

GELIJKHEID EN UTOPIE

*Openingsrede uitgesproken door Peter CALLENS
voor het Vlaams Pleitgenootschap te Brussel op 6 november 1992*

«Maintenant, quelques mots plus sérieux sur l'égalité absolue : cette égalité ramènerait non seulement la servitude des corps, mais l'esclavage des âmes ; il ne s'agirait de rien moins que de détruire l'inégalité morale et physique de l'individu.»

Chateaubriand¹

De titel van deze openingsrede luidt «Gelijkheid en Utopie». Evenwel geeft het Rechtskundig Weekblad van 3 oktober 1992 in een aankondiging deze openingsrede een andere titel mee, nl. «Gelijkheid, een Utopie». Dat is een interessante lapsus. Want wie zegt «Gelijkheid, een Utopie», zegt minstens impliciet dat gelijkheid eigenlijk iets prachtigs is, maar tegelijk iets onbereikbaars. Ik ben die mening niet toegedaan; ik denk niet dat gelijkheid prachtig is, maar ik denk wel dat bepaalde vormen van politieke gelijkheid onbereikbaar zijn.

De titel van deze openingsrede luidt «Gelijkheid en Utopie», omdat het mijn bedoeling is de band aan te wijzen tussen de gelijkheid en het utopische denken in de westerse traditie, of althans een bescheiden bijdrage daartoe te leveren.

Materiële en formele gelijkheid

Alvorens verder te gaan moet ik eerst een belangrijk onderscheid maken. Ik zal dit illustreren aan de hand van een citaat.

De Amerikaanse magistraat Oliver Wendell Holmes, Jr. schreef: «Ik heb geen respect voor de passie naar gelijkheid; deze lijkt mij enkel een idealisering te zijn van afgunst².»

Wie zo spreekt heeft het, zo mag je aannemen, over de materiële gelijkheid, en niet over de formele gelijkheid.

Onder formele gelijkheid versta ik de gelijkheid van alle burgers voor de wet, d.i. die gelijkheid die maakt dat de wet algemeen is en op gelijke wijze van toepassing is op elkeen.

Onder materiële gelijkheid versta ik het streefdoel van hen die beogen de feitelijke ongelijkheden tussen individuen op het stuk van vermogen, inkomen, opvoeding, levenswijze, scholingsgraad, enz. te verminderen of zelfs helemaal uit te sluiten.

Dit onderscheid zou ik nog kunnen illustreren aan de hand van een metafoor. U allen, die de moeite hebt genomen om hier aanwezig te zijn — waarvoor ik u blijvende dankbaarheid verschuldigd ben — u bent allen gelijk in het feit van uw aanwezigheid hier. Dat is de formele gelijkheid. Maar voor het overige bent u onderling zeer ongelijk door uw functie, status, inkomen, afkomst, vermogen, leeftijd,

enz. Bovendien bent u nog eens ongelijk doordat sommigen onder u deze openingsrede misschien bijzonder saai zullen vinden, en mede daarom nogal traditioneel, of wellicht vindt u ze belerend, en anderen onder u vinden ze misschien misplaatst. Nog anderen zijn hier misschien alleen omdat zij zich verplicht voelen en luisteren verder niet. En, wie weet, misschien zit er hier en daar ook iemand die deze rede goed vindt. Dat is de materiële ongelijkheid.

Nu, omtrent die gelijkheid, de formele en de materiële, lijkt het mij dat er een aantal stellingen geponeerd kunnen worden, die ik hier even wil opsommen:

1) De geschiedenis toont aan dat gelijkheid, in het bijzonder de materiële gelijkheid, geen wezenlijke voorwaarde is voor een harmonische samenleving, maar fluctueert volgens de heersende ideologieën.

2) Doorgedreven materiële gelijkheid is niet wenselijk, want ze gaat samen met doorgedreven tirannie.

3) De instrumenten voor doorgedreven materiële gelijkheid door herverdeling van inkomens bevinden zich in een zodanige toestand dat, zelfs indien men zou wensen een grotere materiële gelijkheid te bewerkstelligen, dit *de facto* onmogelijk is.

4) De formele gelijkheid is een van de belangrijkste fundamenteën, zoniet hét belangrijkste van onze maatschappelijke ordening, maar dezelfde formele gelijkheid is thans in groot gevaar.

Staat u mij toe deze vier stellingen toe te lichten.

Gelijkheid in het maatschappijbeeld

De gelijkheid heeft niet steeds een constante plaats ingenomen in de filosofische, politieke en economische bewegingen van de westerse geschiedenis. Het is een thema dat, met wisselende accenten en wisselende intensiteit, op bepaalde tijdstippen opduikt, om daarna weer in de nacht van de tijd te verdwijnen.

Aldus komt de gelijkheidsgedachte op in de Atheense democratie, niet om te poneren dat alle mensen onder elkaar gelijk zijn, maar om de stemgerechtigde Atheners — die gelijk zijn onder elkaar — te onderscheiden van diegenen die niet deelnemen aan de politieke macht — de vrouwen, de kinderen, de ambachtshuizen, de barbaren, de slaven en de niet-Atheners in het algemeen. Deze laatsten zijn ook gelijk, maar dan gelijk in hun politieke betekenisloosheid³.

De gelijkheidsgedachte komt ook terug bij de opkomst van het Christendom, dat poneert dat elkeen gelijk is in het aanschijn van God, ongeacht alle fysieke, psychische en materiële verschillen in dit ondermaanse. Voor de goddelijke rechter zullen er geen koningen noch kerkvorsten, geen heren noch slaven meer zijn, alle mensen zullen gelijk zijn.

¹ CHATEAUBRIAND, F.R., *Mémoires d'outre-tombe*, Tome III (1849), Le livre de poche, 1973, p. 723.

² «I have no respect for the passion of equality, which seems to me merely idealizing envy», uit X., *The Holmes - Laski Letters: The Correspondance of Mr Justice Holmes and Harold J. Laski*, 1916-1935, Cambridge, Mass., 1953, II, p. 942.

³ SFEZ, L., *L'égalité*, «Que sais-je», P.U.F., 1989, pp. 30-32.

Op andere momenten in de geschiedenis raakt de gelijkheids-gedachte op de achtergrond, of verdwijnt ze zelfs volledig.

