

DE VASTSTELLING VAN OVERSPEL DOOR GERECHTSDEURWAARDER*

I. Inleiding

1. In het oorspronkelijke wetsvoorstel tot «depenalisering» van het overspel, dat geleid heeft tot de wet van 20 mei 1987, werd uitsluitend voorgesteld om de artt. 387 en 390 van het Strafwetboek houdende het klachtmisdrijf overspel, op te heffen. De auteur van het wetsvoorstel, Henrion, was er zich wel van bewust dat, door de «depenalisering» van het overspel, het bewijs van deze gedraging in het kader van een procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten moeilijker zou worden. Hij meende nochtans dat de rechtspraak in bepaalde gevallen een beroep zou kunnen doen op een gerechtsdeurwaarder om de feiten vast te stellen; het leek hem vooralsnog niet nuttig om het wetsvoorstel aan te vullen met specifieke bepalingen aangaande burgerlijke rechtspleging¹.

Tijdens de bespreking ervan in de kamercommissie voor Justitie werd evenwel de bezorgdheid geuit dat door de eenvoudige «depenalisering» van het overspel een gemakkelijk en goedkoop bewijs van het overspel zou wegvallen, zodat de zeer talrijke echtscheidingsprocedures gegrond op het overspel van de andere echtgenoot (art. 229 B.W.) erdoor moeilijker zouden worden (meestal zouden immers getuigenverhoren noodzakelijk zijn, met het wisselvallige lot dat hieraan verbonden is), veel langer zouden duren (talrijker stappen in de echtscheidingsprocedure, aangescherpt door de gerechtelijke achterstand, die inzonderheid voor de vaststelling van getuigenverhoren in bepaalde arrondissementen aanzienlijke proporties aanneemt) en duurder zouden worden voor de rechtsonderhorigen (toename van de proceskosten, hogere kosten en honoraria voor de advocaat). Overigens was dit probleem reeds opgeworpen tijdens de voorbereidende werkzaamheden van de wet van 28 oktober 1974 waarbij de discriminatie tussen man en vrouw bij de bestraffing van het overspel werd afgeschaft en de sancties op dit misdrijf werden verlicht².

Er werd dan ook bij de bespreking van het wetsvoorstel Henrion naar een alternatief gezocht om dit euvel te onderwerpen. Verschillende formules werden voorgesteld die inhielden dat er geen «depenalisering» van het overspel zou geschieden:

— automatische schorsing van de publieke vordering bij het inleiden van een echtscheidingsprocedure, en automa-

tisch verval van de publieke vordering bij het effectief worden van de echtscheiding³;

— automatische opschorting van de straf wanneer de te lastlegging bewezen verklaard wordt⁴;

— omzetting van het wanbedrijf overspel in een overtreding⁵.

Al deze voorgestelde oplossingen werden evenwel verworpen omdat zij afweken van het doel van het oorspronkelijke wetsvoorstel.

2. Uiteindelijk werd aandacht besteed aan een formule waarbij het overspel wel «gedepenaliseerd» zou worden, maar waarbij in een privaatrechtelijke vervangingsprocedure zou worden voorzien voor de vaststelling van het overspel via gerechtsdeurwaarder. Deze formule, die als een noodoplossing werd bestempeld⁶, werd oorspronkelijk voorgesteld in een regeringsamendement⁷.

De voorkeur werd gegeven aan het organiseren van een dergelijke civielrechtelijke vaststellingswijze van het overspel bij wet, veeleer dan zulks over te laten aan een mogelijke ontwikkeling in de rechtspraak, o.m. om niet in strijd te komen met art. 8 (2) E.V.R.M. in zoverre dit bepaalt dat geen inmenging van enig openbaar gezag m.b.t. de uitoefening van het recht op eerbiediging van het privé-leven is toegelaten dan voor zover daarin bij de wet is voorzien⁸.

In de kamercommissie voor Justitie werd dit regeringsamendement nochtans verworpen⁹; daarna werd het evenwel in de openbare vergadering door een kamerlid overgenomen¹⁰ en wél aangenomen¹¹. Bij de behandeling in de Senaat werden er geen wijzigingen meer in aangebracht.

II. Situering van de nieuwe bewijsmogelijkheid

3. Door art. 3 van de wet van 20 mei 1987 werd in het vierde deel van het Gerechtelijk Wetboek, Boek II. Geding, Titel III. Tussengeschieden en bewijs, Hoofdstuk VIII, Bewijs, een afdeling X ingevoerd «Vaststelling van overspel bij gerechtsdeurwaarder».

De innovatie komt erop neer dat in de regeling van het bewijs in privaatrechtelijke geschillen een nieuw bewijsmid-

³ *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 792-4/I, amendement-Baert van 2 mei 1984.

⁴ *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 792-5/I, amendement-Collignon van 9 mei 1984 primair.

⁵ *Ibid.*, amendement-Collignon subsidiair.

⁶ *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 792-6, verslag kamercommissie voor Justitie, p. 19 (hierna aangehaald als verslag kamercommissie).

⁷ *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 792-2, van 28 maart 1984.

⁸ Verslag kamercommissie, p. 7.

⁹ Verslag kamercommissie, p. 20.

¹⁰ *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 792-7, amendement-Suykerbuyk van 14 juni 1984.

¹¹ *Parl. Hand., Kamer*, 25 juni 1984, p. 3659.

* Over de depenalisatie van het overspel, zie SPRIET, B. en VANDEPLAS, A., «Echtbreuk zonder overspel», *R.W.*, 1987-88, 91-94.

¹ *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 792-1, wetsvoorstel-Henrion van 22 november 1983, Toelichting, p. 2.

² Zie SPREUTELS, J., «Les récentes modifications législatives en matière d'adultère en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg», *R.D.P.*, 1974-75, (793), 803, nr. 22.

del wordt georganiseerd, namelijk de vaststelling door gerechtsdeurwaarder. Het nieuwe bewijsmiddel werd nochtans uitdrukkelijk beperkt qua voorwerp en qua procedure waarin het gehanteerd mag worden (art. 1016bis, eerste lid, Ger. W.).

4. Alleen het overspel kan het voorwerp uitmaken van de nieuwe bewijsmogelijkheid, dit is de geslachtsgemeenschap van een gehuwde persoon met iemand van het andere geslacht die niet zijn echtgenoot is¹². Aldus zal geen machtiging gegeven kunnen worden om door gerechtsdeurwaarder bv. de homofiele of pedofiele betrekkingen van de mede-echtgenoot te doen vaststellen. Ten onrechte werd tijdens de voorbereidende werkzaamheden gesteld dat het onderhouden van homoseksuele betrekkingen eveneens overspel zou uitmaken dat in aanmerking zou komen voor vaststelling via de nieuwe procedure¹³.

De nieuwe bewijsmogelijkheid kan evenmin worden aangewend voor het vaststellen van de geslachtsbetrekkingen die de ex-echtgenoot zou onderhouden met een derde, hoe groot het vermogensrechtelijke belang (bv. inzake alimentatie) van de gewezen partner om over het bewijs ervan te beschikken ook moge zijn^{13a}.

5. De wet bepaalt verder dat de vaststelling door gerechtsdeurwaarder als bewijsmiddel geldt van het overspel «als grond tot echtscheiding». Dit houdt in dat deze nieuwe bewijsmogelijkheid niet aangewend kan worden buiten het kader van een procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Hiermee dient redelijkerwijze gelijkgesteld te worden de procedure tot scheiding van tafel en bed op grond van bepaalde feiten, hoewel art. 1306, eerste lid, Ger. W. niet in die zin werd aangevuld, hetgeen ongetwijfeld een vergetelheid is. Het is evenwel uitgesloten om dit nieuwe bewijsmiddel aan te wenden in andere procedures, bv. m.b.t. een vordering tot het verkrijgen van schadevergoeding. De aantasting van het fundamentele recht op bescherming van de privacy die met de aanwending van het nieuwe bewijsmiddel gepaard gaat, dient immers restrictief geïnterpreteerd te worden.

Aan de andere kant is het evenwel niet vereist dat er op het ogenblik van het verzoek tot machtiging om de vaststelling van het overspel te doen, reeds een echtscheidingsprocedure aanhangig zou zijn.

III. Bevoegdheid

6. Daar een gerechtsdeurwaarder vanzelfsprekend niet de bevoegdheid heeft om op eigen gezag zonder instemming van de bewoner een particuliere woning te betreden om aldaar vaststellingen te doen, diende voor het nieuw ingevoerde bewijsmiddel een systeem te worden bedacht

waarbij het optreden van de gerechtsdeurwaarder zou geschieden op basis van een voorafgaande machtiging door de rechter¹⁴.

7. Wat de volstreckte bevoegdheid betreft, werd de inschakeling van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg vooropgesteld (art. 1016bis, tweede lid Ger. W.). Het betreft hier immers een taak die in de lijn ligt van andere kwesties waarover de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg uitspraak doet in een verzoekschriftprocedure (zie artt. 585-586 Ger. W.), ook inzake familierechtelijke kwesties (zie art. 331sexies B.W. inzake afstammingsgeschillen, als ingevoerd door de wet van 31 maart 1987). In het oorspronkelijke regeringsamendement was dan ook voorgesteld om art. 585 Ger. W. dienovereenkomstig aan te vullen¹⁵, doch dit werd niet overgenomen in de uiteindelijke wettekst. Deze aanvulling is ook niet noodzakelijk, aangezien art. 585 Ger. W. voordien al geen limitatieve opsomming gaf van de bevoegdheden van de voorzitter om uitspraak te doen op verzoekschrift¹⁶. De suggestie om voor het beoordelen van de machtiging tot vaststelling van het overspel de vrederechter bevoegd te maken, met als motivering dat deze sinds de wet van 14 juli 1976 (vooral art. 223 B.W.) de gezinsrechter bij uitstek geworden is, werd gelukkig niet gevolgd¹⁷.

8. De territoriale bevoegdheid werd niet uitdrukkelijk in de wettekst gepreciseerd. In het oorspronkelijke regeringsamendement was voorgesteld om art. 628, 2°, Ger. W., dat bepaalt dat alleen de rechter van de laatste echtelijke verblijfplaats bevoegd is tot kennisneming van een aantal geschillen tussen of aangaande echtgenoten, uit te breiden met de nieuw ingevoerde procedure van art. 1016bis Ger. W.¹⁸. In een later amendement van de regering werd, op vraag van de kamercommissie voor Justitie¹⁹, daarentegen voorgesteld om in art. 628 Ger. W. een 16° in te voegen waarbij bepaald zou worden dat voor de nieuwe procedure de rechter van de plaats of een van de plaatsen waar de vaststellingen dienen te gebeuren, bevoegd zou zijn²⁰. Geen van beide voorgestelde bepalingen werd evenwel in de uiteindelijke wettekst overgenomen.

Wel bepaalt het vijfde lid van art. 1016bis Ger. W., dat werd ingevoerd op basis van een in een later stadium van de parlementaire procedure ingediend regeringsamendement²¹, dat indien blijkt dat de vaststellingen die wijzen op overspel, eveneens kunnen worden gedaan buiten het gerechtelijke arrondissement, de betrokken echtgenoot de voorzitter van de rechtbank van de plaats waar die vaststellingen dienen te gebeuren, om de nodige machtiging kan verzoeken. Deze bepaling stelt impliciet maar zeker dat voor het geven van de machtiging tot vaststelling van overspel door gerechtsdeurwaarder uitsluitend bevoegd is de voorzitter van de rechtbank van het gerechtelijk arrondissement waar-

¹² Cf. m.b.t. het vroegere misdrijf overspel: RIGAUX, M. en TROUSSE, P.-E., *Les crimes et les délits du code pénal*, V, p. 486; DE WILDE, L., *Overspel en onderhoud van bijzit* (A.P.R.), Brussel, Larcier, 1967, 29, nr. 45.

¹³ *Parl. St., Senaat*, 1986-87, nr. 543-2, verslag senaatscommissie voor Justitie, p. 2 (hierna aangehaald als verslag senaatscommissie).

^{13a} Cf. in dezelfde zin, en zonder uitdrukkelijke wettekst, de Franse rechtspraak: Parijs, 5 november 1981, *D.S.*, 1983, inf. rap., 38.

¹⁴ Zie verslag kamercommissie, p. 3.

¹⁵ *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 792-2, voorgesteld art. 2.

¹⁶ Zie FETTWEIS, A., *Bevoegdheid* (Handboek voor gerechtelijk recht, deel II), Antwerpen/Utrecht, Standaard, 1971, nr. 486.

¹⁷ Verslag kamercommissie, p. 8.

¹⁸ *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 792-2, voorgesteld art. 3.

¹⁹ Verslag kamercommissie, p. 11, onder nr. 13.

²⁰ *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 792-4/II, voorgesteld art. 3.

²¹ *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 792-4/II, voorgesteld art. 4.

in de beoogde vaststelling dient te gebeuren²². Deze territoriale bevoegdheidsregel kan aldus vergeleken worden met die inzake de verzegeling door de vrederechter (art. 1152, tweede lid, Ger. W.). De voorzitter van de rechtbank van de laatste echtelijke verblijfplaats bezit ter zake dus geen enkele bevoegdheid.

De regels van de samenhang (artt. 566, 634 en 701 Ger. W.) kunnen hier geen toepassing vinden, daar vorderingen tot machtiging om in twee verscheidene arrondissementen een vaststelling tot overspel te doen, onderling niet zo nauw verbonden zijn dat het wenselijk is ze samen te behandelen en te berechten; ter zake bestaat immers geen enkel gevaar dat, bij afzonderlijke berechtiging van de zaken door twee voorzitters, er oplossingen zouden komen die onverenigbaar kunnen zijn (zie de definitie van art. 30 Ger. W.).

Uit het aangehaalde art. 1016bis, vijfde lid, Ger. W. volgt ook dat indien de plaatsen waar de vaststelling van het overspel kan geschieden, zich in twee of meer verschillende arrondissementen bevinden, de betrokken echtgenoot genoodzaakt zal zijn om bij de onderscheiden voorzitters van de rechtbanken een verzoek tot machtiging in te leiden. Het is de voorzitter van de rechtbank niet toegestaan om een machtiging tot vaststelling van overspel buiten zijn arrondissement te verlenen²³. Aan de andere kant kan de betrokken echtgenoot zich *tegelijktijd* tot twee of meer voorzitters wenden om de gewenste machtigingen te krijgen²⁴.

In elk geval heeft het feit dat er in voorkomend geval reeds een echtscheidingsprocedure aanhangig is gemaakt, geen enkel belang voor het bepalen van de territoriaal bevoegde rechtbank inzake machtiging tot vaststelling van overspel.

IV. Rechtspleging

9. De vordering tot machtiging tot vaststelling van overspel wordt ingeleid bij eenzijdig verzoekschrift.

In afwijking van art. 1026, 5°, Ger. W. bepaalt art. 1016bis, tweede lid, Ger. W. dat het verzoekschrift mag worden ondertekend ofwel door de advocaat, ofwel door de betrokken echtgenoot zelf. Voor deze afwijking van de gemeenrechtelijke regel dat verzoekschriften alleen door leden van de balie mogen worden ondertekend, werd geen verantwoording gegeven.

Het verzoekschrift dient, buiten de vermeldingen die elk verzoekschrift dient te bevatten, en die bepaald worden in art. 1026 Ger. W., alle nuttige inlichtingen te vermelden. Verder is voorgeschreven, en dit op straffe van nietigheid, dat het verzoekschrift de plaats waar de vaststellingen kunnen worden gedaan die wijzen op overspel, dient te vermelden (art. 1016bis, derde lid, Ger. W.). Zo er binnen het arrondissement meerdere adressen zijn waar de vaststelling van het overspel kan gebeuren, mogen meerdere plaatsen in het verzoekschrift worden aangegeven (zie art. 1016bis, derde lid, Ger. W.)²⁵, doch het werd ontoelaatbaar geacht

om een machtiging tot vaststelling van overspel te vorderen zonder aanduiding van de juiste plaats waar de vaststelling zou dienen te gebeuren. De aan te geven plaats kan zowel een privé-woning, een openbaar gebouw of een hotelkamer zijn²⁶.

10. Bij het verzoekschrift dient een recent uittreksel van de akte van huwelijk van de verzoeker gevoegd te worden (art. 1016bis, derde lid, *in fine*, Ger. W.). Dit vereiste werd ingevoegd als minimale waarborg voor de bescherming van het privé-leven van degene t.a.v. wie de vaststelling van het overspel gevorderd wordt²⁷. Mocht deze formaliteit toch zijn verwaarloosd, dan kan de verzoeker tijdens de procedure nog worden uitgenodigd om een uittreksel van de huwelijksakte neer te leggen. Indien de verzoeker nalaat aan dit wettelijke vereiste te voldoen, dient zijn verzoek ontoelaatbaar verklaard te worden.

Verder kunnen bij het verzoekschrift alle andere nuttige stukken worden gevoegd tot staving van het verzoek (art. 1016bis, derde lid, *in fine*, Ger. W.).

11. Op basis van de gegevens en de motivering opgenomen in het verzoekschrift, van de bij het verzoekschrift gevoegde stukken en in voorkomend geval van de door de verzoeker of zijn raadsman in de procedure gegeven mondelinge toelichting, kan de voorzitter de machtiging verlenen om de nodige vaststellingen door een gerechtsdeurwaarder te laten doen. De wettekst zegt dat de rechter een gerechtsdeurwaarder *kan* aanstellen (art. 1016bis, derde lid, Ger. W.), en tijdens de voorbereidende werkzaamheden werd gepreciseerd dat de voorzitter steeds kan weigeren de gevraagde machtiging te geven, ingeval de hem voorgelegde bronnen ongeloofwaardig voorkomen²⁸. Er is m.a.w. geen sprake van een automatisme aangaande de te geven machtiging tot vaststelling van overspel. Wel zal een eventuele weigering voldoende gemotiveerd dienen te worden; het gebruik van de *potentialis* houdt geenszins in dat de voorzitter hier over een arbitraire beoordelingsbevoegdheid zou beschikken²⁹.

De beschikking wordt gegeven in raadkamer (art. 1029, eerste lid, Ger. W.).

12. In zijn beschikking dient de voorzitter expliciet de plaats of de plaatsen aan te duiden waar de vaststellingen door gerechtsdeurwaarder kunnen gebeuren (art. 1016bis, zevende lid, Ger. W.).

13. Verder dient hij uitdrukkelijk de periode te bepalen waarbinnen de vaststellingen kunnen gebeuren (art. 1016bis, zevende lid, Ger. W.). Deze bepaling werd tijdens de parlementaire behandeling ingevoegd met het oog op een beperking van de aantasting van het privé-leven. Er was ook voorgesteld om de termijn voor de vaststelling in de wet zelf te bepalen — een geldigheidsduur van drie maanden werd hierbij voorgesteld³⁰ — doch dit werd niet in de uiteindelijke tekst overgenomen.

²⁶ Cf. verslag kamercommissie, p. 11, onder nr. 12.

²⁷ Verslag kamercommissie, p. 10, onder nr. 9.

²⁸ Verslag kamercommissie, p. 13, onder nr. 6 (verklaring van de vice-eerste minister), p. 11, onder nr. 12.

²⁹ Anders, ten onrechte, de opmerking in verslag kamercommissie, p. 9.

³⁰ *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 792-5/IV, subamendement-Van den Brande; verslag kamercommissie, p. 14.

²² Zie ook verslag senaatscommissie, p. 7.

²³ Cf. verslag senaatscommissie, p. 7.

²⁴ Zie hierover ook: verslag kamercommissie, p. 11, onder nr. 1; verslag senaatscommissie, p. 7-8.

²⁵ Zie hierover ook: verslag kamercommissie, p. 11, onder nr. 12.

In de praktijk blijkt dat de voorzitters machtigingen verlenen waarvan de geldingsduur varieert tussen één maand en zes maanden. Het spreekt vanzelf dat, ingeval de concrete omstandigheden van de zaak dit wettigen (bv. in geval van een wisselvallige relatie), de voorzitter aan zijn machtiging een langere geldingsduur kan verlenen dan die welke gebruikelijk is.

14. Ten slotte dient de beschikking *nominatim* de gerechtsdeurwaarder aan te wijzen die gemachtigd wordt om de vaststelling van het overspel te doen (art. 1016bis, vierde lid, Ger. W.). In de oorspronkelijk voorgestelde tekst was daarentegen bepaald dat de voorzitter de echtgenoot zou toestaan een gerechtsdeurwaarder te verzoeken de nodige vaststellingen te doen³¹. Daartegen werd opgeworpen dat het te vrezen zou zijn dat de aangezochte gerechtsdeurwaarder zich gebonden zou voelen door de wensen van de echtgenoot-opdrachtgever, en dat er een gevaar zou rijzen van een zeker cliëntelisme³². Met de aanwijzing van de gerechtsdeurwaarder in de beschikking zelf werd een versterking van de controle door de rechterlijke macht op het verloop van de vaststellingen beoogd, alsook de waarborging van de onafhankelijkheid van de gerechtsdeurwaarder t.a.v. de verzoekende echtgenoot³³.

In de praktijk blijkt nochtans veelal de door de verzoekende echtgenoot gevraagde gerechtsdeurwaarder te worden aangesteld. Vanuit een pragmatisch oogpunt is dit ook zeer begrijpelijk, daar het welslagen van de vaststelling vereist enerzijds dat de betrokken gerechtsdeurwaarder coöperatief is en anderzijds dat hij niet professioneel of persoonlijk contacten heeft met de andere echtgenoot of met de derde ten huize van wie de vaststelling dient te gebeuren. Soms wordt aan de aanstelling van de gerechtsdeurwaarder door de voorzitter de uitdrukkelijke voorwaarde verbonden dat hij niet belast is met een andere opdracht in het betrokken gezin.

15. De beschikking van de voorzitter is uitvoerbaar bij voorraad, niestengestaande voorziening en zonder borgstelling, tenzij hij anders beslist, en dit zowel op grond van art. 1029, tweede lid, Ger. W. (beschikking op eenzijdig verzoekschrift) als op grond van art. 1496 Ger. W. (beschikking die een onderzoeksmaatregel voorschrijft).

16. Tegen een afwijzende beschikking of een beschikking waarvan de modaliteiten niet overeenstemmen met wat verzocht werd, kan door de verzoeker hoger beroep worden ingesteld (art. 1031 Ger. W.). De andere echtgenoot en de derde ten huize van wie de vaststellingen mogen plaatshebben, kunnen tegen de beschikking derdenverzet aantekenen (artt. 1033-1034 en 1125 Ger. W.).

17. On- en minvermogenenden kunnen de kosteloze rechtsbijstand genieten voor de kosten van vaststelling. Aangezien in deze fase van de procedure de andere echtgenoot niet als *tegenpartij* beschouwd kan worden (zie art. 675, derde lid, Ger. W.) hoeft deze niet te worden opgeroepen, en kan er geen sprake zijn van een poging tot verzoening (zie art. 678, eerste lid, Ger. W.).

V. De vaststelling van het overspel

18. Op grond van de beschikking van de voorzitter kan de aangewezen gerechtsdeurwaarder overgaan tot de vaststelling van het overspel op de in de beschikking aangegeven plaats(en). Alleen de in de beschikking nominatief aangewezen gerechtsdeurwaarder mag hiertoe zijn ambt verlenen. Wel kan ook voor de uitvoering van deze opdracht de aangewezen gerechtsdeurwaarder, in geval van vakantie of van tijdelijke verhindering om zijn ambt uit te oefenen, zich laten vervangen door zijn plaatsvervanger, overeenkomstig de gewone regels (artt. 524-530 Ger. W.). Buiten het kader van de artt. 524-530 Ger. W. is het voor de uitoefening van deze nieuwe opdracht evenwel uitgesloten dat de aangewezen gerechtsdeurwaarder zich zou laten vervangen door een confrater. Wel is het mogelijk om, in geval van bijzondere omstandigheden (bv. eenmalige gelegenheid tot vaststelling van het overspel), aan de voorzitter te vragen dat hij voor het geval van de verhindering van de eerst aangestelde gerechtsdeurwaarder in zijn beschikking een tweede gerechtsdeurwaarder aanwijst. Doch in dat geval zal ook de tweede gerechtsdeurwaarder *nominatim* in de beschikking aangewezen moeten worden (cf. boven, nr. 14); een algemene machtiging om zich te laten vervangen door een andere zelf aan te wijzen gerechtsdeurwaarder kan de voorzitter niet verlenen³⁴.

Aangezien de vaststelling van het overspel thans tot de wettelijke opdracht van de gerechtsdeurwaarders behoort, is de aangewezen gerechtsdeurwaarder niet gerechtigd om de uitvoering ervan te weigeren³⁵.

19. De optredende gerechtsdeurwaarder moet voor het doen van de vaststelling van het overspel houder zijn van de minuut of van een uitgifte van de beschikking.

In de praktijk is er discussie gerezen over de vraag of de gerechtsdeurwaarder dient over te gaan tot de betekening van de beschikking alvorens tot de vaststelling over te gaan. Hoewel de wet dit niet uitdrukkelijk voorschrijft, menen wij dat een betekening van de beschikking vereist is. De beschikking staat immers een inmenging in het privé-leven en een inbreuk op de onschendbaarheid van de woning van bepaalde burgers toe, maar opdat deze inmenging en deze inbreuk op basis van een rechterlijke machtiging, rechtmatig zou kunnen zijn, dient er kennis van die machtiging gegeven te worden aan de persoon of personen wiens fundamentele rechten aldus geschonden worden. Een dergelijke voorafgaande inkennisstelling van de gerechtelijke machtiging kan in deze materie niet anders verwezenlijkt worden dan door een betekening (zie art. 32, 1°, Ger. W.). Door deze betekening zal de andere echtgenoot, of de derde in wiens woning opgetreden wordt, ook de mogelijkheid gegeven worden om derdenverzet tegen de beschikking aan te tekenen.

M.b.t. deze betekening rijst wel een praktisch probleem, daar art. 47, 1°, Ger. W. bepaalt dat geen betekening mag worden gedaan in een voor het publiek niet toegankelijke

³¹ *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 792-2, voorgesteld art. 1016bis, vierde lid, Ger. W.

³² Verslag kamercommissie, p. 8, onder nr. 2; *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 792-3, subamendement-Suykerbuyk.

³³ Verslag kamercommissie, p. 8, onder nr. 2 en p. 12, onder nr. 6.

³⁴ Anders, ten onrechte: DUHOUX, G., in *J.T.*, 1987, 661 (rechterkolom).

