werden door de plaatselijke overheden, vooral dan te Antwerpen, met tegenzin toegepast (8). Een zeker aantal Joden bleven in de Spaanse Nederlanden; ze veinsden bekering tot het Christendom; omstreeks het midden van de XVIII[e] eeuw werd deze voorzorg overbodig.

De toestand van de Israëlieten ten tijde van de Aufklärung was er aanzienlijk op verbeterd. Nochtans preciseerde het decreet van 30 september 1782 dat de hoedanigheid van burger hun slechts de burgerlijke rechten toekende en hen er niet toe machtigde de openbare ambten te bekleden (9). Op het einde van de XVIII[e] eeuw telde men in de Zuidelijke Nederlanden een honderdtal Joden (10).

5. De Franse Revolutie voltooide de ontvoogding van de niet-roomse Christenen en van de Joden. Tijdens het keizerrijk ondergingen deze laatsten uitzonderingsmaatregelen die door de grondwet van het Koninkrijk der Nederlanden impliciet werden opgeheven.

De verklaring der rechten van de mens had verkondigd : « Le libre exercice des cultes ne peut être interdit » (art. VII). Die tekst is onder de eerste Republiek dode letter geworden. Inderdaad, de republikeinse overheid stelde vervolging in tegen de traditionele godsdiensten, terwijl ze anderzijds achtereenvolgens verscheidene abstracte culten begunstigde (11) (12). Bonaparte herstelde de altaren in eer, maar onderwierp de erediensten aan het toezicht van de Staat (13). Het concordaat van 1801 erkende het katholicisme als « la religion de la grande majorité des français ». In 1802 werden door de « articles organiques » de voordelen die aan de katholieke eredienst waren verleend, tot de protestanten (Lutheranen en hervormden), alsmede tot de Israëlieten uitgebreid.

Het principe van de godsdienstvrijheid werd in de grondwet van 24 augustus 1815 opgenomen, met de beperking dat een voorbehoedende verbodsmacht aan de regering werd toegekend (art. 190 à 193 en 196). In zijn geheel bleef het concordaat van kracht (14). De controle op de Kerken, die gehandhaafd werd, en de absolute gelijkheid van de erediensten die door de grondwet ingesteld werd veroorzaakten een fel verzet in de Zuidelijke provinciën (15).

II. *Belgische Grondwet.*

6. In 1830 waren de godsdienstige minderheden en de atheïsten (16) weinig talrijk. Bij het begin van onze onafhankelijkheid werd het aantal protestanten van Belgische nationaliteit op achthonderd geschat. Het Nationaal Congres wees de principes van het confessioneel pluralisme en de godsdienstvrijheid nochtans niet van de hand. Het stelde bovendien de wederzijdse onafhankelijkheid in van Staat en Kerken (17), merkwaardige innovatie waarvan de rooms-katholieke Kerk niet de minst begunstigde was. De geestelijkheid was voortaan van alle onderwerping aan de vorst bevrijd (18). Men zou ook kunnen spreken van welwillende neutraliteit van de Staat tegenover de Kerken (19).

7. De gewetensvrijheid zelf wordt niet vermeld in de tekst van de grondwet, zo evident was het voor de stichters van modern België dat de innerlijke overtuiging tegen alle aantasting moest gevrijwaard blijven (20). Wel waarborgt onze grondwet uitdrukkelijk de vrijheid van eredienst, de vrije openbare uitoefening ervan, alsmede de vrijheid om zijn mening op elk gebied te uiten (art. 14). Niemand kan gedwongen worden op enigerlei wijze deel te nemen aan handelingen en aan plechtigheden van een eredienst of er rustdagen van te onderhouden (art. 15).

De Staat mag niet tussenkomen in de benoeming van de geestelijken en mag ze niet beletten met hun overheden in briefwisseling te staan (art. 16).

De vrijheid van eredienst is bijgevolg zo volledig als mogelijk en wordt slechts beperkt door de algemene regels aangaande de beteugeling van de misdrijven (art. 14, 16 en 19 — zie ook art. 268 van het Strafwetboek), de bijeenkomsten in open lucht (art. 19), de inzegening van het huwelijk die steeds na het burgerlijk huwelijk moet plaatsgrijpen (art. 16) (21).

De bovenvermelde bepalingen van de grondwet betreffen al de erediensten zonder onderscheid.

Bovendien voorziet artikel 117 de bezoldiging van de bedienaren. Het staat echter onder een andere titel (Financiën). Dit artikel, dat een zuiver financiële draagwijdte heeft, wordt verder onder nummers 11 vlg. behandeld.

III. *Minoritaire erediensten in 1962.*

8. Wij gebruiken de uitdrukking minoritaire erediensten, omdat zij met een feitelijke toestand overeenstemt, zonder hieraan rechtsgevolgen te hechten.

Buiten de rooms-katholieke Kerk zijn er drie erkende culten die derhalve door de openbare machten worden gesubsidieerd : de protestantse Kerken (22) voor zover zij het gezag van de Synode van de Bond der Protestantse Evangelische Kerken van België (thans Evangelische Protestantse Kerk) aanvaarden (23), de anglicaanse Kerk (24) en de israëlitische eredienst (25).

9. Andere erediensten genieten geen subsidies en hebben geen enkele rechtstreekse band met de Staat (25bis).

1° Verscheidene Evangelische Kerken die de meerderheid der protestanten omvatten (26) :

De Belgische Christelijke Zendingskerk, gesticht in 1837, en de Methodistische Kerk, die samen met de erkende Evangelische Protestantse Kerk (Bond der Kerken), de Federatie der Protestantse Kerken van België hebben opgericht; de gereformeerde Kerken en

één der doopsgezinde Kerken die zich later bij die federatie aansloten.

De Belgische Evangelische zending, de Pinkstergemeenten, het Leger des Heils, de Mennoniete Zending, de Vrije Lutherse Kerk, enz., bleven buiten dit verband.

Er dient opgemerkt te worden dat de « vrije » protestantse Kerken over 't algemeen niet wensen gesubsidieerd te worden, om trouw te blijven aan de *non-conformist* traditie van hun stichters. Ze zijn inderdaad meestal in contact gebleven met de Nederlandse, Zwitserse en Angelsaksische Kerken die aan de oorsprong ervan liggen.

2° Zekere secten van protestantse oorsprong : Adventisten, Jehovagetuigen en zelfs Mormonen . . .

3° Afgescheiden katholieken, vooral de enkele honderden Stevenisten van de streek van Hal en het Payottenland, die sinds meer dan een eeuw zonder priesters zijn doch wel enkele cultusplaatsen hebben, waar door aanhangers van deze leer de grondslagen ervan worden verkondigd, en lezingen met godsdienstige inslag gehouden worden. Stevens, die in 1802 groot-vicaris te Namen was, aanvaardde het concordaat niet omdat hij de bepalingen ervan, en in het bijzonder de benoeming van nieuwe bisschoppen in plaats van die van het Oud Regime, in strijd achtte met de werkelijke wil van de Paus (26bis).

4° Oosterse orthodoxen van verschillende obediënties (27).

5° Israëlitische dissidente groepjes.

6° Diverse erediensten, van christelijke, oosterse, esoterische of syncretische traditie waarvan het belangrijkste het Antoinisme is, volksgodsdienst die op het einde van de XIX^{e} eeuw in het Luikse werd gesticht. In verband met het Antoinisme heeft een arrest van het Hof te Luik, statuerend over de vraag of het een fiscale vrijstelling ten voordele van de openbare erediensten kon inroepen (zie hierover verder n^{r} 23), bij arrest dd. 21 november 1949 (28) vastgesteld dat de antoinistische « eredienst » in zijn schoot alle godsdiensten en alle meningen aanvaardt, dat in zijn ceremonies geen hulde wordt gebracht aan de godheid en dat de diensten beperkt zijn tot moraliserende lezingen. Het arrest leidt hieruit af dat het Antoinisme zich voordoet als een werk van morele cultuur en philantropie, doch het karakter van eredienst niet vertoont. Dit arrest stelt de zeer delicate vragen van hetgeen onder « eredienst » verstaan moet worden (28bis), en van de mogelijkheid van het bepalen door de rechterlijke macht van een grens waardoor een leer, waarvan de aanhangers een waarheid beweren te verkondigen, een cultus wordt of dit karakter verliest. Deze problemen vallen buiten het kader van het huidig artikel. Men kan zich echter afvragen of het Hof te Luik dezelfde oplossing zou aanvaard hebben zo de kwestie van het bestaan van een « cultus » niet op fiscaal gebied was gesteld geweest, doch in het kader van de bescherming der erediensten, voorzien door artikelen 142 en volgende van het strafwetboek (28ter).

10. De bovenvermelde culten kunnen in drie juridische categorieën gerangschikt worden : feitelijke verenigingen, instellingen van openbaar nut en verenigingen zonder winstoogmerk. De wet van 27 juni 1921, die aan de laatste twee vormen de rechtspersoonlijkheid heeft verleend, heeft wat deze betreft de rechtsproblemen in verband met de goederen ervan opgelost.

IV. *De erkenning door de Staat.*

11. Zoals hiervoor werd aangestipt, kunnen in uitvoering van artikel 117 van de Grondwet, de Kerken subsidies bekomen. Dit artikel luidt : « De wedden en pensioenen van de bedienaren van de erediensten komen ten laste van de Staat; de daartoe vereiste bedragen worden jaarlijks op de begroting ingeschreven. »

De « erkenning » door de Staat heeft op materieel gebied een dubbel gevolg :

a) de erkende erediensten genieten de burgerlijke persoonlijkheid of, juister gezegd, hebben organen, gelast met het beheer van het materiële der erediensten die in hoedanigheid van openbare besturen die rechtspersoonlijkheid genieten. Het zijn: a. de kerkfabrieken; b. de kathedrale kapittels; c. de grote seminaries; d. de consistories afhangend van de door de Staat erkende protestantse, anglicaanse en israëlitische kerken (29).

b) de bedienaren van de eredienst worden door de Staat bezoldigd.

Bovendien spruiten hieruit voor de gemeenten bepaalde verplichtingen voort :

a) Zij moeten een woonst en een tuin (30) ter beschikking stellen van de bedienaar, of hem een vergoeding betalen overeenstemmend met de huur (31).

De gemeente moet slechts voor de huisvesting van één minister per parochie zorgen (32).

b) Er moet een materiële hulp verleend worden ingeval de beheerraad niet over voldoende geldmiddelen beschikt (33).

c) Zij dragen de last van de grote herstellingen aan de gebouwen die voor de eredienst bestemd zijn (34).

12. *Voorwaarden van de erkenning door de Staat.* De Staat beslist soeverein welke erediensten mogen « erkend » en derhalve aan het hierboven aangeduid wettelijk stelsel onderworpen. Hierbij zal de kleinere of grotere waarheid van hun leer niet tot criterium dienen — de Staat kan hierover geen oordeel vellen — doch men zal zich b.v. laten leiden door de overweging dat de eredienst beantwoordt aan de godsdienstige gevoelens van een deel van de bevolking of een dienst bewijst aan de collectiviteit, omdat hij nuttig kan zijn voor de openbare orde en de goede zeden (35).

Het eerste voorstel voorzag dat de salarissen en pensioenen van de bedienaren van *alle* erediensten ten laste van de Staat zouden vallen. De tekst werd gewijzigd om te vermijden dat de Staat verplicht zou zijn bijvoorbeeld de saint-simonianen te steunen (36). Anderzijds werd het voorstel om de gunst van die grondwettelijke regel tot de christelijke erediensten te beperken tijdens de debatten van het Congres ingetrokken (37).

13. *Vorm van erkenning.* Opdat een nieuwe eredienst zou erkend worden, moet een wet gestemd of een koninklijk besluit worden genomen in uitvoering van een wet. Aldus zou een koninklijk besluit voldoende zijn om een nieuwe Protestantse Kerk te subsidiëren, omdat de wet van 4 mei 1870 de protestantse erediensten erkent, doch een wet zou vereist zijn voor de mohammedaanse eredienst (38).

14. *Vorm van de erkenning van een Protestantse Kerk, die geen deel uitmaakt van de Bond der Protestantse Evangelische Kerken van België.*

Hiervoor werd uiteengezet dat enkel de Kerken die deel uitmaken van deze Bond erkend en gesubsidieerd

worden. Kan de regering, bij koninklijk besluit, een Protestantse Kerk erkennen welke aan die voorwaarde niet voldoet, of is daartoe een wet vereist ?

Het antwoord op deze vraag hangt af van de betekenis die gegeven wordt aan de woorden « Eglises protestantes » in artikel 18 van de wet van 4 maart 1870 (39).

Deze wet, die de protestantse eredienst heeft erkend, heeft aan de regering de bevoegdheid verleend om het beheer van het materiële van de protestantse kerken te regelen. Zo men aanneemt dat met « protestantse kerken » de wetgever enkel diegene heeft bedoeld die de autoriteit van de Synode erkennen, dan zouden de Kerken die het niet doen buiten het kader vallen van de « protestantse eredienst » en derhalve, als nieuwe culten te beschouwen zijn en slechts door een wet kunnen erkend worden.

Volgens een eerste opinie (40) mogen onder « protestantse kerken » slechts diegene worden begrepen die deel uitmaken van de Bond der Protestantse Evangelische Kerken van België. Men steunt op historische beweegredenen. Een wet van 18 germinal jaar X, gestemd in uitvoering van het concordaat van 26 messidor jaar IX, hield de organieke regels in der Protestantse Kerken; zij richtte twee afgescheiden protestantse erediensten in, de enige die alsdan in Frankrijk bestonden, nl. de Hervormde Kerken (églises réformées), die bij het Calvinisme aansloten, en de kerken van de Augsburgse confessie (Lutherse). De wet erkende hun bestaan en regelde hun verhoudingen met de Staat (41). Deze twee erediensten zijn de enige die in de wet van 18 germinal jaar X als « cultes protestants » bestempeld werden, en zijn de enige die op dat ogenblik een wettelijk bestaan hadden. Aangezien het geen twijfel lijdt dat sedert de scheiding van Frankrijk en België, de protestantse eredienst in ons land een officieel bestaan heeft bewaard en er geen enkele tekst voorkomt die de betekenis van dit begrip zou gewijzigd hebben, zijn enkel de Lutherse en Hervormde Kerken, die in 1839 samen de « Bond der Kerken » vormden, te beschouwen, als « protestants » in de wettelijke zin.

Volgens de tweede opinie heeft de wetgever aan het woord « protestants » in de wet van 4 maart 1870 geen technische zin willen geven, verschillend van zijn betekenis in de gewone omgangstaal. Zo de wetgever van het jaar X als Protestantse Kerken slechts de Hervormde Kerken en de Kerken van de Augsburgse Confessie bestempelen, omdat er te dien tijde geen andere bestonden, moet de wet van 4 maart 1870, in algemene bewoordingen opgesteld, toepassing vinden op alle Evangelische Kerken die op dat ogenblik bestonden en zelfs op diegene die later werden gesticht, op voorwaarde dat het wel om Protestantse (Evangelische) Kerken ging. In die redenering heeft de wet van 4 maart 1870 virtueel alle protestantse Kerken erkend.

Dit tweede stelsel werd toegepast toen de liberale protestantse Kerk te Brussel (Foyer de l'âme) — die geen deel uitmaakte van de Bond der Kerken (42) — erkenning door de regering vroeg. Deze erkenning werd haar verleend bij koninklijk besluit van 20 april 1888.

15. In 1898 werden, juist naar aanleiding van de toestand van de liberale protestantse kerk de twee hierboven vermelde stelsels door de Heer Raymond Jansens, Advokaat-Generaal bij het Hof van Cassatie, onderzocht (43). Volgens deze vooraanstaande magistraat moet in de wet van 4 maart 1870 het woord « protestants » in ruime zin verstaan worden en houdt deze wet het principe in van de mogelijke erkenning van alle protestantse Kerken en gemeenschappen. Hiervan vindt hij het bewijs in een verklaring, tijdens de behandeling in de Kamer afgelegd door de heer volksvertegenwoordiger Bisschoffsheim, en in het antwoord hem door de Minister van Binnenlandse Zaken, Eudore Pirmez, verstrekt. De Heer Bisschoffsheim had de vraag gesteld of : « dorénavant, les cultes dissidents auraient, comme le culte catholique, la personnification civile avec la faculté de posséder des immeubles ». De Minister antwoordde : « Il n'y a aucune espèce de doute sur le sens de la loi. Ce sens est bien celui qu'a indiqué l'honorable M. Bisschoffsheim. Il n'est même pas nécessaire d'une déclaration du gouvernement » (44).

16. Het tweede stelsel lijkt ons logischer en juridisch meer verantwoord dan het eerste. Het komt ons voor dat met de woorden « protestantse eredienst » de wetgever van 1870 alle protestantse Kerken bedoeld heeft, zodat er geen aanleiding bestaat om de mogelijkheid tot erkenning door koninklijk besluit te beperken tot diegene die deel uitmaken van de Bond der Kerken. Niet alleen het koninklijk besluit van 23 februari 1871, waarbij voor twaalf presbyteriale Kerken beheerraden werden opgericht, doch ook het koninklijk besluit van 20 april 1888, waarbij hetzelfde geschiedde voor de liberale protestantse Kerk te Brussel, werd genomen in het kader van de wet van 18 maart 1870.

Wij zijn dus de mening toegedaan dat een protestantse Kerk die geen lid is van de Bond der Kerken, zoals de Belgische Christelijke Zendingskerk of de Belgische Evangelische Zending, bij koninklijk besluit zou kunnen erkend worden (44bis).

17. Zou men niet kunnen antwoorden dat de term « protestants » te vaag is en te veel verschillende kerken en sekten omvat, zodat hij niet kan dienen tot basis van een wettelijk onderscheid ?

Wij menen van niet. In de praktijk zal de regering geen moeilijkheid ondervinden om vast te stellen of een Kerk die erkenning vraagt wel protestants is.

Daar de term « protestants » in de gebruikelijke betekenis moet genomen worden, zal men, om uit te maken of een bepaalde Kerk van het protestantisme deel uitmaakt, moeten nagaan of zij zich als dusdanig beschouwt en of haar deze hoedanigheid wordt toegekend door de andere protestantse Kerken.

Zonder hier in details te willen treden, moet vermeld worden dat in ons land de verschilpunten die de protestantse Kerken scheiden een geringe draagwijdte hebben en hoofdzakelijk verband houden met kwesties van inwendige organisatie. De belangrijkste dezer Kerken maken deel uit van de Federatie der Protestantse Kerken van België (Fédération des Eglises Protestantes de Belgique) en steunen de Protestantse Theologische Faculteit te Brussel. Alle werken samen in het « Belgisch Bijbelgenootschap ».

De Staat heeft zich niet te plaatsen op een ander standpunt dan de protestanten zelf om te beslissen wie deze hoedanigheid heeft. Zij is niet beperkt tot de leden van de « Bond der Protestantse Evangelische Kerken van België ». Aldus heeft de wetgever terecht, toen na de oorlog 1914-1918 in Ruanda-Urundi het werk moest voortgezet worden van de Duitse zending van Bethel, onderbroken sedert 1916, bij het vervullen van de verplichting, door het verdrag van Versailles aan ons land opgelegd, de Kerken die geen deel uitmaakten van de Bond niet van deze taak uitgesloten.

Integendeel, het vroeger werk van de Duitse zending werd toevertrouwd aan het « Belgisch Genootschap der Protestantse Zending in Kongo », genootschap dat samen door de Bond der Kerken en de Belgische Christelijke Zendingskerk werd gesticht en waarin ook de andere protestantse Kerken vertegenwoordigd zijn.

18. Wanneer een niet van staatswege erkende Kerk een voordracht wenst te doen tot een benoeming, wendt de administratie zich tot de Synode — enige erkende protestantse autoriteit — om deze inlichting te bekomen. Dit houdt echter natuurlijk niet in dat de Synode enig gezag zou hebben over een Kerk die geen deel uitmaakt van de Bond. De regeling werd enkel om praktische redenen ingevoerd. De Staat wenst van het organisme waarmee hij geregeld in contact is, bevestiging te krijgen van een hoedanigheid, en de Synode komt enkel in die mate tussen, als het ware om de Staat gerust te stellen. Aldus is het, bij de benoeming van een godsdienstleraar in de officiële scholen of van een aalmoezenier bij het leger of het gevangeniswezen, de Synode die de kandidaat voordraagt en zijn hoedanigheid van protestant affirmeert, zelfs indien hij lid is van een Kerk die niet van de Bond afhangt.

V. *Toepassing op de niet-erkende erediensten van de principes die de erkende Kerken beheersen.*

19. In welke mate wordt van de principes, die op de erkende erediensten toepasselijk zijn, afgeweken wanneer het niet-erkende betreft ? Vanzelfsprekend kunnen deze laatste geen aanspraak maken op subsidies en zijn hun organen, belast met het beheer van het materiële geen openbare diensten, doch men moet zich afvragen of *in andere domeinen* de niet-erkende erediensten aan speciale regels onderworpen zijn. Worden hun op bepaalde gebieden voordelen of een bescherming ontzegd die de erkende culten wel genieten ?

Om deze vraag op te lossen is het nodig, in het licht van de voorbereidende werken tot de wetten en de beslissingen van onze Hoven en Rechtbanken, na te gaan welke criteria toegepast werden in de aangelegenheden waarin zich moeilijkheden hebben voorgedaan.

1° *Bescherming van de vrije uitoefening der erediensten.*

20. De artikelen 142, 143, 144, 145 en 146 van het Strafwetboek bestraffen de misdrijven inzake vrije uitoefening der erediensten : het gebruik van geweld en bedreigingen om iemand tot deelneming aan een eredienst te dwingen of hem ervan te weerhouden, het verhinderen of onderbreken van de eredienst door het verstoren van de orde, de smaad aan de bedienaars in de uitoefening van hun bediening of aan cultusvoorwerpen.

De tekst van art. 145, door de Kamer gestemd (45), bepaalde : « eredienst betaald of gesubsidieerd door de Staat » (culte salarié ou subsidié par l'Etat).

Om deze beperkende bepaling te rechtvaardigen, werd in de memorie van toelichting volgende tekst van Chauveau overgenomen : « Si la loi doit à tous les cultes liberté et protection, il est évident qu'en matière pénale on ne peut faire reposer une aggravation de peine sur une qualité vague et qui peut être inconnue de l'auteur du délit. Le premier individu venu peut annoncer une religion nouvelle et s'en proclamer le pontife. Sera-ce là un culte ? Ou bien quel nombre de sectateurs, quel degré de publicité, quelle suite d'années exigera-t-on pour constater l'existence du culte nouveau, pour conférer à son chef la qualité de ministre d'un culte ? Où seront les signes qui feront connaître à celui qui les outragera qu'il commet un délit ou un crime ? Les peines doivent s'asseoir sur des caractères fixes, et non sur des circonstances indéterminées » (46).

De senaatskommissie stelde voor, de woorden « betaald of gesubsidieerd door de Staat » weg te laten; volgens haar oordeel kan het gebeuren dat de erkenning van een eredienst, hoewel deze ernstig is en waardig te worden beschermd, niet wordt aangevraagd of ook willekeurig wordt geweigerd (47). Tijdens de parlementaire besprekingen besliste men zich te houden aan het door de senaatskommissie voorgestelde systeem; in ieder afzonderlijk geval zal de rechter (48) beslissen of het gaat om een eredienst, die naam waardig en waarvan het voorwerp ernstig is; eens dat die voorwaarde vervuld is, zijn de wettelijke bepalingen toepasselijk, zonder onderscheid naar gelang de eredienst erkend is of niet (49).

Dit stelsel werd in de rechtspraak toegepast : hoe zijn statuut ook weze, elke eredienst heeft recht op bescherming; zijn uitoefening door bedienaar en gelovigen mag niet worden gestoord (50).

Nochtans is het nodig dat het gaat om een ernstige eredienst (culte sérieux), vraag die aan de wijsheid van de rechtbanken wordt overgelaten (51). Het is voornamelijk in verband met de bescherming van de bijeenkomsten van het Leger des Heils dat de rechtbanken moesten tussenkomen. Aanvankelijk genoot dit nog de stevige populariteit niet die het sindsdien verworven heeft. Zijn samenkomsten wekten de lachlust op vanwege de toeschouwers. De ordeverstoorders werden veroordeeld (52).

Het is dus niet tussen een erkende en een niet-erkende eredienst dat door de rechtspraak het onderscheid wordt gemaakt, maar wel tussen een werkelijke (en ernstige) eredienst enerzijds en een die niet als dusdanig kan worden bestempeld anderzijds.

2° *Kerkhoven.*

21. Een keizerlijk decreet van 23 prairial jaar XII (12 juni 1800) op de begrafenissen, bepaalt in art. 13 : « dans les communes où l'on professe plusieurs cultes, chaque culte doit avoir un lieu d'inhumation particulier; et dans le cas où il n'y aurait qu'un seul cimetière, on le partagera par des murs, haies ou fossés, en autant de parties qu'il y a de cultes différents avec une entrée particulière pour chacun et en proportionnant cet espace au nombre d'habitants de chaque culte ».

Giron is van oordeel dat er slechts van een *beleden* eredienst, in de zin van dit decreet, sprake is, wanneer de aanhangers ervan zich in een daartoe bestemde tempel verenigen, waar de diensten waargenomen worden door een *door de regering* erkende bedienaar (« deservi par un pasteur reconnu par le gouvernement ») (53).

Herhaalde malen werden uitspraken gedaan in de volgende omstandigheden. Op het einde van de XIXe eeuw hadden bepaalde dorpsburgemeesters gebruik gemaakt van artikel 13 van het decreet van prairial om niet-katholieken te laten begraven op een belendende hoek van het kerkhof, genoemd « geuzenhoek » of « vuilhoek » (« coin des réprouvés » of « dissidents »). Men begroef er de personen gestorven buiten de katholieke Kerk, de ongedoopte kinderen,

diegenen die zelfmoord hadden gepleegd, of de personen aan wie de clerus zijn gebeden en zegen weigerde (54). Wanneer in deze gemeente een niet-katholiek (vrijdenker of protestant) stierf, weigerde de burgemeester deze te laten begraven in het gedeelte van het kerkhof aan de katholieken voorbehouden, onder voorwendsel het kerkhof in twee delen te verdelen, het ene voor de katholieken, het andere voor de volgelingen van de cultus waartoe de afgestorvene behoorde. De rechtbanken oordeelden dat, wanneer naast de katholieke geen tweede eredienst werd « beleden » (« professé »), een dergelijke uithoek geen deel uitmaakte van het kerkhof en dat de burgemeester die besliste iemand te laten begraven in een dergelijke aanpalende ruimte, het decreet van 23 prairial jaar XII schond en onder de toepassing van artikel 315 van het Strafwetboek viel.

Alle gepubliceerde beslissingen schijnen genomen te zijn in zaken met betrekking tot gemeenten, waar alleen de katholieke eredienst werd beleden (55).

Een uitvoerig gemotiveerd arrest dd. 14 januari 1885 van het Hof van Beroep te Gent (56) onderzoekt wat moet worden verstaan onder « beleden eredienst » (« culte professé »). Het beslist dat deze voorwaarde vervuld is, zo de volgelingen van een eredienst zich in het openbaar in een bepaalde plaats verenigen, zonder dat men onderscheid dient te maken tussen een door de regering erkende of niet-erkende cultus. Het Hof beslist dat de burgemeester van Gijzegem, die in 1884 een stevenist buiten het kerkhof had doen begraven, daartoe niet het recht had, daar in dit dorp het Stevinisme *niet meer* in het openbaar werd beleden, doch slechts binnen de familiekring.

Men steunt dus niet op een onderscheid tussen erkende en niet-erkende, doch tussen beleden en niet-beleden eredienst (57).

3° *Fiscale vrijstellingen ten gunste van de gebouwen, nodig tot de uitoefening van een eredienst en van de woningen van de bedienaren ervan.*

a) *Gebouwen bestemd voor de uitoefening van een openbare eredienst.*

22. Artikel 4, par. 3, der samengeordende wetten betreffende de inkomstenbelastingen bepaalt, dat vrijstelling van de grondbelasting wordt toegestaan « ten opzichte van de vaste goederen of gedeelten van vaste goederen welke door een niet winstnajagend eigenaar zijn bestemd voor de uitoefening van een openbare eredienst, voor het onderwijs of voor de inrichting van hospitalen, godshuizen, klinieken, dispensaria of andere gelijkaardige werken van weldadigheid » (58).

De fiscale administratie had voorgehouden dat enkel de door de Staat erkende erediensten recht hadden op vrijstelling (59). Dit stelsel werd door het Hof van Cassatie verworpen (60). Er bestaat vrijstelling telkens wanneer de eredienst een openbaar karakter heeft.

Het Hof van Cassatie heeft verder beslist dat het niet noodzakelijk is dat de onroerende goederen *rechtstreeks* tot de uitoefening van de eredienst worden bestemd; een *onrechtstreekse bestemming* (b.v. tot huisvesting van de bedienaar) volstaat, maar een dergelijke bestemming brengt slechts ontlasting van grondbelasting mede, wanneer zij door de uitoefening van de eredienst genoodzaakt is (61).

b) *Woningen van de bedienaren van de eredienst.*

23. De vrijstelling kan haar oorsprong vinden, hetzij in artikel 4 par. 2, hetzij in artikel 4 par. 3 der samengeschakelde wetten.

1. Artikel 4 par. 2 stelt vrij van grondbelasting, « de eigendommen die het karakter van nationale domeingoederen hebben, op zichzelf niets opbrengen en voor een openbare dienst of voor een dienst van algemeen nut worden gebruikt ». De woningen van de bedienaren der erediensten, die krachtens dit artikel kunnen vrijgesteld worden, zijn enkel de *pastorieën* (presbytères). Deze bepaling kan niet ingeroepen worden in verband met de woongelegenheden van bedienaren van een niet-katholieke eredienst (62), noch met betrekking tot de woonhuizen van katholieke priesters anders dan pastorieën.

In een noot, getekend W. G. en verschenen onder het arrest van het Hof van Cassatie dd. 15 juni 1948 (63), wordt het onderscheid tussen pastorieën en woningen van protestantse geestelijken in het licht gesteld, en wordt de reden van de beperking tot de pastorieën gegeven. Volgens artikel 73 der articles organiques (wet van 18 germinal jaar X), die in het Belgisch recht de betekenis van het woord « Pastorie » (presbytère) bepaalt, wordt deze term slechts gebruikt om de woning van een priester van de katholieke eredienst aan te duiden, woning die tijdens de Franse revolutie genationaliseerd werd, en nadien, ten gevolge van het concordaat van 26 messidor jaar IX, terug ter beschikking gesteld van de pastoors van de parochies, voorzien door de articles organiques van deze overeenkomst. De pastorieën hadden sedert de revolutionaire periode het karakter van goed van het openbaar domein van de gemeenten, en hebben dit behouden. De vrijstelling van de grondbelasting vindt dus haar oorsprong in een compensatie voor het verlies van de eigendom van deze gebouwen bestemd tot de katholieke eredienst (64).

2. De woningen van de bedienaren van de eredienst die het karakter niet hebben van een pastorie kunnen vrijgesteld worden van grondbelasting overeenkomstig artikel 4, par. 3, van toepassing wanneer de eigenaar ervan, zonder hierbij winst na te streven, ze ter beschikking van de bedienaar stelt. Het gaat hier dus over een indirecte bestemming tot de uitoefening van de eredienst, hetgeen vrijstelling meebrengt. Om hiervan te kunnen genieten is evenwel vereist dat het gebouw noodzakelijk weze voor de uitoefening van de eredienst.

Hierbij maakt de rechtspraak geen onderscheid tussen de erkende erediensten (dus voor de Protestantse kerken : diegene die onderworpen zijn aan het gezag van de Synode) en de niet-erkende (65).

Wel onderzoekt de rechtspraak in ieder geval of men voor een echte « eredienst » staat. Er werd tevens beslist dat hieronder wordt verstaan, de openbare manisfestatie van een godsdienst en van godsdienstige gevoelens door ceremonies, gebeden, enz. Vrijstelling werd dus geweigerd aan de gebouwen waar het spiritualisme (66) of het Antoinisme (67) beoefend werd.

4° *De Eed.*

24. Misschien kan hier ook de eed vermeld worden, daar het ook een materie geldt, waar een onderscheid kan worden noodzakelijk gemaakt naar gelang het geloof, beleden door diegene die de eed moet afleggen (68).

Zo het inroepen van de godheid, hetgeen een substantiële formaliteit voor de eed uitmaakt (69), voor aanhangers van de vier in België erkende erediensten

aanneembaar is, kunnen zich bijzondere gevallen voordoen. Telkens wanneer een moeilijkheid voor de rechtbanken is gerezen, hebben deze steeds aanvaard dat de termen waarin de eed door iemand wordt afgelegd, aanneembaar moeten zijn volgens zijn godsdienst (70). Aldus is het voor de protestanten of de israëlieten mogelijk de formule te gebruiken « Zo helpe mij God *almachtig* ». Het staat hun vrij te weigeren de doorgaans gebruikte formule aan te vullen met de woorden « en al zijn heiligen », die onder het oude regime gebruikelijk waren en soms nog gebezigd worden. Zo is het ook voor een israëliet mogelijk, indien hij dit wenst, de eed af te leggen « more judaico » (71). Hetzelfde principe zou gelden voor de aanhangers van andere erediensten, b.v. de mohammedanen.

Leden van bepaalde niet erkende protestantse Kerken, zoals de doopsgezinden en de baptisten, of van sekten die hun oorsprong vinden in het protestantisme, zoals de quakers, leggen geen eed af, om godsdienstige redenen. Zij kunnen op hun aanvraag toegelaten worden om de formule « ik beloof », zonder uitdrukkelijke aanroeping van de godheid, te gebruiken (72).

25. *Besluit.*

In alle gevallen waar beweerd werd dat er een verschillend stelsel moet gelden voor de erkende erediensten en degene die het niet zijn, heeft de rechtspraak beslist dat dezelfde regels zowel op de ene als op de andere toepasselijk zijn. Eens dat men voor een werkelijke eredienst staat, is het enig te maken onderscheid datgene dat zou voortspruiten uit het openbaar karakter ervan.

Naar onze mening hebben de wederzijdse onafhankelijkheid van Kerk en Staat en het fundamenteel principe van de gewetensvrijheid, die ten grondslag liggen aan onze Grondwet, noodzakelijk ten gevolge dat *in alle domeinen* de gelijkheid tussen *alle* erediensten en de assimilatie van de niet erkende aan diegene die het wel zijn toegepast moeten worden, met uitzondering van de enkele vanzelfsprekende specifieke gevolgen van de erkenning (bezoldiging van de bedienaren van de eredienst, burgerlijke persoonlijkheid, enz.).

---

(1) Thans de Protestants Evangelische Kerk van België.

(2) H. Pirenne, Histoire de Belgique, geïll. uitg., deel II, bl. 193 en 194.

(3) Zie : A. Verheyden, De Geschiedenis der Doopsgezinden in de Zuidelijke Nederlanden in de XVIe eeuw, Brussel, 1960.

(4) De eerste twee martelaars van de Reformatie waren in 1523 te Brussel op de brandstapel gestorven. In 1597 werd voor de laatste maal een ketter geïolterd; « de bloeddorstige razernij, vermeldt Henri Pirenne, sloeg op de heksen over ». Talrijke geuzen weken uit, vooral naar de zeven Provinciën, maar ook naar Zweden, Genève en zelfs Noord-Amerika. De synode der Nederlandse Hervormde Kerk, die nog altijd de door de Henegouwer Guido de Bres opgestelde *Confessio Belgica* belijdt, bevat sinds het einde van de XVIe eeuw een « *classe wallonne* » (het was in een waalse kerk dat Willem de Zwijger tot het hervormd geloof overging). In het prinsbisdom Luik werd op de ketters, dank zij het verzet van de ambachten, heel zelden de doodstraf toegepast (H. Pirenne, *op. cit.*, bl. 452).

(5) Geïnterpreteerd en aangevuld door een decreet van 1 mei 1782.

(6) In 1785 aanvaardde zelfs de regering der Zuidelijke Nederlanden de vestiging te Brussel van vier honderd vrijzinnige protestanten, die Genève hadden moeten verlaten om zich aan een Orthodox bewind te onttrekken. Zij stonden onder leiding van de predikant Anspach (grootvader van de burgemeester), die een decreet bekwam krachtens hetwelk zijn geloofsgenoten van alle betrekkingen met de Rooms-katholieke geestelijkheid vrijgesteld werden. Ze werden gemachtigd zelf de registers van de burgerlijke stand aan te leggen, onder de enige voorwaarde een duplicaat ervan bij het bestuur van de Raad van Brabant neer te leggen. (Eug. Hubert, Etude sur la condition des protestants en Belgique de Charles Quint à Joseph II, Brussel, 1882, bl. 155).

(7) De laatste vervolgingen tegen protestanten werden in 1791 uitgeoefend, en wel tegen inwoners van Saenem, Hertogdom Luxemburg (Eug. Hubert, *op. cit.*, bl. 155 en 234). De Brabantse omwenteling nam een onverdraagzame houding aan tegenover de protestanten (zie bij voorbeeld : Henne et Wauters, Histoire de la Ville de Bruxelles, Brussel, 1845, deel III, bl. 376; Robert Collinet, Histoire du protestantisme en Belgique aux XVIIe en XVIIIe siècles, Brussel 1959, bl. 123).

(8) De Maraanse Joden, komende uit Portugal, die in hun moederland verplicht waren geworden zich tot het christelijk geloof te bekeren, waren talrijk in de Scheldestad, waar zij over het algemeen de Hervorming gunstig gezind waren. Na het innemen van de stad door Farnèse (1585) emigreerden velen naar Amsterdam.

(9) Zie ook decreten van 20 november 1756 en 7 juni 1758.

(10) Jean Stengers, Les Juifs dans les Pays-Bas au Moyen Age, Brussel, 1950, bl. 32. Een decreet van 14 maart 1784 liet de Joden toe een kerkhof te Oostende op de richten.

(11) Na de tweede verovering van onze provincies door Frankrijk (1794) : de « Culte de la Raison », de « Theophilanthropie », en eindelijk de « Culte décadaire ». De instelling van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen greep nog plaats in de « Temple décadaire » op 1 fructidor jaar VIII (19 augustus 1800). Zie : R.W. 1950-1951, kol. 420.

(12) De persecuties tegen de onbeëdigde priesters gedurende de « gesloten tijd » verwekte o.m. de Boerenkrijg in het Vlaamse land, en de Knüppelkrieg in Luxemburg.

(13) Zie art. 207 en 208 van het Strafwetboek van 1810 over de briefwisseling met « une cour ou puissance étrangère », alsmede art. 291 en volg. die o.m. niet toegelaten godsdienstige vergaderingen van meer dan twintig personen tot zelfs in een privé-woning bestraften.

(14) De toepassing ervan werd in 1827 uitgebreid tot de noordelijke provinciën.

(15) Te Antwerpen en te Ieper, werd de Grondwet eenparig afgekeurd (zie, Pasin, 1815, bl. 317).

(16) In 1867 kon procureur generaal Mathieu Leclercq het atheïsme nog als een « anomalie » beschouwen (conclusies voor cass. 25 juni 1867, Pas. 1867, I, 287).

(17) Er wend onlangs vóór de Senaat opgemerkt dat het scheidingstelsel vreemd is aan het Belgisch publiek recht. « Ce qui existe », verklaarde de heer Merchiers « est un système d'indépendance réciproque des autorités civiles et religieuses » (Parlem. handel., vergadering van 29 maart 1962, bl. 1022).

(18) De bedienaren zijn geen ambtenaren, zelfs zo de eredienst waartoe zij behoren erkend is; ze moeten geen eed afleggen en we geloven dat de wetgever het gebruik der talen op kerkelijk gebied niet zou kunnen regelen.

(19) De formule « Une église libre dans un Etat libre », overeenkomstig met de gedachte van Lamennais, die een diepe invloed op de Belgische instellingen had uitgeoefend, werd dus door de constituanten op de volledigste wijze toegepast.

(20) Rigaux et Trousse, Les crimes et délits du Code pénal, deel II, bl. 9.

(21) Zie P. Wigny, Droit constitutionnel, Brussel, 1952, deel I, bl. 341. De uitzonderingen zijn voorzien bij de wet van 3 augustus 1909 (Strafwetboek art. 267).

(22) Wetten van 18 germinal jaar X en 4 maart 1870.

(23) K.B. 6 mei 1839 niet gepubliceerd in het Staatsblad, doch verschenen in Code protestant, Brussel, 1880, blz. 57 en Revue de l'administration 1889, blz. 169.

(24) Wet van 4 maart 1870.

(25) Decreet van 17 maart 1808 en wet van 4 maart 1870, die een einde maakte aan de controverse nopens de vraag te weten of door de bestaande wetten rechtspersoonlijkheid wordt toegekend aan de Israëlietische en Anglikaanse cultus (Pasin., 1870, bl. 46).

(25 bis) Een vrije baptistische kerk in Genk (Limburg) wordt door de Staat gesubsidieerd.

(26) Zie : Jaarboek der Evangelische Kerken in België, 2e uitg., 1954.

(26 bis) Pius VII had overigens tegen de gallicaanse neigingen van de « articles organiques » geprotesteerd.

(27) Alhoewel die cultus door de Staat niet erkend wordt, worden godsdienstlessen voor de kinderen die ertoe behoren in sommige scholen van het officieel onderwijs georganiseerd.

(28) Pas. 1950, II, 57.

(28 bis) Moest de leer van het arrest dd. 21 november 1949 gevolgd worden, dan zou ook aan de « culte de la raison » uit de revolutionaire periode het karakter van een eredienst moeten worden geweigerd.

(28 ter) In verband met het Antoinisme werd een tweede arrest door het Hof te Luik op 21 maart 1949 geveld (J.T. 1949, 409), waarbij aan een dissident van de Antoinistische eredienst verbod werd gedaan op de door hem geopende cultusplaats de woorden « temple Antoiniste » te vermelden. Het lijkt ons integendeel dat het principe van de godsdienstvrijheid zich ertegen verzet dat verbod zou opgelegd worden aan dissidenten van een cultus openbaar de algemene benaming ervan te gebruiken, zelfs indien dit verwarring kan stichten.

(29) Repertoir pratique du Droit Belge, v° Etablissements publics, nrs. 47 en 78.

(30) Wet van 18 Germinal jaar X, art. 72; Gent, 22 november 1905, Pand. Pér. 1906, 1423. Voor de Protestantse eredienst : decreet van 5 mei 1806. Er wordt geen tuin voorzien in de tekst op de rabbi toepasselijk.

(31) Gemeentewet, art. 131, 13°.
(32) Burg. Rb. Antwerpen, 23 december 1893, Pas. 1894, III, 314; Rev. Adm. 1895, 123.
(33) Gemeentewet, art. 131, 9°.
(34) Cf. Vauthier, Precis du droit administratif de la Belgique, 3e uitg. nr. 267.
(35) Novelles, Lois Politiques et administratives, t. II, La Constitution nr 219.
(36) In 1834 werd het verzoek van de schismatieke priester Helsen om subsidies te bekomen, door de Kamer der Volksvertegenwoordigers afgewezen (J. Willequet, La vie tumultueuse de l'abbé Helsen, Brux. 1956, bl. 109).
(37) Thonissen, La Constitution belge annotée, bl. 362.
(38) Novelles, op. cit., loc. cit.
(39) Ziehier de tekst van dit artikel : « Les dispositions du chapitre I relatives aux budgets et aux comptes sont également applicables aux administrations des Eglises Protestantes, Anglicanes et Israëlites, en ce qui concerne les rapports de ces administrations avec l'autorité civile ».
(40) Vauthier, op. cit., 3e uitgave, nr 275, p. 379; cfr. noot W.G. onder Cass., 13 januari 1948, Pas. 1948, I, 31, waarin het probleem in een ander daglicht wordt onderzocht.
(41) Vauthier 3e uitg., nr 275, p. 379; Giron, Dictionnaire de Droit administratif et de droit public, Dl III, 1896, v° Traitements du clergé, p. 458, nr. 6.
(42) Deze toestand werd onlangs beëindigd : de liberale Protestantse Kerk maakt thans deel uit van de Bond der Kerken en dit werd bekrachtigd bij Koninklijk besluit van 27 januari 1959.
(43) Conclusie voor Cass. 29 december 1898, Pas. 1899, I, 68. Het Hof van Cassatie zelf heeft over de betwisting geen stelling genomen, daar het geoordeeld heeft dat men zich niet in een geval bevond waar de wettelijkheid van het Koninklijk besluit van 20 april 1888 aan het oordeel van de rechterlijke macht kon onderworpen worden.
(44) Annales Parlementaires, Senat, 22 februari 1870, p. 111, Pasinomie, 1870 p. 76, blz. 2.
(45) v. Nypels et Servais, le Code Pénal belge interprété, 1896, Dl. I, blz. 446, nr. 2.
(46) Nypels, Législation criminelle, Dl. II, blz. 89, nr 12 in fine; Nypels en Servais, Dl. I. blz. 446, nr. 2.
(47) Nypels, Législation criminelle, Dl. II, p. 89, nr 12 in fine.
(48) Nypels, Législation criminelle, Dl. II, p. 131, nr. 9.
(49) Verslag aan de Senaat, VI, nr. 9.
(50) Corr. Verviers, 7 maart 1912, PP. 1912, 939, Jur. Liége 1912, 142; M.C. X. Goedseels, Commentaire du Code Pénal belge, 1948. Dl. I, nr. 1091, die de voorbereidende werkzaamheden tot het strafwetboek aanhaalt.
(51) Répertoire pratique du droit belge, v° Cultes, nr 107.
(52) Corr. Gent, 4 december 1890, J.T. 1891, 400, Pas. 1891, III, 116, waarbij bepaald wordt dat het klein aantal aanhangers van een leer niet een reden is om haar de wettelijke bescherming te ontzeggen. In één geval (Corr. Brussel 6 februari 1891, J.T. 1891, 204) werd de betichte vrijgesproken : de rechtbank nam aan dat hij zich had kunnen vergissen in verband met de ernst van de eredienst, in acht genomen de ongewone wijze waarop deze zich manifesteerde.
(53) Droit administratif de la Belgique, Dl. III, p. 175, nr. 1237.
(54) Giron, Dl. III, p. 174, nr 1277; P.B. V° Cimetière, p. 543.
55) Talrijke uitspraken, aangehaald in Pandectes Belges, v° Cimetière, blz. 539, nr 483.
(56) Pasicrisie 1885, I, 120, Belgique judiciaire 1885, 188.
(57) Cfr. Cass., 6 juni 1879, Pas. 1879, I, 310 en de conclusie van Advokaat Generaal Faider, voornamelijk p. 321 vlg. Zie nochtans Pand. Belges v° Cimetière, nr 480, die zijn opinie niet motiveert. Hier kan worden vermeld dat men in België de oprichting van confessionele kerkhoven of de verdeling der kerkhoven volgens verschillende erediensten bekritiseerd heeft als overenigbaar met artikel 14 van de grondwet die de vrijheid van eredienst waarborgt en bijgevolg ook de vrijheid om geen godsdienst te belijden (Giron, Droit administratif, nr 1236, p. 171). Het schijnt dat tegenwoordig in de grote steden deze praktijk niet meer wordt gevolgd (zie voor Brussel : beslissing van de gemeenteraad van 29 oktober 1877, aangehaald door Giron, op. cit., nr 1236, blz. 171).
(58) Wet van 13 juli 1930, artikel 2.
(59) Hier kan worden vermeld dat artikel 8 van het ontwerp van fiscale hervorming van 1949 (Ontwerp « Eyskens ») slechts vrijstelling voorzag voor de gebouwen, aangewend tot de openbare uitoefening van een *erkende* eredienst. (Parl. Hand., 1949, blz. 193 vlg.). Het oorspronkelijk ontwerp (Parl. Besch., zittijd 1948-49, nr. 109) behelsde deze beperking niet.
(60) Cass. 18 januari 1948, Pas. 1949, I, 48.
(61) Cass., 18 januari 1948, Pas. 1949, I, 48.
(62) Contra : Gent, 6 april 1946, R.P.S. 1948, nr. 4033, verbroken bij arrest van 13 januari 1948, Pas. 1948, I, 31. Het arrest van het Hof te Gent dd. 6 april 1946 steunde ten onrechte op art. 116 van het besluit van 26 juli 1877 houdende reglement voor de bewaring van het kadaster. Het arrest drukt zich uit als volgt : « Attendu que le règlement pour la conservation du cadastre avait disposé que les temples consacrés à l'exercice d'un culte public ne sont pas imposables à la contribution foncière; qu'il disposait également que les presbytères ne le sont pas non plus; que l'habitation du pasteur d'un temple protestant doit à tous égards être assimilée à un presbytère (art. 116, par. 2, C, et 118, par. 3, de l'arrêté royal du 26 juillet 1877, Moniteur du 18 août 1877); qu'à toute évidence ces dispositions ont été étendues par l'art 4, par. 3, des lois coordonnées aux immeubles qui n'ont pas le caractère de domaines nationaux, et qu'un propriétaire ne poursuivant aucun but de lucre aura affectés à l'exercice d'un culte public, ce qui est le cas de l'espèce ».
(63) Pas. 1948, I, 31.
(64) Hetzelfde geldt voor de oude parochiekerken (de kerken die dit karakter hadden vóór de Franse omwenteling); die eveneens door het concordaat hun vroegere bestemming opnieuw hebben bekomen.
(65) Er werd toepassing gemaakt van artikel 4 par. 3 om de woningen van de bedienaren van de erediensten van de grondbelastingen vrij te stellen in de volgende zaken : a) katholieke eredienst : Cass. 27 januari 1948, Pas. 1948, I, 59, R.P.S. 1948, nr 4036 (Soeurs de charité); 27 januari 1948, Pas. 1949, I, 60 (parochiale werken van St. Gilles); 19 oktober 1948, Pas. 1948, I, 576, R.P.S., 1948, nr 4109 (Huis St. Jozef).
b) niet erkende protestantse erediensten : inzake Christelijke Evangelische Zendingskerk : Cass. 13.I.48, Pas. 48, I, 31, R.P.S. nr 4034 en 4035; 18 januari 1949, Pas. 1949, I, 444, 47 en 48 (drie arresten); inzake Belgische Evangelische Zending : Cass. 13 januari 1948, Pas. 1948, I, 31; Cass. 18 januari 1949, Pas. 1949, I, 46; Gent 18 mei 1948, R.P.S., 1948, nr 4040; zie studie Jos. Goedseels L'exonération et la modération de l'impôt foncier applicable aux associations sans but lucratif in R.P.S. 1948, nr. 4043.
(66) Luik, 28 februari 1949, inzake « Le foyer spiritualiste », onuitgegeven.
(67) Luik, 21 november 1949, Pas. 1950, II, 57. Over de kritiek van dit arrest zie hiervoor, nr. 9.
(68) Zie hierover onze studie : « Notions sur l'essence et la forme du serment », Annales du notariat et de l'enregistrement, 1950, 152-166.
(69) Cass. 22 juni 1874, Pas. 1874, I, 268; 23 mei 1949, Pas. 1949, I, 386.
(70) Cass. 28 juli 1857, Pas. 1857, I, 388.
(71) Zie hierover : *J. Lehrer,* Le serment More Judaïco, J.T. 1962, 145-147.
(72) Zie Ann. Not. 1950, bl. 157, nr 13.

10. ADMINISTRATIEF RECHT

PLAATSVERVANGING EN DELEGATIE VAN OVERHEIDSBEVOEGDHEID

door

Prof. Mr. A. VRANCKX

Docent aan de Universiteit te Gent.

Raadsheer in de Raad van State.

De overheidswerkzaamheden zijn verdeeld over een groot aantal organen. Ieder van hen heeft zijn eigen taak die hem door de grondwet of krachtens de wet is toegewezen.

In zoverre die werkzaamheidsverdeling het verrichten van administratieve rechtshandelingen betreft, gaat zij de openbare orde aan. Een schending van de vastgelegde regeling wordt dientengevolge van ambtswege opgeworpen door de Raad van State in geschillen voor hem aangebracht.

De toewijzing van overheidswerkzaamheden aan verschillende bestuursorganen moet evenwel worden beoordeeld in verband met een mogelijke verplaatsing van bevoegdheid door delegatie van overheidsbevoegdheid en door plaatsvervanging.

De plaatsvervanging is een toepassing van de regel van de continuïteit der openbare besturen; de delegatie van overheidsbevoegdheid is opgedrongen doordat niet te ontkomen valt aan een verdeling van de bestuurswerkzaamheden die, ingevolge de bemoeiingen van de Staat met hoe langer hoe meer maatschappelijke verschijnselen, steeds toenemen.

Plaatsvervanging en delegatie van overheidsbevoegdheid mogen niet worden verward. Zij vertonen inderdaad wezenlijke verschillen.

* * *

Plaatsvervanging is aanwezig ingeval een administratief orgaan de bevoegdheid van een ander administratief orgaan tijdelijk uitoefent. Die tijdelijke vervanging geschiedt wanneer het orgaan aan hetwelk de bevoegdheid is toegewezen, verhinderd of afwezig is of wanneer dat orgaan wegens het spoedeisend karakter van de te verrichten handelingen niet in de mogelijkheid is tijdig genoeg op te treden.

In beginsel kan geen plaatsvervanging plaatshebben dan in de gevallen door de wet bepaald en met nakoming van de bij de wet gestelde voorwaarden.

Artikel 107, eerste lid, van de gemeentewet bepaalt dat in geval van ontstentenis of verhindering van de burgemeester en tot de regering in de plaatsvervanging voorziet, de eerstbenoemde schepen zijn ambt waarneemt, tenzij de burgemeester een ander schepen mocht hebben aangewezen (1).

Artikel 121 van de provinciewet, de artikelen 107, tweede lid, en 110 en 93 van de gemeentewet, regelen de vervanging respectievelijk van de provinciegriffier, van de schepen, van de gemeentesecretaris, alsmede van de burgemeester als ambtenaar van de burgerlijke stand.

In spoedeisende gevallen kan de bestendige deputatie uitspraak doen over zaken die de provincieraad zijn voorbehouden onder verplichting hiervan aan de raad bij zijn eerste bijeenkomst kennis te geven (provinciewet, artikel 107, eerste lid).

Die bevoegdheid strekt zich niet uit tot de begrotingen, tot de rekeningen, noch tot de benoemingen en voordrachten van kandidaten (provinciewet, artikel 107, tweede lid). Die bevoegdheid kan zich evenmin uitstrekken tot het invoeren van belastingen ten behoeve van de provincie, vermits deze bevoegdheid door artikel 110, tweede lid, van de Grondwet, uitdrukkelijk aan de provincieraad is voorbehouden.

Op te merken valt dat de hiervoren bedoelde beslissingen van de bestendige deputatie kunnen worden ingetrokken of gewijzigd, onverminderd nochtans de tenuitvoerlegging die eraan mocht gegeven zijn (provinciewet, artikel 107, laatste lid).

Krachtens artikel 78 van de gemeentewet maakt de gemeenteraad de verordeningen van gemeentepolitie op. De burgemeester treedt in de plaats van de gemeenteraad om politieverordeningen te maken in de gevallen en onder verplichting de vormen na te leven in artikel 94 van de gemeentewet bepaald. Hier valt evenwel weer op te merken dat die verordeningen vervallen zo zij niet door de gemeenteraad in de eerstvolgende vergadering worden bekrachtigd.

De plaatsvervanging van ministers, van ambtenaren bij het algemeen bestuur, alsmede van provinciegouverneurs en arrondissementscommissarissen is niet door de wet geregeld. Zij staan onder het gezag van de Koning die de regelen kan bepalen volgens welke gebeurlijke plaatsvervanging zal geschieden.

De plaatsvervanging van een *minister* wordt geregeld door een koninklijk besluit. Dit laatste werd voorheen in het Belgisch Staatsblad bekendgemaakt. Thans verschijnen die koninklijke besluiten alleen nog wanneer een langere duur van het interim wordt voorzien.

De plaatsvervanging van de *provinciegouverneurs* is geregeld door het koninklijk besluit van 15 december 1820, gewijzigd door de koninklijke besluiten van 23 september 1879, van 27 februari 1935 en van 2 februari 1959. Alleen een bestendig afgevaardigde, de provinciegriffier of een arrondissementscommissaris kunnen met het ambt van provinciegouverneur voorlopig worden belast. De plaatsvervanger wordt door de Koning aangewezen, wanneer de provinciegouverneur langer dan vijftien dagen afwezig is; ingeval de afwezigheid minder dan vijftien dagen duurt, wijst de provinciegouverneur zelf een plaatsvervanger aan en geeft daarvan onverwijld kennis aan de minister van Binnenlandse Zaken.

In geval van afwezigheid of belet van de *arrondissementscommissaris* duidt de gouverneur een plaatsvervanger aan (koninklijk besluit van 27 februari 1935).

Over de plaatsvervanging van *hogere ambtenaren* wordt beslist door de minister, soms door de secretaris-generaal die daarvan kennis geeft aan de minister. Volgens de aard van het ambt kan het geboden zijn van de plaatsvervanging aan het Rekenhof kennis te geven. In geval van zeer korte afwezigheid wordt een regeling getroffen door de hiërarchische meerdere of treedt soms automatisch de ambtenaar van onmiddellijk lagere rang op om zijn chef te vervangen. Die praktijk moet echter wijken wanneer uitdrukkelijke voorschriften daarover anders beschikken (2).

Die enkele voorbeelden tonen aan dat de plaatsvervanging niet een hiërarchische ondergeschiktheid veronderstelt, maar deze evenwel niet uitsluit. Vervolgens dat de bevoegdheid, verbonden aan de functie, tijdelijk wordt overgedragen zonder dat daartoe de instemming van het vervangen administratief orgaan is vereist. Ten slotte, dat die bevoegdheid volledig wordt overgedragen, tenzij wettelijk anders is bepaald.

De regelen betreffende de plaatsvervanging strekken tot het verzekeren van de voortzetting van de functie. Alleen deze laatste, en niet de beklederś van de functie, komt in aanmerking. De plaatsvervanger wordt niet opgeroepen *intuitu personae,* maar als bekleder van een bepaalde functie (3).

Uit die regel vloeit voort :

1) dat het administratief orgaan, dat vervangen wordt, niet ophoudt bevoegd te zijn voor die handelingen die hij, ondanks zijn afwezigheid kan verrichten. Een tijdelijk verlof kan de burgemeester niet beletten een buitengewone vergadering van het college van burgemeester en schepenen bijeen te roepen die moet plaats hebben nadat hij ter plaatse is teruggekeerd.

2) Daar de plaatsvervanging alleen de normale voortzetting van de functie beoogt, kan de plaatsvervanger slechts die handelingen verrichten die de continuïteit van het bestuur moeten verzekeren. Een schepen die van de korte afwezigheid van de burgemeester gebruik zou maken om b.v. een nieuwe dienstregeling voor de politie in te voeren die niet op dringende redenen zou steunen, zou als plaatsvervanger van de burgemeester zijn macht overschrijden (4).

3) Hij die tot plaatsvervanging wordt opgeroepen mag niet weigeren aan die oproep gevolg te geven, tenzij zulks uitdrukkelijk is toegelaten door een wettelijke bepaling. Artikel 5 van de wet van 27 augustus 1921 betreffende het uitoefenen van het ambt van burgemeester, schepen, gemeentesecretaris of -ontvanger, bepaalt dat de vrouw die overeenkomstig artikel 107 van de gemeentewet tot plaatsvervanging wordt opgeroepen, op haar aanvraag van die verplichting kan worden vrijgesteld.

Ten slotte weze opgemerkt dat het bestaan van het belet, van de afwezigheid, of van de dringende noodzaak moet bewezen worden. Bij de beoordeling hiervan, toont de rechtspraak zich zeer breed.

Het Hof van Cassatie aanvaardt de ondertekening door de plaatsvervanger « voor » het administratief orgaan of de verwijzing in de administratieve rechtshandeling naar het wettelijk voorschrift dat de plaatsvervanging regelt, als een *vermoeden* van de werkelijkheid van het belet of van de afwezigheid. Het besliste dat de vermelding dat het uittreksel van een geboorteakte door een schepen voor de ambtenaar van de burgerlijke stand werd ondertekend, door de rechter mag worden aanvaard als een bewijs van het wettig belet van de ambtenaar van de burgerlijke stand wanneer het tegendeel niet wordt bewezen (5).

Het Hof van Cassatie heeft herhaalde malen aanvaard dat de vermeldingen in het beroep in cassatie betreffende het belet of de afwezigheid van de directeur der belastingen, tot bewijs van het tegendeel, moeten worden aanvaard als bewijs van het werkelijk bestaan van het belet of van de afwezigheid (6).

De Raad van State heeft beslist dat het wettelijk vermoeden van afwezigheid dient te worden aanvaard, zelfs wanneer de afwezigheid niet wordt vermeld, in geval verwezen wordt naar het wettelijk voorschrift dat de plaatsvervanging regelt (7).

* * *

De delegatie van overheidsbevoegdheid omvat de delegatie van beschikkingsbevoegdheid en de delegatie van handtekening (8).

De delegatie van beschikkingsbevoegdheid kan tot voorwerp hebben het toekennen door de Koning aan de Ministers van verordenende bevoegdheid, van een beslissingsrecht aan ministers en ambtenaren dat tot dan aan de Koning was voorbehouden, van een deel van de bevoegdheid van de toezichthoudende overheid, enz.

In ieder van die gevallen staan wij voor een opdracht van bevoegdheid door hogere overheidsorganen aan lagere. In tegenstelling met de plaatsvervanging veronderstelt de delegatie van overheidsbevoegdheid altijd een *hiërarchisch verband* tussen de delegerende overheid en de gedelegeerde overheid.

De plaatsvervanging geschiedt meestal *automatisch,* ingevolge een wettelijk voorschrift. Bij de delegatie van overheidsbevoegdheid *is een beslissing vereist* van de delegerende overheid waarbij aan een ondergeschikte overheid bevoegdheid wordt gegeven op een nieuw gebied.

In geval van *plaatsvervanging* blijven de administratieve rechtshandelingen, verricht door het vervangend orgaan, verbonden aan de functie waarvan de bekleder is vervangen.

In geval van delegatie van *beschikkingsbevoegdheid* wordt een wijziging aangebracht in de verdeling van de bevoegdheden : de gedelegeerde overheid verricht de administratieve rechtshandeling in dezelfde vorm als die waarin zij de administratieve rechtshandelingen van haar eigen bevoegdheid verricht. Tenzij de beslissing van delegatie van beschikkingsbevoegdheid het anders bepaalt, houdt de delegerende overheid op administratieve rechtshandelingen te verrichten op het gebied dat aan de ondergeschikte overheid werd toegewezen.

In geval van *delegatie van handtekening,* blijft de administratieve rechtshandeling een handeling van de delegerende overheid : een brief, in opdracht van de Minister door een ambtenaar ondertekend, wordt geacht te zijn uitgegaan van de Minister (9). Deze alleen draagt de verantwoordelijkheid ervan. De door de Minister ondertekende bevestiging van zodanige brief is een louter bevestigende beslissing die als zodanig niet vatbaar is voor beroep bij de Raad van State (10).

Administratieve rechtshandelingen kunnen alleen worden verricht door administratieve overheden. Daaruit vloeit voort dat plaatsvervanging slechts tussen administratieve overheden toelaatbaar is en dat delegatie van beschikkingsbevoegdheid slechts geoorloofd kan zijn wanneer zij ten voordele van een administratieve overheid geschiedt. Daar de leden van de ministeriële kabinetten geen deel uitmaken van het actief bestuur, kunnen zij derhalve noch voor plaatsvervanging, noch voor delegatie van beschikkingsbevoegdheid in aanmerking komen (11).

De delegatie van handtekening integendeel brengt geen wijziging in de inrichting van de bevoegdheden. Meer dan een werkverdeling is zij niet. Ondanks de delegatie van handtekening kan de delegerende overheid naar eigen goedvinden de beslissingen ondertekenen.

Daar de leden van de ministeriële kabinetten, die delegatie van handtekening verkrijgen, geen administratieve rechtshandeling verrichten en tot de Minister in ondergeschikt verband staan, is zodanige delegatie regelmatig te noemen.

Zoals wij reeds vaststelden wordt, in geval van plaatsvervanging, de aan de functie verbonden bevoegd-

heid geheel overgedragen, tenzij de wet het anders bepaalt. De Koning kan, wat de administratie betreft, eveneens de regelen bepalen volgens welke gebeurlijke plaatsvervanging kan geschieden. In geval van delegatie van beschikkingsbevoegdheid kan de overheid slechts een gedeelte van hare bevoegdheid afstaan. Een administratieve functie bestaat immers alleen door de bevoegdheden die daaraan zijn verbonden ; afstand doen van al die bevoegdheden is afstand doen van de functie ; een administratieve overheid zonder functie is ondenkbaar.

In geval van plaatsvervanging door de wet, wordt alleen met de functie rekening gehouden : een schepen vervangt de burgemeester *omdat hij schepen is*. De plaatsvervanging houdt op met het einde van de afwezigheid of van het belet.