Tijdens de middeleeuwen is de gelijkheid tussen individuen – behalve in de christelijke betekenis die ik geciteerd heb – nauwelijks te bespeuren, noch in het maatschappelijke bestel, noch in de toenmalige denkwereld, op enkele uitzonderingen na.

De geschiedenis van de middeleeuwen toont aan dat de mens kan gedijen, en zich kan ontplooiën in een maatschappij waarvan ongelijkheid nochtans een van de voornaamste gegevens is.

De middeleeuwse sociale ordening is eeuwenlang op nagenoeg onbetwiste wijze gekenmerkt door drie fundamenteel van elkaar onderscheiden pijlers, de Kerk, de adel en de derde stand.

Een dergelijke maatschappij is wars van elke idee van formeel zowel als materiële gelijkheid tussen individuen, ondanks het thans algemeen erkende hoge beschavingspeil van de middeleeuwen⁴.

De erkenning die een bepaald beschavingspeil krijgt, is niet afhankelijk van de graad van gelijkheid onder de leden van de maatschappij die deze beschaving tot stand heeft gebracht.

Met andere woorden, dat betekent dat de waarde die aan een beschavingspeil wordt gehecht, niet evenredig is aan de graad van gelijkheid die heerst in de betrokken maatschappij.

Ik leid eruit af dat een hogere graad van gelijkheid in een samenleving niet *per se* een teken van vooruitgang is, en evenmin *ipso facto* een teken van achteruitgang is.

Ik zei dat de gelijkheidsidee in bepaalde periodes geheel op de achtergrond raakt.

Het is echter even onmiskenbaar dat de gelijkheidsgedachte en de strijd om gelijkheid op geregelde tijdstippen terugkeert, in uiteenlopende vormen, en met wisselend succes.

Zo is het voor ons een evidentie dat de wet fundamenteel gelijk moet zijn voor iedereen; het is een basisbeginsel van de grondwet; het is ook de grote erfenis van de Amerikaanse en de Franse revolutie op het einde van de achttiende eeuw. Eigenlijk is het beginsel van de gelijkheid voor de wet zo een enorme kentering, dat het invoeren ervan een revolutie op zich was, en een revolutie waard was.

Aangezien de afkondiging van het beginsel van de gelijkheid van iedere burger voor de wet wellicht het belangrijkste feit is uit de hele geschiedenis van de politiek, kan de illusie ontstaan dat de periode die eraan voorafgaat, noodzakelijkerwijze getekend is door ongelijkheid en door verknechting, door uitbuiting en onmondigheid van een geëxploiteerde klasse onderdrukten in een vastgeroeste wereld.

Zo eenvoudig zijn de zaken natuurlijk niet.

Het Ancien Régime

Het is voldoende bekend dat de periode van de renaissance tot de Franse revolutie het toneel is geweest van velerlei, vaak lokale, opstanden en protesten tegen de gevestigde orde, waarbij de strijd tegen als overdreven ervaren belastingen centraal staat.

Het valt op dat die oprispingen van het volk tijdens het Ancien Régime doorgaans niet gekenmerkt werden door egalitaristische aspiraties.

Het maatschappijbeeld was van die aard dat zelfs de strijdbaarste elementen niet konden of wilden streven naar gelijkheid tussen individuen.

De Franse historicus Emmanuel Le Roy Ladurie beschrijft in zijn monografie *Le Carnaval de Romans* de processen, die omstreeks het jaar 1600 werden gevoerd over de eis van de derde stand om de adel te verplichten zijn deel te dragen van de belasting bekend onder de naam «la taille». De adel was van die belasting vrijgesteld, en de druk ervan rustte uitsluitend op de schouders van de derde stand.

Op zich was die belastingvrijstelling gewoon conform de heersende praktijk van het Ancien Régime, ware het niet dat de edelen steeds vaker niet-adellijke grondeigendommen kochten, en toch geen belastingen betaalden.

Dat had als noodzakelijk gevolg dat het aantal beschikbare niet-adellijke erven in het bezit bleef van een steeds kleiner aantal niet-edelen. Bijgevolg moest de totale massa van de belastingopbrengst opgebracht worden door een steeds kleiner aantal belastingplichtigen, die steeds zwaardere belastingen moesten dragen.

Redenen voor verzet genoeg dus.

En toch, wie meent dat dit verzet moest uitmonden in een eis van de derde stand tot gelijkschakeling met de adel, of misschien zelfs tot afschaffing van het instituut adel zelf, komt bedrogen uit, want dat was niet het geval.

Achteraf beschouwd zou je kunnen stellen dat de tijd niet rijp was, dat de meningen in 1600 onvoldoende gevormd waren, en dat de derde stand wellicht niet klaar genoeg inzag hoe zwaar hij onderdrukt werd.

Ik durf de juistheid van een dergelijke stelling te betwifelen. Het is zeer de vraag of de derde stand in die periode van het Ancien Régime te naïef en te onmondig was om aanspraak te maken op gelijkheid tussen individuen.

Het lijkt er veel meer op dat de vertegenwoordigers van de derde stand bewust geen gelijkheid tussen individuen nastreefden, maar wel een herwaardering van de derde stand op zich als essentiële maatschappelijke component, en, in dat kader, de afschaffing wilden van de belastingvrijstelling van de adel.

In de bewuste belastingprocessen omstreeks 1600 zijn de aanvallen van de advocaten van de derde stand tegen de adel niet mals.

Hun kritiek ligt in de lijn van vroegere uitingen van opstand tegen de privileges, men denke aan het ordewoord van de franciscanen in de Engelse «peasants revolt» van 1381 tegen de adel: «Toen Adam spitte en Eva spon, waar was toch de edelman?»⁵.

In 1600 is de tendens gelijklopend: de adel is niet van nature uit geprivilegieerd, vrijgesteld van belasting; het privilege van belastingvrijstelling zou slechts in stand kunnen worden gehouden als er goede argumenten voor waren, maar zulke argumenten ontbreken.

De adel boogt op zijn militaire functie, maar in 1600 weet iedereen dat de adel niet meer vecht, en dat bovendien de

⁴ Men raadplege o.m. PÉROUD, R., *Pour en finir avec le Moyen Age*, Ed. Seuil, 1977; DUBY, G., *L'Europe au Moyen Age*, Flammarion, 1984.