³⁵ In dezelfde zin: RUTTIENS, R., «L'adultère et son constat», *J.T.*, 1987, 660; anders, ten onrechte: RISOPOULOS in *Parl. Hand., Kamer*, 25 juni 1984, p. 3616.

plaats vóór zes uur 's morgens en na eenentwintig uur 's avonds, en de pogingen tot vaststelling van overspel reeds mogen plaatshebben tussen vijf en zes uur 's morgens (zie verder, nr. 20). Bovendien bepaalt art. 47, 2°, Ger. W. dat geen betekening mag worden gedaan op zaterdag, zondag of een wettelijke feestdag, behalve in spoedeisende gevallen en met verlof van de rechter; de voorzitter kan derhalve, op vraag van de verzoeker, in zijn beschikking verlof geven om ook op genoemde dagen tot de betekening ervan over te gaan. *De lege lata* is er evenwel geen enkele mogelijkheid om af te wijken van de regel inzake de uren van betekening.

De betekening van de beschikking dient vooreerst te geschieden aan de persoon in wiens woning de gerechtsdeurwaarder binnentreedt, en vervolgens ook, voor zover die daar wordt aangetroffen, aan de persoon van de andere echtgenoot wiens recht op privacy geschonden wordt.

20. De aangestelde gerechtsdeurwaarder kan de in de beschikking aangeduide plaats of plaatsen binnengaan met het oog op het doen van de nodige vaststellingen, binnen de periode waarin volgens de beschikking de vaststellingen kunnen gebeuren. Het binnengaan van de aangeduide plaatsen en het doen van de vaststellingen dient te gebeuren vóór 21 uur 's avonds en na 5 uur 's morgens (art. 1016bis, achtste lid, Ger. W.). Deze uren komen overeen met die welke gelden, behoudens uitzonderingen, m.b.t. de opsporing en huiszoeking in voor het publiek niet toegankelijke plaatsen (wet van 7 juni 1969 tot vaststelling van de tijd gedurende welke geen opsporing ten huize of huiszoeking mag worden verricht). De gerechtsdeurwaarder mag zonder bijzondere toelating de bedoelde verrichtingen ook doen op zaterdag, zondag of een wettelijke feestdag; art. 47, 2°, Ger. W., dat handelt over de dagen waarop betekeningen mogen worden gedaan, en art. 1387 Ger. W., dat de handelingen van tenuitvoerlegging betreft, zijn hier manifest niet van toepassing³⁶. Doch voor de — noodzakelijke — voorafgaande betekening van de beschikking op deze dagen dient wél een bijzondere machtiging verkregen te worden (zie boven, nr. 19).

Zelfs indien het overspel gepleegd wordt in de echtelijke verblijfplaats, kan de gerechtsdeurwaarder geen vaststellingen doen buiten de wettelijk aangegeven uren; de verbodsbepaling ter zake is algemeen en absoluut. Zulk is wel eigenaardig daar de bedrogen echtgenoot ook na 21 uur en vóór 5 uur gerechtigd is een derde persoon in de echtelijke verblijfplaats binnen te laten die voor hem als getuige zou kunnen optreden m.b.t. de feiten van huwelijksontrouw die er begaan worden³⁷.

21. Bij het binnentreden van de aangeduide woning(en) dient de gerechtsdeurwaarder noodzakelijk vergezeld te zijn van een officier of een agent van gerechtelijke politie (art. 1016bis, vierde lid, Ger. W.). Deze maatregel werd ingevoerd zowel om de gerechtsdeurwaarder te beschermen bij

de uitvoering van zijn nieuwe opdracht³⁸ en om hem bij te staan bij het binnendringen van de woning ingeval de toegang tot de woning wordt geweigerd³⁹, als om erop toe te zien dat door de gerechtsdeurwaarder geen willekeurige vaststellingen worden gedaan buiten het kader van de machtigingsbeschikking of met overtreding van de wettelijke bepalingen ter zake⁴⁰.

Bij het doen zelf van de nodige vaststellingen heeft de vergezellende officier of agent van gerechtelijke politie een volstrekt passieve rol. Het is uitgesloten dat deze de betrokkenen zou ondervragen⁴¹. Hij mag ook niet op een andere wijze meewerken aan het doen zelf van de vaststellingen, zoals het doorzoeken van de kamers, het onderzoeken van de slaapplekken, het openen van kasten, het verhinderen dat de betrokkenen de woning ontvluchten enz.⁴². De officier of agent van de gerechtelijke politie mag evenmin aangaande het feit van overspel proces-verbaal opstellen, en het behoort evenmin tot zijn taak om het proces-verbaal van de gerechtsdeurwaarder te ondertekenen⁴³. Het voorgaande sluit evenwel niet uit dat de officier of agent van gerechtelijke politie van het gebeuren een administratief verslag opstelt voor zijn meederen.

Het voorgaande neemt evenwel niet weg dat, ingeval de aanwending van het door de gerechtsdeurwaarder opgestelde proces-verbaal in de echtscheidingsprocedure om de een of andere reden problematisch zou zijn, de opgetreden officier of agent van gerechtelijke politie in het kader van het toegestane getuigenverhoor gehoord zou kunnen worden⁴⁴.

De aanwezigheid van de officier of agent van gerechtelijke politie gebeurt voor de verzoeker zonder kosten (art. 1016bis, zesde lid, Ger. W.).

22. De gerechtsdeurwaarder zelf is gerechtigd «om de nodige vaststellingen te doen die wijzen op overspel» (art. 1016bis, vierde lid, Ger. W.). Dit houdt in dat hij een proces-verbaal dient op te stellen waarin hij al zijn bevindingen opneemt die te maken hebben of kunnen hebben met overspelige betrekkingen onderhouden door de echtgenoot van de verzoeker. Daartoe kan hij alle materiële vaststellingen doen die dienend lijken om het overspel te bewijzen; zo zal hij alle plaatsen van de woning mogen betreden⁴⁵, de slaapplekken onderzoeken⁴⁶, kasten openen, geopende brieven lezen, foto's en foto-albums bestuderen, enz. De taak van de gerechtsdeurwaarder is nochtans beperkt tot het doen van vaststellingen; zo is hij niet gerechtigd om de betrokkenen te ondervragen, hoewel hij vanzelfsprekend kan en moet noteren wat hem spontaan wordt verklaard⁴⁷. Wel mag hij overeenkomstig de gewone regels overgaan tot de

³⁸ Verslag senaatscommissie, p. 6.

³⁹ Verslag kamercommissie, p. 10, onder nr. 11.

⁴⁰ Verslag kamercommissie, p. 10-11, onder nr. 11; *Parl. Hand., Kamer*, 25 juni 1984, p. 3617 (Suykerbuyk).

⁴¹ Verslag kamercommissie, p. 10, onder nr. 11.

⁴² Cf. de verklaring van de vertegenwoordiger van de minister van Justitie, in verslag senaatscommissie, p. 5.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Cf. RUTTIENS, *art. cit.*, 660.

⁴⁵ Verslag senaatscommissie, p. 6.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Verklaring van de vice-eerste minister, in verslag kamercommissie, p. 10, onder nr. 11; verklaring van de vertegenwoordiger van de minister, in verslag senaatscommissie, p. 5.

³⁶ Anders, ten onrechte: DUHOUX, G., in *J.T.*, 1987, 660-661, die meent dat art. 1387 Ger. W. integraal toepasselijk zou zijn, zodat bij verzoekschrift gericht aan de beslagrechter, een machtiging verkregen zou kunnen worden om op een zaterdag, zondag of wettelijke feestdag tot de nodige vaststellingen te doen overgaan.

³⁷ Cf. RUTTIENS, *art. cit.*, 660.

identiteitscontrole van de betrokkenen⁴⁸, te meer daar het materieel onmogelijk is vaststellingen te doen omtrent overspelige betrekkingen zonder zekerheid te hebben omtrent de identiteit van de betrokkenen. Verder is het de gerechtsdeurwaarder vanzelfsprekend niet toegestaan om andere inbreuken te maken op fundamentele rechten dan die waar-toe hij uitdrukkelijk gemachtigd werd. Zo dient hij het briefgeheim te eerbiedigen, hetgeen inhoudt dat hij geen brieven mag openen⁴⁹, en mag hij niets doen dat een aantasting zou inhouden van de fysieke integriteit van de persoon. Evenmin mag de gerechtsdeurwaarder enig voorwerp (brief, foto, bandopname,...) in beslag nemen⁵⁰. Ten slotte dient hij er zich van te onthouden in zijn proces-verbaal vaststellingen op te nemen die geen enkel verband houden met overspelige betrekkingen (bv. inzake verwaarlozing van kinderen, andere personen die in de woning verblijven, enz.).

De gerechtsdeurwaarder dient zich strikt te houden aan zijn wettelijke opdracht die erin bestaat materiële vaststellingen te doen en deze weer te geven in een proces-verbaal. Hij dient er zich van te onthouden in dit proces-verbaal conclusies te trekken uit de door hem vastgestelde feiten, vermoedens of veronderstellingen te uiten, persoonlijke indrukken weer te geven, enz.

Naar zijn opdrachtgever toe zal de gerechtsdeurwaarder er zorg voor dienen te dragen om in zijn proces-verbaal alle nuttige vaststellingen die kunnen wijzen op het onderhouden van overspelige betrekkingen zo gedetailleerd en zo volledig mogelijk op te nemen. Zo zal hij er niet mee kunnen volstaan de spontane bekentenissen van de betrokkenen op te nemen, maar zal hij zelfs in dat geval de nodige materiële vaststellingen dienen te doen, daar inzake echtscheiding op grond van bepaalde feiten de bekentenis geen absoluut bewijsmiddel is⁵¹.

23. De vraag rijst of de gerechtsdeurwaarder gerechtigd is om tot een nieuwe poging tot vaststelling van het overspel over te gaan, na een eerdere mislukking, voor zover hij nog binnen de door de beschikking aangegeven termijn verkeert. Tijdens de besprekingen in de kamercommissie werd zijdelings opgemerkt dat, wanneer de toegelaten vaststelling niet het beoogde resultaat oplevert, een nieuwe machtiging van de voorzitter verkregen zou moeten worden⁵². In de senaatscommissie werd deze interpretatie bevestigd door de vertegenwoordiger van de minister, maar tegengesproken door een commissielid⁵³. Aan deze tegenstrijdige verklaringen afgelegd tijdens de voorbereidende werkzaamheden kan derhalve niet veel belang gehecht worden. Uit de tekst van de wet zelf volgt dat de gerechtelijke aanstelling van de gerechtsdeurwaarder de machtiging betreft om een bepaalde plaats of bepaalde plaatsen binnen te gaan met

het oog op het doen van de nodige vaststellingen die wijzen op overspel. Hieruit volgt logischerwijze dat de gerechtsdeurwaarder de machtiging heeft om op de aangeduide plaatsen binnen te gaan zo dikwijls als nodig is om het oogmerk van zijn aanstelling te kunnen verwezenlijken. Trouwens, de wet heeft uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid van het verkrijgen van twee of meer gerechtelijke machtigingen in verschillende arrondissementen (zie boven, nr. 8), zodat op basis daarvan eveneens achtereenvolgende pogingen tot vaststelling kunnen plaatshebben na eerdere mislukte pogingen. In de noodzakelijke beperking van de geldingsduur van de aanstelling van de gerechtsdeurwaarder (zie boven, nr. 13) ligt een voldoende bescherming tegen te veelvuldige inbreuken op de privacy van de betrokkenen. Wel kan de voorzitter in voorkomend geval in zijn beschikking het aantal pogingen tot vaststelling die de gerechtsdeurwaarder mag ondernemen, beperken.

Aan de andere kant spreekt het vanzelf dat de gerechtsdeurwaarder, zodra hij bij het binnentreden van de aangeduide plaatsen een vaststelling van overspel heeft kunnen doen, nadien niet meer gerechtigd is de betreffende plaatsen opnieuw binnen te treden, ook al zou de geldingsduur van de beschikking nog niet verstreken zijn, aangezien alsdan de opdracht waarvoor hij aangesteld werd, voltooid is.

24. Wat het tarief betreft dat van toepassing is voor de uitvoering door de gerechtsdeurwaarder van deze nieuwe opdracht, werd tot op heden geen specifieke regeling uitgevaardigd, zodat de gewone tarifiering als bepaald in het K.B. van 30 november 1976 toegepast dient te worden, met de daarin geregelde automatische verdubbeling van de rechten en vacaties indien de verrichtingen uitgevoerd moeten worden op een zaterdag, een zondag, een wettelijke feestdag of nog buiten de wettelijke uren.

VI. Bewijswaarde van het proces-verbaal van vaststelling van het overspel

25. Geen enkele bepaling regelt uitdrukkelijk de bewijswaarde van het proces-verbaal van vaststelling van overspel dat de gerechtsdeurwaarder overeenkomstig art. 1016bis Ger. W. opstelt. Tijdens de voorbereidende werkzaamheden werd gesteld dat het proces-verbaal van vaststelling geen authentieke bewijswaarde zou hebben, maar dat het slechts zou gelden tot bewijs van het tegendeel⁵⁴.

Deze opvatting kan niet gedeeld worden. Wanneer de gerechtsdeurwaarder een proces-verbaal van vaststelling van overspel opstelt op grond van art. 1016bis Ger. W., dan handelt hij vanzelfsprekend binnen zijn wettelijke opdracht, zoals het geval is bij het opstellen van processen-verbaal van vaststelling op grond van andere bijzondere wetsbepalingen⁵⁵. Welnu, de processen-verbaal opgesteld op grond van bijzondere wetteksten zijn authentieke akten m.b.t. al hetgeen de gerechtsdeurwaarder overeenkomstig

⁴⁸ K.B. 29 juli 1985 betreffende de identiteitskaarten, art. 1, derde lid; zie ook FETTWEIS, A., «Une petite réforme qui devrait avoir de grands effets», *J.T.*, 1982, 69.

⁴⁹ Verklaring van de vice-eerste minister in verslag kamercommissie, p. 10, onder nr. 11; verslag senaatscommissie, p. 6.

⁵⁰ Verklaring van de minister in verslag senaatscommissie, p. 6.

⁵¹ Zie hierover: SENAEVE, P., *Handboek van familieprocesrecht*, Leuven, Acco, 1986, nrs. 376-378.

⁵² Verslag kamercommissie, p. 10, onder nr. 8.

⁵³ Verslag senaatscommissie, p. 5.

⁵⁴ Verslag kamercommissie, p. 9, onder nr. 4 en p. 10, onder nr. 10; verslag senaatscommissie, p. 4 en p. 5 (verklaring van de vertegenwoordiger van de minister).

⁵⁵ Zie hierover PETITJEAN, V., *Le statut de l'huissier de justice*, Brussel, Bruylant, 1973, p. 62, tekst en noot 9; BRIERS, M., *De gerechtsdeurwaarder. Een praktisch repertorium*, Antwerpen, Kluwer, 1982, nr. 44.

de wettelijke bepaling gerechtigd was vast te stellen⁵⁶. Derhalve dient een zelfde authentieke bewijswaarde ook toegekend te worden aan het proces-verbaal van vaststelling van overspel opgesteld op grond van art. 1016bis Ger. W., en dit niet alleen m.b.t. de datum, de handtekening en de identiteit van partijen, maar ook m.b.t. alle feitelijke materiële vaststellingen die de gerechtsdeurwaarder heeft genoteerd ter uitvoering van zijn wettelijke opdracht, voor zover hij binnen de grenzen van die opdracht is gebleven⁵⁷.

26. In de echtscheidingsprocedure geldt het proces-verbaal van vaststelling van het overspel, opgesteld op grond van art. 1016bis Ger. W., derhalve als bewijs van de erin vastgestelde materiële feiten, tot betichting van valsheid.

Zelfs ingeval uit dit proces-verbaal de materialiteit van de tekortkoming aan de huwelijkstrouw blijkt, zal dit evenwel op zich niet volstaan om de echtscheiding op grond van bepaalde feiten te verkrijgen, daar om een grond tot echtscheiding uit te maken het daarenboven moet gaan om een schuldige en een beledigende tekortkoming⁵⁸. T.a.v. het schuldige en vooral het beledigende karakter van de in het proces-verbaal vastgestelde feiten zal de echtscheidingsrechter derhalve een appreciatiebevoegdheid behouden.

VII. Slotbeschouwing

27. Het nieuwe bewijsmiddel dat door de wet van 20 mei 1987 is ingevoerd, heeft te maken zowel met de verhouding tussen huwelijksplichten en mensenrechten, als met de verhouding tussen het recht op bewijs en het recht op bescherming van de fundamentele rechten.

In principe dienen tussen twee echtgenoten, zowel op strafrechtelijk als op civielrechtelijk vlak, de regels waarbij fundamentele rechten van de mens worden beschermd, integraal te worden toegepast. Zo dient bv. het recht op geheimhouding van de vertrouwelijke briefwisseling in de verhouding tussen echtgenoten in principe te worden gerespecteerd⁵⁹.

28. Het fundamentele recht dat hier ter sprake is, nl. het recht op bescherming van de privacy in het algemeen en het recht op eerbieding van de woning in het bijzonder, is evenwel niet absoluut in die zin dat er geen uitzonderingen op mogelijk zouden zijn. Overeenkomstig art. 8.2 E.V.R.M. is een inmenging van het openbare gezag m.b.t. de uitoefening van het recht op eerbieding van de privacy en van de woning toegestaan voor zover daarin bij de wet is voorzien

en in een democratische samenleving nodig is volgens een van de beperkingsgronden die in dit tweede lid zijn vooropgesteld.

De vaststelling van het overspel door gerechtsdeurwaarder overeenkomstig de formaliteiten waarin voorzien wordt door art. 1016bis Ger. W., maakt ongetwijfeld een aantasting uit van het recht op privacy en het recht op onschendbaarheid van de woning. Doch in deze aantasting is voorzien bij een uitdrukkelijke wettelijke bepaling, en zij beoogt de bescherming van de rechten van een ander, namelijk de mede-echtgenoot, die er ongetwijfeld een rechtmatig belang bij heeft te doen vaststellen dat zijn partner de plichten die voortvloeien uit het huwelijk niet naleeft. Dan blijft nog de vraag of deze inmenging «noodzakelijk» is in een democratische samenleving. Het antwoord hierop wordt vanzelfsprekend beïnvloed door de ontwikkeling die in het algemeen plaatsheeft in het denken omtrent de bescherming van het recht op privacy, omtrent het waarborgen van het recht op bewijs, enz. Voor het beantwoorden van deze vraag dient o.m. met de volgende factoren rekening te worden gehouden⁶⁰: de aard van het beschermde belang op grond waarvan de inmenging gebeurt, de mate van aantasting van het fundamentele recht, en de proportionaliteit tussen beide. Het is duidelijk dat het belang van de bedrogen echtgenoot om dit bewijsmiddel te hanteren zeer groot kan zijn, gezien de restrictieve echtscheidingsgronden in het Belgische recht, en dat zijn belang zeer behartigenswaardig is, daar het de vaststelling betreft van een (civielrechtelijke) tekortkoming aan een plicht die van openbare orde is⁶¹. Aan de andere kant lijkt de graad van inmenging in het privé-leven waarin de wet hier voorziet, niet buiten verhouding te zijn tot het beoogde doel, als men rekening houdt met de talrijke beperkingen waaraan de vaststelling van het overspel overeenkomstig de wet van 20 mei 1987, onderworpen is:

— dit bewijsmiddel mag uitsluitend verkregen worden met het oog op het aanwenden ervan in een echtscheidingsprocedure;

— de vaststelling kan uitsluitend gebeuren op verzoek van de bedrogen echtgenoot en op grond van een rechterlijke machtiging;

— de vaststelling mag niet geschieden na 21 uur 's avonds en vóór 5 uur 's morgens;

— de vaststelling kan uitsluitend gebeuren door een openbaar ambtenaar, de gerechtsdeurwaarder, en in aanwezigheid van een officier of een agent van de gerechtelijke politie.

Rekening houdend met al deze factoren moet de noodzaak van deze wettelijke bepaling die deze inmenging in het privé-leven toelaat, *hic et nunc* dan ook geacht worden voorhanden te zijn, en kan art. 1016bis Ger. W. op zichzelf niet geacht worden strijdig te zijn met art. 8 E.V.R.M.

De conclusie is dan ook dat het proces-verbaal van vast-

⁵⁶ DE PAGE, H., *Traité*, III, nrs. 753-755 en 758; BRIERS, o.c., nrs. 43 en 46; R.P.D.B., tw. «Huissier», nr. 130; VERDONCK, J., «Het proces-verbaal van vaststelling door de gerechtsdeurwaarder», *Jura Falconis*, 1985-86, (288), 294-295, nr. 12.

⁵⁷ In dezelfde zin: RUTTIENS, *art. cit.*, 660.

⁵⁸ Zie hierover in de recente literatuur: RENCHON, J.-L., «L'adultère 'outrageant'», *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1984, 213-281; BAETEMAN, G., «L'adultère, cause de divorce: applications et évolution», *R.C.J.B.*, 1985, 557-576; UYTENDAELE, R., «Overspel en het Belgische echtscheidingsrecht», *Panopticon*, 1987, 229-233.

⁵⁹ Zie hierover SENAEVE, P., «De aanwending van brieven in procedures tussen echtgenoten. Of de spanningsverhouding tussen huwelijksplichten en mensenrechten», *Jura Falconis*, 1983-84, 491-507.

⁶⁰ Cf. de rechtspraak van de Straatsburgse instanties, aangehaald bij VAN DIJK, P. en VAN HOOFF, G., *De Europese conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1982², p. 499-500.

⁶¹ Cf. in de Franse rechtspraak: Nancy, 14 maart 1979, *J.C.P.*, 1979, II, nr. 19210, noot GOUBEAUX.

stelling van overspel dat opgemaakt is overeenkomstig art. 1016bis Ger. W., als dusdanig een geoorloofd bewijsmiddel is in echtscheidingsprocedures.

29. In Frankrijk, waar de wet in algemene bewoordingen de rechter toestaat om, op basis van een procedure op eenzijdig verzoekschrift, elke maatregel te bevelen die geschikt is om bewijsmateriaal te verzamelen wanneer de omstandigheden vereisen dat de beslissing niet op tegenspraak genomen wordt (artt. 145 en 812 C.pr.civ.), oordeelt de rechtspraak eveneens dat de vaststelling van overspelige betrekkingen door gerechtsdeurwaarder op basis van een ge-

rechtelijke beslissing, een geoorloofde aantasting van het recht op privacy uitmaakt en aanvaardbaar is als bewijsmiddel in echtscheidingsprocedures⁶².

Patrick SENAËVE

⁶² Zie Cass. fr., 6 februari 1979, *Gaz. Pal.*, 1979, 252, noot J. VIATTE, en *J.C.P.*, 1980, II, nr. 19290, noot R. LINDON; Nancy, 14 maart 1979, *l.c.*; LINDON, R. en BENABENT, A., *Le droit du divorce*, Parijs, Librairies techniques, 1984, 91-94, nrs. 185-191.

GLASNOST', PERESTROJKA EN HET RECHT: EEN NIEUWE (PRAAGSE?) LENTE OF WERKELIJK EEN NIEUW GELUID?

1. Tot nu toe was de lectuur van de juridische tijdschriften uit de Sovjetunie, voor hem die er beroepshalve toe verplicht was, een vrij saaie aangelegenheid: de meeste artikelen waren gesteld in de beruchte «*langue de bois*», doorspekt met citaten uit de klassieke auteurs van het marxisme-leninisme of van de partijleiders van het ogenblik, en om er iets nieuws in te ontdekken moest de lezer eerst al deze ballast overboord gooien en bovendien de kunst verstaan om tussen de regels tot de boodschap door te dringen, die de auteur wilde verspreiden, indien die er überhaupt in te vinden was.

De huidige glasnost' of openheid heeft dit beeld grondig gewijzigd. Er worden thans openlijk stellingen verdedigd, die voorzeker reeds zeer lang bij de juristen leefden, maar die zij niet tot uitdrukking konden brengen in de toegelaten tijdschriften en die, indien zij ze in samizdat¹ zouden hebben gepubliceerd, voorzeker als anti-Sovjet agitatie en propaganda zouden zijn afgedaan. In de regel zijn het voor westerse juristen zeker geen wereldschokkende stellingen, want ze beantwoorden doorgaans aan de kritiek die normaal bij hen opkwam wanneer zij het Sovjetrecht bestudeerden. Deze kritiek werd echter tot op heden door de Sovjets als Sovjetvijandig of op zijn minst als onvriendelijk beschouwd.

Het lijkt daarom actueel en nuttig om eens na te gaan wat die stellingen zoal inhouden, en welke derhalve, tenminste in theorie, de richtingen zijn waarin het Sovjetrecht zich in het tijdperk van de perestrojka zou kunnen ontwikkelen.

2. Een goede gelegenheid daartoe biedt de lectuur van een reeks preadviezen die door vooraanstaande Sovjetjuristen werden uitgebracht op een wetenschappelijke vergadering, die van 18 tot 20 mei 1987 werd gehouden te Zvenigorod over het thema «Het rechtssysteem en de perestrojka.» Deze vergadering werd georganiseerd door het departement

«Wetmatigheden van de ontwikkeling van staat, bestuur en recht» van de Academie der Wetenschappen van de USSR en er werd aan deelgenomen door meer dan 150 juristen uit alle delen van het land, met inbegrip van vertegenwoordigers van talrijke wetenschappelijke instituten. De inleiden- de preadviezen werden gepubliceerd in het septembernummer van het tijdschrift *Sovjetstaat en -recht*, orgaan van het Instituut voor Staat en Recht van de Academie der Wetenschappen van de USSR². Ik zal hierna trachten de krachtlijnen van deze preadviezen samen te vatten, waarbij ik ze vaak rechtstreeks zal citeren, om de lezer zo getrouw mogelijk met hun inhoud bekend te maken.

Het recht en de perestrojka

3. Het eerste preadvies is van A.M. Vasil'ev en draagt als titel «Het recht en de perestrojka».

Doel is het recht te integreren in de perestrojka. Om dit doel te bereiken moet een kritische evaluatie worden gemaakt van de «toestand van stagnatie» waarin het recht (tijdens de Brezhnevperiode) was beland.

«Tot op heden worden wij nog steeds geconfronteerd met een dubbele beoordelingsmaatstaf: één voor inwendig gebruik en één voor de publikaties, waarin de klank van de fanfares te horen en rozige kleuren te zien zijn. (...) Wij gaan veel langzamer vooruit, dan we zouden willen, terwijl de nieuwe kwalitatieve toestand van de Sovjetmaatschappij radicale wijzigingen in het rechtssysteem vergt.»