De delegatie van overheidsbevoegdheid kan geschieden ten voordele van de bekleder van een functie, *omdat hij een functie vervult*. Is deze delegatie voor onbepaalde duur gegeven, dan kan daaraan een einde worden gemaakt door een regelmatige intrekking ervan ; is zij gegeven voor bepaalde duur, dan eindigt zij ofwel bij het verstrijken van de gestelde termijn ofwel door een regelmatige intrekking van de delegatie.

De delegatie van overheidsbevoegdheid kan ook een *persoonlijk karakter* vertonen : zij geschiedt dan omdat de delegerende overheid bijzonder vertrouwen heeft in de persoon aan wie de bevoegdheid wordt opgedragen. De beëindiging van deze delegatie vindt plaats wanneer de voorwaarden zijn vervuld die in de delegatie gesteld zijn voor de beëindiging ervan ; zij vindt bovendien van rechtswege plaats ingeval de delegerende overheid of de gedelegeerde overheid ophoudt de functie te vervullen waaraan de opgedragen bevoegdheid is verbonden : door het ontslag van de minister of van de kabinetschef vervalt de delegatie van handtekening die de eerste aan de tweede gaf.

* * *

Aan welke voorwaarde moet de delegatie van overheidsbevoegdheid voldoen om geldig te zijn ?

Herinneren wij eraan dat de bevoegdheid, die wettelijk aan een overheid is verleend, geen recht is waarover zij kan beschikken, maar een opdracht die haar werd opgelegd om door haar te worden vervuld. Van het beginsel kan slechts worden afgeweken mits drie voorwaarden zijn vervuld : 1) de op te dragen bevoegdheid moet vatbaar zijn voor delegatie ; 2) de delegatie moet veroorloofd zijn krachtens een koninklijk besluit ; 3) zij moet steunen op een regelmatige beslissing.

Bevoegdheden die voor delegatie niet vatbaar zijn.

Sommige bevoegdheden zijn door de Grondwet uitdrukkelijk aan de Koning voorbehouden : benoeming van ministers, magistraten, officieren ; bijeenroeping verdaging, ontbinding van de Kamers ; oorlogsverklaring, genaderecht. Ook de reglementeringsmacht, hetzij ter uitvoering van de wet (Grondwet, artikel 67), hetzij ter vervulling van een door de wetgever gegeven opdracht (Grondwet, artikel 78). Nochtans wordt aanvaard dat de Koning delegatie van reglementeringsmacht aan de minister of een administratieve overheid kan geven voor het nemen van maatregelen van bijkomstige en aanvullende aard. De grote moeilijkheid blijft echter de afbakening tussen het bijkomstige en het niet-bijkomstige.

De wet van 21 juni 1840 machtigde de Koning tijdelijk het bedrag der vergeldingen te bepalen voor het vervoer per spoor van goederen. De Koning gaf delegatie aan de Minister van Openbare Werken om voorlopige wijzigingen aan te brengen in de tarieven. Die voorlopige wijziging kon definitief worden na goedkeuring door de Koning (koninklijk besluit van 2 september 1840). Het Hof van Cassatie heeft impliciet de wettigheid van die delegatie aanvaard (12).

De wet van 4 augustus 1914 machtigde de Koning om de vereiste maatregelen te nemen voor de bevoorrading van de bevolking. Bij koninklijk besluit van 6 oktober 1914 somde hij de waren op waarvoor hij, voor iedere provincie, aan een provinciale commissie opdracht gaf de maximumprijs te bepalen. Hetzelfde koninklijk besluit machtigde de Minister van Landsverdediging andere waren aan de regeling te onderwerpen. Het Hof van Cassatie oordeelde « que la fixation de prix maxima pour certaines denrées n'apparaît, dans l'accomplissement de cette mission, que comme un détail et un moyen de réalisation ; ...que le Roi ne s'est pas dépouillé en faveur de ces agents du pouvoir étendu que lui avait confié la loi, mais les a seulement associés en sous-ordres, d'une manière précaire et révocable à l'exécution de sa mission» (13).

Artikel 12 van de wet van 15 september 1924 betreffende de stand en de bevordering der officieren, bepaalt dat, om tot de graad van majoor te worden bevorderd, iedere kapitein moet blijk gegeven hebben van zijn technische kennis en vakkunde, bij een examen waarvan het programma bij koninklijk besluit wordt bepaald. Het besluit van de Regent van 27 mei 1947 heeft op regelmatige wijze aan de Minister van Landsverdediging delegatie kunnen geven om de bijzonderheden van de proeven vast te stellen (17).

Artikel 6 van de besluitwet van 28 december 1944 heeft aan de Koning de zorg gelaten om de verplichte ziekteverzekering te organiseren. De Koning was dus bevoegd om de voorwaarden te regelen waaronder bepaalde personen worden erkend om hun medewerking te verlenen bij het verstrekken van de geneeskundige verzorging die ten laste van de ziekteverzekering komt. De Raad van State heeft geoordeeld dat de Koning onder die voorwaarden de Minister van Arbeid en Sociale Voorzorg kon belasten met het vaststellen van « de modaliteiten en voorwaarden van erkenning » (15).

Artikel 9 van de besluitwet van 20 november 1946 tot oprichting van de Regie der Luchtwegen bepaalt dat het statuut van de personeelsleden van de Regie door de Koning zal worden opgemaakt. De Minister van Verkeerswezen die, zonder dat een koninklijk besluit ter uitvoering van dat artikel werd genomen, bij ministerieel besluit de bepalingen van het syndicaal statuut van het Rijkspersoneel van toepassing verklaart op het personeel van de Regie der Luchtwegen, neemt zodoende een onwettig besluit van reglementaire aard (16).

In talrijke adviezen van de Raad van State, Afdeling Wetgeving, wordt voorgehouden dat delegatie van verordeningsbevoegdheid ontoelaatbaar is wanneer zij het wezen zelf van de uitvoering van de wet betreft ; alleen wanneer de delegatie verordeningen met een aanvullend karakter betreft en regelen van ondergeschikt belang in uitzicht stelt, wordt zij als geldig aanvaard.

Te dien opzichte kan ik volstaan met het aanhalen van sommige adviezen :

« Voor zover deze bepaling aldus aan de minister bevoegdheid verleent om te bepalen, in welke vorm de Hoge commissie voor ouderdomspensioenen uit-

spraak zal doen over de beroepen ingesteld ingevolge artikel 77, 1°, van het besluit van de Regent van 14 september 1946, m.a.w., om de procedure te regelen, bevat zij een subdelegatie die het wezen zelf van de door de wetgever aan de Koning verleende bevoegdheid betreft » (L. 4791/1).

« In diverse voorzieningen van het ontwerp wordt aan de Minister van Openbaar Onderwijs bevoegdheden opgedragen, met name ...

Zij dragen ... de regelende bevoegdheid welke de wet aan de Koning heeft toegekend, zonder meer aan de minister over, met het gevolg dat de subdelegatie hier het wezen zelf van 's Konings bevoegdheden raakt.

Rechtsleer en rechtspraak zijn het erover eens, dat zodanige delegatie 's Konings bevoegdheid te buiten gaat » (L. 5595/1).

« Treedt de minister verordenend op, dan staat men hier klaarblijkelijk voor een geval van ongeoorloofde subdelegatie ; de aldus aan de minister gegeven opdracht slaat immers op de uitoefening van het wezen zelf van de macht die de Koning aan de wet ontleent » (L. 5984/1).

« Wat het administratief statuut betreft, draagt artikel 36, derde lid, 1°, de bevoegdheid welke het statuut van het Rijkspersoneel aan de Koning voorbehoudt, zonder enige beperking over aan het bureau van de Nationale raad voor wetenschapsbeleid die ze ten aanzien van het administratief personeel van die raad zal uitoefenen.

Zodanige overdracht van bevoegdheid is aanvaardbaar waar het gaat om individuele beslissingen en om de vaststelling van de aanvullende toelatingsvoorwaarden eigen aan een bepaalde betrekking (zie artikel 4 van het statuut van 2 oktober 1937). Daarentegen lijkt het ongeoorloofd, dat de Koning de overige door het statuut van 2 oktober 1937 vastgestelde verordeningsbevoegdheden aan het bureau van de Nationale raad zou overlaten. Deze bevoegdheden strekken zich uit over een te belangrijke aangelegenheid ; het zou er op neerkomen dat het bureau het statuut kan aanvullen » (L. 6787/2).

« Het ontwerp eist echter voorbehoud in zover het de Eerste Minister bevoegd maakt tot het vaststellen van de voorwaarden waaronder een nieuwe bepaling zal worden toegepast, en dus ook tot het wijzigen van de draagwijdte van de grondregel, die wil dat het bestuur de aanbesteding aan de inschrijver met de werkelijk laagste offerte toewijst.

Wil het ontwerp de Eerste Minister machtigen tot het vaststellen van aanvullende verordeningsbepalingen, dan is er een niet geoorloofde overdracht van bevoegdheden ; de overdracht heeft hier immers betrekking niet op detailpunten, maar op het wezen zelf van 's Konings verordeningsmacht » (L. 6825/2).

« Een omschrijving van sommige tuchtvergrijpen... zou meer eenheid brengen in de uitoefening van het tuchtgezag... . Het besluit echter, dat bij algemene bepaling de tuchtvergrijpen omschrijft en hun straf vaststelt, maakt deel uit van het personeelsstatuut. Tot het vaststellen van dit statuut is, krachtens arikel 11 van de wet van 16 maart 1954, de Koning bevoegd. Wil men de wettelijke bevoegdheidsregelen niet ontwijken, dan is overdracht van bevoegdheid alleen toegestaan voor bijkomstige maatregelen. De termen van artikel 75 zijn zo algemeen, dat de minister een op alle onder zijn toezicht staande instellingen toepasselijke regeling zou kunnen aanvaarden, en dat die regeling, bij wege van algemene bepalingen, die de tuchtoverheid zouden binden, de zwaarste straffen zou kunnen opleggen. Voor een machtsdelegatie is de aldus aan de minister opgelegde taak te gewichtig » (L.7103/1).

Artikel 64 van de grondwet bepaalt dat geen akte van de Koning gevolg kan hebben, wanneer zij niet medeondertekend is door een minister, die daardoor alleen reeds, ervoor verantwoordelijk wordt. Delegatie van zodanige handtekening is vanzelfsprekend onwettig.

* * *

Aanvankelijk werd alleen de delegatie van overheidsbevoegdheid die kon steunen op een wet, toelaatbaar geacht (17). De strakke toepassing van die regel leidde, met de uitbreiding der overheidstaak, tot onhoudbare toestanden. Vandaar dat aan de ene kant de regel stilaan met meer soepelheid werd toegepast, en dat aan de andere kant van die regel werd afgeweken wat de benoeming van ambtenaren en de inwendige inrichting van de openbare diensten betreft.

De regel werd met veel soepelheid toegepast door een zeer ruime interpretatie van de wil van de wetgever. Het groot aantal en de aard der beslissingen werden in aanmerking genomen om de wil van de wetgever te achterhalen. Zodanige toepassing werd b.v. herhaalde malen gedaan in zaken van oorlogsschade. Luidens artikel 20 van de wet van 1 oktober 1947 betreffende de herstelling der oorlogsschade aan private goederen kon de minister van Wederopbouw het dossier dat het voorwerp was van een overeenkomst tussen de gesinistreerde en de provinciale directeur aan zich trekken en het onderwerpen aan de commissie van beroep. Dat artikel, oordeelt de Raad van State, « heeft de Minister de verplichting niet kunnen willen opleggen rechtstreeks en persoonlijk op te treden, door hem het recht te ontzeggen aan ambtenaren machtsdelegatie te verlenen om in zijn naam die handelingen te verrichten welke dienen om de wet juist toe te passen in zaken waarvan het aantal en de ingewikkelde aard redelijkerwijze iedere andere oplossing uitsloten » (18).

Artikel 66, tweede lid, van de Grondwet bepaalt dat de Koning de ambtenaren bij het algemeen bestuur en bij de buitenlandse betrekkingen benoemt, behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen. Die bepaling wil een scheidingslijn trekken tussen de bevoegdheid van de wetgevende macht en die van de uitvoerende macht en plaatst de ambtenaren van het algemeen bestuur en hunne activiteit onder het gezag van de Koning, hoofd van de uitvoerende macht. Die bepaling wil echter niet aan de Koning persoonlijk, met uitzondering van ieder ander orgaan van de uitvoerende macht, de bevoegdheid van benoemingen opdragen. Artikel 66 stelt integendeel de Koning in de mogelijkheid de uitoefening van de openbare ambten te regelen en, ten einde een rationele werkverdeling door te voeren, de organen aan te wijzen welke in het kader van die regeling tot beslissen bevoegd zijn. Het wordt dan ook niet betwist dat de Koning, zonder dat een wet hem daartoe machtigt, de benoeming van de ambtenaren van tweede categorie kan opdragen aan de Minister, de benoeming van de ambtenaren van derde en van vierde categorie kan worden gedaan door de bestuurshoofden die daartoe krachtens het koninklijk besluit vanwege de minister opdracht ontvingen (19).

Wat de inwendige inrichting van de openbare dienst betreft, werd aanvaard dat een koninklijk besluit, waarbij de algemene herklassering van de ontvangkantoren der directe belastingen aan de minister van Financiën wordt opgedragen, regelmatig is (20).

Dezelfde oplossing zou echter niet aanvaardbaar zijn wanneer de delegatie niet de inwendige inrichting van een openbare dienst, maar de hervorming van openbare diensten mocht betreffen.

Te dien opzichte gaf de Raad van State, Afdeling Wetgeving, het volgende advies :

« Het overbrengen van diensten van een instelling naar een andere en de versmelting van diensten van verschillende instellingen betreffen rechtstreeks de werking en de organisatie van de betrokken instellingen. De Raad van State is de mening toegedaan dat de Koning dus de diensten van deze instellingen zelf moet organiseren en dat hij zijn bevoegdheid niet aan de minister mag overdragen » (L. 4389/2).

De opdracht van bevoegdheid is regelmatig te noemen wanneer zij de gedelegeerde overheid belast met de vaststelling dat de wettelijke voorwaarden voor de toepassing van een bestuurlijke maatregel verenigd zijn. b.v. de oppensioenstelling van ambtswege van een onderwijzer (21).

De Raad van State toont zich evenwel streng wanneer de opdracht van bevoegdheid de grondrechten van de burger of het waarborgen van door de wet verleende rechten betreft. Hij verklaart onwettelijk de delegatie van bevoegdheid, verleend door de Minister van Justitie aan een ambtenaar van zijn departement, om een vreemdeling uit te zetten op grond van artikel 1, 2°, van de besluitwet van 28 september 1939 en werpt ambtshalve de onbevoegdheid van de steller van de akte op (22). Artikel 7 van de wet van 27 juli 1953, dat de minister van Financiën de bevoegdheid verleent om de belastingplichtige van het opgelopen rechtsverval te ontheffen, laat de minister niet toe zijn bevoegdheid aan een gewestelijk directeur van de directe belastingen te delegeren en de Raad van State wijst van ambtswege op de onbevoegdheid van de directeur die een aanvraag tot ontheffing afwijst (23). Artikel 37, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op het toekennen van de academische graden en het programma van de universitaire examens, dat aan de Koning de zorg gelaten heeft om de leden van de centrale examencommissies te benoemen, laat de Koning toe de minister van Openbaar Onderwijs te gelasten om eventueel te voorzien in de vervanging van de verhinderde voorzitters en leden, vermits zodanige opdrachten een maatregel van bijkomstige en aanvullende aard uitmaken; doch de minister is daardoor niet gemachtigd dezelfde bevoegdheid aan een ambtenaar over te dragen (24).

De Raad van State, afdeling Wetgeving, toont zich eveneens streng wat de deconcentratie van de bevoegdheid van de toezichthoudende overheid betreft :

« De vraag of de in artikel 108 van de Grondwet bedoelde toezichtsbevoegdheid aan de Koning kan worden ontnomen om, zij het slechts gedeeltelijk, maar dan uitsluitend aan een ondergeschikt gezagsorgaan te worden opgedragen, moet ontkennend worden beantwoord. Luidens artikel 25 van de Grondwet « gaan alle machten uit van de Natie en worden zij uitgeoefend op de bij de Grondwet bepaalde wijze ». Al staat artikel 108 toe dat de provinciale en de gemeentelijke instellingen door wetten worden geregeld, toch stelt het aan die bevoegdheid bepaalde grenzen want het zegt ook, dat de wetten die de provinciale en de gemeentelijke instellingen regelen, de toepassing van de volgende beginselen verzekeren, dit wil zeggen moeten verzekeren, en dit worden dan dwingende beginselen. Een van die beginselen is, dat de wetten « de tussenkomst van de Koning of van de wetgevende macht » moeten regelen. Beschikt de wetgever dus over een ruime vrijheid om te bepalen op welke wijze de Koning zijn toezichtsbevoegdheid zal uitoefenen, die regelende bevoegdheid kan niet zo ver gaan dat hij de Koning die toezichtsbevoegdheid zonder meer kan ontnemen. Tussen het regelen en het afschaffen van een bevoegdheid is er een essentieel verschil. « en bevoegdheid regelen is de uitoefening ervan inrichten, dit wil zeggen de nadere regels, de vormen, de termijnen en zelfs de voorwaarden ervan omschrijven, maar altijd zonder dat aan het beginsel zelf wordt geraakt » (L.764 1/1).

De delegatie van overheidsbevoegdheid moet steunen op een regelmatige beslissing.

De delegatie van overheidsbevoegdheid kan onwettig zijn doordat zij de bevoegdheid van de delegerende overheid overschrijdt of doordat zij verkregen rechten schendt.

De wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven machtigt de Koning voor bepaalde takken van economische activiteit bedrijfsraden op te richten. Bij toepassing van die wet werd, bij het koninklijk besluit van 1 maart 1957 de « Bedrijfsraad voor de Voeding » opgericht. Om te omschrijven wat deze bedrijfstak omvatte somde het koninklijk besluit verscheidene activiteiten op en voegde eraan toe : « alle rechtstreekse aanverwante activiteiten die door de Minister tot wiens bevoegdheid de Economische Zaken behoren, zullen worden bepaald ». De wet veroorlooft de Koning niet aan de minister de bevoegdheid over te dragen om aan de activiteiten, door hem gegroepeerd om door een bepaalde bedrijfsraad te worden vertegenwoordigd, andere « rechtstreekse aanverwante activiteiten » toe te voegen door middel van een verordeningsbepaling. Die bepaling van het koninklijk besluit werd dan ook door de Raad van State vernietigd (25).

Door het organiseren van een procedure ter zake van het geneeskundig onderzoek, heeft het koninklijk besluit van 18 augustus 1939 ten doel aan de ambtenaren die worden onderzocht, waarborgen van onpartijdigheid te verlenen. Volgens die procedure wordt de eerste beslissing genomen door de geneesheer-hoofd van de administratieve gezondheidsdienst ; bij beroep vanwege de ambtenaar kan een door hem aangewezen geneesheer in bespreking treden met de hoofdgeneesheer of met diens gemachtigde en, zo de twee geneesheren het niet eens kunnen worden wordt het geval « voor scheidsrechterlijke uitspraak aan de geneesheer-directeur-generaal of aan zijn gemachtigde onderworpen ». De directeur-generaal, door de geneesheer die de eerste beslissing had genomen met de scheidsrechterlijke uitspraak te belasten, heeft de ambtenaar de waarborgen ontnomen welke het koninklijk besluit van 18 augustus 1939 hem gaf (26).

(1) De plaatsvervanging van de burgemeester op grond van artikel 107, eerste lid, van de gemeentewet houdt niet in dat hij in zijn hoedanigheid van officier van het openbaar ministerie vervangen wordt. De burgemeester kan, met goedkeuring van de Koning, voor de uitoefening van die bevoegdheid een schepen aanwijzen voor een periode die ten minste één jaar bedraagt (Wet van 18 juni 1869

op de rechterlijke organisatie, artikel 153, en koninklijk besluit van 10 december 1888). Indien de burgemeester een vrouw is, wordt de functie van officier van het openbaar ministerie uitgeoefend door de schepen aangewezen bij koninklijk besluit op voorstel van de burgemeester (wet van 27 augustus 1921, artikel 4). Wordt op die wijze niet opgetreden, dan wordt in de vervanging voorzien door de procureur-generaal die daartoe een burgemeester aanwijst van een der gemeenten van het kanton van de politierechtbank.

(2) Cassatie, 10 december 1934, Pas. 1935, I, p. 75. Dat arrest betreft een beroep in cassatie ingesteld door de provinciale directeur van de belastingen en ter griffie van het Hof van beroep neergelegd door de gewestelijke inspecteur van de belastingen, die verklaarde de directeur, die met verlof was, te vervangen. Het beroep was niet ontvankelijk, daar artikel 7 van het koninklijk besluit van 4 mei 1920 bepaalt dat de plaatsvervanger van de directeur van de belastingen wordt aangewezen door de minister van Financiën.

(3) Arrest *Van Maele,* 25 november 1959, nr 7430. De Raad van State besliste dat het ministerieel besluit van 17 augustus 1945, bij het toekennen aan de provinciale directeur van stedebouw van de bevoegdheid om te beslissen over de aanvraag tot bouwvergunning, de functie op het oog had, en niet de bekleder van die functie. De regel van de continuïteit van de openbare dienst heeft ten gevolge dat, ingeval de bediening van provinciaal directeur vacant is, de ambtenaar van de onmiddellijk lagere rang voor de uitoefening van die functie optreedt.

(4) Cfr. Conseil d'Etat (Frankrijk), 8 maart 1912, *De Saint - Taurin,* Rec. p. 326.

(5) Cassatie, 12 mei 1890, Pas. 1890, I, p. 203.

(6) Cassatie, 10 januari 1950, Pas. 1950, I, 302; Cassatie 1 maart 1949, Pas. 1949, I, 174; enz.

(7) Arrest *Soete,* 26 september 1952, nr 1837.

(8) Delegatie van wetgevende macht aan de Koning wordt hier niet besproken, evenmin als de grondwettigheid van de wetten waarbij een Minister met de uitvoering van de wet wordt belast.

(9) Arresten Duthoit, 10 december 1954, nr 3896; Hébette, 25 maart 1955, nr 4184; Nijs, 16 maart 1956 nr 5032; Piedfort, 7 februari 1956, nr 4935; De Brabander, 4 november 1959, nr 7378.

(10) Arrest Duthoit, 10 december 1954, nr 3896.

(11) Arrest Michel nr 5478, 1 februari 1957.

(12) Cassatie, 4 februari 1870, Pas. 1870, I, p. 199.

(13) Cassatie, 4 mei 1920, Pas. 1920 I, p. 135, Cfr. Arrest Federatie der Chemische Nijverheid van België, 21 october 1955, nr 4633.

(14) Arrest Ansion, 8 mei 1953, nr 2436.

(15) Arrest Union nationale des Opticiens de Belgique, 11 september 1959, nr 7211. De beslissing van de Minister werd echter vernietigd omdat hij voorwaarden had gesteld die met de bekwaamheid en de beroepsbevoegdheid van de erkende personen niets gemeens hadden.

(16) Arresten Ribbens, 14 juli 1954, nr 3631; Van Malderen, 5 maart 1955, nr 4138. z

(17) Cassatie, 6 februari 1891, Pas. 1891, I, p. 54.

(18) Arresten Pirotte, 6 maart 1953, nr 2258; Belgische Staat, 7 april 1954, nr 3293 tot 3299; Belgische Staat, 5 juli 1955, nr 4468.

(19) Koninklijk besluit van 2 october 1937 — Statuut van het Rijkspersoneel, artikel 3. — Cfr. Arresten van Haarlem, 5 october 1950, nr 1063; Wautier, 8 februari 1952, nr 1303.

(20) Arrest Bertrand, 27 juli 1956, nr 5299.

(21) Arrest Jacquemart, 21 mei 1953, nr 2484.

(22) Arrest Roels, 8 juli 1952, nr 1729.

(23) Arrest Louwagie, 30 september 1960, nr 8093.

(24) Arrest Daudelet, 7 februari 1961, nr 8421.

(25) Arrest Verbond der Belgische Voedingsbedrijven, 4 september 1959, nr 7203.

(26) Arrest *Glibert,* 8 october 1954, nr 3709.

HET ADMINISTRATIEF CONTRACT

DE STAND VAN HET VRAAGSTUK NAAR BELGISCH RECHT

door

Prof. Dr. F. DE VISSCHERE

Hoogleraar aan de Universiteit te Leuven.

Tot voor de tweede wereldoorlog was er in de Belgische rechtsleer omzeggens geen sprake van administratieve contracten en wel eenvoudig omdat het contractueel gebied werd beschouwd als behorende per se tot de privaatrechtelijke kring. Alleen het concessiecontract werd bestempeld als een overeenkomst sui generis, die niet met de gewone burgerlijke contracten kan worden gelijkgesteld. Ofschoon dat contract toen reeds geacht werd te behoren tot een complexe rechtshandeling, de concessieakte, die ook een imperium-bestanddeel omvat, werd het over het algemeen niet beschouwd als een administratief of publiekrechtelijk contract, dat aan de regelen van het burgerlijk recht zou onttrokken zijn. (1) Eerst na de jaren 1940-1944 wordt in de rechtsleer de neiging merkbaar om het concessiecontract en ook nog andere overeenkomsten in een afzonderlijke rechtscategorie, en wel die van de administratieve contracten onder te brengen. (2)

Deze wijziging in de opvattingen is niet te verklaren door recente wettelijke regelingen, noch door een fundamentele ommekeer in de rechtspraak. Het positief recht is, wat de hoofdbeginselen betreft, hetzelfde gebleven als vroeger, doch de interpretatie van dat recht of, om het juister uit te drukken, de doctrinale vertolking ervan, heeft, bij het merendeel van de auteurs, een andere klank gekregen. Deze ontwikkeling behoort dan te worden gezien in het licht van de groeiende belangstelling voor het administratief recht, die geleid heeft tot een ernstige inspanning van de rechtsleer om een sluitende administratiefrechtelijke theorie uit te bouwen. Hierbij ontstond de tendentie om het toepassingsgebied van het publiekrecht uit te breiden tot materies die voordien bij het privaatrecht werden gerekend. Niet enkel de verruiming van de overheidstussenkomst, die een beter verantwoorde administratiefrechtelijke leer wenselijk maakt, maar in het bijzonder de belangstelling voor de Franse rechtsleer en rechtspraak, die door de oprichting van de Raad van State werd opgewekt, heeft in dit opzicht de doorslag gegeven.

De leer betreffende het administratief contract biedt niet enkel het voordeel de vrij disparate bestanddelen uit de wetgeving en uit de rechtspraak in een overzichtelijk geheel samen te vatten, doch zij kan ook een diepgaande invloed hebben op de richting van de rechtspraak.

Op het behandelde gebied is de rechter, bij ontstentenis van een sluitende wettelijke regeling, niet zelden op eigen vinding aangewezen, zodat de rechtsleer reeds door de wijze waarop zij de voorgaande rechtspraak uitlegt en de innerlijke samenhang ervan onthult, er hem toe kan brengen de aldus uitgestippelde lijnen te volgen, of er, uit bewuste reactie, mee te breken.

De bescheiden opzet van deze bijdrage omvat slechts het naar voren brengen van enkele critische beschouwingen, die dienstig kunnen zijn om de theorie van het administratief contract te toetsen aan het Belgisch positieve recht.

Betekenis van het administratief contract. Criteria tot erkenning.

Voldoende bekend is het, dat in het franse recht, de indeling van de contracten in twee categorieën,

die van de privaatrechtelijke en die van de administratieve of publiekrechtelijke contracten, in de eerste plaats van belang is op het stuk van de competentieregeling. De administratieve contracten behoren tot het bevoegdheidsgebied van de administratieve rechter. (3) In België staan de zaken helemaal anders, aangezien de vernietiging, de interpretatie en het toezicht op de uitvoering van de contracten tot het bevoegdheidsgebied van de burgerlijke rechter blijft behoren. Alleen de theorie van de « actes détachables » die duidelijk een franse stempel draagt, laat het de Raad van State toe sommige contracten zijdelings aan te tasten (4). In ons land sluit de theorie van het administratief contract hoofdzakelijk in, dat een bepaalde groep van contracten door bijzondere, van het burgerlijk recht afwijkende regelen wordt beheerst.

De specifieke betekenis van de bedoelde theorie ligt bovendien niet in het feit dat zij wijst op het bestaan van bijzondere wetsbepalingen, waardoor sommige contracten, waarbij de overheid als partij is opgetreden, worden beheerst. Die bijzondere wetteksten zijn niet zo moeilijk te interpreteren. Wat de theorie kenschetst is de bedoeling te bewijzen dat, ook buiten een formele tekst om, op zekere contracten algemene publiekrechtelijke beginselen behoren te worden toegepast. In bijkomende orde wordt ook nog, gesproken van het niet-burgerlijk karakter van de rechten die uit de administratieve contracten voortspruiten, zodat de beslechting van de daarmede verband houdende betwistingen aan de Raad van State, of een lagere administratieve rechtsmacht, zou kunnen worden opgedragen.

Bij dit alles wordt weleens over het hoofd gezien, dat het uitgangspunt van de franse theorie betreffende het administratief contract grondig verschilt van de grondslag, waarop thans in België kan worden gebouwd. Ten gevolge van de strakke scheiding tussen de administratie en de rechterlijke macht, die om welbepaalde historische redenen door de Franse omwenteling werd gehuldigd, ontstond in Frankrijk een toestand die als volgt door de Laubadère wordt geschetst :

« Primitivement — durant la première moitié du XIXe siècle — la compétence administrative s'est trouvée étendue au maximum. La raison en est simple : cette compétence était alors fondée sur la préoccupation politique d'éviter rigoureusement que l'administration pût être jugée par le pouvoir judiciaire. Telle était l'interprétation primitive de la séparation des autorités administratives et judiciaires. En conséquence furent considérés comme soustraits aux juges judiciaires tous les procès dans lesquels l'admistration est en cause » (5). De gewone rechter had dus ook de contractuele geschillen, waarbij het bestuur betrokken was niet te beslechten. Na een vrij bewogen ontwikkeling, heeft de rechtspraak onder de leiding van het « tribunal des conflits » de thans nog van kracht zijnde theorie betreffende het administratief contract, dat van het privaatrechtelijke, tot de bevoegdheid van de burgerlijke rechter behorende contract te onderscheiden is, in het leven geroepen. Deze theorie is derhalve geworteld in het zelfstandige administratief recht, dat door de administratieve jurisdictie wordt geschraagd, en een sterk pretoriaans karakter vertoont.

In ons land voelt de burgerlijke rechter zich veel nauwer gebonden door de wettekst, en zoals professor Mast terecht aanstipt, past hij, behoudens gevallen waarin de wetgever ervan afwijkt, en met inachtneming van de speciale positie waarop de administratie zich kan beroepen, de regelen van het Burgerlijk Wetboek toe (op de door de administratie gesloten contracten) (6). Het lijkt daarom gevaarlijk te gemakkelijk de in Frankrijk geldende beginselen in onze jurisprudentie te willen ontwaren. Meer dan eens heeft men zich in dat opzicht aan een gewaagde interpretatie van de rechtspraak bezondigd.

*
* *

De sterk constructieve rechtspraak van de franse administratieve rechter heeft formele criteria tot onderkenning van de administratieve contracten kunnen uitwerken, bij ontstentenis van wettelijke bepalingen. Dergelijke criteria ontbreken eveneens in onze wetgeving, waarin formeel helemaal geen sprake is van administratieve contracten en onze rechtspraak heeft vrede genomen met fragmentarische oplossingen, zonder zich aan algemene formuleringen in verband met de aard van de contracten te wagen. De jongere rechtsleer heeft zich echter ingespannen om de zaak in het reine te trekken (7).

Het zou te ver leiden de verscheidene criteria die door de auteurs worden voorgesteld, met de talrijke schakeringen in de argumentering, de ene met de andere te vergelijken. Toch lijkt het ons doenlijk een paar belangrijke strekkingen in de rechtsleer te onderscheiden en hun waarde te onderzoeken.

Sommige auteurs maken eenvoudig gewag van het groot aantal van het gewone recht afwijkende regelen die, met het oog op de administratieve behoeften en op het algemeen belang, op bepaalde contracten worden toegepast. Is de som van deze afwijkingen hoog, dan kan van een administratief stelsel worden gesproken dat administratieve contracten doet ontstaan. Het gaat hier om een criterium, dat men « quantitatief » kan noemen. Buttgenbach gaat deze richting uit waar hij schrijft « Le nombre des dispositions et des lois spéciales régissant certains contrats, le fait que certaines dispositions du code civil doivent, même en l'absence de texte, être écartées ou amendées en tenant compte de la nature spéciale de l'action administrative donnent au régime juridique des contrats administratifs un caractère spécial et une physionomie propre (8). Het zwakke punt van het genoemde criterium ligt in het ontbreken van een maatstaf die zou toelaten te bepalen welke hoeveelheid « afwijkende en bijzondere regelen » vereist is om het administratief contract te funderen.

Op elk door de administratie gesloten contract zijn sommige bijzondere regelen toepasselijk, al gaat het dikwijls om contracten, zoals gewone koop en huur, die men als burgerrechtelijk blijft beschouwen. De enkele van het privaatrecht afwijkende, men kan zeggen administratiefrechtelijke regelen die zulke contracten mede beheersen, volstaan niet om hun wezensaard te wijzigen. Om een ander voorbeeld aan te halen, zijn op de contracten van leveringen en werken voor rekening van de Staat talrijker administratiefrechtelijke bepalingen toepasselijk, als daar zijn de regel van de mededinging en van de publiciteit, die van de vaste prijs en van de betaling voor gepresteerde en aanvaarde diensten. Indien deze contracten door geen andere publiekrechtelijke beginselen worden geregeld — een punt waarop meningsverschil zich voordoet zoals hierna zal worden aangetoond — dan blijft het een open vraag of de publiekrechtelijke inslag van zulke contracten voldoende is om ze als « administratief » te beschouwen, rekening

gehouden met het feit dat de burgerlijke beginselen er in principe op toepasselijk blijven.

Deze beschouwingen leiden er toe meer belang te hechten aan een criterium dat een « kwalitatief » karakter vertoont, en dat de kern raakt van de rechtsverhouding tussen de partijen van het contract. Deze kern is de gelijkheid van de partijen ten opzichte van de door hen aangegane overeenkomst, zoals dat bepaald wordt door artikel 1134 B.W.B. Terecht zien sommige auteurs in het verbreken van het evenwicht tussen de partijen een factor die niet met de wezensaard van het contract, althans niet van het burgerlijk contract te verzoenen is. De overheid, partij bij het contract, aldus heeft men het uitgedrukt : « dispose de prérogatives particulières, dont l'exercice rompt l'équilibre civiliste des contractants » (9).

De kern van het burgerlijk contract wordt zeker aangetast door de regel, dat de bedingen, waarover werd overeengekomen, eenzijdig door een van de partijen, hier dan het bestuur, kunnen worden gewijzigd, of dat het contract eenzijdig kan worden verbroken in andere gevallen dan die waarin zulks, in de verhouding tussen particulieren, door het gewone recht wordt toegelaten. Aan een andere kant, krijgt het bestuur soms de bevoegdheid om zelf zekere bedingen ten uitvoer te leggen, in de plaats van de in gebreke blijvende partij, en wel vooraleer de rechter tot het verlenen van een executoire titel is tussengekomen. Daardoor ook wordt de gelijkheid van de partijen in het gedrang gebracht, aangezien het gelijkgerechtigd zijn op het stuk van de uitvoering toch als een corrolarium van die gelijkheid voorkomt. In navolging van de in Frankrijk gebezigde terminologie, werd door onze rechtsleer gesproken van de « mutabilité des contrats » en van « l'exécution d'office » (10).

De grote moeilijkheid ligt er echter in uit te maken of, in een bepaald geval, een dergelijke afwijking van het gewoon contractueel recht voorhanden is. Afgezien van enkele schaarse wetteksten in verband met het concessiecontract, is geen wettelijke bepaling aan te treffen, waarbij de bij het artikel 1134 gevestigde beginselen zouden worden uitgeschakeld. Men is derhalve aangewezen op de rechtspraak en op de rechtsleer.

Het lijkt weinig verantwoord de afwijking van het gewone recht louter op de zogenoemde algemene administratiefrechtelijke beginselen te willen funderen, zolang deze algemene beginselen zelf noch duidelijk in de wet werden geschreven, noch door de rechtspraak, zij het op pretoriaanse wijze, werden uitgewerkt, zoals verscheidene Belgische auteurs, daarin beïnvloed door de Franse theorie, al te gemakkelijk geneigd zijn te doen. Onze burgerlijke rechter, er weze andermaal op gedrukt, acht zich te zeer door het privaatrecht gebonden, dan dat hij er toe had kunnen komen systematisch een bijzonder contractenrecht te ontwikkelen dat met het geschreven recht overeenkomt. Er is, om maar een punt aan te raken, in België geen sprake van de algemene mogelijkheid die de administratieve rechter in Frankrijk voor het bestuur open stelt om bij het aangaan van een overeenkomst vrij het administratiefrechtelijke, dan wel het privaatrechtelijke regime te kiezen, en wel door het opnemen in het contract van de « clause exorbitante du droit commun » (11). De Belgische rechtspraak is fragmentarisch en behoort zonder vooropgezette mening te worden geïnterpreteerd.

Nu kan het gebeuren dat de rechtspraak zonder meer zekere van het privaatrecht afwijkende beginselen op bepaalde contracten toepasselijk acht, ook indien de partijen dienaangaande niets hebben bedongen. De afwijking kan echter ook liggen in bedingen die met het gewone recht, zeggen we met de privaatrechtelijke openbare orde in strijd zijn, doch door de rechter als wettig worden beschouwd wegens de aard van het contract. Het is duidelijk dat op dit laatste punt overhaastige conclusies te mijden zijn, wijl een enigszins soepele interpretatie van het privaatrecht meer dan eens volstaat om de vermeende publiekrechtelijke bedingen te rechtvaardigen.

Welke contracten zijn als « administratief » gemerkt.

Talrijke contracten, waarbij de overheid als partij tussenkomt, behoren naar aller opvatting tot het burgerlijk recht (12). Men denke aan het kopen en verkopen van onroerende goederen, aan de huur van goederen e.d. Ongetwijfeld zijn talrijke bijzondere bepalingen op deze contractuele handelingen toepasselijk, als daar zijn de voorschriften van de wetten d.d. 31 mei 1923 en 22 december 1949 op de vervreemding van aan de Staat behorende onroerende goederen, die van de wet d.d. 16 maart 1886 op de verhuring van diezelfde goederen, van de provinciale wet, van de gemeentewet enz. (13). Deze regelingen betreffen de bevoegdheid van de bestuursorganen, de vorm waarmede de contracten gepaard zullen gaan, eventueel ook beperkingen die aan de contractuele vrijheid worden gesteld, doch raken de fundamentele gelijkheid van de contractanten niet. Hieraan lijkt ook het beginsel, dat geen dwanguitvoering tegen de administratie mogelijk is, geen afbreuk te doen, aangezien het de verplichtingen zelf van de partijen ongemoeid laat.

De grens tussen de essentieel privaatrechtelijke contracten en die, waarvan het administratiefrechtelijk karakter kan worden onderkend, is echter moeilijk te trekken en de meningen lopen op dit punt sterk uiteen.

Tot verheldering van het vraagstuk behoeft men het onderscheid te maken tussen de contracten, waarbij een particulier zich het voordeel van een door de administratie te presteren dienst verzekert — de particulier treedt dan, zoals men het heeft uitgedrukt, op als « usager du service public » — en aan de andere kant de contracten, waarbij een particulier er zich toe verbindt om ten behoeve van het bestuur iets te presteren.

a) De rechtspositie van de « gebruiker van een openbare dienst ».

Degene die, tegen betaling van een geldelijke vergoeding van een overheidsdienst gebruik maakt, bevindt zich in een rechtspositie die niet zelden als extracontractueel voorkomt. Dat is zeker het geval met degene aan wie een vergunning tot privatieve ingebruikneming van het openbaar domein werd toegestaan (14). Meningsverschil bestaat echter betreffende de aard van de verhouding tussen de particulieren en de zogenoemde industriële of commerciële overheidsdiensten. Men denke aan post, telegraaf, telefoon, spoorweg, gas- water- en elektriciteitsdistributie, ongeacht de wijze waarop deze diensten worden geëxploiteerd, hetzij in eigen beheer door de overheid (regie), of bij wijze van concessie.

Na een diepgaande studie van het probleem besluit de heer Orianne dat de « gebruikers » van de dienst zich in een extra-contractuele, louter reglementaire toestand bevinden, ofschoon hij moet toegeven, dat de

Belgische rechtspraak de contractuele opvatting trouw schijnt te blijven (15). In zijn jongste werk spreekt de heer Wigny zich over deze aangelegenheid met grote omzichtigheid uit. Hij acht de extra-contractuele figuur veruit de beste om aan de verhoudingen tussen de openbare dienst en de particulieren de gewenste inhoud te geven, doch erkent dat de precieze aard van die rechtsverhoudingen in de huidige stand van de wetgeving en van de rechtspraak veelal slechts moeilijk kan worden bepaald.

De heer Wigny meent echter dan in een aantal gevallen de wil van de wetgever te onderkennen valt om de verhoudingen tussen de openbare dienst en de particulieren op een contractuele leest te schoeien. Hij vermeldt in dat verband de activiteit van de spoorwegen en van de telegraaf en telefoon. Ook de parastatale credietinstellingen gaan, naar zijn opvatting privaatrechtelijke overeenkomsten aan met hun clienten, aangezien de wetgever aan de belanghebbenden juist heet willen toelaten « de profiter des avantages de la gestion privée ». Deze opvatting schijnt moeilijk te weerleggen (16).

b) De rechtspositie van de particulier die ten behoeve van het bestuur diensten presteert.

Andermaal lopen de meningen sterk uiteen, waar het er op aankomt de aard te bepalen van contracten, waarbij de particulieren er zich toe verplichten in het voordeel van de administratie diensten te presteren. De enen, zoals de heer Moureau, vermelden alleen het concessiecontract als administratief contract, terwijl anderen met de heer Wigny, daar de openbare lening, de aanneming van werken en van leveringen aan toevoegen (17).

Het moge volstaan even de aandacht te vestigen op de rechtsleer en de rechtspraak wat de aanneming van overheidswerken, de concessie en de openbare lening betreft. De contracten betreffende leveringen en transporten kunnen beoordeeld worden naar de beginselen die gelden voor de aanneming van werken.

De aanneming van openbare werken.

De aanneming van werken voor rekening van de administratie is het contract dat de jongste tijd het meest in de rechtsleer ter sprake is gekomen (18). Twee duidelijke strekkingen zijn hier merkbaar. Wigny en anderen zien in deze akte een administratief contract, of althans een contract dat van administratieve aard is; anderen weer willen in deze akte geen contract zien, dat als administratief kan doorgaan in de eigenlijke betekenis van het woord (19).

De kenmerken die aan het bedoelde contract een wezenlijk niet-burgerlijk karakter zouden geven liggen op het gebied van de reeds ter sprake gekomen « mutabilité » en « exécution forcée » (20).

Over de openbare aanbesteding, die het contract in beginsel voorafgaat, wordt hier niet uitgeweid wijl zij voorkomt als een extra-contractuele fase, die het contract voorafgaat. Wegens het eenzijdig karakter van het overheidsoptreden in deze fase, wordt de tussenkomst van de Raad van State om de onregelmatige toewijzing van overheidswerken als een « acte détachable » te vernietigen door de rechtsleer en door de Raad van State zelf gerechtvaardigd geacht. Welke theoretische bezwaren tegen de figuur van de afscheidbare akte ook worden ingebracht, toch is het onbetwistbaar, dat zij van wezenlijk nut is om de belangen van op onregelmatige wijze voorbijgestreefde mededingers te beschermen (21). Voor het overige, raakt de procedure van de openbare aanbesteding de kern niet van de verhoudingen tussen de partijen.

Geheel anders zou het zijn met een rechtsregel, op grond waarvan het de administratie mogelijk wordt de bedingen van het contract eenzijdig te wijzigen, derwijze dat de mede-contractant tot andere, eventueel zwaardere prestaties wordt verplicht, zoals de mutabilité-leer in zich sluit.

Wel is het gebruikelijk dat de administratie in het contract bedingen opneemt betreffende de wijzigingen in de aanneming, zoals dit het geval is met de rijksadministratie. Het organiek besluit d.d. 5 october 1955 tot regeling van de overeenkomsten betreffende de aanneming van werken enz. voor rekening van de Staat, schrijft immers de toepassing voor van talrijke contractuele bepalingen, waaronder een artikel 42, dat de aannemer er toe verbindt om, mits zekere voorwaarden, « alle toevoegingen, weglatingen en wijzigingen te verrichten die het bestuur in de loop van de uitvoering van de werken meent te moeten voorschrijven en die met het aannemingsobject samenhangen en binnen de perken van de aanneming blijven ».

Zulk beding maakt een « clause potestative, destructrice du consentement » uit, naar sommigen met Waline menen. De heer Douxchamps antwoordt hierop, terecht naar het ons voorkomt dat het genoemde beding aldus niet correct wordt ontleed (22). In de eerste plaats bepaalt art. 1174 B.W.B. dat de verbintenis nietig is indien ze afhangt van een potestatieve voorwaarde van de zijde van degene die zich verbindt. Nu is in het raam van het besproken aannemingscontract de wil van de schuldeiser bepalend voor het al dan niet tot stand komen van de bijkomende verplichtingen voor de aannemer (23). Men vergeet hierbij ook dat algemeen het onderscheid wordt aanvaard tussen de voorwaarde die « purement potestative » is en die welke als « simplement potestative » doorgaat. Verbindt iemand zich niet louter om iets te doen als het hem wel bevalt, doch wel om iets te doen indien de omstandigheden het hem zullen toelaten, ook al behoudt hij zich het recht voor om die omstandigheden te beoordelen (oordeel over de noodzakelijkheid om zekere werken te wijzigen), dan is er sprake van een voorwaarde die « simplement potestative » te noemen is, en blijft de verbintenis bestaan (24). Dit laatste argument lijkt in casu echter overbodig.

Het besluit moge dan zijn, dat het genoemde beding, waarbij het object van de wijzigingen in de aanneming en ook de financiële gevolgen daarvan voldoende in het contract worden afgebakend, niet in strijd is met de beginselen van het burgerlijk wetboek. De heer Douxchamps kan daarom ook wijzen op de zakenpractijk die dergelijke overeenkomsten kent (25).

De heer Flamme schrijft dat : « le droit de modification unilatérale des conditions initiales du marché constitue un droit originaire et inaliénable de l'administration et qui lui appartient en tant que puissance publique, c.à.d. sans qu'il soit besoin de le stipuler dans la convention » (26). De financiële regeling van het geval behoort dan, naar zijn mening en ook naar die van de heer Wigny te worden geregeld in het raam van de in Frankrijk toegepaste « théorie de l'équation financière », die toelaat de aan de aannemer verschuldigde compensatie te berekenen. De heer de Grand'Ry integendeel betwijfelt of bij stilzwijgen van het contract, de rechter bereid zou worden gevonden om deze wijziging op grond van administratiefrechtelijke beginselen te aanvaarden (27). Om de eenzijdige « wijzigbaarheid van het contract » te bewijzen, worden

slechts twee uitspraken aangehaald, die niet zeer overtuigend zijn. In het eerste geval gaat het over het verbreken van een administratief contract, en niet om de wijziging van de bedongen verplichtingen; in het tweede komt wel de overweging voor dat de administratie, ook indien het contract daar niets over zegt, de bedingen mag wijzigen, doch de facto was de mogelijkheid om wijzigingen voor te schrijven in het bestek opgenomen.

Het is dus vrij twijfelachtig of het beginsel van de eenzijdige wijziging kan worden beschouwd als zijnde bekrachtigd door onze rechtspraak.

Wat het eenvoudig verbreken van het contract betreft, kan de administratie zich ongetwijfeld het recht daartoe voorbehouden bij contractuele bepaling, want de ontbindende voorwaarde is geldig ook al zou ze louter potestatief zijn (28). Zelfs indien de partijen daaromtrent niet zijn overeengekomen, doet artikel 1794 van het burgerlijk wetboek de administratie het middel aan de hand om het aannemingscontract te verbreken, mits schadeloosstelling van de aannemer. Het recht van de opdrachtgever om het contract te verbreken wordt in weerwil van de beperkende bewoordingen van artikel 1794, geacht zich uit te strekken tot elke vorm van aanneming van bouwwerken (29).

Ten slotte is het ook gebruikelijk dat in het door de administratie opgemaakt bestek wordt bepaald, dat het bestuur bij verzuim van de aannemer dadelijk zekere maatregelen mag treffen en ze van ambtswege mag uitvoeren, zonder de uitspraak van de rechter af te wachten. In artikel 48 van het algemeen bestek voor de aanneming van werken voor rekening van de Staat is te lezen dat « het bestuur gerechtigd is tot iedere bouw of sloping die het nodig acht; het handelt op kosten, risico en gevaar van de aannemer en het voert het werk uit in eigen beheer, desnoods met gebruikneming van het materieel en van de materialen van de aannemer, of schrijft een nieuwe aanbesteding uit » (30). Over het algemeen wordt aangenomen dat het bestuur het « privilège de l'exécution d'office » niet bezit, indien het contract daarover niets bepaalt (31). De vraag is echter of het beding, waarbij aan de administratie het recht gegeven wordt om eenzijdig, zonder een executoir vonnis het contract uit te voeren, niet in strijd is met de civielrechtelijke beginselen, die van openbare orde zijn.

Het wil ons voorkomen dat het moeilijk is anders dan bevestigend op die vraag te antwoorden, want de argumenten die worden aangevoerd om het door de minister aangegane contract als een notariële akte te behandelen, die op zich zelf executoir zou zijn (voie d'exécution parée) lijkt weinig overtuigend (32). Te noteren is bovendien dat, indien de aannemers in de practijk zonder bezwaar zulke bedingen aanvaarden, de auteurs weinig of geen rechtspraak opgeven waarbij de rechtsgeldigheid van zulke regelingen formeel zou worden erkend.

Wanneer aan dit alles wordt toegevoegd dat de imprevisieleer, die in Frankrijk toelaat dat de administratieve rechter de contracten aanpast aan de gewijzigde economische omstandigheden, door onze burgerlijke rechter niet wordt aangenomen, zal het besluit zijn dat de aanneming van openbare werken wezenlijk door het burgerlijk recht wordt beheerst, behalve wat een beperkte toepassing van het beginsel van de « exécution d'office » betreft (33).

De Concessie.

De jongere rechtsleer is eenstemmig om het concessiecontract als een administratief contract te bestempelen. Ook in de recente rechtspraak is de uitdrukking publiekrechtelijk contract gebezigd geworden (34).

In de concessieakte ligt het contract verstrengeld met een reglementair bestanddeel, dat door de administratieve overheid zelf niet kan worden uitgeschakeld (35). Want bij de concessie zal ofwel de privatieve ingebruikneming van het openbaar domein aan een particulier worden toegestaan, of zal hem worden opgedragen een openbare dienst te beheren. Het bestuur kan zich echter van zijn bevoegdheid niet ontmaken om de concessie in te trekken of om ze te wijzigen, zo het openbaar belang dat vereist. Het contract is er wel nodig om de juridische band te leggen tussen het bestuur en de concessiehouder en om hun financiële verhouding te regelen, doch wordt beheerst door de wet van de openbare dienst, door het « reglement » zoals men het soms uitdrukt.

Het onderscheid met het contract van aanneming van openbare werken is duidelijk, doordat de concessie het openbaar domein of een openbare dienst als object heeft. De concessie van openbare diensten in het bijzonder wordt geregeld door een aantal wetten, zoals de wetten op de concessie van buurtspoorwegen en op de concessie van de electriciteitsdistributie door de gemeente. Uit deze wetten blijkt dat de wetgever de geconcedeerde ondernemingen als openbare diensten beschouwt. Heel wat concessies worden niet speciaal door de wet geregeld en het kan soms moeilijk zijn uit te maken of het bestuur een onderneming waarvan de uitvoering bij contract aan een particulier wordt toevertrouwd als een openbare dienst beschouwt, dan wel eenvoudig als een particuliere onderneming in het openbaar belang. Niets belet het bestuur de keuze te doen tussen de twee rechtsfiguren en de onderneming een bepaald rechtskarakter te geven, vooropgesteld zijnde dat de creatie van een bepaalde overheidsonderneming tot zijn bevoegdheid behoort. Het is ook de mening van de heer Orianne : « Il y a lieu, schrijft hij, de rechercher avant tout si l'autorité a eu la volonté de faire fonctionner un service public ou si, au contraire, elle a considéré son cocontractant à l'égal d'un entrepreneur de travaux ou de services, chargé d'une mission qui n'intéresse pas comme telle les usagers, et ne met d'aucune manière celui qui l'effectue en rapports juridiques avec le public » (36).

Nu is het contract dat een openbare dienst als voorwerp heeft daardoor alleen reeds juridisch te onderscheiden van al de andere, en kan redelijkerwijze als « administratief » worden beschouwd.

Het zou evenwel gewaagd zijn te beweren, dat daarmede, bij ontstentenis van wettelijke kwalificatie elke discussie van de baan is. Er werd betoogd, dat het openbaar domein en de openbare dienst buiten de handel zijn, dat een contract deze objecten daarom niet kan omvatten, en dat in de concessieacte in de eerste plaats een « acte-condition » te zien is, waardoor de « loi du service » op de concessiehouder toepasselijk wordt gemaakt. De eigenlijke contractuele inhoud van de concessie zou zich tot de financiële regeling van de verhoudingen tussen de partijen beperken (37). Zulk contract zou dan als een ongenoemd contract kunnen doorgaan, waarop het burgerlijk recht toepasselijk blijft. Tegen deze opvatting wordt echter ingebracht dat de « wet van de openbare dienst » zelf niet « toepasselijk » kan worden op de concessiehouder, die geen ambtenaar is. De verhoudingen tussen het bestuur en de concessiehouder, aldus wordt gerede-

neerd, kunnen niet tenzij door een contract worden verklaard (38).

De heer Orianne van zijn kant, stelt voor de concessie eenvoudig als een complexe handeling te beschouwen zonder daar een vér-gezochte uitleg voor te willen vinden. In die gedachtengang kan men echter verder gaan, en beweren, dat de gevolgen van de eenzijdige overheidsbeslissing (zijnde het reglementair bestanddeel) volledig door het contract zelf kunnen worden opgevangen. Deze auteur bekent toch zelf dat de bevoegdheid van het bestuur om de inhoud van de concessie te wijzigen, desnoods door de contractuele regelen kan worden verantwoord (39). Wat de eenzijdige intrekking van de concessie betreft, die op absolute wijze door de rechtspraak wordt aanvaard, zij kan, zelfs indien zij niet formeel in het concessiecontract is bedongen, worden aangezien als stilzwijgend door de partijen aangenomen, gezien de aard van het object van de overeenkomst (40). De rechtbanken kennen evenwel schadevergoeding toe aan de concessiehouder in geval van intrekking die tegen de contractuele bepalingen in plaats heeft, ook indien het contract niet uitdrukkelijk deze schadevergoeding bedongen heeft. De heer Vauthier meent hierin een afwijking te zien van de civielrechtelijke beginselen, aangezien de intrekking op zich zelf niet onrechtmatig is (41). De vraag rijst echter, of het contract in elk geval niet mag worden geïnterpreteerd alsof de partijen de ontijdige intrekking als grond voor schadevergoeding hebben aanvaard, gezien de bijzondere aard van het concessieobject zelf.

Hoe paradoxaal ook, schijnen derhalve argumenten voorhanden om ook het concessiecontract door de classieke burgerrechtelijke beginselen te kunnen uitleggen.

Toch schijnt het, alles bijeengenomen, logischer in weerwil van die argumentering het administratief karakter van het concessiecontract te aanvaarden, wegens het reeds benadrukte bij andere contracten zich niet voordoende feit, dat het bedoelde contract op de exploitatie van een openbare dienst is gericht, en dat de contractuele bedingen daar volledig worden bij aangepast.

*
* *

De openbare lening wordt door Buttgenbach en Wigny als een administratief contract bestempeld. Het is onbetwistbaar dat talrijke bijzondere wetsbepalingen op dat contract toepasselijk zijn (42). Of er werkelijk een fundamentele breuk in het evenwicht van het contract aanwezig is, door het recht dat aan de administratie zou behoren om eenzijdig de leningsvoorwaarden te wijzigen, om o.m. een gedwongen conversie toe te passen, valt zeer te betwijfelen (43).

Besluit.

De naar voren gebrachte beschouwingen willen slechts doen uitschijnen dat betreffende het administratief contract in België lang geen eenheid van inzicht bestaat. In de huidige stand van de competentieregeling is het ook niet absoluut noodzakelijk haarfijn op het theoretisch vlak uit te maken in welke mate een bepaald contract als administratief te beschouwen is, aangezien de burgerlijke rechter er in geslaagd is, zij het soms op vrij pragmatische wijze, de verhoudingen tussen de partijen op een redelijke wijze te beoordelen.

Het begrip « administratief contract » is wel doorslaggevend bij de vraag of het mogelijk is, bepaalde contracten, zoals het concessiecontract in het bevoegdheidsgebied van de administratieve rechter te plaatsen (44). Er kan voorgehouden worden dat de verhoudingen die uit een administratief contract voortspruiten niet van burgerlijke aard zijn, zodat artikel 92 van de grondwet niet toepasselijk is op de geschillen die ermede verband houden.

(1) Zie Errera, P., Traité de Droit public belge, 1918, nr. 236; Vauthier, M., Précis du Droit administratif de la Belgique, 1937, nr. 230 ; Répertoire pratique du droit Belge, Concession, nr. 39.
(2) Moureau, L., Notes de Cours de droit administratif, 1946, p. 144.
(3) Laubadère, A. de, Traité élémentaire de droit administratif, 1957, nr. 507.
(4) Vauhier, M. Analyse d'une construction juridique : les « actes détachables en droit administratif », Journal des Tribunaux, 1958, p. 413-417.
(5) de Laubadère, op. cit., nr 505.
(6) Mast, A., Overzicht van het Administratief Recht, 1962, nr. 68.
(7) Over de Belgische rechtsleer : Orianne, P., La loi et le contrat dans les concessions de service public, 1961, nr. 15-16.
(8) Buttgenbach, A., Manuel de droit administratif, 1959, nr. 383.
(9) Poorterman, J., Entreprises de Travaux et de Fournitures, p. 23 ; in dezelfde zijn ook Flamme, M-A, Les Marchés de l'administration, p. 17.
(10) Wigny, P., Droit Administratif, 1962, nrs. 362 en 364.
(11) Rivero, J., Droit Administratif 1962, nr. 111 ; Waline, M., Droit Administratif, 1959, nr. 900. In Frankrijk bestaat bovendien meningsverschil aangaande de betekenis van de « clause exorbitante ». Aldus schrijft Waline, loc. cit.; « Pour M. Vedel la clause exorbitante est toute clause inhabituelle dans les contrats de droit privé. Pour moi, c'est toute clause qui dans un contract de droit privé, serait nulle comme contraire à l'ordre public ».
(12) Te vermelden zijn in dat verband de arresten van het Hof van Cassatie d.d. 24 october 1958, Journ. Trib. 1958, p. 721-722, en d.d. 24 october 1932, Pas. 1932-I-283, uit dewelke blijkt dat de administratieve overheid door de burgerlijke rechter tot de uitvoering van de door haar aangegane contractuele verplichtingen kan worden veroordeeld.
(13) Buttgenbach, op. cit.
(14) Mast, A., op. cit. nr. 146. A fortiori geldt het beginsel voor de collectieve ingebruikneming van het openbaar domein.
(15) Orianne P., op. cit. nrs 290 en 291. Ook Valerius A., Concessions et régies communales, blz. 162, in dezelfde zin.
(16) Wigny, P. op. cit. nrs. 339 en 340. Volgens de h. Wigny zouden de postcheckdienst en de alg. spaar- en lijfrentekas echter niet onder het contractueel regime vallen doch voor deze opinie ontwikkelt hij geen argumenten.
(17) Moureau, L., Notes de Cours de Droit administratif, 1946, blz. 144 ; Wigny, op. cit. nr. 371.
(18) Voor de bibliografie, Mast, op. cit. blz. 72.
(19) Wigny, op. cit. nrs 370 en vlg.; de Grand'Ry, A., Les marchés de fournitures et de travaux publics, p. 12 ; Flamme, A.M., op. cit. p. 16 ; deze eerst genoemde auteurs beklemtonen de autonomie van het besproken contract ten aanzien van het burgerlijk recht. De andere strekking wordt aangetroffen bij schrijvers, zoals Douxchamps, Y., Les marchés passés par l'Etat sont ils des contrats administratifs, Journ. Trib., 1954, p. 110-13; Wautier, L.A. Y a-t-il en droit belge des contrats administratifs, Journ. Trib. 1956, p. 65-66.
(20) De auteurs plegen een groter aantal specifieke kenmerken van het contract te vermelden : Répertoire pratique du dr. belge, Travaux publics, nr. 6-8. Om de reeds uiteengezette redenen lijken deze kenmerken slechts ten dele doorslaggevend bij het beantwoorden van de gestelde vraag.
(21) Zie betreffende de ontoereikendheid van de door de burgerlijke rechter verleende bescherming, Mast, op. cit. nr. 81. De tussenkomst van de Raad van State wordt uitvoerig behandeld door Remion, F.M., Le Conseil d'Etat et les marchés de l'administration, Annales de la Fac, de droit de l'Univ. de Liége, 1960, p. 427 en vlg.
(22) Douxchamps, loc. cit. p. 111.
(23) Depage, Droit Civil Belge, I, nr. 155bis.
(24) Aldus Répert. prat. du droit belge, Obligations, nrs. 70, 75 en 79.
(25) Delvaux, A., Traité juridique des bâtisseurs, II, nr. 410.
(26) Flamme, op. cit. p. 324. Door dezelfde auteur worden in een jongere publicatie twee uitspraken van de burgerlijke jurisprudentie vermeld, zie Les Contrats administratifs, in de Receuil de jurisprudence du Conseil d'Etat etc., 1960, blz. 235-236.
(27) de Grand'Ry ; op. cit. p. 181.
(28) Dekkers, R., Burgerlijk recht, II, nr 480.
(29) Dekkers, op. cit., nr. 1114.
(30) Commentaire pratique du nouveau cahier général des charges et de l'arrêté royal du 5 octobre 1955 organique des marchés de l'Etat, 1956, door de Grand'Ry en Flamme, Zie de bespreking van de onderscheiden in het algemeen bestek voorkomende bepalingen.
(31) Poorterman, op. cit., p. 152 ; de Grand'Ry, op. cit. p. 290, Douxchamps, op. cit. p. 112.

(32) Het argument wordt door Douxchamps voorgedragen, loc. cit.

(33) Zie Rivero, op. cit., nr. 125 wat de Franse « imprévisionleer » betreft.

(34) Orianne, op. cit., nr. 81.

(35) Rép. prat. du Dr. Belge, Concessions, nr. 58.

(36) Orianne, op. cit., nr. 122.

(37) Bonnard, R., Précis de Droit Public, 1944, p. 304. Wigny, op. cit. nr 379, wat het financiële karakter van het contract betreft.

(38) Orianne, op. cit. nr. 97. —

(39) Orianne, op. cit. nr 74. In de rechtsleer wordt de mening, dat het bestuur, bij onstentenis van contractuele bepaling dienaangaande, de concessiehouder direct kan *dwingen* gewijzigde concessievoorwaarden te aanvaarden, niet door afdoende referenties naar de rechtspraak gestaafd.

(40) Rép. prat. droit belge, Concessions, nrs. 54-55. Het dreigen met intrekking van de concessie is een dwangmiddel, dat de concessiehouder tot het toestemmen met de wijziging in de concessie kan brengen.

(41) Vauthier, M., Observations sur la notion de contrat dans le régime des concessions, Revue critique de jurisprudence belge, 1954, blz. 44-47.

(42) Matton, H., Droit budgétaire, Novelles, nrs. 3062 en volgende.

(43) Wat de tussenkomst van de wetgever betreft, o.m. op het stuk van de gedwongen lening, zie Pandectes B. Emprunt, nrs 72 en volgende.

(44) Vauthier, Observations sur la notion etc., loc. cit.

DE BETEKENIS VAN DE RAAD VAN STATE – AFDELING GESCHILLEN VAN BESTUUR – VOOR DE ONTWIKKELING VAN HET GRONDWETTELIJK EN HET ADMINISTRATIEF RECHT, IN BELGIE

door

Prof. R. SENELLE

Hoogleraar aan de Universiteit te Gent.

Ingesteld bij de wet van 23 december 1946, na een lange doctrinale en parlementaire voorbereiding, zag de afdeling administratie van de Raad van State zich geplaatst voor een ontzaglijke taak, wanneer de voormelde wet bij besluit van 23 augustus 1948 volledige uitwerking verkreeg.

De grootste verwachtingen werden in verband met het hoogste administratief rechtscollege van het land gekoesterd. Reeds tijdens de parlementaire bespreking werd erop gewezen dat aan de afdeling geschillen van bestuur in de Raad een dubbele taak toevertrouwd zou worden : ervoor waken dat alle administratieve overheidspersonen tot op het hoogste vlak de wetten naleven; door de totstandkoming van een rechtspraak inzake geschillen van bestuur de eenheid en vastheid van de beginselen inzake administratief en grondwettelijk recht in de hand werken. Tevens zouden aldus alle administratieve overheidspersonen ertoe genoopt worden de wettelijkheid te eerbiedigen, daar anders hun beslissingen konden worden vernietigd (1).