⁵ LE ROY LADURIE, E., *Le Carnaval de Romans*, Gallimard, 1979, p. 361.

legers voor het overgrote deel bestaan uit lieden uit het gewone volk ⁶.

De stoutmoedigheid van de advocaten van de derde stand wekt verwondering, vooral omdat we ons het Ancien Régime voorstellen als een tijd van onmondigheid, waarin kritiek niet werd geduld.

Maar we zijn nog heel ver verwijderd van een waarachtig egalitaristisch discours: de advocaten van de derde stand stellen geenszins het principe van de drie standen, Kerk, adel en derde stand ter discussie. Hun betoog past in een organicistisch maatschappijbeeld waarin elke orde haar eigen functie heeft zoals in het menselijk lichaam elk orgaan zijn functie heeft: de Koning is het hoofd, de Kerk het hart, de adel de armen en de derde stand de voeten ⁷.

De adel als afzonderlijk en substantieel samenstellend deel van de samenleving wordt niet ter discussie gesteld.

De gelijkheid waarnaar de advocaten van de derde stand streven, is een gelijkheid, niet tussen individuen – een dergelijke gelijkheid wordt in alle toonaarden afgewezen –, maar tussen de standen onderling, in het bijzonder wat de deelname aan de belastingdruk betreft. Men beoogt de derde stand opnieuw als volwaardig lid van het politieke bestel te laten opnemen, naast de twee andere standen.

Sieyès

Bijna twee eeuwen later, in januari 1789, enkele maanden voor het begin van de Franse revolutie, publiceert de onvolprezen abbé Sieyès zijn geruchtmakend pamflet *Qu'est-ce que le Tiers-Etats?*, waarin de privileges van de adel, in het bijzonder zijn politieke zeggenschap, op ongemeen scherpe wijze aan de kaak worden gesteld ⁸.

In de inleiding tot zijn pamflet gebruikt Sieyès een kernachtige formulering, in de vorm van drie vragen:

«1° Wat is de derde stand? – *Alles*.

2° Wat is hij tot nu toe geweest in de politieke orde? – *Niets*.

3° Wat vraagt hij? – *Iets te zijn*» ⁹.

Nu moeten wij de formulering «iets te zijn» goed begrijpen als een zwaar «understatement». Sieyès verafschuwt de adel ¹⁰, eist dat de derde stand in de Staten-Generaal evenveel vertegenwoordigers krijgt als de twee andere standen

⁶ LE ROY LADURIE, E., *op.cit.*, p. 383.

⁷ LE ROY LADURIE, E., *op.cit.*, p. 386.

⁸ Het is van het grootste belang te noteren dat in de decennia vóór de Franse revolutie, de materiële gelijkheid tussen de bourgeoisie en de adel zeer ver doorgedreven was op het stuk van de verdeling van de rijkdommen, de scholingsgraad en de leefgewoonten. Niettemin bleven de adel en de bourgeoisie afgescheiden bevolkingsgroepen, omwille van de formele gelijkheid. Het is deze laatste die ondraaglijk geworden was (Tocqueville, A., *L'Ancien Régime et la Révolution*, Gallimard, 1967, pp. 153-190).

⁹ SIEYÈS, E., *Qu'est-ce que le Tiers-Etat*, Champs-Flammarion, 1988, p. 31-32.

¹⁰ Pikant detail is dat Sieyès, die op latere leeftijd wat in de vergetelheid was geraakt, ondanks zijn haat tegen de adel, op zijn eigen verzoek dd. 29 maart 1808 in mei van hetzelfde jaar door Napoleon in de adelstand wordt verheven, met de titel van graaf (BREDIN, J.D., *Sieyès. La clé de la Révolution française*, Ed. De Fallois, 1988, p. 721). Bij tanend succes ruimt beginselvastheid vaak de plaats voor ijdelheid. Bredin heeft het met enig cynisme over «la descente aux honneurs».

samen, én dat per hoofd gestemd wordt in die Staten-Generaal, en niet per stand. Een stemming per stand zou immers de verdubbeling van het aantal vertegenwoordigers van de derde stand volstrekt betekenisloos maken.

Wat de adel betreft: deze hoeft voor Sieyès geen functie meer te hebben in het politieke bestel. De vertegenwoordigers van de derde stand in de Staten-Generaal moeten zichzelf uitroepen tot *Assemblée Nationale*, en de vertegenwoordigers van de adel krijgen slechts toegang tot de nieuwe *Assemblée* voor zover zij afzien van hun voorrechten, een beetje zoals bij ons de bevoorrechte schuldeisers die stemmen in een gerechtelijk akkoord, *ipso facto* hun voorrecht verliezen.

De argumenten van Sieyès in 1789 en die van de verdedigers van de derde stand omstreeks 1600 zijn gelijklopend, zonet identiek, en toch zijn de eisen heel verschillend.

In 1789 is het gelijkheidsideaal van Sieyès dichtbij en realiseerbaar, en in 1600 is het zo veraf dat er niet eens aan gedacht wordt het te formuleren als politieke eis.

De vraag die zich hierbij opdringt, is deze: was het dan toch zo dat in 1600 de gelijkheidsidee niet tot de geesten was doorgedrongen, ondanks al het aangeklaagde onrecht?

Het antwoord op die vraag is negatief.

Gelijkheid volgens Morus en Campanella

Integendeel leefde er bij de briljantste en origineelste geesten van de tijd een tot op heden nog steeds sterk tot de verbeelding sprekende cultuur van toekomstvisioenen, die doordrongen waren van egalitarisme.

Tegenover de eigen wereld, met al haar wanorde en onrecht, beschreven zij een anti-wereld, volgens de Griekse etymologie een *ou-topos*, een utopie.

Die utopisten, sir Thomas More voorop, zijn erin geslaagd voor het nageslacht het woord utopie in de omgangstaal te laten opnemen, in de betekenis van een ideaalbeeld dat wellicht niet realiseerbaar is, een luilekkerland met een gedroomd politiek stelsel, dat niet van deze wereld is.

Het is merkwaardig dat het woord utopie fundamenteel een positieve betekenis heeft behouden. Het wereldbeeld dat de utopisten voorstellen, komt mij nochtans beslist niet ideaal voor, en hun opvattingen kun je thans nog moeilijk *au sérieux* nemen; en als u het mij toestaat wil ik u hiervan enkele staaltjes resumeren.

Laten we eerst even kijken naar *Mores Utopia*, gepubliceerd in 1516.