Deze radicale wijzigingen liggen vooral op twee vlakken: die van de theorie van de socialistische democratie en van het zelfbeheer door het volk en die van het socialistisch rechtssstelsel.

Op de plenaire zitting van het Centraal Comité van de Communistische Partij van de Sovjetunie, die in januari 1987 plaats had, werd duidelijk gesteld: «De ware democratie bestaat niet buiten noch boven de wet.»

¹ «Zelfuitgeverij», d.w.z. uitgeverij zonder het *imprimatur* van de overheid.

² *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, 1987, 9, 17-43.

Vasil'ev geeft echter toe: «Op het vlak van de democratie zijn wij nog maar weinig opgevoed, en daarom is het zo moeilijk, zowel in de wetenschap als in de praktijk, de problemen op te lossen die worden gesteld door het invlechten van de democratie op alle gebieden van de juridische regulering.»

4. De democratie moet tot uiting komen in het rechtstelsel door de verwezenlijking van het beginsel dat «alles wat niet door de wet verboden is, toegelaten is»³. Deze nieuwe opvatting moet niet alleen de wetgeving, maar ook de rechtsaanwending en de rechtscultuur, kortom heel het rechtssysteem gaan kenmerken.

Volgt een pleidooi voor een verregaande deregulering. «De wetgevende inflatie heeft een even negatieve weerslag op de juridische regulering als het bestaan van leemten in het recht. (...) Het is daarom voor de hedendaagse rechtswetenschap van belang de reële grenzen van de juridische regulering te bestuderen».

De wetgeving moet ontdaan worden van zwakheden zoals haar «plakatnost'» en «prizyvnost'», d.w.z. haar neiging om de kenmerken van slogans en oproepen te vertonen eerder dan die van de nauwkeurige regeling van concrete situaties⁴.

5. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de glasnost' of openheid.

De plenaire zitting van het Centraal Comité van januari 1987 had gewezen op de noodzaak om «juridische instrumenten uit te werken, die de openheid waarborgen». Dit blijkt echter een bijzonder kies punt te zijn, omdat tijdens de discussie die thans plaatsheeft in het Instituut voor Staat en Recht van de Academie der Wetenschappen, niet alleen de nadruk werd gelegd op de openheid van bestuur, maar ook op de daadwerkelijke uitoefening door de burgers van de rechten en vrijheden, die hun door de Grondwet worden toegekend: vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vergadering, persvrijheid enz. Het ziet ernaar uit dat men op dit punt bijzonder voorzichtig te werk moet gaan, want Vasil'ev schrijft: «Men was verplicht de voorkeur te geven aan een tussenoplossing tussen deze standpunten, daar niet alleen een maximale openheid van de werking van de staats- en maatschappelijke organisaties nodig is, maar ook de mogelijkheid voor de werkende mensen om vrij hun mening over problemen in verband met de werking van deze organisaties uit te drukken. Tot dit besluit kwam men niet onmiddellijk, want vaststaande standpunten en voldoende studies over deze aangelegenheid liggen niet voor.»

6. «De hervorming van het recht», zo luidt het verder, «moet noodzakelijkerwijze ook betrekking hebben op de activiteit van de organen der rechtshandhaving, want in een aantal gevallen vormt (de rechtsaanwending) een werkelijke rem op de perestrojka.» Het ligt voor de hand, dat conser-

vatieve elementen, die de perestrojka niet gunstig gezind zijn, in het bestaande rechtstelsel nog veel elementen vinden die ze in de mogelijkheid stellen de hervormingen tegen te werken, en daar blijkbaar druk gebruik van maken.

7. Vervolgens wordt een oproep gedaan om een stevige brug te slaan tussen de (rechts)wetenschap en de praktijk. De rechtswetenschap beweegt zich nog al te vaak op hoogten die in geen dele overeenstemmen met de werkelijke stand van de rechtscultuur en van het opleidingsniveau van de juristen. De maatstaven die worden aangelegd, moeten op de werkelijkheid worden afgestemd en er niet op vooruitlopen. «Wij hebben nog niet afgeleerd onze wensen voor werkelijkheid te nemen».

Dit stelt het probleem van de beroepskwalificatie van de juristen. «We mogen er onze ogen niet voor sluiten, dat het professionalisme in de rechtsbeoefening op een zeer laag peil gevallen is. We hebben verleerd normatief te denken en onze gedachten uit te drukken...» En hier wordt aan Lenin herinnerd, die zoals bekend is, een juridische opleiding had genoten, en die volgens A.V. Lunacharskii⁵ «zich tegenover elke juridische formule verhiel als tegenover een echte wetenschappelijke waarde, als tegenover een grote verworvenheid van de geest».

De ontwikkelingsstrategie van de Sovjetwetgeving

8. Zo luidt de titel van het preadvies van V.P. Kazimirchuk. Hij heeft het vooral over de concrete wetgevende hervormingen, die de perestrojka van de economie vereist. Laten we immers niet uit het oog verliezen, dat de perestrojka in de allereerste plaats beoogt de aanzienlijke achterstand van de Sovjet economie te verhelpen, en het resultaat is van een bezinning over de tot nog toe gevolgde methodes in het beheer van de economie. Vanaf de zeventiger jaren is men zich ervan bewust geworden dat dit beheer niet door middel van zuiver administratieve richtlijnen succesvol kon verlopen⁶. De «juridisering» van het economisch beheer betekende echter tot op heden in de eerste plaats een vermenigvuldiging van het normatief materiaal (wetten en andere normatieve teksten van allerlei aard en territoriaal niveau). Over de basisprincipes van de socialistische economie was blijkbaar geen bezinning mogelijk.

9. Kazimirchuk pleit nu voor een nieuwe approach van het begrip «socialistische eigendom». Het feit, dat deze in de eerste plaats staatseigendom is, die aan de ondernemingen in «operationeel beheer»⁷ wordt gegeven, wordt op dit ogenblik als een rem ervaren. Heel het begrip «staatseigendom», en het eigendomsbegrip überhaupt is aan herziening toe. En hier wordt verwezen naar de Hongaarse volksrepubliek, waar zich «meer dan tien eigendomsvormen hebben ontwikkeld, waaronder meerdere vormen van staatseigendom».

³ Deze uitspraak verleent enige waarde aan de boutade die luidt: «In een democratie is alles wat niet verboden is toegelaten, en in een dictatuur is alles wat niet verboden is verplicht.»

⁴ R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains* (5e druk, Parijs, Dalloz, 1973, nr. 140, p. 185) legt reeds de nadruk op het programmatisch en propagandistisch karakter van de Sovjetwetgeving uit de revolutionaire periode. Eigenlijk heeft het Sovjetrecht deze kenschetsende trek nooit verloren: kijk bv. naar de preambel van de Sovjetgrondwet van 1977.

⁵ A.V. LUNACHARSKII, *Chelovek novogo mira*, Moskou, 1980, 75 (geciteerd door Vasil'ev).

⁶ Vandaar bv. het decreet van 23 december 1970 over de verbetering van de juridische arbeid in de nationale economie (zie W.E. BUTLER, *Soviet Law*, Londen, Butterworths, 1983, 59 en 86).

⁷ Zie O.S. IOFFE en P.E. MAGGS, *Soviet Law in Theory and Practice*, Oceana Publications, Inc./Londen — Rome — New York, 1983, 163 en v.

Voortgaande op een uitspraak van Gorbachov op het XVIIe Partijcongres in 1986, volgens welke «men geen baas kan zijn in het land, indien men niet werkelijk baas is in zijn fabriek, zijn kolkhoz, zijn werkplaats of hoeve», wordt nu vastgesteld dat «de ontwikkeling van een eigendomsvorm gebaseerd op aandeelhouderschap heden ten dage nog steeds een negatieve reactie oproept». En dan wordt de tot voor kort onvoorstelbare stelling verdedigd dat «in de economische literatuur terecht wordt onderstreept, dat het tekort aan investeringskapitalen in het bijzonder zou kunnen worden verholpen door middel van de verkoop door de bedrijven die onder een dergelijk tekort lijden van hun obligaties aan bedrijven, die beschikbare middelen hebben». En verder luidt het dan, dat «sommige economen de mening toegedaan zijn, dat dergelijke obligaties ook aan particulieren zouden kunnen worden verkocht. Dit zal voordelig zijn zowel voor de staat, want hij zal alle beschikbare geldmiddelen van de burgers aantrekken, en voor iedere individuele burger, want hij zal objectief geïnteresseerd zijn in de ontwikkeling van de eigendomsvorm, waarin hij zijn persoonlijke geldmiddelen heeft geïnvesteerd».

10. Het is derhalve duidelijk dat het begrip van de «materiële geïnteresseerdheid» van de arbeiders, waarmee geleidelijk meer rekening werd gehouden sedert de economische hervormingen waarmee vanaf 1964 na de val van Khrushchov werd geëxperimenteerd⁸, thans een heel andere dimensie gaat aannemen. Meer dan ooit moet «het peil van het maatschappelijk welzijn afhankelijk gemaakt worden van de resultaten van de arbeid, en moet de nivellering (d.i. gelijk loon ongeacht de hoeveelheid of de kwaliteit van de gepresteerde arbeid) overwonnen worden».

11. Het is algemeen bekend dat de kwaliteit van de verbruiksprodukten in de Sovjetunie te wensen overlaat. Ten eerste heeft de verbruiksgoederensector nooit zeer hoog gescoord op de prioriteitenlijst van de leiders, en ten tweede hebben de planningsorganen steeds meer de nadruk gelegd op de kwantitatieve dan op de kwalitatieve normen. Daar moet nu volgens Kazimirchuk een einde aan komen door het scheppen van een consumentenrecht, dat in de aansprakelijkheid, buiten elke fout, van de producent voor de kwaliteit van zijn produkten zal moeten voorzien.

12. Ook het demografisch probleem wordt aangesneden⁹. Met alle middelen moet een beleid worden gevoerd dat erop gericht is de huidige ongunstige demografische toestand om te keren: op alle gebieden (gezin, nationaliteiten, begroting, belastingen, kaderpolitiek, huisvesting, prijzen) moet een bevoorrecht regime geschapen worden voor de streken die met ontvolking worden bedreigd en waar een tekort aan arbeidskrachten heerst.

13. De strijd tegen de gevaarlijkste uitingen van het bureaucratisme — subjectivisme, voluntarisme en formalisme — moet worden aangeboden. De democratisering van het economisch beheer moet gevoerd worden via een decentralisatiebeleid, waarin de Sovjets van volksvertegenwoordigers de essentiële schakel van het socialistisch zelfbeheer moeten worden. «Via de wetgeving moet een mechanisme tot stand gebracht worden opdat rekening gehouden wordt

met de openbare mening. De basisidee daarvan moet de onmogelijkheid zijn om een beheersbeslissing te treffen zonder de goedkeuring van de openbare mening.»

14. Er moet een radicale wijziging komen in de rol van de vakbonden. «In de huidige omstandigheden heeft de productieve doelgerichtheid van de vakbonden ertoe geleid dat zij een aanhangsel zijn geworden van de administratie en hun aangezicht als maatschappelijke organisaties verloren hebben. (...) Zij moeten omgevormd worden tot organen belast met de bescherming van de belangen van de werknemers.»

15. «Het is belangrijk de waarborgen te verstevigen voor de door artikel 50 van de Grondwet aan de burgers toegekende vrijheden van meningsuiting, pers, vergadering, meetings, manifestaties en demonstraties, *waarvan in de praktijk geen gebruik wordt gemaakt*. Men moet erkennen dat verschillende eisen en standpunten, *gericht op de verdediging van het socialistisch bestel en op de uitschakeling van aan het licht gekomen tekortkomingen*¹⁰ de inhoud moeten kunnen vormen van de vrijheden van meningsuiting, vergaderingen, meetings, manifestaties en demonstraties. Daarin ligt een van de middelen om de vervreemding van de burgers van het politieke leven uit te schakelen, om hun sociale en politieke apathie te overwinnen. Deze doelstellingen zullen ook worden bereikt door de formele deelneming van de bevolking aan de werking van de staatsorganen en maatschappelijke organisaties te overwinnen, en door hun reële rechten op een democratische controle vanuit de basis te verruimen, waaronder een democratisch initiatiefrecht.»

16. De tekortkomingen van de huidige wetgeving zijn vaak te wijten aan het feit dat ze wordt uitgewerkt door de instellingen die ze moeten toepassen. Deze instellingen hebben er gewoonlijk belang bij helemaal niets te veranderen of zich te beperken tot minimale wijzigingen. «Het is daarom evident dat de wetsontwerpen niet moeten uitgewerkt worden door de organen, waarvan de werking door het betrokken ontwerp wordt geregeld».

Het gerecht en de perestrojka

17. Dit preadvies is van de hand van prof. V.M. Savitskii, een vooraanstaand penalist. Zijn voorstellen tonen eveneens aan dat de kritiek die het gerechtelijk apparaat van de Sovjetunie doormaakt vanwege de westerse juristen te verduren krijgt, niet van alle grond is ontbloot.

18. Het eerste voorstel heeft betrekking op de opleiding, de samenstelling en de materiële toestand van de personeelsformatie van de gerechtelijke organen. Er kan uit worden afgeleid dat de opleiding te wensen overlaat, dat de leeftijds- en stagevoorwaarden om tot het rechterlijk ambt te worden toegelaten niet streng genoeg zijn, dat er te weinig rechters zijn in de Sovjetunie (ongeveer evenveel als in de Duitse Bondsrepubliek, voor een 4,7 maal grotere bevolking), en dat de rechters onderbetaald worden (minder dan de leidende ambtenaren van de raion, d.i. de plaatselijke administratie op arrondissementeel niveau).

⁸ Zie BUTLER, o.c., 226-233.

⁹ Dit laatste komt uitvoerig aan bod in *L'empire éclaté* van H. CARRERE D'ENCAUSSE, Flammarion, Parijs, 1978, 45-121.

¹⁰ Krachtens artikel 49, eerste lid, van de Sovjetgrondwet van 1977 heeft elke burger van de USSR het recht tekortkomingen van staats- en maatschappelijke organisaties te bekritiseren.

19. Een volgend voorstel heeft betrekking op de werkelijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechters. Krachtens het huidige systeem worden de volksrechters voor vijf jaar verkozen door de plaatselijke bevolking¹¹. Dit systeem moet gewijzigd worden, «want het waarborgt niet de werkelijke onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van de rechters». Volgens Savitskii zouden de rechters ofwel moeten verkozen worden door de Opperste Sovjet van de unierepubliek ofwel benoemd door het Presidium van deze Opperste Sovjet, en wel voor een ambtstermijn van tien jaar. Het toezicht waaraan ze onderworpen worden vanwege de partij, zou op het niveau van de oblast' of van de stad moeten liggen, en dus niet op het niveau van hun territoriaal ressort, dit om inmenging van de plaatselijke overheden in hun activiteit te vermijden. Om deze wijzigingen te rechtvaardigen beroept de auteur zich op een reeks voorbeelden uit socialistische staten zoals Bulgarije, Polen, Tsjechoslovakije en Hongarije.

20. Het aanzien van de rechters zou in ruime mate kunnen verhoogd worden indien zij actief zouden kunnen optreden bij de toepassing van de wet die op grond van artikel 56, tweede lid, van de Grondwet werd goedgekeurd en die de burgers het recht verleent zich bij de rechter te beklagen over onrechtmatige overheidsdaden.

Savitskii beklaagt zich erover dat deze wet zolang op zich heeft laten wachten en dat de overheid heeft getracht de toepassing ervan te beknotten door een beperkende opsomming te geven van de overheidsdaden die tot beklag aanleiding konden geven. Hij beroept zich op het gezag van Engels, van wie hij uit een brief aan Bebel het volgende uittreksel citeert: «De eerste voorwaarde van elke vrijheid is de aansprakelijkheid van alle ambtenaren voor al hun diensthandelingen tegenover onverschillig welke burger, voor de gewone rechtbanken en volgens het gemene recht»¹².

21. Vervolgens breekt hij een lans voor het herstel van een zeker formalisme in de rechtspleging. Hiervoor moet niet alleen de behuizing en de uitrusting van de rechtbanken gemoderniseerd worden. «Het betaamt zich te bekommeren om de uiterlijke accessoires van de rechtspleging, die haar het haar thans ontbrekende plechtige karakter, ja ritueel moeten verlenen, bv. door de rechters een toga te laten dragen of als element van het rechterlijk gewaad met een speciaal lint of een ander kenteken van hun macht te voorzien.»

22. De rol van de rechter in de rechtspleging moet aanzienlijk uitgebreid worden. «Hij moet de controleinstantie worden, niet alleen na het afsluiten van het gerechtelijk onderzoek, maar ook tijdens dit laatste, telkens wanneer een vraag rijst betreffende de wettelijkheid of de gegrondheid van de handelingen van de onderzoeker of de procureur.» Dit veronderstelt o.m. het recht van de verdachte (of beklaagde), van zijn raadsman of zijn wettelijke vertegenwoordiger om de rechter een toezicht te laten uitoefenen op de tijdens het gerechtelijk onderzoek aangewende dwangmiddelen, bv. de voorlopige hechtenis. Ook wat dit betreft

beroept de auteur zich op de wetgeving van bepaalde andere socialistische staten, zoals Polen, Tsjechoslovakije en Cuba.

23. De rechter moet absoluut onafhankelijk zijn van het openbaar ministerie. Hij moet bevrijd worden van alle verplichtingen, hoe bijkomstig ook, die verband houden met de uitoefening van de strafvordering, zoals bv. het verzenden van de dagvaarding of de lezing, ter terechtzitting, van de akte van beschuldiging: «Thans is de rechtbank, jammer genoeg, niet vrijgesteld van dergelijke verplichtingen, en dit ondermijnt bij de bevolking het vertrouwen in de rechtvaardigheid van haar beslissingen en wekt de schijn, dat de rechtbank steeds onder één hoedje speelt met de procureur.»

24. Het Opperste Gerechtshof van de USSR zou de bevoegdheden moeten krijgen van een constitutioneel gerechtshof. Het huidige toezicht over de overeenkomst van de wetten met de Grondwet wordt immers slechts nominaal uitgeoefend door het Presidium van de Opperste Sovjet van de USSR¹³. Een dergelijk toezicht is onontbeerlijk in een multinationale en federale staat zoals de Sovjetunie, en het Opperste Gerechtshof is het meest geschikte orgaan om met deze taak te worden belast.

25. Het concept van een socialistische rechtsstaat moet worden uitgewerkt. Thans wordt soms de westerse staat als «rechtsstaat» tegengesteld aan de socialistische staat («niet rechtsstaat»). Het begrip «rechtsstaat» wordt hier als maatstaf gebruikt om politieke regimes van elkaar te onderscheiden. Men moet zich echter afvragen om welk recht het gaat, door wie het wordt gemaakt en wiens belangen het dient. De perestrojka moet het mogelijk maken de maatstaven uit te werken, waaraan een socialistische rechtsstaat zou moeten beantwoorden. Inderdaad, «in de socialistische staat zijn talrijke sociaal-economische en politieke premissen aanwezig voor de verwezenlijking van een socialistische rechtsstaat».

De perestrojka en het rechtsdenken

26. In dit preadvies van V.S. Nersesjants wordt teruggekomen op twee gedachtengangen, die reeds aan bod zijn gekomen in de vorige preadviezen: die van de gelijkheid in de socialistische maatschappij en die van de socialistische rechtsstaat.

27. De nivellering, waarvan de uitschakeling volgens de woorden van Gorbachov één van de belangrijkste opgaven van de huidige periode is¹⁴, wordt grondig ontleend en afgedaan als een «idee van utopisten, een principe, een ideologie en praktijk van een primitief, gelijkmakend communisme». Ook voor het socialistisch recht geldt de uitspraak van Lenin, volgens welke «alle recht de toepassing is van gelijke maatstaven op ongelijke mensen, die in werkelijkheid niet identiek zijn, niet aan elkaar gelijk...»¹⁵ en dat alle recht, ook het socialistische, «de ongelijkheid voorop-

¹³ Sovjetgrondwet van 1977, artikel 121.4.

¹⁴ Interview toegestaan aan redacteuren van de *Unita, Pravda*, 20 mei 1987.

¹⁵ V.I. LENIN, *Verzamelde Werken* (Russische uitgave), deel 33, 93.

¹¹ Sovjetgrondwet van 1977, artikel 152.

¹² K. MARX en F. ENGELS, *Verzamelde Werken* (2e Russische uitgave), deel 34, 103.

stelt»¹⁶. De juridische gelijkheid is een gelijkheid van maatstaven, dank zij welke de arbeid, de duur en intensiteit, hoeveelheid en hoedanigheid ervan objectief kunnen worden gemeten.

Vervolgens legt de auteur een band tussen een regulering die uitgaat van het beginsel van de nivellering, en een regulering die uitgaat van het recht. De nivellering leidt volgens hem tot een regulering waarbij een minimaal aantal gedragingen toegelaten is en alle overige verboden, zodat de passiviteit en de stagnatie bevorderd worden: al wat nieuw, creatief en vooruitstrevend is in de arbeid en in het maatschappelijk leven, valt onder verbodsbepalingen. Zo vormt de mentaliteit die door de nivellering ontstaat, een rem op de weg naar de groei en de vervolmaking van de maatschappelijke rijkdommen.

Onder het regime van de nivellering vormt de ongelijkheid een voorrecht voor een minderheid, terwijl onder het regime van de juridische gelijkheid de reële ongelijkheid een natuurlijk gevolg is van het meten van de praktische verschillen (in de hoeveelheid en de hoedanigheid van de gepresterde arbeid bv.) met gelijke maatstaven.

Het recht daarentegen verbiedt alleen die gedragingen die schadelijk zijn voor de maatschappij, en verleent aan alle andere een vermoeden van rechtmatigheid. Zo wordt een zo ruim mogelijke vrijheid geschapen, die beantwoordt aan de behoeften en belangen van de leden van de maatschappij en onontbeerlijk is voor de sociale vooruitgang.

«Bijgevolg is de overgang van nivellering naar recht de normatieve uitdrukking van het wezen van de perestrojka», en wordt hij dwingend opgelegd door de noodwendigheid om het basisprincipe van het socialisme op alle niveaus te verwezenlijken.

28. «Bij de uitwerking van het begrip 'rechtsstaat' onder het socialisme heeft de problematiek van het socialistisch constitutionalisme een doorslaggevende betekenis. Hierdoor wordt bedoeld het primaat van de Grondwet in het systeem van de rechtsbronnen, de rechtstreekse en onmiddellijke werking van de grondwettelijke normen, het tot stand brengen van een toezicht over de grondwettelijkheid van de in het land geldende algemeen bindende normen, enz.»

Beschouwingen

29. In het preadvies van Vasil'ev wordt de huidige toestand van het Sovjetrecht als weinig rooskleurig afgeschilderd. Dit wordt toegeschreven aan de «stagnatie», veroorzaakt door de Brezhnev-periode.

De oorzaken van het euvel liggen waarschijnlijk veel dieper. Enerzijds kan men de Brezhnev-periode niet globaal afdoen als een periode van stagnatie in het recht: zo kwam bv. in 1977 een nieuwe Sovjetgrondwet tot stand, en werden met succes pogingen ondernomen om het recht te hercodificeren en daardoor overzichtelijker en ook toegankelijker te maken¹⁷. Anderzijds kenmerken enkele aspecten van het Sovjetrecht en van de Sovjetrechtswetenschap, die aan de «stagnatie» worden toegeschreven, niet alleen de

jongste historische periode. Het is een oud zeer dat in de publikaties een beeld van de werkelijkheid wordt opgehangen dat met de werkelijkheid niet de geringste overeenkomst vertoont. Het bouwen van «Potemkindorpen»¹⁸ is eigenlijk zou oud als Rusland zelf.

30. Dat het de Sovjets aan wat ik zou noemen een «democratische reflex» ontbreekt, is voor een westers waarnemer evenmin een verrassing. Nieuw is wel dat ze er thans openlijk voor uitkomen. Dit staat in schrille tegenstelling met alle beweringen van vroeger, volgens welke het Sovjetrecht steeds als een «recht van een nieuw en hoger type» werd afgeschilderd, en de socialistische democratie als de «hoogste variant van de democratie in vergelijking met de andere historische varianten» (bv. de «burgerlijke» democratie naar Westers model), werd voorgesteld¹⁹.

31. Het is voorzeker een vooruitgang dat de Sovjetjuristen nu eindelijk zijn gaan inzien dat een te ver doorgedreven wettelijke regulering van alle maatschappelijke verhoudingen tenslotte meer nadelen dan voordelen biedt, en dat het een belangwekkende opgave voor de rechtswetenschap is, de reële grenzen van de juridische regulering af te tasten. Ook Gorbachov schrijft: «Laten wij ons strikt houden aan het volgende principe: alles wat niet verboden is bij de wet, is toegestaan»²⁰ en hij geeft toe dat de Sovjet-economie bv. door veel te veel wettelijke normen wordt beheerst (circa 30.000, waarvan er vele eenvoudig moeten worden afgeschaft²¹).

Maar waarom moeten dan, onder het voorwendsel ze te waarborgen, weer een aantal regelingen getroffen worden m.b.t. de glasnost? Kan hier dan ook het beginsel niet worden toegepast, dat al wat niet door de wet verboden is, toegelaten is? Men merkt echter duidelijk dat men, althans op dit bijzonder kiese punt, zo ver niet wenst te gaan. Waarom «was men verplicht» (sic, cf. s.5) een tussenoplossing te kiezen tussen de loutere openheid van bestuur en het daadwerkelijk implementeren van de grondwettelijke rechten en vrijheden m.b.t. de meningsuiting, de pers, en dgl. meer? Het komt mij voor, dat de grenzen van de glasnost hier duidelijk afgebakend worden en dat men er vooralsnog niet aan denkt de implementering van de grondwettelijke vrijheden te laten plaatshebben volgens het principe dat nochtans voor het recht in zijn geheel wordt afgekondigd.

32. Het lage peil van de beroepskwalificatie van de juristen is voor de westerse waarnemer evenmin een nieuwigheid. Het is o.m. het gevolg van de kwaliteit van de juridische opleiding, die er niet op gericht is kritisch ingestelde juristen te vormen, van het feit dat de universitaire curricula veel meer aandacht besteden aan ideologische vorming, aan de geschiedenis van de communistische partij en dgl. meer dan aan het recht zelf, en ook van het wantrouwen

¹⁸ Kunstmatige dorpen, die Potemkin, stadhouder en minnaar van Katherina II, in 1787 tijdens een rondreis van de tsarina oprichtte om haar de indruk te geven dat de bevolking tevreden was en in welstand verkeerde.