Behalve zijn bevoegdheid als rechter inzake administratieve geschillen, werd aan de afdeling geschillen van bestuur de taak opgedragen om de regering van advies te dienen over bestuursaangelegenheden die tot geen geschil aanleiding zouden hebben gegeven (wet van 23 december 1946, art. 6).

Het eerste verzoekschrift in de vereiste vorm kwam ter griffie binnen op 27 augustus 1948. Hoe omvangrijk de taak van de afdeling geschillen van bestuur tot nog toe is geweest blijkt op voldoende wijze uit de hierna volgende tabel :

Adviezen en Arresten geveld op grond van de artikelen 7 § 1, 8, 9 en 10.

	IIIe k. Franse kamer	IVe k. Nederl. kamer	Ve k. (*) Tweetalige kamer	VIe k. Franse kamer	VIIe k. Franse kamer
einde 1958	2.217	2.459	202	1.608	104
van 1.1.1959 tot 31.12.1961	656	1.024	77	495	3
einde 1961	2.873	3.483	279	2.103	107

Adviezen verleend op grond van artikel 6.

	IIIe k. Franse kamer	IVe k. Nederl. kamer	Ve k. Tweetalige kamer	VIe k. Franse kamer	TOTAAL
einde 1958	65	20	179	—	264
van 1.1.1959 tot 31.12.1961	22	10	—	24	56
einde 1961	87	30	179	24	320

(*) In feite zelfde samenstelling als de Nederlandse kamer (IV).

Uit bovenstaande tabel kan worden opgemaakt dat er een wanverhouding bestaat tussen de Nederlandse — tevens tweetalige kamer — en de beide Franse kamers van de afdeling administratie. Immers op 31.12.1961 hebben de drie raadsheren van de Nederlandse taalrol (IVe en Ve kamers) 3.762 arresten gewezen, terwijl de zes raadsheren van de twee Franse kamers te zamen slechts 4.976 arresten hadden gewezen. Het komt derhalve geraden voor zo spoedig mogelijk een tweede Nederlandse kamer in te stellen.

* * *

Het bepalen van de grenzen van zijn eigen bevoegdheid, inzonderheid ten aanzien van de zogenaamde burgerlijke rechten, is één van de belangrijkste problemen waarvoor de Raad van State zich geplaatst heeft gezien. Immers, luidens art. 92 van de Grondwet behoren de geschillen over burgerlijke rechten tot de kennisneming van de gewone rechter, wat inhoudt dat wanneer de rechtsvordering van de verzoeker onder toepassing van dit algemeen beginsel valt, de Raad van State zich onbevoegd verklaart.

Het klassiek onderscheid tussen politieke en burgerlijke rechten is het beginsel vanwaar de Raad van State is uitgegaan bij het bepalen van zijn bevoegdheid tegenover die van de gewone rechtbanken. Evenwel heeft de Raad van State bij de kwalificering van de rechten een ander criterium gebruikt dan het Hof van Cassatie, dat zijn rechtspraak steeds gesteund heeft op een materieel criterium. Het Hof beschouwt de inhoud van het recht zelf, met het gevolg dat als de burgerrechtelijke aard van een bepaald recht eenmaal is vastgesteld, alle geschillen betreffende een dergelijk recht bij uitsluiting tot de kennisneming van de gewone rechtbanken behoren. De Raad van State daarentegen is steeds uitgegaan van een formeel criterium : wanneer de wetgever de beslissing over een bepaald recht aan een administratief rechtscollege heeft opgedragen, moet hieruit noodzakelijk en logisch worden afgeleid dat de wetgever dit recht als een politiek recht heeft beschouwd. Dit beginsel van het formeel criterium werd in de naoorlogse periode, inzonderheid door Prof. Staatsraad Mast met klem verdedigd. In zijn onlangs verschenen « Overzicht van het Belgisch Administratief Recht » (2) stipt deze auteur aan dat de wet dikwijls aan sommige categorieën van burgers, onder de door haar bepaalde voorwaarden, een recht geeft op erkenning, vergoeding, pensioen, tegemoetkoming of schadeloosstelling.

Op de vraag naar de aard van dit recht merkt Prof. Mast zeer terecht op dat uit het feit dat de wet aan administratieve rechtscolleges bevoegdheid heeft verleend om over de erkenning van deze rechten uitspraak te doen, moet worden opgemaakt dat deze geen burgerlijke rechten kunnen zijn, ingevolge het bepaalde bij art. 92 en 93 van de Grondwet. De wetgever die onder de gestelde machten de volheid van bevoegdheid heeft, is bij het stilzwijgen van de Grondwet alleen aangewezen om de inhoud van de begrippen « burgerlijk » en « politiek » recht te bepalen, zodat de door de wet bepaalde bevoegdheidsregeling het zekerste criterium is om het politieke recht van het burgerlijke recht te onderkennen.

Het mag als een gelukkig feit worden beschouwd dat voormelde stelling in de rechtsleer hoe langer hoe meer ingang vindt, ofschoon tussen de rechtspraak van het Hof van Cassatie en die van de Raad van State, betreffende de begrippen « politieke en burgerlijke rechten » tot nog toe geen volstrekte overeenstemming bestaat. In dit verband moet worden gewezen op het arrest Reynaerts, nr 2.700, dd. 13.7.1953 (3), waarin de Raad van State uitspraak heeft gedaan over zijn bevoegdheid naar aanleiding van een beroep tot vernietiging van de akte tot vaststelling van de weddeschaal van het personeel van de Nationale Maatschappij van Belgische Spoorwegen. De Raad stelt vast dat bedoelde akte uitgaat van een administratieve overheid en verklaart zich derhalve bevoegd, steunend op de overweging dat, wat de aard van de eis betreft, de administratieve akten niet buiten de vernietigingsmacht van de Raad van State vallen omdat hun vernietiging burgerlijke rechten beïnvloedt; dat voor zover tegen die akten geen beroep bij de gewone rechtbank open staat, zij door de Raad van State kunnen worden vernietigd; dat het beroep strekt tot vernietiging van een objectieve en reglementaire bepaling, en niet van een akte waarbij die bepaling op het geval van verzoeker wordt toegepast; dat verzoeker, door die bepaling te bestrijden niet vraagt dat een subjectief recht wordt erkend; dat derhalve het voorwerp van het beroep niet tot de bevoegdheid van de gewone rechtbanken behoort.

Het Hof van Cassatie heeft zich met die zienswijze betreffende de verordenende bepalingen waaruit burgerlijke rechten ontstaan, bij arrest dd. 2.7.1954 verenigd en heeft geoordeeld dat zowel uit de vaststellingen van het bestreden arrest als uit het verzoek van verweerder blijkt dat verweerder, wanneer hij zich beriep op het feit dat artikel 8 van het statuut van het personeel van eiseres hem naar zijn mening het recht verleende op een bezoldiging gelijk aan die voor het Rijkspersoneel, hij er zich niet toe beperkt heeft in het eerste voorwerp van zijn verzoekschrift te eisen dat de weddeschaal nr 207 vastgesteld door eiseres in 1951 ten aanzien van diverse categorieën van het statutair personeel, als niet bestaande tegenover hem zou worden beschouwd, welke eis tot de bevoegdheid van de rechtbanken van de rechterlijke macht zou hebben behoord; dat hij de vernietiging erga omnes van alle bepalingen van genoemde weddeschaal heeft gevorderd; dat geen enkele rechterlijke overheid bevoegd zou zijn om van zodanige eis kennis te nemen; dat aangezien die eis niet onder de rechterlijke overheden ressorteert, artikel 20 van de wet van 23 december 1946 evenmin als enige andere wetsbepaling het Hof bevoegd maken om na te gaan of de Raad van State zich terecht bevoegd heeft verklaard om van die eis kennis te nemen.

Van fundamenteel belang in hetzelfde verband is het arrest van het Hof van Cassatie van 21.12.1956, inzake *Trine tegen de Belgische Staat,* waar het Hof aanvaardt dat het recht op werkloosheidsuitkering een politiek recht is en, al zegt het arrest het niet uitdrukkelijk, de opvatting van advocaat-generaal *Ganshof van der Meersch* tot de zijne maakt, namelijk dat als een politiek recht moet worden beschouwd : « des droits de participation, au titre de membre de la collectivité nationale politiquement organisée, à la distribution des services et avantages que la puissance publique procure. Ce ne sont pas des droits d'exercice, mais des droits de jouissance, donc les intérêts de jouissance juridiquement protégés. Tels sont le droit à l'usage des services publics, le droit d'admission aux emplois publics, le droit aux dommages de guerre, le droit à la sécurité sociale et bien d'autres ».

De sfeer van de politieke rechten wordt hierdoor zodanig verzuimd dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie en die van de Raad van State, ondanks

het verschil van beginselen, praktisch meestal tot dezelfde gevolgen zullen leiden.

Met het arrest *De Bruecker* (28 mei 1958, I, Pas. blz. 1067) houdende vernietiging van het arrest van de Raad van State *De Bruecker*, nr 4.021, van 24 januari 1955, heeft het Hof van Cassatie weliswaar enige twijfel doen ontstaan omtrent de evolutie van zijn rechtspraak. Volgens de Raad van State is het recht op een militair invaliditeitspensioen, toegekend overeenkomstig de bepalingen van de wetten op de militaire pensioenen bij koninklijk besluit dd. 11 augustus 1953 gecoördineerd, een politiek recht, gelet vooral op artikel 67 waarbij aan de Koning wordt opgedragen commissies in te stellen om « te beslissen over de rechten op de bij onderhavige wet bepaalde pensioenen en verstrekkingen » en waarbij beroep tegen die beslissingen wordt opengesteld « bij een hoger rechtscollege dat in laatste instantie uitspraak doet ». Uitgaande van het formeel criterium, oordeelde de Raad van State, dat dit recht als een politiek recht moest beschouwd worden. Het Hof van Cassatie integendeel blijft hier dus bij de verouderde opvatting, dat het recht op een militair invaliditeitspensioen een burgerlijk recht is, dat de artikelen 64 en 67 van de wet op de militaire pensioenen de aard van dit recht niet kunnen wijzigen. Deze opvatting van het Hof van Cassatie werd terecht nadien aan scherpe kritiek onderworpen.

Het ligt voor de hand dat uit de hiervoor geciteerde controversen blijkt, dat alleen de wetgever aan de bestaande verwarring een einde kan maken, namelijk door zich duidelijk uit te spreken over de aard van elk recht waarvan hij de eerbiediging wil doen erkennen. Waar de wetgever een subjectief recht instelt mag hij niet nalaten te bepalen of dergelijk recht al dan niet een burgerlijk recht is. We zullen de delicate vraag naar de grenzen van de beoordelingsmacht van de wetgever ten aanzien van de artikelen 92 en 93 van de Grondwet hier buiten beschouwing laten, ofschoon we de mening zijn toegedaan dat de wetgever hier over het ruimste appreciatierecht beschikt. Ingeval hij oordeelt dat het door hem erkende recht een politiek recht is, laat art. 93 van de Grondwet toe administratieve rechtscolleges in te stellen om over de eerbiediging van zodanig recht te oordelen.

In elk geval dient te worden onderstreept dat de Raad van State, door de talrijke arresten die hij nopens zijn eigen bevoegdheid heeft gewezen, de inhoud van de begrippen « politiek » en « burgerlijk » recht veel duidelijker heeft gemaakt, zodat de taak van de wetgever hier in aanzienlijke mate werd vergemakkelijkt, hetgeen blijkt uit de lijst van de hierna vermelde arresten waarin de Raad zich telkens impliciet nopens de aard van een bepaald recht heeft uitgesproken.

De Raad van State heeft beslist, dat de wetgever de gewone rechter bevoegd heeft verklaard om kennis te nemen van geschillen betreffende :

— de uitkering van pensioenen
  arrest *Hautain* nr 2008 van 4.12.1952
  arrest *Martin* nr 2157 van 29.1.1953
— de uitbetaling van wedden
  arrest *Baudry* nr 2787 van 1.10.1953
— steun vanwege een openbare instelling
  arrest *Van Ghelder* nr 2821 van 19.10.1953
— verkeersbelastingen
  arrest *Hermans* nr 2854 van 28.10.1953
— anciënniteitsbijslagen
  arrest *Erauw* nr 2993 van 14.12.1954
— uitbetaling van wedden
  arrest *Feron* nr 3085 van 21.1.1954
— registratierechten
  arrest *Deutsch* nr 3114 van 1.2.1954
— terugbetaling van onderstandskosten
  arrest *Scheyvaerts* nr 3141 van 8.2.1954
— arbeidsongevallen
  arrest *Hermant* nr 3166 van 19.2.1954
— de sociale zekerheid
  arrest *Van Eeckhout* nr 3230 van 15.3.1954
— pensioenen
  arrest *Deruelle* nr 3333 van 15.4.1954
— verschuldigd zijn van invoerrechten
  arrest *Rousseau* nr 3334 van 15.4.1954
— verzet tot betaling
  arrest *De Troch* nr 3393 van 14.5.1954
— inhoudingen voor vrije inwoning
  arrest *Stabel* nr 3426 van 31.5.1954
— krenking van de eer van verzoeker
  arrest *Javaux* nr 3448 van 4.6.1954
— uitbetaling van wedden
  arrest *Clinckspoor* nr 3482 van 14.6.1954
— arbeidsongevallen
  arrest *Baetens* nr 3535 van 1.7.1954
— krenking van het recht op benoeming
  arrest *Van den Eynde* nr 3559 van 7.7.1954
— pensioenen
  arrest *Moors* nr 3570 van 8.7.1954
— weigering van hulpgeld
  arrest *Etienne* nr 6674 van 6.11.1958

Daarentegen heeft de Raad van State zich bevoegd verklaard inzake :

— invaliditeitspensioenen
  arrest *Leys* nr *2151* van 28.1.1953
  arrest *Christophe* nr 2199 van 12.2.1953

* * *

In verband met de uitoefening van de bij de Grondwet gewaarborgde rechten en vrijheden, heeft de Raad het beginsel bekrachtigd van de onschendbaarheid der woning, daar het vaststaat dat geen enkele wet een huiszoeking toestaat met het oog op de controle op de verklaringen die door aanvragers van werkloosheidsuitkeringen worden gedaan. De Raad beslist derhalve dat een verklaring waarin de aanvrager van uitkeringen aan controleurs toestaat de juistheid van zijn verklaringen te allen tijde en met alle middelen na te gaan, gelet op de algemene bewoordingen waarin zij is gesteld, niet mag worden opgevat als een toestemming tot het verrichten van huiszoekingen. Die toestemming moet op ondubbelzinnige wijze en voor één bepaald geval worden gegeven (arrest *Dhont*, nr. 5160 van 5 juni 1956).

* * *

Van uitzonderlijk belang mag de rechtspraak van de Raad van State worden geheten op het stuk van de in de Grondwet vervatte beginselen betreffende de organisatie, de werking, de bevoegdheid van de Uitvoerende Macht.

Wat de grenzen van de bevoegdheid van de Koning betreft als hoofd van de Uitvoerende Macht, dient in dit verband de gans bijzondere aandacht te worden gevestigd op het arrest *François*, nr. 115 van 26-8-1949. In deze zaak betoogde de Staat dat een koninklijk besluit, waarin het geval van een bepaalde ambtenaar wordt bedoeld, te allen tijde mag afwijken van een ander koninklijk besluit en met name van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende statuut van het Rijkspersoneel.

Nopens de gegrondheid van deze stelling was de rechtsleer, vooral vóór de afkondiging van de wet van 23 december 1946, verdeeld. Voor- en tegenstanders beriepen zich immers op argumenten gesteund op de hoofdbeginselen van het staatsrecht.

De Raad van State heeft de stelling van de Staat verworpen, hierbij uitgaande van de overweging dat uit het verslag aan de Koning, dat aan het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 voorafgaat, en uit de parlementaire voorbereiding der wet van 23 december 1946 houdende instelling van een Raad van State, blijkt, dat de Uitvoerende Macht de loopbaan van het Rijkspersoneel heeft willen waarborgen door een in de vorm van algemeen reglement gecoördineerd statuut, dat het handvest van het Rijkspersoneel is, terwijl de Wetgevende Macht deze waarborgen heeft bekrachtigd door het beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State. De Raad voegde hieraan toe dat het koninklijk besluit van 30 maart 1939 (dat een algemeen besluit is, genomen overeenkomstig het statuut van 2 oktober 1937) en het besluit van de Regent van 20 juli 1946, houdende geldelijk statuut van het door de Staat bezoldigd personeel, algemene reglementen afkondigen welke rechtsregelen zijn en enkel door algemene bepalingen kunnen gewijzigd worden, en waarvan slechts kan worden afgeweken overeenkomstig algemene bepalingen die zulke afwijkingen toelaten.

Uit het arrest *François* blijkt dat aan het koninklijk besluit van 2 oktober 1937, houdende statuut van het Rijkspersoneel en aan de koninklijke besluiten die het aanvullen, geen afbreuk mag worden gedaan door besluiten, zelfs van de Koning, die individueel een bepaald personeelslid betreffen. De Uitvoerende Macht kan van het statuut niet afwijken dan in de gevallen en in de vormen die overeenkomstig het statuut zelf zijn geoorloofd, met het gevolg dat het statuut zelf een rechtsregel wordt.

Anderzijds ziet men dat de Raad tot staving van de door hem voorgestane oplossing veeleer steunt op de eenparige wil van de wetgever en van de Uitvoerende Macht zelf, zoals die tot uiting is gekomen in het verslag van de Koning dat aan het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 voorafgaat, en in de parlementaire voorbereiding van de wet van 23 december 1946, dan op de algemene beginselen, die de voorstanders van de ene of van de andere stelling in verschillende zin aanvoeren.

In hetzelfde verband moet worden gewezen op de rechtspraak volgens welke een overheid haar bevoegdheid te buiten gaat zo zij bij de behandeling van een afzonderlijk geval een beslissing van algemene aard neemt, terwijl de wet haar een beoordelingsrecht verleent om over ieder geval afzonderlijk te beslissen (arresten *Ziegler de Ziegleck,* nr. 731 van 3 februari 1951; *Vandereyken,* nr. 685 en *Knarren,* nr. 686, van 19 januari 1951).

Ook ten aanzien van de verordenende bevoegdheid en de afbakening van de grens tussen de bevoegdheid van het Staatshoofd en die van de Ministers, heeft de Raad van State de klemtoon gelegd op bepaalde beginselen welke voor het publiekrecht van uitzonderlijke betekenis zijn.

Als algemene regel stelt de Raad dat de Ministers geen andere bevoegdheid hebben dan die welke hun wordt verleend door de wet (arresten *De Bondt,* nr. 3430 van 31 mei 1954 ; *Lucas,* nr. 3462 van 10 juni 1954) of door een reglementaire bepaling (arrest *Brasseur,* nr. 3583 van 9 juli 1954). De Ministers zijn gehouden de koninklijke besluiten toe te passen (arrest *Raad van de Kerkfabriek van Statte-Hoei,* nr. 3480 van 11 juni 1954) en mogen zich niet in de plaats stellen van het Staatshoofd. Zij kunnen dan ook enkel verordende bepalingen uitvaardigen wanneer zij daartoe zijn gemachtigd (arresten *Mangain,* nr. 2849 van 26 oktober 1954 ; *Ribbens,* nr. 3631 van 14 juli 1954).

Zelfs indien een bij de wet bedoeld statuut niet is uitgevaardigd, geeft zulks geen discretionaire macht aan de bevoegde Minister om ambtenaren te benoemen (arrest *Van Malderen,* nr. 2794 van 8 oktober 1953).

Wanneer de wetgever blijkens de parlementaire voorbereiding heeft beslist dat de wijze van storting van de bijdragen door de Koning wordt geregeld op de voordracht van drie ministers, moet het besluit genomen op de voordracht van één enkel Minister, worden vernietigd (arrest *N.V. Compagnie Belge d'Assurances Générales sur la Vie en cs.,* nr. 7529 van 8 januari 1960).

Het koninklijk besluit van 8 oktober 1958, medeondertekend door de Minister van Volksgezondheid en van het Gezin, had de ter uitvoering van de wet vastgestelde termijnen, waarbinnen de aangelanden voor de lozing van afvalwaters, de bepalingen van de wet van 11 maart 1950 op de bescherming van de wateren tegen verontreiniging moeten nakomen, verlengd. Terzake heeft de Raad beslist dat de Uitvoerende Macht, toen zij de uitwerking van de wet van 11 maart 1950 schorste, beslist heeft met machtsoverschrijding en met schending van artikel 67 van de Grondwet, dat de Koning verbiedt de wetten te schorsen of van hun uitvoering te ontslaan. (arrest *V.Z.W. Fédération des Sociétés de Peche « Les Amis de la Mehaigne du Geer et de la Sochle »,* nr. 7779 van 8 april 1960).

Nopens de discretieplicht die volgt uit de Grondwet, heeft de Raad van State brieven van het Kabinet des Konings en een nota van de Minister aan dat Kabinet uit de debatten geweerd, uitgaande van de overweging dat de bij artikel 63 van de Grondwet bepaalde onschendbaarheid van de Koning ten gevolge heeft dat een stuk waaruit blijkt hoe een koninklijk besluit tot stand komt in gemeen overleg tussen de Koning en de verantwoordelijke Minister, niet openbaar mag worden gemaakt. (arrest *Meulemeester,* nr. 7082 van 19 mei 1959).

Op grond van hetzelfde beginsel heeft de Raad beslist dat de eis om bij wege van enquête vast te stellen, dat een ontwerp van koninklijk besluit aan de Koning ter ondertekening zou zijn voorgelegd, niet kan worden ingewilligd omdat uit artikel 64 van de Grondwet volgt, dat elk koninklijk besluit de uitkomst moet zijn van het overleg tussen het Staatshoofd en de verantwoordelijke Minister; dat uit de in artikel 63 van de Grondwet bepaalde onschendbaarheid van de Koning volgt, dat geen stuk, waaruit blijkt hoe bij gemeen overleg tussen de Koning en de verantwoordelijke Minister een koninklijk besluit tot stand komt, openbaar mag worden gemaakt (arrest *Vandendries,* nr. 7888 van 24 mei 1960).

Het is een algemeen beginsel van ons grondwettelijk recht dat een Minister gehouden is zijn bevoegdheid uit te oefenen. Nochtans gaat hij die te buiten als hij een toestand dekt die in strijd is met de bepalingen waarvan de toepassing onder zijn bevoegdheid valt (arrest *Vanaerschot,* nr. 2793 van 8 oktober 1953).

Wanneer de Minister een beslissing niet kan nemen, zonder vooraf het advies van een bij wet of verordening daartoe aangesteld orgaan ingewonnen te hebben, dient hij deze verplichting na te komen op straffe van nietigheid (arrest *Braekman,* nr. 3227 van 15 maart 1954). Maar de raadpleging is beperkt tot het kader van de bevoegdheid van het betrokken orgaan (arresten *Vandecan,* nr. 2195 van 16 november 1954 ; *Dumortier,* nr. 3027 van 4 januari 1954 ; *Sterck,* nr. 3557 van 7 juli 1954).

Wat de beoordeling van de verdiensten van kandidaten betreft, heeft de Minister in de regel een vrij beoordelingsrecht (arresten *Lenart,* nr. 3012 van 2 juli 1953; *Kerger,* nr. 3026 van 4 januari 1954); hij dient evenmin zijn beoordeling door documenten te verantwoorden (arrest *Bontinck,* nr. 3550 van 7 juli 1954), tenzij deze beoordeling aan de Koning is voorbehouden (arrest *Winandy,* nr. 2766 van 18 september 1953).

De betwistingen betreffende de taalregeling in de diensten van de luchthaven te Melsbroek zijn aanleiding geweest voor de Raad van State tot vernietiging van de beslissing van de Minister van Verkeerswezen, omdat die regeling bestond in maatregelen tot uitvoering van artikel 4 van de wet van 28 juni 1932 op het gebruik der talen in bestuurszaken, welke maatregelen krachtens artikel 67 van de Grondwet door de Koning moeten worden genomen (arrest *Lacourt* en Consoorten, nr. 1411 van 27 maart 1952).

* * *

Van zeer uitzonderlijk belang voor de ontwikkeling van het bestuursrecht in België, is de belangrijke bijdrage van de Raad van State tot de omschrijving van de begrippen «administratieve overheid», «administratief rechtscollege», «openbare instelling» en «openbare diensten».

Bij de ontleding van de hoedanigheid van administratieve overheid heeft de Raad van State twee basiscriteria in aanmerking genomen : enerzijds het beslissingsrecht van de betrokken overheid, wanneer hij heeft beslist dat de algemene vergadering der notarissen geen administratieve overheid is, omdat de wet haar geen beslissingsrecht verleent met betrekking tot de uitoefening van het notarisambt (arrest *Verstynge,* nr. 2969 van 7 december 1953), anderzijds de aard van de opdracht, wanneer de Raad heeft aangenomen dat de Nationale Maatschappij voor Goedkope Woningen een administratieve overheid is, omdat zij door de openbare machten ter uitvoering van een wet is ingesteld en belast is met een opdracht van openbaar belang onder controle van Regering en Parlement. De privaatrechtelijke vorm van de maatschappij en de aanwending van privaatrechtelijke procédés doen haar het karakter van administratieve overheid niet verliezen (arrest *Mombach,* nr. 3126 van 5 februari 1954).

Als grondslag om te bepalen of de akte waarvan de vernietiging wordt aangevraagd, een akte van een administratieve overheid is in de zin van artikel 9 van de wet, neemt de Raad van State de hoedanigheid van de auteur van die akte in aanmerking en niet de inhoud ervan. Zo verklaarde hij zich onbevoegd tot het vernietigen van een akte van administratieve aard, verricht door een orgaan van de rechterlijke macht (arrest *Dubois,* nr. 295), terwijl hij zich daarentegen bevoegd achtte om uitspraak te doen over een verzoek tot nietigverklaring van een besluit waarbij een vrederechter van het bedienen van een kanton werd ontlast (arrest *Higny,* nr. 628 van 15 december 1950) en van een besluit houdende benoeming van een griffier (arrest *Winkelmans,* nr. 994 van 3 juli 1951).

Naar de rechtspraak van de Raad is het Nationaal Werk der oorlogsinvaliden een administratieve overheid in de zin van artikel 9 van de wet tot oprichting van de Raad van State. Deze beslissing steunt hierop dat het Nationaal Werk voor Oorlogsinvaliden, luidens artikel 2 van de wet van 11 oktober 1919, een openbare instelling is (arrest *Bossier,* nr. 5180 van 12 juni 1956).

Door beslissingen van de Nationale Maatschappij voor Goedkope Woningen te vernietigen heeft de Raad impliciet aangenomen dat de Nationale Maatschappij voor Goedkope Woningen en Woonvertrekken en de door deze maatschappijen erkende bouwvennootschappen administratieve overheden zijn in de zin van artikel 9 van de wet van 23 december 1946 (arrest *N.V. Rhodius-Deville,* nr. 5012 van 9 maart 1956).

Op de vraag of de tuchtraad van de Orde van Advocaten een administratieve overheid is, heeft de Raad ontkennend geantwoord (arrest *Chamart-Haussa,* nr. 5204 van 15 juni 1956). Het arrest stelt vast dat de tuchtraden niet onder de rechterlijke macht ressorteren, noch wegens de aard van de hun toevertrouwde functies, noch wegens de hoedanigheid van de personen over wie zij hun gezag uitoefenen. Het beroep wordt niet ontvankelijk verklaard, omdat, aldus de Raad van State, de wetgever, toen hij de Raad van State oprichtte, niet heeft bedoeld de door de vroegere wetten vastgestelde bevoegdheidsregeling, noch de door deze wetten bepaalde verdeling der bevoegdheden te wijzigen; dat artikel 9 van de wet van 23 december 1946 aan de Raad van State geen bevoegdheid verleent betreffende de beslissingen der rechtscolleges die tot de rechterlijke macht behoren, en zelfs betreffende de beslissingen der administratieve overheden die rechtstreeks bijdragen tot de uitvoering van de beslissingen van de rechtscolleges der rechterlijke orde; dat artikel 9 evenmin aan de Raad van State enige bevoegdheid verleent betreffende de beslissingen van de administratieve overheden, wanneer een wet de contrôle ervan heeft opgedragen aan rechtscolleges die behoren tot de rechterlijke macht.

Het arrest voert aan dat de wetsbepalingen betreffende de tuchtraden alle beroepen hebben opengesteld bij de rechtscolleges van de rechterlijke macht en dat de procureur-generaal in de gevallen waarin hij daartoe bevoegd is, de beslissingen van de tuchtraad aan dezelfde colleges moet voorleggen. Het arrest voegt hieraan toe dat er in de parlementaire voorbereiding van de wet betreffende de Raad van State geen enkele aanduiding is op grond waarvan men kan aannemen dat de wetgever bedoeld heeft enige wijziging te brengen aan de regeling waarbij de bedrijvigheid der tuchtraden uitsluitend aan de contrôle der rechtbanken werd onderworpen, zelfs wanneer de Uitvoerende Macht zich het recht had voorbehouden op te treden door toedoen van de procureur-generaal bij het Hof van beroep.

Al heeft de Centrale Dienst voor Contingenten en Vergunningen, ingevolge artikel 2 van de bij de wet van 26 juli 1935 bekrachtigde Belgisch-Luxemburgse Overeenkomst, delegatie van bevoegdheid van de gemengde Belgisch-Luxemburgse administratieve commissie gekregen, betekent dit niet, volgens de Raad van State, dat hij een niet-gepersonaliseerde dienst van de Belgische administratie is, die aan het hiërar-

chisch gezag van de Minister van Economische Zaken geheel onderworpen is. Het arrest stipt aan dat geen enkele wets- of reglementsbepaling de administratie toestaat een uitvoer te verbieden ter vrijwaring van 's lands intellectuele en artistieke belangen (arrest *Stoclet* en *Lion,* nr. 4590 van 7 oktober 1955).

In het arrest *N.V. Belgian Bunkering* van 25 april 1950 heeft de Raad een besluit van de Regent vernietigd, wegens niet-naleving van de wet van 23 december 1946, tweede lid, artikel 2.

Het begrip «akten der administratieve overheden» welke volgens artikel 9 van de wet voor nietigverklaring vatbaar zijn, werd nader toegelicht naar aanleiding van de beroepen ingediend door vreemdelingen die de nietigverklaring vroegen van ministeriële besluiten genomen ter uitvoering van de besluitwet van 28 september 1939 op de vreemdelingenpolitiek. De Staat, vertegenwoordigd door de Minister van Justitie, betwistte de bevoegdheid van de Raad van State, omdat de bestreden akten als regeringsdaden dienden te worden beschouwd. Het middel werd niet in aanmerking genomen. De Raad stelde vast dat de bestreden ministeriële besluiten administratieve akten waren, vastgesteld door een administratieve overheid op grond van de besluitwet van 28 september 1939 en dat de tegen bedoelde akten gerichte beroepen tot nietigverklaring, onder toepassing vielen van artikel 9 van de wet van 23 december 1946 (arrest *Bertoldi,* van 19 mei 1950 en twee gelijkluidende arresten in zake *Garatti* en *Saretto* van dezelfde datum).

Is de paritaire commissie, ingesteld bij de N.M.B.S., een administratief orgaan, niettegenstaande zij, behalve vertegenwoordigers van de raad van beheer, ook leden telt wier benoeming behoort aan de organisaties die de werknemers vertegenwoordigen?

Het Hof van Cassatie heeft op die vraag bevestigend geantwoord in het voormelde arrest van 27 november 1957 en ging uit van de overweging dat in de voorziening betoogd is dat, aangezien het statuut van het personeel krachtens artikel 13 van de wet van 23 juli 1926 opgemaakt is door een Paritaire Commissie welke samengesteld is, ten dele uit leden benoemd door de raad van beheer van aanlegster, en ten dele uit leden benoemd door de organisaties waarin de leden van het personeel gegroepeerd zijn, bewust statuut niet een akte is van de maatschappij, doch van personen die handelen, de ene als lasthebbers van de maatschappij en de andere als lasthebbers van het personeel; dat bewuste Commissie derhalve geen orgaan van de maatschappij is; dat uit de omstandigheid dat de leden van de Commissie benoemd worden, de ene door de raad van beheer en de andere door bedoelde organisaties, niet valt af te leiden dat elk dier leden, wanneer hij aan de werkzaamheden van de Commissie deelneemt, enkel een lasthebber is en handelt in naam van degenen die dat lid benoemd hebben; dat artikel 13 van de wet van 23 juli 1926 de bevoegdheden, welke het bepaalt, niet aan de leden van de Paritaire Commissie individueel verleent, doch aan de Commissie zelf, waarvan het de oprichting in de schoot van de aanleggende maatschappij voorschrijft en dat de Commissie mitsdien een orgaan van deze uitmaakt.

Van zeer uitzonderlijk belang is de rechspraak van de Raad van State volgens welke de Nationale Maatschappij van Belgische Spoorwegen een openbare dienst en een administratieve overheid is.

Deze Maatschappij handelt immers, naar het oordeel van de Raad, met het oog op het algemeen belang. Alleen de Regering heeft de bevoegdheid om de statuten op te maken en te wijzigen. De leden van de beheerraad worden benoemd door de Koning. Ook heeft de Staat zijn overheidsmacht op de exploitatie van de Spoorwegen naar gelang van de omstandigheden beperkt, wat duidelijk blijkt uit het feit dat de duur van de N.M.B.S. slechts op 75 jaren was bepaald. Bovendien overweegt de Raad van State dat het openbaar karakter van een bediening of een betrekking niet afhankelijk is van het feit dat de overheid, in dienst waarvan zij wordt uitgeoefend, deel heeft in het openbaar gezag. Het volstaat dat deze overheid een orgaan is dat door de overheidsmacht tot stand werd gebracht om onder haar gezag een openbare dienst waar te nemen.

(Arresten *Hendrickx,* nr. 6063 en *Vervoort,* nr. 6064 van 11 februari 1958; arrest *Bonheure,* nr. 97 van 13 juli 1949; arresten *Bucquoi* nr. 211, en *Saris,* nr. 212 van 23 december 1949; arrest *Wassenberg,* nr. 239 van 3 februari 1950; arresten *Reynaerts,* nr. 2700; *Moulaert,* nr 2701 en *Nimal,* nr. 2704 van 13 juli 1953; arrest *Hennard,* nr. 4046 van 3 februari 1955 en arrest *Usines de Braine-le-Comte en V.Z.W. Federatie van de ondernemingen der Metaalverwerkende Nijverheid,* nr. 4588 van 6 oktober 1955).

Deze stelling wijkt af van de rechtspraak van het Hof van Cassatie en bijzonderlijk van de arresten van 1 oktober 1936, 29 april 1937 en 8 februari 1952. Het eerste arrest handelde over een geschil betreffende een prioriteitstarief dat aan de Maatschappij was toegestaan. Ongetwijfeld werd hierbij de gelijkheid van de gebruikers niet in acht genomen. Het middel tot beroep in cassatie is hier van geen belang, maar wel de overweging van het Hof, waaruit blijkt dat de N.M.B.S. geen orgaan van de Staat is en evenmin een openbare instelling, maar wel een maatschappij die handelsverbintenissen aangaat.

Het arrest van 20 april 1937 werd gewezen op grond van de wet van 7 augustus 1922, betreffende het bediendencontract van het personeel van de N.M.B.S. Toen besliste het Hof van Cassatie dat de N.M.B.S. een dienst van openbaar nut is die aan een maatschappij in concessie gegeven is en aldus een zelfstandige nijverheidsonderneming is.

In het laatste arrest gewezen ter gelegenheid van een verzoek waarbij de vraag gesteld werd of de N.M.B.S. al dan niet onder toepassing van de werkrechtsraden viel, heeft het Hof de N.M.B.S. niet beschouwd als een openbaar bestuur. Immers, volgens de stelling van het Hof vertoont de N.M.B.S. weliswaar in sommige opzichten analogie met een openbaar bestuur en wijkt zij, uit verscheidene oogpunten beschouwd, af van de gewone werkwijze der vennootschappen; deze elementen volstaan niet om de maatschappij tot een openbaar bestuur te maken, dat hoofdzakelijk gekenmerkt is door een deelneming aan de uitoefening van de openbare macht, door de afwezigheid van tijdbepaling en van elk winstoogmerk; dat het openbaar nut dat een instelling kan opleveren, niet volstaat om haar de hoedanigheid van openbaar bestuur te verlenen.

Sedertdien werd de Nationale Maatschappij van Waterleidingen als een openbare instelling erkend door het Hof van Cassatie bij arrest van 2 december 1954 (Pas. 1955 - 1 blz. 302). Het was het algemeen gevoelen dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie en die van de Raad van State betreffende de aard van de N.M.B.S. dezelfde weg zouden opgaan. Dit is inderdaad geschied bij arrest van 27 november 1957 (Pas.

1958 - 1 - blz. 328) waarbij het Hof van Cassatie uitdrukkelijk verklaart dat de N.M.B.S. een administratieve overheid is, hierbij uitgaande van de overweging dat de aanleggende maatschappij door de wet opgericht is om een dienst van openbaar nut waar te nemen; dat, behoudens het inachtnemen van de bepalingen van deze wet, de statuten, d.w.z. de regelen van de organisatie en de werking van aanlegster, enkel kunnen worden opgemaakt en eventueel gewijzigd door de Regering (artikel 1, lid 2); dat krachtens artikel 13 het statuut van het personeel, hetwelk onder meer aan aanlegster een tuchtmacht over het personeel verleent, voor het personeel bindend is; dat de wet aldus aan de maatschappij de macht toekent beslissingen te nemen welke ten opzichte van derden gevolgen hebben.

Hoe moet het begrip «openbare instelling» worden omschreven en welke is de hoedanigheid van het personeel van zulke instelling? Die vraag is niet gemakkelijk te beantwoorden, gezien de terzake heersende verwarring en de uiteenlopende vormen die de bedoelde instellingen aannemen. De Raad van State heeft zich in het arrest *Demany,* nr. 7040 van 28 april 1959 daaromtrent uitgesproken. De Raad zag zich verplicht het periodisch statuut van het Nationaal Instituut voor Radio-omroep (N.I.R.) en de hoedanigheid van personeel van dat Instituut te bepalen. Dat de bedieningen bij het N.I.R. openbare bedieningen zijn, volgt, naar de Raad, uit het feit dat het N.I.R. het karakter van een openbare instelling bezit, uit de bevoegdheid van de Koning om de leden van de raad van beheer te benoemen en hun wedde vast te stellen, uit het vetorecht dat de Minister uitoefent over de beslissingen van die raad, uit het feit dat de inkomsten van het Instituut hoofdzakelijk uit Rijkstoelagen bestaan en tenslotte uit het verbod voor het N.I.R. om reclame met winstoogmerk te maken.

* * *

De rechtspraak van de Raad van State heeft het de rechtsleer mogelijk gemaakt ook in ons land het begrip «administratieve rechtshandeling» nauwkeurig te omschrijven. In dit verband willen we verwijzen naar de baanbrekende bijdrage welke door Prof. Staatsraad *Vranckx* over dit onderwerp in het Administratief Lexicon werd gepubliceerd. We zullen er ons derhalve toe beperken de hoofdpunten van de rechtspraak van de Raad van State aan te halen.

In tal van administratieve beslissingen heeft de Raad erop gewezen dat de administratieve akte waarvan de vernietiging wordt gevorderd een beslissing van juridische aard moet zijn, d.i. een beslissing die uit zich zelf rechtsgevolg heeft.

Zijn geen administratieve akten in de zin van artikel 9 van de wet van 23 december 1946 :

— de aanmaning om de bijdrage voor verplichte verzekering te betalen — gericht aan een private onderneming. (arrest *N.V. Delhaize,* nr. 1148 van 16 november 1951).
— de mededeling door het openbaar ministerie aan de burgemeester van een informatiedossier ten laste van een politieagent (arrest *Damsaint,* nr. 1354 van 7 maart 1952).
— de brief van de Minister van Financiën (arresten *Carton* en *Lalou,* nrs. 1166 en 1366 van 20 maart 1952).
— de aanschrijving van de Minister van Openbaar Onderwijs (arrest *Van den Eynde,* nr. 1438 van 8 april 1952) ; (arrest *Gemeente Frameries,* nr. 1635 van 12 juni 1952).
— de brief van een Minister (arresten *Geers - Frenoy - Serpe - Derijdt - Malaise - Curtz - Demarteau - Demange - Winandy - Declercq - Groven - Thebe - Schmitz - Claes - Serlez - Roland - Gregoire - Simul - Bouillenne - Kransveld - Hinand* en *Dethioux,* nrs. 1462 tot 1483 van 11 april 1952). (arresten *Vandeweghe* en *Piron,* nrs. 1485 en 1486 van 11 april 1952).
— het schrijven van een Minister (arrest *Hernould,* nr. 1496 van 17 april 1952).
— de weigering van het Bestuur (arrest *Scheer,* nr. 1538 van 3 mei 1952).
— de brief van het Bestuur (arrest *Bonnelance,* nr. 1589 van 29 mei 1952).
— het verzoek om bijdrage te betalen (arrest *Simar,* nr. 1602 van 30 mei 1952).
— de brief van een Minister (arrest *Sauvage,* nr. 1603 van 30 mei 1952).
— de tenuitvoerlegging aanmaning door Postcheckambt (arrest *Bogaert,* nr. 1618 van 5 juni 1952).
— de brief van de Directeur-Generaal Regie Luchtwegen (arrest *Godart,* nr. 1675 van 26 juni 1952).

De Raad oordeelt niet over :

— De opportuniteit :
  arrest *Vermaelen,* nr. 3128 van 8 februari 1954 ;
  arrest *Johannes,* nr. 3253 van 22 maart 1954 ;
  arrest *Koettgen,* nr. 3500 van 18 juni 1954 ;
— De toedracht der feiten :
  arrest *Vandecan,* nr. 2914 van 16 november 1953 ;
  arrest *Weber,* nr. 3012 van 23 december 1953;
  arrest *Onsea,* nr. 3068 van 18 januari 1954 ;
  arrest *Claes,* nr. 3449 van 4 juni 1954 ;
  arrest *Mathot,* nr. 3494 van 18 juni 1954 ;
— De vernietiging :
  arrest *Verspeelt,* nr. 2805 van 12 oktober 1953;
  arrest *Vereecke,* nr. 3154 van 15 februari 1954 ;
  arrest *Lonnoy,* nr. 3233 van 18 maart 1954 ;
— De inlichtingsmaatregelen :
  arrest *Simonis,* nr. 2799 van 9 oktober 1953 ;
  arrest *Carpentier,* nr. 3226 van 15 maart 1954;
  arrest *Castelein,* nr. 3326 van 14 april 1954 ;
  arrest *Bricoult,* nr. 3442 van 3 juni 1954 ;
  arrest *Olivier,* nr. 3512 van 25 juni 1954 ;
— De maatregelen van orde :
  arrest *Bastien,* nr. 2902 van 12 november 1953 ;
  arrest *Bael,* nr. 3022 van 4 januari 1954 ;
  arrest *N.V. La Lainière de Sclessin,* nr. 3201 van 5 mart 1954 ;
  arrest *Lejeune,* nr. 3219 van 12 maart 1954 ;
  arrest *Meulepas,* nr. 3251 van 22 maart 1954;
  arrest *Javaux,* nr. 3448 van 4 juni 1954 ;
— De voorbereidende akten :
  arrest *Rubbens,* nr. 3167 van 19 februari 1954;
  arrest *Gemeente Averbode,* nr. 3181 van 22 februari 1954 ;
  arrest *De Loore,* nr. 3289 van 7 april 1954 ;
  arrest *Casteleyn,* nr. 3290 van 7 april 1954 ;
  arrest *Dernouchamps,* nr. 3325 van 14 april 1954 ;
  arrest *Van de Wiele,* nr. 3553 van 7 juli 1954 ;
— De akten die slechts de uitvoering zijn van een definitieve individuele beslissing :
  arrest *De Sutter,* nr. 2772 van 24 september 1953 ;
  arrest *Pinet,* nr. 2775 van 24 september 1953 ;
  arrest *Lauwers,* nr. 3031 van 4 januari 1954 ;

arrest *Wiot,* nr. 3124, van 4 februari 1954 ;
arrest *Skomorokoff,* nr. 3586 van 9 juli 1954.

* * *

Ook op stuk van gemeente- en provinciewetgeving heeft de Raad van State verscheidene grondwettelijke beginselen belicht.

Als algemeen beginsel heeft de Raad de regel gesteld dat de gemeenteoverheid de haar bij de wet verleende bevoegdheid niet kan afstaan (arrest *Commisie van Openbare Onderstand,* nr. 3304 van 9 april 1954).

Herhaaldelijk heeft de Raad tevens belangrijk beginsel van de autonomie van het plaatselijk gezag onderstreept. Zo heeft de Raad geoordeeld dat de Bestendige Deputatie en de Gouverneur gebonden zijn door de definitief geworden beslissing van de gemeenteraad. Zij hebben niet het recht de wettigheid van deze beslissing te betwisten ter gelegenheid van een andere beslissing die erop steunt. (arrest *Stad Mechelen,* nr. 3077 van 18 januari 1954). Daarenboven is hun recht van goedkeuring beperkt tot deze akten die de wet aan hun controle onderwerpt (arrest *Poncin,* nr. 2961 van 3 december 1953; *Clement,* nr. 3349 van 29 april 1954; *Vastesaeger,* nr. 3269 van 31 maart 1954).

In het arrest *Musson,* nr. 4870 van 12 januari 1956, verklaart de Raad dat «ofschoon de toezichthoudende overheid, ingevolge de artikelen 3 en 4 van de wet van 10 juni 1937, het recht heeft tussenbeide te komen wanneer de gemeenten aan hun verplichtingen inzake onderwijs tekortkomen, haar optreden niet tot gevolg mag hebben dat de beslissingen van de Staatsadministratie in de plaats komen van de gemeentebeslissingen, wanneer geen kritiek is uitgebracht op de wijze waarop de gemeente haar onderwijs inricht». Het voegt hieraan toe dat «de toezichthoudende overheid, door aan de gemeenteraadsbeslissing goedkeuring te onthouden omdat de gemeenteraad zich niet had neergelegd bij het standpunt van de administratie van het departement van Openbaar Onderwijs, inbreuk heeft gemaakt op het beginsel van de gemeentelijke autonomie».

In dezelfde zin wordt er in het arrest *Driesen* en *Schillemans,* nr. 4661 van 8 november 1955, op gewezen dat gemeenteraadsbeslissingen, luidens artikel 75, 4e lid, van de gemeentewet, door de Koning of door de Bestendige Deputatie alleen in de door de wet uitdrukkelijk bepaalde gevallen moeten worden goedgekeurd. Aangezien geen enkele wet zegt dat het pensioenreglement voor het gemeentepersoneel aan de toezichthoudende overheid ter goedkeuring moet worden voorgelegd, is deze goedkeuring niet vereist. De verplichting, deze goedkeuring te vragen, blijkt niet uit de bewoordingen van artikel 131, 5e en artikel 77, 9e van de gemeentewet.

Ook heeft de Raad terecht het principe vooropgezet dat beslissingen van de commissies van openbare onderstand alleen in de door de wet uitdrukkelijk bepaalde gevallen aan de bestendige deputatie ter goedkeuring moeten worden voorgelegd (arrest *C.O.O. van Damme en Bijl,* nr. 5176 van 12 juni 1956).

De controle die de Raad van State uitoefent over de toepassing van artikel 86 en 87 van de gemeentewet, heeft delicate rechtsproblemen doen rijzen.

Als algemene regel geldt dat de macht, bij deze artikelen aan de Koning verleend, van toepassing is voor alle beslissingen van alle gemeenteoverheden en niet alleen van de gemeenteraad (arrest *Geismar,* nr. 3098 van 25 januari 1954; arrest *Vits,* nr. 3312 van 14 april 1954). Niettemin behoort de beoordeling van het algemeen belang aan de Koning (arrest *Johannes,* nr. 3253 van 22 maart 1954 en *Gemeente Averbode,* nr. 3181 van 22 februari 1954), maar dit houdt geenszins in dat de Raad geen controle dienaangaande kan uitoefenen. Integendeel, het behoort aan de Raad van State te onderzoeken of de toezichtoefenende overheid binnen de perken van haar beoordelingsrecht is gebleven (arrest *Gemeente Forrières,* nr. 2866 van 29 oktober 1953).

Zo heeft de Raad geoordeeld dat geen toepassing van deze bevoegdheid kon worden gemaakt,

— wanneer de tegenpartij erkent dat de vernietigde akte van de ondergeschikte overheid, op het tijdstip dat zij genomen werd, aan een goed beleid beantwoordde, en het koninklijk besluit dat deze akte teniet doet, steunt op een aan deze beslissing vreemde en daarenboven onjuiste reden (arrest *Gemeente Forrières,* nr. 2866 van 29 oktober 1953);

— wanneer de vernietiging niet steunt op de krenking van het algemeen belang, maar op de onwetendheid waarin de Uitvoerende Macht dienaangaande verkeert. (arrest *Commissie van Openbare Onderstand van Schaarbeek,* nr. 2791 van 21 oktober 1953);

— wanneer zij tot gevolg heeft dat de toezichtuitoefenende overheid een controle uitoefent die haar bij artikel 84 5° van de gemeentewet ontzegd wordt (arrest *Stad Zinnik,* nr. 2788 van 1 oktober 1953).

De Koning is echter wel bevoegd om een overeenkomst te vernietigen die werd gesloten in strijd met het bij de wet aan een gemeentelijke overheid verleende benoemingsrecht (arrest *Commissie van Openbare Onderstand van Bergen,* nr. 3304 van 9 april 1954). Hij mag eveneens een benoeming vernietigen als strijdig met het algemeen belang, zolang geen einde is gemaakt aan het gerechtelijk onderzoek tegen de betrokkene (arrest *Geismar,* nr. 3098 van 25 januari 1954).

Ook is de Raad van State opgetreden om de grenzen van de bevoegdheid van de onderscheiden gemeenteoverheden af te bakenen. Zo heeft de Raad van State beslist dat het college van burgemeester en schepenen zich een bevoegdheid aanmatigt die alleen aan de burgemeester toebehoort, wanneer het college, overeenkomstig artikel 11 van de besluitwet van 9.11.1939 op de beteugeling van de dronkenschap, verbod oplegt aan de houder vaneen drankgelegenheid, spijzen of dranken te verkopen of te schenken. Een dergelijke bevoegdheid bezit alleen de burgemeester (arrest *Hendriks* en *Wouters,* nr. 3903, van 13.12.54).

* * *

De Raad van State heeft door zijn rechtspraak er eveneens toe bijgedragen om duidelijker te maken hetgeen onder « organieke- en uitvoeringsbesluiten » naar Belgisch grondwettelijk recht moet worden verstaan. In het arrest *Holemans,* nr. 869 van 8 mei 1951, heeft de Raad terecht gewezen op het algemeen karakter dat voor de bovenvermelde akten van de organen van de Uitvoerende Macht als een essentieel kenmerk kan gelden. Buiten de eigenlijke wetgevende bepalingen, d.w.z. de wetten in de formele betekenis, heeft de Wetgever, naar het oordeel van de Raad, het advies van de afdeling wetgeving alleen verplicht gesteld voor de koninklijke en ministeriële besluiten die algemene regelen stellen voor alle burgers of voor een bepaalde categorie onder hen. De Raad heeft aldus duidelijker het rechtskader van de zogenaamde maatregelen van algemeen bestuur omschreven, door de nadruk te leggen op het beginsel van de algemene regelen stellen voor alle burgers of voor een bepaal-

de categorie onder hen. De Raad heeft aldus duidelijker het rechtskarakter van de zogenaamde maatregelen van het algemeen bestuur omschreven door de nadruk te leggen op het beginscel van de algemene gelding voor alle staatsburgers, of voor een geheel en wel bepaald deel onder hen. Deze rechtspraak ligt trouwens volledig in de lijn van die van het Hof van Cassatie, dat voordien reeds, bij de arresten van 27 november 1837 en 26 juni 1847 (4) (5) een soortgelijke stelling had ingenomen naar aanleiding van de begripsbepaling van de wet in algemene zin (6).

* * *

Kan het statuut van 1937 ongetwijfeld als een mijlpaal in de evolutie van het Belgisch ambtenarenrecht worden beschouwd, de toepassing ervan zou vlug de tekortkomingen in menig opzicht aan het licht doen komen, terwijl de te vage formulering van talrijke bepalingen tot betwistingen aanleiding zou geven.

Het ligt dan ook voor de hand, dat de rol van de Raad van State op dit gebied bijzonder belangrijk is geweest. Had de Raad immers door zijn rechtspraak geen einde gemaakt aan de vaak voorkomende en langdurige betwistingen, dan zouden talrijke artikelen van het statuut in de praktijk ondoelmatig geworden zijn.

De rechtspraak van de Raad dient derhalve als een onmisbare aanvulling van het Statuut zelf te worden beschouwd en de juridische draagwijdte van vele artikelen kan niet meer los van 's Raads arresten worden afgewogen.

Duidelijkheidshalve zullen de voornaamste arresten worden vermeld in verband met de onderverdelingen van het Statuut waarop ze betrekking hebben.

§ 1. *Toepassingsgebied van het Statuut.*

In verband met artikel 1, heeft de Raad getracht de werkingssfeer van het statuut tegenover de onderscheiden besturen nauwkeuriger te omschrijven.

Wat de parastatale instellingen betreft heeft de Raad, gelet op art. 11 der wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut, dat de Koning machtigt het statuut te bepalen voor het personeel van de instellingen welke tot de categorieën A en B behoren, terecht erop gewezen dat uit voormelde bepaling niet volgt dat het Statuut van het Rijkspersoneel van rechtswege toepassing vindt op het personeel van voornoemde instellingen (arresten *Kensiere,* nr. 7540 van 12 januari 1960, *Detrounay,* nr. 7518 van 23 december 1959).

Evenwel wordt door de Raad aanvaard dat in afwachting dat de Koning het Statuut vaststelt, de rechtstoestand van dit personeel geregeld wordt door de algemene beginselen van het overheidsambt, zoals deze met name tot uitdrukking komen in een aantal bepalingen van het Statuut (arrest *Dorlet,* nr. 3876 van 3 december 1954). Zo hebben de personeelsleden die in aanmerking komen voor bevordering tot een hogere graad, het recht hun aanspraken op bevordering vóór de benoeming onderzocht en vergeleken te zien (arrest *Kensiere,* nr. 7540 van 12 januari 1960). De indeling van het personeel in categorieën en de inrichting van een vergelijkend overgangsexamen zijn echter geen algemene rechtsbeginselen die uit het Statuut zouden voortvloeien (arrest *Detournay,* nr. 7518 van 23 december 1959).

Het koninklijk besluit van 14 februari 1961, tot vaststelling van het Statuut van sommige instellingen van openbaar nut, dat genomen werd in uitvoering van het evengenoemde art. 11, maakt voor een hele reeks instellingen, wier werking meer op het sociale leven gericht is, een einde aan de onzekerheid die in verband met de rechtstoestand van dit personeel bestond. Dat koninklijk besluit is echter nog niet in werking gesteld, wat inmiddels wel mag worden betreurd.

Ook de toestand van het onderwijzend personeel werd in verband met artikel 1 van het Statuut vastgelegd, waar de Raad als algemeen principe stelt dat het onderwijs niet begrepen is in het algemeen bestuur in de zin van art. 66, 2e lid, van de Grondwet, maar dat het beheerst wordt door een wettelijk Statuut, genomen bij toepassing van art. 17 van de Grondwet. De personeelsleden van het onderwijs vallen dus niet onder het besluit van 2 oktober 1937; het is overeenkomstig het 3e lid van art. 66 van de Grondwet, dat professoren en docenten aan de Rijksuniversiteiten door de Koning benoemd worden, krachtens uitdrukkelijke bepalingen van de organieke wet van 15 juli 1848 betreffende het hoger onderwijs (arrest *Fredericq en cs.,* nr. 417 van 30 juni 1950).

Deze algemene regel werd bevestigd in de arresten *Brouers* nr. 961 van 23 december 1951, *Brismée,* nr. 2373 van 23 april 1953, wat het middelbaar onderwijs betreft.

Het provinciepersoneel waarvan sprake in het verslag aan de Koning bij het besluit van 2 oktober 1937 dient in beperkte zin te worden verstaan, namelijk als het personeel waarvan de wedde ten laste van de provincie komt (art. 71 van de Provinciale Wet). Dit personeel wordt door de provincieraad of, bij opdracht, door de bestendige deputatie benoemd (art. 65). De overige ambtenaren van de provinciale gouvernementen — en zij zijn het grootst in aantal — zijn werkelijke Rijksambtenaren; zij worden benoemd, geschorst en ontslagen door de Gouverneur (art. 126 van de Provinciale Wet) en hun wedde komt ten laste van de openbare schatkist (art. 70).

De Raad van State heeft in verscheidene arresten gewezen, dat deze ambtenaren, waarvan sprake in de artikelen 126 en 70 van de Provinciale Wet, Rijksambtenaren zijn, dat hun statuut door de Koning en niet door Gouverneur wordt vastgesteld (arrest *Deprez,* nr. 5914 van 12 december 1957) zodat zij onder het Statuut van het Rijkspersoneel vallen (arresten *De Ghein,* nr. 3127 van 8 februari 1954; *Dahlen,* nr. 3927 van 16 december 1954, *Delvenne* nr. 329 van 7 april 1950, *Deprez* nr. 5914 van 12 december 1957), behoudens enkele bepalingen ervan, die onverenigbaar zijn met het voorschrift van de evengenoemde artikelen van de Provinciale Wet. Het Statuut immers is bij koninklijk besluit vastgesteld zodat het geen wet, hier de Provinciale Wet, vermag op te heffen.

§ 2. *Bevoegdheid van de Overheid in verband met het opleggen van bijzondere verplichtingen aan het Rijkspersoneel.*

In verband met titel II van het Statuut betreffende de plichten welke leden van het rijkspersoneel moeten nakomen, heeft de Raad erop gewezen dat de Koning, op grond van art. 66 van de Grondwet, de bevoegdheid bezit het Rijkspersoneel te onderwerpen aan bijzondere verplichtingen, die inherent zijn aan een staatsbetrekking. Deze verplichtingen moeten nochtans nauw verband houden met de werking van de openbare dienst, waartoe het personeel behoort. Ook verplichtingen buiten de uitoefening van hun ambt kunnen hun worden opgelegd (arrest *Bogaert* en *Debunne,* nr. 1755 van 12 juli 1952).

De Raad van State heeft hier de gelegenheid gehad

zich uit te spreken over de kiese kwestie van de vrijheid waarover de overheid beschikt bij het beoordelen van feiten die aanleiding geven tot een tuchtmaatregel (arrest *Lauwers* nr. 1540 van 7 mei 1952). Het blijkt niet uit de overgelegde dokumenten, zegt de Raad in dit arrest, dat de feiten die verzoeker ten laste zijn gelegd, als niet bestaande kunnen worden beschouwd. Door te oordelen dat belanghebbende door zijn gedrag aan zijn plichten tekort is gekomen, is de minister de grenzen van zijn beoordelingsmacht, zoals die hem door de wet is toegekend, niet te buiten gegaan.

In verband met de bevoegdheid van de overheid om de gedragingen van een ambtenaar te beoordelen, rijst een zeer omstreden vraagstuk : mogen de leden van het Rijkspersoneel zich kandidaat stellen bij de verkiezingen, en een politiek mandaat uitoefenen ?

De Raad van State heeft enkele arresten, telkens in verband met gemeenteraadsverkiezingen, over deze vraag gewezen.

Zeer belangrijk is het arrest *Bogaert* en *Debunne,* nr. 1755 van 12 juli 1952 betreffende een beroep tegen een beslissing van de in Kabinetsraad vergaderde Ministers, welke aan Rijksambtenaren, die hun kandidatuur voor gemeenteraadsverkiezingen wilden stellen, voorschreef de Minister onder wie zij ressorteerden, vooraf te waarschuwen en zijn toestemming te verkrijgen. De toestemming zou geweigerd moeten worden indien de administratieve positie van de ambtenaar hem in de verkiezingen een voordeel zou geven tegenover andere kandidaten, nl. door het gezag dat deze positie hem geeft, en ook indien zijn optreden in de verkiezingsstrijd van zodanige aard zou zijn dat het vertrouwen, hetwelk de administratie in haar ambtenaar moet hebben, erdoor verminderd zou kunnen worden. Het resultaat der verkiezingen moest niet worden afgewacht en de ambtenaar moest voor de keuze worden gesteld tussen het eventueel politiek mandaat en zijn ambt. De toestemming zou niet verleend kunnen worden indien de ambtenaar in de wettelijke of materiële onmogelijkheid zou verkeren, beide functies tegelijkertijd uit te oefenen, en ook als hij onder toepassing zou vallen van art. 1 van het Decreet van 24 vendémaire, jaar III, dat zegt : « aucun citoyen ne pourra exercer, ni concourir à l'exercice d'une autorité chargée de la surveillance médiate ou immédiate des fonctions qu'il exerce dans une autre qualité ». Elke minister zou in zijn departement de algemene regelen vaststellen, die terzake zouden moeten worden gevolgd. Tenslotte stelde de beslissing van de Ministers vast, dat het tuchtrecht over de ambtenaren zich uitstrekt tot alle daden van het publieke of private leven, en dat zou worden opgetreden tegen hen, die bij de verkiezingsstrijd of bij de uitoefening van hun politiek mandaat, zich zouden laten meeslepen tot misbruiken, waardoor de waardigheid van de administratie in het gedrang zou worden gebracht (beslissing dd. 10 april 1952, die de inhoud overnam van de omzendbrief dd. 18 september 1946 van de Dienst van Algemeen Bestuur).

De Raad van State heeft deze beslissing van de in Raad vergaderde Ministers vernietigd, in zover zij inhield :

— dat de Rijksambtenaren verplicht zouden zijn de toestemming van de Minister te verkrijgen, om zich bij gemeenteraadsverkiezingen kandidaat te stellen of te laten stellen ;

— dat de Minister zijn toestemming mocht weigeren voor het waarnemen van een gemeentelijk mandaat door een Rijksambtenaar.

Voor het overige werd het beroep tegen die beslissing verworpen. Een beslissing van de Ministerraad, welke aan Rijksambtenaren, die zich kandidaat voor gemeenteraadsverkiezingen wensen te stellen, oplegt de Minister onder wie zij ressorteren vooraf te waarschuwen, gaat de bevoegdheid van de Minister derhalve niet te buiten. Deze eis van de overheid vindt, volgens de uitspraak van de Raad van State, zijn rechtsgrond in de artikelen 7 en 8 van het Statuut. Men kan zich evenwel terecht afvragen welke de ware draagwijdte is van deze laatste beslissing. De verantwoording kan te vinden zijn in het recht, dat de Raad van State impliciet aan het bestuur toekent, om op grond van het Statuut, bijzondere maatregelen voor de verdere uitoefening van het ambt te nemen. Of ze echter het geheel juridisch klemt, blijft vooralsnog een omstreden probleem.

Heeft de Koning het recht, het Rijkspersoneel aan bijzondere bij hun ambt passende verplichtingen te onderwerpen, de door de Grondwet gewaarborgde rechten en vrijheden vermag hij niet af te schaffen. Het recht dat de Koning aan art. 66 van de Grondwet ontleent, moet immers in verband worden gebracht met de artikelen 4, al. 2, en 139, 8° van de Grondwet. Alleen de wetgevende macht is bevoegd tot het vaststellen van onverenigbaarheden inzake uitoefening van een politiek mandaat (arresten *Otzer* nr. 1797 van 28 augustus 1952; *Guillaume* nr. 1806 van 15 september 1952; *Bogaert* en *Debunne,* nr. 1755 van 12 juli 1952).

A fortiori bezitten noch de Ministers (arrest *Bogaert* en *Debunne,* nr. 1755 van 12 juli 1952), noch de beheerraad van een openbare instelling (arrest *Otzer,* nr. 1797 van 28 augustus 1952) de macht om het personeel algemene beperkingen, inzake gemeenteraadsverkiezingen op te leggen.

§ 3. *Kader en Benoeming.*

De rechtspraak van de Raad heeft het begrip « kaderbesluit » juridisch vastgelegd. Volgens deze rechtspraak is een kaderbesluit slechts een maatregel van inwendig bestuur, welke noch het administratief of het geldelijk statuut, noch de classificatie of de kwalificering der betrekkingen kan beïnvloeden (arresten *Simonart,* nr. 2358 van 17 april 1953; *Holemans* nr. 869 van 8 mei 1951; *Stevens* nr. 4315 van 27 mei 1955; *Goldberg,* nr. 5957 van 10 januari 1958; *Crèvecoeur* nr. 6100 van 27 februari 1958). Hieruit volgt dat de regelmatigheid van een benoeming of bevordering niet moet onderzocht worden met betrekking tot een kaderbesluit. Een benoeming buiten een bestaand kader — althans wanneer de benoemende overheid ook het kader vaststelt — heeft impliciete wijziging van het kaderbesluit tot gevolg, zodat de overheid die niet benoemt in de betrekkingen welke in het kaderbesluit voorkomen, geen machtsoverschrijding of -afwending begaat (arresten *Simonart,* nr. 2358 van 17 april 1953; *Anciaux,* nr. 2396 van 24 april 1953).