Utopia is een imaginair eiland met vierenvijftig steden, die alle volgens hetzelfde plan zijn gebouwd, behalve de hoofdstad.

De Utopiërs leven in een regime van doorgedreven gelijkheid. Tussen mannen en vrouwen is er geen enkel verschil. Allen zijn gekleed in dezelfde, natuurkleurige wollen kleren. Zij werken allemaal zes uur per dag.

Om te vermijden dat de Utopiërs zich hechten aan hun huis, moeten zij om de tien jaar verhuizen naar een ander, door loting toegewezen huis. Op de huizen zelf zit er trouwens geen slot.

Het is de Utopiërs verboden te spreken over politiek buiten de officiële assemblée. Wie dat wel doet, riskeert de doodstraf.

Wie zich zonder machtiging durft te begeven naar een ander district, riskeert dwangarbeid.

In Utopia is er geen enkele wet die op voorhand de straffen bepaalt die worden opgelegd wanneer een misdrijf wordt gepleegd: een rechtsbeginsel als «nullum crimen sine lege» is er volstrekt uit den boze. De senaat bepaalt de straf in elk individueel geval.

In Utopia wordt de bijstand van advocaten radicaal afgevozen, want zij leggen de zaken veel te handig uit en zij interpreteren de wetten op veel te listige wijze. Zonder advocaten vind je de waarheid namelijk veel gemakkelijker, en bespaar je de rechter veel omwegen, kunstgrepen en sofismen¹¹.

Tot zover Thomas More.

Onder de mede-utopisten van More zou ik nog even de schijnwerper willen richten op Tommaso Campanella. Campanella, een eigenzinnige dominicaner monnik – we houden ons hart al vast – is geboren in 1568 in een ongeletterde familie in de Zuiditaliaanse landstreek Calabrië – we houden ons hart tweemaal vast.

Aanvankelijk besteedde Campanella zijn energie aan het bewijzen dat het Rijk Gods zou neerdalen op aarde in het gezegende jaar 1600, maar toen hij in dat jaar niets zag komen, liet hij zijn millenaristische visioenen varen, maar werd hij voor 27 jaar in de gevangenis opgesloten wegens deelname aan een complot bedoeld om de totstandkoming van het Rijk Gods te vergemakkelijken¹².

Zijn verblijf in de gevangenis gebruikt hij om zijn utopistische ideeën de vrije loop te laten, en in 1623 publiceert hij zijn utopie, de *Civitas solis*, de Zonnestad.

De Solarii – zo heten de inwoners van de Zonnestad – zijn allen gelijk, en bezitten alles gemeenschappelijk, inclusief vrouwen en kinderen.

Campanella is een goed deel van zijn inspiratie gaan halen bij Thomas More, maar hij heeft Mores denkbeelden aan zijn eigen Calabrische en dominicaanse smaak aangepast.

In de Zonnestad wordt vier uur per dag gewerkt. Alle inwoners lopen gelijk in het wit gekleed. De maaltijden worden gemeenschappelijk genuttigd, en de kinderen worden gemeenschappelijk opgevoed. Huizen worden aan hun bewoners toegewezen voor slechts zes maanden, waarna ze opnieuw moeten verhuizen. Persoonlijke eigendom bestaat er niet.

Ik kan niet nalaten u nog even de seksuele gewoontes van de Solarii te schetsen.

Op de publieke spelen verschijnen de mannen en de vrouwen altijd naakt, opdat de autoriteiten kunnen uitmaken wie geschikt is voor de voortplanting, en welke partners het best bij elkaar passen om de beste resultaten te behalen. Seksuele relaties kunnen alleen maar om de drie dagen op de tijdstippen die daartoe als gunstig worden aangewezen door een astroloog en een dokter. Na gebed, gebeden en hun eten verteerd te hebben, gaan de man en de vrouw in afzonder-

lijke kamers slapen, wanneer het geschikte uur is aangebroken, worden zij gewekt door een matrone en bij elkaar gebracht. Tijdens de geslachtsdaad moet de vrouw kijken naar prachtige standbeelden van beroemde figuren die in de liefdeskamer zijn bijeengebracht, want dit garandeert een mooi nakomelingschap.

Zo is het leven in Campanella's Stad van de Zon¹³.

Wel, wie gemeend had bij de utopisten een beeld van de ideale samenleving te kunnen vinden, komt van een kale kermis thuis. De egalitaire stadstaten die zij uitdachten, zijn totalitaire gedochten, en de recente geschiedenis toont aan dat elementen van dit soort utopieën wellicht minder utopisch waren dan onze utopisten ooit hadden gedacht.

Misschien beoogden zij minder een echt na te volgen ideaal te bieden, dan wel een alternatief voor de rumoerige en onzekere tijden waarin zij leefden. De Utopie was «das ganz Andere», de absolute tegenpool van de onheilzame eigentijdse wereld die wij nu de renaissance noemen¹⁴.

Gelijkheid voor de wet

De egalitaire visie van de utopisten is tegengesteld aan een geheel andere, toenmaals radicaal nieuwe vorm van gelijkheidsdenken, die de gelijkheid tussen de mensen vast-

¹³ In de politieke symboliek heeft de zon altijd een belangrijke plaats ingenomen als symbool voor vrijheid en een verhoopde betere toekomst. Uit een heraldisch oogpunt is dat nog meer zo wanneer van de zon alleen de bovenste helft op het wapenschild voorkomt (Neubecker, G., *Elseviers gids van de heraldiek*, Amsterdam-Brussel, 1981, p. 128). Wie echter Campanella's Zonnestad bestudeerd heeft, zal niet echt verwonderd zijn dat de vroegere Sovjet-Unie, en duidelijker nog het «socialistische» Roemenië van Ceaucescu de bovenste helft van de zon in hun wapen voerden.

¹⁴ Tegenover het in de renaissance opkomende individualisme stellen de utopisten een opgelegd collectivisme en egalitarisme, waarin het individuele belang geheel opgeofferd wordt aan het algemeen belang.

Tegenover het opkomen van de nationale staten roepen zij het beeld op van een staat buiten elke context van ruimte of tijd, zonder geschiedenis noch traditie.

Tegenover de groter en machtiger wordende Europese staten, zijn de utopische staten naar Plato's voorbeeld niet meer dan steden, terwijl toen reeds uitgewezen was dat het centrale belang van de middeleeuwse steden had afgedaan.