¹⁹ G.N. MANOV (red.), *Marxistisch-leninistische allgemeine Theorie des Staates und des Rechts, Grundlegende Institute und Begriffe*, Staatsverlag der DDR, Berlin, 1974, 233 e.v.

²⁰ M. GORBACHOV, *Perestrojka*, Het Spectrum, Wijnegem, 1987, 125.

²¹ GORBACHOV, o.c., 126.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Zie F. GORLÉ, «Die Kodifizierung der Sowjetgesetzgebung», in *Jahrbuch für Ostrecht I*, München, 1981, 9-35.

dat het regime altijd tegenover de juristen aan de dag heeft gelegd²². Wellicht heeft de wending, die zich nu voordoet, iets te maken met de omstandigheid dat Gorbachov de eerste Sovjetleider is sedert Lenin met een hogere juridische opleiding. J. Hazard zag in het feit dat «the Soviet jurists no longer non-entities» zijn een gunstig teken²³. Misschien krijgt hij gelijk en komt er eindelijk een echte herwaardering van de juridische beroepen.

33. Het preadvies van Kazimirschuk is voorzeker belangwekkend op het punt waarop — heel voorzichtig — gepleit wordt voor een diversifiëring van de eigendomsvormen (o.m. naar Hongaars model, om toch binnen het socialistisch kader te blijven). Toch lijden de voorstellen onder een zekere dubbelzinnigheid: enerzijds wordt — steeds weer uiterst voorzichtig — een toespeling gemaakt op «een eigendomsvorm gebaseerd op aandeelhouderschap», terwijl verder enkel nog sprake is van het plaatsen, door de bedrijven, van obligaties bij andere bedrijven of zelfs bij het publiek. Of alleen hierdoor de burger «objectief geïnteresseerd zal zijn in de ontwikkeling van de eigendomsvorm, waarin hij zijn persoonlijke geldmiddelen heeft geïnvesteerd», lijkt mij erg twijfelachtig. Echte participatie van de arbeiders in de ondernemingen, die ertoe zou leiden dat ze zich er werkelijk «baas» in zouden voelen, lijkt op grond van deze schuchtere voorstellen nog niet voor morgen te zijn.

34. Over de gevolgen van de nivellering zullen we het hebben naar aanleiding van het preadvies van Nersesjants. Dat een doeltreffend consumentenrecht in de Sovjetunie een heilzame invloed zou kunnen hebben op de kwaliteit van de verbruiksproducten en dat de zorgwekkende demografische evolutie een reeks maatregelen vergt, heeft voorzeker geen betoog. De idee om «via de wetgeving een mechanisme tot stand te brengen opdat rekening wordt gehouden met de openbare mening» lijkt mij echter overbodig, op voorwaarde dat men de glasnost' haar rol laat vervullen en het democratiseringsproces ernstig opneemt. Of is men misschien weer van plan de openbare mening zo te kanaliseren en te manipuleren, dat ze als bij wonder steeds samenvalt met de opvattingen van de partijleiders?

35. De evaluatie van de rol van de vakbonden door Kazimirschuk stemt overeen met de toestanden die in westerse kringen voortdurend werden aangeklaagd m.b.t. de slaafse houding van de vakbonden in de socialistische landen tegenover de overheid en derhalve tegenover de staat-werkgever. Het is bekend dat het die toestanden zijn die in Polen aanleiding hebben gegeven tot de opkomst en het buiten de wet stellen van «solidarność». In zijn boek «Perestrojka» doet Gorbachov nochtans een poging om het imago van de Sovjetvakbonden op te vijzelen, door o.m. hun belangrijke raadgevende rol in alles wat de arbeidswetgeving betreft in het licht te stellen²⁴. Van groot belang is echter zijn uitspraak: «Het zou een misvatting zijn te den-

ken dat de arbeidersklasse onder het socialistische systeem geen bescherming nodig heeft.» Dit is nieuw, want tot nog toe werd gewoonlijk betoogd dat deze bescherming overbodig was, onder het voorwendsel dat de arbeiders zelf het bewind in handen hadden. Ofschoon Gorbachov schrijft, dat de vakbondscomités «hun tanden moeten laten zien» en geen «makke partners voor bedrijfsleiders» mogen zijn²⁵, wordt er echter nergens met een woord gerept over stakingsrecht of over andere middelen om «zijn tanden te laten zien».

36. Hetgeen Kazimirschuk schrijft over het verlenen van meer inhoud aan de grondwettelijke vrijheden zoals die van meningsuiting, pers, vergadering, meetings, manifestaties en demonstraties gaat eigenlijk niet verder dan hetgeen krachtens de Grondwet van 1977 reeds was toegestaan, nl. de verdediging van het socialistische bestel en de kritiek op tekortkomingen. Het is algemeen bekend dat de sociale en politieke apathie van de Sovjetbevolking, waarover de auteur zich beklaagt, voor een groot deel toe te schrijven is aan de beperkende opvatting die tot nog toe prevaleerde m.b.t. de daadwerkelijke participatie van de bevolking aan het beleid. Er wordt niet gezegd op welke wijze de «formele deelneming» van de bevolking aan de werking van de beleidsorganen zal worden overwonnen. De omvorming van deze «formele deelneming» in een «reële» lijkt nochtans het enige middel om werkelijk een einde te maken aan de apathie, waarvan sprake is.

37. De stelling dat «wetsontwerpen niet moeten worden uitgewerkt door de organen waarvan de werking door het betrokken ontwerp wordt geregeld», is op het eerste gezicht goed gemotiveerd. Deze motivering is op haar beurt zeer kenschetsend voor de conservatieve ingesteldheid van de bureaucratie (niet alleen in de Sovjetunie). Ze wijst erop dat de bureaucratie zich als een doel op zichzelf gaat beschouwen, zodanig dat de instellingen in de geest van de ambtenaren die ze beminnen, niet meer bestaan voor de bevolking, maar omgekeerd. Het komt mij echter voor dat er eerder op dit vlak iets zou moeten worden ondernomen om de ambtenaren de juiste ingesteldheid bij te brengen. Dit zou voorzeker tot een beter resultaat leiden dan het gedane voorstel, want gezien de technische expertise die vereist is om de werking van bepaalde gespecialiseerde instellingen te regelen is het m.i. ondenkbaar deze instellingen zelf er niet bij te betrekken, hetgeen vanzelfsprekend niet betekent dat hun voorstellen kritiekloos door de wetgevende en reglementerende instanties moeten worden overgenomen.

38. Het preadvies van Savitskii bevestigt, zoals reeds vermeld, de wijze waarop de werking van het Sovjetgerecht over het algemeen in het Westen wordt beoordeeld. Dat de kwalificatie van de juristen te wensen overlaat, is meer dan eens gebleken uit andere Sovjetbronnen²⁶. De verbetering van de verkiezings- of benoemingsvoorwaarden van de rechters die wordt voorgesteld, betekent wel een stap in de goede richting, maar of ze de «werkelijke onpartijdigheid

²² Zie P. GORLÉ, «Het beroep van advocaat in de Sovjetunie», *R.W.*, 1979-80, 1893.

²³ J.N. HAZARD, *Managing Change in the USSR, The political role of the Soviet jurist*, Cambridge University Press, 1983, 169-173.

²⁴ GORBACHOV, o.c., 131.

²⁵ GORBACHOV, o.c., 132.

²⁶ Zie bv. Iu. V. MANAEV, «De motivering van de beslissingen van de onderzoeker inzake de procedure», in *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, 1978, 5, 75-83 (zie F. GORLÉ in *R.D.P.*, 1981, 696).

en de onafhankelijkheid van de rechters» zal waarborgen blijft toch aan twijfel onderhevig. Immers, het toezicht dat de partij uitoefent over de rechterlijke activiteit, wordt alleen naar een hoger echelon doorgeschoven. In geval van benoeming door het Presidium van de Opperste Sovjet van de unierepubliek zouden de rechters wel bevrijd zijn van de vroegtijdige ontzetting uit hun mandaat, zoals dit krachtens de Grondwet voor alle verkiesbare functies het geval is²⁷, maar het partijtoezicht zou blijven bestaan alsmede, naar alle waarschijnlijkheid, de verplichting om rekenschap af te leggen tegenover het orgaan dat de benoeming heeft verricht. De westerse maatstaven van onafhankelijkheid worden hierdoor zeker nog niet bereikt. De enige belangrijke vooruitgang zou erin bestaan de rechters onafhankelijker te maken tegenover de plaatselijke partijinstanties. Inmenging van deze instanties in de rechterlijke ambtsuitoefening in concrete aangelegenheden is ook nu verboden, en er zijn gevallen bekend waarin dergelijke inmenging aanleiding heeft gegeven tot een reactie van hogere partijorganen²⁸. Uit het preadvies van Savitskii kan echter afgeleid worden dat zulke toestanden zich nog steeds voordoen.

39. De «Wet over de procedure van beklag bij de rechter tegen onrechtmatige handelingen van ambtenaren, waardoor de rechten van de burgers gekrenkt werden» werd tijdens de zitting van de Opperste Sovjet van de USSR die op 29 en 30 juni 1987 plaatshad, goedgekeurd en op 1 juli 1987 gepubliceerd. Zij treedt in werking op 1 januari 1988.

Savitskii heeft natuurlijk gelijk zich erover te beklagen dat deze wet, die slechts een implementering is van artikel 58, tweede lid, van de Grondwet van 1977, zo lang op zich heeft laten wachten. Dit verklaart bv. waarom Nersesjants als één van de voorwaarden van de rechtsstaat onder het socialisme «de rechtstreekse en onmiddellijke werking van de grondwettelijke normen» vermeldt.

Dit zou in het onderhavige geval echter toch niet mogelijk geweest zijn, daar de Grondwet uitdrukkelijk stelt dat het beklag slechts kan plaatshebben «volgens een door de wet bepaalde procedure».

Het is in ieder geval kenschetsend dat, ofschoon over deze grondwettelijke bepaling destijds veel ophef werd gemaakt en ze als een belangrijke stap in de richting van een grotere eerbied voor de rechten van de burgers werd voorgesteld, er nagenoeg tien jaren nodig zijn geweest om deze korte wet (het gaat om een tekst die twaalf artikelen omvat) uit te vaardigen. Als men bedenkt dat de wetgevende procedure in de Sovjetunie lang niet zo omslachtig is als in de westerse parlementaire democratieën, dan kan de oorzaak alleen gelegen hebben in het gebrek aan het groene licht vanwege het Politburo, m.a.w. aan politieke onwil om de grondwettelijke norm in wetgeving om te zetten.

Al bij al is het nu toch zover, en Savitskii heeft gelijk te beweren dat de toepassing van de wet door de rechtbanken van die aard zou zijn dat ze het aanzien van de rechters ten goede zal komen. In welke mate dit zal geschieden, kan echter maar blijken na 1 januari 1988.

Zonder de wet in alle bijzonderheden te ontleiden kan er toch op gewezen worden dat zij inderdaad een algemene draagwijdte heeft, en betrekking heeft op alle overheidsdaden die een schending van de wet of een machtsoverschrijding inhouden, en waardoor de rechten van de burgers worden gekrenkt. Als de klacht gegrond is, legt de rechter de betrokken ambtenaar op zijn beslissing ongedaan te maken. De ambtenaar loopt een persoonlijke aansprakelijkheid op: indien hij de strafwet heeft overtreden, meldt de rechtbank dit aan de procureur, en in alle geval zal de ambtenaar die een onwettige ambtsverrichting heeft gesteld, de kosten van de beklagprocedure moeten betalen.

40. Het voorstel om de terechtzittingen met een zekere luister te omgeven is voorzeker merkwaardig. Het steekt schril af tegen de mening van diegenen die in een zeker decorum uitsluitend een (reactionair) instrument zien om de justitiabele te intimideren. Savitskii heeft gelijk de uiterlijke kentekenen waarmee de rechters zouden worden voorzien, als «kentekens van hun macht» voor te stellen, op voorwaarde dat het niet om enige persoonlijke macht gaat, maar om de staatsmacht, waarvan zij de vertegenwoordigers zijn.

41. Het voorstel om de rechter de nodige macht te verlenen om toezicht uit te oefenen op het verloop van het gerechtelijk onderzoek en o.m. op de aangewende dwangmiddelen zoals de voorlopige hechtenis, is niet helemaal nieuw. Sedert jaren gaan er onder de juristen stemmen op om de verdachte meer waarborgen te verschaffen en hem bv. reeds tijdens het gerechtelijk onderzoek het recht op bijstand van een raadsman te verlenen²⁹. Hier wordt echter nog verder gegaan, en wordt een rechterlijk toezicht geëist over heel het gerechtelijk vooronderzoek. Dit lijkt ten volle gerechtvaardigd, want volgens de thans in werking zijnde strafrechtspleging ligt heel dit onderzoek in handen van de procureur, die na beëindiging van het onderzoek de taak van vervolgende partij waarneemt. Het onderzoek wordt wel gevoerd door een «onderzoeker» («sledovatel'»), maar deze is geen rechter, maar een ambtenaar in dienst van de prokuratura, die voor alle belangrijke beslissingen (o.m. voor de voorlopige hechtenis) de instemming («sanctie» genaamd) van de prokuratura nodig heeft³⁰. Een toezicht door een onafhankelijk en onpartijdig rechter in deze aangelegenheden is hier zeker noodzakelijk, te meer daar de Sovjetunie het Internationaal Pact over burgerlijke en politieke rechten van de Verenigde Naties (19 december 1966) heeft bekrachtigd, waarvan artikel 9 een reeks bepalingen inhoudt die in ruime mate overeenstemmen met de bepalingen van artikel 5 van de Europese Conventie van de Rechten van de Mens.

42. Het ontslaan van de rechtbank van het verrichten van procedurehandelingen die bij de beklagde de schijn

²⁷ Sovjetgrondwet van 1977, artikel 107, tweede lid.

²⁸ Bv. het geval van rechter N. Ia. TARAKANOVA uit Tula, vermeld in D.P. HAMMER, *The USSR, The Politics of Oligarchy*, Westview Press, Boulder & Londen, 1986, 169.

²⁹ Zie bv. A.M. LARIN, «Procedurewaarborgen en de functie van de strafvordering», in *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, 1975, 7, 95-103 (zie F. GORLÉ in *R.D.P.*, 1976-77, 215) en M.S. STROGOVICH, «De rechten van het individu in de Sovjetstrafrechtspleging», zelfde tijdschrift, 1976, 10, 73-80 (zie F. GORLÉ in *R.D.P.*, 1978, 77-78).

³⁰ Zie F.J.M. FELDBRUGGE (red.), *Encyclopedia of Soviet Law*, 2nd Revised Edition, 1985, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Lancaster, verbo «arrest», p. 56.

kunnen wekken dat de rechtbank en het openbaar ministerie onder één hoedje spelen, gaat in dezelfde goede richting. Het stemt overeen met het beginsel dat meer dan eens door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens werd aangehaald, volgens welk «justice should not only be done, but manifestly and undoubtedly be seen to be done».

43. Het voorstel tot omvorming van het Opperste Gerechtshof van de USSR in een constitutioneel gerechtshof is eveneens volledig gerechtvaardigd. Sedert de Grondwet van 1977 is de hiërarchie van de rechtsnormen zo vastgesteld dat aan de grondwettelijke norm een volstrekt primaat wordt toegekend³¹. In die omstandigheden is het dan ook niet te verantwoorden, dat een gebeurlijke schending van dit primaat door de wetgever praktisch niet kan worden gesanctioneerd. Terecht onderstreept Savitskii dat het door de Grondwet bepaalde toezicht door het Presidium van de Opperste Sovjet slechts «nominaal» is. Het Presidium van de Opperste Sovjet is immers een orgaan van de Opperste Sovjet, zodat er weinig kans bestaat dat het een door de Opperste Sovjet aangenomen wet in strijd met de Grondwet zou verklaren. Savitskii had zich in dat verband overigens kunnen beroepen, zoals hij het doet voor andere punten, op het voorbeeld van andere socialistische staten, zoals Zuidslavië en Polen³².

44. Dat Savitskii zich voorstander verklaart van de rechtsstaat, is zonder twijfel verheugend te noemen. Het hoeft geen verwondering te wekken dat hij niet spreekt van «rechtsstaat» zonder meer, maar van een «socialistische rechtsstaat». De Sovjetjuristen spreken evenmin van «wettelijkheid» zonder meer, maar wel van «socialistische wettelijkheid». Zij willen op die wijze duidelijk maken, dat het niet alleen aankomt op de formele wettelijkheid, maar op de inhoud van de wet, die volgens hen de socialistische maatschappelijke verhoudingen dient te weerspiegelen, omdat die naar hun oordeel kwalitatief hoger staan dan de burgerlijke, kapitalistische maatschappelijke verhoudingen.

Zonder in deze controverse stelling te willen nemen, kan ik begrip opbrengen voor het afwijzen van een «rechtsstaat» waarvan de essentie zou bestaan in het zuiver formeel eerbiedigen van de rechtsorde, zonder dat deze noodzakelijkwijze zou moeten overeenstemmen met een bepaalde waardencode. De tegengestelde houding, die bv. wordt belichaamd door de rechtsopvatting van Kelsen, lijkt mij na de ervaring die de mensheid o.m. met het nationaal-socialisme heeft opgedaan, moeilijk te verdedigen.

45. Wat het preadvies van Nersesjants betreft, moet ik toegeven dat dit mij in verlegenheid brengt. Het valt mij moeilijk in te zien welke band er zou bestaan tussen de maatschappelijke nivellering, die een feitelijke toestand is, en de rechtstechniek, met als gevolg dat er in de juridische regulering twee varianten zouden zijn: de ene gebaseerd op het beginsel van de nivellering en de andere op het rechtsprincipe.

De strekking van het preadvies is nochtans duidelijk. De nivellering of ongebreidelde gelijkheidsgedachte is in de

Sovjetunie geen recent verschijnsel. In het gedachtengoed van sommige bolsjeviki was ze zeer levendig aanwezig³³. Het duurde echter niet lang vooraleer deze gedachte als een rem ging werken op de produktiviteit: vandaar bv. de bekende rede van Stalin tegen de «uravnilovka» in de eerste fase van de industrialisering van de Sovjetunie³⁴, en de nadruk op de «materiële geïnteresseerdheid» van de werknemers in de economische hervorming die na de val van Khrushchov werd ingevoerd. Ideologisch werd dit beleid gerechtvaardigd door de stelling dat het onder het socialisme geldende verdelingsprincipe luidde: «Van ieder naar vermogen, voor ieder volgens behoefte», in afwachting dat het communistisch verdelingsprincipe «voor ieder naar behoefte» zou kunnen verwezenlijkt worden³⁵.

Het principe van de «materiële geïnteresseerdheid» heeft er echter toe geleid dat zowel de bedrijfsleiders als de arbeiders er belang bij hadden de zaken zo voor te stellen, alsof de economische plannen die ze moesten uitvoeren, steeds «oververvuld» waren, met het gevolg dat alle leden van een produktieëenheid aanspraak konden maken op extra premies en andere materiële voordelen. Een flink aandeel van de «white collarcriminaliteit» in de Sovjetunie bestaat juist in het vervalsen van boekhoudkundige en andere documenten in verband met de vervulling van het plan³⁶. Dit is een van de meest in het oog springende aspecten van de overal heersende corruptie, die zich niet beperkte, zoals men verkeerdelijk zou kunnen vermoeden, tot de illegale sectoren van de economie.

Uit het boek van Gorbachov *Perestrojka* kunnen we duidelijk afleiden waarover het gaat. Laten we het even citeren:

«Het wijdverbreide stelsel van gelijke beloning was een van de belangrijkste excessen van de afgelopen decennia, die leidden tot de ontwikkeling van een afhankelijke opstelling, consumentisme en kortzichtige denkbeelden als 'laat de baas zich hier het hoofd maar over breken, mij gaat het niet aan'. Het 27e Partijcongres heeft het probleem van de sociale rechtvaardigheid als volgt geformuleerd: onder het socialisme is werk de basis van de sociale rechtvaardigheid. Alleen werk bepaalt de ware plaats van de burger binnen de samenleving en zijn maatschappelijke status. *En dit sluit iedere vorm van gelijke beloning voor iedereen uit.*

De gelijkheidsgedachte steekt zelfs nu van tijd tot tijd nog de kop op. Sommige burgers vatten de roep om sociale rechtvaardigheid op als 'iedereen hetzelfde'. (...) Hierover mag geen misverstand bestaan: *het socialisme heeft niets van doen met 'gelijke beloning voor iedereen'. Het socialisme kan er niet voor zorgen dat levensomstandigheden en*

³³ Zie E.H. CARR, *The Bolshevik Revolution 1917-1923*, 2, Macmillan, Londen, 1952, 117-119.

³⁴ J.V. STALIN, «Wage Differentials in Soviet Society», in *Problems of Leninism*, Moskou, 1952, 462-466.

³⁵ W. LEONHARD, *Sowjetideologie heute 2, Die politischen Lehren*, Fischer, Frankfurt am Main, 1952, 253 en 278.

³⁶ Zie bv. B.V. KOROBEINIKOV, «De kwaliteitscontrole en de valsheden in de verslagen betreffende de uitvoering van het plan», in *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, 1974, 7, 75-83 (zie F. GORLÉ in *R.D.P.*, 1975, 169) en A.M. FILATOV, «De strikte naleving van de wetten betreffende de beteugeling van de vervalsing van boekhoudkundige geschriften», zelfde tijdschrift, 1986, 2, 72-79.

³¹ Sovjetgrondwet van 1977, artikel 173.

³² Zuidslavische Grondwet van 1974, artikelen 375-396. Poolse wet van 29 april 1985, besproken door dr. Z. CZESZEJKO-SOCHACKI in *Panstwo i Prawo*, 1986, 1, 3-15.

consumptie in overeenstemming zijn met het beginsel 'van iedereen naar vermogen, voor ieder naar behoefte'. Dit komt onder het communisme»³⁷.

De constructie van Nersesjants beoogt klaarblijkelijk dit beginsel theoretisch te funderen en de bevolking psychologisch voor te bereiden op de ongelijkheid die noodzakelijkerwijze moet voortvloeien uit de consequente toepassing van het principe «loon naar werken». Anderzijds verschaft het een rechtvaardiging voor de bevoorrechte status van de leidende kringen, waartegen sedert de glasnost' onder de bevolking nogal eens wordt gemord. Gorbachov laat er echter geen twijfel over bestaan dat deze voorrechten zullen blijven bestaan, in de mate waarin zij door de prestaties van de betrokkenen worden gerechtvaardigd en waarin zij door de staat zijn ingesteld:

«Er bestaan ook voorzieningen voor mensen binnen bepaalde industrietakken en voor hen die in een bepaalde regio werken (met name in het noorden en in afgelegen gebieden), voor militairen, diplomaten, enz. Ik ben van mening dat dit gebruik terecht is, want het is in het belang van de maatschappij in haar totaliteit. Het is bovendien eveneens gebaseerd op het belang en de omvang van de inbreng van de betrokken burger.

Maar als er privileges zijn die niet zijn ingesteld door de staat, maar die sommige individuen, die zo hun macht misbruiken, voor zichzelf instellen, dan verbieden wij die, als zijnde onaanvaardbaar»³⁸.

Besluit

46. Het overzicht van de voorstellen van de juristen om de perestrojka ook in het recht door te voeren bevat ontegenzeggelijk belangwekkende aspecten. Het is echter nog te vroeg om uit te maken in welke mate deze voorstellen zullen worden gerealiseerd. In afwachting kunnen m.i. toch reeds de volgende gevolgtrekkingen worden gemaakt:

1° Zoals altijd in de Sovjetunie (en ook vroeger in Rusland) komen de hervormingen van boven. De juristen die de bijeenkomst hebben georganiseerd waarvan hierboven de belangrijkste thema's werden samengevat, hebben dit slechts gedaan nadat de plenaire vergadering van het Centraal Comité van de Communistische Partij van de USSR daarvoor in januari 1987 het licht op groen had gezet en de richting had aangewezen.

2° De zelfkritiek die thans door de Sovjetjuristen zelf tegenover de rechtswetenschap en de rechtsbeoefening in de Sovjetunie wordt geuit, stemt op vele punten overeen met de kritiek die in het Westen sedert lang tegenover het Sovjetrecht werd uitgebracht, en die steeds als laster en anti-Sovjetisme werd afgedaan.

3° De voorstellen van de juristen zijn niet meer dan voorstellen. We moeten ons er vooral voor hoeden te doen wat de Sovjets gewoonlijk doen (en nu geven ze het eindelijk toe: cf. nr. 7), nl. onze wensen voor werkelijkheid te nemen en te denken dat iets gerealiseerd is, omdat het in principe zo beslist is. Niets is minder waar. Van al wat hierboven vermeld is, zijn er maar twee dingen op dit ogen-

blik in wetgeving omgezet, nl. de aansprakelijkheid van de ambtenaren voor onrechtmatige daden die de rechten van de burgers krenken en de nieuwe wet over de staatsonderneming, die volgen Gorbachov³⁹ een aanzienlijke mate van economische deregulering inhoudt. Beide wetteksten treden echter pas in werking op 1 januari 1988, en alleen hun toepassing in de praktijk zal kunnen uitwijzen in hoeverre de vooropgestelde doelstellingen zullen worden bereikt.

4° Er is nog steeds geen onafhankelijk denken. Nog steeds schijnt de behoefte te bestaan stellingen die ietwat gewaagd klinken, te schragen door een beroep op het gezag van Lenin of van andere klassieke auteurs van het marxisme-leninisme (zie nrs. 6 en 20).

5° Het democratiseringsproces dat o.m. dank zij de glasnost' in beweging werd gebracht, is er niet op gericht de democratische vrijheden zoals het recht op vrije meningsuiting en dgl. werkelijk te implementeren. Het blijft beperkt tot een wellicht uitgebreider recht op kritiek tegenover de toestanden zoals ze door de leidende elite worden georganiseerd. Er blijft nog steeds weinig plaats voor initiatieven van de basis. Gorbachov spreekt wel van «socialistisch pluralisme»⁴⁰, maar denkt er blijkbaar niet aan het machtsmonopolie van de communistische partij op te geven. Dat is de diepere betekenis van een artikel dat op 16 november 1987 in de *Pravda* is verschenen onder de veelzeggende titel «Democratie en discipline». In Polen, dat principieel ook de weg van de glasnost' en de perestrojka volgt, werd een poging om een onafhankelijke socialistische partij te vormen door de politie de kop ingedrukt.