Een kaderbesluit is daarbij tevens slechts een voorziening voor de toekomst. Dienvolgens kan de terugwerkende kracht die aan sommige bepalingen van een kaderbesluit wordt gegeven enkel uitwerking hebben voor zover deze bepalingen regularisatie van verleden toestanden mogelijk maken. Het besluit mag niet tot gevolg hebben dat verleden toestanden worden miskend. Zo mocht de overheid, door terugwerkende oprichting van een nieuw kader ter vervanging van een ander, niet besluiten dat een in het verleden

effectief bekleed ambt afgeschaft was (arrest *Marchant* nr. 3357 van 30 april 1954).

In verband met de bevoegdheid van de benoemende overheid neemt de Raad aan dat de voorwaarden inzake benoeming in het kader van het Rijkspersoneel en die o.a. betrekking hebben op de leeftijd, de behaalde diploma's, de opgelegde wervingsexamens, worden bepaald door maatregelen van algemene strekking, zoals het Statuut. Van deze voorwaarden kan alleen worden afgeweken door andere maatregelen met dezelfde algemene draagkracht. Dit principe, steunend op de door de Raad van State toegepaste regel « patere legem quem fecisti » heeft voor gevolg dat van de eenmaal algemene gestelde voorwaarden niet mag worden afgeweken ten voordele van een enkele kandidaat, door een bijzondere maatregel (arrest *Kindt,* nr. 934 van 12 juni 1951).

De overheidsbeslissing, die een kandidaat in een niet vacante betrekking benoemt, dient wegens machtsoverschrijding te worden vernietigd (arrest *Selvais* nr. 6520 van 30 juni 1958).

Echter verplicht het feit dat kandidaten aan de gestelde eisen voldoen, de overheid niet tot benoemen. Zelfs indien een gedane benoeming wordt vernietigd, is de Minister niet verplicht een der andere kandidaten te benoemen. Hij mag tot een nieuwe oproep van kandidaten overgaan en in deze oproep minder strenge eisen stellen. Zulk een maatregel strijdt niet met het beginsel van de gelijkheid der kandidaten (arrest *Kindt* nr. 2030, van 10 december 1952).

§ 4. *Aanwijzing en Mutaties.*

Volgens de Raad is de aanwijzing een gewone maatregel van inwendig bestuur. Aan de overheid die aangewezen is om de openbare diensten in te richten, heeft de Raad derhalve de bevoegdheid erkend om, in het belang van de goede werking van de diensten, de opdrachten der personeelsleden te wijzigen, hen te ontlasten van de door hen uitgeoefende functies en hen nieuwe opdrachten toe te vertrouwen (arresten *Van Overstraeten,* nr. 53, *Raindorf* nr. 387 van 24 november 1950, *Henry,* nr. 1584 van 26 mei 1952).

Ook verplicht geen enkele bepaling de Koning de bestemming van de benoemde ambtenaar in het benoemingsbesluit aan te geven (arrest *Zimmer,* nr. 5122, van 18 mei 1956).

Tijdelijke aanwijzingen kunnen gelast worden door de Minister met inachtneming van het belang van de dienst, zelfs voor betrekkingen waarin de Koning benoemt (arrest *Molle* nr. 2175 van 10 februari 1953). Al die regels gelden ook bij overplaatsingen. Zo heeft de Raad gewezen, dat de overplaatsing van een personeelslid van een dienst naar een andere binnen eenzelfde bestuur, die niet het karakter heeft van een tuchtstraf, een maatregel is van inwendige orde waarvan de regelmatigheid niet kan worden bestreden op grond van de bepalingen, die voor de tuchtmaatregelen gelden (arrest *Maréchal,* nr. 1325 van 28 februari 1951). Zelfs wanneer een overplaatsing met een tuchtstraf gepaard is gegaan, leidt de vernietiging van die tuchtstraf niet tot overeenkomstige vernietiging van de overplaatsing (arrest *Mahy,* nr. 7212 van 15 september 1959).

De overplaatsing is dus, evenals een gewone aanwijzing, in wezen een maatregel van inwendig bestuur, daar er geen bevordering mee gemoeid is. Zo werd beslist, dat de overplaatsing tot de bevoegdheid van de Minister behoort wanneer aan de nieuwe betrekking gelijke voordelen inzake rang en wedde zijn verbonden als aan de graad, die de kandidaat bezit (arrest *Bolline* nr. 7184 van 26 juni 1959).

Nopens de aanwijzing voor hogere functies aanvaardt de Raad dat de bepalingen omtrent dergelijke aanwijzing de Minister of de door hem gemachtigde ambtenaar een ruime beoordelingsbevoegdheid geven. Art. 3 laat toe het personeelslid aan te wijzen dat het meest geschikt bevonden wordt, of wiens aanwijzing het minst bezwaar voor de goede gang van de dienst oplevert. Hoe ruim deze beoordelingsbevoegdheid wel is, blijkt uit het feit dat de Raad heeft beslist dat het statuut van het rijkspersoneel niet van toepassing is wanneer een personeelslid alleen maar met de uitoefening van een hogere functie wordt belast. Voor zulke aanstellingen is het niet nodig de directieraad te raadplegen; de Minister is niet verplicht, rekening te houden met de anciënniteit; het is voldoende, dat de aanstelling geschiedt met inachtneming van de regels van het B.Rgt. van 12 april 1950 (arrest *Droeshout,* nr. 5092 van 3 mei 1956).

§ 5. *Dienstschorsing.*

Over de schorsing in het belang van de dienst bepaalt art. 102 van het statuut dat, wanneer deze meer dan drie maanden duurt, het bevoegde gezag het advies moet inwinnen van de directieraad en dat in dit geval tegen de maatregel van schorsing het beroep openstaat zoals inzake tuchtstraffen. Het uitblijven van de vraag om advies aan de directieraad is derhalve een schending van de aan de betrokken ambtenaar verleende waarborgen, zodat een onder die voorwaarde opgelegde preventieve schorsing, na drie maanden, niet meer geldig is opgelegd; de schorsingsmaatregel wordt pas opnieuw regelmatig wanneer het advies van de directieraad wordt gevraagd (arrest *Debruers,* nr. 7001 van 27 maart 1959). Bij schorsing voor onbepaalde tijd is het voldoende, dat de directieraad adviseert vóór het verstrijken van de eerste drie maanden (arrest *Charles* nr. 5040 van 22 maart 1956).

§ 6. *Signalement.*

Uit de ongeschreven regel van de algemene bestuursdeontologie volgt dat het voor een onmiddellijke meerdere niet betaamt een voorstel van signalement betreffende een ondergeschikte te doen, wanneer hij zelf kandidaat voor dezelfde betrekking is (arrest *Moenaert,* nr. 4113 van 28 februari 1955).

De directieraad treedt ook niet buiten zijn bevoegdheid wanneer hij samen én signalement én bevordering bespreekt. Het feit dat de twee maatregelen samen onderzocht worden, betekent niet dat het signalement gemotiveerd werd door overwegingen die vreemd zijn aan de bewezen diensten en aan de geschiktheid (arrest *Simonart,* nr. 2358 van 17 april 1953).

Ingevolge artikelen 17 en 18 van het koninklijk besluit van 7 augustus 1939 kan een ambtenaar, die oordeelt dat het hem toegekende signalement hem benadeelt, beroep instellen bij de interdepartementale Raad van Beroep.

Zijn rekwest wordt over de hiërarchische weg toegezonden aan de Minister of diens gemachtigde, die het aan de Raad van Beroep doorzendt. Wanneer tegen een signalement regelmatig beroep is ingesteld, is de Raad van Beroep derhalve meteen verplicht op te treden. De minister bezit geen recht van appreciatie en hij mag een vraag tot herziening van het signalement niet inhouden. Door te weigeren die vraag aan

de Raad van Beroep door te geven overschrijdt de minister zijn macht (arrest *Gavroy,* nr. 135, van 21 oktober 1949).

In elk geval heeft de uitspraak van de Raad van Beroep slechts waarde van advies (arrest *Vandecan* nr. 2914 van 16 november 1953).

Art. 91 van het Statuut van het Rijkspersoneel bepaalt dat het advies van de Raad van Beroep gemotiveerd moet zijn. Een advies van de Raad van Beroep dat de verschillende middelen van de verzoeker slechts in het algemeen weerlegt is dus niet voldoende gemotiveerd om de Raad van State in staat te stellen zijn controle uit te oefenen (arrest *Joye,* nr. 5115 van 17 mei 1956).

§ 7. *Bevordering.*

De bevordering tot een hogere graad verhoogt de belanghebbende in de administratieve hiërarchie (art. 70 van het Statuut van het Rijkspersoneel). De benoeming van een personeelslid, die weliswaar een hogere wedde verleent maar geen hogere stand in de administratieve hiërarchie verschaft, is dus geen bevordering in graad (arrest *Alexis* nr. 5198 van 14 juni 1956).

Tenzij de kandidaatstelling uitdrukkelijk werd beslist, moeten als kandidaten worden beschouwd alle ambtenaren die aan de gestelde eisen voldoen, ook al hebben ze zich niet kandidaat gesteld (arresten *Molle,* nr. 7344 van 27 oktober 1959 en *Vandendries* nr. 7888 van 24 mei 1960; *Huygens,* nr. 8753 van 12 juli 1961).

In beginsel is de overheid volledig vrij, al dan niet te benoemen (arrest *Frantzen* nr. 1013 van 10 juli 1951). Deze algemene regel was reeds vastgelegd in het advies *Thibaut* nr. 476 van 26 juli 1950, op grond van art. 7 van de wet van 23 december 1946, waar de Raad verklaarde dat rijksambtenaren geen recht kunnen doen gelden op een bevordering.

Bevorderingen in graad kunnen niet plaats hebben van het ene departement naar het andere, omdat een zulkdanige interpretatie van art. 21 van het koninklijk besluit van 7 augustus 1939, elke uitwerking zou ontzeggen aan de bepalingen volgens welke de geschiktheid van de kandidaten uit het signalement blijkt en de directieraad, bij gelijk signalement, de rangschikking vaststelt. Als bevordering in een ander departement mogelijk was, dan zouden de postulerende ambtenaren aan het advies van twee directieraden onderworpen zijn (arrest *Werts,* nr. 5258 van 11 juli 1956).

Binnen eenzelfde departement, kan een bevordering worden toegestaan in een andere dienst dan die van herkomst. Beperkingen op deze regel kunnen nochtans voorkomen in de organieke reglementen van ieder departement (arresten *Hopchet* nr. 4525 van 28 juli 1955, *Bonnivers,* cs., nr. 5238 van 26 juni 1956, *Zerck,* nr. 4940 van 7 februari 1956). Zo blijkt bv. uit het organiek reglement van het Ministerie van Financiën dat de ambtenaar zijn carrière maakt in het bestuur waarin hij ingevolge een vergelijkend examen werd opgenomen (arrest *Woestijn* nr. 5390 van 27 november 1956).

Tevens belet het voormelde art. 21 de overheid niet bijzondere voorwaarden te stellen voor de bevordering tot zekere graden. Zo blijft de Koning binnen de grenzen van zijn bevoegdheid wanneer hij beslist dat de algemene directies van het middelbaar en het normaal onderwijs voor leden van het onderwijzend personeel voorbehouden zullen worden (arrest *Uelens* nr. 7397 van 5 november 1956).

Wat de vacature betreft, hebben wij er reeds op kunnen wijzen dat de betrekking moet openstaan om benoeming of overplaatsing. Dezelfde regel geldt ook voor de bevordering, met het gevolg dat wanneer een koninklijk besluit dat een betrekking instelt, door de Raad van State wordt vernietigd, daaruit volgt dat een achteraf gedane bevordering mede vernietigd wordt, omdat die bevordering rechtsgrond mist (arrest *Couck* nr. 6286 van 20 mei 1948).

Na een zekere aarzeling is de rechtspraak van de Raad thans definitief bepaald, wat de verplichting betreft twee jaar dienst te hebben in de lagere graad vooraleer voor een bevordering in aanmerking te mogen komen.

De Raad is bij de interpretatie van deze verplichting uitgegaan van art. 3 van het Statuut en van het koninklijk besluit van 30 maart 1939 betreffende de indeling van het Rijkspersoneel in categorieën en graden. Art. 5 van dit koninklijk besluit deelt de personeelsleden van de eerste categorie in algemene graden in. Deze algemene graden zijn de trappen in de administratieve hiërarchie. Nu is het de bedoeling van art. 72 van het Statuut een te vlugge opgang in de hiërarchie der graden te vermijden en het bewijs van beroepsbekwaamheid op elke trap van de hiërarchie te doen leveren, waaruit mag worden afgeleid dat voor een bevordering tot een hogere graad, twee jaar dienst vereist zijn in de onmiddellijk lagere graad (arresten *Maréchal* nr. 1325, van 28 februari 1952; *Robberechts,* nr. 4325 van 3 juni 1955, *Crèvecoeur,* nr. 5386, van 23 november 1956). Derhalve kan een directeur rechtstreeks bevorderd worden tot directeur-generaal, of tot een speciale graad daaraan verbonden, wanneer hij sinds twee jaar zijn functie van directeur vervult. Hij moet geen twee jaar dienst hebben als inspecteur-generaal, daar de graad van inspecteur-generaal een speciale graad is die gelijkgesteld is met de algemene graad van directeur-generaal (arresten *Crèvecoeur* nr. 5386 van 23 november 1956, *Dechief* nr. 630 van 15 december 1950, *Herment* nr. 1634, van 12 juni 1952).

Ook is de bevordering van een speciale graad tot een andere speciale graad, binnen eenzelfde algemene graad, niet onderworpen aan het bepaalde bij art. 72 (arresten *Beumier* nr. 7558 van 22 januari 1960, *Crèvecoeur* nr. 5386 van 23 november 1956). De benoeming van een sociaal inspecteur tot de graad van sociaal bemiddelaar, is geen bevordering in de zin van art. 72, daar beide graden verbonden zijn aan de algemene graad van bureauchef. Een ambtenaar aan wie deze bevordering verleend wordt moet derhalve geen twee jaar dienst hebben in zijn functie alvorens aanspraak te mogen maken op de bevordering (arrest *Crèvecoeur* nr. 5386 van 23 november 1956).

Indien een personeelslid voorgedragen is voor een bevordering tot een bepaalde functie, kan die voordracht niet gelden in de procedure tot bevordering in een andere functie. Zo is bv. niet voldaan aan het bepaalde bij art. 75 van het Statuut en art. 23 van het koninklijk besluit van 7 augustus 1939, wanneer een ambtenaar bevorderd wordt tot directeur, terwijl hij voorkwam op de lijst met kandidaten voorgedragen voor een bevordering tot de graad van adviseur-taaladjunct (arrest *Maréchal* nr. 1325 van 28 februari 1952).

Wanneer een ambtenaar vraagt om gehoord te worden, mag de directieraad niet willekeurig beslissen of hij de belanghebbende al dan niet te woord zal staan. De verplichting in te gaan op het verzoek van de ambtenaar is derhalve een essentiële waarborg voor

de personeelsleden en een substantiële vormvereiste die, wanneer zij niet wordt nageleefd, grond tot vernietiging vormt (arresten *Flamme* nr. 203 van 23 december 1949, *Strymes* nr. 286 van 22 februari 1950, *Daniel* nr. 347 van 28 april 1950, *Vuye* nr. 348 van 3 mei 1950).

Art. 20 van het koninklijk besluit van 7 augustus 1939 schrijft voor, dat bevorderingen tot een hogere graad aan het personeel der 1ste categorie worden toegekend na gemotiveerd advies, en aan het personeel der 2de categorie, na gemotiveerde voordracht van de directieraad. Het gemotiveerd advies voor ambtenaren van 1ste categorie is van substantiële aard. Het ontbreken van het advies maakt de bevordering onregelmatig (arresten *Servais* nr. 6000 van 24 januari 1958, *Peeters* nr. 4170 van 22 maart 1955, *Daniel* nr. 347 van 28 april 1950). Weliswaar is het advies zelf niet vatbaar voor vernietiging, daar het een voorbereidende rechtshandeling is (arresten *Flamme,* nr. 203 van 23 december 1949, *Van Tichelen* nr. 4397 van 28 juni 1955). Een advies van een consultatief lichaam kan op zichzelf geen nadeel berokkenen. Alleen de beslissing zelf kan schade veroorzaken. Maar de beslissing genomen op grond van een onregelmatig uitgebracht advies kan vernietigd worden; de onregelmatigheid volgt de rechtshandeling in de verschillende fazen van de procedure (*P. De Visscher,* Noot bij het arrest Flamme, nr. 203, R.J.D.A. 1950, blz. 71).

Voor de motivering van het advies gelden geen bepaalde vormvereisten. De Raad van State heeft er steeds over gewaakt dat de motiveringsplicht niet zou ontaarden in een zinloze formaliteit. De directieraad moet echter in elk geval afzonderlijk de objectieve redenen uiteenzetten met betrekking tot de persoon van de kandidaten en tot de betrokken dienst, maar hij is niet verplicht in zijn advies de argumenten te weerleggen, die ieder van de bezwaarindieners naar voren hebben gebracht (arresten *Crèvecoeur* nr. 5386, van 23 november 1956, *De Wit,* nr. 7489 van 15 december 1959).

Bij toepassing van een algemeen principe in administratief recht acht de Raad dat het ontbreken van de motivering in het advies gelijk staat met het ontbreken van enig advies, zodat de benoeming onregelmatig is (arrest *Servais* nr. 6000 van 24 januari 1958), terwijl tegenstrijdigheid in het advies gelijkstaat met het ontbreken van motivering (arrest *Sevrain* nr. 790 van 17 maart 1951).

§ 8. *Tuchtregeling.*

Als algemeen principe stelt de Raad dat de overplaatsing van een personeelslid van een dienst naar een andere dienst het karakter van een tuchtmaatregel niet heeft wanneer zij een eenvoudige maatregel van inwendige orde is, genomen in het belang van de dienst, zonder wijziging der functie en der bezoldiging (arresten *Cocq,* nr. 629 van 15 december 1950, *Martin* nr. 600 van 1 december 1950, *Hertog* nr. 593 van 1 december 1950, *Leveugle* nr. 5583 van 4 april 1957). Het personeelslid kan dan ook de regelmatigheid van een overplaatsing zonder disciplinair karakter niet betwisten voor de Raad van State (arresten *Raindorf* nr. 587 van 24 november 1950, *Mahy,* nr. 7212 van 15 september 1959).

De overplaatsing wordt ook geen tuchtmaatregel door het feit alleen dat zij samengaat met een andere tuchtstraf (arrest *Mahy* nr. 7212 van 15 september 1959).

Ofschoon de tuchtvordering principieel onafhankelijk is van de strafvordering, is de tuchtoverheid gebonden door de kracht van gewijsde van de uitspraak van de strafrechter betreffende de vaststelling der feiten. Tot staving van een tuchtmaatregel mag de administratieve overheid dus geen feiten in aanmerking nemen waarvan het bestaan door de rechter werd ontkend (arresten *Cordier* nr. 6540, van 5 oktober 1958, *Denijs* nr. 3880 van 6 december 1954, *Hanssens* nr. 2253 van 5 maart 1953). Anderzijds is het feit, dat de bewuste handelingen geen strafrechtelijk karakter vertonen, geen hinderpaal voor de bevoegde overheid om tuchtmaatregelen te treffen op grond van dezelfde handelingen (arrest *De Groeland* nr. 5647 van 14 mei 1953).

Ingevolge art. 79 van het statuut kan geen straf aan het bevoegd gezag worden voorgedragen dan nadat de belanghebbende vooraf is gehoord of ondervraagd. Daar dit artikel niet zegt hoe de ambtenaar tegen wie een tuchtprocedure is ingesteld, moet worden gehoord of ondervraagd, moet men aannemen dat de rechten van de verdediging zijn geëerbiedigd indien de beambte in de loop van de onderzoeksverrichtingen is gehoord, en de gelegenheid heeft gehad zich mondeling en schriftelijk te verdedigen (arrest *Leveugle* nr. 5583, van 4 april 1957, *Boret* nr. 2039 van 12 december 1952, *Lambin* nr. 3106 van 28 januari 1954, *Demaere* nr. 4977 van 21 februari 1956).

§ 9. *Onderbreken en neerleggen van het Ambt.*

Het ontslag van een personeelslid dat valt onder de bepalingen van art. 107 van het Statuut gebeurt niet van rechtswege; het moet uitgesproken worden door een regelmatige akte van de bevoegde overheid (arrest *Pijckevet,* nr. 4887 van 17 januari 1956). Dit ontslag is geen straf in de zin van art. 9 van de Grondwet, volgens hetwelk geen enkele straf kan ingevoerd noch toegepast worden tenzij krachtens een wet (arrest *Van Reckt* nr. 7286 van 15 oktober 1959).

Het door art. 107, 1° van het Statuut bedoelde ontslag van ambtswege is geen tuchtstraf; de regelen nopens de rechten van de verdediging moeten dan ook niet in acht worden genomen (arresten *Van Huffelen* nr. 6381 van 20 juni 1958, *Damen* nr. 7144 van 16 juni 1959). Zulk ontslag dat niet moet gemotiveerd worden zoals een jurisdictionele beslissing (arrest *Paenhuys* nr. 5591 van 9 april 1957) kan door de bevoegde Minister worden uitgesproken vanaf het ogenblik dat wordt vastgesteld dat het personeelslid niet voldeed aan de gestelde studievereisten (arrest *Van Huffelen* nr. 6381 van 20 juni 1958) of wanneer blijkt dat de getuigschriften die bij de benoeming werden voorgelegd vals zijn (arrest *Damen,* nr. 7144 van 16 juni 1959).

Het ontslag ingevolge art. 107, 3° en 4°, wegens ongeoorloofde afwezigheid van meer dan 10 dagen, of wegens het niet-hervatten van de dienst na een geoorloofde afwezigheid, is evenmin een tuchtmaatregel (arrest *Wanuffel,* nr. 1747 van 10 juli 1952). Het mag niet verward worden met het ontslag van ambtswege waarvan sprake in art. 77, 9° van het Statuut (arrest *Hongne,* nr. 2712 van 14 juli 1953). De procedure inzake tuchtstraffen, zoals bepaald in de art. 79, 83 en 88 van het Statuut, betreffende de rechten der verdediging en de mogelijkheid van beroep, moet dan ook niet worden nageleefd (arresten *Bellens* nr. 6109 van 4 maart 1958, *Hongne* nr. 1712 van 14 juli 1953).

Geen enkele bepaling schrijft voor dat de beslissing die het ontslag op grond van art. 107, 3° en 4°, uitspreekt, speciaal moet gemotiveerd zijn (arrest

Wanuffel nr. 1747 van 10 juli 1952). De beslissing op grond van art. 107, 4°, is voldoende verantwoord door de vaststelling, dat de betrokkene meer dan 10 dagen uit zijn dienst afwezig was, wanneer dit punt niet wordt betwist (arrest *Bellens* nr. 6109 van 4 maart 1958).

In verband met art. 107, 8° en 10° van het Statuut heeft de Raad van State gewezen, dat noch uit art. 73 van de Grondwet, noch uit art. 78 van het Strafwetboek blijkt dat een genadeverlening door de Koning terugwerkende kracht zou hebben t.a. van het vonnis dat een veroordeling uitspreekt, en t.a. van het ontslag van ambtswege dat ingevolge dit vonnis werd uitgesproken (arrest *Van Reckt* nr. 7286 van 15 oktober 1959). Derhalve heeft het feit dat de straf die door het vonnis werd opgelegd vervallen is ten gevolge van de genadeverlening, geen invloed op het ontslag van ambtswege.

De afzetting om tuchtredenen kan terugwerkende kracht hebben tot bij het begin van de preventieve schorsing die regelmatig door de bevoegde overheid werd opgelegd, en waarvoor na drie maanden het advies van de directieraad werd gevraagd. Indien niet kan worden uitgemaakt op welke datum het advies van de directieraad werd gevraagd, kan de afzetting enkel terugwerken tot op de datum waarop dit advies werd uitgebracht (arrest *Gebruers* nr. 7001 van 27 maart 1959).

§ 10. *Syndicaal statuut.*

Als algemeen principe inzake het toepassingsgebied van het syndicaal statuut, stelt de Raad voorop dat voornoemd statuut toepasselijk is op het personeel van de centrale diensten van de Staat, d.w.z. op de personeelsleden benoemd tot een functie van algemene administratie (arrest *Fredericq* nr. 417 van 30 juni 1950). Onder « personeel van algemene administratie » wordt, volgens de Raad, bedoeld het personeel van de centrale uitvoerende macht, met uitsluiting van het personeel der diverse bestuurstakken, waarvoor de Grondwet een afzonderlijke regeling heeft voorgeschreven. Het advies van de syndicale raden van advies, in de gevallen waarin het wordt opgelegd, is een substantiële vormvereiste opgelegd in het belang van de personeelsleden (arresten *Leeman* nr. 854 van 30 april 1951, *Ledoux* en *Laurens* nr. 1560 van 14 mei 1952, *Stevens en Mattart* nr. 1294 van 6 februari 1952, *Ledoux, Laurens en Goldberg* nr. 1295 van 6 februari 1952, *Stevens* nr. 1702 van 30 juni 1952, *Valkeners* nr. 2150 van 28 januari 1953, *Varkeners en Poncelet,* nr. 2348 van 15 april 1953, *Vandecruys* nr. 5728 van 25 juni 1957, *Eyckermans* nr. 6158 van 18 maart 1958, *Vandecruys* nr. 6153 van 18 maart 1958).

Ingevolge art. 6 van het syndicaal statuut slaat de bevoegdheid van de syndicale raden van advies op de voorstellen die betrekking hebben op de personeelsstatuten, de organisatie van de diensten en van het werk, en op de veiligheid, de gezondheid en de verfraaiing van de werkplaatsen.

Principieel moeten derhalve de ontwerpen tot instelling, afschaffing en verandering van betrekkingen steeds onderworpen worden aan het advies van de syndicale raden (arrest *Vandecruys* nr. 6153 van 18 maart 1958).

Evenwel moeten de vraagstukken die aan de syndicale raad van advies moeten worden voorgelegd, een algemeen karakter hebben, zoniet is het advies niet vereist (arresten *Sturtewagen* nr 1669 van 26 juni 1952, *Laurens* nr. 4004 van 18 januari 1955, *Van Herck* nr. 6711 van 2 december 1958). Beslissingen van individuele aard hoeven niet voor advies aan de syndicale raden te worden voorgelegd. Dit geldt o.m. voor benoemingsbesluiten (arrest *Debunne* en *Dumortier,* nr. 3223 van 15 maart 1954); de vaststelling van de benoembaarheidsvereisten waaraan voor een wel bepaalde benoeming moet worden voldaan (arrest *Van Herck* nr. 6711 van 2 december 1958).

Overigens is de formaliteit van de syndicale raadpleging vervuld wanneer de Raad het ontwerp in zijn geheel heeft besproken en erover heeft gestemd (arresten *Jansen en Leclercq* nr. 2270 van 13 maart 1953, *Jansen en Van de Moortel* nr. 2652 van 9 juli 1953) of wanneer de raad een advies heeft uitgebracht, welke ook de strekking van het advies zij.

Zeer belangrijk voor de naleving van het syndicaal statuut is het feit dat de Raad heeft aangenomen dat de leden van een syndicale raad van advies voor de Raad van State kunnen optreden ter verdediging van de prerogatieven waarop zij als syndicale afgevaardigden aanspraak mogen maken (arresten *Jansen* en *Leclercq,* nr. 2270 van 13 maart 1953, *Hantson* nr. 2601 van 25 juni 1953, *Jansen* en *Van de Moortel* nr. 2652 van 9 juli 1953, *Jansen en Boret* nr. 2457 van 13 mei 1953, *Rinchon* nr. 6352 van 12 juni 1958). Zij hebben er derhalve belang bij de vernietiging te vorderen van de administratieve rechtshandelingen die de bevoegdheid of de prerogatieven van die raad waarvan zij deel uitmaken zou miskennen (arresten *Valkeners* nr. 2150 van 28 januari 1953; *Jansen* nr. 2625 van 3 juli 1953, *Crèvecoeur* nr. 5225 van 21 juni 1956, *Eeckhoudt en Manne* nr. 6353 van 12 juni 1958, *Van de Moortel* nr. 1527 van 28 april 1952, *Stevens en Mattart* nr. 1294, en *Ledoux cs.,* nr. 1295 van 6 februari 1952).

* * *

Ingevolge art. 5 en 6 der wet van 23 december 1946 kunnen de Ministers het advies inwinnen van de afdeling geschillen van bestuur betreffende moeilijkheden welke tot de bevoegdheid van de uitvoerende macht behoren en niet betwist worden.

Het is de bedoeling van de wetgever geweest te verhinderen dat voormelde afdeling van de Raad van State zou optreden als juridisch adviseur van de Ministers in zaken waarover hij nadien als rechter in administratieve geschillen zou moeten oordelen.

Hier ook heeft de Raad merkwaardige adviezen verleend welke ons administratief en grondwettelijk recht hebben verrijkt. Daar deze adviezen uiteraard vertrouwelijk zijn is het niet mogelijk hierop nader in te gaan.

* * *

De rechtspleging tot herstel van de materiële schade na de oorlog 1914-1918 werd geregeld bij de gecoördineerde wetten van 20 april 1921 en 21 oktober 1921. Speciale instellingen werden in het leven geroepen onder de benaming : rechtbanken voor oorlogsschade en hoven voor oorlogsschade. Zij hingen af van de Minister van Justitie en volgden een verzoeningsprocedure of een procedure bij beslissing.

Tegen de beslissingen van de hoven voor oorlogsschade stond voorziening in cassatie open bij het Hof van Cassatie.

De ondervinding had echter geleerd dat deze hoven en rechtbanken een trage en dure organisatie waren.

Bij de wet van 1 oktober 1947 betreffende het herstel der oorlogsschade aan private goederen werd derhalve getracht een rechtspleging in te voeren, die

speciaal aangepast zou zijn aan haar onderwerp en die anderzijds aan de getroffenen alle wenselijke waarborgen zou geven, zowel wat de onpartijdigheid als wat het degelijk onderzoek der zaken betreft, en die ten slotte zo eenvoudig en goedkoop mogelijk zou zijn. Er werd een administratieve rechtspleging ingericht met twee graden en met mogelijkheid van beroep bij de afdeling administratie van de Raad van State.

Tot heden werden ongeveer 1500 beroepen bij de Raad van State ingesteld tegen de beslissingen van de Commissies van beroep voor oorlogsschade. De Raad van State heeft aldus ruim de gelegenheid gehad om enkele algemene rechtsbeginselen vast te leggen die zeker niet van belang zijn ontbloot. Een algemeen overzicht van deze rechtspraak geven zou ons te ver voeren, gezien de uitgebreidheid van de materie en de verscheidenheid van de geschillen die aan de Raad van State werden voorgelegd.

Evenwel achten wij het nuttig enkele punten uit deze rechtspraak aan te stippen.

Hoewel artikel 1 van de besluitwet van 23 oktober 1918 dat door de latere wetgeving herhaaldelijk werd bevestigd, het recht van de getroffene van de oorlog 1914-1918 uitdrukkelijk had geformuleerd, was het Hof van Cassatie veeleer van mening dat de oorlogsgetroffene geen houder was van een eigenlijk recht, maar dat er voor hem enkel kon sprake zijn van een blote verwachting (zie conclusies van advocaat-generaal *P. Leclercq,* Pas. 1923, I, 63).

Volgens de Raad van State echter, heeft de getroffene bij het inwerkingtreden van de wet van 1 oktober 1947 een werkelijk recht op vergoeding verkregen, dat onder de bij de wet bepaalde voorwaarden van de Staat kan worden afgedwongen (cfr. arrest huwelijksgemeenschap *De Ghendt* en *Van Brussel,* nr. 6400 van 24 juni 1958).

De Raad van State, rechter in cassatie, heeft steeds geweigerd kennis te nemen van de feitelijke omstandigheden van de zaak. Aldus heeft hij steeds beslist dat de Commissie van beroep in laatste aanleg oordeelt over het oorzakelijk verband in feite tussen de oorlogshandeling en de schade. Doch wanneer de commissie van beroep uit het oorzakelijk verband, dat zij in feite vaststelt, de wettelijke gevolgen afleidt dat de schade een rechtstreekse schade is, verklaart de Raad van State zich bevoegd om na te gaan of het wettelijk begrip der rechtstreekse schade, bedoeld bij het eerste lid van artikel 1, § 1, der oorlogsschadewet, al dan niet miskend werd (arrest huwelijksgemeenschap *Van Genechten-Vandervеken,* nr. 4384 van 18 juni 1955).

Een van de zeer kiese problemen die de Raad van State diende te onderzoeken, was dit van de prejudiciële geschillen voor de commissies van beroep.

Dat de commissie van beroep voor oorlogsschade onbevoegd is om uitspraak te doen over de betwisting welke voor haar gerezen is tussen twee personen die beweren eigenaar te zijn van hetzelfde goed, hoeft geen betoog.

Doch quid indien het eigendomsrecht betwist wordt door de Belgische Staat ?

Tot in juli 1955 heeft de Raad van State steeds beslist dat de Commissie van beroep tot het nemen van beslissingen slechts bevoegd is binnen de perken vastgesteld door de wetgeving inzake oorlogsschade aan private goederen, en dat zij haar uitspraak heeft gedaan, wanneer voor haar een geschil rijst tussen de Belgische Staat en de getroffene betreffende diens eigendom op het geteisterde goed (zie arresten *De Waele* nr. 574 van 20 november 1950, *Hastir* nr. 1140 van 9 november 1951, *Prignon* nr. 4006 van 21 januari 1955 en *Compagnie Belgo-Argentine,* nr. 4250 van 3 mei 1955).

In zijn arrest *Nyckees,* nr. 4995 van 2 maart 1956, stelde echter de Raad van State vast dat de bevoegdheid bepaald wordt door het voorwerp of het rechtskarakter van de aanvraag en niet door de motieven en de middelen welke dienen om deze aanvraag te staven, of te bestrijden; dat de commissie tussen de Staat en de getroffene beslist niet over het eigendomsrecht of de afstand van een burgerlijk recht, maar wel over het recht van de getroffene op financiële staatsbijdrage, overeenkomstig de bepalingen toepasselijk op dit administratief geschil.

Volgens dit arrest is er dus geen prejudicieel geschil meer tussen de Belgische Staat en de getroffene nopens de afstand van een recht op oorlogsschade of nopens de eigendom van het geteisterd goed (arrest *Vohy,* nr. 448 van 14 juli 1955).

Een ander belangrijk vraagstuk dat de Raad van State diende op te lossen, was of een door de Commissie van beroep genomen tussenbeslissing al dan niet in kracht van gewijsde kon gaan.

Volgens het Hof van Cassatie oefenden de hoven en rechtbanken voor oorlogsschade geen rechterlijke bevoegdheid uit; zij waren loutere bestuurscolleges welke enkel ermee belast waren het bedrag te bepalen van de vergoedingen voor de getroffenen, die vóór de definitieve toekenning ervan geen enkel recht op vergoedingen konden doen gelden. Het gevolg hiervan was dat alleen de beslissingen welke het bedrag van de vergoeding vaststelden of elke vergoeding weigerden, definitief konden worden en kracht van gewijsde konden krijgen, terwijl de tussenbeslissingen dienden beschouwd te worden als louter voorbereidende beslissingen, waarop steeds kon worden teruggekomen totdat de eindbeslissing was gevallen.

In zijn arresten *Les Soeurs Dominicaines d'Hérinnes,* nr. 2142 van 23 januari 1953 en *Consoorten Josch,* nr. 5579 van 29 maart 1957, scheen de Raad van State zich met de zienswijze van het Hof van Cassatie te willen verenigen.

Nochtans in zijn arrest *Vanackere,* nr. 7862 van 19 mei 1960, heeft de Raad van State zich duidelijk uitgesproken en heeft beslist dat een tussenbeslissing waarbij een geschilpunt wordt opgelost en waartegen geen beroep bij de Raad van State is ingesteld, definitief kan worden en in kracht van gewijsde kan gaan en dat de hoegrootheid van de vergoeding die later zou worden vastgesteld, geen invloed uitoefent op de aard van die beslissing.

* * *

Wat de vraag van het herstel van de wettelijkheid betreft, moet worden aangestipt dat geen enkele bepaling de Uitvoerende Macht belet de wettelijkheid te herstellen. Het beroep heeft immers geen schorsende uitwerking (arrest *Bael en Dhooge,* nr. 3044 van 6 januari 1944). De Uitvoerende Macht dient dus niet te wachten tot de Raad van State uitspraak heeft gedaan.

Immers, het gezaghebbend karakter van de arresten van de Raad van State, dat steunt op de hem bij de wet verleende bevoegdheid, heeft tot gevolg dat :

1) de door een arrest van de Raad vernietigde akte tegen niemand meer kan worden ingebracht, ook niet tegen iemand die er zich van onthouden zou hebben ze te bestrijden of wiens beroep zou zijn verworpen (arrest *Schollaert,* nr. 2944 van 27 november 1953);

2) de overheid van wie de vernietigde akte uitgaat,

geen nieuwe beslissing in strijd met het arrest van de Raad kan nemen zonder het rechterlijk gewijsde te schenden (arrest *Schollaert,* nr. 2944 van 27 november 1953);

3) de vraag tot intrekking van een arrest niet ontvankelijk is (arrest *Bael en Dhooge,* nr. 3044 van 6 januari 1954);

4) de vernietiging door de Raad de partijen opnieuw in de rechtstoestand brengt waarin zij vóór de beslissing verkeerden (arrest *Dabompe,* nr. 3402 van 20 mei 1954);

5) de draagwijdte van de vernietiging niet verder gaat dan het voorwerp van het beroep (arrest *Gemeente La Hestre* en *Commissie van Openbare Onderstand van La Hestre,* nr. 3477 van 11 juni 1954).

* * *

Het ligt voor de hand dat het van het grootste belang is voor het Bestuur, dat de beslissingen van de Raad van State in ruime mate bekendheid verkrijgen.

Ons administratief recht, op enkele teksten na, is immers niet gecodificeerd. Om deze reden is de rechtspraak van het Hof van Cassatie en van de Hoven en rechtbanken, vóór de instelling van de Raad van State, een belangrijke bron van rechtsvinding geweest, wat het grondwettelijk en administratief recht betreft.

Dit is nog meer het geval wat de rechtspraak van de Raad van State aangaat. Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 23 december 1946 blijkt dat de wetgever een officiële publicatie van de arresten en adviezen van de Raad van State niet heeft voorgeschreven, zoals zulks wel het geval was ten aanzien van de arresten van het Hof van Cassatie.

Aangezien dus moet uitgegaan worden van de stelling dat de Raad van State door zijn rechtspraak rechtsregelen vastlegt, waarmede het Bestuur en de staatsburgers vertrouwd moeten worden gemaakt, is het een grote verdienste voor de Substituten-Auditeur-Generaal M.M. *Dumont, L. Bayens* en *A. De Povere* het initiatief te hebben opgevat een volledige verzameling in beide landstalen aan te leggen van de arresten en adviezen (uitgave UGA te Heule).

Dit standaardwerk, dat verschijnt onder de bescherming van de Eerste Voorzitter en de Auditeur-Generaal bij de Raad van State, kan gerust als een officiële uitgave worden beschouwd. De drie auteurs dienen geluk gewenst te worden voor de aanzienlijke krachtinspanning die zij zich voor het tot stand komen van deze uitgave hebben getroost.

Een andere uitgave die op wetenschappelijk gebied van grote waarde is voor de jurist, ofschoon zij spijtig genoeg alleen in de Franse taal is gesteld, is het werk van Substituut-Auditeur-Generaal *Jean Sarot* : Répertoire des Arrêts et Avis du Conseil d'Etat de Belgique (Uitg. Bruylant).

* * *

Erkend moet worden dat de Raad van State, afdeling geschillen van bestuur, sinds zijn bestaan op een merkwaardige prestatie op juridisch gebied kan bogen. Zijn bijdrage tot de ontwikkeling van het grondwettelijk en het administratief recht in België is van zulke betekenis dat geen jurist zich dit land als rechtsstaat nog kan indenken zonder de tastbare invloed van een administratief rechtscollege dat door zijn gezag een einde vermag te maken aan controversen over de juiste betekenis van teksten, de bevoegdheid van de verschillende organen der uitvoerende macht bepaalt, over de bezwaren van de burgers tegen het willekeurig of verkeerd optreden van het Bestuur oordeelt en door zijn rechtspraak het ontstaan van talloze administratieve geschillen vermijdt.

Deze rechtspraak van de Raad van State, die het gezamenlijk werk van de Raad en van het Auditoraat mag worden genoemd, heeft aan het administratief recht in België de wetenschappelijke grondslag gegeven waarvan het ontbreken tot voor 1946 zozeer als een leemte werd aangevoeld.

Ook de verdienste van de concordantiedienst bij de totstandkoming van een behoorlijke Nederlandse rechtstaal kan niet genoeg worden onderstreept. De Raad van State beroept zich zelden op beginselen. Hij heeft zijn rechtspraak eerder voorzichtig maar duidelijk vastgelegd. Wanneer men echter de synthese maakt van de vele administratieve rechtsregelen welke de Raad heeft bevestigd of nauwkeuriger heeft omschreven, komt men onvermijdelijk tot de vaststelling dat ons hoogste administratief rechtscollege onopgemerkt ons administratief recht als het ware heeft gecodificeerd. Dit is, naar mijn oordeel, een verdienste welke vóór alle andere moest worden genoemd.

---

(1) H. Velge - La loi du 23 décembre 1946 instituant en Belgique le Conseil d'Etat - Bruylant - 1947, bez. 31 en vgl.

(2) *A. Mast,* Overzicht van het Belgisch Administratief Recht. Uitgeverij Story, 1962, blz. 340 en volg.

(3) Bij de vermelding van de arresten wordt hier verwezen naar de « Verzameling der Arresten en Adviezen van de Raad van State. Afdeling Administratie beslissende in betwiste zaken, door *Michel Dumont, Raymond Bayens en André De Pover,* Substituten-Auditeur-Generaal bij de Raad van State. Uitgeverij UGA, Heule.

(4) Pas. 1837 - 1838, blz. 168.

(5) Pas. 1847, blz. 406.

(6) Zie dienaangaande *J. Masquelin,* Contribution à l'étude du problème des arrêtés organiques et réglementaires, 1951. Revue de l'Administration et du Droit Administratif de Belgique.

11. BUITENLANDSE WETGEVING EN RECHTSVERGELIJKING

RECHTSVERGELIJKENDE AANTEKENINGEN BIJ DE RELATIVITEITSLEER TER ZAKE VAN ONRECHTMATIGE DADEN

door

Prof. Dr. J. LIMPENS

Hoogleraar aan de Universiteiten te Gent en te Brussel.
Directeur van het Interuniversitair Centrum voor Rechtsvergelijking.

1. In alle rechtssystemen wordt —naast betrachtingen met het oog op aansprakelijkheid zonder fout — door rechtspraak en rechtsleer ook gestreefd naar een beperking van het aantal vorderingen gesteund op onrechtmatige daden.

Deze pogingen vertonen een grote verscheidenheid naargelang de nadruk gelegd wordt op de *schuld,* op de *schade,* of op het *causaal verband* tussen schuld en schade.

Zo werd ten slotte de stelling verdedigd dat alleen een vooraf bestaande verplichting *schuld* oplevert (1)

Zo werd ook staande gehouden dat het *causaal verband* een noodzakelijkheidskarakter (2), of een adequaat karakter (4) moet vertonen;

Zo werd tenslotte de stelling verdedigd dat alleen de onrechtmatige *schade* in aanmerking kan genomen worden (4); dat alleen de krenking van een vooraf bestaand recht onder het schadebegrip valt (5), dat de schade voorzienbaar moet zijn (6), en ten slotte *dat alleen die personen en die schade in aanmerking dienen genomen te worden welke door de overtreden norm worden beschermd* (7).

2. Een zodanige verscheidenheid is voor de navorser blijkbaar zorgwekkend, niet zozeer om reden van de veelvuldigheid zelf, die een noodzakelijk gevolg is van de steeds toenemende complexiteit van het modern maatschappelijk leven, maar hoofdzakelijk omdat over die problemen een teleurstellende verwarring heerst.

Soms wordt eenzelfde beperking met verschillende benamingen aangeduid; soms worden, zonder nut, en in strijd met de wet, nieuwe beperkingen in het leven geroepen, waar een oordeelkundige toepassing van de algemene principes de gewenste oplossing verstrekt.

3. Het ligt in onze bedoeling in deze korte bijdrage tot het feestnummer van het Rechtskundig Weekblad, aan de hand van enkele recente gegevens, een aspect van die wetenschappelijke strijd toe te lichten, door meer bepaaldelijk de nadruk te leggen op de laatste van de bovengenoemde beperkingen, die in de literatuur bekend staat onder de benaming « *relativiteitsleer* », « *normbestemmingsleer* » (8) of « *Schutznormtheorie* » (9), en die hier te lande op meesterlijke wijze werd beschreven door Prof. Mr. J. Ronse (10).

4. In verschillende buitenlandse rechtssystemen gaat men uit van het principe dat aanspraak wegens onrechtmatige daad pas dan kan toegelaten worden wanneer de geschonden norm *strekt tot bescherming van de benadeelde partij.*

De vordering kan dus niet ingewilligd worden wanneer de overtreden norm uitsluitend strekte tot bescherming van de collectiviteit of van een ander dan de benadeelde persoon.

Bepaalde voorschriften strekken weliswaar tegelijkertijd tot bescherming van de collectiviteit en tot bescherming van de enkeling. Het spreekt vanzelf dat de benadeelde enkeling zich in dit geval op de schending van een zodanige norm mag beroepen.

Duitsland.

5. Deze leer vindt haar oorsprong in de *Duitse Schutznormtheorie,* waarvan de grondbeginselen werden neergelegd in § 823 van het BGB :

« Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen *ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstösst.* Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoss gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein. »

Volgens § 823, lid 1, komt dus iedere rechtskrenking en iedere aanslag tegen leven, lichaam, gezondheid en vrijheid in aanmerking zonder verder onderzoek naar de bestemming van de geschonden norm; blijkbaar omdat de bestemming duidelijk in de geest van de tekst besloten ligt.

Volgens § 823, lid 2, komt de schending van een andere norm slechts in aanmerking wanneer die norm strekte tot bescherming van een andere persoon (*ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz*).

6. Werden derhalve door het Reichsgericht of door het Bundesgerichtshof verworpen :

— de vordering van een *vervoerbedrijf* gesteund op het enkele feit dat een andere firma zonder concessie, in strijd met de wet, een vervoerdienst uitbaat (11);

— de vordering van een *destructiebedrijf,* gebaseerd op het enkele feit dat de eigenaar van omgekomen vee het afgekeurde vlees niet ter destructie aan eiser had toevertrouwd (12);

— de vordering van de eigenaar van een beschadigde auto gegrond, bij afwezigheid van iedere andere fout in hoofde van de tegenpartij, op het enkele feit dat deze, in strijd met de wet, een « *joy rit* » ondernomen heeft met het motorrijtuig van een ander (13);

— de vordering van de *man* wiens vrouw *overspel* heeft gepleegd, en die dientengevolge tot allerlei uitgaven is genoopt, tegen de medeplichtige, op grond van het enkele feit dat dezes daad strafbaar is (14);

— de vordering van de *elektriciteitsafnemer,* die schade lijdt door het uitvallen van de stroom, tegen deze die de elektrische kabels heeft beschadigd (15);

— de vordering van de eigenaar van een beschadigd motorvoertuig tegen de bestuurder die schuld heeft aan het ongeval, tot vergoeding van de *kosten van*

het strafgeding dat tegen eiser werd ingesteld en waarbij deze laatste vrijgesproken werd (16).

Nederland.

7. In navolging van de Duitse *Schutznormtheorie,* werd ook in Nederland onder de benaming « *relativiteitsleer* » of « *normbestemmingsleer* » een gelijkaardige beperking ingevoerd (17).

Terecht werd erop gewezen hoe zonderling deze opvatting voorkomt ten aanzien van de Nederlandse wet, die, anders dan de Duitse wet, geen tekst bevat waarin de Schutznormtheorie uitdrukkelijk wordt vermeld. Artikel 1401 B.W., dat bijna de letterlijke weergave is van artikel 1382 van de Code civil, bekrachtigt immers het algemeen beginsel dat : « Elke onregtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebragt, stelt dengenen door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verpligting om dezelve te vergoeden ».

8. Het overnemen van de Schutznormtheorie in Nederland heeft dan ook begrijpelijkerwijze geleid tot een beperking die door de wetgever niet was voorzien (18).

Dit is des te merkwaardiger daar men in Nederland — anders dan in Duitsland, waar de Schutznormtheorie niet geldt ter zake van *opzettelijke* benadeling door handelingen « *gegen die guten Sitten* » (§ 826 BGB) — geen tempering van die aard aantreft. Men is aldaar — aldus Wolfsbergen, op cit. p. 94 — « germaanser geweest dan germaans ».

Wat de theorie aan toepassingsmogelijkheden heeft gewonnen, schijnt zij echter aan kracht te hebben verloren. De Nederlandse rechtspraak weigert namelijk de Schutznormtheorie toe te passen in een reeks gevallen waar de Duitse rechtscolleges het wel hebben gedaan.

9. Werden aldus, anders dan in Duitsland, ingewilligd :

— de vordering van een *vervoerbedrijf* gebaseerd op het enkele feit dat een andere firma een vervoerdienst uitbaat zonder concessie (19);

— de vordering van een *elektriciteitsafnemer* die schade lijdt door het uitvallen van de stroom tegen hem die de elektrische kabels heeft beschadigd (20).

Werden verder ingewilligd :

— de vordering van degene die een onvoldoende hoeveelheid produkten op de *veiling* kon kopen, omdat de veilingsvereniging, in strijd met de wet, haar leden heeft toegestaan om hun produkten buiten de veiling om te verkopen (21).

Werden afgewezen :

— de vordering van de *verzekeraar* tegen de brandstichter (22);

— de vordering van een *arts* of een *apotheker* gegrond op het enkele feit dat de gedaagde, in strijd met de wet, zonder bevoegdheid heeft gehandeld (23).

10. Terwijl deze rechtspraak enerzijds door sommige auteurs werd goedgekeurd (24), werd zij anderzijds door anderen hevig aangevallen (25).

Men begrijpt dan ook met welke belangstelling de zienswijze van de opstellers van het *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek* — waarvan het 6de boek betreffende het verbintenissenrecht enkele maanden geleden van de pers is gekomen — werd verwacht.

« Het ontwerp — aldus de toelichting p. 630 — heeft op dit punt de rechtspraak van de Hoge Raad gevolgd, ondanks de vooral vóór 1940 daartegen gevoerde oppositie van gezaghebbende zijde (Meijers, Scholten, Smits, Wolfsbergen en de andere schrijvers aangehaald door Asser-Rutten, III, 2, p. 508) ».

11. Het ontwerp bevat een formele bevestiging van de normbestemmingsleer : « Hij die *jegens een ander* een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht schade die de andere dientengevolge lijdt, te vergoeden » (art. 6.3.1. lid 1).

« De onrechtmatige daad moet — aldus de Toelichting p. 650 — *jegens de eiser zijn gepleegd* ».

Nochtans, overwegende dat het in het algemeen zeer moeilijk is met zekerheid te bepalen wie door een rechtsnorm word beschermd, hebben de opstellers van het Ontwerp de regel verder in artikel 6.3.2 lid 2, op een negatieve wijze uitgewerkt : « Hij die in strijd handelt met een wettelijke plicht, pleegt een onrechtmatige daad *jegens eenieder* die dientengevolge schade kan lijden welke op het tijdstip van het plegen van de daad met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg te voorzien is, *tenzij blijkt dat de overtreden wetsbepaling een andere strekking heeft* » (26).

Al staat het o.i. niet vast dat in de praktijk de vereisten van schuld, schade en causaal verband niet dezelfde resultaten zullen opleveren, toch moet men erkennen dat de opstellers van het ontwerp een merkwaardige poging hebben gedaan om de te dien opzichte zeer uiteenlopende zienswijzen te verzoenen.

Frankrijk.

12. In Frankrijk was van zo'n beperking geen spoor te vinden (27), tot, heel onlangs, de criminele kamer van het Hof van Cassatie enkele vragen van de burgerlijke partij meende te moeten afwijzen omdat zij gesteund waren op de schending van bepalingen strekkende tot bescherming van het algemeen belang en niet van particuliere belangen.

13. Werden aldus ingewilligd :

— de vordering van een koopman gebaseerd op het enkele feit dat een ander koopman de ordonnantie van 30 juni 1945 betreffende de *maximumprijzen* had geschonden (28);

— de vordering van een koopman gesteund op het enkele feit dat een ander koopman de wet van 20 maart 1951 op de *verkoop met premie* had geschonden (29).

14. Het is echter zeer de vraag of deze rechtspraak niet voortspruit uit de wens van sommige strafcolleges om een einde te maken aan de vloed van klachten, steunende op de miskenning van voorschriften van ekonomische aard, die bij de parketten binnenstromen en die de goede werking van het rechtsapparaat in het gedrang dreigen te brengen.

Hoe dit ook zij, totnogtoe wordt geen beslissing van de civiele kamer gevonden die deze tendenz beaamt, zodat door de auteurs terecht wordt vastgesteld dat de recente rechtspraak van de criminele kamer aan de benadeelde partij de mogelijkheid niet ontneemt om zijn rechten te laten gelden voor de burgerlijke rechtscolleges.

« La solution nouvelle — aldus Chambon in een onderschrift bij het eerstgenoemde arrest — laisse à la victime la possibilité de faire valoir ses droits. Sans doute, ne peut-elle plus porter son action en réparation devant la juridiction pénale; mais elle conserve la faculté de porter celle-ci devant les tribunaux civils » (30).

België.

15. Totnogtoe wordt in België evenmin enig duidelijk spoor van zo'n beperking aangetroffen.

Hoe hoog men ook opklimt, steeds wordt de zienswijze gehuldigd dat iedere fout, waaruit schade ontstaat, aanleiding geeft tot vergoeding, en dat de schending van om het even welk voorschrift een fout oplevert.

16. Werden aldus regelmatig ingewilligd, vorderingen uitgaande van de burgerlijke partij en gesteund op de schending van bepalingen van openbare orde zoals :

— een vordering gebaseerd op de schending van *art. 268 S.W.* waarbij het de bedienaar van de eredienst verboden wordt overheidsdaden aan te vallen (31);

— een vordering gesteund op de schending van *art. 299 S.W.* waarbij de juiste aanduiding van de naam en de woonplaats van de schrijver of de drukker in iedere publicatie word geëist (32);

— een vordering gesteund op de schending van het Koninklijk besluit van 6 mei 1922 betreffende de *verkoop van ontsmettingsstoffen* en antiseptica (33);

— een vordering gesteund op de schending van *art. 207 e.v.* van de gecoördineerde wetten op de *vennootschappen* inzake valse balansen (34);

— een vordering gesteund op de schending van *art. 498 S.W.* inzake bedrog betreffende de identiteit, de aard en de oorsprong van de verkochte zaak (zaak Textilac) (35);

— een vordering gesteund op de schending van het Koninklijk besluit van 20 december 1934 aangaande *wijn, vruchtenwijn, wijnachtige dranken en œnologische produkten* (36);

— een vordering gesteund op de schending van de wet van 20 februari 1939 houdende bescherming van de titel en het beroep van *architect* (37);

— een vordering gesteund op de schending van de wet van 15 april 1958 betreffende de *publiciteit inzake tandenverzorging* (38).

17. Werden daarentegen afgewezen :

— een vordering ingesteld door een burgerlijke partij die geen persoonlijke schade had geleden en, ten onrechte, meende te mogen steunen op het algemeen belang dat ieder staatsburger erbij heeft dat *misdaden* en *wanbedrijven* niet *ongestraft* blijven (39);

— de vordering van een *hengelaar* die geen vergunning bezat om in een bepaalde rivier te vissen, tegen de persoon die aldaar met verboden visnetten te werk ging (40);

— de vordering van de « *Ligue belge pour la protection du cheval de mine* », tegen degene die vervolgd werd op grond van mishandelingen jegens de dieren (41);

— de vordering ingesteld door het « *Comité national de la bijouterie* » v.z.w., tegen een juwelier die strafbare middelen had gebruikt om zijn handel te bevorderen (42);

— de vordering van een *commissie van openbare onderstand* tegen de beschuldigde tot betaling van de kosten die zij heeft moeten dragen voor de verzorging van het slachtoffer (43).

18. Hieruit blijkt dat de Belgische rechtspraak doorgaans aan de klassieke leer getrouw is gebleven.

De aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad staat volgens deze rechtspraak voldoende vast wanneer aan de gewone vereisten van schuld, schade en causaal verband wordt voldaan.

In de gevallen, waar de eis werd afgewezen, ontbrak nu eens het element « schade » (44), dan weer het element « causaal verband » (45).

Europese gemeenschappen.

19. Het hoeft verder geen betoog dat de vraag van de relatieve onrechtmatigheid ook in het raam van de Europese gemeenschappen een buitengewoon belang vertoont.

Inderdaad op grond van de artikelen 65 en 66 van het verdrag van Parijs betreffende de E.G.K.S. en van de artikelen 85 en 86 van het verdrag van Rome betreffende de E.E.G., worden een reeks van kartels, alsmede het misbruik van een economische machtspositie, onverenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt en derhalve verboden.

Het komt er dus op aan te weten of degene die schade lijdt tengevolge van een overtreding van deze voorschriften, aan die overtreding alleen zijn aanspraak op vergoeding mag ontlenen.

20. In de huidige stand van de Franse en Belgische rechtspraak lijkt daarover weinig twijfel te bestaan.

Zodra de *schade* bewezen is, en het *causaal verband* tussen de schade en de inbreuk tegen kartel- of misbruikverbod vaststaat, is de aanspraak gegrond. Inbreuk tegen een wettelijk voorschrift is immers steeds als een fout te beschouwen.

21. In het Duitse en Nederlandse recht blijft daarover twijfel bestaan.

Men zal namelijk eerst dienen na te gaan of de bovenvermelde voorschriften, naast de vanzelfsprekende bescherming van het openbaar belang, ook het particulier belang op het oog hebben.

22. Het spreekt vanzelf dat ieder verschil op dit gebied tussen de landen van de Gemeenschappelijke markt tot onbillijke toestanden aanleiding kan geven, en dat aldus alles in het werk dient gesteld te worden om een eenvormige oplossing te bereiken.

Daartoe zou een grondige studie van de verschillende betrokken systemen moeten worden ondernomen, die duidelijk de perken van deze bescheiden bijdrage te buiten gaat.

Moge het volstaan erop te wijzen dat de bevoegde overheid van de E.E.G. zich ten volle bewust is van het dringend belang van dit probleem en zich dan ook sedert ettelijke maanden onledig houdt met het verzamelen van de nodige gegevens, met het oog op een gemeenschappelijke oplossing.

---

(1) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. II, nr 863; Planiol et Ripert, d. VI door Esmein, 2e dr. nr 477; Ripert et Boulanger, 2e dr. d. II, nr 899.

(2) De Page, Traité élémentaire de droit civil, d. II, nr 960; Cass. 12 juli 1951, Pas. 1951, I, 785; 5 maart 1953, Pas. 1953, I, 516.

(3) von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerisches Obligationenrechts, d. I, § 46, p. 330; Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, d. I, § 2, p. 96; Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, 75, II, 204.

(4) Codige civile, art. 2043, « un danno in justo ».

(5) De Page, d. II, nrs 948 en volg.

(6) Restatement of the law of torts, II, § 281, comment g; Prosser, Handbook of the law of torts, § 31, p. 183.

(7) B.G.B. § 826, lid 2.

(8) Polak, Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, p. 74 en volg.

(9) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse (1958), d. II, § 235, p. 949 en v.

(10) Ronse, Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad, nrs 64 en v.

(11) R.G. 19 januari 1929, Entsch. 119,435; contra B.G.H. 12 november 1957, Neue Juristische Wochenschrift, 1958, 177.

(12) R.G. 2 juni 1921, Entsch. 102, 223.
(13) B.G.H. 4 december 1958, Neue Juristische Wochenschrift, 1957, 500.
(14) B.G.H. 21 maart 1956, Neue Juristische Wochenschrift, 1956, 1149, onderschrift Schwab; B.G.H. 30 januari 1957 en 6 februari 1957, ibid, 1957, 670 en volg.; B.G.H. 8 januari 1958, Juristenzeitung 1958, 247.
(15) B.G.H. 9 december 1958, Entsch. 29, 65.
(16) B.G.H. 22 april 1958, Juristenzeitung 58, 742, onderschrift Boehmer.
(17) Polak, op. cit. p. 74 en v.
(18) Wolfsbergen, Onrechtmatige daad, p. 93 en v.; Meijers, De betekenis der elementen «waarschijnlijkheid» en «schuld» uit onrechtmatige daden, W.P.N.R. 1935, nr 3443; Meyers, onderschrift N.J. 1930, p. 303; N.J. 1937, nr. 899, p. 1254; Smidts, Iets over de vraag der relativiteit van de onrechtmatigheid bij onrechtmatige daad in verband met de door den Hoogen Raad onderscheiden onrechtmatigheidsvormen. W.P.N.R. 1938, nr 3586; Asser-Rutten, Verbintenissenrecht (1954) d. III, 2, p. 548 en v.
(19) H.R. 19 juni 1931, N.J. 1931, 1303, onderschrift Scholten.
(20) H.R. 14 maart 1958, Ars aequi, 1958-59, 72, onderschrift Beekhuis.
(21) H.R. 5 januari 1951, N.J. 1951, nr 494, onderschrift Houwing, Ars aequi, 1951-52, 92, onderschrift Drion.
(22) H.R. 24 januari 1930, N.J. 1930, 299.
(23) H.R. 17 januari 1958, R.v.d.w., 1958, 23; contra H.R. 30 october 1959, R.v.d.w., 1959, 275.
(24) Polak, op. cit., p. 74 en volg.; Hoffman, Drion en Wiersma, De algemene leer der verbintenissen, d. II, p. 105 en 122.
(25) Wolfsbergen, op. cit. p. 93 en volg.; Meijers, loc. cit., Smidts, loc. cit.; Asser-Rutten, op. cit. p. 558.
(26) Dezelfde negatieve formulering vindt men trouwens terug in art. 6.3.1, lid 1, terzake van de *schade* die in aanmerking dient genomen te worden. Dit is namelijk de schade « die met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg te voorzien was, *hetzij de geschonden norm niet strekt tot bescherming* tegen de voorzienbare schade *zoals de* benadeelde die heeft geleden ».
(27) H. en L. Mazeaud, 5e dr. door A. Tunc, d. I, nr 416; Ripert en Boulanger, Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, d. II, nr 936; Cass. Crim. 26 juni 1952, J.C.P., 1952, II, 7321, onderschrift Rodière, D. 1952, 726 (inzake een niet-gemachtigd vervoerbedrijf).
(28) Cass. Crim. 19 november 1959 (zaak Milhaud), D. 1960, 463, onderschrift Durry, J.C.P., 1960, II, 11448, onderschrift Chambon.
(29) Cass. Crim. 5 november 1959, D. 1960, 80; 2 maart 1961, J.C.P. 1961, II, 12039; 19 april 1961, J.C.P. 1961, II, 12039.
(30) Chambon, onderschrift onder cass. crim. 19 november 1951 J.C.P., 1960, II, 11448.
(31) Cass. 4 october 1878, Pas. 1878, I, 386.
(32) Corr. Brussel 6 januari 1898, Pas. 1898, III, 314.
(33) Corr. Hasselt, 25 april 1938, Rev. gén. ass. resp. 1939, nr 2929.
(34) Brussel 16 november 1939, J.T. 1940, 84.
(35) Cass. 15 october 1951 (zaak Textilac), Pas. 1952, I, 77, Rev. Prat. Soc. 1953, 185, advies advocaat generaal Hayoit de Termicourt en noot.
(36) Brussel 30 april 1954, J.T. 1955, 421.
(37) Cass. 29 juni 1959, J.T. 1959, 686.
(38) Brussel 9 mei 1961, J.T. 1961, 561.
(39) Corr. Antwerpen, 12 februari 1878, Pandectes belges, V° Action civile, nr 42.
(40) Corr. Brussel, 8 september 1871, Pandectes belges, V° Action civile, nr 44.
(41) Cass. 28 mei 1934, Pas. 1934, I, 294, Rev. gén. ass. resp. 1936, nr 2022.
(42) Cass. 9 december 1957, Pas. 1958, I, 375, Rev. crit. jur. belge 1958, 248, noot Dabin.
(43) Cass. 9 juni 1958, Pas. 1958, I, 1108.
(44) Corr. Brussel, 8 september 1871; Cass. 28 mei 1934; Cass. 9 december 1957.
(45) Cass. 9 juni 1958; Adde Cass. 22 december 1947, Pas. 1947, I, 555.
(46) Zie ook de Eerste Verordening over de toepassing van de art. 85 en 86 van het Verdrag van Rome, van 6 februari 1962 (J.O. 21 februari 1962) in werking getreden op 13 maart 1962.