Tegenover het opkomende kapitalisme stellen de utopisten een verbod op persoonlijke eigendom, een wereld zonder geld die gekenmerkt wordt door dirigisme op alle vlakken.

Tegenover de grotere mobiliteit (denk aan de ontdekkingsreizen en het begin van de koloniale tijden) stellen zij een geïsoleerde, in autarchie levende samenleving, waarin de contacten met het buitenland verboden zijn, en dus strafbaar worden gesteld.

In Morus «Utopia» is een speciaal paspoort vereist voor elke reis naar het buitenland; wie naar het buitenland reist zonder toestemming, wordt beschouwd als deserteur. In Kaspar Stiblins *Korte beschrijving van de Staat Eudaimone, stad op het eiland Macaria* (1533) is men bevreemd voor de perverse zeden van andere volken. Buitenlandse reizen worden niet op prijs gesteld door de leidende klasse en het dragen van buitenlandse mode is verboden. In dezelfde lijn onderhoudt sir Francis Bacon's *Het nieuwe Atlantis* (1620) geen relaties met het buitenland; men beperkt er zich toe om de twaalf jaar een expeditie buiten de grenzen te organiseren, om te weten te komen wat er in de wereld gebeurt (over dit alles, zie o.m. DELUMEAU, J., *op.cit.*, pp. 322-324).

¹¹ Deze stellingname is des te verwonderlijker daar Morus zelf advocaat was – of misschien des te begrijpelijker. In 1494 liet Morus zich inschrijven als rechtsstudent, aanvankelijk in New Inn en twee jaar later in Lincoln's Inn. In 1499, op 21-jarige leeftijd werd hij ingeschreven als barrister in Londen (zie o.m. de inleiding van Simone GOYARD-FABRE tot de Franse vertaling van *Utopia* verschenen bij GF Flammarion, Parijs, 1987).

¹² DELUMEAU, J.V., *La civilisation de la renaissance*, Arthaud, Parijs, 1984, p. 323; LAPOUGE, G., *Utopie et civilisations*, Bibliothèque Albin Michel des Idées, Parijs, 1990, p. 148.

knoopt aan de natuurtoestand van de mens. De mensen zijn van nature gelijk. Deze idee wordt filosofisch onderbouwd door politieke denkers van zeer uiteenlopende strekking: van Thomas Hobbes, die gelooft in de natuurlijke slechtheid van de mens¹⁵, over John Locke, de grondlegger van het liberalisme¹⁶, tot Jean-Jacques Rousseau, die gelooft in de natuurlijke goedheid van de mens¹⁷.

Zoals bekend zijn het die ideeën die de intellectuele onderbouwing van de Amerikaanse en Franse revolutie mogelijk maken, en geleid hebben tot het belangrijkste kruispunt van de politieke geschiedenis: de ontmoeting van de gelijkheid met de vrijheid, die haar beslag krijgt in het devies «Liberté, Egalité, Fraternité».

Vóór de revolutie wordt de vrijheid beperkt door de ongelijkheid, en in de revolutie wordt de vrijheid het noodzakelijke tegenwicht voor de gelijkheid, en omgekeerd.

De mensen worden allen gelijk geboren, en de vrijheid zowel als gelijkheid zijn natuurrechten, die gerealiseerd worden in de wetten van de samenleving. De mens gezien als burger is in zijn vrijheid gelijk aan de andere burgers, en hij is vrij omdat hij gelijk is aan de andere burgers; deze vrijheid en deze gelijkheid worden gegarandeerd door de wet, die op gelijke wijze van toepassing is op elke burger¹⁸.

De splitsing

In de revolutie kruisen de wegen van gelijkheid en vrijheid elkaar, maar vanaf de revolutie gaan de wegen van vrijheid en gelijkheid weer uiteen. Terwijl voor de revolutie de vrijheid gaandeweg de bovenhand heeft gekregen op de ongelijkheid, neemt vanaf de negentiende, en zeker vanaf de twintigste eeuw, de gelijkheid gaandeweg de bovenhand op de vrijheid.

Na de Franse revolutie ontstaan er over het thema van de gelijkheid twee grote denkscholen. De eerste school staat voor vrijheid en formele gelijkheid; de tweede streeft naar materiële gelijkheid voorgesteld als (de hoogste vorm van) menselijke bevrijding.

De eerste tendens is die welke teruggaat op John Locke, en later belichaamd wordt door Alexis de Tocqueville, John Stuart Mill en veel later nog in Friedrich Hayek; zij privilegiëren de gelijkheid voor de wet als fundamenteel gegeven dat garant staat voor de individuele vrijheid.

De formele gelijkheid (voor de wet) leidt echter automatisch tot materiële ongelijkheid, die door de voorstanders van deze tendens verdedigd wordt¹⁹.

Die idee wordt treffend uitgedrukt door Sieyès in zijn redevoering over de rechten van de mens en de burger van 20 juli 1789:

«Het is waar, er bestaan grote ongelijkheden in de midelen waarover de mensen beschikken. De natuur maakt sterke en zwakke lieden; zij verleent aan sommigen de intelligentie die zij anderen weigert toe te kennen. Hieruit volgt dat er tussen de mensen ongelijkheid zal zijn in tewerkstelling, ongelijkheid in verbruik of genot; maar hieruit volgt niet dat er ongelijkheid van rechten kan bestaan²⁰.

Maar die tendens wordt in het heersende ideologische klimaat na de revolutie snel in de minderheid geduwd, ten voordele van de utopische strekking die teruggaat op Thomas More en zijn geestesgenoten, en streeft naar inhoudelijke gelijkheid tussen de mensen onderling. Het streven naar «égalité de droit» werd vervangen door een streven naar «égalité de fait».

Het communisme

In de vroege negentiende eeuw ontwikkelen zich de collectivistische en egalitaire ideeën van Saint-Simon, Proudhon, Fourier, Owen en anderen, die niet voor niets doorgaan als utopische socialist²¹, en die de weg effenen voor Marx en Lenin.

Deze nieuwe revolutionaire boodschap van een klassenloze maatschappij die gerealiseerd moet worden door de dictatuur van het proletariaat om uit te monden in het waachtige communisme²², heeft tot voor enkele jaren een overdonderend succes gehad.