6° De onafhankelijkheid van de rechters wordt niet werkelijk gewaarborgd, aangezien zij aan het toezicht van de Partij onderworpen blijven, zij het dan ook vanop een hoger echelon.

7° Er wordt een sterke nadruk gelegd op de ongelijkheid, die in de socialistische maatschappij zal blijven bestaan op het vlak van de lonen. De voorrechten van de elite blijven op die wijze gewijzigd, want ze steunen zagezegd op kwantitatief en kwalitatief hogere prestaties. Alleen privileges die door de overheid zelf niet zijn ingesteld en die op machtsmisbruik berusten, zullen worden verboden.

47. De cruciale vraag is dan ook: zullen glasnost' en perestrojka dan helemaal niets veranderen in de Sovjetmaatschappij? Deze vraag is niet op ongenueanceerde wijze te beantwoorden. Het staat vast dat bij de leiders het bewustzijn is doorgedrongen dat de Sovjetunie haar economische achterstand niet kan inlopen zonder een nieuwe aanpak. Het intellectuele peil van de doorsnee Sovjetburger is er tijdens de laatste decennia in aanzienlijke mate op vooruitgegaan, zodat dit doel noch door middel van de traditionele geheimdoenerij noch door de gebruikelijke paternalistische houding van de overheid tegenover de burger kan worden bereikt. Recente reportages over de Sovjetunie wijzen erop dat de wil om het land te moderniseren zeker bij de huidige leiders aanwezig is⁴¹.

³⁹ GORBACHOV, o.c., 126. De nieuwe wet op de staatsonderneming werd goedgekeurd op 30 juni 1987 en gepubliceerd op 1 juli 1987 in de *Vedomosti Verkhovnogo Soveta SSSR*, N° 26 (2412), St. 385, p. 427.

⁴⁰ GORBACHOV, o.c., 88.

⁴¹ Zie hierover M: WALKER, *The Waking Giant, The Soviet Union under Gorbachev*, Abacus, Londen, 1986.

³⁷ GORBACHOV, o.c., 116.

³⁸ GORBACHOV, o.c., 117.

De voorstellen die worden geformuleerd op gebied van het recht, wekken echter de indruk dat men niet bereid of bekwaam is echt de consequenties te trekken uit de analyse die van de huidige toestand wordt gemaakt. Het is alsof men op het vlak van de glasnost', van de democratisering, van de rechterlijke onafhankelijkheid, van de vakbondsrechten enz. halverwege blijft steken. Hoewel op een aantal punten vooruitgang zou kunnen worden gemaakt, betwijfel ik dan ook ten eerste dat we voor een echte doorbraak staan die met een nieuwe revolutie, zoals Gorbachov de perestrojka noemt⁴², gelijk te stellen is.

48. Niettemin is het proces, dat door de nieuwe leiding op gang werd gebracht, ook voor ons van het hoogste belang. Een welslagen van de perestrojka met behoud van de huidige machtsstructuren zou de macht van de Sovjetunie in zulke mate doen aangroeien dat daardoor ongetwijfeld een aantal nieuwe dimensies in de internationale betrekkingen zouden ontstaan, die niet noodzakelijkerwijze in het voordeel van het Westen zouden uitvallen. Glasnost' en perestrojka zouden echter ook een dynamiek kunnen ontwikkelen waardoor de bestaande machtsstructuren op de heling zouden komen te staan. Dit zou waarschijnlijk leiden tot een reactie die erop gericht zou zijn hetgeen uit de hand gelopen is, terug onder controle te brengen, misschien wel door middel van een militaire staatsgreep zoals in Polen. In het ongunstigste geval zou er een chaos kunnen ontstaan,

die zeer gevaarlijk zou kunnen zijn voor de politieke stabiliteit in Europa en in de wereld.

De toekomst zal moeten uitwijzen of de nieuwe geluiden die vanuit de Sovjetunie tot ons doordringen, werkelijk een nieuwe lente zullen inluiden. Laten we het Russische volk, dat de wereldbeschaving nog zoveel meer zou kunnen verrijken dan het reeds heeft gedaan, op voorwaarde dat het de gelegenheid krijgt zijn creatieve talenten vrij te ontwikkelen, toewensen, dat het geen wederuitgave van de Praagse lente wordt. En laten we onze collega's juristen uit de Sovjetunie aanmoedigen om de stagnatie in de rechtswetenschap, waarvan zij het bestaan thans openlijk toegeven, werkelijk te overwinnen en aldus een beslissende bijdrage te leveren tot een daadwerkelijke bevrijding van de Sovjetmaatschappij van de mythen die reeds zo lang haar vooruitgang in de weg staan, door de verwerpelijke gewoonte die erin bestaat aan het dogma voorrang te verlenen boven het vrij onderzoek.

Frits GORLÉ
Hoogleraar VUB

⁴² GORBACHOV, o.c., 56 en v.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 24 SEPTEMBER 1987

Voorzitter: de h. Mahillon

Raadsheer-rapporteur: de h. Bosly

Advocaat-generaal: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaten: mrs. Simont en Kirkpatrick

Kansspelen — Loterij — Verrichtingen die het publiek aangeboden worden.

In art. 301 Sw. worden als loterij beschouwd onverschillig welke verrichtingen, in welke vorm ook, die aan het publiek worden aangeboden en bestemd zijn om winst te verschaffen door middel van het lot.

Die bepaling wordt geschonden door het arrest dat de draagwijdte ervan beperkt door te beslissen dat er geen verboden loterij is als de lottrekking het aanbod voorafgaat.

Belgische Staat t/ N.V. R.

Gelet op het bestreden arrest, op 27 juli 1984 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 301, 302 van het Strafwetboek en 1 van de wet van 31 december 1851 op de loterijen,

doordat het hof van beroep eisers hoger beroep ontvan-

kelijk doch niet gegrond verklaart, derhalve alle beschikkingen van het beroepen vonnis bevestigt en eiser bovendien in de kosten van het hoger beroep veroordeelt, op grond: «... ten gronde, dat (eiser) blijft volhouden dat de door de N.V. R. georganiseerde verrichting een loterij is in de zin van artikel 301 van het Strafwetboek; dat een loterij een verrichting vereist die het publiek wordt aangeboden en die bestemd is om winst te verschaffen door middel van het lot; dat ten deze, hoewel de door (verweerster) georganiseerde verrichting voor het publiek is bedoeld en winst kan verschaffen door lottrekking, niet is aangetoond dat die verrichting het publiek wordt aangeboden; dat er sprake is van aanbod wanneer de organisator, hoe dan ook, maatregelen heeft genomen of stappen laat ondernemen om het publiek aan te zetten loterijbriefjes of loten te verwerven; dat het aanbod aan het publiek betrekking moet hebben op die briefjes of loten, waarvan de koper zich, na het aanbod van die genoemde briefjes of loten, een door het toeval bepaalde winst zal zien toekennen; dat, ten deze, het toeval reeds heeft gespeeld en de naam van de winnaars reeds bij lottrekking heeft bepaald wanneer aan die winnaars en de talrijke niet-winnaars wordt meegedeeld dat zij aan de trekking kunnen deelnemen; dat er dus geen aanbod meer is aangezien de eventuele begunstigde van de trekking niets moet doen om deel te nemen aan die trekking, die reeds heeft plaatsgehad en waarvan alleen de resultaten vooralsnog geheim worden gehouden; dat de Belgische Staat tot staving van zijn stelling vergeefs een arrest van het Hof van Beroep te Gent van 19 oktober 1983 aanvoert; dat die al-

leenstaande rechtspraak, zonder het vonnis waarover het appelgerecht te Gent uitspraak heeft gedaan, het hof helemaal niet in staat stelt te beoordelen of het aan het appelgerecht voorgelegde geval gelijkenis vertoont met het aan dit hof voorgelegde geval; dat het hof van beroep in dit geval derhalve slechts kan bevestigen dat er geen verboden loterij is geweest, aangezien er vóór de trekking geen aanbod is gedaan»,

terwijl, (...)

derde onderdeel, overeenkomstig artikel 301 van het Strafwetboek als loterijen worden beschouwd alle verrichtingen die het publiek aangeboden worden en die bestemd zijn om winst te verschaffen door middel van het lot, en een verrichting het publiek wordt aangeboden wanneer zij aldus wordt georganiseerd dat de briefjes bestemd zijn om in het publiek te worden geplaatst; daaruit volgt dat het hof van beroep, door te beslissen dat er sprake is van een verboden loterij als er een aanbod is aan het publiek van briefjes of loten, waarvan de koper, na het hem gedane aanbod, een door het toeval bepaalde winst verkrijgt, artikel 301 van het Strafwetboek schendt, dat geenszins een aanbod van briefjes of loten aan het publiek vereist, maar enkel een verrichting die het publiek aangeboden wordt, dat wil zeggen dat zij dusdanig is georganiseerd dat de briefjes bestemd zijn om in het publiek geplaatst te worden (schending van de artikelen 301 van het Strafwetboek en 1 van de wet van 31 december 1851 op de loterijen);

vierde onderdeel, overeenkomstig artikel 301 van het Strafwetboek als loterijen worden beschouwd alle verrichtingen die het publiek aangeboden worden en die bestemd zijn om winst te verschaffen door middel van het lot, en een verrichting het publiek wordt aangeboden wanneer zij aldus wordt georganiseerd dat de briefjes bestemd zijn om in het publiek te worden geplaatst; daaruit volgt dat het bij de vaststelling van het feit of het publiek al dan niet een verrichting is aangeboden in de zin van artikel 301 van het Strafwetboek, geen belang heeft of het toeval reeds heeft gespeeld en de naam van winnaars reeds door lottrekking heeft vastgesteld op het ogenblik dat die winnaars en de talrijke niet-winnaars worden ingelicht over de mogelijkheid deel te nemen aan de trekking, en het hof van beroep derhalve artikel 301 van het Strafwetboek en artikel 1 van de wet van 31 december 1851 op de loterijen schendt door te beslissen dat er ten deze geen verboden loterij was in de zin van dat artikel, enkel op grond dat er geen aanbod meer was, nu de eventuele begunstigde geen stappen moest ondernemen om deel te nemen aan de trekking die reeds was gedaan en waarvan enkel de resultaten vooralsnog geheim werden gehouden:

Wat betreft het derde en het vierde onderdeel samen:

Over de door verweerster tegen het derde onderdeel opgeworpen grond van niet-ontvankelijkheid, hieruit afgeleid dat dit onderdeel tegen een overbodige reden van het arrest is gericht:

Overwegende dat de in dit onderdeel bekritiseerde reden van het arrest noodzakelijk deel uitmaakt van de uitlegging die het hof van beroep aan artikel 301 van het Strafwetboek geeft;

Dat de grond van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen;

Over de door verweerster tegen het vierde onderdeel op-

geworpen grond van niet-ontvankelijkheid, hieruit afgeleid dat dit onderdeel onnauwkeurig is:

Overwegende dat dit onderdeel preciseert dat het arrest, door te beslissen dat er ten deze geen verboden loterij is omdat er vóór de trekking geen aanbod is gedaan, artikel 301 van het Strafwetboek schendt, zoals het door eiser in het derde onderdeel wordt uitgelegd;

Dat de grond van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen;

Overwegende dat naar luid van artikel 301 van het Strafwetboek als loterijen worden beschouwd alle verrichtingen die het publiek aangeboden worden en die bestemd zijn om winst te verschaffen door het lot;

Overwegende dat blijkt uit de bewoordingen van die bepaling, uit de wetsgeschiedenis van de wet van 8 juni 1867 houdende het Strafwetboek en uit die van de wet van 31 december 1851 waarvan artikel 2 de oorsprong van voornoemd artikel 301 vormt, dat de wetgever onverschillig welke verrichtingen, in welke vorm ook, die bestemd zijn om winst te verschaffen door middel van het lot, heeft beoogd; dat de wetgever, door het invoegen in artikel 301 van het Strafwetboek van de bewoordingen «die het publiek aangeboden worden», heeft willen verduidelijken dat alleen de verrichtingen met een openbaar karakter onder toepassing van die regel vallen, en niet die welke in familiekring of binnen een beperkte groep worden georganiseerd;

Overwegende dat het arrest, na te hebben vastgesteld dat verweerster een verrichting voor het publiek heeft georganiseerd die winst kon verschaffen door middel van lottrekking, zegt dat een verrichting het publiek wordt aangeboden, in de zin van artikel 301 van het Strafwetboek, als dat aanbod aan het publiek betrekking heeft op loterijbriefjes of loten, waarvan de koper zich, na het hem gedane aanbod, een door het toeval bepaalde winst zal zien toekennen, dat er ten deze geen aanbod meer is, nu het toeval reeds heeft gespeeld en de naam van de winnaars heeft bepaald «wanneer aan die winnaars en de talrijke niet-winnaars wordt meegedeeld dat zij aan de trekking kunnen deelnemen», en dat er geen verboden loterij is aangezien er vóór de trekking geen aanbod is geweest;

Overwegende dat het arrest, door aldus aan de bewoordingen «verrichting die het publiek wordt aangeboden» een betekenis te geven die de draagwijdte van artikel 301 van het Strafwetboek beperkt, deze wetsbepaling schendt;

Dat de onderdelen gegrond zijn;

(...)

NOOT—Over verboden loterijen

1. Een loterij is een vorm van verboden kansspel (Cass., 1 mei 1899, *Pas.*, 1899, I, 208; *R.P.D.B.*, tw. «Jeu et pari en matière répressive», nr. 85). In beginsel zijn alle loterijen verboden, maar de geldhonger van de Staat was steeds groter dan het moreel besef van de gezagdragers en van meet af werden uitzonderingen ingebouwd in het systeem.

Het Hollands bewind had een vorm van loterij als belasting ingevoerd, maar het Voorlopige Bewind had deze wettelijke bepalingen opgeheven. Het organiseren van loterijen werd bestraft door de artikelen 410 en 475, 5°, van het Napoleontisch Strafwetboek, maar de incriminaties beantwoordden niet aan de vereisten en de wet van 31 december

1851 op de loterijen voerde een nieuwe regeling in die voorzag in een degelijker omschrijving van de misdrijven en die nauwkeuriger afbakende welke loterijen, mits ze werden goedgekeurd door de overheid, konden worden toegelaten.

2. Artikel 301 Sw., dat grotendeels de bepalingen van de wet van 31 december 1851 overnam, geeft een bepaling van de loterijen. Het zijn «alle verrichtingen die het publiek aangeboden worden en die bestemd zijn om winst te verschaffen door middel van het lot».

Het gaat om verrichtingen, niet om een spelletje zoals dat wordt bestraft door artikel 557, 3°, Sw. Een loterijspel geschiedt door middel van kaarten, dobbelstenen, een rouletten of gelijksoortige middelen en de uitslag is onmiddellijk bekend. Een loterij veronderstelt een bepaalde organisatie, een inrichting, een bepaalde duur: artikel 302 Sw. maakt gewag van «aanleggers, ondernemers, beheerders, aangestelden of agenten». Een loterij is een hele onderneming, een ingewikkelde opzet.

3. De wet van 31 december 1851 op de loterijen was, zoals gebruikelijk, geïnspireerd door de Franse wet van 21 mei 1836, maar ze was veel restrictiever: «toutes opérations sous quelque forme que ce soit, destinées à procurer un gain par la voie du sort» werden als loterijen beschouwd (cf. *Pasin.*, 1851, 489).

De opstellers van het Belgisch Strafwetboek hebben de tekst wat aangepast en hebben de zinsnede «sous quelque forme que ce soit» weggelaten omdat ze deze toevoeging overbodig vonden (J. Nypels, *Législation criminelle de la Belgique*, II, p. 550, nr. 29).

Ze hebben er echter aan toegevoegd: «offerte au public», omdat ze was oordeel waren dat de strafwet niet mocht worden toegepast op loterijen georganiseerd in familiekring of onder vrienden. «Cette restriction circonscrit la loi dans de justes limites», preciseerde de wetgever (J. Nypels, *o.c.*, II, p. 710, nr. 22).

4. Het Hof van Cassatie neemt deze bepaling over, maar spreekt niet van een vriendenkring, maar van een «beperkte groep». Men kan zich afvragen of deze definitie wel overeenstemt met de wil van de wetgever. Een beroepsvereniging, het bedrijfspersoneel, de toeschouwers in een theater of in een dancing, de vriendenkring van een voetbalteam, de fanclub van een filmster, een school- of een leerlingenverbond vormen telkens «een beperkte groep», maar toch kunnen ze niet straffeloos een loterij organiseren (Rigaux, M. en P.E. Trousse, *Les crimes et les délits du Code pénal*, IV, 560; *R.P.D.B.*, tw. «Jeu et pari en matière répressive», nr. 28; J. Constant, *Manuel de droit pénal*, II, p. 403, nr. 628).

Vermoedelijk gaat het om een onzuiverheid in de uitdrukking en niet om een wijziging van het traditionele standpunt.

5. Nu artikel 301 Sw. bepaalt dat *alle* verrichtingen die aan het publiek worden aangeboden gevisieerd worden, speelt het geen rol of de lottrekking reeds heeft plaatsgehad vooraleer de loterijbriefjes aan het publiek worden aangeboden. Er is inderdaad geen aanbod meer om deel te nemen aan de lottrekking, daar deze reeds heeft plaatsgehad, maar aan het publiek wordt nog steeds een verrichting aangeboden die door de wet wordt bestraft.

Het is niet omdat de organisator van de loterij op voorhand reeds de uitslag kent, dat de verrichting niet onder de toepassing van de strafwet valt: artikel 301 Sw. viseert niet

de lottrekking, maar de verrichting die bestemd is om winst te verschaffen door middel van het lot.

A. Vandeplass

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 25 SEPTEMBER 1987

Voorzitter: de h. Janssens

Raadsheer-rapporteur: de h. Caenepeel

Procureur-generaal: de h. Krings

Advocaten: mrs. De Clercq en Claeys Bouuaert

Inkomstenbelastingen — Personenbelasting — Bedrijfsuitgave — Begrip.

Uit de vaststelling dat een belastingplichtige en zijn echtgenote de reis naar hun werk samen in hetzelfde voertuig deden, leidt de rechter wettig af dat een gedeelte van de totale kosten voortvloeiend uit dat gebruik van het voertuig bedrijfskosten van de echtgenote zijn, die derhalve niet in aanmerking komen als bedrijfsuitgaven van de belastingplichtige.

S. t/ Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest, op 11 juni 1986 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 73, 44 en 51 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen,

doordat in het geval waarin samenwonende echtgenoten de verplaatsing van en naar het werk gelijktijdig doen met een zelfde voertuig, het hof van beroep beslist dat het principe volgens hetwelk de bedrijfslasten van de echtgenoten afzonderlijk dienen te worden berekend, niet inhoudt dat voor samenwonende echtgenoten, die gezamenlijk belast worden, dezelfde uitgaven door beiden zouden mogen worden afgetrokken; het hof van beroep van oordeel is dat de ingeroepen werkelijke kosten gedragen door de echtgenoot gedeeltelijk het wettelijk forfait toegekend aan de echtgenote overlappen,

terwijl, krachtens artikel 73 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, het de belastbare inkomsten der echtgenoten zijn, d.w.z. de netto-inkomsten, die samengevoegd worden; daaruit volgt: — dat de bedrijfsinkomsten van de echtgenoten slechts samengevoegd worden na de afzonderlijke berekening van de bedrijfsinkomsten van een ieder alsof het om een afzonderlijke belastingplichtige gaat; — dat de aftrekbare bedrijfslasten door ieder van de echtgenoten afzonderlijk dienen te worden berekend; — dat dienengevolge de verplaatsingskosten aan de zijde van echtgenoot voldoen aan de voorwaarden bepaald bij artikel 44 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, zodat men deze dient aan te nemen en in mindering te brengen van de brutobedrijfsinkomsten van de echtgenoot; — dat de echtgenote niettemin het recht behoudt het wettelijk forfait bepaald bij artikel 51 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen in te roepen in mindering van haar eigen brutobedrijfsinkomsten:

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiser en zijn echtgenote de verplaatsing naar het werk samen in hetzelfde voertuig deden ;

Dat het arrest, eensdeels, uit die vaststelling, zonder schending van artikel 44 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, afleidt dat een gedeelte van de totale kosten voortvloeiend uit bedoeld gebruik van het voertuig, bedrijfskosten van de echtgenote zijn en derhalve niet in aanmerking komen als bedrijfsuitgaven van eiser ; dat het arrest, anderdeels, eisers echtgenote het recht op de in artikel 51 van hetzelfde wetboek bedoelde forfaitaire bepaling van haar bedrijfsuitgaven en bedrijfslasten niet ontzegt, maar integendeel, met bevestiging van de beslissing van de directeur der belastingen, het in dat artikel bepaalde op haar toepast ;

Dat het arrest aldus evenmin artikel 73 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen schendt ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 8 OKTOBER 1987

Voorzitter : de h. Mahillon

Raadsheer-rapporteur : de h. Bosly

Advocaat-generaal : de h. Velu

Advocaten : mrs. De Bruyn en Draps

**Aanneming van werk — Registratie van aannemer —
Schrapping na faillissement — Inhouding voor fiscus en
R.S.Z.**

In de artt. 299bis, § 3, tweede lid, W.I.B. en 30bis, § 3, tweede lid, W. 27 juni 1969, wordt geen onderscheid gemaakt naargelang de schrapping van de registratie van een aannemer aan bedrog of nalatigheid te wijten is dan wel het gevolg is van een stopzetting van werkzaamheid wegens faillietverklaring.

Belgische Staat en R.S.Z. t/ R. en Van R.

Gelet op het bestreden arrest, op 22 april 1986 door het Hof van Beroep te Luik gewezen ;

Overwegende dat beide voorzieningen tegen hetzelfde arrest zijn gericht ; dat zij dienen te worden gevoegd ;

(...)

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de N.V. T. regelmatig als aannemer was geregistreerd overeenkomstig de bepalingen van de wet tot economische heroriëntering van 4 augustus 1978, dat zij voor rekening van de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen bepaalde werken had uitgevoerd, dat die werken waren voltooid vóór het faillissement, dat de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen een factuur van 966.771 frank, te weten het verschuldigde saldo, betaalde, terwijl ten gevolge van dat faillissement de registratie van de vennootschap T. was ge-

schrappt en, met toepassing van de artikelen 299bis, § 3, tweede lid, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen en 30bis, § 3, tweede lid, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de sociale zekerheid van de werknemers, die bij deze wet van 4 augustus 1978 werden ingevoegd, de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen op het bedrag van die laatste factuur twee inhoudingen, elk van 15 pct., verrichtte om ze enerzijds aan de Belgische Staat en anderzijds aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid te storten ;

Overwegende dat het arrest niettemin beslist dat die inhoudingen niet overeenkomstig de wet zijn geschied, op grond dat de schrapping van de registratie van de vennootschap T. het gevolg was van de stopzetting van de werkzaamheid wegens het faillissement en niet wegens bedrog of nalatigheid ;

Overwegende dat de vorenbedoelde artikelen 299bis, § 3, tweede lid, en 30bis, § 3, tweede lid, beide bepalen dat degene die, voor de uitvoering van een in paragraaf I van die artikelen bedoelde werkzaamheid, een beroep doet op een geregistreerde medecontractant, van wie de registratie wordt geschrapt in de loop van de uitvoering van de overeenkomst, bij elke betaling aan zijn medecontractant, na schrapping van de registratie, twee inhoudingen, ieder van 15 pct. moet doen, waarvan de ene aan de door de Koning aangewezen ambtenaar van de administratie van directe belastingen en de andere aan de Rijksdienst voor sociale zekerheid moet worden gestort ;

Dat in die teksten geen onderscheid wordt gemaakt naargelang de schrapping van de registratie aan bedrog of nalatigheid te wijten is dan wel, zoals ten deze het geval is, het gevolg is van een stopzetting van werkzaamheid wegens faillietverklaring ;

Dat uit de parlementaire voorbereiding van de wet tot economische heroriëntering van 4 augustus 1978 weliswaar blijkt dat het doel van de door die wet ingevoerde maatregelen, inzonderheid de registratie van aannemers, is de bedrieglijke praktijken van de koppelbazen, met name de niet-betaling van de bijdragen voor de sociale zekerheid, van de bedrijfsvoorheffing en van de belasting over de toegevoegde waarde, op een meer doeltreffende wijze te bestrijden ; dat uit die voorbereiding echter niet valt af te leiden dat op de toepassing van die bepalingen een beperking is gesteld, die niet uit de tekst ervan blijkt en die evenmin vereist is om het door de wetgever beoogde doel te bereiken ;

Dat het arrest, voor het overige, op grond «dat, indien zou worden ingegaan op de eisen van de Belgische Staat en van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, deze daardoor een supervoorrecht zouden verkrijgen dat rang zou hebben vóór de bij de wet ingestelde bijzondere en algemene voorrechten, met het gevolg dat de rechten van de werknemers en van de medecontracterende bedrijven beperkt worden», een schending inhoudt van de bepalingen van openbare orde van de artikelen 299bis van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, 30bis van de wet van 27 juni 1969, 2, § 1, 6, 7, § 2, 22, 23 en 29 van het koninklijk uitvoeringsbesluit van 5 oktober 1978, die aan iedere eiser, met uitsluiting van de andere schuldeisers, een recht toekennen op 15 pct. van de bedragen die aan de aannemer na zijn schrapping verschuldigd zijn en derhalve, door invoering van een afwijking, de gevolgen wegnemen van de regel inzake ge-

lijkheid van de schuldeisers, vervat in de Faillissementswet en in de wet op de voorrechten en hypotheek;

(...)

NOOT—Zie Cass., 11 juni 1987, *R.W.*, 1987-88, 573.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 30 NOVEMBER 1987

Voorzitter-rapporteur: de h. Soetaert

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. De Gryse en Bützler

1. Ondernemingsraad — Veiligheidscomité — Oprichting — Technische bedrijfseenheid — Begrip — Criteria — 2. Veiligheidscomité — Geschillen — Rechtspleging — Hoger beroep — Onderscheiden veiligheidscomités — Verschillende arbeidsplaatsen — Indeling.

1. Een technische bedrijfseenheid in de zin van de Bedrijfsorganisatiewet en de Veiligheidswet is slechts aanwezig wanneer sociale criteria mede in aanmerking komen.

2. Een geschil betreffende de indeling van verschillende arbeidsplaatsen bij onderscheiden veiligheidscomités valt niet onder de geschillen bedoeld in art. 9 K.B. 31 juli 1986 die, ingevolge art. 81 van dat besluit, niet vatbaar zijn voor verzet of hoger beroep.