HET BURGERLIJK RECHT IN DE VOLKSREPUBLIEK CHINA

door

Prof. René DEKKERS

Hoogleraar aan de Universiteiten te Gent en te Brussel.
Lid van de Koninklijke Vlaamse Academie voor Wetenschappen.

Inleiding

1. *Het Chinese recht in 't algemeen.*

De Chinese omwenteling van 1949 werd door verscheidene standen verwezenlijkt : door de boeren, de werklui, doch ook door intellektuelen en andere « bourgeois ». Al deze standen vormden samen (en vormen nog steeds) een demokratisch front.

Het Chinese recht houdt met die oorsprong rekening. Het stelt de ene stand niet tegenover de andere. Het kent enkel vóór- en tegenstanders van de revolutie. Tegenstanders zijn de landheren, de grootgrondeigenaars, de machtige kapitalisten. Onder de voorstanders vindt men proletariërs en niet-proletariërs, arbeiders en niet-arbeiders, arme, gegoede en zelfs rijke boeren, kleinburgers en zelfs gegoede, rijke, doch nationaal voelende burgers.

Daaruit volgt :

a) dat er in China geen sprake is van een diktatuur van het proletariaat;

b) dat er evenmin sprake van is, het socialisme met één slag door te voeren. Het socialisme wordt er door een overgangsperiode voorafgegaan, tijdens welke de Staat geleidelijk de produktie moet industrializeren en mechanizeren, en geleidelijk de landbouw, het handwerk, de kapitalistische handel en nijverheid in socialistische zin moet omvormen (1).

Bij die geleidelijke omvorming speelt het burgerlijk recht een belangrijke rol.

2. *Gebied van het burgerlijk recht.*

Het gebied van het burgerlijk recht bestrijkt principieel (2) de vermogensrechterlijke betrekkingen, alsook sommige persoonlijke betrekkingen, die met de eerste verband houden.

a) De vermogensrechtelijke betrekkingen betreffen het bezitten, het afstaan en het verspreiden van goederen. Technisch gesproken omvatten ze de drie bekende hoofdstukken : eigendom, — verbintenissen, — erfrecht.

b) De persoonlijke betrekkingen waarmee het burgerlijk recht zich bezig houdt zijn die welke ontstaan uit scheppingen van de geest, of uit wetenschappelijke ontdekkingen.

Het familierecht vormt een tak apart.

Toch zal ik er ook over uitweiden.

3. *Wat het burgerlijk recht reeds volbracht heeft.*

a) Tijdens de periode van *herstel* (1949-1952) heeft het burgerlijk recht er toe bijgedragen, de overblijfsels van semi-feodale of semi-koloniale toestanden uit te wissen inzake eigendom, huwelijk en familie.

De grote privé-eigendommen werden afgeschaft, alsook de karweien en andere feodale verbintenissen. Kleine privé-eigendom werd onder de boeren gevestigd. Ook kwamen de eerste Staatsbedrijven, koöperatieven en mutualiteiten tot stand. Ekonomische en financiële maatregelen werden geünificeerd.

b) Tijdens de eerste *planifikatieperiode* (1953-1957) hielp het burgerlijk recht het ekonomisch Staatsplan verwezenlijken, de socialistische eigendom ontwikkelen, de privé-eigendom over produktiemiddelen hervormen en geleidelijk afschaffen.

Standaard-statuten van meer gevorderde koöperatieven werden einde 1955 uitgevaardigd. Begin 1956 ging de Staat deelnemen aan het beheer van bedrijven in de vroegere privé-sektor van handel en nijverheid.

c) Met de tweede *planifikatieperiode* (1958-1962) ging die beweging steeds verder. De privé-bedrijven werden geleidelijk door de Staat opgekocht, en de meeste koöperatieven gingen tot kommunes over.

4. *Bronnen van het burgerlijk recht.*

De Volksrepubliek China bezit nog geen burgerlijk wetboek; daartoe is een overgangsperiode, zoals die welke ze thans doormaakt, natuurlijk niet geschikt.

Waarop berust dan het tegenwoordig burgerlijk recht ?

a) Op de algemene beginselen van de Grondwet van 1954 (meer bepaald artikels 5 tot 15).

b) Op een groot aantal bijzondere wetten (3), uitgaande zowel van lokale als van centrale overheden.

I. *Eigendom.*

5. *Verscheidene soorten.*

Het Chinese recht maakt een grondig onderscheid tussen eigendom over produktiemiddelen en eigendom over levensbehoeften.

a) Over *produktiemiddelen* kan er bestaan (Grondwet, art. 5) :

Staatseigendom, — of eigendom van het hele volk;

koöperatieve eigendom, — of eigendom der werkende massa's;

eigendom van individuele werklui;

kapitalistische eigendom.

b) Daarnaast beschermt de Staat het recht der burgers over wetmatige inkomsten, spaargeld, woningen en andere *levensbehoeften* (Grondwet, art. 11).

6. A. *Staatseigendom.*

Staatseigendom wordt in China beschouwd als het beste middel om de schatten van de bodem aan het belang van allen te besteden, en zodoende het algemeen welzijn te bevorderen. Die eigendom omvat : de wateren, de wouden, de braakliggende gronden, de minerale rijkdommen en andere bij de wet aan de Staat toebedeelde middelen (Grondwet, art. 6, lid 2).

Hiermede zijn niet al de produktiemiddelen opgesomd. Want als dusdanig dienen toch ook nog beschouwd : de vervoermiddelen te land, door de lucht en ter zee, de havens, de banken, de openbare wegen, de verzamel- en herstelplaatsen voor mechanisch landbouwmateriaal, de openbare kommunikatiediensten (post, telefoon, telegraaf, radio, televisie) enz.

Sommige van die goederen zijn Staatseigendom geworden, krachtens een wet. Andere zullen het worden. Op andere nog behoudt zich de Staat een recht van toezicht voor.

Waarom heeft de Chinese Grondwet niet dadelijk alle belangrijke produktiemiddelen aan de Staat toevertrouwd ?

Omdat vele daaronder in handen waren (resp. nog steeds zijn) van privé-kapitalisten, en dat het radikaal en plots nationalizeren van die goederen de belangen der gemeenschap niet zou bevorderd hebben. De regering geeft de voorkeur aan een politiek van geleidelijke omvorming (hierboven, nr. 1), waarbij rekening dient gehouden met die kapitalisten, die met het principe der socializering akkoord gaan, en het hielpen verwezenlijken. Tegenover dergelijke medewerkers dienen overgangsformules toegepast. Het zou verkeerd zijn, ze dadelijk te onteigenen.

7. *Beheer.*

Staatseigendom wordt door Staatsorganen, resp. door Staatsbedrijven beheerd.

Zulk beheer moet in overeenstemming met de ekonomische plannen geschieden (Grondwet, art. 15).

Daartoe worden de Staatsgoederen in twee kategorieën ondergebracht : in *vestigings-* en in *werkingsfondsen*. Over de laatste mogen de Staatsbedrijven beschikken, over de eerste niet. Werkingsfondsen mogen onder bezwarende titel vervreemd worden, terwijl vestigingsfondsen enkel onder kosteloze titel mogen overgedragen worden, door het ene bedrijf aan het andere, en naar de regels van het administratief recht, niet van het burgerlijk recht. Ten slotte mogen de schuldeisers beslag leggen op de werkingsfondsen, niet op de vestigingsfondsen.

Wat het dagelijks beheer betreft, geniet het Staatsorgaan resp. het Staatsbedrijf een volle vrijheid.

8. *Bescherming.*

Gelet op zijn bestemming geniet het Staatsgoed een bijzondere bescherming, niet alleen vanwege het strafrecht, ook vanwege het burgerlijk recht. Bv. :

a) het ontsnapt aan alle verkrijgende verjaring ten behoeve van derden;

b) in geval van twijfel omtrent het eigendomsrecht over een zaak, in een betwisting tussen de Staat en een derde, wordt het goed geacht aan de Staat toe te behoren.

9. B. *Koöperatieve eigendom.*

De Chinese juristen geven voor de koöperatieve eigendom volgende bepaling : het is « een ekonomische, gemeenschappelijke, socialistische organizatie, onder individuele arbeiders, op grondslag van vrije instemming en wederkerige winsten, en onder leiding der Kommunistische partij en van de volksregering » (4).

De Staat beschermt de koöperatieve eigendom. Hij bevordert de verspreiding van de koöperatieve sektor van de ekonomie, want hij beschouwt hem als het belangrijkste middel tot omvorming van de individuele landbouw en het artisanaat (Grondwet, art. 7, lid 2).

Er bestaan twee groepen van koöperatieven : produktiekoöperatieven (van landbouwers, huisarbeiders, vissers en veetelers) en koöperatieven buiten de produktie (voor bevoorrading, verkoop en krediet).

10. *Algemene kenmerken.*

a) De koöperatieve eigendom werd aanvankelijk gevormd door het samenbrengen van produktiemiddelen, of door het bijdragen van de leden tot het samenstellen van vestigingsfondsen.

b) De koöperatieven genieten, binnen het raam van het Staatsplan, een volle onafhankelijkheid in het beheer van hun eigendommen en kapitalen.

c) Dragers van de koöperatieve eigendom zijn al de leden van de koöperatief, gezamenlijk. Er is geen spra-

ke van mede-eigendom onder de leden, ieder voor zijn deel; want er bestaan geen delen.

d) Koöperatieve eigendom gaat nooit gepaard met Staatseigendom. Nooit mag een koöperatief goederen bezitten, welke bij de wet aan de Staat zijn toebedeeld.

11. *Koöperatieven van landbouwers.*

De *demokratische* omwenteling heeft daarin bestaan, dat de landheren, de grootgrondeigenaars, de rijke boeren, hun gronden aan de arme boeren en de landarbeiders moesten afstaan Zo werden deze laatsten tot nieuwe, kleine landeigenaars.

De *socialistische* omwenteling wil die kleine eigenaars er toe aanzetten, hun gronden in gemeenschap te brengen, tot mechanisering en opvoering der produktie (Grondwet, art. 8, lid 2).

Dit samenbrengen geschiedde in drie stappen : de semi-socialistische koöperatieven, de socialistische en de volkskommunes.

12. a) In de *semi-socialistische koöperatieven* (Grondwet, art. 7, lid 1) blijven de boeren individuele eigenaars van hun gronden.

Aanvankelijk betaalde de koöperatief zelfs een huursom, voor het genot van die gronden; maar dit stelsel werd vrij vroeg afgeschaft.

In gemeenschap vallen de produkten van die gronden.

Die produkten worden verkocht (aan de Staat, of op de markt). De prijs gaat naar de bank, en wordt op geregelde tijdstippen onder de leden der koöperatief verdeeld, na aftrek van de uitgaven tot algemeen nut. De verdeling geschiedt naar het aantal arbeidsuren welke ieder gepresteerd heeft.

13. b) In de *socialistische koöperatieven* (Grondwet, art. 7, lid 1) brengen de boeren in gemeenschap hun gronden, hun vee, hun gerief, hun machines of andere produktiemiddelen.

Dit heeft evenwel aanleiding gegeven tot moeilijkheden, en wel volgende :

Socialistische koöperatieven mogen onder hun leden kleine strookjes grond uitdelen voor hun persoonlijk gebruik.

Het is gebleken dat sommige koöperatieven meer grond uitdeelden dan het bij de wet toegelaten maximum; of dat ze aan hun leden toestonden, om er planten te kweken met het oog op handel.

Andere moeilijkheden ontstonden, doordat sommige leden de koöperatief wilden verlaten. Dat recht hebben ze ongetwijfeld. Doch de regering wenst dat de koöperatieven hun leden tot blijven weten te bewegen. Leden, die toch uit de koöperatief willen treden, leggen zich bloot aan kritiek en aan besnoeiing van alle politieke invloed.

Het inbrengen van goederen in de koöperatief gebeurt meestal mits betaling van een rente, of mits aanrekening van de waarde op wat het lid in de beleggings-, reserve- of bijstandsfondsen der koöperatief moet storten.

Alleen voor de ingebrachte gronden wordt er niets betaald; want de grond, zeggen de Chinezen, is zoals het mensenleven : hij is onschatbaar.

14. *Uitoefening van het eigendomsrecht.*

De koöperatief van landbouwers moet zijn eigendomsrecht uitoefenen in overeenstemming met de principes van het socialisme.

Zo moet ze aan de Staatsorganen en aan de bevoorradingskoöperatieven de hoeveelheid produkten verkopen, welke de bevolking nodig heeft.

Ze mag haar eigendom niet aan kapitalistische doeleinden besteden. Ze mag b.v. haar gronden niet verkopen, of andere gronden aankopen. Wel is het haar toegestaan, kleine stroken grond te verkopen aan behoeftigen, zoals aan pas geïmigreerde Chinezen, die in hun vaderland nog geen woonplaats bezitten. Ook mogen gronden geruild worden (met die van andere koöperatieven, of van individuele boeren), wanneer zulks de belangen van de landbouw dient.

De beslissingen omtrent de bestemming der goederen, het produktieplan, het budget van de koöperatief, en dergelijke meer, dienen door de algemene vergadering getroffen. Sommige direkteurs van koöperatieven zouden zich aan die regel niet houden, en zouden hun leden niet genoeg raadplegen : dit is een kwestie van demokratische opleiding.

15. *Bescherming van het eigendomsrecht.*

Gelet op het grote belang van de koöperatieve eigendom voor de ontplooiing van de socialistische ekonomie (Grondwet, art. 7, lid 2), hebben sommige Chinese juristen beweerd dat die eigendom dezelfde bescherming moest genieten als de Staatseigendom : nl. dat hij niet vatbaar mocht zijn voor verkrijgende verjaring vanwege derden, en dat de twijfelachtige twisten omtrent het eigendomsrecht door een vermoeden ten gunste van de koöperatief dienden opgelost (zie hierboven, nr 8).

Het zal van de persoon van de tegenstander afhangen. Is die persoon een particulier, dan zal de koöperatief zich op voormelde regels mogen beroepen; anders niet.

16. C. *Volkskommunes.*

De volkskommunes verschillen van de koöperatieven, doordat ze veel ruimere doeleinden nastreven. De volkskommune beoogt een ekonomische, administratieve, kulturele en militaire decentralizatie. Ze is een streven tot regering van het volk door het volk, tot plaatselijke inrichting van het hele sociale leven. Ze kwam tot stand om het gebrek aan verkeersmiddelen te verhelpen, om de gehuwde of niet gehuwde vrouw te ontvoogden, om de vrouwelijke arbeidskracht in dienst van de gemeenschap te stellen.

De volkskommunes verschillen ook nog van de koöperatieven door hun omvang, want ze tellen soms tot 150.000 leden.

Ze gelijken evenwel op socialistische koöperatieven door het principe van het inbrengen der persoonlijke eigendommen (vandaar overigens de naam « kommune »).

Op dit ogenblik worden er in de kommunes nog steeds lonen betaald; maar deze liggen al veel lager dan in de Staatsbedrijven. Wanneer ze helemaal afgeschaft zullen worden, zullen de kommunes werkelijke cellen van « kommunisme » uitmaken.

17. D. *Eigendom der individuele arbeiders.*

Produktiemiddelen kunnen niet alleen aan de Staat of aan koöperatieven toebehoren, doch ook nog aan individuele arbeiders (Grondwet, art. 5), boeren (art. 8, lid 1) of andere werkers (art. 9, lid 1).

Het gaat hier om een kleine privé-sektor in de ekonomie, die in de tegenwoordige overgangsperiode nog geduld wordt, maar die toch bestemd is om te verdwijnen (Grondwet art. 8, lid 3).

Een oude, werkonbekwame boer, mag zijn grond nog verhuren om aan geldmiddelen te geraken; maar aan een ander wordt zulk recht ontzegd.

Bij het verstrekken van leningen geven de banken de voorkeur aan koöperatieven boven individuele werkers. Enz.

De konkurrentie van de Staatssektor zorgt er overigens voor, dat de individuele eigendom niet meer in kapitalisme kan overgaan, zoals vroeger het geval was.

18. E. *Kapitalistische eigendom.*

Die vooral is niets meer dan een overblijfsel uit vervlogen tijden. Tegenover privé-eigendom over nijverheids- of handelsbedrijven, voert de Staat een politiek van « gebruik, beperking en omvorming » (Grondwet, art. 10). De Staat *gebruikt* (mits toezicht) de bedrijven, die enig nut opleveren voor de gemeenschap; hij *beperkt* al wat geen nut oplevert voor de gemeenschap; hij *omvormt* stilaan het privé-kapitalisme in Staatskapitalisme.

Het spreekt vanzelf dat de Staat alle handelingen verijdelt, welke in strijd zouden zijn met het algemeen welzijn of met het ekonomisch Staatsplan.

19. Hoe geschiedt het zoëven genoemde *toezicht* ? Door een deelneming van de Staat in het bestuur van het bedrijf. De privé-kapitalist moet in vele gevallen het beheer aan een Staatsbeambte afstaan; in andere gevallen wordt het beheer door beiden gevoerd (« gemengd bedrijf »).

De kapitalist ontvangt in elk geval een rente, voor het gebruik van zijn kapitaal. Gewoonlijk bedraagt ze 1 % per maand. Ze mag echter niet beschouwd worden als een vast recht, maar enkel als een overgangsformule.

Blijft de kapitalist als beheerder werken, dan krijgt hij bovendien nog een loon. Wat dat betreft wordt hij met de gewone werkers gelijkgesteld.

Wat de kapitalisten definitief verbeurd hebben, is het recht om over hun bedrijven te beschikken. Deze zijn voortaan in de Staatsplannen ingeschakeld.

20. *Persoonlijke eigendom over levensbehoeften.*

In het Manifest der Kommunistische Partij verklaren Marx en Engels dat het kommunisme niet alle privé-eigendom afschaft, maar enkel de « bourgeois » eigendom. Eenieder mag zich de produkten der sociale bedrijvigheid toeëigenen; alleen mag zulke toeëigening niet meer leiden tot beheersing van andermans arbeid.

Zo verbiedt het kommunisme de privé-eigendom over produktiemiddelen, doch niet de persoonlijke eigendom over verbruiksmiddelen (Grondwet, art. 11).

Hoe geraakt de burger aan dergelijke eigendom ? Bij middel van zijn loon, van het erfrecht (hieronder, nr 34) en van het inkomen van zijn privé-goederen (hierboven nr 17).

Overigens zal de Staat er zorg voor dragen, dat de burger zijn persoonlijke eigendom niet misbruikt (5), ten nadele van de belangen van de gemeenschap.

II. *Verbintenissen.*

1. *Inleiding.*

21. *Algemene opmerking.*

De leer der verbintenissen, in het Chinese recht, sluit eigenlijk bij de traditionele, Romeinsrechtelijke opvattingen aan. Ik zal me dus alweer beperken tot het aanstippen van enkele verschilpunten.

Onder de *bronnen* van verbintenissen spelen de administratieve rechtshandelingen een belangrijke rol. Die handelingen omvatten nl., naast de besluiten en verordeningen der administratieve overheid, ook de ekonomische plannen. Nu zijn die plannen een onrechtstreekse bron van verbintenissen, vermits de bedrijven hun kontrakten overeenkomstig die plannen moeten sluiten.

Wat de *uitvoering* der verbintenissen betreft, beslist de rechtspraak dat die binnen de maand vanaf de inmorastelling moet geschieden, naar de behoeften van de schuldeiser en de middelen van de schuldenaar.

Onder de middelen van *tenietgaan* der verbintenissen dienen alweer het plan en de wet vermeld. Want verbintenissen op grond van een ekonomisch plan vervallen natuurlijk wanneer het plan afgeschaft of gewijzigd wordt. En het komt voor, dat de wet verbintenissen teniet doet (zoals op 20 oktober 1950 gebeurde, ten aanzien van de schulden der boeren jegens de oude landheren en de woekeraars).

22. *Zekerheden.*

De belangrijkste zekerheden (tot betaling van schulden) zijn :

a) *het strafbeding.* — Deze vorm komt in China het meeste voor. Principieel heeft het bedrag van het strafbeding niets te maken met dit van de geleden schade. Wanneer het bedrag van het strafbeding echter zeer hoog ligt, dan mag evenwel de rechtbank een lager bedrag toekennen, rekening houdend met wat reeds gepresteerd werd, met de vermogenstoestand van partijen, met de door de schuldeiser werkelijk geleden schade. Ligt integendeel het bedrag van het strafbeding zeer laag, dan mag de rechtbank het niet verhogen;

b) *borgstelling.* — Ook voor het louter verschijnen voor de rechtbank;

c) *hypoteek.* — Naar Chinees recht mag ook een roerend goed met hypoteek belast worden. Onder de hypotekaire schuldeisers wordt de voorrang bepaald door de chronologische volgorde der hypoteekovereenkomsten. Bestaat er echter een geschreven publiciteit (zoals voor schepen), dan beslist de volgorde der inschrijvingen;

d) *retentierecht.* — Dit geldt enkel inzake vervoer.

23. *Rechtspersonen.*

Het Chinese recht erkent als dusdanig :

— de Staatsbedrijven;

— de in het Staatsbudget vermelde organismen, welke subsidies krijgen om aan handelingen van burgerlijk recht deel te nemen;

— de koöperatieven;

— de gemengde (staat-privé) bedrijven;

— de door de arbeiders gevormde verenigingen zonder rechtstreeks ekonomisch doel (kulturele verenigingen, sportverenigingen, syndikaten enz.).

De Staat zelf is in het Chinese recht geen rechtspersoon, al is hij vaak in handelingen van burgerlijk recht betrokken.

24. *Rechtshandelingen.*

Het Chinese rceht is niet formalistisch. Pleegvormen zijn uitzonderlijk.

Onder de gebreken in de toestemming dient vermeld het verkeerd aangewend gezag van de overheid. Zo

had een Staatsbedrijf aan arme boeren verbruiksgoederen verkocht, welke deze niet dringend nodig hadden (radiotoestellen, pastijbakkerij, enz.), met ze voor te stellen als blijken van een politiek van opvoeren van het materieel welzijn der arbeiders. De kontrakten werden verbroken.

Wanneer een rechtshandeling teniet gedaan wordt, dan krijgt de voor de nietigheid verantwoordelijke partij de door haar vervreemde zaken niet terug : ze worden ten behoeve van de Staat gekonfiskeerd.

25. *Verjaring.*

Het Chinese recht kent nog geen eensluidende, maxima verjaringstermijnen.

Zulke maxima verschillen zeer, van het ene land tot het ander.

In kapitalistische landen liggen die maxima zeer hoog (10 à 30 jaar). Zo'n stelsel werkt natuurlijk in het voordeel der schuldeisers en der eigenaars.

In socialistische landen liggen de maxima integendeel zeer laag (3 à 5 jaar, en gewoonlijk nog veel minder in de geschillen tussen Staatsorganen of -bedrijven).

26. *Werking der verjaring.*

Naar Belgisch recht mag het verjaringsmiddel nooit ambtshalve door de rechter worden opgeworpen (art. 2223 Burgerlijk Wetboek). Alleen de verweerder zelf mag dat doen. Hij mag er dus ook van afzien (art. 2220 B.W.).

Een dergelijke regel achten de Chinese juristen bedrieglijk voor arme, onbeholpen verweerders, die niets afweten van verjaring, en die er dus nooit aan denken, zulk middel in te roepen.

Daarom vertrouwt het Chinees recht dit middel aan de rechter toe, die er ook van af mag zien, zo hij meent dat het laattijdig instellen van de eis in het bepaalde geval te verschonen is.

De verjaring mag steeds gestuit worden.

Wat echter de schorsing betreft, deze mag pas dan aanvaard worden, wanneer de reden daartoe in de laatste maanden van de termijn is ontstaan, en nog steeds voortbestaat op het einde van de termijn.

2. *Kontrakten.*

27. *Bijzondere funktie.*

In een geplanificeerde ekonomie, en meer bepaald onder Staatsorganismen, dienen kontrakten vooral tot het uitwerken en verduidelijken der ekonomische plannen.

Ze dienen voorts tot wederzijdse kontrole onder die organismen, vermits elk tekort in de produktie van het ene, automatisch weerkaatsingen veroorzaakt bij andere.

Kontrakten met verbruikers bieden ook nog de mogelijkheid om de behoeften der verbruikers beter te leren kennen, en tegemoet te komen.

Mijn opzet getrouw, geef ik hier slechts enkele losse aantekeningen.

28. *Toezicht.*

Bij het sluiten en het uitvoeren der kontrakten oefenen verscheidene instellingen toezicht uit :

a) *de notariskantoren.* In Socialistische Staten wordt het notarisambt door Staatskantoren vervuld, die niet alleen voor de technische juistheid van de kontrakten moeten zorgen, doch ook voor de overeenstemming met het openbaar belang;

b) *de banken,* bij het uitvoeren van de betalingen en andere regelingen tussen de organismen en de koöperatieven, wier gelden zij bewaren;

c) *de administratieve organen,* die onder meer de twistvragen moeten oplossen, en gebeurlijk wijzigingen moeten voorstellen in kontrakten of plannen. In de Sovjetunie wordt die funktie door een apart ambt vervuld, de zgn. Staatsarbitrage. In China bestaat zulk apart ambt niet.

29. *Lening.*

Woeker is zo oud als de Chinese geschiedenis zelf. Thans wordt die plaag met alle macht bestreden.

a) Bij leningen tussen *partikulieren* bestaat er nog geen algemeen aanvaard maximum bedrag voor de rente. De gebruiken lopen sterk uiteen. In sommige streken wordt een rente van 2 à 3 % *per maand* nog als normaal beschouwd; in andere volgen de partikulieren het voorbeeld van de Staatsbank of van krediet-koöperatieven; in andere wordt ook rekening gehouden met de persoon van de lener, en met de bron van zijn inkomsten.

b) De *Staatsbank* gaat integendeel van de persoon van de ontlener uit : een produktieorganisme betaalt een lagere rente dan een handelsorganisme; een Staatsbedrijf, een lagere dan een gemengd bedrijf; enz.

c) *Kredietkoöperatieven* dienen hoofdzakelijk om het rentebedrag zo laag mogelijk te houden, — niet enkel onder haar leden, ook ten aanzien van derden.

d) Onder *stadsburgers* is de rente meestal zeer laag, soms zelfs nul. Jammer genoeg deed zich het verschijnsel voor, dat waar een vrije markt hersteld werd, de woeker er weldra bij was.

30. *Woninghuur.*

Hier ook moeten oude misbruiken nog steeds bestreden worden.

a) Voor huizen, die aan de *Staat* toebehoren, bestaan er twee tarieven : partikulieren betalen een lager huurgeld dan officiële organisaties. Immers het door de partikulieren betaalde huurgeld moet enkel tot onderhoud van het gehuurde huis dienen; het huurgeld van officiële organisaties moet bovendien fondsen helpen oprichten, waarmee nieuwe huizen gebouwd zullen worden.

b) Ook voor huizen, die aan *kapitalisten* toebehoren, bestaan er verscheidene formules :

de kapitalist vertrouwt het beheer over zijn huis aan de Staat toe; de Staat verhuurt uit naam van de kapitalist, en draagt hem het huurgeld over, onder aftrek van de kosten voor beheer en onderhoud, en van de belasting;

de Staat beheert uit eigen naam (meest voorkomend geval) en trekt van het huurgeld een rente af voor de kapitalist;

het huis wordt een gemengd bedrijf, en de kapitalist krijgt een rente die met zijn aandeel overeenstemt.

c) Er blijven nog over : huizen of vertrekken die aan *partikulieren,* niet-kapitalisten behoren. Deze verhuren dan in een geest van bijstand, niet van uitbating. Het gaat overigens om huizen of vertrekken, welke de verhuurders ook zelf bewonen : anders zouden we tot de gevallen b) terugkeren.

31. *Vervoer.*

Het vervoer van goederen is een verlengstuk van de produktie en valt derhalve onder de produktieplannen.

In het vervoer over zee heeft het kognossement aan toonder een interessant probleem opgeworpen. Een dergelijk kognossement biedt de mogelijkheid, om de lading aan een onbekend bestemmeling af te leveren. Zulks zou natuurlijk in strijd zijn met de ekonomische programmatie. Doch anderzijds is het kognossement aan toonder een vast gebruik in de internationale handel. Daarom wordt het door het Chinese recht aanvaard, doch uitsluitend voor leveringen over de grens.

Typisch is ook de ruime tolerantie inzake tekort bij de levering, als noodzakelijk gevolg van de nog steeds gebrekkige verpakkingen : voor cementzakken b.v., niet minder dan 33 %.

32. *Verzekering.*

In China is het hele verzekeringswezen in handen van een Staatsbedrijf : de verzekeringsmaatschappij van het Chinese volk. Deze streeft er naar, de premies zo laag mogelijk te drukken.

Ook wordt er grote aandacht besteed aan het bestuderen en het voorkomen der ongevallen. De verzekeringsmaatschappij beloont al diegenen, die haar daarbij helpen.

a) *Zakenverzekering* was aanvankelijk verplicht, nl. voor de onroerende goederen en de stoffering ervan, de mechanische uitrusting, de grondstoffen, de kommunikatiemiddelen, de Staatsgoederen in het algemeen, die van de grote koöperatieven, enz. Doch sedert 1955 bieden de Staatsfinancies de mogelijkheid om die verzekeringen af te schaffen; de Chinese Staat is zijn eigen verzekeraar geworden.

Zakenverzekering is vrij wat betreft : persoonlijke eigendom der partikulieren, het vee der koöperatieven, brandrisico, enz.

b) *Personenverzekering* dient enkel tot aanvulling der Staatsmaatschappelijke Zekerheid der arbeiders.

Personenverzekering is verplicht inzake openbaar vervoer.

Ze is vrij inzake levensverzekering, met al haar varianten.

3. *Burgerlijke Aansprakelijkheid*

33. *Enkele bijzonderheden.*

De burgerlijke aansprakelijkheid is de plicht, om de schade te herstellen welke men aan andermans persoon of vermogen toebrengt.

Naar de Chinese juristen is zulk gedrag (net zoals de misdrijven) hoofdzakelijk te wijten aan het voortbestaan van korrupte overblijfsels uit het *oude regime.* Een geduldige herscholing is vereist, om die overblijfsels uit te roeien.

In China vallen de *Staatsorganen* en -bedrijven onder de bevoegdheid van de gewone rechtbanken, voor de schade welke ze zouden veroorzaken. Het idee van een Raad van State, of van soortgelijke administratieve rechtsmachten, wijzen de Chinese juristen van de hand, als zijnde kunstmatig, ingewikkeld en in strijd met de belangen der weinig juridisch geschoolde partikulieren.

Ook smartegeld wordt door het Chinese recht afgewezen, om reden dat pijn en verdriet niet met geld worden goedgemaakt, en overigens niet eens in geld te ramen zijn.

Eindelijk dient aangestipt, dat de rechtbank rekening moet houden met de *vermogenstoestand* van de dader. De burgerlijke aansprakelijkheid wordt in China niet als een persoonlijke, doch als een vermogensrechterlijke aansprakelijkheid beschouwd; en waar het vermogen van de dader ontoereikend zou blijken, moeten andere vermogens (verzekering, bijstand, enz...) worden aangesproken. Anders zou de dader te lang onder zijn fout gebukt gaan.

III. *Erfrecht*

34. *Verantwoording.*

In het manifest der Kommunistische Partij verwerpen *K. Marx* en *F. Engels* het principe zelf van het erfrecht, als zijnde in strijd met de basisgelijkheid die een socialistische maatschappij moet nastreven.

Toch wordt een beperkt erfrecht door de Chinese grondwet gewaarborgd (art. 12). Dit recht slaat enkel op de persoonlijke eigendom over levensbehoeften (hierboven, nr. 20), niet op kapitalistische eigendom, noch op eigendom over produktiemiddelen (hierboven, nrs. 17-18),

Dit gedeeltelijk handhaven van het erfrecht steunt op de noodzakelijkheid, om de familie in stand te houden en te helpen.

35. *Grondbeginselen.*

Naar bijzondere wetten (6), en naar de rechtspraak, huldigt het Chinese erfrecht volgende beginselen :

a) gelijkheid van man en vrouw;

b) gelijkheid van alle kinderen (wettige, onwettige, geadopteerde (7));

c) gelijkheid van alle erfgenamen van eenzelfde orde;

d) plaatsvervulling bij vooroverlijden van een afstammeling;

e) een voorbehouden deel ten behoeve van vrouwen, minderjarigen en arbeidsonbekwamen;

f) aansprakelijkheid voor de schulden van de overledene, doch slechts tot beloop van de ontvangen baten (8).

36. *Erfopvolging.*

Op grond van reeds gevestigde gewoonten roepen de rechtbanken tot de nalatenschap :

a) eerst, de overlevende echtgenoot, de afstammelingen en de ten laste van de overledene levende vader en moeder;

b) daarna, de niet ten laste van de overledene levende vader en moeder;

c) bij ontstentenis, de broers en zusters;

d) ten laatste, de grootouders van de overledene.

Had de overledene de steun genoten van een koöperatief van landbouwers, dan mag de nalatenschap geheel of gedeeltelijk aan het steunfonds van die koöperatief worden toebedeeld.

37. *Testament.*

Ieder burger mag een testament maken, met inachtneming van het openbaar belang, en de aan sommige erfgenamen (hierboven, nr. 35, *e*) voorbehouden delen.

Het testament moet niet noodzakelijk geschreven zijn : een mondeling testament is ook geldig. Elk testament dient echter gewaarmerkt, hetzij door een notaris, of door een sociale organisatie, of door het

plaatselijk bestuur. Deze moeten de erflater op de mogelijke onwettigheid of duisterheid van zijn wil attent maken.

38. *Verkrijgen van de nalatenschap.*

De nalatenschap wordt gewoon aan de erfgenamen toevertrouwd, die zich ter plaatse bevinden (9).

Zijn er geen erfgerechtigden ter plaatse, dan wordt de nalatenschap aan het notarisambt, of aan de volksraad toevertrouwd. Deze mogen de nalatenschap zes maand lang bewaren. Zijn de naaste erfgerechtigden in die tijd niet komen opdagen, dan wordt naar verdere erfgerechtigden gezocht. Blijven alle pogingen vruchteloos, dan gaat de nalatenschap naar de Staat.

De aanwezige erfgerechtigde geniet een termijn van drie maand om te aanvaarden of te verwerpen. De afwezige krijgt zes maand.

IV. *Familierecht.*

39. *Het huwelijk.*

De wet van 1 mei 1950 stelt het monogamisch huwelijk in, met volkomen gelijkheid van man en vrouw (art. 1 en 2).

Voortaan wordt het huwelijk door de echtgenoten zelf gesloten, en door hen alleen (art. 2 en 3). Hun ouders mogen het huwelijk niet meer sluiten, noch verbieden.

De man moet minstens 20 jaar oud zijn, en de vrouw 18 (art. 4).

Het huwelijk is verboden (art. 5) :

— tussen verwanten in rechte linie;

— tussen broers en zusters, resp. halfbroers en halfzusters (10);

— bij impotentie wegens lichamelijk gebrek;

— bij erge ziekte (venerische ziekte, melaatsheid, geestesstoornis, enz...), die de persoon, naar medisch advies, voor het huwelijk ongeschikt maakt.

Het huwelijk wordt gesloten bij registratie door het plaatselijk bestuur (art. 6).

40. *Rechten en plichten der echtgenoten.*

De echtgenoten zijn elkaar liefde, eerbied, steun en bijstand verschuldigd.

Ze moeten aan de produktie en de arbeid meewerken, alsook aan het opbouwen van de nieuwe maatschappij (art. 8).

Ze mogen, ieder van zijn kant, hun familienaam en hun voornaam blijven voeren (art. 11).

Ze genieten dezelfde rechten wat betreft eigendom en beschikking over de goederen der familie (art. 10). Die goederen omvatten :

— wat de echtgenoten ieder, vóór het huwelijk, reeds bezaten ;

— wat ze met hun arbeid tijdens het huwelijk verkrijgen ;

— wat ze samen of afzonderlijk erven, of bij wijze van gift ontvangen. Een algehele gemeenschap, eigenlijk.

41. *Betrekkingen tussen ouders en kinderen.*

De ouders moeten hun kinderen grootbrengen en opvoeden.

De kinderen moeten voor hun ouders zorgen (art. 13).

Alle kinderen genieten dezelfde rechten, of de ouders al dan niet met elkaar gehuwd waren (art. 15).

Het opsporen van onwettig vaderschap is steeds toegestaan (art. 15). De onwettige vader moet voor onderhoud en opvoeding van zijn kind blijven zorgen, totdat het 18 jaar oud is geworden (art. 15).

42. *Echtscheiding.*

De wet van 1 mei 1950 erkent echtscheiding bij wederzijdse toestemming, of om bepaalde gronden (12).

a) Echtscheiding bij wederzijdse toestemming wordt door het plaatselijk bestuur toegekend, na grondig onderzoek.

De echtgenoten dienen de nodige schikkingen te treffen met het oog op de kinderen en de goederen (art. 17).

b) Echtscheiding om bepaalde gronden onderstelt eerst een verzoeningsprocedure, vóór het plaatselijk bestuur. Lukt het niet, dan verzendt dit bestuur de zaak naar de rechtbank, welke eveneens een verzoening moet nastreven (art. 17).

De man mag geen echtscheiding aanvragen, zolang zijn vrouw zwanger is. Hij moet tot één jaar na de bevalling blijven wachten (art. 18).

De zwangere vrouw mag wél echtscheiding aanvragen (art. 18).

Er mag geen echtscheiding aangevraagd worden tegen iemand (man of vrouw) die actieve legerdienst verricht, en in betrekking met zijn familie blijft (art. 19) ; of hij moest erin toegestemd hebben (art. 19).

Blijft de militair echter twee jaar lang afwezig, zonder enig nieuws te laten horen, dan mag zijn echtgenoot wél echtscheiding aanvragen (art. 19).

43. *Lot der kinderen na de echtscheiding.*

Na de echtscheiding moet een zogeling principiëel aan zijn zogende moeder worden toevertrouwd (art. 20). Na de zoogtijd beslist de rechtbank, naar het belang van het kind, of dit aan de vader of de moeder dient toevertrouwd (art. 20), — in de onderstelling dat ze beiden aanspraak maken op de hoede (art. 20).

Wordt het kind aan de moeder toevertrouwd, dan moet de vader niettemin blijven bijdragen in de kosten voor onderhoud en opleiding. Die bijdrage kan in arbeid bestaan : door de grond te beploegen, die aan het kind wordt toegewezen (art. 21).

Hertrouwt de moeder, en aanvaardt haar echtgenoot de hoger bedoelde kosten te dragen, dan mag de vader daarvan gedeeltelijk of geheel ontslagen worden.

44. *Lot der goederen na de echtscheiding.*

De gescheiden vrouw mag de goederen terugnemen, welke ze vóór het huwelijk bezat (art. 23).

Voor de overige familiegoederen dienen de echtgenoten een akkoord te sluiten. Anders brengt de rechtbank een oplossing, met inachtneming van de belangen van de vrouw, van de kinderen en van de ekonomische produktie (art. 23).

De voor het gezin aangegane schulden worden met de goederen betaald, die tijdens het huwelijk werden verkregen. Zijn ze ontoereikend, dan moet de gescheiden echtgenoot de rest betalen (art. 24).

De persoonlijke schulden worden door de man of de vrouw betaald, die ze aanbelangen (art. 24).

Verkeert één der gescheiden echtgenoten in nood,

dan moet de ander hem blijven helpen, onverschillig waar de fouten liggen die tot de echtscheiding hebben geleid (art. 25). (13).

(1) Grondwet der Volksrepubliek China, van 1954 (Préambule).
(2) Ik laat het fiscaal recht en het administratief recht buiten beschouwing, al regelen die ook sommige vermogensrechtelijke betrekkingen.
(3) In 1956 telde men er reeds 747.
(4) Zie. *Basic problems in the civil law of the People's Republic of China*, by the Institute of Civil Law, Central Political Judicial Cadres'School. - Legal press, Peiping 1958. Translated by: U.S. Joint Publications Research Service, 1636, Connecticut Avenue, N.W. - Washington 25, D.C.
(5) Bv. de particulier mag zijn huis niet afbreken, of bouwvallig laten worden. De Staat mag daarom het huis steeds laten onderzoeken, om de nodige onderhoudswerken voor te schrijven.
(6) Vooral de wet op het huwelijk, van 1 mei 1950 (hieronder, nr. 39).
(7) Het geadopteerde kind verbeurt alle rechten jegens zijn familie van geboorte.
(8) Het oud-Chinese recht stelde de erfgenaam aansprakelijk *ultra vires hereditatis*. Doch dit stelsel leidde tot bestendiging en verzwaring der schulden der arme boeren.
(9) Die regel herinnert aan onze wettelijke *saisine*.
(10) De regeling van het erfrecht onder zijverwanten wordt aan het gewoonterecht overgelaten.
(11) Het is aan de ouders voortaan streng verboden, hun pasgeboren kinderen te verdrinken, of op andere wijze te laten omkomen (art. 13).
(12) Letterlijk: « op dringend verzoek ».
(13) Zie verder: « Le régime et les institutions de la Chine, populaire ». Uitg. Nationaal Centrum voor de Studie der Kommunistische Landen, Brussel, Kasteleinstraat, 49 (ter perse).

DE EVOLUTIE VAN DE ADMINISTRATIEVE RECHTSPRAAK IN ITALIE EN DE ROL VAN HET « BELGISCH SYSTEEM »

door

Mr. William LAMBRECHTS

Advocaat aan de Balie te Antwerpen.

Assistent aan de Universiteit te Gent.

Professor aan het Hoger Instituut voor Bestuurswetenschappen te Antwerpen.

I. Inleiding.

A. *Belang van het onderwerp.*

Het is door een onverklaarbare sympathie voor het zonnig land « wo die Zitronen blühen », dat wij ertoe gebracht werden de studie van de Italiaanse taal en cultuur te ondernemen, alsook meer in het bijzonder, de studie van het Italiaans administratief recht.

Groot was onze verwondering, maar ook onze vreugde, toen wij ontdekten welke gewichtige en uitzonderlijke rol de rechterlijke inrichting van België heeft gespeeld bij het tot stand komen van het systeem van de administratieve rechtspraak na de éénmaking van Italië.

Anderzijds is de vergelijkende studie van de historische ontwikkeling van de administratieve rechtspraak in beide landen belangrijk omdat hierbij opvalt welke vlugge oriëntatie deze rechtspraak in Italië heeft gekenmerkt, dit in tegenstelling met België.

B. *Periodes in de ontwikkeling van het administratief recht.*

Het nuttig uitgangspunt voor de ondernomen studie ligt vanzelfsprekend bij de datum van de éénmaking van het Italiaanse rijk in 1861.

Na gedurende vier jaar aan de wetgevende eenmaking op het gebied van het administratief recht te hebben gewerkt, trad het decreet van 20 maart 1865 in werking, dat traditioneel het begin van de eerste periode inluidt, die loopt tot 1890, en waarbij talrijke wetsontwerpen en wetsvoorstellen in het Parlement werden besproken, tot aanvulling en vervolmaking van de wetten die, hetzij overgenomen werden uit de perioden vóór de éénmaking, hetzij al te vlug waren ontstaan bij de éénmaking zelf.

Onder de wetten die uitgevaardigd werden dienen vermeld de wet van 1884 op de Rijkscomptabiliteit, de gemeentewet en de provinciale wet van 1888, de wet op de openbare veiligheid van 1889 en meer bepaald de wet op de conflicten van bevoegdheid van 31 maart 1877, de wet op de Raad van State en de provinciale administratieve raden van 31 maart 1889 en 1 mei 1890.

De tweede periode, van 1890 tot aan het besluit tot deelname aan de eerste wereldoorlog in 1915, kende een tijdperk van politieke en sociale gisting. Dit wordt duidelijk aangetoond aan de hand van de aard der wetten, uitgevaardigd op het gebied van het administratief recht: zij wijzen op de onrust van ambtenaren in staatsverband en van lokale administraties in verband met hun statuut en hun rechten. De weerspiegeling hiervan vindt men o.a. in de samengeschakelde wetten op de burgerlijke en militaire pensioenen van 1895, de samengeschakelde wetten op de gemeentelijke en provinciale administraties van 1908, alsmede in de samengeschakelde wetten, houdende het juridisch statuut der ambtenaren, van 1908.

Het kort tijdstip van 1915 tot 1922, dit is vanaf de deelname aan de eerste wereldoorlog tot aan de opkomst van het fascisme, heeft vanzelfsprekend een reeks wetten doen ontstaan in verband met de oorlog en de oorlogvoering. Bovendien mag niet uit het oog verloren worden dat nieuwe wijzigingen van de gemeentewet en de provinciewet werden tot stand gebracht.

Het spreekt vanzelf dat de vierde periode, deze van het fascisme, haar stempel heeft gedrukt op de ontwikkeling van de Italiaanse instituten van publiek recht. De principes van de politieke vertegenwoordiging gebaseerd op het algemeen stemrecht, van de scheiding van de machten, van de waarborg van rechten en individuele vrijheid tegen eventuele misbruiken van de uitvoerende macht, werden vanzelfsprekend op een andere leest geschoeid. Vanuit die gezichtshoek dienen wij dan ook de wetgevende decreten in verband met het statuut van de ambtenaar van 1923, de uitbreiding van de machten van de prefecten van 1926, de nieuwe wet op de openbare veiligheid van 1931 en de nieuwe tekst van de gemeentewet en de provinciale wet van 1934 te bekijken.

Na de val van Mussolini werd gewerkt aan een nieuwe grondwet die in voege trad op 1 januari 1948. Zij heeft de representatieve democratische instellingen en de beginselen van de individuele en politieke vrijheden hersteld en bepaalde beginselen van het administratief recht constitutioneel vastgelegd.

II. Evolutie van de administratieve rechtspraak.

A. *De jaren 1861 tot 1865.*

Laat ons thans na dit vlug overzicht terugkeren tot de eerste jaren van de éénmaking en nagaan welke, op het specifiek gebied van de administratieve rechtspraak, de ontwikkeling is geweest.

Wij vermeldden reeds dat het nuttig uitgangspunt voor ons onderzoek de datum van de éénmaking van het Italiaanse rijk in 1861 was. Om deze datum te situeren, dient vermeld dat voorheen Italië beheerst werd door een reeks van vorstendommen en hertogdommen, die ieder hun eigen wijze van bestuur hadden.

Zo kenden het Koninkrijk Napels en het Koninkrijk Piëmonte een systeem van administratieve rechtspraak. In het Koninkrijk Lombardije-Venetië, het Hertogdom Modena en het Groot-Hertogdom Toscana daarentegen werden alle geschillen, ook deze met de administratie, onderworpen aan de gewone rechtsmacht.

Het zal derhalve niemand verwonderen dat bij de éénmaking van Italië, gedurende vier jaar de dringende wetgevende éénmaking op het gebied van het administratief recht vurig werd bepleit en dat, in het parlement, verschillende ontwerpen en voorstellen werden aanhangig gemaakt. Van kapitaal belang was natuurlijk het lot van de administratieve rechtspraak, de hoeksteen van het administratief recht.

De meerderheid stond de afschaffing van de administratieve rechtspraak voor omdat deze teveel het instrument van de uitvoerende macht was geweest : de zorg voor de essentiële waarborgen en de bescherming tegenover het onrechtmatig bestuur zouden aan de gewone rechtsmacht worden toevertrouwd.

Het systeem van de enige rechtsmacht bleek beter te passen bij de fundamentele beginselen van de scheiding der machten, die eisten dat, buiten de onafhankelijkheid van elke der drie machten ten opzichte van de beide andere, iedere functie aan een macht zou toegekend worden, dit is aan organen uitsluitend bevoegd voor dergelijke functie.

Op het terrein van de praktische verwezenlijkingen hadden de Italiaanse politici vastgesteld dat, sedert 30 jaar, het systeem van de enige rechtsmacht was aangenomen geworden in één van die landen die zij uitdrukkelijk beschouwden als de meest vooruitstrevende en de best geordende, namelijk België. Volgens hen werd de volledige bescherming van het algemeen belang evenzeer als de bescherming van de enkelingen er op perfecte wijze verwezenlijkt, derwijze dat zij in hun politieke besprekingen dikwijls het begrip « Belgisch systeem » gebruikten, wanneer zij handelden over het stelsel van de bescherming door de enige rechtsmacht.

Aldus is verklaarbaar, dat tijdens de parlementaire debatten, die volgden op de verschillende wetsontwerpen en wetsvoorstellen die aan het Italiaanse parlement tussen 1861 en 1864 werden voorgelegd, de voorstanders van het systeem van de enige rechtsmacht, België veelvuldig als voorbeeld aanhaalden en ons toenmaals vigerend stelsel bespraken.

Dit was het geval met het ontwerp Minghetti van 27 april 1861, het ontwerp Peruzzi van 29 mei 1863 en het ontwerp Lanza van 24 november 1864, die het beginsel van de enige rechtsmacht vooropstelden (1).

Tegenover de opvattingen, verdedigd in de hoger vermelde ontwerpen, stond het ontwerp Rattazzi van 22 november 1862, dat het behoud van een dubbele rechtsmacht voorzag, met vervolmaking van de beginselen door de oprichting van een hoger gerechtshof van de contentieux, onderscheiden en onafhankelijk van de Raad van State. Deze stelling werd niet gevolgd.

De verschillende wetten op de administratieve eenmaking werden ten slotte uitgevaardigd met één enkel decreet van 20 maart 1865, dat een werkelijke code van het administratief recht behelst, vermits het zes fundamentele wetten bevat :

A. De provinciale en gemeentewet,

B. De wet op de openbare veiligheid,

C. De wet op de openbare gezondheid,

D. De wet op de Raad van State,

E. De wet op de afschaffing van de administratieve rechtspraak,

F. De wet op de openbare werken.

B. *Decreet van 20 maart 1865, alinea E.*

1. Uit het zoëven geciteerd decreet van 20 maart 1865 zullen wij thans alinea E, die de wet op de afschaffing van de administratieve rechtspraak inhoudt, onderzoeken.

Op eerste zicht kan de lezer inderdaad menen dat er een tegenstrijdigheid bestaat tussen alinea D en alinea E van het decreet. Waarom alinea D echter de wet op de Raad van State bevat, zal verder uiteengezet worden.

Art. 1 van alinea E beschikt aldus : « De speciale rechtbanken, bekleed met de rechtspraak over de administratieve geschillen, zowel op burgerlijk gebied als op strafrechtelijk gebied, worden afgeschaft en de betwistingen, die hun toegewezen waren door de verschillende wetten die thans nog van kracht zijn, worden voortaan toegewezen aan de gewone rechtsmacht of aan de uitvoerende macht, volgens de bepalingen uitgevaardigd in deze wet ».

De Italiaanse rechtsleer onderscheidt in dit artikel twee delen.

Het negatief deel blijkt duidelijk uit de passus van het artikel dat de afschaffing van de speciale administratieve rechtbanken beoogt ; in het positief deel heet het dat de betwistingen die met de administratie kunnen oprijzen, toegewezen worden hetzij aan de gewone rechtsmacht, hetzij aan de uitvoerende macht.

2. Onmiddellijk zal de vraag oprijzen welke criteria deze verdeling van bevoegdheid bepalen. Deze vindt men terug in de artikelen 2 en 3.

Volgens artikel 2 is de gewone rechtbank bevoegd wanneer geschillen oprijzen met betrekking tot een burgerlijk recht of tot een politiek recht waarbij de publieke administratie betrokken wordt en wanneer het beschikkingen betreft, uitgevaardigd door de uitvoerende macht of het administratief gezag. Door art. 3 werd aan de bestuurlijke overheid de kennisname toebedeeld van de zaken die geen betrekking hadden op rechten, maar enkel op belangen.

Ofschoon de bespreking van de begrippen « rechten » en « belangen » een studie op zichzelf zou uitmaken, (2) moge ik erop wijzen dat dit onderscheid de basis van de verdeling van de bevoegdheid voor de bescherming van de enkeling tegen het onrechtmatig bestuur uitmaakt.

Uitgaande van de stelling van von Ihering (3) dat het subjektief recht een juridisch beschermd belang is, wordt in Italië het subjektief recht omschreven

als een belang, door de juridische orde uitsluitend erkend als eigen aan zijn titeldrager en, als dusdanig, door deze orde op rechtstreekse en onmiddellijke wijze beschermd. (4)

De betwistingen echter waarbij geen burgerlijke of politieke rechten betrokken zijn, doch enkel wettige belangen, dit zijn individuele belangen nauw verbonden met het algemeen belang, worden aan het administratief gezag toegewezen, die, na de schriftelijke opmerkingen van de belanghebbende partijen aangenomen te hebben en, na voorafgaandelijk het advies van de administratieve raden te hebben ingewonnen, dienen te beslissen bij gemotiveerd besluit.

3. *Nadelen.*

Zeer vlug ondervonden de Italiaanse rechtspractici de nadelen van het in het leven geroepen systeem.

Inderdaad, de uitdrukking « rechten » zoals gebruikt in art. 2, d.w.z. de burgerlijke en politieke rechten — begrippen die uit het Belgisch grondwettelijk recht werden overgenomen — moesten in strikte en beperkte zin opgevat worden, derwijze dat een reeks van belangen die vroeger door de administratieve rechtspraak beschermd werden, thans in de handen lagen van het administratief gezag. Daarbij komt nog dat de subjektieve rechten door de gewone rechtsmacht zo restrictief werden geïnterpreteerd dat verschillende onder deze buiten het toepassingsveld van art. 2, dus van de gewone rechtsmacht, bleven en integendeel overgelaten werden aan de eenvoudige administratieve voogdij.

Buiten de vaststelling van deze beperkende rechtspraak van de gewone rechtsmacht, waren er andere in de wet vastgelegde beginselen, die maakten dat de verwachtingen verre van ingelost werden.

In die zin moet het verbod gezien worden dat door de wet aan de rechtbanken werd opgelegd administratieve akten te vernietigen of te wijzigen, verbod dat noodzakelijk werd geacht om het gevaar te vermijden dat het systeem van de enige rechtsmacht tot een voortdurende inmenging in de administratieve aangelegenheden zou leiden. Dit beginsel van art. 4 en 5 van de wet van 1865 is de weergave van art. 107 van de Belgische grondwet dat in het Italiaanse parlement grondig werd besproken.

Een ander aanzienlijk nadeel van de wetgeving van 1865 ligt in de wijze waarop voorzien werd in de oplossing van de conflicten van bevoegdheid tussen het rechterlijk en het administratief gezag. Het beginsel van de bescherming van de enkeling door de enige rechtsmacht, zoals het van België werd overgenomen, zou normaal ertoe hebben moeten leiden dat deze functie aan de gewone rechterlijke macht werd toegewezen. Het was de Raad van State, die sedert 1831 door Koning Karel-Albert was opgericht geworden met een raadgevende en een rechtsprekende bevoegdheid, en die in alinea D van de wet van 20 maart 1865, enkel drie secties met raadgevende bevoegdheid toegewezen kreeg, aan wie een uitzonderlijke rechtsprekende bevoegdheid werd toebedeeld.

Op eerste zicht zou men terecht kunnen denken dat ditmaal art. 106 van de Belgische grondwet, die het Hof van Cassatie met deze functie belast had, over het hoofd werd gezien. Niets is echter minder waar, want het aanvaarden van het Belgisch systeem werd uitdrukkelijk vermeld en voorgesteld tijdens de voorbereidingen van de wet van 1865 en dit is, onder meer, het geval geweest tijdens de parlementaire behandeling, op 18 december 1864, van het voorstel Peruzzi.

Het is heel eenvoudig omdat op dit ogenblik een Hof van Cassatie in Italië ontbrak, dat men het Belgisch systeem niet kon navolgen, hoe gaarne men dit ook gedaan had. Men heeft van de nood een deugd gemaakt en dan maar de Raad van State een uitzonderlijke rechtsprekende bevoegdheid gegeven in het nieuwe wetgevende stelsel. (5)

Deze anomalie werd natuurlijk van den beginne af aangevoeld en de eerste wijziging op de hoger besproken instellingen heeft erin bestaan, bij wet van 31 maart 1877, de beslechting over de conflicten van bevoegdheid op te dragen aan het Hof van Cassatie te Rome, dat in 1875 eindelijk was opgericht geworden.

C. *Hervorming van de wet van 20 maart 1865.*

Daarbij bleef het echter niet, want vlugger dan in België, waar zulks slechts rond 1910-1912 in de werken van enkele vooraanstaande Belgische juristen werd aangetoond en in 1920 met het arrest Flandria voorlopig beslecht, heeft het onbevredigende van de bestaande toestand in Italië een beweging tot hervorming van de wetgeving van 1865 in het leven geroepen, reeds enkele jaren na het inwerking treden van de wet, eerst op doctrinaal vlak, daarna op het gebied van de politiek en de wetgeving.

De Italiaanse doctrine, die zich eerst op het democratische van het Belgisch systeem had geïnspireerd, heeft vlug de gebreken die het omringde, aangeklaagd, en zij werd in haar opvattingen gesterkt door een belangrijke politieke leer, n.l. deze van de « Rechtsstaat », die in Duitsland en Oostenrijk tot de oprichting van de administratieve rechtbanken heeft geleid en die in Italië vlug verspreid werd, dank zij de vertaalde geschriften van Otto Baehr, wiens « Der Rechtsstaat », oorspronkelijk uitgegeven in Göttingen in 1864, als vertaald werk in Turijn in 1871 verscheen en in Italië onmiddellijk opgang maakte. (6)

Onder invloed hiervan, kwam tussen de jaren 1871 en 1880, een uitgebreide juridische literatuur tot stand.

Men kwam over het algemeen tot het besluit dat het onderscheid tussen « rechten » en « belangen » diende behouden te blijven, in die zin echter, dat de gewone rechtsmacht de bescherming van de rechten in strikte zin diende waar te nemen, terwijl daarentegen de belangen in de breedste zin van het woord, door organen verschillend van de gewone rechtsmacht, zowel als van de administratieve macht, dienden gevrijwaard te worden.

Het orgelpunt in deze beweging werd gezet bij de toespraak over « het gerecht in de administratie », gehouden voor de Grondwettelijke Vereniging te Bergamo in 1880 door Dr. Silvio Spaventa. Van deze Grondwettelijke Vereniging maakten talrijke vooraanstaande politieke figuren deel uit en o.m. de toenmalige voorzitter van de ministerraad Dr. Crispi.

Het is zijn grote verdienste geweest een ontwerp te hebben neergelegd dat erin bestond, naast de drie raadgevende secties van de bestaande Raad van State, een vierde sectie te doen instellen die met een nieuwe functie, deze van de administratieve rechtspraak zou belast worden. Bij dit projekt werden de middelen van onwettigheid opgesomd die de rechtzoekende zouden toelaten beroep te doen op de Raad van State, nl. de middelen van onbevoegdheid, machtsoverschrijding en schending der wet. Deze redenen van onwettigheid gelden thans nog steeds.

Die algemene regel werd aangevuld met de textuele

opsomming van enkele gebieden waarover de rechtsprekende bevoegdheid niet enkel over de wettigheid handelde, doch ook over de verdienste (merito), dit is over het onderzoek ten gronde naar de opportuniteit, de administratieve gepastheid en de billijkheid van de bestreden beslissing.

Dit ontwerp werd wet op 31 maart 1889.

D. *Verdere uitbreiding van bevoegdheid.*

Eén jaar later, in 1890, nam de administratieve rechtspraak een nieuwe uitbreiding door de oprichting van de provinciale administratieve raden, aan dewelke een bij wettekst opgesomde bevoegdheid in bepaalde aangelegenheden werd toegewezen, niet alleen over de wettigheid, maar eveneens over de verdienste van de administratieve akten van de lokale administraties. In dit geval werd beroep mogelijk, bij de vierde sectie van de Raad van State, die aldus in tweede graad besliste. Zeer vlug werd de nieuwe sectie van de Raad van State overstelpt met verzoekschriften, derwijze dat men het wenselijk achtte over te gaan tot een splitsing, in die zin dat de vierde sectie belast bleef met de betwistingen die betrekking hadden op de wettigheid van de bestreden administratieve akten, terwijl de vijfde sectie moest waken over de verdienste. Tot deze nieuwe verdeling van bevoegdheid werd overgegaan in de loop van het jaar 1907. (7)

Uit wat onmiddellijk voorafgaat blijkt dat het aanvankelijk geprezen Belgisch voorbeeld reeds ver voorbij gestreefd werd en dat de Italiaanse administratieve rechtspraak al heel wat hervormingen had gekend op het ogenblik dat bij ons de doctrine voor het eerst, met enig gezag, (8) lucht gaf aan haar gevoel van onbehagen.

Elke wijziging, elke verandering geeft aanleiding tot min of meer voorziene moeilijkheden. De hoge vlucht, die de Italiaanse administratieve rechtspraak nam, leidde tot problemen van afbakening van bevoegdheid. Niet alleen het onderscheid tussen rechten en belangen was soms moeilijk, maar ook het onderscheid tussen de bevoegdheid van de vierde en de vijfde sectie van de Raad van State kon soms moeilijk omlijnd worden. In dit laatste geval moest de oplossing gebracht worden door de plenaire vergadering van de beide secties van de Raad van State.

Men kende geen rust in Italië. Pas was in 1907 de nieuwe wet op de bevoegdheid van de Raad van State uitgevaardigd of reeds, in 1910, werd door de regering een koninklijke commissie in het leven geroepen, belast met het opstellen van een ontwerp tot hervorming van de wetten op de administratieve rechtsmacht.

De werkzaamheden van deze commissie waren beëindigd in 1916. Het klaargemaakte ontwerp werd gedurende zeven jaar besproken, tot op 30 december 1923 een nieuwe wet de bevoegdheid van de administratieve rechtsmacht regelde.

E. *De wet van 30 december 1923.*

Voor de studie van de Italiaanse administratieve rechtspraak is deze wet uitermate belangrijk omdat de bepalingen die zij bevat tot op heden praktisch geen wijzigingen meer ondergingen.

Drie voorname punten wijzigden de vroegere wetgeving en dienen onthouden te worden.

a) Het onderscheid van de bevoegdheid tussen de vierde en de vijfde sectie werd afgeschaft. Beide secties maken de Raad van State in rechtsprekende afdeling uit. Al de verzoekschriften dienen voortaan aan deze afdeling overgemaakt te worden en het is de voorzitter van de Raad van State die de verdeling doet.

b) Naar de administratieve rechtsmacht ging de toewijzing van de bevoegdheid om te beslissen in verband met subjektieve rechten, zelfs indien uitsluitend de gewone rechter bevoegd is, wanneer prejudiciële of incidentele problemen rijzen, waarvan de oplossing noodzakelijk is, vooraleer de hoofdvraag kan behandeld worden.

c) Uiterst gewichtig is de opdracht, naast de algemene rechtspraak over de wettigheid en deze over de verdienste, van de « uitsluitende speciale rechtsprekende bevoegdheid ». Dit betekent dat aan de administratieve rechtsmacht de betwistingen werden onderworpen, waarin het moeilijk was een onderscheid te maken tussen rechten en belangen en waarbij het beter was, gezien de overwegende technische en administratieve inhoud, bevoegdheid te geven aan gespecialiseerde rechtsmachten : dit was o.m. het geval met de betwistingen betrekking hebbende op het statuut van de openbare ambtenaar, of met deze verband houdende met de erkenning of de hervorming van bepaalde openbare instellingen of met het verhaal van de kosten van hospitaalverzorging, enz.

Door aan de Raad van State en de provinciale administratieve raden, in bepaalde gevallen, op te dragen uitspraak te doen, zowel bij de schending van een belang, als bij de schending van een subjektief recht, werd een flinke deuk gegeven aan het beginsel van de scheiding der machten. In België ware zulks onmogelijk geweest, op basis van de grondwettelijke bepalingen. In Italië vertegenwoordigde het slechts een afwijking op de traditionele regel van het onderscheid van de rechterlijke en de administratieve bevoegdheid op basis van het criterium van het recht en het belang. De administratieve rechtsmacht werd immers belast met de kennisname van een reeks betwistingen met betrekking tot subjektieve rechten, en dit met uitsluiting van de gewone rechterlijke bevoegdheid, aan wie volgens hogervermeld criterium van rechtswege de betwisting zou moeten onderworpen worden.

De zo pas geschetste bevoegdheid heeft geen meldenswaardige wijzigingen ondergaan gedurende de fascistische periode, tot aan de inwerkingtreding van de nieuwe grondwet der republiek op 1 januari 1948. Op dit ogenblik werden bepaalde criteria van bevoegdheid van de administratiefrechterlijke organen, die tot dan toe in wetten waren vastgelegd, verheven tot grondwettelijke normen, die niet gemakkelijk kunnen gewijzigd worden en die derhalve laten vermoeden dat de toestand en de bevoegdheid in deze geen gemakkelijke, noch noemenswaardige wijzigingen zullen ondergaan.

Zo bepaalt art. 103 van de grondwet, dat de Raad van State en de andere organen van de administratieve rechtspraak, rechtsprekende bevoegdheid hebben voor de hoede, ten opzichte van de openbare administratie, van de wettige belangen en, in bepaalde gebieden aangeduid door de wet, ook van de subjektieve rechten.