De utopie van het communisme, dat op de dictatuur van het proletariaat moest volgen, en waarin de mens zich volledig zou ontplooiën door de nieuwe gemeenschap waarin de Staat als verschijnsel verdwenen is, is een totale hersenschim geworden.

Het is nu voldoende bekend dat de gelijkschakeling van de burgers in de socialistische landen slechts gold voor de zwijgende meerderheid, en niet voor de gelukkige leden van de *nomenklatura*. De rode appel van het marxisme-leninisme was al wormsteking vanaf het prille begin.

Terwijl de communistische leiders in hun toespraken in de dertiger jaren aankondigden dat de werkers niet meer zouden aankomen in bescheiden Fords, maar in limousines, bleek in werkelijkheid dat de weinige auto's die op straat te

minds, if we are going to defend this free world against an oncreeping totalitarian state control, whether, in fact, our primary interest is in freedom from state control, or in an attempt at economic quality enforced by a controlling state. We have to accept such inequalities as are presumed by, and result from, economic competition» (EASTMAN, M., *Reflections on the Failure of Socialism*, 1955, geciteerd in de anthologie van SCRUTON, R., *Conservative Texts*, Macmillan, 1991, p. 81); zie ook HAYEK, F.A., *The Constitution of Liberty*, Routledge, 1960, pp. 85 e.v.

²⁰ SIEYÈS, E., *Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, redevoering gehouden op 20 en 21 juli 1789, in X, *Orateurs de la Révolution française*, I, *Les Constituants*, NRF Gallimard, Pléiade, 1989, pp. 1006-1007.

²¹ Zie o.m. TOUCHARD, J., *Histoire des idées politiques*, T. 2, P.U.F., 1991, pp. 550-583.

²² CALVEZ, J.-Y., *La pensée de Karl Marx*, Ed. Seuil, 1970, pp. 273-287.

¹⁵ MANENT, P., *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Coll. Pluriel, Calmann-Lévy, 1987, p. 64; RUSSELL, B., *History of Western philosophy*, Routledge, Londen, 1991, p. 535.

¹⁶ LOCKE, J., *Second Treatise on Government*, 1677, Hst. II, randnr. 4 (of de Nederlandse vertaling van Van Zetten, F., onder de titel *Over het Staatsbestuur*, verschenen bij Boom-Meppel, Amsterdam, 1988, p. 65).

¹⁷ ROUSSEAU, J.J., *Discours sur l'origine de l'inégalité*, in *Ecrits politiques*, Le livre de poche - Classiques de la philosophie, 1992, pp. 80 e.v.

¹⁸ MAIRET, G., «Liberté, Egalité», in CHATELET, F., *Histoire des Idéologies*, III, Hachette, 1978, pp. 80 e.v.

¹⁹ Zie o.m. de treffende formulering van Max Eastman: «(...) we need no longer to deceive ourselves that liberty in a human world is compatible with economic equality (...) We have to make up our

zien waren barstensvol gevuld waren met mensen ²³, omdat er geen andere vervoermiddelen waren.

In zijn vlijmscherpe kritiek op het sovjetsysteem merkt Leon Trotsky – die niet van bourgeois sympathieën verdacht kan worden – op in 1937, dat Marx' formule «Van elkeen volgens zijn mogelijkheden, aan elkeen volgens zijn behoeften» eigenlijk (toen al) verworpen was tot de formule «Zorg dat je elkeen zoveel mogelijk uitperst, en geef hem in de plaats zo weinig mogelijk terug» ²⁴.

De zogenaamde gelijke rechten van arbeiders en boeren betekenen voor Trotsky in werkelijkheid een gelijk gebrek aan rechten tegenover de bureaucratie ²⁵.

Het zal ons niet verwonderen dat de communistische theoreticus A.L. Malitzki het als volgt uitdrukte: «Het fundamentele principe van onze wetgeving en ons privaatrecht, dat de bourgeois theoretici nooit zullen erkennen, is dit: alles is verboden wat niet specifiek is toegelaten» ²⁶.

Hiermee is het probleem van elk verder streven naar egalitarisme in de materiële zin gesteld: het gaat gepaard met tirannie en met een niet te controleren groei van het staatsapparaat.

Het egalitarisme is getest in de praktijk van het marxisme-leninisme, en het resultaat van de test is rampzalig.

De marxistische gedachte behoudt haar waarde als analysemethode van de sociale verhoudingen, maar als filosofie van de praxis is ze catastrofaal: de dictatuur van het proletariaat heeft wel geleid tot dictatuur, maar niet van het proletariaat, en de klassenloze maatschappij is er een geworden met ongeveer alleen nog proletariërs (en niemand anders behalve enkele partijbonzen) in een grijze, vervuilde en bloedarmoedige leefwereld.

Gelijkheid in de verzorgingsstaat

Wat echter wellicht minder in het oog springt, is dat belangrijke kenmerken van de marxistische regimes ook bij ons, al dan niet latent, aanwezig zijn, en belichaamd worden in het stelsel van onze verzorgingsstaat.

Wanneer wij bij de filosoof Jürgen Habermas te rade gaan, dan leren wij dat het doel van de welvaartsstaat erin bestaat levensvormen te creëren die gestructureerd zijn op egalitaire wijze, en tegelijk ruimte te openen voor zelfverwezenlijking en spontaneïteit ²⁷.

Onze verzorgingsstaat is erop gericht materiële verschillen weg te werken en dus een vorm van materiële gelijkheid te bewerkstelligen; en in niet onaanzienlijke mate is deze doelstelling gerealiseerd.

Maar in de uitwerking van het stelsel dat aan onze verzorgingsstaat ten grondslag ligt, heeft de overheid jammerlijk gefaald en dit falen is dubbel.

Allereerst is er de illusie van de herverdeling van de inkomens, die in werkelijkheid een systeem geworden is van fiscale en parafiscale druk zonder voorgaande. Laten wij

niet vergeten dat het opleggen van een zware progressieve belasting, een van de eerste maatregelen is die door Marx wordt voorgeschreven in het *Manifest van de Communistische Partij* ²⁸.

Anderzijds wordt de verzorgingsstaat gekenmerkt door een blinde uitdeling van uitkeringen, zonder dat er enig verband bestaat tussen de inkomsten en de uitgaven.