N.V. M. e.a. t/ Brussels Verbond der Christelijke Vakverenigingen

Conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts

Het eerste onderdeel van het eerste middel stelt de vraag aan de orde of een juridische entiteit die geen personeel tewerkstelt, samen met andere juridische entiteiten één technische bedrijfseenheid kan vormen voor de toepassing van de wetgeving op de ondernemingsraden en de veiligheidscomités.

Voor de oprichting en de samenstelling van die raden en voor de verkiezingen van de personeelsafgevaardigden heeft die vraag natuurlijk geen belang, aangezien er geen personeel is. Wel echter voor de bevoegdheid, inzonderheid van de ondernemingsraad, aangezien in bevestigend geval, deze alsdan ook inzage krijgt in de situatie van de betrokken onderneming en de voorgeschreven inlichtingen op economisch en financieel gebied ontvangt.

De gestelde rechtsvraag komt hierop neer of er van een technische bedrijfseenheid sprake kan zijn, wanneer geen sociale maar alleen economische criteria aanwezig zijn.

De rechtspraak van het Hof heeft daarop nog geen antwoord gegeven, omdat het in de tot op heden behandelde gevallen steeds ging om een afweging van economisch en sociale factoren, aangezien beide aanwezig waren.

Ook bij de voorbereiding van de wet is men kennelijk steeds van dezelfde hypothese uitgegaan en werd de thans aan de orde zijnde vraag niet onder ogen genomen. Alleen in de wet zelf moet dus het antwoord worden gezocht.

De technische bedrijfseenheid moet worden bepaald op

grond van economische en sociale criteria met voorrang voor deze laatste. Daaruit volgt logischerwijze dat er geen technische bedrijfseenheid kan zijn, zo er geen sociale criteria aanwezig zijn, omdat er geen personeel tewerkgesteld is.

Dit sluit overigens aan bij het doel van de betrokken wetgeving. Ondernemingsraden en veiligheidscomités zijn organen van overleg en samenwerking tussen de werkgever en zijn personeel. Waar geen personeel is, is er uiteraard geen plaats voor overleg en samenwerking en dus evenmin voor organen die daarvoor worden opgericht.

Terecht merkt verweerder op dat het uitsluiten van juridische entiteiten zonder personeel erop neerkomt «de werknemers elke inspraak of controle te ontzeggen over de activiteiten van dat deel van de onderneming dat door de werkgever opgesplitst werd zonder tewerkstelling van eigen personeel».

Daar is inderdaad het gevolg van die stelling. Maar dat wil nog niet zeggen dat deze onwettig is. Wil de wetgever de regeling tot vennootschappen zonder personeel uitbreiden, dan moet hij de wet tegen de volgende verkiezingen nog maar eens wijzigen, zoals hij in het vooruitzicht van nieuwe verkiezingen gewoonlijk doet.

Het onderdeel is gegrond.

Het tweede middel komt op tegen de beslissing omtrent de indeling van de arbeidsplaatsen bij de zes verschillende veiligheidscomités die in de technische bedrijfseenheid van de eiseressen worden opgericht.

Naar mijn mening valt deze beslissing niet onder de vonnissen die met toepassing van artikel 81, 6°, van het koninklijk besluit van 31 juli 1986 in laatste aanleg gewezen zijn.

Volgens deze bepaling is niet vatbaar voor hoger beroep o.m. de in artikel 8, eerste lid, 1°, van hetzelfde besluit genoemde beslissing van de werkgever betreffende het aantal technische bedrijfseenheden of juridische entiteiten waarvoor organen moeten worden opgericht, met hun beschrijving.

In de bestreden beslissing is geen sprake van enige betwisting omtrent de technische bedrijfseenheid of de juridische entiteit. Aangenomen is dat de juridische entiteiten één technische bedrijfseenheid vormen; evenmin staat de beschrijving van de technische bedrijfseenheid ter discussie. Vraag is alleen welke arbeidsplaatsen moeten worden ondergebracht bij de zes veiligheidscomités die in het éne bedrijf zijn opgericht.

Dat de werkgever verscheidene veiligheidscomités in zijn bedrijf kan oprichten, is een mogelijkheid die hem reeds sedert de wet van 17 juli 1957 is verleend¹. Op dat ogenblik was er in de wetgeving nog geen sprake van geschillen omtrent de technische bedrijfseenheid en de juridische entiteit. Hiervan wordt maar melding gemaakt, wanneer het koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978 bepaalt hoe de technische bedrijfseenheid wordt omschreven en onder welke voorwaarden verscheidene juridische entiteiten één technische bedrijfseenheid kunnen vormen². Meteen vult hetzelfde koninklijk besluit nr. 4, artikel 1, § 4, h, van de

¹ Thans art. 1, § 4, b, 1, Gezondheid- en veiligheidswet.

² Art. 1, § 4, b, 1, tweede lid, en 2 Gezondheid- en veiligheidswet.

Gezondheid- en veiligheidswet aan met een 3°, dat de arbeidsgerechten ook bevoegd maakt om uitspraak te doen over een vraag «om het aantal en de vestigingsplaats van de bedrijfseenheden te laten bepalen».

Ter uitvoering van de voornoemde bepalingen van het koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978 schrijft vervolgens artikel 7 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978 voor dat bij het arbeidsgerecht kan worden opgekomen tegen de beslissing van de werkgever omtrent het aantal technische bedrijfseenheden en/of juridische entiteiten waarvoor organen moeten worden opgericht, met hun beschrijving; en het vierde lid van dit artikel bepaalt dat de desbetreffende beslissing van de arbeidsrechtbank niet vatbaar is voor hoger beroep.

Het koninklijk besluit van 5 november 1982 brengt alle bijzondere procedureregelen die over het koninklijk besluit van 18 oktober 1978 verspreid lagen, in één artikel 78bis samen. Alsdan verschijnt de formulering dat «in het kader» van de wettelijke bevoegdheidsregeling de vonnissen «in het kader» van de geschillen bedoeld in artikel 7 niet vatbaar zijn voor hoger beroep. Deze formulering wordt uiteindelijk overgenomen door artikel 81, 6°, van het thans geldende koninklijk besluit van 31 juli 1986.

Wat dat vage en nietszeggende «kader» in die bepaling komt doen is mij niet duidelijk. Maar ik zie geen enkele reden om aan te nemen dat men daardoor de regel dat geen hoger beroep openstaat, zoals hij in het koninklijk besluit van 18 oktober 1978 was geformuleerd, heeft willen uitbreiden tot vonnissen die er alsdan zeker niet onder vielen.

En dat de thans aan de orde zijnde beslissing niet valt onder de beslissingen betreffende het aantal technische bedrijfseenheden of juridische entiteiten en hun beschrijving leid ik af uit het hiervoor samengevatte onderzoek van de wetsgeschiedenis.

Terecht merken de eiseressen op dat het voor het verloop van de sociale verkiezingen beter zou zijn dat artikel 8 van het koninklijk besluit van 31 juli 1986 ruim zou worden geïnterpreteerd. Maar zij geven toch zelf toe dat de door hen voorgestelde verruiming aan deze bepaling een draagwijdte geeft die zij volgens de tekst ervan niet heeft. En vermits uit de wetsgeschiedenis blijkt dat men er ook nooit aan gedacht heeft de betrokken beslissing onder het toepassingsgebied van artikel 8 te brengen, lijkt het mij juridisch ook moeilijk die weg op te gaan, precies omdat de voorgestelde ruime interpretatie ook een overeenkomstige verruiming tot gevolg heeft van de toepassing van de in artikel 81, 6°, neergelegde regel dat de in artikel 9 bedoelde vonnissen niet vatbaar zijn voor hoger beroep. Luidens artikel 617 van het Gerechtelijk Wetboek zijn de vonnissen van de arbeidsrechtbank steeds vatbaar voor hoger beroep. Uitzonderingen op deze algemene wettelijke regel zijn alleen aanvaardbaar op grond van een duidelijke en uitdrukkelijke tekst. En deze bestaat in onderhavige zaak niet.

Daarom meen ik dat de in het tweede middel bestreden beslissing niet in laatste aanleg is gewezen en de desbetreffende voorziening niet ontvankelijk is.

(...)

Arrest

Gelet op het bestreden vonnis, op 15 januari 1987 in laatste aanleg door de Arbeidsrechtbank te Brussel gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 14, § 1, van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven en 1, § 4, b, 1, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de werknemers alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen,

doordat het vonnis de vordering van verweerder gegrond verklaart en voor recht zegt dat tweede en derde eiseres één technische bedrijfseenheid vormen met eerste eiseres en beslist dat de personeelsleden van tweede eiseres dienen te worden toegelaten tot de verkiezingen voor de oprichting van een ondernemingsraad voor de centrale Woluwe met succursales Anderlecht, Woluwe, Truck Center Sint-Pieters-Leeuw, Charleroi, Europa-Brussel en Waterloo, en dat voor de verkiezingen van de comités voor veiligheid en gezondheid de tweede en de derde eiseres toegevoegd worden aan de centrale Woluwe met succursales Brussel-Woluwe en Truck Center Sint-Pieters-Leeuw, op grond onder meer: «dat (eerste eiseres) zich bezighoudt met de verkoop van de personen- en vrachtwagens van het merk M., dat de (tweede eiseres), als opvolger van de N.V. F., zich bezighoudt met de financiering, de verkoop op afbetaling en de leasing van personen- en vrachtwagens, dat de activiteiten van (derde eiseres) uitsluitend van financiële aard zijn, dat (eiseressen) meedelen, zonder op dit punt door (verweerder) te worden tegengesproken, dat deze laatste maatschappij geen personeel tewerkstelt (...); dat (derde eiseres) nauwe financiële bindingen heeft met de twee voornoemde maatschappijen; dat uit het voorgaande voortvloeit dat de drie verschillende maatschappijen op elkaar zijn afgestemd, dat op economisch vlak de éne maatschappij niet zonder de andere kan; dat ter zake onderzocht dient te worden welk de sociale criteria zijn die in aanmerking kunnen worden genomen voor de twee voornoemd aangegeven maatschappijen, namelijk (eerste eiseres) en (tweede eiseres); dat de sociale criteria wat de derde maatschappij betreft, namelijk (derde eiseres) niet in aanmerking genomen kunnen worden daar niet betwist wordt dat deze maatschappij geen personeel tewerkstelt; dat zowel de economische als de sociale criteria wijzen op het bestaan van één technische bedrijfseenheid tussen (eerste eiseres) en de (tweede eiseres), dat anderzijds (derde eiseres) eveneens deel dient uit te maken van deze éne technische bedrijfseenheid daar op economisch vlak sterke financiële banden bestaan tussen deze laatste maatschappij en de twee genoemden»,

terwijl, eerste onderdeel, krachtens de artikelen 14, § 1, van de wet van 20 september 1948 en 1, § 4, b, 1, van de wet van 10 juni 1952, onder «onderneming» in de zin van die wetbepalingen dient te worden verstaan «de technische bedrijfseenheid bepaald op grond van de economische en sociale criteria» en krachtens die wetbepalingen «in geval van twijfel de sociale criteria primeren»; hieruit volgt dat op grond van economische criteria alléén niet wettig kan worden besloten tot het bestaan van één enkele technische bedrijfseenheid tussen twee onderscheiden juridische entiteiten; het vonnis, dat beslist dat derde eiseres één technische bedrijfseenheid vormt met eerste eiseres, op grond van economische criteria alleen, namelijk het bestaan van sterke financiële banden tussen deze vennootschap en eerste en tweede eiseres, en na vastgesteld te hebben dat wat derde eiseres betreft de sociale criteria niet in aanmerking kunnen worden genomen daar niet betwist wordt dat deze maat-

schappij geen personeel tewerkstelt, derhalve niet wettig kon beslissen dat derde eiseres een technische bedrijfseenheid uitmaakte samen met eerste en tweede eiseres (schending van alle in het middel aangehaalde wetsbepalingen); (...)

Wat het eerste onderdeel betreft :

Overwegende dat de onderneming waarin krachtens artikel 14 van de wet van 20 september 1948 een ondernemingsraad, en krachtens artikel 1, § 4, b, 1, van de wet van 10 juni 1952 een of meer comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen moeten worden ingesteld, in die wetten wordt gedefinieerd als volgt : «de technische bedrijfseenheid bepaald op grond van de economische en sociale criteria ; in geval van twijfel primeren de sociale criteria» ;

Overwegende dat het vonnis vaststelt dat de activiteiten van derde eiseres uitsluitend van financiële aard zijn en dat zij geen personeel tewerkstelt ; dat het op grond van die vaststellingen besluit dat de sociale criteria wat die eiseres betreft niet in aanmerking kunnen worden genomen ;

Overwegende dat volgens de aangehaalde wetten geen technische bedrijfseenheid aanwezig is dan wanneer mede sociale criteria in aanmerking komen, die overigens beslissend zijn ;

Dat het vonnis, door het bestaan van een technische bedrijfseenheid in de zin van de voormelde wetten aan te nemen bij afwezigheid van enig sociaal criterium, de voormelde wetsbepalingen schendt ;

Dat het onderdeel gegrond is ;

Over het tweede middel : schending van de artikelen 14, § 1, 24 van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, 1, § 4, b, 1, en h, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de werknemers, alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen, 8, 9 van het koninklijk besluit van 31 juli 1986 betreffende de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen en 97 van de Grondwet,

doordat het vonnis, na vastgesteld te hebben dat de eiseressen één technische bedrijfseenheid vormen in de zin van de artikelen 14, § 1, van de wet van 20 september 1948 en 1, § 4, b, 1, tweede lid, 1°, van de wet van 10 juni 1952, beslist dat voor de verkiezingen van de comités voor veiligheid en gezondheid de volgende indeling in acht dient te worden genomen : — centrale Woluwe, Succursale Brussel Woluwe, Truck Center St.-Pieters-Leeuw met toevoeging van de N.V. M. en de N.V. D. ; — centrale Zaventem ; — succursale Antwerpen-Borgerhout en Antwerpen-Wilrijk ; — succursale Brussel-Anderlecht en succursale Europa Brussel en succursale Waterloo-Charleroi (Gilly), op grond «dat rekening houdend met de beslissing in verband met de éne technische bedrijfseenheid voor de drie maatschappijen, (verweerder) terecht vordert dat de N.V. M. en de N.V. D. voor de verkiezingen van de comités gevoegd dienen te worden bij de centrale Woluwe ; dat (verweerder) anderzijds terecht voorhoudt dat rekening houdend met de taal van de werknemers en de afstand tussen de verschillende succursales, de succursale van Anderlecht ten onrechte met Waterloo werd samengevoegd en dat de succursale van Anderlecht met die van Europa Brussel samengevoegd dient te

worden, dat anderzijds de succursale van Waterloo met die van Charleroi samengevoegd dient te worden en dit om dezelfde voornoemd aangegeven redenen», (...)

Over het middel van niet-ontvankelijkheid van de voorziening, door het openbaar ministerie opgeworpen, aan de eiseressen ter kennis gebracht overeenkomstig artikel 1097 van het Gerechtelijk Wetboek en hieruit afgeleid dat de in het middel bestreden beslissing niet in laatste aanleg is gewezen ingevolge de artikelen 8, 9 en 81 van het koninklijk besluit van 31 juli 1986 betreffende de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen :

Overwegende dat artikel 81 van het genoemde koninklijk besluit van 31 juli 1986 bepaalt : «In het kader van de bij artikel 24 van de wet van 20 september 1948 en artikel 1, § 4, h, van de wet van 10 juni 1952 voorziene beroepen zijn de volgende procedureregels van toepassing : (...) 6° alleen de vonnissen in het kader van de geschillen bedoeld bij de artikelen 9, 30 en 38 zijn niet vatbaar voor hoger beroep of verzet» ;

Overwegende dat artikel 9 van hetzelfde koninklijk besluit luidt : «Uiterlijk (...) kunnen de betrokken werknemers alsook de betrokken representatieve werknemersorganisaties tegen de in artikel 8 vermelde beslissingen (...) beroep instellen bij de arbeidsrechtbank» ; dat in artikel 8 onder meer wordt vermeld de «beslissing (van de werkgever) betreffende (...) het aantal technische bedrijfseenheden of juridische entiteiten waarvoor organen moeten worden opgericht, met hun beschrijving» ;

Overwegende dat het geschil betreffende de indeling van de verschillende arbeidsplaatsen bij de onderscheiden veiligheidscomités, niet valt onder de geschillen bedoeld in artikel 9 ; dat de bestreden beslissing mitsdien niet in laatste aanleg is gewezen ;

Dat de voorziening derhalve niet ontvankelijk is in zoverre zij opkomt tegen de beslissing betreffende de omschrijving van de bedrijfszetels waarvoor de comités moeten worden opgericht ;

Om die redenen,

Vernietigt het bestreden vonnis in zoverre het beslist dat derde eiseres met de twee overige eiseressen behoort tot een zelfde technische bedrijfseenheid ;

Verwerpt de voorziening voor het overige.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 3 DECEMBER 1987

Voorzitter : de h. Janssens

Raadsheer-rapporteur : de h. Poupart

Advocaat-generaal : de h. Janssens de Bisthoven

Advocaten : mrs. De Gryse en Dassesse

Faillissement — Faillietverklaring — Territoriaal bevoegde rechtbank.

Wanneer een koopman op het tijdstip waarop hij opgehouden heeft te betalen, noch in België noch in het buitenland enige bekende woonplaats heeft, maar in een Belgische gemeente verblijft en er zijn commerciële hoofdactiviteit uitoefent, is de rechtbank van koophandel van zijn verblijfplaats territoriaal bevoegd om de faillietverklaring uit te spreken.

W. t/ Faillissement W. en B.V. A.

Gelet op het bestreden arrest, op 6 mei 1986 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

(...)

Over het tweede middel: schending van de artikelen 36 en 631 van het Gerechtelijk Wetboek,

Overwegende dat, krachtens de artikelen 3 en 631 van het Gerechtelijk Wetboek, de rechtbank van koophandel die territoriaal bevoegd is om de faillietverklaring uit te spreken, de rechtbank is van de plaats waar de gefailleerde op de bevolkingsregisters is ingeschreven als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf op het tijdstip van de staking van betaling;

Overwegende dat, wanneer een gefailleerde, op het tijdstip van de staking van zijn betalingen, noch in België, noch in het buitenland enige gekende woonplaats heeft, maar in een Belgische gemeente verblijft en er zijn commerciële hoofdactiviteit uitoefent, de rechtbank van koophandel van zijn verblijfplaats territoriaal bevoegd is om de faillietverklaring uit te spreken;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiser «nog steeds een inschrijving heeft in het handelsregister van Antwerpen (en) ... dat, op het tijdstip van de faillissementsverklaring, op zijn eigen naam was ingeschreven in de telefoongids, eenmaal op het adres S.straat 1 te Antwerpen, waar hij blijkbaar handel dreef (althans daar heeft hij nooit gewoond) en (ander)maal op het adres D.laan 15, te Deurne».

Dat het arrest verder constateert dat eiser «aanzienlijke zakentransacties deed te Antwerpen in 1983 en 1984, zoals blijkt uit zijn correspondentie met (verweerster)», en dat hij nog in 1984 te Antwerpen een vennootschap stichtte waarvan hij niet alleen de meerderheid der aandelen bezat maar waarin hij ook actief en intensief werkte;

Overwegende dat de appelrechters op grond van die vaststellingen wettig oordelen dat eiser op het tijdstip van de staking van betaling «in Antwerpen verbleef en er zijn commerciële hoofdactiviteit uitoefende»; dat het arrest wettelijk beslist dat de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen ratione loci bevoegd was om de faillietverklaring uit te spreken;

Dat het middel faalt naar recht;

(...)

NOOT—Zie Cass., 30 september 1976, *R.W.*, 1976-77, 1455. Zie ook Mark Van Hoecke, «Wettelijke definities en wetsinterpretatie — De woonplaats van handelaren en de faillietverklaring», noot bij Hof Antwerpen, 30 november 1982, *R.W.*, 1983-84, 36.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 9 DECEMBER 1986

Voorzitter: de h. Boon

Raadsheer-rapporteur: de h. D'Haenens

Advocaat-generaal: de h. Tillekaerts

Advocaat: mr. Devriendt

Deelneming (Strafbare) — Kennis van omstandigheden.

Voor het bestaan van strafbare deelneming is vereist dat de deelnemer — dader of medeplichtige — kennis heeft van de omstandigheid dat hij deelneemt aan een bepaalde misdaad of een bepaald wanbedrijf.

Hiertoe is vereist, maar ook voldoende, dat de deelnemer kennis heeft van alle omstandigheden die aan het feit, waaraan hij door zijn medewerking deelneemt, het kenmerk geven van een bepaalde misdaad of een bepaald wanbedrijf. Niet vereist is dat de deelnemer bovendien kennis heeft van de plaats waar of het tijdstip waarop die misdaad of dat wanbedrijf zal worden gepleegd, of ten nadele van wie die misdaad of dat wanbedrijf zal worden gepleegd.

V. t/ B. en F.

Gelet op het bestreden arrest, op 6 juni 1986 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

(...)

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet en 67 van het Strafwetboek, en uit de miskenning van de bewijsregels in strafzaken,

(...)

doordat, eerste onderdeel, het arrest eisers medeplichtigheid aan de te De Panne, in de nacht van 15 op 16 augustus 1985, gepleegde overval bewezen acht op grond van «de verklaring afgelegd door V. dat V. Serge akkoord was om aan V. Dominique zijn revolver te geven niet om er welk wanbedrijf of misdaad ook mee te plegen, maar om er specifiek een overval mee te plegen ...»,

(...)

Overwegende dat voor het bestaan van strafbare deelneming vereist is dat de deelnemer — dader of medeplichtige — kennis heeft van de omstandigheid dat hij deelneemt aan een welbepaalde misdaad of een welbepaald wanbedrijf;

Overwegende dat hiertoe is vereist maar ook voldoende is dat de deelnemer kennis heeft van alle omstandigheden die aan het feit, waaraan hij door zijn medewerking deelneemt, het kenmerk geven van een welbepaalde misdaad of een welbepaald wanbedrijf; dat echter niet is vereist dat de deelnemer bovendien kennis zou hebben van de plaats waar of het tijdstip waarop die misdaad of dat wanbedrijf zal worden gepleegd, of ten nadele van wie die misdaad of dat wanbedrijf zal worden gepleegd;

Overwegende dat het arrest releveert: «Wat het feit A betreft, ten laste gelegd van V. Serge, blijkt uit de verklaring afgelegd door V. Pascal dat V. Serge akkoord was om aan V. Dominique zijn revolver te geven niet om er welk wanbedrijf of misdaad ook mee te plegen, doch om er specifiek een overval mee te plegen op voorwaarde het wapen terug te brengen en tegen betaling van een som van 5.000

frank, zelfs wanneer er geen buit gemaakt werd. Korte tijd na het plegen van de overval werd het wapen inderdaad door V. Pascal aan V. Serge teruggegeven met de som van 5.000 frank»;

Overwegende dat de appelrechters met deze redengeving te kennen geven dat eiser kennis had van de omstandigheid dat het door hem verschaft wapen moest dienen om een welbepaalde misdaad te plegen, namelijk een gewapende overval, en aldus hun beslissing dat eiser medeplichtig is aan die misdaad naar recht verantwoorden;

(...)

NOOT—Over strafbare deelneming

1. Strafbare deelneming vereist het samengaan van kennis en opzet enerzijds en een positieve daad van deelneming anderzijds (J. D'Haenens, *Strafbare deelneming*, A.P.R., nr. 135). De schuldige moet m.a.w. doelgericht zijn daad stellen, wetende dat hij also zal bijdragen tot de verwezenlijking van een misdadige onderneming.

Kennis en opzet maken het misdadig overleg uit tussen twee of meer personen, die een gemeenschappelijk doel beogen en dat zij door iedere medewerking willen verwezenlijken (R. Charles, «De deelneming in het Belgische strafrecht», *Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Jaarboek V, 1953-54, 58).

Dit gemeenschappelijk doel is het voltrekken van een misdrijf, d.i. een feit dat als dusdanig in de wet omschreven en strafbaar is gesteld (C.J. Vanhoudt-W. Calewaert, *Belgisch Strafrecht*, II, nr. 1190).

2. De deelnemer moet door zijn handelen bijdragen tot de verwezenlijking van een bepaalde misdaad of een bepaald wanbedrijf (Gent, 10 november 1961, *R.W.*, 1962-63, 899).

De rechter ten gronde beoordeelt op onaantastbare wijze in feite of de beklaagde deelgenomen heeft aan de uitvoering van het misdrijf onder de bij de artt. 66 e.v. Sw. bedoelde voorwaarden (Cass., 1 april 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 996). Het gemeen overleg tussen de deelnemers aan het misdrijf hoeft niet op uitdrukkelijke wijze te zijn geuit (Cass., 3 juli 1950, *Arr. Verbr.*, 1950, 691).

3. Ten deze beklemtoon het Hof van Cassatie dat vereist is maar dat tegelijkertijd voldoende is dat de deelnemer kennis heeft van de strafbare gedraging waaraan hij door zijn medewerking deelneemt, zonder dat hij daarbij op de hoogte moet zijn van de bijzondere uitvoeringsmodaliteiten (plaats, tijdstip, slachtoffer) van dat misdrijf.

Deelneming, i.c. door het verschaffen van wapens, werktuigen of andere middelen, dienend voor het misdrijf (art. 67 Sw.) impliceert dus niet dat de medeplichtige bij de overhandiging ervan alle details van het geplande misdrijf dient te kennen; voldoende is dat hij wist dat de door hem verleende hulp moest dienen om een bepaald misdrijf te plegen.

4. In die zin werd geoordeeld dat er zelfs strafbare deelneming is, wanneer de medeplichtige een wapen ter hand stelt, wetende dat het gebruikt zal worden bij een overval, maar, nu deze overval niet doorgedaan is, het wapen niet terugvraagt zodat er korte tijd nadien een gelijksoortige overval mee wordt gepleegd. Tussen dader en medeplichtige bestond immers geen bijzondere beperkende overeen-

stemming over een bepaald doelwit van de voorgenomen overval, zodat de medeplichtige met kennis en opzet het wapen overhandigde om er het, naar de feitelijke verwezenlijking niet nader bepaalde, misdrijf van diefstal door middel van geweld of bedreiging mee te plegen (Cass., 28 mei 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 1338, nr. 589).

De tussen dader en medeplichtige tot stand gekomen criminele verhouding werd aldus nooit verbroken, wat tot strafbaarheid leidt.