Evenzo wens ik te onderstrepen dat art. 113 van de Italiaanse grondwet meldt dat de juridische bescherming tegen de akten van het openbaar bestuur, niet mag uitgesloten of beperkt worden voor bepaalde kategorieën van administratieve akten.

Deze grondwettelijke regel is blijkbaar een reactie geweest tegen de fascistische toestanden waarbij, om politieke redenen, bepaalde akten onttrokken werden aan het toezicht van het administratiefrechterlijk college. Het resultaat van dit art. is echter verstrekkend, daar thans alle administratieve akten onder jurisdictioneel toezicht vallen.

III. **Besluit.**

Na tamelijk vluchtig het historisch verloop van de ontwikkeling van de administratieve rechtspraak in Italië geschetst te hebben, past een rechtsvergelijkend besluit.

Dadelijk springt in het oog, — hierop werd terloops in de uiteenzetting reeds gewezen, — dat het Belgisch systeem van de enige rechtsmacht dat de Italiaanse wetgever tot voorbeeld had gestrekt in 1865, niet heeft weerstaan aan de vlugge ontwikkeling van de Italiaanse wetgeving, die heel wat sneller is geëvolueerd dan de Belgische.

Aanleiding hiertoe lijken mij de Duitse theorieën over de verwezenlijking van de rechtsstaat te zijn geweest, die in Italië onmiddellijk sukses hebben gekend, maar bij ons niet vermochten door te dringen.

De wet van 30 december 1923 heeft in Italië een beslissend keerpunt gevormd op het gebied van de dubbele rechtspraak. Men bekommerde zich ten zeerste om het lot van de geadministreerde en men wilde zijn bescherming zo volledig mogelijk verzekeren. Na vastgesteld te hebben dat de gewone rechtsmacht ten gevolge van het diep doorgedrongen beginsel van de scheiding der machten, de subjektieve rechten in zeer strikte zin ging opvatten, heeft de wetgever niet geaarzeld om in bepaalde omstandigheden de administratieve rechtsmacht beslissingen te laten nemen in verband met subjektieve rechten. In 1948 werd dit beginsel grondwettelijk bekrachtigd.

Ontevreden over de algemene gang van zaken is men in Italië niet, zodat in de eerstkomende tijden, geen noemenswaardige wijzigingen te verwachten vallen.

---

(1) Zie de verzameling van de teksten met betrekking tot de parlementaire besprekingen die leidden tot de Wet van 20 maart 1865. « Abolizione del contenzioso amministrativo », Turijn, 1864. Belangrijke teksten vindt men ook in Salandra : « La Giustizia amministrativa nei governi liberi », Turijn, 1904.

(2) Het onderscheid tussen beide begrippen is soms moeilijk te maken. De literatuur is tamelijk uitgebreid ; zie o.m. Piccardi ; « La distinzione fra diritti e interessi nel campo della giustizia amministrativa », in « Studiin occasione del centenanio de Consiglio di Stato, Rome, 1932, deel II, bl. 115 sqq. » ;

Casetta : « Diritto soggettivo e interesse legittimo : problemi della loro tutela giurisdizionale », in « Rivista trimestriale di diritto pubblico, 1952, bl. 611 sqq. » ;

Alessi : « La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico, 1953, bl. 307 sqq. ».

(3) Von Jhering : « Der Zweck im Recht », deel I, bl. 434 sqq.

(4) Zanobini : « Corso di diritto amministrativo », Milaan, 1958, deel I, bl. 185, definitie overgenomen door Landi en Potenza in « Manuale di diritto amministrativo », Milaan, 1960, bl. 143.

(5) De bepalingen die deze bevoegdheid beheersen, werden neergelegd in alinea D van de Wet van 20 maart 1865, art. 10 en herhaald in art. 13 van de wet op de afschaffing van de administratieve rechtspraak, d.i. alinea E van de Wet van 20 maart 1865.

(6) Otto Baehr in « Nuova Antologia » in 1869, 1870 en 1871 en zijn vertaald werk « Lo Stato di Diritto », Turijn, 1871.

(7) Wet van 7 maart 1907, nr. 62 en de aanvullende Koninklijke Decreten van 17 aug. 1907, nrs. 638 en 639.

(8) Wel waren er stemmen opgegaan tussen 1832 en 1857, zelfs in het Parlement, om een adviserende Raad van State op te richten, doch deze drongen niet door ; cfr. H. Velge : « L'institution d'un Conseil d'Etat en Belgique », Leuven, 1930, bl. 13 sqq.

DE BETEKENIS VAN LORENZ VON STEIN VOOR HET VERGELIJKEND ADMINISTRATIEF RECHT

door

Prof. Mr. René VICTOR

Oud-Stafhouder der Balie van Antwerpen.

Docent aan de Universiteit te Gent.

Lid van de Koninklijke Vlaamse Academie voor Wetenschappen.

In de geschiedenis van de duitse bestuurswetenschap is het nog steeds een zeer verspreide mening dat de werkelijk wetenschappelijke behandeling van het administratief recht begonnen is met het werk van Otto Mayer. Zijn « Deutsches Verwaltungsrecht », dat in 1895 verscheen, staat als een baken aan het begin van de geweldige uitbreiding die de studie van het duits administratief recht in de XXe eeuw heeft gekend. Hij was de eerste die op deze tak van het recht de zuiver juridische methode toepaste, die in Duitsland, door de werken van von Gerber en Laband zulk geweldig succes had gekend. Hij was ook de eerste die, op het gebied van het administratief recht, afgeweken was van de casuïstische behandeling der problemen en die een juridisch algemeen deel had ontwikkeld, waardoor eindelijk eenheid werd gebracht in de zo onoverzienbare en zo onsamenhangende stof, die het voorwerp uitmaakt van de bestuursactiviteit van de staat. Hij was nogmaals de eerste om in Duitsland de aandacht te vestigen op het zo belangrijk Frans administratief recht, waarvan hij een voortreffelijk kenner was en dat sedertdien in Duitsland een aanzienlijke invloed heeft uitgeoefend.

Geen enkele van de juristen, die zich, in de XXe eeuw, in Duitsland met het administratief recht hebben beziggehouden, is niet ten diepste door het werk van Otto Mayer beïnvloed geworden (1).

Wat vóór hem over de bestuurswetenschap en het administratief recht werd geschreven, bleef ofwel totaal verwaarloosd, ofwel werd het, enkel volledigheidshalve, in geschiedkundige overzichten, terloops aangestipt.

Het wordt meestal zó voorgesteld dat de geschriften der juristen, die vóór Otto Mayer de administratieve wetenschap beoefenden, behoren tot een ver verleden, tot het volledig verouderd domein der « Kameralitistiek » en der « Polizeywissenschaft », die hoogtij vierden in de XVIIIe eeuw en die thans nog enkel historische waarde hebben.

In deze periode van de politiestaat werd er voorzeker heel wat geschreven over de wijze waarop de bestuurlijke aangelegenheden in een staatsgemeen-

schap dienden opgelost te worden en de juridische adviseurs van de prinsen en de machthebbers in de vele duitse staten hebben zich wel terdege bezind over de talrijke problemen die de administratieve activiteit aan de overheid stelde. Zij hebben er soms merkwaardige dingen over geschreven, doch hun werk bood niet de eigenschap van een wetenschappelijke systematiek. Zij disserteerden meestal over de gevallen die zich voordeden in het practische staatsleven en zowel vraagstukken uit de economie als uit het gebied der politie, uit de financiewetenschap als uit de wetgeving, vormden de stof van hun overwegingen. Laband zegde van hen dat hun geschriften « Konglomerate » waren van allerhande verscheidenheden. Dit is volkomen waar, alhoewel er toch onmiddellijk dient op gewezen dat in sommige werken van deze Kameralisten, zoals deze van von Justi, Gasser, Sonnenfels en anderen (2) uiterst merkwaardige betogen te vinden zijn, die groot belang hebben voor de ontwikkeling der wetenschap van het administratief recht en die al te weinig gekend zijn.

* * *

Het is voorzeker een grote tekortkoming, in een overzicht van de ontwikkeling der duitse administratieve wetenschap, de werkelijk wetenschappelijke phase hiervan enkel bij Otto Mayer te doen beginnen en de zaken voor te stellen alsof er tussen de Kameralisten uit de XVIIIe eeuw en het werk van Otto Mayer, op het einde van de XIXe, een hiatus zou liggen, zodat er bijna gedurende honderd jaren in Duitsland geen noemenswaardige denkarbeid op administratiefrechtelijk gebied zou hebben plaats gehad.

Deze opvatting miskent volledig de betekenis van het zo uitgebreid en zo hoogstaand werk van een geleerde, *Lorenz von Stein,* wiens geschriften sedert geruime tijd haast volledig uit het oog werden verloren en zelfs nooit naar waarde werden geschat. Allerlei omstandigheden waren er de aanleiding toe dat zulks reeds het geval was ten tijde van het leven van deze auteur en deze zo onrechtvaardige miskenning heeft zich doorheen heel de XXe eeuw bestendigd.

Lorenz von Stein is nochtans een figuur van uitzonderlijke betekenis. Hij heeft een werk voortgebracht van verbazende omvang en hij heeft uitvoerige geschriften gepubliceerd, zowel over de sociologie en de staathuishoudkunde, als over de openbare financiën en de administratieve wetenschap.

Op dit laatste gebied vormt hij juist de overgang tussen de geschriften der XVIIIe eeuwse Kameralisten en het moderne administratief recht, zoals het zich in Duitsland sedert Otto Mayer heeft ontwikkeld. Zijn werk is dus een onontbeerlijke schakel in de evolutie van deze wetenschap en als dusdanig heeft het reeds een zeer groot historisch belang.

Het is echter niet alleen om deze reden dat wij er in dit beknopt artikel de aandacht wensen op te vestigen. Wat Lorenz von Stein geschreven heeft over administratief recht en bestuurskunde heeft, op zichzelf, een aanzienlijke waarde. Er worden door hem standpunten ontwikkeld die pas in de laatste jaren als de meest recente strekkingen in deze wetenschappen worden beschouwd.

Op velerlei gebieden is Lorenz von Stein een voorloper geweest.

Hij was het in de sociologie, waarin hij vóór Marx het reusachtig belang onderkende van de economische factoren in het maatschappelijk leven. Hij was het in de politiek, waarin hij met een streng realisme de theoretische grondslagen legde van de welvaartstaat, zoals hij meestal heden ten dage wordt opgevat.

Hij was een vernieuwer van de studie van het staatsrecht, waarin hij de noodzakelijkheid onderstreepte, om het dogmatisch normenstelsel te kunnen begrijpen, de onderliggende sociologische factoren en verhoudingen met realistische geest te bestuderen.

Hij was onrechtstreeks de theoreticus van de leer van de rechtsstaat, zoals die door Rudolf von Gneist werd uitgewerkt, doordat hij aan deze geleerde de sociologische grondslag bezorgde waarop heel zijn leer werd opgebouwd en hij heeft aldus een breed aandeel in de uitbouw der moderne staatsgedachte. Langs dezelfde weg heeft hij op het gebied van het administratief recht, door de wijze waarop hij de leer van Gneist heeft beïnvloed, een belangrijk aandeel in de uitbouw der administratieve rechtspraak in Duitsland.

Vooral op het gebied van het administratief recht is hij een hervormer geweest. Hij heeft op deze tak van het recht een uitzonderlijk brede visie gehad en duidelijk de fantastische uitbreiding voorzien van het administratief recht in de latere jaren. Hij is de eerste geweest die een werkelijke systematiek in de beoefening van het administratief recht heeft uitgewerkt en hij heeft klare ideeën verkondigd over de verhouding tussen constitutioneel en administratief recht.

Hij is vooral, in de beoefening van deze wetenschap, een beslist aanhanger geweest van de vergelijkende rechtsstudie. Rechtsvergelijking op dit gebied heeft slechts in de allerjongste jaren belangstelling weten te wekken en in de periode waarin von Stein schreef was de poging, die door hem werd aangewend, iets volstrekt nieuws, waarvan slechts schaarse voorbeelden te vinden waren.

Het is dus voorzeker nuttig, nu het comparatisme in alle takken van de rechtswetenschap zulke hoge vlucht kent, even in het licht te stellen wat Lorenz von Stein, een eeuw geleden, op dit terrein heeft betracht.

Er bestaat daartoe des te meer aanleiding, omdat er zopas van zijn groot werk « Die Verwaltungslehre », dat ons hier bijzonder interesseert, een « Neudruck » werd gepubliceerd (3). Dit statige monument, in tien lijvige delen, dat te Stuttgart werd uitgegeven tussen 1865 en 1884, was moeilijk te vinden, daar het slechts in een paar zeldzame gespecialiseerde bibliotheken aanwezig was. De foto-chemische afdruk, die dit jaar werd bezorgd door het Scientia-Verlag Aalen brengt het thans opnieuw in het bereik van de belangstellenden en zal er stellig toe bijdragen het werk van Lorenz von Stein de waardering te verzekeren die het zozeer verdient.

* * *

Laten wij voorafgaandelijk enkele biografische inlichtingen verstrekken over de auteur en ons even verplaatsen in de tijd waarin hij leefde en werkte.

Wanneer Lorenz von Stein op 15 november 1815 in het dorp Barby bij Eckenförde, in het toenmalig hertogdom Schleswig, geboren werd, beleefden de duitse staten een woelige periode van hun geschiedenis.

De napoleontische oorlogen waren uitgewoed en de duitse heropstanding, die er op volgde, was gekenmerkt door een vurig nationalisme, een sterk verlangen naar eenheid, een oplaaien van de liberale gedachte, een zucht naar groter sociale rechtvaardigheid en een drang naar de constitutionele staatsvorm,.

In deze overgangstijd tussen het congres van Wenen en de revolutie van 1848, vestigde zich de XIXe eeuwse burgerlijke maatschappij, nam de geweldige economische ontwikkeling een aanloop en moesten alle over-

blijfselen van het feodalisme de plaats ruimen voor de moderne democratie. Het was een tijd van felle tegenstellingen, waarin de traditionele autocratische gedachte in botsing kwam met het vrijheidsideaal en waarin conservatisme en liberalisme een ongenadige kamp voerden.

In de gedachtenwereld waren de ideeën van Fichte, met zijn persoonlijkheidsideaal, en van Hegel, met zijn alomvattende synthetische wereldvisie, allesoverheersend, hoe verscheiden de consequenties ook waren die uit hun wijsgerige stelsels werden afgeleid.

Het is te midden van deze staatkundige en geestelijke branding dat Lorenz von Stein zijn middelbare studiën deed aan het gymnasium te Flensburg en daarna zijn rechtsstudiën aan de universiteit te Kiel, waar hij in 1840 tot doctor in de rechten promoveerde.

Onmiddellijk na het voleindigen zijner hogere studiën, kreeg hij, in 1841, dank zij een studiebeurs, de gelegenheid zijn vorming te Parijs voort te zetten.

Men kan zich indenken hoe geweldig deze studiejaren te Parijs ingewerkt hebben op de jonge man, die in Duitsland op intense wijze de geestelijke strijd tussen conservatisme en liberalisme had medegeleefd en die in het werk van Hegel, waarin hij helemaal opging, het middel meende gevonden te hebben om de heftige tegenstellingen van de tijd te verzoenen.

Het Parijs van de veertiger jaren kookte van intens geestelijk en sociaal leven. De staatsgedachte der restauratie wordt er aangevallen door het jonge utopistische socialisme. In het jaar 1841, wanneer Lorenz von Stein te Parijs toekomt, publiceert Fourier zijn « Manifeste de l'école socialiste ». De Saint-Simonisten, Louis Blanc, Victor Considérant en zovele anderen, schrijven werken en pamfletten, die de gemoederen in spanning houden en die de jonge intellectuelen de weg wijzen naar de socialistische vernieuwing.

Lorenz von Stein komt dadelijk in contact met deze beweging. Hij heeft persoonlijke omgang met deze idealisten en zij zullen op zijn gedachtengang een diepe invloed uitoefenen. Tijdens zijn verblijf te Parijs is hij correspondent van de « Deutsche allgemeine Zeitung » en hij publiceert er enthousiaste kronieken in over het intellectuele leven der Franse hoofdstad.

Reeds na één jaar verblijf, in 1842, schrijft hij een belangrijk boek, waarin hij de jonge socialistische beweging in Frankrijk ontleedt, « Der Sozialismus und Kommunismus des heutigen Frankreichs » (4), dat tot op heden zijn meest gekend werk is gebleven.

Hij tracht er aan de sociale beweging een plaats te geven in een breed geborsteld maatschappelijk stelsel, waarin de Hegeliaanse invloed sterk merkbaar is, doch waarin ook reeds de grondgedachten verankerd zijn van de sociologische leer die hij in zijn verdere geschriften zal ontwikkelen. Sterke bezieling naast grote objectiviteit zijn de twee kenmerken van dit boek. Doch de studie van de sociale beweging in Frankrijk heeft Lorenz von Stein een aantal gegevens bijgebracht die voor zijn later werk bepalend zullen blijken. Met een scherp realisme observeert hij de sociale strijd die zich in Frankrijk ontwikkelt, de kamp tussen de bezittende klasse en het opkomend proletariaat, en hij geeft zich volkomen rekenschap van het geweldig belang van de economische factoren in het maatschappelijk leven en van de betekenis der industriële revolutie die zich voltrekt. Hoezeer hij ook Hegeliaan blijft, omdat hij in het werk van deze wijsgeer de vaste leidraad ziet, die moet toelaten een uiteindelijke verklaring te vinden voor het wereldgebeuren en voor het maatschappelijk leven, toch geeft hij er zich terdege rekenschap van dat het denken over staat en maatschappij niet vruchtbaar kan zijn wanneer het niet in de eerste plaats rekening houdt met de economische factoren en met de tegenstellingen tussen kapitaal en arbeid (5).

Dit jeugdwerk van Lorenz von Stein, dat gepubliceerd werd vóór de eerste geschriften van Marx, komt dus tot dezelfde grondstellingen als deze laatste. Zij zijn beiden uitgegaan van Hegel, zij hebben beiden enkele jaren van hun jeugd te Parijs doorgebracht en er wordt nog steeds, tussen de historici der sociale wetenschap, over getwist wie van beide auteurs op de andere een bepalende invloed heeft gehad. In elk geval zou de geschiedenis van de oorsprong van het socialisme zeer onvolledig zijn wanneer er niet een behoorlijke plaats aan het werk van Lorenz von Stein werd in voorbehouden.

Zijn boek werd in Duitsland ten zeerste opgemerkt en de wetenschappelijke waarde ervan deed Lorenz von Stein benoemen tot professor aan de universiteit te Kiel, waar hij enkele jaren te voren gestudeerd had. Hij moest echter in 1852 deze functie opgeven wegens zijn deelname aan de opstand in de Schleswig-Holsteinse hertogdommen. Hij leefde dan gedurende enkele jaren in grote moeilijkheden te München, waar hij het beroep van journalist uitoefende, tot hij in 1855 aan de universiteit te Wenen werd benoemd als hoogleraar in de staathuishoudkunde.

Ondertussen had hij een nieuwe uitgave voorbereid van zijn werk over het Frans socialisme, onder de titel « Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage » (6). Het was een veel uitgebreider boek geworden, dat in 1850 in drie delen verscheen.

Tot zijn dood in 1890 heeft Lorenz von Stein onafgebroken te Wenen verbleven en hij heeft er een fantastische werkkracht aan de dag gelegd. Hij heeft er talrijke werken gepubliceerd in verband met de door hem gedoceerde cursussen, leerboeken over economie, over financiewetenschap, alsmede talrijke kleinere geschriften op dezelfde gebieden (7).

Van zijn grotere werken dienen wij hier speciaal te vermelden zijn « System der Staatswissenschaft » (8), dat in twee delen in Stuttgart verscheen in 1852 en in 1856, en vooral zijn reusachtig werk over « Die Verwaltungslehre » (9), waarvan het eerste deel van de pers kwam in 1865 en dat, in twee opeenvolgende uitgaven, tot in het jaar 1884, uitgroeide tot een monument in acht delen en tien banden.

Wij zullen in dit artikel enkel gewag maken van een paar grondstellingen uit de sociologische theorie van Lorenz von Stein, in zoverre zij belang hebben voor het beoordelen van zijn werk op het gebied van de administratieve wetenschap, om dan verder meer speciaal op dit laatste de aandacht te vestigen.

* * *

Voor de sociologische leer van Lorenz von Stein is in de eerste plaats van belang zijn werk « System der Staatswissenschaft » waarvan twee delen verschenen, doch dat onafgewerkt is gebleven. Het tweede deel dat in 1856 gedrukt werd, bevatte het eerste stuk van zijn « Gesellschaftslehre ». Al heeft von Stein zijn onderzoekingen op sociologisch gebied niet verder ontwikkeld, toch vinden wij in zijn twee delen van het «System der Staatswissenschaft » de grondslag die voor al zijn overige werken van betekenis blijkt.

Het is essentieel vast te stellen dat, zoals hij het reeds gedaan had in zijn eerste werk over de sociale beweging in Frankrijk, Lorenz von Stein het volstrekt dualisme aanneemt tussen de staat enerzijds en de maatschappij anderzijds. De maatschappij leeft onder

de drang van de natuurlijke factoren die zich in het psychologisch leven der mensen ontwikkelen. Deze zijn vooral gekenmerkt door het belang en dit leidt er noodzakelijk toe de maatschappij te splitsen in twee klassen. De bezittende klasse die al doet wat mogelijk is om haar verworven bezit te bestendigen, de bezitsgoederen tot zich te trekken en zich noodzakelijkerwijze ten doel stelt de bezitters te onteigenen en zich in hun plaats te stellen.

Deze ongenadige strijd speelt zich af in de sfeer der zuiver materiële belangen en een oplossing zou alleen door het geweld kunnen tot stand gebracht worden. De ene klasse streeft fataal naar de volledige onderwerping van de andere.

Doch naast de maatschappij met haar belangentegenstellingen en haar strijd is er de staat, waarvan de idee gegrondvest is in de zedelijke natuur van de mens. Het wezen zelf van de staat legt aan dit organisme een regelende taak op. De staat heeft als hoofddoel orde te scheppen, tegenstellingen te verzoenen.

Tussen de maatschappij en de staat bestaat er een voortdurende kamp om de primauteit.

De maatschappij met haar onophoudende belangentwisten zal steeds trachten de staat te overvleugelen en de antagonistische klassen zullen pogen de staat aan hun belangen dienstbaar te maken. Delft hier de staat het onderspit, dan triomfeert de klassenstrijd en bestaat er, voor de maatschappij zelf, groot gevaar zich niet te kunnen handhaven.

Het staatsorganisme van zijn kant heeft echter ook de tendens het maatschappelijk leven volledig te willen domineren en de belangengroeperingen aan zich te onderwerpen. Slaagt de staat volledig in dit pogen, dan wordt alle vrijheid uitgeschakeld en ontstaat een slavengemeenschap.

Men ziet hier duidelijk hoe Lorenz von Stein, volledig in Hegeliaanse zin, de twee polen stelt, de maatschappij en de staat, de thesis en de antithesis.

Hij zal nu ook trachten, in de zin der dialektiek van Hegel, deze tegenstelling op te lossen, door aan de staat de rol toe te bedelen van hogere leiding, van verzoening der tegenstellingen, met een gelijke zorg voor de belangen der beide klassen en vooral met het doel deze klassen niet op definitieve wijze tegenover elkaar af te grenzen, doch een gemakkelijke overgang van de ene klasse naar de andere mogelijk te maken.

Naar de mening van von Stein kan de staat het best deze taak verwezenlijken door middel van de beperkte monarchie. Deze staat boven de klassen, boven alle partijen en boven het maatschappelijk leven en zal zich inspannen om het welzijn van alle groeperingen en van alle individuen te bevorderen, in gewaarborgde vrijheid.

Politiek gezien leidt bijgevolg de sociologische leer van Lorenz von Stein tot het verwezenlijken door de staat van brede sociale hervormingen. Hij is een voorloper van wat men heden ten dage noemt « de welvaartsstaat ».

Men mag echter zijn theorie niet verwarren met deze van het katheder-socialisme, dat in dezelfde periode in Duitsland en vooral in Oostenrijk verdedigd werd. Hij heeft desaangaande een scherpe polemiek gevoerd met Adolf Wagner om te doen uitschijnen dat het katheder-socialisme moest leiden tot een ondragelijke belastingsdruk, dat het terugvoert tot een systeem van geweld, zoals in de primitieve gemeenschappen en tot een onverbiddelijke klassenstrijd waarin enkel de macht beslist (10).

Het sociologisch werk van Lorenz von Stein heeft, zomin tijdens zijn leven als na zijn dood, het succes gekend dat het verdiende. Er zijn daarvoor vele redenen. Het politiek socialisme verweet hem een reactionaire mentaliteit door in de maatschappij, vanwege de staat en de monarchie, grondige hervormingen te verwachten, die een oplossing zouden kunnen brengen aan de klassenstrijd. Marx, die van hetzelfde uitgangspunt vertrokken is, heeft hem dan ook de scherpste verwijten toegericht. De conservatieven van hun kant maakten hem het verwijt al te veel belang te hebben gehecht aan de economische verhoudingen in de maatschappij en een al te absolute betekenis te hebben toegekend aan de klassenvorming en de klassenstrijd. Voor zijn Hegeliaanse synthese is daarbij het enthousiasme spoedig geluwd en het is slechts in de laatste jaren dat men is gaan erkennen met welke verbazende juistheid hij vele maatschappelijke verhoudingen heeft onderkend.

De invloed welke Lorenz von Stein heeft uitgeoefend is vooral een onrechtstreekse invloed geweest; namelijk door het feit dat de befaamde duitse jurist en staatsrechtsgeleerde Rudolf von Gneist zijn werk volledig op de sociologische theorie van Lorenz von Stein heeft opgebouwd. Gneist heeft namelijk de leer van von Stein als grondslag gelegd aan zijn beroemd boek over « Der Rechtsstaat », dat op zijn beurt van onberekenbare betekenis is geweest voor het duits publiek recht en vooral voor het administratief recht, omdat het de sterkste spoorslag geweest is tot het invoeren in Duitsland van een georganiseerde adminastratieve rechtspraak.

* * *

Over de algemene staatsleer heeft Lorenz von Stein geen speciaal werk geschreven. Zijn « System der Staatswissenschaft » is geen boek over deze tak van het recht in engere zin, zoals dit heden ten dage wordt opgevat, doch wel een werk hoofdzakelijk van sociologische aard, dat talrijke elementen bevat op het gebied van de statistiek, de bevolkingsleer, de staathuishoudkunde en ook van de bestuurswetenschap. « Staatswissenschaft » werd nooit door Lorenz von Stein begrepen als een uitsluitend juridische leer, waarin meer bijzonder de grondslagen van het constitutioneel recht worden uiteengezet en die zich beperkt tot een systematische studie van een normenstelsel. Daartoe bood vanzelfsprekend de constitutionele werkelijkheid in de duitse staten, in zijn tijd, nog maar al te weinig aanleiding.

En wanneer Lorenz von Stein zich met overtuiging aanhanger verklaart van de rechtsstaat, waarvan de idee door Robert von Mohl was geproclameerd geworden en waarover Otto Bähr zopas, in 1864, zijn bekend boek had uitgegeven, geeft hij daaromtrent in het eerste deel van zijn « Verwaltungslehre » zijn bijzondere visie. Hij legt er de klemtoon op dat het recht, reeds vanaf Hugo Grotius, als een immanent element van elk staatsbegrip heeft gegolden. Het begrip van de rechtsstaat, zoals het in de XIX^{e} eeuw door Robert von Mohl en de juristen van zijn generatie was gesteld heeft een andere betekenis. Het is voor Stein het moment waarop van de staat niet het recht « überhaupt » gevorderd wordt, doch wel waarop aan het machtig organisme der regering, tegenover wet, zelfbestuur en individu een grens gesteld wordt om de zelfstandigheid van deze drie factoren tegenover de regeringsmacht veilig te stellen (11). Doch hij waarschuwt er met klem tegen dat men de rechtsstaat uitsluitend als een juridisch begrip zou opvatten, dat enkel zou bevatten aan de ene kant de zelfstandige rechtspersoonlijkheid van de staat en aan de andere kant de vrije staatsburgers, zodat de rechtsstaat in

werkelijkheid enkel de juridische ordening van de verhouding tussen beide zou vaststellen en het geheel der grondregelen betreffende de onschendbaarheid van de enen tegenover de anderen. Dit is de opvatting van onze dag, zegt Lorenz von Stein, dit is de opvatting van Robert von Mohl. Voor Stein is zulks echter « eine ärmliche Auffassung des Staats » (12) die de staatswetenschap eng wil beperken tot constitutioneel juridisme en die er voor verantwoordelijk is dat de « Verwaltung », die nochtans het meest levende en ook het belangrijkste deel uitmaakt van de staatswetenschap volledig verwaarloosd en zelfs vergeten werd.

Deze visie van Lorenz von Stein op de rechtsstaat is onontbeerlijk om de volle draagwijdte van dit begrip in de duitse staatsrechtelijke evolutie juist te zien. En het algemeen deel der « Verwaltungslehre » dient geplaatst te worden naast het boek van Bähr, dat zopas in 1864 was verschenen, en naast datgene van Gneist, dat in 1872 verschijnen zal, om de volledige problematiek van de rechtsstaatsgedachte te kunnen begrijpen.

In zijn uiteenzetting veroordeelt Lorenz von Stein op voorhand de zuivere juridische staatsrechtswetenschap, zoals zij onder leiding van von Gerber en Laband enkele jaren nadien tot gelding zal komen. Hij acht dergelijk zuiver juridisme in verband met de wetenschap volledig onvruchtbaar en proclameert luid : « Ohne die Wissenschaft der Gesellschaft... nie ein wahres Verständnis des positiven Staatsrechts ».

Zij, die heden zozeer de noodzakelijkheid ondervinden om de studie van het staatsrecht te grondvesten op haar onontbeerlijke sociologische basis, vinden in de opvattingen van Lorenz von Stein een voorloper en een wegwijzer.

* * *

Aan de universiteit te Wenen is Lorenz von Stein gelast met het doceren der cursussen van staathuishoudkunde en financiewetenschap. Hij heeft zich helemaal aan dit onderwijs gegeven en heeft op beide gebieden leerboeken en monografieën geschreven van grote waarde. Door deze wetenschappelijke activiteit heeft hij stilaan zijn werk op het gebied van de sociologie moeten beperken en wanneer het wel zijn bedoeling was in zijn « System der Staatswissenschaft » een grondige ontleding te geven van de verhouding tussen de sociologie en het staatsrecht, heeft hij, na het verschijnen van het tweede deel van dit werk in 1856, het deel waarin zijn « Gesellschaftslehre » werd uiteengezet, deze taak onderbroken.

Die onderbreking kan echter niet beschouwd worden als een verminderde belangstelling voor de grote beginselen, die het maatschappelijk leven en de staat beheersen. De Hegelianer die Lorenz von Stein steeds gebleven is, bleef onverminderd de behoefte gevoelen aan een algemene synthetische leer die het staats- en rechtsleven zou verklaren.

Er heeft zich echter bij Lorenz von Stein een ander fenomeen voorgedaan. Door de studie van economie en financie, naast de studie van het recht en vooral van het publiek recht, die hij steeds is blijven beoefenen, wordt er stilaan in zijn geest een nieuwe synthese levend, die de aanleiding zal zijn tot het grootse plan van zijn « Verwaltungslehre ».

Tot het ontstaan van deze synthese hebben verschillende factoren medegewerkt.

Eerst en vooral de staatkundige achtergrond van de tijd waarin hij leefde en van de plaats waar hij werkte. In de toenmalige Donau-monarchie, waarin zoveel verschillende nationaliteiten samenleefden, deed zich een felle strijd voor tussen centralistische en federalistische tendensen. Autocratie en adellijk feodalisme stonden tegenover de jonge aanrukkende democratische en constitutionele ideeën. Er werd ook een felle kamp gevoerd voor de gemeentelijke zelfstandigheid en voor het vrij verenigingswezen.

Als Noord-Duitser kon hij te Wenen geen werkelijke politieke invloed uitoefenen, des te meer dat de strijd tussen Oostenrijk en Pruisen, om de voorrang in het duits gebied, tot zijn hoogtepunt was gekomen.

Lorenz von Stein, die een overtuigd aanhanger was van het gematigd liberalisme, had voorzeker gewenst zijn opvattingen in het werkelijk politiek leven te kunnen doen doordringen en een actieve rol in de politiek te spelen, zoals dat in Duitsland aan Rudolf von Gneist gegeven was. Von Stein moest echter uitsluitend door zijn wetenschappelijk werk zijn invloed doen gelden en langs die weg zijn inzichten betreffende de sociale welvaartstaat doen ingang vinden. Hij zal trachten dit doel te verwezenlijken door het schrijven van een monumentaal werk waarin, op basis van zijn persoonlijke gedachten over maatschappij en staat, de hele activiteit van het bestuursapparaat zal ontleed worden en de taak van het regeringsorganisme volledig zal worden uitgestippeld. In de opvatting van Lorenz von Stein is de omvang van deze onderneming oneindig uitgebreid. In het voorwoord van het tweede deel van zijn boek beklemtoont hij hoezeer de krachten van één mens noodzakelijkerwijze tekort schieten om het opzet tot een goed einde te brengen (13).

Wat dan ook de auteur voor ogen staat is niet een sociologische uiteenzetting betreffende de factoren die de verhouding tussen maatschappij en staat bepalen; het is ook niet een juridische studie van de normen die gelden in het staatsrecht; het is geen dogmatisch tractaat, waarin de ethische taak van de staat wordt uitgestippeld; het is ook geen casuïstische studie van de problemen, die voorkomen bij de bestuursactiviteit op het gebied van bevolking, economie, onderwijs, gezondheid, e.z.m. Het wil dat alles te zamen zijn.

De schrijver ziet zijn « Verwaltungslehre » als een nieuwe wetenschap, die richtlijnen geeft voor heel de activiteit van de staat, zowel in ethische als in juridische zin. Verwaltung is dan ook bij hem iets anders dan hetgeen wij vandaag verstaan door administratie. Hij zegt het zo terecht in de inleiding van zijn tweede deel : « Die Verwaltung ist daher mehr als eine Institution, mehr als eine Nothwendigkeit, mehr als ein Recht. Sie ist der Organismus des Lebens der Gemeinschaft in ihrem Verhältnis zum Leben und zur höchsten sittlichen Bestimmung der Einzelnen. Sie ist damit ein Teil des höheren Weltlebens (15).

De « Verwaltungslehre » is dan ook oneindig belangrijker dan het « Verfassungsrecht », het gaat niet enkel over de spanning tussen gezag en vrijheid, tussen overheid en individu. De « Verwaltungslehre » omspant heel het leven der gemeenschap en vormt een encyclopedisch systeem van staatswetenschap, waarin recht, economie en sociologie in gelijke mate onderdak vinden.

En aldus worden, na het zeer uitvoerig algemeen deel dat de inleiding vormt tot gans het werk, en na een merkwaardige geschiedenis van de « Verwaltungslehre » in het tweede deel, in de volgende boeken achtereenvolgens tractaten gegeven betreffende het fysisch leven van de gemeenschap, namelijk de bevolking met uitweidingen over geboortepolitiek, kolonisatie, volkstelling, burgerlijke stand, vreemdelingenwe-

zen. Daarna komen aan de beurt het gezondheidswezen, het politierecht, het opleidingswezen, met een merkwaardige geschiedenis van het onderwijs, in alle graden, doorheen alle perioden, met een bijzonder hoogstaande studie over het humanisme en over het nationaal karakter van het onderwijs. Het zevende deel behandelt de economische administratie en bevat een uiterst modern kapittel over het staatsnoodrecht.

Het achtste deel der « Verwaltungslehre » verscheen in 1884 en ware Lorenz von Stein niet door de ziekte overmand geworden en overleden in 1890, zouden voorzeker nog ettelijke delen aangaande de andere sferen der administratieve bedrijvigheid gevolgd zijn.

Wanneer men vandaag deze tractaten herleest vindt men er voorzeker heel wat in dat verouderd is en thans geen belang meer heeft. Doch oneindig talrijker zijn de verrassingen die op zovele bladzijden aan de dag komen en waaruit blijkt op welke uitzonderlijk klare wijze de auteur de sociale verhoudingen ziet, de administratieve problemen stelt en oplossingen uitstippelt, waarvan er meerdere ook heden ten dage nog hun volle betekenis behouden.

Van ongemene waarde is ook de historische kennis waarvan de auteur in al deze boekdelen blijk geeft. Zo is b.v. zijn uitvoerige schets van de geschiedenis van het onderwijs op zichzelf een merkwaardig stuk.

Voorzeker kan men aan Lorenz von Stein het verwijt maken dat zijn onderneming al te omvattend geweest is, dat hij al te ver gaat in detailstudie, dat hij te veel onderwerpen aansnijdt en ze soms al te uitvoerig behandelt. Wij moeten ons hier verplaatsen in de tijd waarin hij schreef. De kameralistiek is nog niet vergeten en het werk van Lorenz von Stein draagt er nog klaarblijkelijk de sporen van.

Doch hoe reusachtig is niet de vernieuwing die hij gebracht heeft voor de bestuurswetenschappen in het algemeen en ook voor het administratief recht in het bijzonder.

Eerst en vooral zijn uitwerking van het algemeen deel, dat in de tweede uitgave drie boekdelen beslaat en dat voor de administratieve wetenschap iets volstrekt nieuws was. Von Stein heeft terdege de behoefte gevoeld om de oneindigheid der stof op te vangen in een net van algemene begrippen en een grondslag te leggen waarop verder gevoeglijk zijn overige tractaten zullen kunnen opgebouwd worden. Wanneer het steeds als een van de bijzonderste verdiensten van Otto Mayer wordt aangehaald dat hij zijn boek begonnen is met een algemeen deel, zoals dit thans in de wetenschappelijke leerboeken van administratief recht en bestuurswetenschap de gewoonte is, dient het in het licht gesteld dat Lorenz von Stein hem op dit gebied is voorafgegaan en dat, zelfs wanneer al de volgende delen van zijn groot œuvre niet verschenen waren, het eerste deel een synthese geeft van de « Verwaltungslehre » zoals de auteur die opvat, die op zichzelf een onmisbaar leerstuk vormt en waarin de verklaring te vinden is van het staats- en bestuurlijk leven gedurende een ganse periode.

En hoe menigvuldig zijn ook niet de oorspronkelijke en voor zijn tijd nieuwe ideeën welke door von Stein in zijn werk verdedigd worden. In de eerste plaats de idee der autonomie, die hij op originele wijze uitwerkt voor het gemeenterecht, doch die hij niet wenst te beperken tot de openbare lichamen. Hij acht het noodzakelijk in het kader van wat hij noemt het « Vereinswesen » een hele ladder op te stellen van « Vereine » zowel van publiekrechtelijke als van private aard, de natuurlijke, de economische, de beroepsmatige, de geestelijke en maatschappelijke verenigingen, voor dewelke hij zonder onderscheid een volstrekte onafhankelijkheid opeist. Doch deze absolute autonomie op zovele gebieden, wordt streng beheerst door het principe der verantwoordelijkheid. En wanneer over heel de schaal van deze gemeenschappen een strenge « Haftung » de waarborg biedt van maatschappelijke en ook juridische zekerheid en veiligheid, bouwt von Stein zijn aansprakelijkheidsleer uit op een volstrekt algemene wijze, zowel ten opzichte van het vrij bestuur der gemeenschappen als van de georganiseerde publieke lichamen.

Het is een van de belangrijkste gedeelten van het werk van von Stein dat hij dit verantwoordelijkheidsbeginsel op de strengste wijze handhaaft ten opzichte van de openbare organismen en dat bijgevolg administratieve rechtspraak. waarvoor in dezelfde periode zowel Otto Bähr als Rudolf von Gneist met heftigheid gekampt hebben, door hem als onmisbare voorwaarde van elk behoorlijk bestuur dient voorop gesteld.

* * *

De studie van de aansprakelijkheid der overheid heeft von Stein ook ver doorgevoerd in het vergelijkend recht.

Het Engelse stelsel der beoordeling van alle administratieve betwistingen door de gewone rechter en het Frans systeem van rechtspraak door een afzonlijk administratief rechtscollege kent hij beide even goed en hij brengt ze voortdurend in zijn uiteenzettingen te pas.

Het belang van de rechtsvergelijking werd in de tweede helft van de XIX^{e} eeuw, waarin von Stein schreef meer en meer erkend. Verwijzen wij slechts naar de uitvoerige studiën van het Engels staatsrecht, die door Rudolf von Gneist werden ondernomen.

Rudolf von Gneist was zozeer begeesterd door de Engelse toestanden, die hij bestudeerd en beschreven had, dat hij deze onvoorwaardelijk aan Duitsland als voorbeeld stelde. Hij verwaarloosde hierbij in grote mate de buitengewoon interessante bijdrage die Frankrijk geleverd heeft tot de bescherming der individuele rechten tegen de willekeur van de staat. Hetzelfde gebeurt niet bij Lorenz von Stein. Hij kent Frankrijk veel beter dan von Gneist het kende. Hij is zeer enthousiast voor de Franse administratieve rechtspraak en hij ziet het als een taak van de « Verwaltungslehre » zowel uit het Franse als uit het Engelse voorbeeld de nodige gegevens te lichten die tot de vereiste hervormingen in centraal Europa zouden kunnen bijdragen.

Doch het is niet enkel op het gebied van de administratieve rechtspraak dat von Stein uitvoerig overgaat tot rechtsvergelijking. In elk hoofdstuk van zijn uitgebreid werk onderzoekt hij welke de toestand is in de andere grote landen. Hij beperkt zich echter tot drie van deze landen : Engeland, Frankrijk en Duitsland. Oostenrijk, het land in welks hoofdstad hij doceert, wordt hierbij niet besproken. Hij geeft hiervan een verklaring wanneer hij in 1864 het eerste deel van zijn werk met een voorrede opdraagt aan Rudolf von Gneist en hij drukt de mening uit dat slechts drie landen in Europa tot de nodige rijpheid gekomen zijn om als veld van onderzoek voor de « Verwaltungslehre » te dienen. Dit is voor Oostenrijk niet het geval. Hij bedoelt daarmede niet dat hij het maatschappelijk of het staatkundig leven in Oostenrijk minder geëvolueerd of minder belangrijk zou vinden dan in de andere landen die hij bestudeert, doch hij meent dat Oostenrijk een wereld op zichzelf is, een afzonderlijk organisme dat met geen ander land van

Europa, ja zelfs van de wereld kan vergeleken worden. « Es ist eine wunderbare Einheit der verschiedensten Elemente; alles was Europa im Ganzen bietet, ist hier in groszen Theilen vertreten; oft feindlich, oft friedlich, oft in starrer Ruhe nebeneinander liegend, oft in gewaltiger Bewegung einander begegnend, immer aber mächtig auf einander wirkend, sich durchdringend, bestimmend, fördernd, bekämpfend; ein Reich, das man mit dem gewönlichen Masze nun einmal nicht messen kann, und das immer aufs neue miszverstanden wird, weil man eben das gewöhnliche Masz an dasselbe anlegen will. Es ist ein Europa im Kleinen. »

Het verblijf van von Stein als Noord-Duitser in de hoofdstad der Donau-monarchie bracht er hem waarschijnlijk toe, door middel van de vergelijking der maatschappelijke stelsels en der rechtssystemen van Engeland en Frankrijk, tussen deze beide een synthese uit te werken die nuttig zou kunnen aangewend worden voor de verwezenlijking van de « Verwaltungslehre », zoals hij die opvat, in de duitse landen.

Zijn werk is een rijke mijn van rechtsvergelijkend materiaal dat ook nog vandaag in grote mate zijn reëel belang heeft behouden.

Doch dit voortdurend synthetiseren op basis van rechtsvergelijking bracht Lorenz von Stein ook nog tot een andere uitkomst. Hij was ervan overtuigd dat voor de « Verwaltungslehre » het noodzakelijk en ook mogelijk was te komen tot een Europese Verwaltungslehre die, in de landen met gelijke beschavingsgraad, tot een gelijkaardig bestuurlijk leven zou kunnen leiden. Dit zou geenszins verhinderd worden door de grondwettelijke verschillen die zich in deze landen voordoen. Het grondwettelijk stelsel is tijdelijk en veranderlijk, het hangt af van toevallige politieke factoren. Het leven van de gemeenschap is een blijvend iets. Lorenz von Stein ziet zijn « Verwaltungslehre » zo breed dat hij meent dat ze zal moeten erkend worden « als die Pandekten der Staatswissenschaft ».

Deze brede wetenschap kan alle landen ten goede komen en de rechtsgelijkheid is de voorwaarde voor een toekomstig Europees rechtsleven, waarvan het toekomstbeeld de auteur zo duidelijk voor ogen staat. Ik kan niet nalaten desaangaande deze korte passage te citeren : « Die wahren Institutionen unserer deutschen Rechtswissenschaft müssen künftig in dem Bilde des europäischen Rechtslebens bestehen, und Niemand sollte an Deutsches Recht gehen, ohne, wenn auch nur in seinen Grundzüge, das wunderbar grosze und schöne Bild des europäischen Rechts, aus der Einheit seiner Volksrechte, ihrer Geschichte, ihrer Gestalt, ihrer Elemente und ihrer wirkenden Individualität sich zu einem machtvollen organischen Leben entfaltend, vor seinen geistigen Augen zu haben. »

Nu het comparatisme in deze tijd zulke hoge vlucht heeft genomen, nu in alle landen zoveel specialisten zich op intense wijze bezighouden met de studie van het vergelijkend recht en nu algemeen erkend wordt dat deze studie zo onontbeerlijk is voor de rechts- en staatsinstellingen van het nieuwe Europa, mag voorzeker de gedachtenwereld en het werk van Lorenz von Stein niet vergeten worden.

---

(1) *Fritz Fleiner,* met zijn *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts* (1911), *Walter Jellinek,* met zijn *Verwaltungsrecht* (1927) en zo vele anderen, die leidinggevend geweest zijn voor de duitse administratiefrechtelijke wetenschap, sluiten zich eng bij *Otto Mayer* aan.
Een merkwaardige synthese van de betekenis van *Otto Mayer* wordt gegeven in de studie van *Erich Kaufmann,* getiteld *Otto Mayer, Ein Beitrag zum dogmatischen und historischen Aufbau des deutschen Verwaltungsrechts,* dat in 1925 verscheen in het « *Verwaltungsarchiv. - Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit.* Band 30, blz. 377-402 en dat onlangs herdrukt werd in zijn *Gesammelte Schriften,* Band I, *Autorität und Freiheit. Von der konstituttionellen Monarchie bis zur Bonner parlamentarischen Demokratie,* Göttingen, 1960, blz. 388-411.
(2) Het interessantste werk dezer Kameralisten is stellig dat van *J.H.C. von Justi, Grundsätze der Polizeywissenschaft,* dat in 1756 verscheen en dat sommige verrassende ontledingen geeft van de administratieve activiteit. Het werk is uiterst zeldzaam, doch met genoegen vernam ik dat er nog dit jaar een photo-chemische Neudruck zal van uitgegeven worden.
(3) *Lorenz von Stein, Die Verwaltungslehre,* Neudruck der 1-2 Auflage 1866-1884, 8 Teile in 10 Bänden, Scientia Verlag Aalen, 1962.
(4) *Lorenz von Stein, Der Sozialismus und Kommunismus des heutigen Frankreichs.* Ein Beitrag zur Zeitgeschichte, Leipzig, 1842.
(5) « Der Gegensatz zwischen dem Besitzenden und Arbeitenden ist mit unserem Jahrhundert der allgemeine und fast ausschliessliche Gegensatz in der Gesellschaft geworden ». *L. von Stein,* Der Sozialismus und Kommunismus des heutigen Frankreichs, 2e uitg. Deel I, blz. 38.
(6) *Lorenz von Stein,* Geschichte des sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Leipzig 1950, 3 dl.; 2e uitg. 1855, Nieuwe uitg. München 1921.
(7) *Lorenz von Stein,* Die neue Gestaltung des Geld- und Kreditwesens in Oesterreich, Wenen, 1856; Lehrbuch der Volkswirtschaft, Wenen, 1858, heruitgegeven onder de titel Volkswirtschaftslehre te Wenen in 1878 en nadien onder de titel Lehrbuch der Nationalökonomie, te Wenen in 1887; Lehrbuch der Finanzwissenschaft, Leipzig 1860; Lehre vom Heerwesen. Als Teil der Staatswissenschaften, Stuttgart 1872; Zum Eisenbahnrechtsbildung, gesammelte Aufsätze, Wenen 1872; Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschäften Deutschlands, Stuttgart, 1876; Der Wucher und sein Recht, Wenen 1880; Die Staatswissenschaftliche und die landwirtschaftliche Bildung, Breslau, 1880; Die drei Fragen des Grundbesitzes : die irische, die kontinentale und die transatlantische Frage, Stuttgart, 1881; Die Landwirtschaft in der Verwaltung und das Prinzip der Rechtsbildung des Grundbesitzes, Wenen, 1883.
(8) *Lorenz von Stein,* System der Staatswissenschaft, 2 dl. Stuttgart 1852-1856. Dl. I met ondertitel : System der Statistik, der Populationistik und der Volkswirtschaftslehre; Dl. II met ondertitel : Die Gesellschaftslehre. Het werk is verder onafgewerkt gebleven.
(9) *Lorenz von Stein,* Die Verwaltungslehre, 7 delen. Stuttgart, 1866-1868; delen 1, 3 6 in tweede vermeerderde uitgave 1869-1884. — De auteur gaf van zijn groot werk een meer beknopte editie uit onder de titel : « Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechtes mit Vergleichnung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland. Als Grundlage für Vorlesungen. » Stuttgart, 1870, 3e volledig nieuw bewerkte uitgave in drie delen, 1888.
(10) Cfr. *Adolph Wagner,* Finanzwissenschaft und Staatssozialismus Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. Tubingen, 1887. Bd. 43.
(11) *Verwaltungslehre,* Allgemeiner Teil, Das verfassungsmässige Verwaltungsrecht, blz. 297.
(12) *Verwaltungslehre,* Deel II, Die Lehre von der inneren Verwaltung, blz. 24.
(13) *Verwaltungslehre,* Die Lehre von der innern Verwaltung, Dl. II, blz. V.
(15) *Verwaltungslehre,* id. Dl. II, blz. XI.
(16) *Verwaltungslehre,* id. Dl. I, blz. X.
(17) Voorrede tot de 2e uitgave van deel I der *Verwaltungslehre,* blz. XII.
(18) *Verwaltungslehre,* Dl. I, blz. IX.

12. INTERNATIONAAL RECHT

DE CLAUSULE « REBUS SIC STANTIBUS »

door

Prof. Dr. E. VAN BOGAERT

Hoogleraar aan de Universiteit te Gent.

1. *Probleemstelling.*

De clausule « rebus sic stantibus » is een der meest gecontroverseerde beginselen van het verdragsrecht. Vooral sedert de 20e eeuw heeft men haar betekenis en haar toepassingen sterk betwist. Haar bestaan is zelfs door een aantal auteurs in twijfel getrokken. Het beginsel « rebus sic stantibus » heeft nochtans een zeer belangrijke rol te vervullen in de ontwikkeling van de verdragsrechtelijke verhoudingen. Het is een der voornaamste uitzonderingen op de regel « pacta sunt servanda » en daardoor is het nauwkeurig omschrijven van haar toepassingsveld van uitzonderlijke betekenis.

De verdragen vormen, naast het gewoonterecht, de voornaamste bron van het volkenrecht. Het eerbiedigen der verdragsrechtelijke verbintenissen is daarom een der bijzonderste factoren van de stabiliteit der internationale juridische verhoudingen. Het is zelfs een der belangrijkste voorwaarden voor het bestaan van de internationale rechtsgemeenschap. Deze fundamentele norm van het internationaal publiek recht noemt men de regel « pacta sunt servanda ». Daardoor wordt bedoeld, dat de verdragspartijen beginselmatig de verplichtingen, die voortspruiten uit de gesloten akkoorden, moeten naleven. De norm « pacta sunt servanda » is het principe van de rechtszekerheid en tevens de noodzakelijke voorwaarde voor de efficiëntie van het conventioneel tussenstaats recht.

De clausule « rebus sic stantibus » heeft nu juist de tegenovergestelde bestaansoorzaak. Geen enkel rechtssysteem kan immers onveranderlijk blijven. De feitelijke en maatschappelijke toestanden, waarop de rechtsnormen worden toegepast, evolueren en onvermijdelijk wordt op een bepaald ogenblik een rechtsaanpassing noodzakelijk. De rechtszekerheid en de stabiliteit zijn onvoldoende om het bestaan van een levend en aanvaardbaar rechtsstelsel te waarborgen. Het recht moet naast zijn stabiliteitsfactor ook een dynamisch element bezitten, waardoor de mogelijkheid wordt geboden nieuwe rechtsbetrekkingen tot stand te brengen. Deze rol kan nu juist in grote mate voor de verdragen worden vervuld door het beginsel « rebus sic stantibus ». Door dit principe is het mogelijk een verdrag op te zeggen, wanneer de omstandigheden, die een wezenlijk belang hadden voor de sluiting van het akkoord, grondig werden gewijzigd. Het zal dan afhangen van een gebeurlijke nieuwe wilsovereenkomst of de vroegere verdragspartijen een aangepast akkoord zullen sluiten of de toestanden ajuridisch zullen laten, door geen ander verdrag tot stand te brengen. De clausule « rebus sic stantibus » verleent aldus aan de verdragspartijen het recht om het door de feiten voorbijgestreefd verdrag zijn gelding te ontnemen. Terwijl de regel « pacta sunt servanda » de stabiliteit der verdragsverhoudingen waarborgt, wordt door de exceptie « rebus sic stantibus » de mogelijkheid tot rechtsaanpassing geboden. Beide rechtsbeginselen zijn praktisch voor de degelijke waarde van het verdragsrecht even noodzakelijk (1).

De rechtszekerheid mag echter door de mogelijkheid tot rechtsaanpassing niet in gevaar worden gebracht. Het afwegen der twee beginselen en het nauwkeurig omschrijven van de rechtmatigheid van hun respectievelijke toepassingen, is een der belangrijkste wetenschappelijke vraagstukken van het volkenrecht.

Door menig auteur werd aan de rechtszekerheid een te grote voorkeur gegeven. Het unilateraal aanwenden van de exceptie door één der verdragsstaten, zonder voorafgaandelijk akkoord vanwege de andere verdragspartijen, werd soms zeer streng veroordeeld en strijdig bevonden met het positief volkenrecht. Niet alle schrijvers zijn echter deze mening bijgetreden. In de diplomatieke praktijk wordt trouwens een dergelijk optreden niet als onrechtmatig aangezien. Naar ons oordeel moet de vraag naar de rechtmatige toepassing der exceptie uit een evolutief standpunt worden onderzocht. In de eerste plaats moet de aethiologie der clausule worden nagegaan. Vervolgens dient haar ontwikkeling in de rechtsleer, in de verdragspraktijk en in de jurisprudentie te worden ontleed. Uiteindelijk zal men de toepassingsmogelijkheden onderzoeken in verband met de recente aspecten van de ontwikkeling van het volkenrecht. Op deze wijze kan de nauwkeurige betekenis van het rechtsconcept bij zijn ontstaan worden vastgesteld en kan ook worden uitgemaakt op welke wijze de toepassingen in de verschillende historische periodes werden aanvaard.

2. *Het ontstaan van de clausule.*

Slechts weinig vorsers hebben de oorsprong der clausule onderzocht. Naar de mening van de Taube zou zij haar oorsprong vinden in het kerkelijk recht uit de Middeleeuwen. Daarin zou de regel voorkomen volgens dewelke iedere verbintenis slechts met het oog op bepaalde omstandigheden zou aangegaan zijn. In iedere overeenkomst zou aldus een stilzwijgende voorwaarde aanwezig zijn, waardoor de verbintenis vervalt, wanneer deze omstandigheden zich wijzigen (2).

Lauterpacht stelde vast, dat dezelfde regel voorkwam in de politieke en wijsgerige geschriften, die volgden op de Hervorming (3).

Door Nussbaum wordt het historisch onderzoek verder doorgedreven. De eerste verschijningsvormen van het « rebus sic stantibus » beginsel komen reeds voor in de Griekse Oudheid. De Griekse onderhandelaars zochten vaak naar procedures om de gesloten verdragen aan nieuwe politieke toestanden aan te passen. Met het oog op de rechtsaanpassing werden de vredesverdragen soms slechts voor een bepaald aantal jaren afgesloten. Ook in het verdragsrecht van de Islam wordt het teruggevonden. In het kerkelijk recht treft men de exceptie eveneens aan en zij werd ook aangewend in de casuïstiek van de uitvoering der concordaten (4).

Naar deze laatste opvatting heeft de clausule aldus een algemene betekenis en is zij praktisch even oud

als het verdragsrecht zelf. Deze conclusie, die steunt op historische motieven, komt ons als vrij evident voor. Het is immers logisch, dat zodra verdragen worden gesloten, er ook naar middelen wordt uitgezien om ze aan andere politieke omstandigheden aan te passen. Het feit, dat op grond van geschiedkundige gegevens werd aangetoond, dat de clausule steeds in het verdragsrecht is voorgekomen, heeft echter een wel bepaald belang voor het vervolg van onze ontleding.

Wanneer de rechtsleer van de 16e en de 17e eeuw onderzocht wordt, kan echter worden vastgesteld, dat de clausule in het volkenrecht werd opgenomen zoals veel andere rechtsbegrippen, door de invloed die in deze periode werd uitgeoefend door de studie van het Romeins recht en de geschriften uit de Oudheid. Tal van rechtsconcepten, die nu nog in het volkenrecht voorkomen, werden door de eerste belangrijke auteurs overgenomen uit de commentaren op de Romeinse rechtsbronnen. De studie van het Romeins recht was toen immers een der voornaamste objecten van de rechtswetenschap. Begrippen als de internationale erfdienstbaarheden, het dominium, het imperium enz., werden in het volkenrecht overgenomen uit de geschriften der Bartolisten en der Baldisten (5). De ontleding van de rechtsliteratuur uit de Renaissance laat ons toe te besluiten, dat ook de clausule « rebus sic stantibus » op deze wijze in het volkenrecht werd opgenomen.

Gentili schrijft over de clausule in verband met de uitvoering der vredesverdragen en daarbij steunt hij zich hoofdzakelijk op de geschriften van Baldus (6). Op een andere plaats van zijn werk bespreekt hij de toepassing van het beginsel « rebus sic stantibus » op de verdragen in het algemeen. Opnieuw doet hij beroep op Baldus. Hij roept echter ook het gezag in van Alciatus (1492-1550) en van Seneca. Tevens wijst hij erop, dat ook schenkingen, testamenten en private contracten kunnen teniet gaan, wanneer bepaalde omstandigdheden verdwijnen of gewijzigd worden (7).

De uiteenzetting van Gentili kan niet uitgebreid of ook niet nauwkeurig worden genoemd. Het gezag der aangehaalde schrijvers blijkt voor hem een voldoende argument te zijn geweest om het bestaan te aanvaarden van een stilzwijgend beding, waardoor de internationale overeenkomsten vervallen worden verklaard zoals sommige privaatrechtelijke verbintenissen. De nauwkeurige omschrijving van een kriterium van verval wordt bij hem ook niet aangetroffen.

Hugo de Groot behandelt het onderwerp eveneens aan de hand van een analogie met het burgerlijk recht. Om het bestaan van de exceptie aan te tonen verwijst hij naar het teniet gaan der huurcontracten (8). Hij formuleert echter het beginsel reeds op een meer nauwkeurige manier dan zijn voorganger. Volgens hem mag het worden ingeroepen wanneer de omstandigheden zich wijzigen, met het oog op dewelke de overeenkomst is tot stand gekomen (9). De Groot heeft zich vooral gesteund op de geschriften van Seneca.

Eigenlijk treft men bij hem ook geen theorie aan over de clausule. Een grondige ontleding wordt in deze vroege rechtsliteratuur nog niet opgemerkt. Pufendorf blijkt er zelfs geen belang aan te verlenen. Het is slechts in het werk van Vattel, dat de eerste belangrijke analyse wordt gevonden. Het is ook deze auteur, die de eerste verantwoording heeft gezocht en de Theorie van het Stilzwijgend Beding heeft ontwikkeld.

Vattel steunt zijn overwegingen niet op het gezag van bekende voorgangers. Volgens hem vervallen de verdragen, omdat de oorzaak van de belofte door de gewijzigde omstandigheden is verdwenen. Dit is volgens hem een « condition tacite », die in ieder internationaal akkoord wordt aangetroffen : « ... la promesse n'a été faite que sur cette supposition tacite... ». Vattel illustreert vervolgens zijn opvatting aan de hand van voorbeelden, die typisch zijn voor de diplomatie van het Europees machtsevenwicht uit de 18e eeuw. Bijstandsverdragen moeten niet worden nageleefd, wanneer de vorst in wiens voordeel ze bedongen werden zó machtig is geworden dat hij een militair overwicht bezit op de andere verdragspartijen. Het was aldus rechtmatig, dat de Verenigde Provinciën in 1668 beroep deden op de steun van Spanje tegen Frankrijk, dat vroeger hun bondgenoot was geweest, omdat Lodewijk XIV te machtig was geworden en een permanente bedreiging uitmaakte.

Op de vraag in welke mate de omstandigheden moeten gewijzigd zijn om de vervallenverklaring van het verdrag te rechtvaardigen, is het antwoord konsekwent met de theorie, dat de clausule als een stilzwijgend beding moet beschouwd worden. De omstandigheden moeten zich zodanig hebben gewijzigd, dat de oorzaak van het beding niet langer meer bestaat. Ieder verdrag is derhalve slechts een voorwaardelijke rechtsverhouding door de wil der partijen. « Le seul état des choses à raison duquel la promesse a été faite, lui est essentiel, et le changement seul de cet état peut légitimement empêcher, ou suspendre l'effet de cette promesse. C'est là le sens qu'il faut donner à cette maxime des jurisconsultes conventio omnes intelligitur rebus sic stantibus ». Naar zijn oordeel is dit trouwens niet alleen eigen aan verdragen maar het is de toepassing in het verdragsrecht van een algemene relativiteit van de rechtsnormen, die telkens slechts gelden voor de omstandigheden waarvoor zij in het leven zijn geroepen. « La Loi qui se rapporte à un certain état de choses, ne peut avoir lieu que dans ce même état » (10).

Vattel kan aldus beschouwd worden als de grondlegger van de Theorie van het Stilzwijgend Beding, die in de huidige rechtsleer nog verdedigd wordt. Tevens moet worden opgemerkt, dat hij ook voor het recht in het algemeen een soort relativiteitsdoctrine heeft verkondigd. Ofschoon op dit gebied geen invloed werd uitgeoefend door Vattel, moet worden opgemerkt, dat in de hedendaagse rechtsliteratuur ook opvattingen worden verdedigd die aan de gelding der rechtsnormen slechts een relatief karakter toekennen (11).

De clausule « rebus sic stantibus » heeft echter nog maar haar eerste belangrijke theoretische verklaring gekregen of haar toepassingen worden reeds betwist op grond van het argument, dat zij de stabiliteit der verdragsverhoudingen in gevaar brengen. Bynkershoek is van mening, dat zij te gemakkelijk een excuus verschaft aan de verdragstaat, die zich aan de naleving van zijn verplichtingen wil onttrekken (12). De zorg voor de rechtszekerheid is bij deze auteur overwegend. De gewijzigde omstandigheden kunnen naar zijn oordeel alleen aanleiding geven tot een herziening van het verdrag waarmede al de verdragspartijen instemmen. Indien de amenderingsprocedure niet wordt gevolgd en het onmogelijk blijkt de overeenkomst nog uit te voeren, zou een derde Staat moeten tussenkomen om het rechtmatig inroepen der exceptie te beoordelen. Het breken met de verdragsband zou aldus slechts unilateraal door één der verdragspartijen kunnen gebeuren, indien het verdrag uitdrukkelijk dit recht zou voorzien.

Bynkershoek is geen aanhanger van de Theorie van

het Stilzwijgend Beding. Voor hem is een verdrag niet gesloten onder de stilzwijgende voorwaarde der ongewijzigde omstandigheden. Uit hoofde van rechtszekerheid aanvaardt hij alleen het amendement, d.w.z. een nieuwe wilsovereenkomst tussen alle partijen of een arbitrale regeling om de onmogelijkheid van uitvoering vast te stellen. Indien niet een van deze procedures wordt aangewend, kan de clausule alleen ingeroepen worden, wanneer zij uitdrukkelijk werd bedongen. Bynkershoek is de auteur, die als eerste kan vernoemd worden van een richting der doctrine, die ook op het ogenblik nog verdedigd wordt en volgens dewelke een rechterlijke beslissing of een nieuwe overeenkomst nodig is om de clausule rechtmatig te kunnen inroepen.

3. *De opvattingen in de 19e eeuw.*

In de rechtsleer van de 19e eeuw is de Theorie van het Stilzwijgend Beding overwegend. Praktisch wordt zij bijna door alle auteurs aangenomen. De nadere toelichtingen die worden verstrekt zijn echter verschillend.