Jarenlang hebben immorele regeringen in dit land geld uitgedeeld en onmogelijk te houden beloften gedaan zonder er zich om te bekommeren waar alle middelen daartoe vandaan moesten komen, zodat onvermijdelijk de bekende gigantische overheidstekorten moesten ontstaan van nu meer dan achtduizend miljard frank.

Op die manier werd een onvoorstelbare hypotheek gelegd op de toekomst, niet alleen uit een budgettair oogpunt, maar ook uit het oogpunt van de integriteit en het voortbestaan van de parlementaire democratie zelf. Het systeem waarin wij leven, is recent in de pers beschreven als het «erfschuldenbestel» ²⁹.

De omstandigheid dat het beleid van de regeringen die voor die toestand verantwoordelijk zijn, geschraagd was door een numerieke meerderheid in het parlement, is geen voldoende legitimering voor het catastrofale resultaat.

Een meerderheid in het parlement is geen vrijbrief voor het voeren van een immoreel beleid.

Dit betreutenswaardige resultaat bewijst dat de democratie, of meer bepaald het meerderheidsstelsel, arbitrair kan zijn. Democratie kan de machthebber ervan weerhouden arbitrair te worden, maar het bestaan op zich van de democratie is niet voldoende om arbitraire besluitvorming te vermijden ³⁰.

Dat is het eerste falen van de welvaartsstaat.

Het tweede falen is zijn onvolkomenheid. Niet alleen heeft hij een onoverzienbaar overheidstekort teweeggebracht, maar bovendien is hij er niet in geslaagd de schande van de vierde wereld te vermijden, met haar schare analfabeten, daklozen, landlopers, aan lager wal geraakten en andere sukkelaars die kennelijk buiten het systeem van de verzorgingsstaat blijven en die o.m. onze Bureaus van Consultatie en Verdediging bevolken. Zijn doelstellingen zijn niet bereikt.

De egalitaristen die hun hoop hadden gesteld op het model van onze welvaartsstaat, kunnen die hoop beter laten varen.

We hebben gezien hoe de landen die de marxistisch geïnspireerde materiële gelijkheid in praktijk hebben gebracht, in een onbeschrijfelijk diep moeras terechtgekomen zijn.

Wie nu in het Westen nog verder wil gaan op de weg van het materiële egalitarisme, is verplicht zich daarvoor te verantwoorden en zich af te tekenen t.o.v. het marxisme-leninisme, en daarenboven aan te tonen dat doorgedreven materiële gelijkheid niet zal leiden tot wat wij nu zien in het vroegere Oostblok.

²³ TROTSKY, L., *The Revolution Betrayed*, Pathfinder, 1972, p. 118.

²⁴ TROTSKY, L., *op.cit.*, pp. 258-259.

²⁵ TROTSKY, L., *op.cit.*, pp. 264.

²⁶ Geciteerd door HAYÈK, F.A., *op.cit.*, p. 240.

²⁷ HABERMAS, J., «The New Obscurity: The Crisis of the Welfare State and the Exhaustion of Utopian Energies», redevoering uitgesproken voor de Spaanse Cortes op 26 november 1984, in id., *The New Conservatism*, Cambridge, Mass., 1989, p. 59.

²⁸ MARX, K., *Manifest van de Communistische Partij*, 1947, Hst. II.

²⁹ DIERICK, R., *Het erfschuldenbestel*, artikel in *De Standaard*, 2 september 1992.

³⁰ HAYÈK, F.A., *The Road to Serfdom*, Routledge, Londen, 1971, p. 53; TOCQUEVILLE, A. DE, *De la Démocratie en Amérique*, II, Garnier-Flammarion, 1981, pp. 383-388; MILL, J.S., *Over vrijheid*, Boom-Meppel, Amsterdam, 1978, p. 172.

Het lijkt mij dat werkelijk doorgedreven egalitarisme in de materiële zin heeft afgedaan, zowel om financieel-economische redenen als om ideologische redenen.

Waarheen met de formele gelijkheid?

Sta mij nu ten slotte toe nog enkele beschouwingen te wijden aan de formele gelijkheid, de gelijkheid voor de wet.

Die is de hoeksteen van de rechtsstaat, en samen met de fundamentele vrijheden ondersteunt ze het gebouw van de Westerse beschaving ³¹.

Welnu, die hoeksteen is aangetast door erosie, ten gevolge van vele oorzaken, waarvan ik er hier enkele wil opsommen.

Ik noem in de eerste plaats de materiële gelijkheid zelf, die de wet op ongelijke wijze toepast om inhoudelijke gelijkheid te verkrijgen, de burgers opdeelt in vakjes en nieuwe privileges teweegbrengt: onderscheiden tussen zelfstandigen en werknemers, tussen vastbenoemden en contractuelen, tussen actieven en gepensioneerden, die niet mogen werken, ook al zouden zij het willen, en zo kunnen wij doorgaan.

Dat opdelen in min of meer arbitraire vakjes en het vermenigvuldigen van het aantal vakjes zijn belangrijke factoren van de aantasting van het gelijkheidsprincipe.

Men ziet blijkbaar niet in dat materiële gelijkheid niet het logische verlengde is van de gelijkheid voor de wet, maar wel exact het tegengestelde daarvan.

Voorts noem ik de voortschrijdende vermenigvuldiging van het aantal wettelijke en reglementaire voorschriften, de groeiende complexiteit ervan, en daarenboven – en niet het minst – de vluchtigheid van de normen, die in een steeds sneller tempo veranderen.

Dat fenomeen creëert ongelijkheid tussen hen die de wetgeving kunnen bijhouden, of laten bijhouden door hun specialisten, en anderen die moeten afhaken.

Deze normeninflatie is een vorm van normenverval, die het rechtssysteem zo ondoorzichtig maakt als een zwart gat. Dit is op zijn beurt een factor die de rechtsstaat zelf in gevaar brengt, en een zoveelste voedingsbodem uitmaakt voor lieden die niet hoog oplopen met de parlementaire democratie.

De geciteerde vorming van vakjes met nieuwe privileges of zonder privileges en de normeninflatie hebben mede geleid tot het verwerpelijke stelsel van participatie, politiek cliëntelisme, politieke gunsten en benoemingen, irrationele staatssteun die een aanfluiting zijn van elke vorm van gelijkheid voor de wet.