5. Reeds vroeger was aangenomen dat het vrijwillig afzien van meer concrete kennis in het misdrijf waaraan wordt deelgenomen, geen straffeloosheid tot gevolg heeft, maar integendeel integrerend deel uitmaakt van het stilzwijgend overleg tussen de deelnemers (Corr. Brussel, 18 april 1974, *R.W.*, 1974-75, 496, met noot A. Vandeplas, *R.D.P.*, 1975-76, 1105).

Deze beslissingen hebben ongetwijfeld de traditionele grenzen van de strafbare deelneming verlegd (P.E. Trousse, *Droit pénal, Les Nouvelles*, I, 2, nrs. 3849 e.v.). Ze tonen aan tot waar het schibbolet «deelnemen» voor (mede)daders en medeplichtigen strafrechtelijke gevolgen kan hebben.

M. De Swaef

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

10e KAMER — 16 JUNI 1987

Voorzitter: de h. Craeybeckx

Raadsheren: mevr. Spinoy en de h. Van Houche (rapporteur)

Advocaat-generaal: de h. Willio

Advocaat: mr. Pollers

Prejudicieel geschil — Onderschuiving van kind.

Als de valsheid in geschrifte waarvoor de beklaagde wordt vervolgd, een verduistering van de staat van het kind impliceert, is de burgerlijke rechtbank alleen bevoegd om uitspraak te doen over het geschil van staat en is de strafvordering niet ontvankelijk tot definitief uitspraak is gedaan over de staat van de persoon.

E. e.a.

Telastlegging:

A. zich schuldig gemaakt te hebben aan verduistering van een kind, aan verwisseling van een kind met een ander, of aan onderschuiving van een kind bij een vrouw die niet bevallen is, in casu van het kind E.M., geboren te Heusden-Zolder op 17 juni 1981, de eerste verdachte minstens opdracht gegeven hebbend om deze feiten te plegen en deze opdracht uitgevoerd zijnde;

B. geen openbaar officier of ambtenaar zijnde, met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden, valsheid in authentieke en openbare geschriften te hebben gepleegd, hetzij door valse handtekeningen, hetzij door namaking of vervalsing van geschriften of handtekeningen, hetzij door overeenkomsten, beschikkingen, verbintenissen of schuldbevrijdingen valselijk te hebben opgemaakt of door ze

achteraf in de akten in te voegen, hetzij door toevoeging of vervalsing van bedingen, verklaringen of feiten, die deze akten ten doel hadden op te nemen en vast te stellen, namelijk door: enerzijds de minuut van een geboorteakte en anderzijds de akte van geboorte zelf, telkens op naam van E.M. te hebben doen opstellen, en, wat de eerste verdachte betreft, deze akten daarna te hebben ondertekend, met de valse vermelding dat eerste en derde verdachte de respectieve vader en moeder zijn, teneinde bedrieglijk te kunnen voorkomen dat de naam van de tweede verdachte, die de echte moeder van het kind was op deze akten zou voorkomen, waardoor aan het licht zou komen dat deze onwettig in het Rijk verbleef; de van valsheid betichte stukken in eensluitend verklaarde kopie neergelegd zijnde ter correctionele griffie als van valsheid betichte stukken onder de staat met nummer 62 B 83;

(...)

Overwegende dat, daar de valsheid in geschriften vermeld in de telastlegging B een verduistering van de staat van het kind E.M. tot gevolg heeft en de burgerlijke rechtbank die alleen bevoegd is, overeenkomstig artikel 325 Burgerlijk Wetboek, om uitspraak te doen over het geschil van staat, hieromtrent op het ogenblik van de uitspraak van de strafrechter in eerste aanleg nog niet definitief beslist had, deze laatste de strafvordering onontvankelijk had dienen te verklaren;

Overwegende dat de uitspraak van de eerste rechter dan ook nietig is en het hof met toepassing van artikel 215 van het Wetboek van Strafvordering de zaak aan zich dient te trekken eveneens, omwille van de eenheid van rechtspleging, wat de berechting betreft van de overige samenhangende feiten van de telastlegging;

Overwegende dat uit de thans overgelegde stukken blijkt dat beklagden ten verzoeken van het openbaar ministerie op 16 februari 1984 bij exploit van gerechtsdeurwaarder L. Roppe te Beringen, gedagvaard werden voor de Burgerlijke Rechtbank te Hasselt en deze laatste bij vonnis van 12 juni 1984 definitief uitspraak deed over het geschil van staat, in die zin dat gezegd werd voor recht dat het kind waarvan de geboorteakte werd opgesteld door de ambtenaar van de burgerlijke stand te Heusden-Zolder op 19 juni 1981, onder nummer 274, niet de wettige zoon is van E.H., student, en van zijn echtgenote P.H. zonder beroep.

Overwegende dat de strafvordering, gelet op de beslechting van het prejudicieel geschil, thans doorgang kan vinden;

(...)

Overwegende dat uit het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting van het hof de schuld van tweede en derde beklagde aan de feiten van de telastlegging sub littera A, B, C, D en E niet bewezen is geworden doch wel de schuld van tweede beklagde aan feit F van de telastlegging en van derde beklagde aan feit G van de telastlegging; (...)

Overwegende dat uit het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting van het hof de schuld van eerste beklagde aan de feiten sub littera A, B, C, D, E en G van de telastlegging bewezen is geworden;

(...)

NOOT—*De onderschuiving van kind: een niet bestaand misdrijf?*

1. In het Romeinse recht stond op de onderschuiving van kind de doodstraf. Thans straft art. 363, eerste lid, Sw. met opsluiting hen die schuldig zijn aan verduistering van een kind, aan verwisseling van een kind met een ander of aan onderschuiving van een kind bij een vrouw die niet bevallen is.

2. In een zeldzame toepassing van dit artikel (rechtspraak over dit specifieke misdrijf is bijzonder schaars en oud) komt in het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 16 juni 1987 het derde geval ter sprake. Dit misdrijf kan omschreven worden als het toekennen aan een vrouw die niet bevallen is, van het moederschap van een kind dat door een andere vrouw ter wereld gebracht werd. Er wordt met andere woorden een afstamming aan het kind gegeven die het niet heeft.

3. Een eerste bestanddeel betreft het slachtoffer: dit moet een kind zijn. De rechtsleer heeft het daarbij algemeen over een pasgeboren kind. Vouin en Rassat zijn van mening dat ook in aanmerking kan komen een kind dat nog jong genoeg is om twijfel te kunnen laten bestaan met betrekking tot zijn werkelijke staat (Vouin, R. en Rassat, M., *Droit pénal spécial*, blz. 377, nr. 273; cf. R.P.D.B., tw. «Crimes et délits envers l'enfant», nr. 25; Rigaux, M. en Trousse, P., *Les crimes et les délits du code pénal*, V, blz. 217).

Of dit kind een natuurlijk dan wel een wettig kind betreft, vormt een twistpunt. Opmerkelijk daarbij is dat de oude Belgische rechtsleer steeds spreekt over gevallen met natuurlijke kinderen (R.P.D.B., *verbo cit.*, nr. 57; Constant, J., *Manuel de droit pénal*, II.2, blz. 19, nr. 714; Pand. B., tw. «Supposition d'enfant», nr. 7). De Franse rechtsleer daarentegen scheert beide over dezelfde kam. Vouin-Rassat zijn expliciet van mening dat het misdrijf zowel een wettig als een natuurlijk kind tot voorwerp kan hebben (o.c., l.c.; Garçon, E., *Code pénal annoté*, II, blz. 337 en 338). Indien men de oude Belgische doctrine strikt zou volgen, zou er in casu geen vervolging op basis van art. 363 Sw. mogelijk geweest zijn. In acht genomen echter de recente ontwikkeling der opvattingen en wetswijzigingen inzake afstamming, de tekst van de wet zelf en het verslag van de kamercommissie (cf. Nypels, J.S.G., *Législation criminelle de la Belgique*, III, blz. 36, nr. 14) verdient de stelling van Vouin-Rassat de voorkeur.

Een derde element van dit bestanddeel is de voorwaarde dat het kind leeft of geleefd moet hebben. In België is deze voorwaarde impliciet vervat in de tekst van art. 363 Sw.: alleen een persoon die effectief bestaan heeft, kan een staat gehad hebben (o.a. Nypels, J.S.G. en Servais, J., *Le code pénal belge interprété*, 1897, II, 455 e.v.; Nypels, J.S.G., o.c., III, blz. 16, nr. 24). In Frankrijk ligt de situatie enigszins anders door de invoering van expliciete wetsbepalingen ter zake.

4. Belangrijk is hierbij erop te wijzen dat, ingeval een reëel bestaand kind toegekend wordt aan een denkbeeldige moeder, het misdrijf van onderschuiving van kind aanwezig is (o.a. Aydalot, M. e.a. in *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, III, tw. «En-

fance», blz. 4, nr. 47). Anderzijds, indien een niet «materieel» echt bestaand kind toegekend wordt aan een echt bestaande moeder (die vanzelfsprekend bij veronderstelling steeds niet de echte natuurlijke moeder is), is alleen het misdrijf van valsheid in geschrifte mogelijk, daar er geen kind ondergeschoven kan worden (cf. *R.P.D.B.*, *verbo cit.*, nr. 58; Rigaux-Trousse, *o.c.*, V, blz. 215 en 217). Vergelijk nochtans in de andere zin: Chauveau, Ad. en Hélie, F., *Théorie du code pénal*, éd. belge, II, nr. 2974, hun argumentatie baserend op de bedoeling van art. 363 Sw./ 345 Fr. Sw.

5. Vanzelfsprekend is een onontbeerlijk bestanddeel van het misdrijf het materieel element, namelijk de met de werkelijkheid strijdige attributie van een reël bestaand kind aan een vrouw die als moeder aangewezen wordt, doch die in het geheel niet van dit kind bevallen is. De schijnbare moeder is bijgevolg niet de biologische en kan zelfs louter fictief zijn (cf. *supra*).

Het gevolg van het gepleegde misdrijf is, dat men het kind onttrekt aan de ene en opneemt in een andere familie (cf. o.a. *R.P.D.B.*, *verbo cit.*, nr. 57; Goedseels, J., *Commentaire du code pénal belge*, II, 39, nr. 2084), met alle daaraan verbonden familiale rechten.

6. Verbandhoudend met het voorgaande, rijst het probleem van de uitvoeringswijze van het misdrijf, waarvan afhangt of naast de onderschuiving ook valsheid in geschrifte ter sprake zal komen.

In geval van een valse toestand inzake de burgerlijke staat ten gevolge van het wijzigen van geschriften, kan er alleen vervolgd worden wegens valsheid in geschrifte.

Op een onjuiste toestand, gecreëerd door de onderschuiving van kind, zonder valsheid in geschrifte, zal alleen art. 363 toepasselijk zijn. Ten slotte is er de meeste frequent voorkomende vorm, namelijk de onderschuiving van kind gerealiseerd door middel van valse aangiften. Toch dient niet zover gegaan te worden als Jousse (gecit. in Garçon, E., *o.c.*, II, blz. 326, nr. 4), die de onderschuiving van kind een «espèce de faux», noemt. Meer genuanceerd is de stelling van Chauveau-Hélie (*o.c.*, II, nr. 2973): «Il s'agit moins de supprimer l'état de l'enfant, que de le créer par la fraude.»

Indien beide misdrijven aanwezig zijn, lijkt de meest logische oplossing te vinden in de toepassing van de regels betreffende de samenloop van misdrijven (cf. o.a. Garçon, R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, V, blz. 657, nr. 2211). In andere zin: Chauveau-Hélie: zij achten een gelijktijdige vervolging voor beide misdrijven aangewezen (*o.c.*, II, nr. 2975).

Voor mogelijke uitvoeringswijzen van het besproken misdrijf raadplege men o.a. Nypels-Servais, *o.c.*, II, blz. 456, nr. 16; *Pand. B.*, *verbo cit.*, nrs. 5 e.v. en 15; *R.P.D.B.*, *verbo cit.*, nr. 57; Constant, J., *o.c.*, II.2, blz. 19, nr. 714).

7. Een, eveneens omstreden, belangrijk aspect vormt het intentioneel element. De omschrijving daarvan hangt samen met de misdrijfomschrijving zelf. De artikelen 363 Sw./345 Fr. Sw. handelen enerzijds over een misdrijf tegen de persoon van een kind. Anderzijds gaat het echter ook over een misdrijf tegen de staat, daar deze in het gedrang gebracht of gewijzigd moet zijn om van strafbare feiten te kunnen gewagen. Een noodzakelijke voorwaarde is dus dat het kind beroofd wordt van zijn werkelijke staat. Volgens

de opinie die het accent legt op het misdrijf tegen de staat, is als intentioneel element het specifieke en welomschreven doel inbreuk te plegen op de burgerlijke staat van het kind vereist (Aydalot, M., in *Enc. D.*, *o.c.*, III, *verbo cit.*, nr. 28; cf. ook Rigaux-Trousse, *o.c.*, V, blz. 216). Daarentegen, indien de nadruk gelegd wordt op een inbreuk gepleegd tegenover het kind, wordt geen specifiek opzet vereist. Dan is voldoende het willens en wetens handelen (Vouin-Rassat, *o.c.*, blz. 379, nr. 273; Veron, M., *Droit pénal spécial*, blz. 253), m.a.w. het opzettelijk handelen met als noodzakelijk gevolg een wijziging van de staat. Het doel op zichzelf, dat de wijziging van de staat kan inhouden, wordt echter als irrelevant beschouwd om de strafbaarheid te bepalen (cf. o.a. *Pand. B.*, *verbo cit.*, nr. 7 en Vitu, A., *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, blz. 1746, nr. 2150). De laatste opvatting lijkt o.i. de meest aanvaardbare te zijn. In casu zouden de daders strafbaar zijn, zelfs al was hun hoofdbedoeling de verberging van een illegaal verblijf in het land.

In geen geval dient het beoogde resultaat van het misdrijf bereikt te zijn om van strafbaarheid te kunnen gewagen (althans wat betreft art. 363, eerste lid; cf. *infra*). Poging is m.a.w. strafbaar.

8. Niet alleen de daders van het misdrijf worden bestraft. Art. 363, tweede lid, bepaalt dat ook diegenen die de opdracht (cf. over de evolutie van deze term en van het tweede lid in het geheel de parlementaire voorbereiding) tot dergelijke feiten hebben gegeven, strafbaar zijn, op voorwaarde evenwel dat deze opdracht ook effectief uitvoering heeft gekregen. Poging is in dit geval bijgevolg niet strafbaar.

9. Bij toepassing van art. 363 Sw. kan, zoals in casu het geval was, een prejudicieel geschil opduiken. Daartoe dienden tot voor kort de artt. 326 en 327 B.W. te worden toegepast. Recent werden de artt. 321 tot 312b B.W. echter gewijzigd door art. 38 van de wet van 31 maart 1987 (*B.S.*, 27 mei 1987). De desbetreffende bepalingen liggen thans vervat in art. 331, § 2, waarin bepaald wordt dat, telkens als de afstamming betwist wordt, de strafgerechten slechts uitspraak kunnen doen na een in kracht van gewijsde gegane beslissing van de rechtbank van eerste aanleg. Hoewel anders geformuleerd, blijft de essentie dezelfde als die van het oude art. 327 B.W. De regel «le criminel tient le civil en état» wordt hier dus omgekeerd.

Over de te volgen procedure inzake deze prejudiciële vraag consulere men o.a. *R.P.D.B.*, *verbo cit.*, nrs. 60 e.v., Nypels, J.S.G., *o.c.*, III, blz. 36, nr. 14 en blz. 135, nr. 20; Nypels-Servais, *o.c.*, II, blz. 445 e.v. en uitgebreid Beltjens, G., *Encyclopédie du droit criminel belge. Le code pénal et les lois pénales spéciales*, blz. 440 e.v.

11. Uit het bovenstaande blijkt duidelijk dat alle beklaagden strafbaar waren op grond van art. 363 Sw., doch slechts één effectief gestraft werd, o.i. ten onrechte. Gelet op de nieuwsoortige toepassingsmogelijkheden, ware een ruimere interpretatie, die overigens zowel aan de opzet als de tekst van de wet zou beantwoorden, misschien wenselijk geweest.

Dirk Merckx

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

7e KAMER — 12 JUNI 1986

Eerste voorzitter : de h. Geysen

Raadsheren in sociale zaken : de hh. Persoons en Verhas-selt

Advocaat-generaal : de h. Keereman

Advocaat : mr. Swennen

1. Burgerlijke rechtsvordering — Heropening debat — Verzoek — Niet verschijnende partij — 2. Werkloosheid — Controle — Vrijstelling — Volgen van lessen — Voorwaar-den.

1. Het verzoek tot heropening van het debat uitgaande van een verstekmakende partij is niet ontvankelijk.

2. Vrijstelling van stempelcontrole wordt toegestaan aan de werkloze om lessen te volgen, ook wanneer de lessen geen voortzetting en afwerking uitmaken van een vroeger stopgezette studie noch specialisatie- of vervolmakingscur-sussen zijn en langer dan een jaar duren.

R.V.A. t/ J.

Overwegende dat artikel 772 Ger. W. bepaalt dat een verschijnende partij de heropening der debatten kan vorde-ren zolang het vonnis niet is uitgesproken, wanneer zij ge-durende het beraad een nieuw stuk of feit van overwegend belang ontdekt ; dat artikel 773 Ger. W. o.m. bepaalt dat in het neergelegde verzoekschrift het nieuwe stuk of feit nauwkeurig wordt aangegeven, zonder nadere toelichting ; dat deze bepalingen overeenkomstig artikel 1042 Ger. W. toepasselijk zijn bij rechtspleging in hoger beroep ;

Overwegende dat het verzoekschrift strekkende tot her-opening der debatten werd neergelegd door een partij die bij de oproeping van zijn zaak en vóór de sluiting der de-batten niet is verschenen, zodat het niet voldoet aan de vereisten van artikel 772 voormeld, en derhalve niet ont-vankelijk is ; (...)

Ten gronde

Het hoger beroep strekt tot wijziging van het bestreden vonnis waarbij de aangevochten administratieve beslissing van 19 oktober 1983 van de gewestelijke werkloosheidsin-specteur te V. werd vernietigd, en tot bekrachtiging van die administratieve beslissing, ingevolge welke aan geïntimeer-de de door hem op 26 augustus 1983 aangevraagde vrijstel-ling van stempelcontrole over de periode van 5 september 1983 tot 30 juni 1984, na afwijzend advies van de Commis-sie van Advies, werd geweigerd.

De beoogde vrijstelling werd door geïntimeerde inge-diend om de cursus Nederlandse taal op het gebied van informatica en boekhouding te volgen aan de «Ecole Tech-nique Supérieure de l'Etat» te Brussel, in dagonderwijs, (...)

De Commissie van Advies adviseerde op 12 oktober 1983 geen vrijstelling te verlenen, op grond dat de cursus ook in avondonderwijs zou kunnen worden gevolgd.

In weerwil van de middelen die appellant tot staving van zijn hoger beroep aanvoert, oordeelde de eerste rechter te-recht om de zeer adequate redenen vervat in zijn vonnis, die het hof hier als herhaald beschouwt en bekrachtigt, dat

de aanvraag van geïntimeerde voldoet aan de vereisten van artikel 76, 3°, van het ministerieel besluit van 4 juni 1964 ; (...)

Immers, de beschouwing van appellant dat moet worden vermeden dat werkloosheidsuitkeringen in de plaats treden van de studiebeurzen, derwijze dat enkel vrijstelling van stempelcontrole te verantwoorden is wanneer er sprake is van het beëindigen van een vroeger stopgezette studie of van specialisatie- of vervolmakingscursussen en de duur van een eventuele vrijstelling in geen geval meer mag bedra-gen dan één jaar, is ter zake niet relevant aangezien zij op ongewettigde wijze de toepassing van de bepaling van arti-kel 76, 3°, voormeld beperkt, waarvan de draagwijdte nauwkeurig omschreven is in de tekst zelf en een ruimer toepassingsgebied inhoudt ;

(...)

VREDEGERECHT TE GENT

5e KANTON — 10 APRIL 1986

Rechter : de h. Mast

Advocaten : mrs. Verfaillie en Janssens

Huur — Gezinswoning — Feitelijke scheiding — Einde van het beschermende statuut — Einde van de huurver-plichtingen van de echtgenoot die wettelijk medehuurder is.

In geval van duurzame of definitieve feitelijke scheiding van beide echtgenoten-huurders is er geen samenwoning en samenleving meer, wat meteen een einde maakt aan het beschermende statuut van de gezinswoning, en waardoor ook een einde komt aan de huurverplichtingen van de echt-genoot die rechtens, krachtens art. 215, § 2, B.W., mede-huurder is.

M. en De W. t/ R. en V.

De vordering van aanleggers strekt tot gerechtelijke ont-binding ten laste van beide verweerders van de huurover-eenkomst betreffende het appartement te Gent (...), tot hun veroordeling om genoemd goed te ontruimen en ter beschikking te stellen op straffe van uitdrijving alsmede om medewerking te verlenen tot het opmaken van een staat van bevinding met aanstelling van een gerechtsdeurwaarder en een gerechtsdeskundige. Tevens strekt de vordering om de verweerders hoofdelijk te doen veroordelen tot betaling van 41.092 fr. uit hoofde van achterstallige huurgelden, te ver-meederen met de tijdens het geding te vervallen huurgel-den, van een bezettingsvergoeding van 10.476 fr. per be-gonnen maand vanaf de huurontbinding, van een weder-verhuringsvergoeding van 31.428 fr. en van de vast te stel-len huurschade (sic).

De tweede verweerster betwist de vordering. Zij doet gel-den dat de huurovereenkomst betreffende het litigieuze ap-partement niet door haar maar enkel door haar echtgenoot werd aangegaan, dat zij weliswaar dit appartement samen met laatstgenoemde als gezinswoning heeft bewoond van 1 november 1980 tot 7 december 1983, datum waarop zij met haar dochttertje afzonderlijk is gaan wonen, terwijl haar echtgenoot het litigieuze appartement verder alleen is blijven

bewonen. Subsidiair, voor het geval de vordering te haren opzichte toch gegrond zou worden verklaard, stelt zij tegen haar medeverweerder een tussenvordering in strekkende om hem te doen veroordelen om haar te vrijwaren, zulks op grond van hun onderlinge rechtsverhoudingen.

Eisers huldigen daarentegen de stelling dat de huur door beide verweerders werd aangegaan en geenszins door verweerder alleen en dat, aangezien geen van verweerders tot op heden de huur opzegde, beiden door de huur gebonden zijn gebleven, ongeacht of ze al dan niet het gehuurde goed zijn blijven bewonen.

Uit de door partijen verstreckte uitleg blijkt dat het litigieuze appartement door aanleggers in huur werd gegeven zonder schriftelijk huurcontract. Ter zake zal dus dienen te worden uitgemaakt of, en in voorkomend geval in welke mate, beide verweerders gebonden waren door deze mondelinge huurovereenkomst;

Verweester ontkent dat zij ooit met aanleggers enige huurovereenkomst betreffende het appartement heeft gesloten, zij het ook mondeling. Zij houdt staande dat zij er niet bij was toen haar echtgenoot bedoeld appartement in huur heeft genomen, en dat zij dus in dit verband t.o.v. de aanleggers geen enkele contractuele verbintenis heeft opgenomen.

Aanleggers hebben de bewijslast van het tegendeel (art. 1315, eerste lid, B.W.).

De omstandigheid dat verweerders gehuwd waren op het ogenblik dat de huur tot stand kwam, en waaruit eisers blijkbaar een vermoeden willen zien afleiden, kan zeker niet als dusdanig gelden, nu het bewijs van een huurovereenkomst slechts geleverd kan worden overeenkomstig art. 1715 B.W. Dit bewijs wordt noch geleverd noch zelfs aangeboden.

Daarentegen zouden een aantal aanwijzingen er zelfs op duiden dat verweester geen huurcontract had met aanleggers. Aldus blijkt uit de door laatstgenoemden zelf overgelegde rekeninguittreksels dat de huur uitsluitend betaald werd door verweerder. Anderzijds hebben eisers zelf op 17 december 1985 enkel verweerder tot betaling van achterstallige huurgelden aangeschreven, en niet de verweester. In de brief van 24 februari 1986 van verweerder aan zijn moeder gewaagt deze trouwens ook van «mijn appartement».

Weliswaar had het litigieuze appartement, sedert beide verweerders het samen met hun kind op 1 november 1980 waren komen bewonen, het statuut van gezinswoning verkregen, waardoor verweester er krachtens art. 215, § 2, B.W. rechtens medehuurstester van was geworden, en dus hoofdelijk met haar echtgenoot was gehouden tot de uit de huur voortvloeiende hoofdverplichtingen, waaronder de betaling van de huurprijs (art. 222 B.W.).

In geval van duurzame of definitieve feitelijke scheiding der beide echtgenoten-huurders is er echter geen samenwoning en samenleving meer, wat meteen een einde maakt aan het beschermende statuut van gezinswoning (Baeteman, G., «De bescherming van de gezinswoning», *T.P.R.*, 1985, 335 e.v., nr. 43), zodat meteen ook aan de huurverplichtingen van diegene der echtgenoten die wettelijk huurder is, een einde komt (*ib.*, nr. 12).

Ter zake staat vast dat verweester in december 1983 het gehuurde appartement definitief heeft verlaten, dat zij met toepassing van art. 223 B.W. op 20 december 1983 door de vrederechter gemachtigd werd om elders afzonderlijk ver-

blijf te houden en beide verweerders einde 1984 een procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming begonnen zijn, terwijl verweerder inmiddels genoemd appartement bleef bewonen, er trouwens bij bovenvermelde beschikking van de vrederechter afzonderlijk verblijf toegewezen kreeg, en hij dit verblijf eveneens aanwees met toepassing van art. 1288, 1°, Ger. W., in het kader van de echtscheidingsprocedure.

Het is dan ook voor de hand liggend dat huurgelden vervallen twee jaar na de feitelijke scheiding niet ten laste kunnen worden gelegd van verweester uit hoofde van het aan de gezinswoning verbonden statuut.

(...)

RECHTSPRAAK

Arbitragehof, 3 december 1987

Gemeenschap en gewest — Regeling van de aangelegenheid van de jacht — Verjaring van de strafvordering — Bepaling van de termijn — Bevoegdheid van de gewesten.