De Martens meent, dat de toepassing van de clausule voor doel heeft te voorkomen, dat door de uitvoering van een verdrag in gewijzigde omstandigheden, een verdragspartij een onherstelbare schade zou ondergaan (13). Klüber is van oordeel, dat de clausule maar rechtmatig kan worden ingeroepen, wanneer door de gewijzigde omstandigheden de grondslag zelf van de overeenkomst, die door de partijen werd beoogd bij de sluiting, niet meer bestaat (14). Voor Heffter moet de exceptie betrekking hebben op de hoofdzakelijke clausules van een verdrag. Men kan geen beroep doen op de clausule « rebus sic stantibus », wanneer slechts de omstandigheden zich wijzigden, die betrekking hebben op de bijkomstige bepalingen van een akkoord. Ook voor hem moet de grond zelf van het verdrag verdwenen zijn (15). Jellinek zoekt een verklaring, die van aard is de clausule in te schakelen in zijn algemene theorie der auto-limitatie. Het volkenrecht ontstaat slechts doordat de Staten hun soevereiniteitsrecht beperken in de door hen gesloten overeenkomsten. Het is alleen met het oog op bepaalde toestanden, dat deze zelfbeperkingen worden aanvaard. Het is derhalve normaal, dat Staten bij gewijzigde toestanden niet meer gebonden zijn. In ieder geval zullen de gesloten akkoorden niet meer na te leven zijn, wanneer door de wijzigingen het zelfbehoud of de ontwikkeling der verdragspartijen in gevaar zou verkeren (16). Rivier noemt de verklaring van het « rebus sic stantibus » beginsel door een stilzwijgend beding een juridische fictie. De clausule dient in werkelijkheid om het recht op zelfbehoud te waarborgen. Wanneer dit laatste in het gedrang wordt gebracht, kan de exceptie op het « pacta sunt servanda »-principe worden ingeroepen (17).

Het bestaan der clausule wordt aldus praktisch niet in twijfel getrokken. De auteurs uit deze periode blijken veel meer hun aandacht te hebben geconcentreerd op het bepalen van een kriterium betreffende haar rechtmatige toepassing. Men doet daarvoor beroep op het zelfbehoud, de onherstelbare schade, de hoofdzakelijke bepalingen van het verdrag en de ontwikkeling van de Staat. De internationalisten bleken echter niet te kunnen akkoord komen betreffende het bepalen van één enkel kriterium.

Het is wel van belang ook de diplomatieke praktijk in dit opzicht te onderzoeken. Het aantal bekende gevallen, waarin beroep werd gedaan op de gewijzigde omstandigheden is niet zo bijzonder groot. Een typische tekst wordt ons verschaft door J. B. Moore, betreffende een bespreking, die heeft plaats gegrepen tijdens een vergadering van de regeringsleden der Verenigde Staten op 18 april 1793. De deliberatie had voor doel te onderzoeken of de verdragen, die gesloten waren met Frankrijk, nog langer moesten worden uitgevoerd. De politieke wijzigingen die veroorzaakt werden door de Revolutie, brachten de Amerikaanse regering in twijfel over de verdere toepassing van deze akkoorden. Men besloot echter de akkoorden te blijven naleven, omdat men oordeelde dat de politieke wijziging de uitvoering niet uitsloot. Men bleek evenwel toch ook aan te nemen, dat door de gewijzigde omstandigheden het wel mogelijk zou geweest zijn tot opzeg over te gaan, doch dan zou de verdragsband moeten verbroken geworden zijn op een wijze, die de andere verdragspartij niet toeliet te twijfelen aan de goede trouw van de Amerikaanse regering (18).

Veel uitleg wordt ons over dit geval door J. B. Moore niet verstrekt. De tekst laat ons echter toe enkele overwegingen te maken. Het is in de eerste plaats duidelijk dat men de opzeg der verdragen niet eenvoudigweg beschouwde als een rechtshandeling, waarbij niet in het minst rekening diende te worden gehouden met de zienswijze van de andere verdragspartij. De verbreking der overeenkomsten zou alleen gebeurd zijn, wanneer het voor de andere verdragstaat duidelijk was, dat het inroepen der gewijzigde omstandigheden geen voorwendsel uitmaakte om zich aan de verbintenissen te onttrekken. « A fortiori » moet naar ons oordeel daaruit worden besloten, dat de Amerikaanse regering op het standpunt stond, dat alleen bij een evidente onmogelijkheid van uitvoering de verdragen niet langer meer moesten nageleefd worden.

Een belangrijke diplomatieke tekst treft men aan in het Protocol van Londen van 17 januari 1831, dat betrekking heeft op de Belgische onafhankelijkheid en de herziening der territoriale regelingen, die bepaald werden door het Congres van Wenen. De territoriale wijzigingen die veroorzaakt werden door de Belgische onafhankelijkheid waren in strijd met sectie III, §§ LXV e.v. van de Akte van het Congres van Wenen van 9 juni 1815. In het voornoemd Protocol van Londen werd de herziening van het territoriaal statuut gemotiveerd. « En formant », luidt de tekst, « par les traités en question (Protocollen van Wenen) l'union de la Belgique avec la Hollande, les puissances signataires de ces mêmes traités, et dont les plénipotentiaires sont assemblés dans ce moment, avaient eu pour but de fonder un juste équilibre en Europe et d'assurer la paix générale. Les événements des quatre derniers mois ont malheureusement démontré que cet amalgame parfait et complet que les puissances voulaient opérer entre ces deux pays n'avait pas été obtenu, qu'il serait désormais impossible à effectuer, qu'ainsi l'objet même de l'union de la Belgique avec la Hollande se trouve détruit et que dès lors il devient indispensable de recourir à d'autres arrangements pour accomplir les intentions à l'exécution desquelles cette union devait servir de moyen » (19).

Ook deze tekst laat ons toe de voorwaarden voor het vervallen verklaren van een verdrag nader te leren kennen. In de eerste plaats kan worden vastgesteld, dat in dit geval uitdrukkelijk rekening werd gehouden met de wilsovereenstemming van alle verdragspartijen en dat de vroegere verdragspartijen aan de herziening van de overeenkomst deelnamen. De sluiting van een nieuw akkoord is een hypothese, die niet vooropgesteld werd in het door Moore aangehaald geval.

Het Protocol van Londen deelt ook duidelijk de oorzaak mede van de verdragsaanpassing. Deze is niet gesteund op een onmogelijkheid van uitvoering maar op het feit, dat de bepalingen van de Akte van Wenen hun bestaansoorzaak verloren hebben. Zij hadden voor doel het politiek evenwicht te waarborgen, doch door de gewijzigde politieke omstandigheden in de Lage Landen gaf het vroeger akkoord juist niet meer de waarborg van collectieve veiligheid, die door de afgevaardigden der mogendheden in 1815 door de overeenkomst werd bedoeld. In twee verschillende opzichten heeft men derhalve in het Protocol van Londen een andere toepassing van de exceptie op het beginsel « pacta sunt servanda ».

Een ander voorbeeld treft men aan in de nota van de Franse regering van 4 november 1863, die aan alle grote Europese mogendheden werd gestuurd (20). In de Duitse Confederatie waren belangrijke spanningen ontstaan. Met het inzicht een bemiddeling te kunnen verwezenlijken werd in voornoemde nota voorgesteld een conferentie samen te roepen betreffende de verdragsregelingen, die werden aangenomen tijdens de Conferentie van Wenen in 1815. De Staten van het Europees Concert zijn op deze uitnodiging niet ingegaan. Het onderling wantrouwen was te groot. Het is echter van belang, dat de gewijzigde omstandigheden, die in de nota werden ingeroepen, geen aanleiding gaven tot het unilateraal verbreken der verdragen maar beschouwd werden als een reden tot herziening der verdragen met de instemming van alle vroegere verdragstaten.

Men treft echter een unilaterale toepassing aan in de Russische diplomatieke nota van 13 oktober 1870. Door de Frans-Duitse oorlog van 1870 beweerde de Russische regering, dat de collectieve veiligheid in Europa niet meer gewaarborgd was door de vroegere verdragen. Een reeks verplichtingen, die voortsproten uit het Vredesverdrag van Parijs van 30 maart 1856 werden opgezegd. Door artikel 11 was de Zwarte Zee geneutraliseerd geworden. Er was alleen een vrije vaart voorzien geworden voor koopvaardijschepen. In artikel 13 hadden Turkije en Rusland de verplichting op zich genomen geen militaire opslagplaatsen op de oevers in te richten. Aan beide verdragstaten waren door artikel 14 ook vlootbeperkingen opgelegd geworden (21). De Russische nota bevatte de unilaterale opzeg van deze verbintenissen. De Russische regering riep in, dat het Vredesverdrag van Parijs van 1856 geen waarborg meer was voor de veiligheid en de onafhankelijkheid van haar grondgebied. Het unilateraal verbreken van de overeenkomst was duidelijk gemotiveerd aan de hand van het recht op zelfbehoud (22).

Deze unilaterale opzeg werd echter op protest onthaald. In hun antwoorden namen de andere verdragstaten niet aan, dat Rusland het recht had tot opzeg over te gaan. Wegens de gewijzigde omstandigheden riepen zij echter toch een conferentie samen te Londen, in het begin van het jaar 1871. Op 17 januari 1871 werd een protocol ondertekend, waarin de mogendheden aannamen, dat geen enkele Staat het recht had een verdrag niet meer uit te voeren zonder de toestemming van de andere verdragstaten. « Les puissances, luidt de tekst, reconnaissent que c'est un principe essentiel du droit des gens qu'aucune d'elles ne peut se délier des engagements d'un traité ni en modifier les stipulations qu'à la suite de l'assentiment des parties contractantes, au moyen d'une entente amicale ». Tijdens dezelfde conferentie werd op 13 maart 1871 een verdrag gesloten, waardoor praktisch de Russische eisen werden ingewilligd. Het juridisch statuut van de Zwarte Zee werd herzien. Oorlogsvloten kregen toegang in vredestijd met toelating van Turkije (art. 2). De artikelen 11, 13 en 14 van het Vredesverdrag van Parijs van 1856 werden opgeheven (23).

De omstandigheden van dit geval en het aangehaalde protocol wijzen zeer duidelijk op het feit, dat geen unilaterale opzeg als rechtmatig werd erkend. Het protocol van 17 januari 1871 is trouwens in zeer algemene termen opgesteld alsof de verdragstaten een algemene regel van volkenrecht hebben willen formuleren (24). Het zou echter naar ons oordeel een vergissing zijn te denken, dat dit protocol voor doel had een regel vast te stellen, waardoor de verdragstaten zich ook voor de toekomst wensten te binden. De algemene bewoordingen, die in deze akte gebruikt werden, zijn veel meer te verklaren door het feit, dat men in de tekst ook een soort protest heeft willen uitdrukken tegen de handelwijze van de Russische regering (25).

Het overzicht van de diplomatieke praktijk van de 19e eeuw kan niet worden afgesloten zonder dat gewag wordt gemaakt van het Incident van Batoem. Door artikel 59 van het Verdrag van Berlijn van 13 juli 1878 moest Rusland een vrije handelshaven inrichten. In een nota van 3 juli 1886 werd door de Russische regering medegedeeld, dat zij de voornoemde clausule niet meer zou naleven. Wel werd in de nota beroep gedaan op de gewijzigde omstandigheden, doch het voornaamste argument bleek te bestaan in de interpretatie van de verdragstekst. In de aangehaalde diplomatieke nota werd ook beweerd, dat artikel 59 niet als een contractueel beding moest worden beschouwd maar als een declaratie, die vrijwillig door Rusland werd afgelegd tijdens de Conferentie van Berlijn. Rusland zou dan ook unilateraal het recht hebben gehad deze clausule niet langer meer uit te voeren. Alleen Groot-Brittannië heeft tegen de Russische nota geprotesteerd. De andere Europese mogendheden hebben zich bij dit protest niet aangesloten (26). Het ingeroepen motief is vooral gesteund op een interpretatie van het Verdrag van Berlijn. De gewijzigde omstandigheden blijken slechts een bijkomende beschouwing te zijn geweest.

Er moet ook nog melding worden gemaakt van de Russische nota, die ingediend werd op de Vredesconferentie van Den Haag van 1899, waarin de clausule «rebus sic stantibus» als een algemene regel van volkenrecht wordt voorgesteld (27).

Het overzicht van de diplomatieke praktijk van de 19e eeuw laat ons toe tot verschillende besluiten te komen. De gewijzigde omstandigheden en de clausule worden wel aanvaard (28). De kriteria van de praktijk komen ook voor in de doctrine. Nu eens wordt beroep gedaan op zelfbehoud, in andere gevallen wordt ingeroepen, dat het doel van het verdrag niet meer verwezenlijkt wordt. Eigenlijk zijn deze twee motieven verschillende aspecten van één en dezelfde oorzaak. In de twee gevallen is de uitvoering van het verdrag door de gewijzigde omstandigheden volkomen in strijd met de oorspronkelijke bedoeling, die de partijen hadden bij de sluiting. Dit lijkt ons dan ook het enig kriterium dat door de praktijk bevestigd wordt en dat in de rechtsleer kan worden aangenomen. De clausule kan rechtmatig worden aangewend, wanneer door de gewijzigde omstandigheden, de uitvoering van het verdrag niet meer overeenstemt met de bestaansoorzaak, die de partijen bij de sluiting wensten na te streven. Het is wel degelijk door de wilsovereenkomst der partijen, dat de clausule moet verklaard worden. De Theorie van het Stilzwijgend

Beding komt ons zelfs als overbodig voor. Men hoeft immers op deze fictie geen beroep te doen om te kunnen aannemen, dat de overeenkomst heeft opgehouden te bestaan, wanneer haar bestaansoorzaak vervalt.

Een niet minder belangrijke vaststelling kan worden gedaan betreffende de modaliteit van de opzeg. De diplomatieke praktijk wijst duidelijk aan, dat bij het inroepen der exceptie op het «pacta sunt servanda» rekening wordt gehouden met de opvatting der andere verdragspartijen. Hun instemming werd niet altijd als een voorwaarde beschouwd. Men gaf echter toch steeds alle aandacht aan de opinie der andere verdragspartners om te voorkomen, dat zij het inroepen der clausule zouden beschouwen als een wederrechtelijke handeling, die een ontduiking der verdragsverplichtingen voor doel zou hebben. Naar ons oordeel moet daaruit worden besloten, dat bij voorkeur een verdragsaanpassing met de instemming van alle verdragstaten zal geschieden. Indien dit niet gebeurt, zal de verdragstaat, die tot opzeg overgaat, duidelijk laten blijken op welke gronden de vervallenverklaring steunt. Dat voorafgaandelijke multilaterale raadplegingen en besprekingen geen voorwaarde zijn voor het inroepen der clausule blijkt ook uit een vonnis, dat geveld werd door de Zwitserse Federale Rechtbank op 17 februari 1882, waarin werd aangenomen: «... il ne fait pas de doute que les traités peuvent être dénoncés unilatéralement par la partie qui a assumé une obligation si leur continuation est incompatible avec ses intérêts vitaux en tant que communauté indépendante ou avec ses buts fondamentaux, ou encore, s'il est intervenu une modification des circonstances qui d'après l'intention apparente des parties à l'époque de la création de la servitude, constituait une condition tacite de son maintien» (29). Er kan trouwens ook worden opgemerkt, dat de kriteria van de rechtspraak overeenstemmen met deze van de diplomatieke praktijk.

4. *De Controverses in de Rechtsleer van de 20e Eeuw.*

In de 20e eeuw zijn de auteurs het veel minder eens over het bestaan der clausule. In de 19e eeuw waren de meningen hoofdzakelijk verschillend over de theoretische verklaring en over de kriteria naar dewelke de clausule rechtmatig moest worden aangewend.

In de meer recente rechtsliteratuur wordt vaak het bestaan zelf van de exceptie betwist. De theoretische verklaringen zijn trouwens ook veel meer uiteenlopend geworden.

Sommige internationalisten verdedigen nog de opvatting, dat het beginsel «rebus sic stantibus» een stilzwijgend beding is (30). Anderen doen beroep op het recht op zelfbehoud. Wanneer de uitvoering van het verdrag het behoud zelf van de verdragstaat in gevaar zou brengen, zal het niet langer meer moeten nageleefd worden (31). Naar een andere opvatting is de clausule een gevolg van de goede trouw, die nodig is voor de rechtmatige uitvoering der verbintenissen. Zij betekent, dat het strijdig zou zijn met deze goede trouw om van de andere verdragspartij de naleving te eisen van de overeenkomst voor toestanden, die bij haar ontstaan door de partijen niet werden voorzien (32).

Een aantal auteurs heeft ook getracht een verklaring te vinden voor de clausule aan de hand van een analogie met het Frans administratief recht. In de Franse doctrine (33) en in de administratieve rechtspraak (34) kende men «la théorie de l'imprévision». Daardoor worden de contracten, die gesloten worden met de overheidsinstellingen niet langer meer als bindend beschouwd, wanneer door onvoorziene omstandigheden de uitvoering zeer moeilijk wordt gemaakt. In dit geval kunnen beide partijen overgaan tot de herziening van het contract en eventueel kan de administratieve jurisdictie tussenkomen met een rechterlijke beslissing, indien de contractanten geen volledige wilsovereenstemming bereiken.

Deze theoretische verklaring van het «rebus sic stantibus» beginsel zou in het volkenrecht het groot voordeel hebben, dat in ieder geval een unilaterale opzeg onrechtmatig wordt. Doordat het een extracontractueel karakter krijgt, zijn de partijen gehouden zich tot een jurisdictie te wenden indien zij geen akkoord bereiken over een verdragsaanpassing (35). De transplantatie van een nationaal rechtsbeginsel naar het volkenrecht is echter vrij moeilijk te aanvaarden. Dit is des te meer het geval omdat in het internationaal publiek recht geen verplichte en georganiseerde jurisdictie bestaat. Om deze reden zijn wij van oordeel, dat deze theorie op de clausule niet kan toegepast worden.

Voor een belangrijk aantal auteurs komen de toepassingen neer op gevallen, waarin de oorzaak zelf van de overeenkomst door de gewijzigde omstandigheden verdwenen is. De politieke en de sociale druk van de feiten laten niet toe het verdrag nog langer uit te voeren. Het is een inherente vorm van het verdragsrecht, dat bij het verval der bestaansoorzaak de akkoorden ook hun gelding verliezen (36).

Deze mening komt trouwens overeen met het besluit dat getroffen werd uit de ontleding van de praktijk in de 19e eeuw.

Sommige auteurs verwijzen ook naar het comparatief recht (37). Anderen geven een enge interpretatie aan de wilsovereenkomst der partijen, die de grondslag van de clausule zou uitmaken. Volgens hen kan zij slechts worden ingeroepen indien het blijkt, dat de partijen deze voorwaarde van ontbinding werkelijk hebben gewild bij de sluiting (38).

Ten slotte zijn er ook een aantal auteurs, die de voorkeur geven aan de rechtszekerheid en de toepassingen van de clausule in het verdragsrecht trachten uit te sluiten (39). Voor Kelsen is de clausule in strijd met één der essentiële regels van het volkenrecht. Het heeft geen zin verdragen te sluiten, wanneer men bij de gewijzigde omstandigheden geen rekening houdt met het «pacta sunt servanda». Voor hem zijn de gevallen waarin de clausule werd ingeroepen zeldzaam en dan nog zijn zij wederrechtelijk. Een vergelijking met een regel uit het comparatief recht gaat naar zijn mening ook niet op. In de nationale rechtssystemen bestaan immers verplichte jurisdicties, die de stabiliteit der overeenkomsten kunnen handhaven. In het volkenrecht komt dit echter niet voor en daarom moet de regel «pacta sunt servanda» steeds de bovenhand behouden (40).

Ook voor Lauterpacht is de clausule «rebus sic stantibus» maar een politiek principe met een pseudojuridische benaming en de regel «pacta sunt servanda» moet steeds overwegen. Hij geeft echter toe, dat in het comparatief recht wel een beginsel wordt gevonden als overmacht of onmogelijkheid van uitvoering, doch men dient zeer voorzichtig te zijn met het toepassen van deze begrippen in het volkenrecht. Volgens hem kunnen de gewijzigde omstandigheden alleen maar een uitzondering toelaten op het principe «pacta sunt servanda» wanneer de partijen duidelijk een verdrag sloten met het oog op bepaalde omstandigheden en

dat deze laatste opgehouden hebben te bestaan. Meestal is echter de clausule ingeroepen om op wederrechtelijke wijze de verdragsbanden te verbreken (41).

Barthélémy en Brierly betwisten eigenlijk het bestaan der clausule niet maar zij zijn van mening, dat zij veel te veel aanleiding kan geven tot misbruiken. Voor het behoud der rechtszekerheid zou het aldus wenselijk zijn haar niet meer aan te wenden (42).

Het is opvallend, dat in de recente rechtsliteratuur de clausule veel meer kritisch werd onderzocht dan in de 19e eeuw. Men kan het dan ook als normaal beschouwen, dat de theoretische verklaringen meer uiteenlopen en talrijker zijn geworden. Bij een aanzienlijk aantal internationalisten kan tevens een meer negatieve opvatting worden vastgesteld, waardoor men tracht het toepassingsveld enger te maken. Bij enkelen wordt zelfs de rechtmatigheid der clausule ontkend of in twijfel getrokken. Een groot deel der huidige doctrine is aldus dichter bij de mening van Bynkershoek gekomen. Men kan nochtans niet beweren, dat de hedendaagse schrijvers door hem werden beïnvloed. Persoonlijk hebben wij eerder de indruk, dat de negatieve tendens in de huidige rechtsliteratuur een gevolg is van de algemene afkerigheid, die zich heden voordoet betreffende iedere rechtsregel, die vermoed wordt de weergave te zijn van het absolute soevereiniteitsrecht en de unilaterale beschikkingsrechten van de Staat.

De procedures en de beperkingen van de toepassingen der clausule die in de recente praktijk voorkomen blijken echter niet naar ons oordeel te liggen in een gewijzigde theoretische grondslag, die zou afwijken van wat uit de diplomatie der 19e eeuw kan worden afgeleid. Uit de verder aangehaalde gevallen kan moeilijk iets anders worden geconcludeerd dan het bestaan der clausule met de grondslag, die reeds werd beschreven. Haar toepassingsveld wordt echter wel beperkter in de hedendaagse internationale betrekkingen. Dit is echter niet het gevolg van een verandering der clausule zelf, maar wel van de algemene evolutie, die het volkenrecht doormaakt. Minder en minder treden Staten unilateraal op. Het volkenrecht krijgt een meer institutioneel karakter. De belangrijke beslissingen worden steeds meer getroffen in internationale organen. Deze ontwikkelingstendens heeft ook haar gevolgen voor de clausule. Men kan inderdaad vaststellen dat haar toepassingen in de 20e eeuw veel meer aan bepaalde procedures worden onderworpen. Daarom hoeft nog niet te worden verondersteld, dat de wijze waarop zij werd aangewend in de 19e eeuw helemaal verdwenen is. De rechtsontwikkeling gebeurt gewoonlijk niet zo plotseling. Meestal komen naast de reeds bestaande normen nieuwe regelingen te voorschijn van dewelke alleen kan verondersteld worden, dat zij in de toekomst de overhand zullen behalen. De clausule « rebus sic stantibus » is op dit gebied geen uitzondering.

5. *Diplomatieke Praktijk in de 20e Eeuw.*

Nog tal van voorbeelden kunnen uit de 20e eeuw worden aangehaald, waarbij een verdragspartij op analoge wijze is opgetreden als in de reeds beschreven diplomatieke precedenten.

In een nota van 5 oktober 1908 werd door de Oostenrijkse regering medegedeeld, dat artikel 25 van het Verdrag van Berlijn van 1878 niet langer meer kon worden aangehouden. Door deze verdragsclausule had Oostenrijk een recht van beheer verkregen op Bosnië-Herzegovina. In voornoemde nota werd er op gewezen, dat de regering van Wenen haar bestuurlijke en culturele taak niet kon uitvoeren, indien zij geen soevereiniteitsrechten op het gebied kon laten gelden. Tevens werd het akkoord der Europese mogendheden gevraagd over de afschaffing van dit artikel 25. In hun respectievelijke antwoorden hebben de Duitse, Franse, Russische en Britse regeringen hun instemming betuigd (43).

Een ander voorbeeld treft men aan in de declaratie van 22 september 1908 betreffende de onafhankelijkheid van Bulgarije (44). Naar artikel 1 van het Verdrag van Berlijn van 1878 was een vazaliteitsverhouding ontstaan tussen dit land en Turkije. In voornoemde proclamatie werd ook ingeroepen, dat deze verdragsclausule van de Akte van Berlijn niet langer meer kon worden aangehouden. Bulgarije had een graad van ontwikkeling bereikt, waardoor het zijn rang kon innemen tussen de andere onafhankelijke Staten. Deze nieuwe rechtstoestand en de statenopvolging werden vervolgens geregeld door het Bulgaars-Turks Verdrag van 19 april 1909.

De opzeg van het Servo-Bulgaars Alliantieverdrag van 29 februari 1912 heeft een minder gelukkige afloop gehad. Met het oog op de nakende oorlog met Turkije hadden beide verdragstaten een territoriale regeling getroffen, waardoor bij voorbaat bepaalde gebiedscessies reeds bedongen werden. Bij een overwinning zou Servië gebiedsuitbreiding hebben bekomen langs de Dalmatische Kust. Na het einde van de eerste Balkanoorlog bleken Oostenrijk en Italië zich tegen deze annexatie te verzetten. Wegens deze gewijzigde politieke omstandigheden vroeg Servië een herziening aan van het Alliantieverdrag. Bulgarije weigerde echter daarop in te gaan. Dit is dan ook een van de voornaamste aanleidingen geweest van de Tweede Balkanoorlog. Dit blijkt o.m. uit de Bulgaarse diplomatieke nota van 19 juni 1913 betreffende de uitvoering van het voornoemd verdrag (45).

In dit geval werd niet overgegaan tot verdragsaanpassing, ofschoon naar de andere reeds aangehaalde voorbeelden, bij gewijzigde omstandigheden de vroegere verdragstaten onderhandelingen voerden. Het ware ongetwijfeld meer verantwoord geweest indien Bulgarije, wegens de gewijzigde politieke toestand tot onderhandelingen was overgegaan.

Een ander voorbeeld van unilaterale verbreking heeft betrekking op Opper-Mongolië. Op 5 november 1913 werd een Russisch-Chinees verdrag gesloten, waardoor aan dit gebied een belangrijke autonomie werd toegekend. Op 22 november 1919 ging China echter over tot de opzeg van dit verdrag, wegens de politieke veranderingen die zich in Rusland hadden voorgedaan. Dit gaf echter aanleiding tot een Russische militaire actie in Mongolië. Daardoor werd een andere Mongoolse regering aangesteld, waarmede de Sovjet-Unie een verdrag van erkenning sloot op 5 november 1921 (46). Ook hier gaf het unilateraal optreden aanleiding tot een gewapende tussenkomst.

Een belangrijk aantal precedenten heeft zich voorgedaan in deze eeuw betreffende de opheffing der capitulaire verdragen. Deze verdragen werden reeds gesloten in de Middeleeuwen. Zij hadden voor doel de vreemdelingen te onttrekken aan de jurisdicties van de verblijfstaat. Turkije sloot dergelijke akkoorden o.m. met Venetië in 1454, met Frankrijk in 1535 en met Groot-Brittannië in 1583. In de 18e en 19e eeuw werden praktisch met alle Staten van het Midden en het Verre Oosten een aanzienlijk aantal van deze overeenkomsten tot stand gebracht (47). Talrijke capitulaire verdragen vervielen door omstandigheden, die geen betrekking hebben op de clausule «rebus sic stantibus». Voor Roemenië, Servië, Bulgarije en Grie-

kenland werden de capitulaire voorrechten opgeheven door hun onafhankelijkheidswording. Voor andere gebieden vervielen zij omdat het land geannexeerd werd of onder protectoraat of onder mandaat werd gesteld. Dit was nl. het geval voor Algerije, Syrië, Libanon, Ethiopië, Tripolitanië, Palestina, Jordanië, Irak en Zanzibar (46).

De clausule «rebus sic stantibus» heeft echter wel toepassing gevonden voor het opheffen van het capitulair regime in bepaalde Staten. Turkije had reeds in 1911 en in 1914 zijn inzicht te kennen gegeven de capitulaire voorrechten af te schaffen. Dit werd o.m. gemotiveerd door de ontwikkeling van het land, waardoor de capitulaire jurisdicties overbodig waren geworden. Italië had reeds in artikel 8 van het Italiaans-Turks Verdrag van 15 oktober 1912 de gegrondheid van de Turkse stelling erkend. Oostenrijk was reeds tot dezelfde principiële erkenning overgegaan in het akkoord, dat met Turkije werd gesloten op 26 februari 1909. In deze diplomatieke akten werd ook aangenomen, dat een Europese conferentie zou moeten gehouden worden om geheel het capitulair stelsel te herzien (49). Tijdens de vredesonderhandelingen zijn de Geallieerden het standpunt van Turkije bijgetreden. Door artikel 28 van het Vredesverdrag van Lausanne van 24 juli 1923 werden dan ook de capitulaire voorrechten afgeschaft (50).

Voor China kan een gelijkaardige verdragsontwikkeling worden vastgesteld. In verschillende akkoorden werd het verval van de capitulaire rechten in het vooruitzicht gesteld, wanneer de omstandigheden zich zouden wijzigen en een aangepaste Chinese jurisdictionele inrichting zou tot stand gekomen zijn. Dergelijke bepalingen kwamen voor in artikel 12 van het Chinees-Brits handelsverdrag van 1902, in artikel 15 van het handelsakkoord dat gesloten werd met de Verenigde Staten in 1903 en in artikel 11 van het Chinees-Japans commercieel verdrag, dat hetzelfde jaar werd ondertekend.

Slechts na de Eerste Wereldoorlog werden de eerste belangrijke besprekingen gevoerd. Wegens de oprichting van de Chinese Republiek en de gewijzigde politieke toestand werd tijdens de Conferentie van Washington van 1922 aangenomen, dat de exterritoriale jurisdictionele rechten zouden afgeschaft worden indien de Chinese rechterlijke organisatie zou worden heringericht. Een onderzoekscommissie werd aangesteld om de belanghebbende mogendheden voor te lichten over de Chinese rechtsmacht. Het in 1926 uitgebracht rapport was vrij gunstig, doch er werden nog bijkomende hervormingen als wenselijk voorgesteld. In een memorandum van 18 december 1926 verklaarde Groot-Brittannië zich echter toch bereid om zijn bestaande verdragsrechten aan te passen. Nadat zich met België een incident had voorgedaan wegens het unilateraal optreden van China, werd ook een wijziging der verdragsrechten verwezenlijkt door een op 22 november 1928 ondertekend akkoord. Dergelijke regelingen ontstonden ook met Spanje op 27 december 1928, met Italië op 27 november 1928, met Portugal op 19 december 1928, en met Denemarken op 12 december 1928 (51). De afschaffing der capitulaire rechten is voor China dus niet gebeurd door middel van een belangrijk multilateraal verdrag maar door een reeks afzonderlijk gesloten bilaterale akkoorden.

Voor Egypte had Groot-Brittannië zich sedert 1882 verantwoordelijk verklaard voor de bescherming van de rechten der vreemdelingen. Na de Eerste Wereldoorlog werden langdurige onderhandelingen gevoerd voor de afschaffing der capitulaire rechtsmacht. Langs Britse zijde werd aangenomen, dat de afschaffing zich opdrong door de gewijzigde rechterlijke organisatie van het land. Uiteindelijk kwam een regeling tot stand in het Brits-Egyptisch Bijstandsverdrag van 26 augustus 1936 (52).

Na de Eerste Wereldoorlog werd door Noorwegen eveneens beroep gedaan op de gewijzigde omstandigheden. Door het verdrag van 2 november 1907 hadden Duitsland, Frankrijk, Groot-Brittannië en Rusland de onafhankelijkheid van Noorwegen gewaarborgd (art. 2), terwijl dit laatste geen cessies van zijn grondgebied mocht toestaan aan gelijk welke andere Staat (art. 1). In juli 1922 verklaarde de Noorse regering, dat de verdragsverplichting als vervallen mocht worden beschouwd door de gewijzigde politieke machtsverhoudingen in de Baltische Zee. De Finse Republiek was ontstaan, Rusland had een groot deel van zijn bezittingen in dit gebied verloren, en de ondertekening van het Vredesverdrag van Versailles waren voldoende om, naar het standpunt der Noorse regering, de Noorse onafhankelijkheid te waarborgen. Ofschoon de opzeg unilateraal was gebeurd, werden toch diplomatieke nota's uitgewisseld op 8 januari 1924, waarbij de andere verdragstaten hun goedkeuring verleenden. Achteraf gaf ook de Sovjet-Unie haar instemming (53).

Door het Verdrag van Genève van 20 oktober 1921 werd de demilitarisatie der Aland-eilanden bedongen door Zweden en Finland. Wegens de heersende spanning in Europa werd in een nota van 21 Januari 1939 aan de andere verdragstaten medegedeeld, dat beide verdragspartijen het Verdrag van Genève als vervallen beschouwden. Er zijn echter geen diplomatieke onderhandelingen gebeurd, die toelieten tot een gewijzigd akkoord te komen (54).

Na de tweede Wereldoorlog zijn er ook nog toepassingen voorgekomen. Op 21 en 22 augustus 1955 werden Franse officieren door de Vietnamese autoriteiten aangehouden en naar de jurisdictie van Vietnam verwezen. De Franse regering protesteerde tegen deze aanhoudingen en riep een bilaterale overeenkomst in volgens dewelke de Franse militaire rechtsmacht uitsluitend bevoegd was voor de rechtsvervolging. Volgens de Vietnamese regering waren de vroegere akkoorden vervallen door de soevereiniteitsoverdracht en het gewijzigd politiek regime. De Franse staatssecretaris ontkende in een declaratie van 20 oktober 1955 niet, dat verdragen door gewijzigde omstandigheden vervallen, doch hij veroordeelde de unilaterale opzeg (55).

Ofschoon geen officiële documenten ter beschikking zijn, kan toch een zeer interessant en recent geval worden medegedeeld, dat alleen bekend werd gemaakt door de pers. Op 3 maart 1960 werd door Zweden een nota gericht aan de Sovjet-Unie betreffende het Zweeds-Russisch handelsakkoord van 1924, waarin een meestbegunstigingsclausule voorkwam. Naar het Russisch standpunt zou deze clausule ook nog uitwerking hebben gehad wanneer de Europese Vrijhandelszone van kracht was geworden. In het Zweedse antwoord zou echter, bij een ontkenning, aangevoerd geworden zijn, dat de omstandigheden grondig gewijzigd waren betreffende deze clausule en zij zeker niet kon toegepast worden in verband met nieuwe regionale economische structuren (56).

De bekende gevallen uit de diplomatieke praktijk der 20e eeuw verschillen niet van de reeds beschreven precedenten uit de 19e eeuw. Het hierboven aangehaalde studiemateriaal laat duidelijk toe te besluiten, dat de verdragsbreuk zich ook hier telkens voordeed wanneer de « ratio juris » der overeenkomst, die de partijen bij de sluiting op het oog hadden, verdwenen is. Tevens kan nog steeds de overwegende tendens worden vast-

gesteld de clausule niet door een unilateraal optreden toe te passen. In de meeste beschreven gevallen wordt overgegaan tot diplomatieke onderhandelingen. In enkele gevallen gebeurde de opzeg wel op unilaterale wijze, doch de verdragstaat, die overging tot deze rechtshandeling, verzocht na de notificatie van zijn standpunt toch om de instemming der andere verdragspartijen. Voor de Tweede Balkanoorlog en voor het Chinees-Russich conflict aangaande Mongolië is dit niet gebeurd en de verdragsbreuk gaf aanleiding tot militair optreden. Deze gevallen zijn zeker in strijd met de overwegende tendens, die blijkt uit de beschreven precedenten. Zij vormen aldus uitzonderingen. Juist zoals in de 19e eeuw zal op zijn minst telkens duidelijk worden aangetoond aan de verdragspartijen, door middel van diplomatieke notificaties, op welke gronden men bepaalde verdragsclausules niet meer als geldig erkent, zodat de mogelijkheid tot diplomatieke onderhandelingen steeds open blijft.

6. *De Rechtspraak in de 20e Eeuw.*

In de 20e eeuw zijn verschillende rechterlijke procedures voorgekomen waarbij beroep werd gedaan op de clausule. De internationale jurisdicties hebben echter een duidelijke aarzeling getoond om zich over de grond en de toepassingsmogelijkheden op een principiële wijze uit te spreken.

Het Permanente Hof van Internationale Justitie had met het bestaan der clausule rekening te houden in het Geval der Nationaliteitsdecreten voor Tunis en Marokko. De oorsprong van het geschil lag in de Franse nationaliteitsdecreten van 8 november 1921, waardoor personen wier ouders ook in Tunis en Marokko geboren waren « ex lege » genaturaliseerd werden. Groot-Brittannië protesteerde tegen deze naturalisaties en deed daarbij beroep op het Brits-Marokkaans verdrag van 9 december 1856 en het Brits-Tunesisch verdrag van 19 juli 1875. Door deze akkoorden ondergingen de Britse onderdanen geen nationaliteitswijzigingen. Volgens de Franse thesis waren beide verdragen vervallen door de rechtscheppende bevoegdheid, die Frankrijk in deze gebieden uitoefende sedert zij onder protectoraat werden geplaatst.

In het daarover uitgebracht advies van 7 februari 1923 is het Hof zeer voorzichtig geweest. Het heeft geen radicaal standpunt over het verval der verdragen ingenomen. Wel impliceerde de uitgebrachte mening van het Hof, dat het een geschil gold betreffende de geldigheidsduur der verdragen en dat een dergelijke aangelegenheid niet tot de uitsluitende rechtsbevoegdheid van één der partijen behoorde (57).

In het Geval der Vrije Zones kreeg het Hof opnieuw de gelegenheid een toepassing van de clausule te beoordelen. Frankrijk betwistte de noodzaak nog langer de vrije douanezones aan te houden, die aan zijn grens in 1815 werden gevestigd ten voordele van het gebied van Genève. Volgens de Franse thesis was de toestand volkomen gewijzigd geworden. Het gebied was geïndustrialiseerd en opgenomen in het Zwitsers tolsysteem, zodat de commerciële bescherming die vroeger werd toegestaan, niet meer nodig bleek. De Zwitserse opvatting negeerde de verbreking der verdragen niet wegens gewijzigde omstandigheden maar er diende in dergelijke gevallen te worden overgegaan tot diplomatieke onderhandelingen met het oog op een verdragsaanpassing. In zijn arrest van 7 juni 1932 nam het Hof aan dat de Franse regering niet bewezen had, dat er vitale en fundamentele wijzigingen hadden plaatsgegrepen. Het Hof sprak zich echter niet uit over de rechtsgrond der clausule en ook niet over de vraag naar de verplichte bilaterale regeling. Alleen in de dissidente opinies werd daarover een standpunt ingenomen. Volgens een der rechters was de bilaterale herziening wel noodzakelijk. De Franse rechter « ad hoc » was echter de tegenovergestelde mening toegedaan (58).

In het reeds aangehaald geval waarin China de capitulaire overeenkomst met België opzegde, werd door de Belgische regering ook een procedure ingeleid bij het Hof. De twee betrokken Staten hadden het artikel 36 van het Statuut van het Hof aanvaard, waardoor zij de verplichte rechtspraak hadden aangenomen voor juridische geschillen. Doordat beide partijen achteraf, op 22 november 1928, een nieuw akkoord sloten, kon de zaak op 25 mei 1929 van de rol worden geschrapt en diende het Hof geen uitspraak te doen over het geschil (59).

Bepaalde scheidsrechterlijke sententies werden in verband met de gewijzigde omstandigheden uitgebracht. Een geschil betreffende de uitvoering van een spoorwegconcessie, waarbij Joego-Slavië betrokken was, werd door de Raad van de Volkenbond verwezen naar een arbitraal college, bestaande uit de rechters Guerrero, Mayer en Politis. De Raad was daarbij opgetreden in uitvoering van artikel 304 van het Vredesverdrag van Trianon. Volgens deze verdragsclausule moesten de geschillen, die zouden voorkomen tussen de geconcedeerde maatschappijen en Joego-Slavië aan een scheidsrechterlijke regeling onderworpen worden, indien zij niet door onderhandelingen werden opgelost. De betwisting had betrekking op de kriteria voor de raming van vergoedingen, die wel in de concessies voorkwamen, doch inmiddels sterk gewijzigd werden door de muntschommelingen. In het scheidsrechterlijk vonnis van 5 oktober 1934 werd aangenomen, dat de regelingen, die voorkwamen in de overeenkomst konden gewijzigd worden, omdat zich inmiddels omstandigheden hadden voorgedaan, die de partijen op het ogenblik van de sluiting niet konden voorzien (60).

In een ander arbitraal vonnis, dat geveld werd door de President van de Zwitserse Federale Rechtbank en dat eveneens handelde over de verbreking van een concessie, werd aangenomen, dat de clausule « rebus sic stantibus » een gevolg was van de goede trouw waarmede de partijen de overeenkomst moesten uitvoeren (61).

Het overzicht der jurisprudentie kan ook niet worden afgesloten zonder dat verwezen wordt naar de enkele gevallen, die door nationale rechtsinstanties werden beoordeeld.

In 1923 deed een Russische onderdaan bij de Zwitserse Federale Rechtbank beroep op het Verdrag van Den Haag van 17 juli 1905 betreffende de burgerlijke procedure, dat door Zwitserland en Rusland ondertekend werd. Volgens deze overeenkomst meende hij aanspraak te mogen maken op een vrijstelling van de « cautio judicatum solvi ». De Rechtbank oordeelde echter, dat de verdragsverhoudingen tussen Zwitserland en de Sovjet-Unie in dit opzicht niet langer meer bestonden. Door de gewijzigde politieke omstandigheden bestonden nog geen diplomatieke betrekkingen met de regering van de Sovjet-Unie en men had ook geen zekerheid, dat deze het bedoeld Verdrag van Den Haag zelf nog langer zou erkennen. In de motieven werd het beginsel « rebus sic stantibus » ingeroepen (62).

In een analoog geval werd door de Rechtbank van Koophandel van St. Etienne aan een Italiaanse onderdaan de vrijstelling van borgstelling geweigerd. In 1936 waren sancties tegen Italië getroffen en alle

kapitaalsuitwisselingen waren op het ogenblik der procedure verboden. De solvabiliteit in Frankrijk zelf moest aldus gewaarborgd zijn (63).

In de comparatieve rechtspraak aangaande het vreemdelingenrecht is het principe aldus ook toegepast geworden.

De internationale jurisprudentie biedt niet veel materiaal om besluiten te trekken over de grondslag der clausule en over de voorwaarden van haar rechtmatige toepassingen. Het feit echter, dat rechterlijke regelingen voorkwamen, waar geen nieuwe wilsovereenkomst tussen de partijen ontstond, pleit eens te meer tegen het unilateraal optreden van een verdragspartij. In twee rechterlijke beslissingen werd wel de wilsovereenkomst en de goede trouw aangewezen als grondslag van het beginsel.

7. *De Procedures voor de Aanpassing der Verdragen.*

De diplomatieke of arbitrale regeling, die overwegend werden aangewend bij de toepassingen der clausule, hebben toch nog steeds een inherent nadeel, dat bij heel veel rechtshandelingen van het volkenrecht voorkomt. Zolang de internationale gemeenschap geen verdere graad van juridische organisatie heeft bereikt, zullen tal van rechtsverhoudingen slechts ontstaan door de staatswil. Dit is ook opvallend voor de regeling die zich in de casuïstiek van het « rebus sic stantibus » beginsel voordoen. Wel kunnen de verdragspartijen tot diplomatieke onderhandelingen overgaan, doch geen enkele regel van volkenrecht houdt voor hen de verplichting in de door de tegenpartij gedane voorstellen te aanvaarden. Ook de rechtspraak heeft principieel nog steeds een willig karakter. Zelfs wanneer men aanneemt dat de clausule niet unilateraal kan ingeroepen worden en men tot overleg moet komen, hangt nog de uiteindelijke regeling af van de vrije wilsovereenkomst van de soevereine Staten.

Om dit nadeel te voorkomen, werden in de 20e eeuw meer preventieve, proceduriële bepalingen in de verdragen opgenomen, die zekere bij voorbaat getroffen maatregelen voorschreven, in verband met eventuele verdragsaanpassingen (64).

De onderhandelingen over gebeurlijke herzieningen werden voorgeschreven door artikel 34 van het Luchtvaartverdrag van Parijs van 1919 en artikel 8 van het Verdrag van Locarno. Artikel 21 van het Zeevaartverdrag van Washington van 6 februari 1922 verplicht de verdragstaten tot het houden van een bijzondere conferentie, wanneer één der verdragspartijen aan de anderen ter kennis brengt, dat zijn veiligheid in gevaar verkeert door gewijzigde omstandigheden in verband met het Verdrag (65). Artikel 21 van het Zeevaartverdrag van Londen van 22 april 1930 liet aan de verdragstaten toe af te wijken van de maatregelen betreffende de vlootbeperkingen, indien hun veiligheid in gevaar werd gebracht door de vlootbouw van een derde Staat (66). Artikel 26 van het Zeevaartverdrag van Londen van 25 maart 1936 bepaalde, dat indien een der verdragspartijen oordeelde, dat wegens gewijzigde omstandigheden moest afgeweken worden van de vooropgestelde programma's van vlootbouw, een notificatie moest worden gestuurd aan alle andere verdragstaten. Deze zullen dan overgaan tot consultatie en de afwijking kan worden toegestaan met de goedkeuring van alle andere verdragstaten (67). Een analoge regeling werd getroffen in het Brits-Duits Zeevaartverdrag van 18 juni 1935. De Duitse vloot werd beperkt tot 35 % van de Britse tonnemaat, doch de verhouding mocht op aanvraag van Duitsland worden herzien, indien zich door het optreden van derde Staten wijzigingen voordeden. Door uitbreiding van bouwprogramma's in te roepen in een diplomatieke nota van 19 december 1938 bekwam Duitsland deze herziening en onderhandelden de verdragstaten over de Duitse eis voor het bekomen van een pariteit op het gebied der duikboten (68).

Soms werden zelfs meer ingewikkelde procedures voorgeschreven. Dit was o.m. het geval met artikel 29 van het Verdrag van Montreux betreffende de doorvaart van de Dardanellen en de Bosphorus (69), dat ondertekend werd op 20 juli 1936. Het is slechts telkens na een periode van vijftien jaar, dat amendementen zullen mogen voorgesteld worden. Deze periodiciteit heeft natuurlijk voor doel een bepaalde stabiliteit aan het rechtsregime der zeeëngten te verlenen. Het voorstel van amendement moet echter ook nog door andere verdragspartijen ondersteund worden. Indien het ontwerp van wijziging betrekking heeft op artikel 14 betreffende de maximum tonnemaat der zeestrijdkrachten, die zich op een bepaald ogenblik bij wijze van doorvaart in de bedoelde zones mogen bevinden, of op artikel 18 dat de tonnemaat der vloten aanduidt, die de niet-oeverstaten in de Zwarte Zee mogen laten varen, moet het door ten minste één andere verdragstaat gesteund zijn. Wanneer het betrekking heeft op een der andere verdragsclausules moet het gesteund worden door twee andere verdragstaten. De vraag tot herziening moet met de instemming der Staten, die ze steunen, genotificeerd worden aan alle andere verdragspartijen, binnen de termijn van drie maanden vóór het verloop van de periode van vijftien jaar. De aanvraag moet tevens gemotiveerd worden. Indien door diplomatieke onderhandelingen geen akkoord wordt bereikt over het voorstel, zal een bijzondere conferentie worden samengeroepen. De beslissingen, die in deze bijzondere bijeenkomst zullen getroffen worden over het ontwerp van herziening, moeten met eenparigheid worden gestemd, met uitzondering van de amendementen op de artikelen 14 en 18. Voor deze laatste zullen de drie vierden der stemmen volstaan. In deze meerderheid moeten de drie vierden der stemmen voorkomen der oeverstaten en in ieder geval moet de goedkeuring bekomen worden van Turkije.

De amendementsclausule van het Verdrag van Montreux geeft ons aldus reeds een voorbeeld, waarbij men kan vaststellen, dat men tot een harmonisatie is willen komen, tot een rechtsstabiliteit en de mogelijkheid van een regelmatige aanpassing. Tevens illustreert zij het groot probleem, dat telkens opduikt bij de herziening der verdragen. Wij wezen er reeds op, dat zelfs indien men de noodzakelijkheid aanvaardt tot diplomatieke onderhandelingen of tot arbitrage over te gaan bij het inroepen der gewijzigde omstandigheden, de oplossing in laatste instantie nog steeds afhangt van de wil der verdragstaten. Dit betekent, dat alle verdragstaten hun akkoord met de wijziging moeten betuigen. Om deze unanimiteitsregel te temperen, wordt op het ogenblik vaak gezocht naar een proceduriële meerderheidsstemming, die ook de verdragstaten bindt, die hun goedkeuring aan de ontworpen wijziging niet verlenen. Het artikel 29 van het Verdrag van Montreux is daarvan een zeer duidelijk voorbeeld, dat ons toelaat te zien, dat voor de moderne multilaterale overeenkomst het verval door de gewijzigde omstandigheden niet zozeer moet beschouwd worden als een vraagstuk betreffende de verplichte diplomatieke onderhandelingen maar wel als een vraag van verdragstechniek, die voor doel heeft de unanimiteitsregel zo weinig mogelijk hinderlijk te laten worden.

Een andere typische regeling treft men aan in artikel 51 van het verdrag van 6 mei 1937 betreffende de productie en de verdeling van suiker. Volgens deze verdragsbepaling, zal een verdragspartij zich tot de Internationale Raad mogen richten, wanneer zich voor haar een ongunstige economische wijziging heeft voorgedaan, die haar toestand op de vrije markt ernstig aantast. De Raad zal dan de toestand van deze verdragstaat onderzoeken. Indien zijn besluit niet overeenstemt met de opvatting van de verdragstaat, zal de vraag overgemaakt worden aan een college van scheidsrechters. Het is dan met de toestemming van de Raad of de scheidsrechters, dat de verdragspartij het verdrag door de gewijzigde omstandigheden zal mogen opzeggen (70).

Dit voorbeeld heeft geen betrekking op een amendering van het verdrag, doch de rechtmatigheid van de opzeg werd aan een bepaalde regeling onderworpen.

De herzieningsprocedures zijn echter het meest voorgekomen in internationale organisaties, waar men meer en meer heeft getracht het verbreken der verdragsbanden te voorkomen door de verdragen periodiek te wijzigen. Dit was de zogenaamde « doctrine of peaceful change » (71). Een initiatief waarvan aanvankelijk veel werd verwacht, werd genomen bij de redactie van artikel 19 van het Volkenbondverdrag. Daardoor verkreeg de Vergadering de mogelijkheid de leden uit te nodigen tot besprekingen over te gaan over verdragen, waarvan de uitvoering niet meer gewenst bleek en die betrekking hadden op toestanden, die de vrede in gevaar konden brengen. In werkelijkheid heeft echter de Vergadering weinig effectief werk geleverd. Dit kwam ook wel door het feit, dat zij geen beschikkende bevoegdheid had (72). Verschillende leden hebben herhaalde malen aangedrongen opdat de Vergadering tot verdragsherziening zou overgegaan zijn, doch er is eigenlijk nooit enig gevolg aan deze verzoeken verleend geworden. In 1920 werd op artikel 19 beroep gedaan door Bolivia en Peru en in 1925 en 1929 door China. Op 1 juni 1923 richtte de Zweedse regering een diplomatieke nota aan de Raad om de aandacht te vragen voor het artikel 19. In 1924 werd aangedrongen door de Noorse regering en in 1935 werd zij daarin gevolgd door Groot-Brittannië (73).

De wijzigingen van het Volkenbondverdrag zelf werden ook mogelijk gemaakt door artikel 26. Volgens deze verdragsbepaling zouden de amendementen van kracht geworden zijn, wanneer zij bekrachtigd werden door de leden van de Raad en door de meerderheid van de leden van de Vergadering. De leden, die deze amendementen weigerden te aanvaarden verloren het lidmaatschap van de organisatie. In de aanpassingen van het Volkenbondverdrag heeft men aldus de unanimiteitsregel opgeofferd (74).

Dit was ook het geval voor de statutaire wijzigingen, die zouden van kracht worden voor de Internationale Arbeidsorganisatie, volgens artikel 422 van het Vredesverdrag van Versailles. De wijzigingen moeten aanvaard worden door de twee derden van de Arbeidsconferentie. Zij worden van kracht, wanneer zij geratificeerd worden door de leden van de Raad van de Volkenbond en door de drie vierden van de leden van de Volkenbond. Naar het artikel 36 van het huidig Statuut worden de wijzigingen van kracht wanneer zij door de twee derden van de leden van de Organisatie worden geratificeerd (75).

In het Handvest der Verenigde Naties is er ook een mogelijkheid voor de Algemene Vergadering om aanbevelingen te richten tot de leden betreffende verdragsaanpassingen. Deze bevoegdheid steunt op artikel 14, waardoor zij maatregelen mag aanbevelen voor de vreedzame aanpassing van toestanden, welke ook hun oorsprong mag zijn. Bij de redactie werd opzettelijk vermeden een even uitdrukkelijke bevoegdheid te bepalen als in artikel 19 van het Volkenbondverdrag (76). Tijdens de redactie van het Handvest blijkt men zorg te hebben gehad om de politieke mogelijkheden soms weinig door juridische voorschriften te beperken.

De Veiligheidsraad, die door het artikel 24 van het Handvest bevoegd is om de internationale geschillen te regelen, heeft ook daardoor de mogelijkheid over de gevallen te oordelen, waarin de gewijzigde omstandigheden betreffende een verdrag een oorzaak van een internationale controverse zouden zijn. Een dergelijke aangelegenheid werd besproken van 5 augustus tot 15 september 1947 betreffende de herziening van het Brits-Egyptisch verdrag van 26 augustus 1936 (77).

Het Handvest regelt ook nog het amenderen zelf van deze basisakte van de Verenigde Naties (art. 108). Een bijzondere conferentie kan daarvoor trouwens worden samengeroepen (art. 109). De amendementen moeten ook hiervoor worden gestemd met de twee derden van de stemmen en door een gelijk aantal leden worden geratificeerd. Daaronder moeten echter de bekrachtigingen voorkomen van al de permanente leden van de Veiligheidsraad. Ook hier heeft aldus de meerderheidsregel het op de unanimiteitsregel gehaald, ofschoon moet worden opgemerkt, dat een permanent lid van de Veiligheidsraad de verdragsaanpassing kan verhinderen.

Het feit, dat men nog wel meer tot verdragsherziening overgaat zonder alle vroegere verdragstaten hun instemming te vragen, is ook gebleken door de uitvoering van de resolutie van de Algemene Vergadering van 12 februari 1946, waardoor de opvolging van de Volkenbond door de Verenigde Naties werd goedgekeurd. Daardoor moesten ook een aantal verdragen, zoals deze betreffende de handel in verdovende middelen, de bestrijding van obscene publicaties en de prostitutie worden herzien. De Algemene Vergadering is daartoe overgegaan zonder dat alle vroegere verdragstaten daarbij betrokken waren (78).

De wijzigingen aan de statutaire bepalingen der internationale organisaties zijn trouwens ook vaak voorzien door de acceptatie vanwege de twee derden van de leden. Dit is o.m. het geval voor de Voedsel- en Landbouworganisatie der Verenigde Naties (art. XX), de U.N.E.S.C.O. (art. XIII), de Internationale Burgerlijke Luchtvaartorganisatie (art. 94), de Wereldorganisatie voor Gezondheid (art. 73), de Intergouvernementele Consultatieve Maritieme Organisatie (art. 52), de G.A.T.T. (art. 30), de Wereldorganisatie voor Weerkunde (art. 28), het Internationaal Agentschap voor Kernenergie (art. XVIII).

Voor de Internationale Bank van Wederopbouw en Ontwikkeling (art. 8) en voor het Internationaal Monetair Fonds (art. XVII), werden andere regelingen getroffen. De amendementsontwerpen moeten, nadat zij werden goedgekeurd in de Raad van Goeverneurs, aangenomen worden door de drie vijfden van de leden, die de vier vijfden van het stemmenaantal bezitten. Voor enkele bijzonder belangrijke amendementen werd echter de unanimiteitsregel aangehouden, zoals voor het recht op terugtrekking of op wijziging van participatie.

De meerderheidsregel geldt echter niet voor alle internationale organisaties. Hij werd niet voorzien in de Noord-Atlantische Verdragsorganisatie. Wel is het mogelijk ontwerpen voor verdragswijziging in te dienen wanneer het verdrag tien jaar van kracht is. De verdragstaten kunnen dan tot consultatie overgaan (art. 12). In het Verdrag van Ankara van 2 maart

1955 betreffende de oprichting van de Balkan Organisatie werd een unanimiteitsregel voorzien (art. 11). Het is aldus nog niet als een algemene regel te beschouwen, dat bij gewijzigde omstandigheden de statutaire verdragsclausules der internationale organisaties kunnen aangepast worden door een meerderheidsbeslissing.

In het recht der internationale organisaties treft men echter niet alleen clausules aan, die betrekking hebben op de wijzigingen van de statutaire bepalingen. In sommige internationale instellingen vindt men ook proceduriële regelingen betreffende de bijzondere toestanden waarin een verdragspartij zich kan bevinden en die de uitvoering der verdragsverplichtingen zeer moeilijk maken of uitsluiten. Dit zijn gevallen, die in het klassiek verdragsrecht slechts bezwaarlijk een andere oplossing konden vinden dan aan de hand van de « rebus sic stantibus » exceptie.

Een typische bepaling treft men daarover aan in artikel 19 van de G.A.T.T. De verdragstaten mogen bepaalde verdragsverplichtingen schorsen voor een bepaald product, wanneer door onvoorziene omstandigheden de importatie ernstige schade voor gevolg heeft voor de eigen productie. Notificatie zal echter bij voorbaat moeten gebeuren en er zal gelegenheid moeten worden geboden om door consultatie de noodtoestand op te lossen. Een analoge procedure wordt aangetroffen in het Verdrag betreffende de Oprichting van de Benelux Economische Unie. Indien de levensbelangen van één der leden in het gedrang zouden komen, kan het Comité van Ministers de maatregelen bepalen, die in afwijking van het Verdrag zullen getroffen worden. Het Comité bepaalt ook de periode gedurende dewelke de uitzonderingsmaatregelen van toepassing zullen zijn (art. 14).

In de Europese Gemeenschappen, die door hun supranationaal karakter ook structureel veel ingewikkelder zijn, worden dergelijke procedures ook veel meer nog tot in de bijzonderheden geregeld door de zogenaamde waarborgclausules.

In het Verdrag betreffende de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal komen deze verdragsregelingen op verschillende plaatsen voor. Aldus zal een lid, dat in een bepaald geval van oordeel is, dat zijn nationale economie fundamentele storingen ondervindt, zich tot de Hoge Autoriteit wenden. Deze kan, na overleg met de Raad, het bestaan van een dergelijke toestand erkennen en de nodige maatregelen bepalen. Deze beslissingen van de Hoge Autoriteit kunnen trouwens nog aanleiding geven tot een procedure bij het Hof van Justitie, dat de gegrondheid van de voorgestelde maatregelen kan beoordelen (art. 37).

Voor tewerkstelling vindt men een analoge regeling. Wanneer door het aanwenden van nieuwe methodes en uitrustingen een uitzonderlijke vermindering ontstaat van de vraag naar arbeidskrachten mogen de regeringen der getroffen leden zich tot de Hoge Autoriteit wenden. Deze zal het advies inwinnen van het Consultatief Comité en van de Raad van Ministers. Financiële faciliteiten kunnen worden verstrekt om de werkloosheid op te slorpen (art. 56).

Wanneer zich een duidelijk geval van crisis voordoet kan door de Hoge Autoriteit een stelsel van contingentering worden ingesteld (art. 58). Uitzonderlijke maatregelen kunnen ook worden getroffen wanneer ernstig gebrek bestaat aan bepaalde producten (art. 59). In overeenstemming met de Raad en het Europees Parlement kunnen de bevoegdheden van de Hoge Autoriteit worden aangepast om haar toe te laten de maatregelen te treffen, die zich door een grondige wijziging van technische en economische omstandigheden zouden opdringen (art. 95).

Het is duidelijk dat de verschillende toestanden, die in deze verdragsclausules in aanmerking worden genomen, in het klassiek volkenrecht aanleiding hadden kunnen geven tot herzieningen wegens gewijzigde omstandigheden. In de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal is de oplossing echter niet meer afhankelijk van de wilsovereenkomst, die eventueel door diplomatieke onderhandelingen kan worden bereikt. De procedure van verdragsaanpassing is zelfs niet nodig. Het verdrag draagt de regeling der moeilijkheid op aan de supranationale organen.

Dergelijke procedures worden ook aangetroffen in de Europese Economische Gemeenschap. Voor de verwezenlijking der Gemeenschap is een aanpassing der douanetarieven nodig. Wanneer echter ernstige moeilijkheden voorkomen kan de Commissie voor een verdragstaat een uitzonderlijk regime toestaan (art. 17 en 25). Zij is trouwens verplicht bij het doorvoeren van haar politiek betreffende de douanetarieven ernstige storingen bij de verdragstaten te voorkomen (art. 29, lit. d.).

Voor de vrije circulatie der kapitalen kunnen eveneens in dergelijke omstandigheden uitzonderingsmaatregelen worden aangenomen (art. 73, 108). De Gemeenschapelijke Markt maakt ook een gemeenschappelijke handelspolitiek noodzakelijk. Ook daarvoor kunnen opnieuw uitzonderlijke regelingen worden getroffen, wanneer een lid in economische nood zou verkeren (art. 155).

Het Verdrag betreffende Euratom heeft soortgelijke clausules. De Commissie verleent de licenties voor exploitatie en onderzoek van het kernenergetisch materiaal. Wanneer zich nieuwe feiten van ernstige aard voordoen, kunnen de voorwaarden der licenties worden herzien (art. 23). Wijzigingen kunnen ook worden aangebracht aan de basisnormen betreffende de openbare veiligheid in verband met kernenergie (art. 32), aan het stelsel der eigendomsrechten (art. 90) en aan de controlemaatregelen (art. 85).

Het is duidelijk dat de tendens voor het invoeren van een speciale procedure, die reeds voorkwam in sommige multilaterale verdragen, nog sterker tot uiting komt in de internationale organisaties. De clausule « rebus sic stantibus » is aldus in haar toepassingen onder invloed van het algemeen ontwikkelingsproces dat het volkenrecht op het huidig ogenblik ondergaat. Steeds duidelijker kan worden vastgesteld, dat de klassieke diplomatieke verhoudingen minder belangrijk worden en voor tal van internationale betrekkingen hun betekenis verliezen. De Staten verwezenlijken hun internationale rechtsverhoudingen vaak door internationale organisaties, waarin statutaire en proceduriële regelingen voorkomen, die de gedragingen en de rechtsmiddelen bij voorbaat voor de verschillende geschillen en moeilijkheden voorschrijven. Het volkenrecht ondergaat een evolutie waardoor het een institutioneel karakter krijgt (79). De Staten treden veel meer collectief op, als leden van instellingen, die hun statutaire normen bezitten.

Deze algemene ontwikkeling heeft onafwendbaar haar invloed laten gelden op het rechtsbeginsel, dat hier nader werd onderzocht. De clausule « rebus sic stantibus» is nog niet helemaal in haar klassieke vorm uit de internationale betrekkingen verdwenen, juist zoals de klassieke diplomatieke betrekkingen tussen de soevereine Staten ook nog voorkomen. In de meer recente en institutionele ontwikkelingsvormen van het volkenrecht, zijn de gewijzigde omstandigheden echter het voorwerp geworden van bij voorbaat bepaalde procedures. De steeds aangehaalde vrees voor misbruiken bij de opzeg of de verdragsaanpassing wordt

daardoor ook voor een belangrijk deel van de internationale betrekkingen uitgeschakeld. Dit is echter eerder het gevolg van de algemene ontwikkelingstendens van het volkenrecht dan van een wijziging die zich specifiek zou beperkt hebben tot de clausule « rebus sic stantibus » zelf. Het is slechts wanneer zich fundamentele veranderingen voltrekken zoals de institutionalisatie van het volkenrecht, dat ook geleidelijk gecontroverseerde verdragsregelen als deze minder een bezwaar zullen worden voor de rechtszekerheid en hun moeilijkheden zich ook minder zullen stellen.

---

(1) E. Van Bogaert, Beginselen van het Volkenrecht, 1958, p. 343, 354 e.v.
(2) M. de Taube, Inviolabilité des traités, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1930, d. II, p. 295, 353, 383; C. Rousseau, Principes généraux du droit international public 1944, p. 581.
(3) H. Lauterpacht, Spinoza and the International Law, The British Yearbook of International Law, 1927, p. 99.
(4) A. Nussbaum, A Concise History of the Law of Nations, 1947, p. 198-199; E. Egger, Etudes historiques sur les traités publics chez les Grecs et les Romains, 1866, p. 78, 95.
(5) G. von Kaltenborn, Die Vorläufer des Hugo Grotius, 1848, p. 61 e.v.
(6) De jure belli, libri tres, b. III, kap. XXIV.
(7) Id., b. III, kap. XIV.
(8) De jure belli ac pacis b. II, kap. XVI, § XVII.
(9) Id., b. II, kap. XVI, § XXV.
(10) Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains, b. II, kap. XVI, § 296.
(11) E. Van Bogaert, Het Rechtsmisbruik in het Volkenrecht, 1948, p. 53-55.
(12) Quaestionum juris publici libri duo, b. II, pa. X.
(13) G.F. de Martens, Précis du droit des gens de l'Europe, 1864, d. II, p. 166; in die zin: F. von Holtzendorff, Handbuch des Völkerrechts 1887, d. III, p. 81.
(14) J.L. Klüber, Europäisches Völkerrecht, 1851, p. 189-190.
(15) A.G. Heffter, Le droit international de l'Europe, trad. J. Bergson, 1873, p. 195; zie ook J.C. Bluntschli, Das moderne Völkerrecht, 1868, p. 256; A. von Bulmerincq, Völkerrecht, 1884, p. 309; F. von Holtzendorff, op. cit., p. 81.
(16) G. Jellinek, Die rechtliche Natur der Staatenverträge, 1880, p. 62-63; Allgemeine Staatslehre, 1914, p. 741-742; L'Etat moderne et son droit, 1913, d. II p. 136-137.
(17) A. Rivier, Principes du droit des gens, 1896, d. II, p. 130-134.
(18) J.B. Moore, A Digest of International Law, 1906, d. V, p. 336.
(19) K. Strupp, Documents pour servir à l'histoire du droit des gens, 1923, d. I, p. 349.
(20) R. Renouvin, Histoire des relations internationales, 1954, d. V, p. 66.
(21) K. Strupp, Documents pour servir à l'histoire du droit des gens, 1923, d. I, p. 261.
(22) K. Strupp, op. cit., p. 407-409.
(23) K. Strupp, op. cit., p. 407-409.
(24) Zie daarover: C. Rousseau, Principes généraux du droit international public, 1944, p. 593; C.E. Hill, Le régime international des détroits maritimes, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1933, d. III, p. 479; P.E. Corbett, Social Basis of a Law of Nations, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Have. 1954, d. I, p. 504.
(25) E.C. Hoyt, The Unanimity Rule in the Revision of Treaties. 1959, p. 83; A. Verdross, Völkerrecht, 1955, p. 157.
(26) K. Strupp, op. cit., p. 306; C. Rousseau, op. cit., p. 594.
(27) C. Rousseau, op. cit.,p. 587.
(28) R. Redslob. Traité de droit des gens, 1950, p. 110.
(29) Canton de Lucerne v. Canton d'Argovie, C. Rousseau, op. cit., p. 592; A. Mc Nair, La terminaison et la dissolution des traités, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1928, d. II, p. 471.
(30) S. Séfériadès, Principes généraux du droit international de la paix, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1930, d. IV, p. 207-208; S. Gemma, Les gouvernements de fait, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1924, d. III, p. 350; E.C. Stowell, International Law, 1931. p. 402-403; M.D. von Redlich. The Law of Nations, 1937. p. 144; R. Redslob. op. cit., p. 110; J. de Louter Het stellig Volkenrecht, 1910, d. I, p. 498-499; D. Anzilotti. Cours de droit international, 1929, p. 462-464; C.G. Ténékidès, Le principe rebus sic stantibus. ses limites rationelles et sa récente évolution, Revue générale de droit international public, 1934, p. 273-294; A.S. Hershey, The Essentials of International Public Law, 1921, p. 319; M. Udina ,La succession des Etats quant aux obligations internationales autres que les dettes publiques, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1933, d. II, p. 699; D. Schindler, Contribution à l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1933, d. IV, p. 273.
(31) C. Bilfinger, Les bases fondamentales de la communauté des Etats, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1938, d. I. p. 143, 221; H. Kraus, La morale internationale, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1927, d. I, p. 525; J.B. Moore, Digest of International Law, 1906, d. V. p. 340; E. von Ullmann, Völkerrecht, 1908, p. 285; W.E. Hall, A Treatise on International Law, 1917 p. 368; A. Mérignhac, Traité de droit public international, 1907, d. II, p 669-670; E. Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, 1911, p. 64 e.v.
(32) Bin Cheng, General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals, 1953, p. 118-119; A. Verdross, Völkerrecht, 1955, p. 142.
(33) G. Jèze, Théorie générale des contrats de l'administration, Revue du droit public, 1932, p. 244 e.v.; M. Hauriou, Précis de droit administratif, 1933, p. 1019; M. Waline, Manuel élémentaire de droit administratif, 1939, p. 437; M. Bonnard, Précis de droit administratif, 1943, p. 733.
(34) Raad van State, arrest dd. 30 maart 1916, Sirey, 1916, 3, 17; in re Gaz de Bordeaux.
(35) C. Rousseau, Principes généraux du droit international public, 1944, p. 585; J. L'Huillier, Eléments de droit international public, 1950, p. 211; L. Cavaré, Le droit international public positif, 1951, d. II, p. 141; J. Basdevant, Règles générales du droit de la paix, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1936, D. IV, p. 655.
(36) M. Bourquin, Stabilité et mouvement dans l'ordre juridique international, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1938, d. II, p. 396; J.S. Reeves, La communauté internationale, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1924, d. II, p. 53; A. Mc Nair, Terminaison et dissolution des Traités, Recueil des Cours des l'Académie de Droit International, La Haye, 1928, d. II, p. 476; R. Genet, Le problème de la clause rebus sic stantibus, Revue générale de droit international public, 1930, p. 287; P. Berger, Zur Klausel rebus sic stantibus, Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, 1952, p. 52; J. Fischer Williams, The Permanence of Treaties, the Doctrine of rebus sic stantibus and article 19 of the Convenant of the League. The American Journal of International Law, 1928, p. 89; . Fauchille, Traité de droit international public, 1926, d. I, vol. 3 p. 383-386; F.A. von der Heydte, Völkerrecht, 1958, d. I. p. 84; C. de Visscher, Cours général de principes de droit international public, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1954, d. II, p. 515-520; id., Théorie et réalité en droit international public, 1953, p. 376-377; P. Corbett, Law and Society in the Relations of States, 1951, p. 83; G. Tassitch, La conscience juridique internationale, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1938, d. III, p. 365; F. Castberg, La méthodologie du droit international public, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1933, d. I, p. 340; G. Scelle, Règles générales du droit de la paix, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1933, d. IV, p. 477; id., Manuel élémentaire de droit International public, 1943, p. 495-496; T.J. Lawrence, The Principles of International Law, 1913, p. 327; M. Sibert, Traité de droit international public, 1951, d. II p. 337-341; J.L. Kunz, The Meaning and the Norm pacta sunt servanda, The American Journal of International Law, 1945, p. 197; id., The Problem of Revision in International Law, The American Journal of International Law, 1939, p. 40-43; W. Schaumann. Clausula Rebus sic Stantibus, in Strupp's Wörterbuch des Völkerrechts, uitg. H.J. Schlochhauer, 1960, d. I, p. 289-291; E. Kaufmann, op. cit. p. 18; K. Strupp, Les règles générales du droit de la paix, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1934, d. I, p. 385.
(37) C.W. Jenks, The Common Law of Mankind, 1958, p. 151; F. Berber, Lehrbuch des Völkerrechts, 1960, d. I, p. 459; J.P.A. François, Règles générales du droit de la paix. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1938, d. IV, p. 165; L. Le Fur, Règles générales du droit de la paix, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1935, d. IV, p. 216.
(38) F. von Liszt, Le droit International, vert. G. Gidel, 1927. p. 185-187; H. Accioly, Traité de droit international public, 1941, d. II, p. 512-514; W. Burckhardt, La clause rebus sic stantibus en droit international. Revue de droit international et de législation comparée, 1933, p. 9; D. Anzilotti. Cours de droit international, vert. G. Gidel, 1929, p. 457-458.
(39) F. Scholz Völkerrecht und Rechtssicherheit, Archiv des Völkerrechts, 1950, p. 29.
(40) H. Kelsen, Théorie du droit international public, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye 1953 d. III p. 163-164; id., Principles of International Law. 1952, p. 358-360.
(41) H. Lauterpacht. The Function of Law in the International Community, 1933, p. 270-282; id., Règles générales de droit de la paix. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1937. d. IV. p. 303; id., Les Travaux préparatoires et l'interprétation des Traités, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1934, d. II p. 812-814.
(42) J. Barthélémy, Politique intérieure et droit international, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1937. d. I. p. 510; J.L. Brierly, Some Considerations on the Obsolescence of Treaties in « The Basis of Obligation in International Law and other Papers», 1958. p. 108-114.
(43) K. Strupp, op. cit., d. II, p. 32-34, 36-38; C. Rousseau, op. cit. p. 595.
(44) K. Strupp op. cit., d. II, p. 5-6; C. Rousseau, op. cit., p. 595.
(45) K. Strupp, op. cit., d. II, p. 49, 75; R. Redslob, Traité de droit des gens, 1950 p. 112.
(46) C. Rousseau, op. cit., p. 596; P. Fauchille, Traité de droit international public, 1926. d. I, vol. 3, p. 386: A. Toynbee, Survey of International Affairs, 1920-1923, 1927 p. 428-430; H. Wei, China and Sovjet Russia, 1957, p. 17.

(47) P. Fauchille, op. cit., 1926, d. I, vol. 3, p. 448; L.H. Woolsey, The Unilateral Termination of Treaties, The American Journal of International Law, 1926, p. 342.
(48) M. Chrétien, La suppression des capitulations en Egypte, Revue générale de droit international public, 1938, p. 302.
(49) K. Strupp, op. cit., d. II, p. 36, 195.
(50) A. Rechid, La condition des étrangers dans la République de Turquie, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1933, d. IV, p. 180-183.
(51) G.W. Keeton, The Revision Clause in Certain Chinese Treaties, The British Yearbook of International Law, 1929, p. 111, 119, 128-133; C. Rousseau, Principes généraux du droit international public, 1944, p. 598.
(52) A. Toynbee, Survey of International Affairs, 1936, 1937, p. 697-698; The Treaty of Alliance between his Majesty in Respect of the United Kingdom and His Majesty the King of Egypt, The British Yearbook of International Law, 1937, p. 95; M. Chrétien, op. cit., p. 303.
(53) K. Strupp op. cit., d. II, p. 270-271; C. Hurst, The Effect of War on Treaties, The British Yearbook of International Law, 1921-1922, p. 41; A. Toynbee, Survey of International Affairs, 1920-23, 1927, p. 231-232; H. Accioly, Traité de droit international public. 1941, d. II, p. 517.
(54) F.A. Vàli, Servitudes of International Law, 1958, p. 269-270; C. Rousseau, op. cit., p. 612-614.
(55) A.C. Kiss, L'extinction des traités dans la pratique française, Annuaire français de droit international, 1959, p. 798.
(56) Neue Züricher Zeitung, 4 maart 1960, p. 2.
(57) Advies, Serie B, nr. 4; A.D. Mc Nair, Terminaison et dissolution des Traités, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1928, d. II, p. 473; C. Rousseau, op. cit., p. 588; G. Schwarzenberger, International Law, 1949, p. 200.
(58) Serie A nr. 22; Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1931-1932, p. 362; C. Rousseau, op. cit., p. 589-590; F.A. Vàli, op. cit., p. 326-328; G. Schwarzenberger, op. cit., p. 201; W.E. Bechette, Les questions de l'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1932, d. I, p. 183; id., Decisions of the Permanent Court of International Justice on Points of Law and Procedure of General Application, The British Yearbook of International Law, 1930, p. 15.
(59) C. Rousseau, op. cit., p. 583.
(60) Barcs-Pakrac Railway Co v. Yugoslavia, Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1933-1934, p. 424.
(61) Alsing Trading Co Ltd. and Svenska Tändsticks Aktiebolaget v. Greek State, vonnis dd. 22 december 1954, International Law Reports, 1956, p. 652-653.
(62) H.W. Briggs, The Law of Nations, 1953, p. 931-933.
(63) Rechtbank van Koophandel, St. Etienne, vonnis dd. 17 januari 1936, Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1935-1937, p. 423.
(64) R. Yakemtchouk, La révision des traités multilatéraux en droit international, Revue générale de droit international public, 1956, p. 357 e.v.; M. van der Goes van Naters, La révision des traités supra-nationaux, Liber Amicorum J.P.A. François, 1959, p. 120 e.v.
(65) Zie R. Redslob, Traité de droit des gens, 1950, p. 111.
(66) R. Redslob, op. cit., p. 111.
(67) C. Rousseau op. cit., p. 606-607; C.W. Jenks, Les instruments internationaux à caractère collectif, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1939, d. III, p. 527-528.
(68) C. Rousseau, op. cit., p. 606.
(69) C. Rousseau, op. cit., p. 607; C.A. Colliard, Droit international et histoire diplomatique, 1950, p. 104.
(70) C.W. Jenks, Les instruments internationaux à caractère collectif, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1939, d. III, p. 528.
(71) P. Guggenheim, Lehrbuch des Völkerrechts, 1948, d. I, p. 116.
(72) L. Le Fur, Règles générales du droit de la paix, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1935, d. IV, p. 223; G. Scelle, Règles générales du droit de la paix, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1933, d. IV, p. 481; H. Lauterpacht, Règles générales du droit de la paix, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1937, d. IV, p. 396; A. Mc Nair, op. cit., p. 478-479; C. Rousseau, Traité de droit international public, 1953, p. 185 e.v.; L. Delbez, Manuel de droit international public, 1951, p. 213; D. Schindler, Contribution à l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1933, d. IV, p. 277.
(73) O. Göppert, Der Völkerbund, 1938, p. 434-443.
(74) W. Schücking en H. Wehberg, Die Satzung des Völkerbundes, 1921, p. 486.
(75) E.C. Hoyt, The Unanimity Rule in the Revision of Treaties, 1959, p. 66; E.L. Troclet, Législation sociale internationale, 1952, p. 40-43.
(76) L.M. Goodrich & E. Hambro, Charter of the United Nations, 1946, p. 104-105; H. Kelsen, The Law of the United Nations, 1951, p. 213; L. Delbez Manuel de droit international public, 1951, p. 214; P. Guggenheim, Lehrbuch des Völkerrechts, 1948, d. I, p. 494; G. Schwarzenberger, Power Politics, 1951, p. 489-490.
(77) H.W. Briggs, Rebus sic stantibus before the Security Council: the Anglo-Egyptian Question, The American Journal of International Law, 1949, p. 762-767; P. Berger, Zur Klausel «rebus sic stantibus», Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, 1952, p. 27.
(78) H. Saba, Certains aspects de l'évolution dans la technique des traités et des conventions internationales, Revue générale de droit international public, 1950, p. 416-421; zie ook K. Doehring, Fortgeltung der Minderheitenschutzverpflichtungen, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1953-1954, p. 537-538.
(79) W. Jenks, The Scope of International Law, The British Yearbook of International Law, 1954, p. 3; R.Y. Jennings, The Progress of International Law, The British Yearbook of International Law,1958, p. 334; C.G. Fenwick, The Progress of International Law during the Past Fourty Years, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1951, d. II, p. 5 e.v.; E. Van Bogaert L'étude du développement du droit des gens, in Mélanges Séfériadès, Athènes, 1961, d. I, p. 68.

LEGALITEITSTOEZICHT IN HET RECHT DER EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

door

Mr. Josse MERTENS DE WILMARS

Advocaat aan de Balie van Antwerpen.

Professor aan het Hoger Instituut voor Bestuurswetenschappen te Antwerpen.

Het recht der Europese gemeenschappen — E.G.K.S., Euromarkt en Euratom — vertoont, naast vele andere eigenschappen, twee hoofdzakelijke kenmerken die zelden samengaan in het nationale recht der zes lid-Staten maar wier binding voor een groot deel het specifiek karakter van het communautaire recht bepaalt.

Aan de ene kant is dit communautaire recht bij uitstek *bedrijfs-economisch recht* en dan nog wel een bedrijfseconomisch recht dat stoelt op de grondslagen van een vrije markteconomie.

Het beweegt zich derhalve langs de ontwikkelingslijn van die achterliggende denkbeelden die in de Lid-Staten de regeling hebben ingegeven van handel en en nijverheid, zoals deze in de wetboeken van koophandel neergeschreven ligt.

Maar aan de andere kant vertoont ditzelfde recht talrijke kenmerken van het publiek en meer in het bijzonder van het administratief recht. Het is overheidsregeling en mist het *aanvullend* karakter die het privaat — en o.a. het koophandelsrecht — ontleent aan de fundamentele regel van de erkenning van de vrije wilsvorming als primaire rechtsbron.

Bovendien komt de regeling der geschillen zoals die in de drie verdragen is opgevat deze, van het nationale bestuurlijk recht overgenomen kenmerken in ruime mate versterken.

Die rechtspraak geschiedt immers voor het grootste deel langs de weg van beroepen strekkende tot nietigverklaring, t.t.z. in de vorm van een jurisdictioneel wettigheidstoezicht zoals dit laatste zich heeft gevormd en ontwikkeld, eerst in de Franse *contentieux*

d'annulation en vervolgens in de gelijkaardige procedures voor de nationale Raden van State, de bestuurlijke rechtscolleges of met betrekking tot de annulatievoogdij van de Kroon.

Heel wat betwistingen die, in het kader van de nationale rechtsystemen tot de sfeer van de volle rechtsmacht zouden behoren, worden aldus — volens nolens — in het keurslijf van de annulatieprocedure geduwd. Een scheidingslijn zoals diegene aangegeven door het begrip « burgerlijk recht » vervat in artikel 92 van de grondwet is ten enenmale niet aanwezig.

De bescherming van de belangen der onderhorigen van de Gemeenschappen — hoofdzakelijk de ondernemingen — geschiedt derhalve grotendeels langs de weg van het toezicht op de legaliteit van de beschikkingen van de gemeenschappelijke instellingen en beoogt de vernietiging van die beschikkingen. Wanneer een onderneming en de Hoge Autoriteit van de E.G.K.S. het niet eens zijn over de realiteit of het bedrag van een schuld, zal de onderneming de vernietiging vorderen van de beschikking waarbij zij om betaling wordt verzocht (Arrest Meroni, 13 juni 1958, 9-56 Jur. IV, blz. 11) (1). Wenst diezelfde onderneming iets te bekomen, zal zij de vernietiging vragen van de stilzwijgende weigering om haar datgene toe te kennen waarop zij meent recht te hebben (Arrest Snupat, 22 maart 1961, 42 en 49-59, Jur. VII, blz. 103).

Vandaar de grote betekenis in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de algemene beginselen die ook in de annulatiegeschillen voor de bestuurlijke rechtscolleges van de Lid-Staten een overwegende invloed uitoefenen zoals het primair belang en het strak karakter van de bevoegdheidsregelingen met het daarmede samenhangend verbod van bevoegdheidsdelegaties (Arrest Meroni, 13 juni 1958, 9-56 Jur. IV, blz. 9) of de bijzondere betekenis van de motiveringsplicht als vormvereiste.

Anderzijds is het echter zo dat deze ietwat formele instelling van de geschillenregeling doorkruist wordt door het feit dat de toe te passen rechtsregel in ruime mate van economische aard is en economische begrippen en denkbeelden vertolkt zoals : onderneming, groepen, concurrentie, prijsvormende factoren, enz., waarvan waardering en inhoud zeer gebonden zijn aan, naar tijd en plaats, wisselende factoren.

Meer dan welk nationaal bestuurlijk-rechtscollege ook, is het Hof van Justitie geplaatst geweest voor de dwingende noodzaak om aan die *juridisch-economische overheidsregeling in het raam van een vrije markteconomie,* inhoud te geven.

Het zijn enkele momentopnamen van deze rechtspraak die wij ons voornemen onder de ogen van de lezer te brengen.

A. *De afwending van macht.*

De verdragen bevatten een bij uitstek klassieke opsomming van de verscheidene vormen van illegaliteit : onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvereisten, schending van de rechtsregel en afwending van macht (E.G.K.S., art. 33; E.E.G., art. 173; Euratom, art. 146) (2).

In het E.G.K.S.-Verdrag was de betekenis van de afwending van macht bijzonder groot omdat dit gebrek de enige vernietigingsgrond vormt die door de ondernemingen kan worden aangevoerd tegen de *algemene* beschikkingen van de Hoge Autoriteit. Bovendien leent de afwending van macht, omdat zij betrekking heeft op de interne wettigheid van de bestuurlijke beschikking, zich bijzonder goed tot een jurisdictioneel toezicht dat uitmondt in een juridische omschrijving van economische handelingen.

De rechtzoekenden hebben er zich dan ook dadelijk op toegelegd aan dit begrip een zo ruim mogelijke betekenis te geven en de rechtspraak kwam hun op dat gebied tegemoet.

Naar het nationale recht der Lid-Staten is de afwending van macht de vorm van illegaliteit waarmede *een in alle andere opzichten volkomen onberispelijke* beschikking is behept doordat de overheid bij het nemen van de beschikking een ander doel nastreeft dan wel het wettelijk doel. De afwending van macht is derhalve een subsidiaire vernietigingsgrond die de andere uitsluit (3).

Nu heeft het Hof van Justitie in tegenovergestelde zin aanvaard dat afwending van macht zeer goed kan samengaan met andere gebreken zoals schending van vormvereisten of schending van de wet (Arrest Kolenmijnen van Beringen en cst., 29 november 1958, 9-55 Jur. II, blz. 377-378). Dit was van groot belang voor de mogelijkheid van bestrijding der algemene beschikkingen van de Hoge Autoriteit, omdat het subsidiair karakter van het middel aldus verdween.

Bovendien objectiveerde het Hof het toetsen van de beschikking aan het wettelijk doel door de mogelijkheid van *onvrijwillige* afwending van macht te aanvaarden in die gevallen waar de overheid : « objectief door een ernstig — met miskenning van het » wettelijk doel gelijk te stellen — gebrek aan de » nodige voorzichtigheid en beradenheid andere doeleinden heeft nagestreefd dan die waartoe haar » bevoegdheid is toegekend ».

De aldus geschapen mogelijkheden werden echter prompt gekortwiekt in de twee later tot stand gekomen E.E.G.- en Euratomverdragen. Alleen die vorm van afwending van macht die er in zou bestaan een individuele beschikking te camoufleren in de vorm van een algemene beschikking — de zg. *détournement de procédure* — kan tegen algemene beschikkingen door natuurlijke of (private) rechtspersonen worden aangevoerd (E.E.G., art. 173; Euratom, art. 146).

B. *De algemene doelstellingen van de verdragen als rechtsregel.*

De artikelen 2, 3, 4 en 5 van het E.G.K.S.-verdrag vermelden de fundamentele economische doelstellingen van de gemeenschap die richtinggevend zijn voor het beleid van de Hoge Autoriteit. Naleving daarvan is een eis van de wettigheid van elke actie van de Hoge Autoriteit.

Deze bepalingen, aldus het Hof (Arrest Groupement des Hauts Fourneaux, 21 juni 1958, 8-57, Jur. IV, blz. 259) : « zijn alle van dwingende aard en zij kunnen » slechts doeltreffend worden toegepast indien daarop gezamenlijk acht wordt geslagen. Daar zij geen » nadere bepaling behoeven, zijn zij rechtstreeks toepasselijk voor zover zij niet in een andere bepaling » van het Verdrag nader zijn uitgewerkt; wanneer zij » echter elders in het Verdrag worden vermeld of » wanneer aldaar een nadere uitwerking van deze » regels wordt gegeven, moeten de teksten welke op » eenzelfde bepaling betrekking hebben als een geheel » worden beschouwd en in onderling verband worden » toegepast. Niettemin zal in de praktijk een zeker » compromis moeten worden gevonden tussen de verschillende doelstellingen van artikel 3, want het is » kennelijk niet wel mogelijk alle gelijktijdig — en elk » daarvan ten volle — te verwerkelijken; zij vormen » algemene beginselen, welke zoveel mogelijk verwerkelijkt worden en onderling in overeenstemming » gebracht. »

Deze overwegingen illustreren op treffende wijze de

methode van het Hof om de economische wetten in rechtsregelen te formuleren en tevens de grote moeilijkheden die met een dergelijke onderneming gepaard gaan.

Een ander beginsel van het E.G.K.S.-verdrag is — aldus artikel 57 — dat de Hoge Autoriteit bij haar overheidsbemoeiing op het gebied van de produktie de voorkeur moet geven aan onrechtstreekse tussenkomsten. Ziehier hoe in hetzelfde arrest (Jur. IV, blz. 262) het Hof toezicht houdt op de naleving van deze regel :

« Krachtens artikel 57 van het Verdrag moet de » Hoge Autoriteit met betrekking tot de produktie bij » voorkeur gebruik maken van de indirecte middelen » welke te harer beschikking staan, zoals met name » het ingrijpen op het gebied van de prijzen. Tot de » hier bedoelde indirecte middelen behoren — gelijk » hierboven reeds werd gezegd — de in artikel 53 » bedoelde financiële voorzieningen, waardoor de prij- » zen worden beïnvloed, in het bijzonder compensatie- » regelingen en correctie van de prijsvormende facto- » ren. Daar deze voorzieningen op de prijsvorming » inwerken, dragen zij bij tot het wijzigen van het » prijspeil op de markt en beïnvloeden daardoor weder- » om de produktie en derhalve ook de structuur van » het produktieapparaat. Zij verschaffen aldus aan de » Hoge Autoriteit het middel om de gevolgen van de » „normale concurrentieverhoudingen" te wijzigen, » zonder daarbij de krachtens artikel 5 vereiste hand- » having en inachtneming dier concurrentieverhoudin- » gen uit het oog verliezen. Door een juist gebruik » van dit effectieve interventiemiddel te maken, kan » de Hoge Autoriteit bij de vervulling van de haar » toevertrouwde taak in aanzienlijke mate — mits de » omstandigheden zulks vorderen — het vereiste com- » promis tussen de in artikel 3 van het Verdrag » genoemde doelstellingen tot stand te brengen. »

C. *De algemene beginselen van behoorlijk bestuur.*

Het is geweten dat niet alleen de schending van de wet doch ook de schending van de algemene beginselen van het recht een grond voor vernietiging van bestuurlijke beschikkingen vormt (4). Ook in de rechtspraak van het Hof is die regel erkend. (Arrest Regering van de Bondsrepubliek, 8 maart 1960, 3-59 Jur. VI/1, blz. 119).

Tot deze algemene normen rekent de Nederlandse rechtspraak en rechtsleer de « algemene beginselen van behoorlijk bestuur en van bestuursfatsoen » waaronder eisen van behoorlijke oordeelsvorming, van redelijkheid, van fair play, van evenredigheid en van rechtszekerheid naar voren worden gebracht die de overheid ook in de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid steeds onder ogen moet zien. Vooral in de rechtspraak van de Nederlandse ambtenarenrechter en van het *College van Beroep voor het Bedrijfsleven* worden deze algemene beginselen als voorwaarden voor de legaliteit van de bestuurlijke beslissingen duidelijk benadrukt. Prof. A. Donner heeft van het geheel van die rechtsbegrippen een zorgvuldige ontleding gemaakt en verantwoording gegeven, die ze voor goed in het Nederlands bestuurlijk recht heeft ingeburgerd.

In de rechtspraak van het Hof van Justitie laat zich de invloed van deze beginselen, die zo goed passen bij de eigen aard van de taak die door de Verdragen aan het Hof is opgedragen, kennelijk gevoelen.

In het arrest Chasse van 13 juni 1958, 15-57 (Jur. IV, blz. 201) overweegt het Hof te dien aanzien :

« Dat de Hoge Autoriteit de particuliere belangen » der justitiabelen niet mag verwaarlozen en met » haar actie zover mag gaan, dat bedoelde belangen » in grotere mate in gevaar worden gebracht dan » redelijkerwijze mag worden geëist. Integendeel, de » Hoge Autoriteit is gehouden de omzichtigheid te » betrachten, welke nodig is om tot een juiste afweging » en waardering der verschillende — somtijds onder- » ling strijdige — belangen te geraken en om de » schadeveroorzakende gevolgen te vermijden voor » zover de aard der te nemen beschikking zulks rede- » lijkerwijze toelaat. »

Dat dergelijke overwegingen door het Hof worden verkondigd niet ter gelegenheid van een beoordeling op het gebied van aansprakelijkheid voor fout en van de daarmede samenhangende plicht tot vergoeding van schade, doch wel in het kader van het toetsen van de actie van de Hoge Autoriteit aan de haar gestelde legaliteitseisen met de daarmee samenhangende sanctie van de vernietiging, is bijzonder sprekend voor de eigen juridische en procedurele techniek van de regeling der geschillen in het communautaire recht.

D. *De intrekking van illegale beschikkingen.*

In dezelfde sfeer van toepassing der regelen van behoorlijk bestuur ligt het probleem van de intrekking (waarmede is bedoeld de *retroactieve vernietiging*) van beschikkingen die voor doel hadden subjectieve rechten toe te kennen en waarvan achteraf blijkt dat zij onwettelijk zijn. Daardoor ontstaat een conflict tussen het beginsel van het herstel van de wettelijkheid en het beginsel van de rechtszekerheid.

Men weet dat in het frans administratief recht aan dit probleem een radicale en nogal vormelijke oplossing is gegeven. De onwettige akte kan slechts ingetrokken worden binnen de termijn bepaald voor het instellen van een beroep tot vernietiging voor de Raad van State (5). Na enige aarzeling heeft de Belgische Raad van State zich bij deze stelling gevoegd (R.S. 7 februari 1961, nr. 8424 inzake Van Dessel. B. en D., 1961).

In het duitse bestuurlijk recht wordt het probleem langs een volkomen andere kant benaderd. De overheid zal in elk afzonderlijk geval op concrete wijze moeten overgaan tot een afweging van de private en openbare belangen die bij een retroactieve intrekking dan wel bij het behoud van de tussentijdse gevolgen van de onwettige beschikking in aanmerking komen.

Deze waardering van de vraag of het beginsel van de legaliteit dan wel het beginsel van de rechtszekerheid de bovenhand moet krijgen aan de hand van een confrontatie der betrokken openbare en private belangen, wordt aangeduid door de rechtsleer (6) en de rechtspraak (7) met de betekenisvolle uitdrukking van « Interessenabwägung » of afweging van belangen.

De nederlandse rechtsleer, de rechtspraak van de Kroon en van de verscheidene bestuurlijke rechtscolleges rangschikken deze verplichting van de overheid om de verschillende bij haar laten of doen betrokken belangen zorgvuldig af te wegen, onder de legaliteitsvoorwaarden die aansluiten bij de algemene regelen van behoorlijk bestuur (8). Met name behoort bij de vraag of illegale handelingen kunnen worden ingetrokken steeds aandacht te worden geschonken aan de rechtsregel dat « redelijke verwachtingen door het bestuur opgewekt moeten worden gehonoreerd » (9).

Bij deze begrippen leunt de rechtspraak van het Hof van Justitie aan.

Intrekking van onwettige beschikkingen kan slechts plaats vinden binnen een redelijke termijn (Arrest Algera, 12 juli 1957, 7-56, Jur. III, blz. 87).

Bovendien zal tot een afweging van belangen moeten worden overgegaan, waarvan het Hof in verscheidene arresten de bestanddelen nader heeft omlijnd.

In het arrest Snupat van 22 maart 1961 (Jur. VII/2, blz. 162) dat betrekking had op door het Hof illegaal bevonden vrijstellingen van betaling van een heffing op het verbruik van schroot, overweegt het Hof in dit opzicht dat : « het beginsel der rechtszekerheid, » hoe belangrijk ook, geen absolute gelding heeft, doch » dat de toepassing van dit beginsel behoort te worden » gecombineerd met die van het wettigheidsbeginsel; » dat voor de beantwoording van de vraag, welk van » deze beginselen in een bepaald geval de voorkeur » verdient, *tegen elkander moeten worden afgewogen* » het algemeen belang en de particuliere belangen die » in geding zijn, namelijk :

» — enerzijds het belang van interveniënten, in het » bijzonder de omstandigheid, dat zij te goeder trouw » mochten aannemen, over het onderhavige schroot » geen bijdragen verschuldigd te zijn en dat zij bij het » beheer van hun zaken erop konden vertrouwen dat » deze toestand zou worden bestendigd;

» — anderzijds het belang van de Gemeenschap, dat » het vereveningssysteem — gegrond op de solidari- » teit van alle schrootverbruikende ondernemingen — » behoorlijk functioneert, waarbij dient te worden ver- » meden dat de andere heffingplichtigen per saldo de » geldelijke gevolgen hebben te dragen van een ten » onrechte aan hun concurrenten toegekende vrij- » stelling; »

en verder :

« Overwegende dat een oordeel over deze feiten als- » mede over de *afweging der betrokken belangen* en » bijgevolg de beslissing over het al dan niet met » terugwerkende kracht intrekken van de onregel- » matige vrijstellingen in de eerste plaats aan de » Hoge Autoriteit toekomt. »

In het laatste arrest Meroni van 13 juli 1961 (Jur. VII/4, blz. 352) overweegt het Hof ter gelegenheid van het onderzoek van de grief van schending van het Verdrag afgeleid uit de toestand van onzekerheid welke voor de ondernemingen was ontstaan doordat de Hoge Autoriteit de tarieven van een perekwatieheffing menigvuldig had gewijzigd dat, gelet op de aard zelf van een vereveningsstelsel tussen ondernemingen, de Hoge Autoriteit : « niet kan worden verweten dat zij — zij het dat zij daartoe herhaalde malen rectificaties heeft moeten uitvaardigen — boven het beginsel van de rechtszekerheid de voorkeur heeft gegeven aan het beginsel dat de verdeling der lasten zo rechtvaardig mogelijk moet geschieden. »

E. *Besluit.*

Dit overzicht van de rechtspraak van het Hof van Justitie laat blijken van de rijke inhoud die aan het legaliteitsbeginsel in die rechtspraak wordt toegekend en hoezeer de beoordeling van de wettigheid van de actie van de communautaire overheden moeilijk te scheiden is van een beoordeling betreffende de toepassing van economische denkbeelden die ons zeer dicht bij de waardering brengt van het beleid dat door de gemeenschappelijke overheden wordt gevoerd.

Men heeft zich de vraag gesteld of daarbij niet het gevaar rijst van het beruchte « gouvernement des juges ». Dat die vraag nu juist gesteld werd in een merkwaardig artikel van de hand van de Advocaat-Generaal bij het Hof van Justitie, de heer M. Lagrange (10) bewijst dat het probleem niet aan de aandacht van het Hof is ontgaan. Al is de plaats die het Hof inneemt ontegensprekelijk veel belangrijker dan oorspronkelijk door de verdragsluitende partijen was voorzien, toch zijn er o.i. geen redenen om zich thans zorgen te maken over een toestand waar de rechter van de gemeenschap zich zou begeven op het gebied dat behoort tot de sfeer van de executieven.

Het zal echter nuttig zijn om elke vrees voor de toekomst in dit opzicht uit de weg te ruimen, dat de andere organen van de Europese Gemeenschappen en nl. diegene wier specifieke taak het is de communautaire normen uit te vaardigen en toe te passen, versterkt worden. Wanneer een representatief Europees parlement de wetgevende taak van de gemeenschap op zich zal kunnen nemen; wanneer gezaghebbende executieven voor hun politiek beleid aan dit parlement verantwoording zullen moeten geven, maar anderzijds aan het legaliteitstoezicht van het Hof zullen onderworpen blijven, zal het nodige evenwicht worden geschapen zodat, hoe ruim ook het legaliteitstoezicht kan en moet zijn, er geen gevaar zal zijn dat het zich zou gaan bewegen op de grens tussen wettigheidstoezicht en verantwoording voor het voeren van een bepaald beleid.

---

(1) De genoemde rechtspraak is verschenen in « Jurisprudentie van het Hof van Justitie.

(2) De nederlandse tekst van de verdragen gebruikt voor « détournement de pouvoir » de, o.i., minder juiste uitdrukking van misbruik van bevoegdheid.

(3) A. Mast. Overzicht van het Belgisch Administratief Recht, 1962, blz. 388.

(4) Zie *Frankrijk*, Letourneur : Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat - in Etudes et Documents C.E. 1951-19 - *Nederland :* A.M. Donner - Nederlands Bestuursrecht - Algemeen Deel 1953 blz. 200 en volg. - *België :* A. Maroy - Application des principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative - Verslag op de Administratieve Dagen van de Belgische en Nederlandse Instituten voor Bestuurswetenschappen - 1961 (onuitgegeven).

(5) Zie o.a. A. de Laubadère : Droit Administratif, 1953 nr. 341.

(6) Haueisen - Der Wandel in der Beurteilung fehlerhaften Verwaltungsakte D.V.Bl. 1960/913 en volg. - Forsthoff : Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1956 - Alg. Teil, blz. 231.

(7) Bundesverwaltungsgericht 7 december 1960, N.J.W. 1961 blz. 1131.

(8) Donner - op. cit. blz. 203.

(9) G.J. Wiarda en I. Samkalden - Praeadviezen voor de Vereniging van Administratief Recht 1952.

(10) M. Lagrange : Le rôle de la Cour de Justice des Communautés Européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence : Revue du Marché Commun, februari 1961, blz. 44.

HET FISCAAL STATUUT VAN INTERNATIONALE LICENTIE-OVEREENKOMSTEN

door

Prof. Jean L. BLONDEEL

Docent aan de Universiteit te Gent.

Een voorafgaande opmerking dringt zich op. Overeenkomsten gesloten tussen licentiegevers en licentiehouders die zich in hetzelfde land bevinden, worden buiten de perken van deze bijdrage gehouden. De fiscale incidenties van dergelijke overeenkomsten blijven immers betrekkelijk eenvoudig.

Bovendien komen zulkdanige overeenkomsten, buiten het geval van uitgestrekte landen, relatief weinig voor. Deze bijlage behandelt dus uitsluitend de licentie-overeenkomsten aangegaan tussen zich in verschillende landen bevindende licentiegevers en licentiehouders.

Omgekeerd blijft deze studie niet beperkt tot licenties van octrooien; de licentie-overeenkomsten betreffende de ganse gamma van industriële eigendomsrechten : fabrieksmerken, *know-how* (die vaak vergezeld gaat van een overeenkomst tot verstrekking van technische bijstand) worden er insgelijks in betrokken. Hierna wordt ook onderscheid gemaakt tussen de *concessie* van industriële eigendomsrechten en de *overdracht* van dergelijke rechten. In sommige landen althans vertonen deze beide instituten uiteenlopende fiscale incidenties zowel wat betreft de rechtstreekse als wat betreft de onrechtstreekse belasting ervan.

Bij de bespreking van internationale licentie-overeenkomsten moet de ficale behandeling der licentievergoeding in twee landen worden nagegaan, enerzijds in het land van oorsprong dit is het land waarin de vennootschap zich bevindt die van de geconcedeerde industriële eigendomsrechten gebruik maakt en die derhalve een licentievergoeding betaalt, en anderzijds in het land van inning der vergoeding dit is het land waarin de licentiegever zich ophoudt.

* * *

In geval van afwezigheid van een verdrag inzake dubbele belasting — aldus wordt hierna bij wijze van afkorting een « verdrag strekkende tot uitschakeling van dubbele belasting » (wat trouwens niet altijd het resultaat van dergelijk verdrag is) genoemd — voorziet het land van oorsprong over het algemeen een rechtstreekse belasting, die op het bedrag van de door de licentiehouder betaalde vergoeding moet worden afgehouden : aldus de Belgische mobiliënbelasting ter hoogte van 18 %; de Franse *taxe professionnelle* ten bedrage van 24 %; de gelijkaardige Duitse belasting ter hoogte van 25 %; een belasting van 30 % in de Verenigde Staten; een belasting van 38,75 % in Engeland, enz.

Toch kennen sommige landen zoals Nederland, Zweden, Noorwegen, Denemarken en Finland geen dergelijke afhouding aan de bron op de aan buitenlandse licentiegevers betaalde vergoedingen.

Het belangrijkste voordeel verbonden aan verdragen inzake dubbele belasting bestaat erin dat zij de belasting in het land van oorsprong geheel of gedeeltelijk afschaffen en zodoende de dubbele belasting van licentievergoedingen voorkomen of althans beperken. Zo voorziet artikel 9, 2e lid van het Belgisch-Amerikaans Verdrag inzake dubbele belasting dat de door een Belgische licentiehouder aan een Amerikaans licentiegever uitbetaalde vergoedingen « als tegenwaarde van het recht auteurs- of reproductierechten, octrooien, geheime-procédés en formules, fabrieksmerken en andere gelijksoortige rechten te gebruiken » vrijgesteld zijn van Belgische mobiliënbelasting op voorwaarde dat de Amerikaanse vennootschap in België geen vaste inrichting bezit. Op dit begrip van vaste inrichting wordt later teruggekomen.

Een gelijkaardige vrijstelling kan worden teruggevonden in de verdragen inzake dubbele belasting die door België met Frankrijk, Italië, Zweden, Groot-Brittannië en Finland werden gesloten. Het woord « gelijkaardig » wordt hier opzettelijk gebruikt : genoemde vrijstellingen zijn immers niet identiek.

Er valt op te merken dat de door België gesloten vooroorlogse verdragen inzake dubbele belasting over het algemeen min expliciet zijn en dat zij niet altijd de ganse gamma van industriële eigendomsrechten opsommen zoals die voorkomt in de naoorlogse verdragen, zoals bv. in het Belgisch-Amerikaans verdrag of in het verdrag met Engeland. Dank zij de opgedane ervaring kwam men in laatstgenoemde verdragen tot een vrij nauwkeurige omschrijving der industriële eigendomsrechten.

Zo vermelden artikel 9, 2e lid der Frans-Belgische Conventie en artikel 8, 2e lid der Belgisch-Italiaanse Conventie uitsluitend de auteursrechten en de inkomsten van octrooien onvermeld. Artikel 6, 2e lid van de Belgisch-Luxemburgse Conventie is nog beperkter. Het stelt uitsluitend de inkomsten voortvloeiende uit auteursrechten vrij. Bij wijze van illustratie weze hier een recent Belgisch Cassatiearrest vermeld volgens hetwelk de door de Belgische licentiehouder aan een Frans licentiegever voor het gebruik van niet-geoctrooiëerde industriële eigendomsrechten betaalde vergoedingen onderworpen zijn aan Belgische Mobiliënbelasting (1). De vrees is gewettigd dat een dergelijke restrictieve toepassing door de Belgische rechtspraak aanleiding kan geven tot het aannemen, bij wijze van reciprociteit, van een gelijkaardige restrictieve houding in landen waarmee België verdragen inzake dubbele belasting heeft gesloten.

Tot nog toe was dit evenwel niet het geval wat betreft de Franse belastingsadministratie, die artikel 9, 2e lid van het Frans-Belgisch Verdrag op een ruime wijze toepast en die de door een Frans licentiehouder voor het gebruik van niet-geoctrooiëerde industriële eigendomsrechten betaalde vergoedingen derhalve niet onderwerpt aan de Franse *taxe professionnelle*. Vermoedelijk zal aan dit probleem een oplossing worden gegeven in de nieuwe verdragen en bijzonderlijk in het nieuw Frans-Belgisch verdrag.

Het Belgisch-Nederlands verdrag bevat onbegrijpelijkerwijze geen artikel, dat de belasting van de hier besproken vergoedingen behandelt. Vermits Nederland deze vergoedingen niet belast aan de bron, brengt deze leemte slechts nadelen mee wanneer de vergoedingen door een Belgisch licentiehouder aan een Nederlands licentiegever worden betaald. Voor dit probleem kan een oplossing of althans een begin van oplossing gevonden worden. Ik vrees echter dat het Ministerie van Financiën deze oplossing niet aanvaardt. Wan-

neer men de ruime interpretatie aanvaardt volgens dewelke licentievergoedingen in hoofde van de betrokken handelsvennootschappen handels- of nijverheidswinsten uitmaken, treedt het in alle verdragen inzake dubbele belasting voorkomend standaard artikel in werking, volgens hetwelk handels- of nijverheidswinsten vrijgesteld worden overeenkomstig het criterium van vaste inrichting. Indien de Nederlandse onderneming over geen vaste instelling in België beschikt, zou men derhalve kunnen zeggen dat het hier gaat over handels- of nijverheidsinkomsten die krachtens een ander artikel van het verdrag niet belastbaar zijn in België.

Ten einde misbruiken ten overstaan van het bedrag der vergoedingen te voorkomen, stellen zekere verdragen, aldus artikel 8, 4e lid van het Belgisch-Engelse verdrag, genoemde vergoedingen slechts vrij van mobiliënbelasting of omgekeerd van de Engelse belasting voor zover het bedrag der vergoedingen rechtvaardig en redelijk is. Een analoge bepaling kan worden teruggevonden in artikel 5 van de Belgisch-Amerikaanse Conventie en zou dus een gelijkaardige uitwerking kunnen hebben ten aanzien van een licentie-overeenkomst tussen de Verenigde Staten en België.

Een bepaling houdende vrijstelling aan de bron voor zover de buitenlandse licentiegever geen vaste instelling heeft in het land van oorsprong, komt voor in het merendeel der verdragen inzake dubbele belasting gesloten door de Verenigde Staten en door Zwitserland.

Dit leidt ons tot de bespreking van het delicate probleem der « vaste inrichting ». In artikel 2 van het Belgisch-Amerikaans Verdrag wordt dergelijke inrichting bepaald als « een bijhuis, een fabriek, een mijn, een petroleumexploitatie, een plantage, een werkplaats, een opslagplaats, een installatie of elke andere vaste verblijfplaats ».

Een agentschap valt er niet onder « tenzij de agent houder is van een algemene volmacht, en die gewoonlijk uitoefent om contracten te onderhandelen en af te sluiten voor rekening van een dergelijke (vreemde) onderneming ».

Een werkelijk autonoom agent of makelaar wordt dus niet als een vaste instelling beschouwd.

Een Belgische dochtermaatschappij van een Amerikaanse licentiegever wordt evenmin als een vaste instelling in de zin van het Belgisch-Amerikaans Verdrag aangezien, althans wanneer de Belgische maatschappij niet tussenkomt in de voortbrengst der licentievergoedingen. Zo zal een Amerikaanse licentiegevende vennootschap, die een Belgische commerciële of industriële dochtermaatschappij heeft, toch vrijgesteld zijn van de mobiliënbelasting op de door de licentiehouder aan de Amerikaanse licentiegever verschuldigde vergoedingen op voorwaarde dat het Belgisch filiaal geen bedrijvigheid heeft die betrekking houdt met de tussen de Amerikaanse moedermaatschappij en haar Belgische licentiehouder gesloten licentieovereenkomst. Daarentegen zou het Belgisch filiaal waarschijnlijk als een vaste instelling der Amerikaanse vennootschap worden beschouwd indien de ingenieurs of technici van het Belgisch filiaal technische bijstand verlenen waarop de Belgische licentiehouder overeenkomstig de met de Amerikaanse moedermaatschappij gesloten overeenkomst recht heeft.

Nog veel delicater wordt het probleem der vaste instelling, wanneer het gaat over de van vreemde vennootschappen afhangende administratieve coördinatie- of toezichtskantoren, die onlangs in België of Frankrijk werden opgericht naar aanleiding van de zeer recente houding der respectievelijke ministeries van financiën die aan zulkdanige kantoren een bijzonder fiscaal statuut voorbehouden. Ongetwijfeld zijn dergelijke kantoren vaste instellingen in de zin der verdragen inzake dubbele belasting. Logischerwijze zouden de licentiegevende vennootschappen evenwel moeten genieten van dezelfde vrijstelling van belasting aan de bron voor zover de aktiviteit van genoemde kantoren niets te maken heeft met de voortbrengst van aan de moedermaatschappijen verschuldigde vergoedingen.

Vermits het probleem der vaste instelling zo delicaat is, past het een streng doorgevoerd kader op te stellen van de bedrijvigheden der in het land van oorsprong der licentievergoedingen gelegen dochtermaatschappijen van licentiegevers en dit ten einde het voordeel van vrijstelling van belasting aan de bron, zoals voorzien in de meeste Verdragen inzake dubbele belasting, niet te verliezen.

Om genoemde vrijstelling van belasting aan de bron te genieten eisen zekere landen, waaronder België, vanwege de licentiegever een verklaring volgens dewelke :

1) hij eigenaar is der geconcedeerde industriële eigendomsrechten ;

2) hij in het land verblijft waarmee het betrokken Verdrag inzake dubbele belasting gesloten is ;

3) hij geen vaste instelling heeft in het land van oorsprong der licentievergoeding.

Zoals verder uiteengezet geeft de bewoording van het betrokken formulier, dat voor de overdracht van Belgisch-Amerikaanse vergoedingen het referentienummer 276K draagt, het ontstaan aan zekere delicate fiscale problemen in het land van ontvangst der vergoedingen en dit ingevolge een verschillende fiscale kwalificatie. Deze vraag wordt bij het einde van deze bijdrage nader besproken.

Niet alle Verdragen inzake dubbele belasting stellen de licentie-vergoedingen volledig vrij van elke belasting aan de bron. Sommige Verdragen voeren een verdeling door van de aanslag tussen het land van oorsprong en het land van ontvangst der vergoedingen zoals het Frans-Luxemburgs Verdrag dat de Franse belasting aan de bron van 24% tot 12% herleidt en het Duits-Luxemburgs Verdrag dat de Duitse belasting aan de bron van 25% op 5% brengt.

Dergelijke belastingsventilatie inhoudende Verdragen zijn niet noodzakelijkerwijze meer drukkend voor de licentiegever. Inderdaad, in de meeste gevallen worden de vergoedingen in het land van laatstgenoemde aan het volle tarief belast. Welnu, krachtens de hier bedoelde Verdragen, wordt soms in het land van ontvangst der vergoedingen een korting toegestaan die rekening houdt met de in het land van oorsprong geheven belasting. Het bijzonderste doel van deze Verdragen is het bekomen van een billijker verdeling van de belasting tussen technisch zeer productieve en technisch min productieve landen. Het is duidelijk dat deze verdeling van belasting tussen het land van de licentiehouder en het land van de licentiegever voor het laatste slechts ongunstig is in de mate waarin de eigen wetgeving het tarief van de belasting der vergoedingen van vreemde oorsprong hetzij uitschakelt hetzij aanzienlijk verlaagt. Dit is het geval in vele landen die hieronder ter sprake komen.

Dit brengt ons tot de behandeling van de belasting van licentievergoedingen in het land van de licentiegever m.a.w. het land van ontvangst der vergoedingen.

In het merendeel der landen worden de licentievergoedingen van vreemde of nationale oorsprong geïncorporeerd in het globaal inkomen van de licentiege-

ver en bijgevolg belast aan de normale tarieven toepasselijk voor commerciële of industriële winsten. Dit is b.v. het geval in de Verenigde Staten en in Frankrijk.

Zekere landen passen evenwel een verschillend tarief toe naargelang het gaat over vergoedingen van vreemde dan wel van nationale oorsprong.

Dit is het geval in België waar vergoedingen door een vreemde licentiehouder aan een Belgisch licentiegever verschuldigd onderworpen zijn aan mobiliënbelasting tegen een verminderd tarief van 12% onverschillig of deze vergoedingen al dan niet in het land van oorsprong belast werden. Dit gunstig fiscaal statuut verklaart de oprichting in ons land van bepaalde *holdings* van industriële eigendomsrechten die, dochtermaatschappijen zijnde van grote internationale vennootschappen, tal van licentievergoedingen ontvangen die grotendeels voortkomen hetzij uit landen waarmee België een Verdrag inzake dubbele belasting heeft gesloten krachtens hetwelk licentievergoedingen in het land van oorsprong, van belasting worden vrijgesteld, hetzij uit landen die genoemde vergoedingen niet belasten aan de bron. In de huidige stand van zaken kan een Belgische vennootschap, houdster van octrooien en van andere industriële eigendomsrechten, een vrij interessante basis zijn voor de voortbrengst van kapitalen die onder de vorm van participaties of leningen in de dochtermaatschappijen van de internationale vennootschap kunnen worden wederbelegd. Deze kapitaalsvorming voltrekt zich tegen een globale fiscale last van 12% en dit zelfs ingeval van uitdeling van genoemd kapitaal onder de vorm van dividenden ingevolge het principe « non bis in idem », neergelegd in artikel 52 der gecoördineerde wetten inzake inkomstenbelasting. Laatstgenoemd principe schijnt evenwel tijdens de komende fiscale hervorming te moeten verdwijnen.

De term « holding van industriële eigendomsrechten » is wat België betreft onvoldoende adekwaat en dit vermits een Belgische vennootschap, in tegenstelling bv. met wat in Luxemburg het geval is, tegelijkertijd holding van industriële eigendomsrechten en handelsvennootschap kan zijn, een overeenkomstige ventilatie van haar inkomsten kan doorvoeren en het gunstig fiscaal statuut inzake belasting van vreemde licentievergoedingen kan blijven genieten. Het zou spijtig zijn moest de toekomstige fiscale hervorming met deze gunstige methode van kapitaalsvorming, die de economische en financiële ontwikkeling van België slechts voordelen kan bijbrengen, gedaan maken.

Bij de analyse van de fiscale behandeling van in België opgerichte holdings van industriële eigendom is het nuttig te onderlijnen dat zekere honoraria, uitbetaald tot vergoeding van technische bijstand onafhankelijk van enig industrieel eigendomsrecht, onderworpen zijn aan de bedrijfsbelasting — en niet aan de mobiliënbelasting —, waarvan het tot 1/5 herleide tarief slechts toepasselijk is indien dergelijke honoraria belast werden in het land van oorsprong of, hetgeen in het merendeel der gevallen op hetzelfde neerkomt, indien zij door tussenkomst van een buitenlandse instelling werden voortgebracht. In dit perspectief kan het wenselijk zijn een ventilatie door te voeren tussen vergoedingen voortkomend van de zuivere concessie van industriële eigendomsrechten en honoraria voortkomend van het verstrekken van commerciële of administratieve bijstand, rekening houdend met het feit dat de algemene onkosten der holdingmaatschappij slechts aftrekbaar zijn van aan bedrijfsbelasting onderworpen inkomsten. Daaruit volgt dat over het algemeen de oprichting in België van holdings van octrooien en van andere industriële eigendomsrechten slechts interessant is voor zover de aan de Belgische vennootschap betaalde vergoedingen voor de grote meerderheid vergoedingen uitmaken voor het gebruik van octrooien, fabrieksmerken en andere industriële eigendomsrechten.

Ook Zwitserland behoudt aan de vergoedingen van vreemde oorsprong een preferentieel fiscaal statuut voor. Genoemde vergoedingen zijn onderworpen aan een progressieve federale belasting gaande van 3 tot 8%. Anderzijds kunnen verschillende kantons zoals Genève, Vaud en Zug bereid gevonden worden tot een aanzienlijke vermindering of zelfs volledige uitschakeling van de kantonnale belasting op vreemde vergoedingen. Wanneer men zich voor ogen houdt dat dividenden vrijgesteld zijn van federale belasting op de inkomsten (2) en, in verschillende kantons, van kantonnale belasting op de inkomsten; dat een fiscaal regime dat gelijkt op dit bestaand voor de vergoedingen toepasselijk is op de intresten voortkomend van buitenlandse leningen ; wanneer men bovendien rekening houdt met de mogelijkheid tot het bekomen van voorafgaande fiscale regelingen betreffende de ventilatie der handelsinkomsten tussen de Zwitserse instelling en haar buitenlandse bijhuizen, begrijpt men gemakkelijk de oprichting in Zwitserland van talrijke vennootschappen of bijhuizen van vennootschappen met internationale vertakkingen.

Er dient bovendien opgemerkt te worden dat, ingevolge het bestaan van Verdragen inzake dubbele belasting door Zwitserland met Frankrijk, Oostenrijk en Denemarken gesloten, de belasting aan de bron van dividenden aan de Zwitserse moedermaatschappij uitbetaald door filialen in de genoemde landen uitgeschakeld is of althans, voor wat betreft Duitsland, de Verenigde Staten, Engeland, Zweden, Noorwegen en Finland, aanzienlijk verminderd. Het moet evenwel aangestipt worden dat, anders dan in België, de Zwitserse federale fiscaliteit het principe « non bis in idem » niet kent zodat de door Zwitserse holdings verdeelde dividenden aan een tarief van 30% federale belasting zijn blootgesteld tenminste voor zover geen Verdrag inzake dubbele belasting dit tarief reduceert (zo wordt genoemde belasting van 30% op 5% teruggebracht krachtens het Zwitsers-Amerikaans Verdrag) (3). Indien de beneficiant der Zwitserse inkomsten zich in een land bevindt dat het systeem der « foreign tax credit » aanvaardt, zal de Zwitserse belasting afgetrokken worden van de in het land van ontvangst verschuldigde belasting (4).

In het licht van deze overwegingen is het voor de hand liggend dat de oprichting van een holding niet in het abstracte weg kan worden aanbevolen en dat daartoe een gedetailleerde analyse nodig is van de soorten van inkomsten, van de landen waarin deze inkomsten ontstaan en van de door de internationale onderneming nagestreefde doeleinden zoals : financiering in het buitenland van nieuwe verrichtingen of repatriëring der inkomsten met de laagste fiscale druk. Elke beslissing op dit stuk moet gebaseerd zijn op een gedetailleerd onderzoek der onderneming, van haar internationale vertakkingen en van het net van Verdragen inzake dubbele belasting, gesloten tussen de verschillende landen waarin de commerciële en industriële centra der betrokken internationale onderneming gelocaliseerd zijn.

Luxemburg is een ander interessant land voor ondernemingen die industriële eigendomsrechten in hun bezit hebben. De Luxemburgse fiscale wetgeving voorziet dezelfde preferentiële behandeling voor inkomsten van industriële eigendomsrechten als deze

toegestaan voor inkomsten uit portefeuille d.w.z. voor dividenden en intresten van leningen op voorwaarde evenwel dat de holding geen verrichtingen van commerciële of industriële aard voltrekt. De Luxemburgse fiscale overheid staat een vrij ruime interpretatie van deze beschikkingen voor.

Zij aanvaardt dat een holding hetzij participaties, hetzij industriële eigendomsrechten die zij mag concederen aan van haarzelf of van de moedermaatschappij volledig onafhankelijke licentiehouders, mag aanhouden. De holding mag eveneens beschikken over aan het publiek niet opengestelde burelen en over personeel dat de valorisatie door concessie der industriële eigendomsrechten tot opdracht heeft. De Luxemburgse holding mag evenwel geen technische bijstand verschaffen aan de licentiehouders alhoewel aanvaard wordt dat het personeel van de holding gedeeltelijk in dienst mag zijn van de moedermaatschappij en dan in die hoedanigheid technische bijstand mag verstrekken.

Anderzijds belast de Luxemburgse wetgeving de vergoedingen noch bij hun ontvangst door de holding noch bij hun verdeling door de holding onder de vorm van dividenden aan de aandeelhouders van laatstgenoemde. Zowel Zwitserland als Luxemburg hebben een zeer minieme belasting op het kapitaal ter hoogte van enkele fracties van percenten.

Een feit moet evenwel onderlijnd worden. Op het huidige ogenblik beschikt Luxemburg nog over geen even volledig net van Verdragen inzake dubbele belasting als dit wel het geval is voor Zwitserland of België. Er moet insgelijks opgemerkt worden dat, gezien bepaalde Belgische fiscale beschikkingen (5) de vergoedingen door een Belgisch licentiehouder aan een Luxemburgse holding uitbetaald onderworpen zijn aan zekere beperkingen en soms door de Belgische fiscale overheid met achterdocht bejegend worden.

Het is mogelijk dat een licentiegever er in zijn eigen land een belangrijk fiscaal voordeel bij kan hebben de hem toebehorende industriële eigendomsrechten over te dragen veeleer dan ze te concederen. Dit is het geval in de Verenigde Staten waar de sommen ontvangen als tegenprestatie voor de overdracht van octrooien, fabrieksmerken, geheime procédés en know-how en van al wat tastbaar is, kan ontsnappen aan de gewone inkomstenbelasting om onderworpen te worden aan de speciale belasting der meerwaarden of « capital gains tax ». De Amerikaanse fiscale overheid schakelt de exclusieve concessie voor onbepaalde duur van zekere industriële eigendomsrechten gelijk aan de overdracht ervan zodat dergelijke concessie op hetzelfde bevoorrecht fiscaal regime aanspraak kan maken. De Amerikaanse fiscus aanvaardt eveneens dat de prijs voor de overgedragen industriële eigendomsrechten hetzij ineens, hetzij door middel van gelijke annuiteiten hetzij door middel van een percentage op de verkopen van de licentiehouder wordt betaald.

Vermits het tarief van de Amerikaanse belasting op de inkomsten van vennootschappen thans 52% en het tarief op de inkomsten ingevolge meerwaarden 25% bedraagt, begrijpt men gemakkelijk dat de Amerikaanse licentiegevers liever voor een overdracht dan voor een concessie opteren. Natuurlijk kan de methode van overdracht van industriële eigendomsrechten slechts met een gerust gemoed overwogen worden wanneer de licentiehouder min of meer onder de controle staat van de licentiegever. De overdracht der industriële rechten, vergeleken met de concessie ervan, doet de licentiehouder immers veel uitgebreide rechten aan de hand.

De Belgische fiscus daarentegen is slechts zeer zelden geneigd om in dergelijke verrichting een overdracht te zien aangezien de overdracht aan de Belgische licentiehouder nagenoeg steeds beperkt is tot België, de gemeenschappelijke markt, zekere welaangeduide landen. De Belgische rechtspraktijk houdt voor dat men slechts met een overdracht te doen heeft ingeval de vervreemder zijn industriële eigendomsrechten zonder enige beperking in de tijd of in de ruimte afstaat (6).

Ingeval van overdracht ondergaat het boekhoudkundig en fiscaal statuut der vergoedingen een wijziging.

In de hypothese van een echte overdracht moeten de industriële eigendomsrechten op de balans van de verkrijger gekapitaliseerd worden ten einde afschrijfbaar te worden, (7) terwijl in het geval van een concessie de vergoedingen als een van de bruto-inkomsten van de licentiehouder aftrekbare beroepslast worden beschouwd. Onnodig te vermelden dat het niet steeds gemakkelijk is de waarde te schatten van onder de vorm van percenten op de verkopen van de licentiehouder betaalbare industriële eigendomsrechten. Een projectie in de tijd is immers zelden juist ; zelfs wanneer het mogelijk is een juiste schatting te doen van de aankoopprijs der industriële eigendomsrechten, is het boekhoudkundig gezien niet zonder bezwaren een zo belangrijke post op het actief van de balans van de licentiehouder te laten voorkomen.

Er valt nog op te merken dat de overdracht van zuivere industriële eigendomsrechten (octrooien, fabrieksmerken, fabrikatieprocédés) niet onderworpen is aan de belasting van 6% op de roerende verhuringen, waaraan de concessie van industriële eigendomsrechten wel onderworpen is voor zover genoemde rechten in België worden uitgebaat of betrekking hebben op in België verkochte fabrikaties. Dit verklaart de weigerachtige houding van de Belgische fiskus om het karakter van overdracht te erkennen. Het feit dat dezelfde transactie in bepaalde gevallen als een overdracht wordt beschouwd ten aanzien van het Amerikaans fiscaal recht en als een concessie ten aanzien van het Belgisch fiscaal recht is verantwoordelijk voor de aarzeling van zekere Amerikaanse licentiegevers om het formulier 276K zoals het thans gelibelleerd is, te ondertekenen. Inderdaad, overeenkomstig de termen van dit formulier erkennen zij de eigenaars te zijn van de geconcedeerde rechten terwijl zij in de Verenigde Staten het standpunt verdedigen volgens hetwelk zij genoemde rechten hebben overgedragen.

Ten slotte is het niet zonder nut te vermelden dat de overdrachtsprijs van industriële eigendomsrechten en de honoraria voor technische bijstand in België vrijgesteld zijn van rechtstreekse belastingen inzover de vervreemder er geen vaste inrichting heeft. De verstrekking van belangrijke technische bijstand zou evenwel de langdurige aanwezigheid in België van technici kunnen meebrengen. Dit zou dan kunnen leiden tot de aanwezigheid van een vaste inrichting en bijgevolg tot de belastig van dergelijke inkomsten met bedrijfsbelasting aan het gewone tarief.

(*) Voordracht gehouden voor het seminarie « Licentieovereenkomsten betreffende octrooien en *know-how* », ingericht door de Commissie *Droit et Vie des Affaires* van de Universiteit te Luik van 21 tot 23 december 1961.

(1) Cass. 19 januari 1960, Pas., 1960, I. 567.

(2) Voor zover, de Zwitserse maatschappij 25 % van de aandelen van de dividenden betalende maatschappij of aandelen voor een waarde van 2 millioen Zwitserse frank inhoudt.

(3) Voor zover er 95 % holding bestaat.

(4) U.S. Internal Revenue Code (1954), Section 901.

(5) Art. 26, part. 4 van S.W.I.B.

(6) Vgl. Répertoire Fiscal, 1962, 1-2, 3206.

(7) Cass. 14 maart 1957, Pas, I, 844.