Het decreet van 18 juli 1985 van het Waalse Gewest heeft in de Jachtwet, onder het opschrift «Bepaling eigen aan het Waalse Gewest», een artikel 37 ingevoegd, luidend als volgt: «Elke vordering betreffende een van de bij de wet bepaalde overtredingen vervalt na verloop van een jaar, te rekenen van de dag waarop de overtreding is gepleegd.» In twee zaken heeft de Correctionele Rechtbank te Charleroi vastgesteld dat er daardoor in de Jachtwet twee bepalingen met betrekking tot de verjaring voorkomen. Bij vonnissen van 2 en 10 oktober 1986 heeft zij de volgende prejudiciële vragen gesteld: a) heeft het decreet regels geschonden die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten? b) bestaat er, onverminderd a hierboven, een conflict tussen art. 1 van het decreet en art. 28 van de Jachtwet en, zo ja, welke wetgeving is toepasselijk?

«Ten aanzien van de eerste vraag

«1. Artikel 107^{quater}, tweede lid, van de Grondwet bepaalt dat de wet, aangenomen onder de meerderheidsvoorwaarden die in het derde lid zijn vastgesteld, aan de Gewestraden de bevoegdheid toekent om de aangelegenheden te regelen die zij aangeeft, en dit binnen de omschrijving en op de wijze die zij bepaalt.

«Ter uitvoering van die bepaling heeft artikel 6, § 1, III, 5°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ter hervorming der instellingen, aan de Gewesten de bevoegdheid toegekend om de aangelegenheid van de jacht te regelen, met uitzondering van de vervaardiging van, de handel in, en het bezit van jachtwapens.

«Krachtens artikel 11 van de bijzondere wet, omvat de bevoegdheid van de gewestelijke decreetgever het strafbaar stellen van de inbreuken op de door hem uitgevaardigde bepalingen.

«De bijzondere wet heeft aldus aan de decreetgever een strafrechtelijke bevoegdheid toegekend die, per definitie,

niet kan worden uitgeoefend dan met inachtneming van de verstoring van de sociale orde. Door de niet-nakoming van een bepaling, die hij aanneemt, strafbaar te stellen, constateert de wetgever dat die niet-nakoming de openbare orde verstoort.

«2. Doordat hij aldus, krachtens en binnen de perken van artikel 11 van de bijzondere wet, een verstoring van de openbare orde strafbaar kan stellen, wordt de decreetgever ertoe gebracht de duur van de periode te beoordelen en te bepalen, tijdens welke zulk een verstoring dient te worden beteugeld, en bijgevolg ook het tijdstip vanaf hetwelk de vervolging van het misdrijf niet langer is verantwoord. Immers, de bevoegdheid om een verstoring van de sociale orde strafbaar te stellen impliceert uit zichzelf de bevoegdheid om de duur te bepalen tijdens welke de aantasting van de openbare orde het op gang brengen van de openbare verdring verantwoordt.

«Door de verjaringstermijn van de strafvordering, die betrekking heeft op een misdrijf dat hij invoert, te regelen, bepaalt de decretale wetgever, op grond van de machtiging geregeld door artikel 11 van de bijzondere wet, een aspect van de 'gevallen die de wet bepaalt' in de zin van artikel 7 van de Grondwet, waarin strafvervolgingen kunnen worden ingesteld. Zodoende regelt de decreetgever niet de vorm van de vervolgingen in de zin van diezelfde bepaling, evenmin als hij wetgevend optreedt met betrekking tot de straffen die gesteld zijn op de misdrijven die hij beteugelen wil.

«Uit de voorafgaande overwegingen volgt dat de decreetgever zijn bevoegdheid niet heeft overschreden door voor het Waalse Gewest te bepalen dat de misdrijven tegen de Jachtwet verjaard zijn door verloop van een termijn van één jaar.

«Het decreet van 18 juli 1985 houdt bijgevolg geen schending in van de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten.

«*Ten aanzien van de tweede vraag*

«Artikel 19, § 2, van de bijzondere wet bepaalt: 'Het decreet heeft kracht van wet. Het kan de geldende wetsbepalingen opheffen, aanvullen, wijzigen of vervangen.'

«Het decreet van het Waalse Gewest van 18 juli 1985 heeft in de Jachtwet van 28 februari 1882, onder het opschrift 'Bepalingen eigen aan het Waalse Gewest' een artikel 37 ingevoegd dat betrekking heeft op de verjaringstermijn van de strafvordering voor de door die wet bepaalde misdrijven.

«Het decreet heeft aldus voor het Waalse Gewest de bepalingen van artikel 28 van de Jachtwet van 28 februari 1882 impliciet opgeheven, behalve in de mate die is aangegeven in het tweede lid van het nieuwe artikel 37.»

(Voorzitter : de h. Gutt — Rapporteurs : de hh. Sarot en De Greve — Advocaat : mr. Haumont — Arrest nr. 43).

BOEKEN

W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1987, 874 blz.

1. Dit boek, nummer 30 in de Reeks Sociaal Recht, is de bijgewerkte versie van het proefschrift waarmee Wilfried Rauws op 20 oktober 1986 onder het promotorschap van prof. dr. M. Rigaux en het copromotorschap van prof. dr. Kruithof aan de Universitaire Instelling Antwerpen tot doctor in de rechten promoveerde. De stof is bijgewerkt tot 31 december 1986.

2. De studie van Wilfried Rauws verdient om meerdere redenen een meer uitvoerige bespreking dan in dit tijdschrift gebruikelijk is. Dan nog kan slechts een algemeen overzicht worden gegeven van de verschillende rechtsproblemen die de auteur in dit boek op meesterlijke wijze heeft behandeld.

3. In het «Woord vooraf» van de voormelde professoren wijzen zij erop hoe de analyse van nietigheid, overmacht en ontbinding als voornaamste civielrechtelijke beëindigingswijzen noodgedwongen tot een der meest fundamentele vragen in het arbeidsrecht leidde: de verhouding tussen het arbeidsovereenkomstenrecht en het algemeen verbintenissenrecht met de onmiddellijk daaruit volgende vraag naar de zin, de betekenis en de draagwijdte van de «autonomie van het arbeidsrecht». Het door Wilfried Rauws verrichte onderzoek past volledig in dit perspectief. Zijn werk is in menig opzicht lovenswaardig en dit zowel op het methodologische als op het inhoudelijk vlak. Qua methodologie valt het werk allereerst op door de strikt rationele opbouw volgens welke het tot stand kwam. Voorts illustreert het werk uitstekend de waarde en het belang dat de auteur hecht aan het rechtsvergelijkend argument, alsmede de deskundige wijze waarop hij uit de rechtsvergelijking profijt weet te halen. Op het meer inhoudelijk vlak strekt het de auteur vooral tot verdienste oog te hebben gehad voor de nieuwste ontwikkelingen zowel in het arbeidsovereenkomstenrecht als in het burgerlijk recht.

4. Met betrekking tot de omstreden autonomie van het arbeidsrecht stelt Wilfried Rauws dat, daar het arbeidsrecht meerdere afwijkingen op het verbintenissenrecht bevat, het een bepaalde zelfstandigheid vertoont ten aanzien van het verbintenissenrecht. Niettemin behouden meerdere regels uit het verbintenissenrecht hun betekenis voor de individuele dienstbetrekking omdat deze in de regel gegrond is op een overeenkomst.

Het arbeidsrecht vertoont meer eenheid dan vaak wordt gedacht omdat het is gebouwd rond de specifieke doelstelling van de bescherming van de individueel zwakke werknemer, waartoe dan vele dwingende wetsbepalingen zijn uitgevaardigd. Minder dan het verbintenissenrecht is het arbeidsrecht gefundeerd op de gelijkheid van de partijen. Meer dan het verbintenissenrecht is het arbeidsrecht gericht op de bescherming van één partij, namelijk de werknemer. Het arbeidsrecht vertoont het fundamentele kenmerk dwingend recht te zijn. De relatieve regel van het arbeidsrecht brengt met zich dat het niet in de regel restrictief of exegetisch moet worden uitgelegd maar dat integendeel analogische, systematische en teleologische interpretatie van het arbeidsrecht toegelaten is. De restrictieve interpretatie van het arbeidsrecht kan afbreuk doen aan het dwingend karakter en het beschermend doel van het arbeidsrecht. Bedoelde strijdigheid kan bijvoorbeeld voortvloeien uit het feit dat de principieel toepasbare norm van het verbintenissenrecht een ander doel of resultaat bereikt dan het doel dat bepaalde arbeidsrechtelijke normen vooropstellen. In dat geval kan de leer van de wetsontduiking uitkomst bieden.

Het cruciale probleem van de autonomie van het arbeidsrecht, aldus de auteur, is vast te leggen in welke mate een principieel toepasselijke regel van het verbintenissenrecht geldt wanneer er geen arbeidsrechtelijke regel kan worden aangetoond waarvan onmiddellijk duidelijk is dat hij afwijkt van het verbintenissenrecht, maar niettemin bij nadere analyse blijkt dat de verbintenissenrechtelijke norm moeilijk verenigbaar is met het doel en de strekking van bepaalde imperatieve normen van het arbeidsrecht.

Behoudens meerdere duidelijke afwijkingen in het arbeidsrecht gelden de civielrechtelijke figuren van nietigheid, de ontbinding en de overmacht voor de arbeidsovereenkomst. Niettemin kan, op grond van de specificiteit van het arbeidsrecht, het hierboven gestelde inzake de uitlegging van het arbeidsrecht en de leer van de wetsontduiking, worden verondersteld dat de nietigheid, de ontbinding en de overmacht inzake de arbeidsovereenkomst niet onberperkt zullen kunnen gelden.

5. In het verdere driedelige corpus van het boek worden respectievelijk de nietigheid, de ontbinding en tenslotte overmacht behandeld.

In elk deel wordt eerst de civielrechtelijke figuur op zichzelf ge-commentarieerd. Daarna volgt een onderzoek naar het raakvlak tussen het verbintenissenrecht en het arbeidsovereenkomstenrecht. Deze indeling is niet steeds gehandhaafd. Zo vangt het deel inzake de nietigheid aan, wegens de complexiteit van de materie, met algemene beschouwingen betreffende de nietigheidsleer, zonder dat ze systematisch worden getransponeerd naar het arbeidsovereenkomstenrecht.

6. Nietigheid is de sanctie voor de niet-naleving van de geldigheidsvoorwaarden voor de totstandkoming van de overeenkomst. De nietigheid ontleent de overeenkomst in principe elk rechtsgevolg. Toch bestaan er een aantal juridische technieken die dit beginsel afzwakken, zoals de gerechtelijke en de wettelijke conversie, de techniek van de relatieve nietigheid en gedeeltelijke nietigheid, de werking ex nunc van de nietigverklaring van een successieve overeenkomst, zoals de arbeidsovereenkomst, de toepassing van de adagia «*Nemo auditur suam turpitudinem allegans*» en «*In pari causa turpitudinis cessat repetitio*», de precontractuele aansprakelijkheid en de techniek van de voorlopige nietigheid.

Essentieel in de hele nietigheidsleer is het onderscheid tussen absolute en relatieve nietigheid, dat steunt op de aard van het beschermde belang. De relatieve nietigheid beoogt veeleer private belangen te beschermen, terwijl de absolute nietigheid eerder dient ter bescherming van het algemeen belang. Het onderscheid is belangrijk voor de bepaling van de aanspraakgerechtigden, voor de verjaring en voor de bevestiging.

7. Na de dwaling, het bedrog, het geweld, de benadeling, de bekwaamheid, het voorwerp van de overeenkomst, de oorzaak in het civiel recht te hebben geanalyseerd, behandelt Wilfried Rauws aan de hand van rechtspraak en rechtsleer:

- het principe van de vrije toestemming bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst;

- de dwaling in het arbeidsovereenkomstenrecht, de beteugeling van de dwaling, het verlies van het recht zich op de nietigheid wegens dwaling te beroepen, de verhouding tussen het ontslagrecht en de nietigheid wegens wilsgebrek, meer bepaald: de invloed van het proefbeding, dwaling en opzegging, dwaling en ontslag om dringende reden, verder de vordering tot nietigverklaring van de arbeidsovereenkomst wegens dwaling na ontslag en de conventionele regeling in de arbeidsovereenkomst van de nietigheid wegens dwaling;

- het bedrog bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst: toepasselijkheid van de rechtsfiguur, leugenachtige verklaringen die geen bedrog vormen, het bestaan van ongeoorloofde vragen bij de aanwerving, de vragen omtrent het lidmaatschap van verenigingen, de vragen die wijzen op een ongelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke sollicitanten, het discriminatieverbod en de privacy bij de aanwerving, de precontractuele verbintenissen inlichtingen te verschaffen, de spreekplicht bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst, het bedrog en ontslag om dringende reden, het bedrog en misbruik van ontslagrecht, de verwerking van het recht zich op de nietigverklaring van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog te beroepen;

- het geweld als gebrek van de toestemming in een arbeidsovereenkomst, de vrees uit ontzag voor de werkgever, ondergeschiktheid van de werknemer en sollicitant, doorslaggevend geweld, onrechtmatig geweld, geweld en ontslag om dringende reden, gewone benadeling in het arbeidsovereenkomstenrecht, omstandige benadeling in het arbeidsovereenkomstenrecht, de toepassing van de civielrechtelijke bekwaamheidsregels in het arbeidsovereenkomstenrecht: de gehuwde vrouw of man, de ouder/kindrelatie, de minderjarigen, de geesteszwakken, de wettelijk onbekwamen;

- het voorwerp in het arbeidsovereenkomstenrecht: een bestaand, bepaalbaar en mogelijk voorwerp;

- de nietigheid van de arbeidsovereenkomst wegens haar ongeoorloofde, de gelding van het verbintenissenrecht ter zake, de openbare orde, de goede zeden en het dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht, arbeidsrecht en de openbare orde: arbeidsduur in de diamantnijverheid, tewerkstelling van vreemde werknemers, gesloten arbeidsmarkten, sociale taalwetten, sociale abonnementen, bijzondere tewerkstellingsstatuten, het grotendeels dwingend karakter van het arbeidsrecht, de ongeoorloofde oorzaak en de relatieve nietigheid, het verband tussen arbeidsrecht van openbare orde en van dwingend recht en afstand van recht;

- de wettelijke regeling van de nietigheid in het arbeidsrecht;

- de feitelijke arbeidsverhouding;

- de draagwijdte van de arbeidsrechtelijke nietigheidsregeling, personen die de nietigheid kunnen invoeren, welke rechten de regeling tot voorwerp heeft, bepalingen die de arbeidsverhoudingen regelen, nietigheid van de gehele overeenkomst;

- het belang van het ruime toepassingsgebied van arbeidsrechtelijke wetten;

- enige veel voorkomende misdrijven en de nietigheid van de arbeidsovereenkomst;

- de arbeidsrechtelijke nietigheidsregeling en dwingend recht.

8. De ontbindende tijdsbepaling is de modaliteit van de verbintenis waardoor partijen het tenietgaan van de verbintenis afhankelijk maken van een toekomstige en zekere gebeurtenis. Wilfried Rauws wijst op de principiële geldigheid van de ontbindende tijdsbepaling in de arbeidsovereenkomst. Er is wel een zekerheid vereist nopens het einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Interessante problemen zoals het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd en de dood van de werkgever, de geldigheid van een ontbindende tijdsbepaling in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd met een proefbeding, de opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd, een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd volgend op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een vernieuwingsbeding, en een arbeidsovereenkomst voor de duur van het leven, worden op keurige en kritische wijze doorgrond.

9. Na wederom volgens dezelfde werkwijze vooraf de gerechtelijke ontbinding en het uitdrukkelijk ontbindend beding wegens wanprestatie in het burgerlijk recht te hebben geanalyseerd, commentarieert de auteur de rechtspraak en rechtspraak met betrekking tot de gerechtelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, de gerechtelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst van werknemersafgevaardigden in de ondernemingsraad of het veiligheidscomité, de exceptie van niet-uitvoering en de arbeidsovereenkomst, het uitdrukkelijk ontbindend beding in de arbeidsovereenkomst, het ontbindend huwelijksbeding, het ontbindend moederschapsbeding, de horizontale werking van de grondrechten, de ongeldigheid van enige specifieke uitdrukkelijke ontbindende bedingen wegens wanprestatie, de beperkte geldigheid van het uitdrukkelijk ontbindend beding wegens wanprestatie in een arbeidsovereenkomst, en het samenspel van ontslag en de gerechtelijke ontbinding.

10. Dan komt als slot van het tweede deel van het corpus van dit boek de bespreking van de ontbindende voorwaarden, zowel in het verbintenissenrecht als in de arbeidsovereenkomst. Wilfried Rauws wijst op de principiële geldigheid van zulke voorwaarden in de arbeidsovereenkomst, duidt evenwel enkele geldige ontbindende voorwaarden aan, en behandelt de ontbindende voorwaarde waarvan de vervulling afhangt van de wil van de werkgever. Als besluit stelt de auteur, benevens de vaststelling dat het positief arbeidsrecht onrechtstreeks reeds talrijke ontbindende voorwaarden verbiedt, dat er naar zijn oordeel geen bezwaren aan te voeren zijn tegen het in de toekomst rechtstreeks verbieden van alle ontbindende voorwaarden in een arbeidsovereenkomst door een expliciete wetsbepaling. De unilaterale structuur van het arbeidsrecht impliceert dat ontbindende voorwaarden ten voordele van de werknemer geldig zijn en dit ook in de toekomst zullen blijven wanneer er een verbod van ontbindende voorwaarden in arbeidsovereenkomsten zou zijn uitgevaardigd.

11. Het derde deel van het corpus van het boek betreft de overmacht. De studie ervan vangt aan met een vluchtig overschouwen van dit begrip in enkele rechtsdomeinen buiten het overeenkomstenrecht en zelfs buiten het civiel recht gelegen. Een eerste benadering van de overmacht inzake de onrechtmatige daad, het strafrecht en het procesrecht maakt het mogelijk, aldus de auteur, te besluiten dat in deze rechtstakken fundamenteel één overmachtsbegrip gehanteerd wordt dat grotendeels samenvalt met het overmachtsconcept in het overeenkomstenrecht. Als steeds terugkerende overmachtskenmerken duiken op: onmogelijkheid, onweersaanbaarheid, onvermijdelijkheid, ontoerekenbaarheid en onvoorzienbaarheid. Deze kenmerken kunnen in tweeën gesplitst worden. Enerzijds heeft men het kenmerk van de onmogelijkheid om te doen wat men moet doen of om zich te onthouden van wat men niet mag doen. Anderzijds springt het kenmerk van de afwezigheid van fout in het oog. Hierbij wordt bedoeld dat diegene die zich op de onmogelijkheid beroept, niet door zijn eigen fout mag

hebben bijgedragen tot de totstandkoming van die onmogelijkheid.

De eenheid van het begrip overmacht ter zake van de onrechtmatige daad, het strafrecht, het procesrecht en het overeenkomstenrecht is niet verwonderlijk omdat men in die diverse rechtstakken de perken van de eigen discipline verlaten heeft om te kijken hoe men in de andere sectoren van het recht het begrip overmacht heeft uitgebouwd.

12. Na de gevolgen en het bewijs van de overmacht in het overeenkomstenrecht en de rechterlijke beoordeling ervan te hebben besproken, behandelt Wilfried Rauws de vraag of overmacht wel kan worden ingeroepen met betrekking tot een arbeidsovereenkomst waar de werknemersverplichtingen in beginsel geen resultaatverbintenissen zijn, maar inspanningsverbintenissen. Het antwoord is bevestigend aangezien de wetgever zelf overmacht als een beëindigingswijze van de arbeidsovereenkomst heeft bepaald. Op een sublieme wijze onderzoekt de auteur dan het begrip overmacht in het arbeidsovereenkomstenrecht, het verband tussen enige arbeidsrechtelijke schorsingsgronden zoals technische stoornis, onwerkbaar weer en de voorlopige hechtenis, en overmacht.

In een verdere analyse bespreekt hij de overmacht als beëindigingswijze van de arbeidsovereenkomst, waarbij de nadruk wordt gelegd op de noodzaak dat de schuldenaar zich op de overmacht beroept en waarbij gewezen wordt op het feit dat de ontslagregels niet van toepassing zijn.

13. Vervolgens bespreekt de auteur specifieke arbeidsrechtelijke regelingen van soms als overmacht gekwalificeerde situaties, zoals het faillissement en kennelijk onvermogen, het overlijden van de werknemer, het overlijden van de werkgever, de inmiddels afgeschafte bijzondere regeling ten gunste van werknemers bij het overlijden van de werkgever, de ontbinding van een vennootschap, een vereniging zonder winstoogmerk of een beroepsvereniging, en de sluiting van de onderneming wegens milieuhinder.

14. Met betrekking tot de stelling van het Hof van Cassatie (Colmanarrest van 5 januari 1981, *R.W.*, 1980-81, 2401) dat definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer met onmogelijkheid de bedongen arbeid te hervatten overmacht vormt, stelt Wilfried Rauws dat deze zienswijze niet met stelligheid als onjuist kan worden beschouwd, maar dat de parlementaire voorbereiding van de relevante Arbeidsovereenkomstenwetten de tegenovergestelde opvatting ook mogelijk maakt, een stelling die aldus de auteur om opportunititsredenen dient te worden verkozen. Meer gedetailleerd onderzoekt Wilfried Rauws in dit verband de overmacht en de arbeidsongeschiktheid als schorsingsgrond, de arbeidsongeschiktheid als beëindigende overmacht, het risico arbeidsongeschiktheid en beëindigende overmacht, de definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer, veroorzaakt door de fout van de werkgever, de definitieve arbeidsongeschiktheid en rechtsverwerking, de definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer en het zonder voorwerp worden van de arbeidsovereenkomst en de definitieve arbeidsongeschiktheid ten opzichte van de bedongen arbeid, om dan tot een overmachtscasuïstiek over te gaan met betrekking tot brand, niet-hernieuwing van de arbeidskaart en het economisch risico. Ten slotte behandelt de auteur de problematiek van de conventionele regelingen van overmacht en het samenspel tussen overmacht en ontslag.

15. Het boek wordt afgesloten met een omvangrijke bibliografie en een zaakregister.

16. De bijzonder kritische wijze waarop Wilfried Rauws zijn onderzoeksobject heeft benaderd, strekt tot de grootste lof.

Door de scrupuleuze en systematische analyse van de rechtspraak en rechtsleer met betrekking tot de nietigheid, ontbinding en overmacht is de auteur er niet alleen in geslaagd aan te tonen dat civielrechtelijke regels in menig geval perfect kunnen functioneren in een context van ontslagbescherming en vastheid van betrekking, maar lukt het hem ook nieuwe oplossingen te suggereren en te formuleren voor reeds lang bestaande rechtsproblemen.

De stelling van de professoren dr. M. Rigaux en dr. R. Kruithof in hun «Woord vooraf» dat dit werk van Wilfried Rauws nieuwe wegen opent voor de rechtspraak en aan de meest essentiële vereisten voldoet om als basiswerk inzake arbeidsovereenkomstenrecht te worden aanvaard, zal door elke arbeidsjurist, en terecht, worden beaamd.

R. Boes

BERICHTEN

Buitenlandse Francqui-leerstoel 1987-1988 aan de Universiteit Antwerpen

De buitenlandse Francqui-leerstoel 1987-1988 werd dit jaar toegekend aan Prof. dr. H.C.F. Schoordijk, hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Brabant en de Universiteit van Amsterdam.

Prof. dr. H.C.F. Schoordijk zal een reeks lezingen houden aan de Universiteit Antwerpen onder de algemene titel "Hoofdstukken van de rechtstheorie".

De inaugurale les over "De Nederlandse Rechtscultuur vergeleken met de Anglo-Amerikaanse" vindt plaats op 11 maart 1988 om 17 uur in de Aula van de Universitaire Instelling Antwerpen, Universiteitsplein 1, 2610 Antwerpen (Wilrijk).

Het programma van de andere lezingen is als volgt:

- Vrijdag 25 maart 1988 te 14 uur: Rechtsvinding
- Vrijdag 15 april 1988 te 14 uur: Altruïsme als bron van verbintenis
- Vrijdag 22 april te 14 uur: Rechtsvinding (vervolg)
- Vrijdag 27 mei 1988 te 14 uur: Zaakwaarneming als bron van verbintenis
- Vrijdag 3 juni 1988 te 14 uur: Ongerechtvaardigde verrijking
- Vrijdag 10 juni 1988 te 14 uur: Abstracte verbintenissen
- Vrijdag 17 juni 1988 te 14 uur: De toenemende betekenis van open normen.

De lessen op 25 maart en 22 april 1988 hebben plaats in de Universitaire Faculteiten Sint-Ignatius, Rodestraat 14, 2000 Antwerpen, de andere colleges in het Gebouw Rechten van de Universitaire Instelling Antwerpen, Universiteitsplein 1, 2610 Antwerpen (Wilrijk).

Alle belangstellenden zijn welkom.

Vereniging van Verzekeringsjuristen - Bijeenkomst op 3 maart 1988

De volgende bijeenkomst van de Vereniging van Verzekeringsjuristen vindt plaats op donderdag 3 maart 1988 te 18.30u. in de lokalen van de verzekeringsmaatschappij A.G., Grote Steenweg 214, Berchem (Antwerpen).

De heer Armand Putteneers, studie-gelastigde en juridisch adviseur bij de Groep A.G., rechter in sociale zaken bij de Arbeidsrechtbank te Antwerpen, spreekt over het actuele onderwerp: "Koninklijk Besluit nr. 530: De arbeidsongevallenverzekering in een stroomversnelling".

Inlichtingen en inschrijving bij Chris Willems, tel. 03/217.54.80.

CBR - Studie-avond - 7 maart 1988

Op 7 maart - 20 uur - organiseert het Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten in de Aula U.I.A. een studie-avond over «De medische expertise en de evaluatie van de menselijke schade».

Prof. dr. J. Laenens, U.I.A. en Prof. dr. J. Van Steenberghe U.I.A., belichten de betekenis van de medische expertise in verschillende takken van het recht. Zij beschrijven de rol van de medicus enerzijds, de jurist anderzijds, bij het vaststellen van de menselijke schade en bij het bepalen van de schadevergoeding. Aan de hand van voorbeelden zetten zij uiteen hoe standaardschalen en/of geïndividualiseerde berekeningen kunnen gehanteerd worden in de uitwerking van een vergoedingsregeling.

Inschrijven voor deze studie-avond kan schriftelijk: U.I.A. - CBR - Universiteitsplein n° 1 - 2610 WILRIJK of telefonisch in de voormiddag bij M. VAN NULAND 03/828.25.28 (U.I.A.) toestel 419, en ook ter plaatse om 19u30. De inschrijvingsprijs bedraagt 500,- BF.