Ten slotte vermeld ik de rechtstreekse aanvallen op het formele gelijkheidsbeginsel, door groepen die de gelijkheid alleen maar toepasselijk zien op personen die de nationaliteit bezitten van een Europees land – en dan nog onder bepaalde voorwaarden – en menen dat de rechten van de mens ondergeschikt zijn aan een pseudo-beginsel als «eigen

volk eerst». Een dergelijk verwerpelijk programma zet de deur open voor alle mogelijke wandaden.

Besluit

Waar moeten wij nu heen met de gelijkheid?

De tijd is gekomen om enkele conclusies te trekken.

Het doorgedreven egalitarisme in de materiële zin is een voortbrengsel van de utopistische lijn van Morus tot Marx.

Die lijn leidt tot een ongebreidelde groei van de Staat, deze nieuwe Moloch, volgens de uitspraak van Bertrand de Jouvenel de Minotaurus van de moderne tijd ³².

Die utopistische lijn laat het individu buiten beschouwing, ten voordele van een samenlevingsconcept dat van bovenaf wordt opgelegd.

Samen met de allesomvattende intellectuele en ideologische denksystemen die de moderniteit hebben gekenmerkt, is de utopistische vlam nu uitgedoofd ³³. Het sinistere «wetenschappelijk materialisme» van Marx is het laatste op rij. De «*maîtres-penseurs*» zijn niet meer ³⁴. Als we hun wandaden bekijken, kunnen wij dat alleen maar toejuichen.

De Amerikaanse wijsgeer Robert Nozick merkt terecht op dat niemand tegenwoordig zich nog zou mogen wagen aan het uitdenken van een utopie, zonder eerst de werken van Shakespeare, Dostoëvski, Rabelais en anderen te hebben herlezen, om er zich rekenschap van te geven hoezeer de mensen van elkaar verschillen ³⁵.

Aan andere utopieën hebben wij geen behoefte en geen boodschap meer.

Het leven is een strijd, een strijd tegen het efemere, en daarom tegen de alledaagsheid en de middelmatigheid. Wie wil niet beter zijn dan middelmatig? En omdat de strijd geleverd wordt tegen de middelmatigheid, gaat de strijd ook tegen de gelijkheid, of wij het nu willen of niet. Het is niet iedereen gegeven die strijd tegen de middelmatigheid te winnen, maar laten we ervoor zorgen dat iedereen eraan kan deelnemen.

Een terugkeer van de collectivistische utopieën naar de idee van de persoonlijke vrijheid, in een geest van tolerantie en mild scepticisme omtrent de eigen ideeën, en die van anderen, is noodzakelijk. Maar die terugkeer moet gebeuren binnen een morele context, in het besef dat geen enkele staatsorganisatie deze naam waard is indien ze niet in staat is ervoor te zorgen dat de minsten onder haar burgers een in alle opzichten menswaardig bestaan kunnen leiden, zonder te vervallen in een vernieuwde vorm van het macabere oude utopisme, maar wel in een geest van fundamentele gelijkheid van de burgers voor de wet, de slotwoorden indachtig van Tocquevilles *De la Démocratie en Amérique*: «Les nations de nos jours ne sauraient faire que dans leur sein les conditions ne soient pas égales; mais il dépend d'elles que l'égalité les conduise à la servitude ou à la liberté, aux lumières ou à la barbarie, à la prospérité ou aux misères» ³⁶.

³¹ Het is misschien niet overbodig eraan te herinneren dat formele gelijkheid niet voldoende is; het is bovendien nog noodzakelijk dat de wetten die op gelijke wijze van toepassing zijn op elkeen, inhoudelijk rechtvaardig zijn. Op gelijke wijze toepasselijke, maar onrechtvaardige wetten zijn verwerpelijk. Dit beginsel wordt kernachtig uiteengezet in ROTHBARD, M.N., *Power & Market*, Kansas City, 1970, p. 139.

³² TOUCHARD, J., *op.cit.*, p. 825.

³³ Zie TOULMIN, S., *Kosmopolis, de verborgen agenda van de moderne tijd*, Kok-Agora/DNB, 1990, pp. 239-274.

³⁴ GLUCKSMANN, A., *Les maîtres penseurs*, Grasset, 1977, pp. 289-310.

³⁵ NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Blackwell, 1974, p. 311.

³⁶ TOCQUEVILLE, A. DE, *op.cit.*, p. 402.

DE ONOVERKOMELIJKE RECHTSDWALING ALS WAPEN TEGEN OVERREGULERING EN ARTIFICIELE INCRIMINATIES

I. Inleiding ¹

In tegenstelling tot sommige andere landen is nergens in het Strafwetboek een regeling uitgewerkt voor het probleem van de onwetendheid m.b.t. een strafnorm en de foutieve interpretatie van de strafwet. In feite is een stilzwijgen hierover logisch verklaarbaar vanuit de basisfilosofie waarin het Wetboek van 1867 tot stand kwam, nl. de zgn. «klassieke school», die haar doctrine baseerde op de idee als zou de mens een met rede begaafd wezen zijn dat vrij kan beslissen over het verrichten van een goede of een kwade daad. Vanuit dit revolutionair geïnspireerde ideaalbeeld redeneerden men dat, zodra de mens kennis had van een strafbare gedraging, hij zich hiervan spontaan zou onthouden, waardoor de publikatie van de strafwet op zich reeds een preventieve werking zou verkrijgen ². Als corollarium van deze theorie huldigde de rechtspraak het principe dat een ieder wordt geacht de wet te kennen, wat onafgebroken tot het einde van de tweede wereldoorlog werd gevolgd ³.

Hoewel in de 19e eeuw de onverkorte toepassing van het adagium *nemo censetur ignorare legem* kan worden gerechtvaardigd, is dit beginsel in de naoorlogse periode van regulerend overheidsinterventionisme hoe langer hoe meer tot een fictie vergroeid. Kenmerkend voor de vorige eeuw is immers het subsidiariteitsbeginsel, op grond waarvan de wetgever slechts strafbaarstellingen in het leven mag roepen voor zover ze strikt noodzakelijk zijn ⁴. Bijgevolg bleven de strafbaarstellingen hoofdzakelijk beperkt tot gedragingen die rechtstreeks door de moraal werden verboden, zodat de principiële afwijzing van de rechtsdwaling door de rechtscollages als verantwoord kan worden beschouwd.

Met de groeiende overheidstussenkomst in de 20e eeuw, vooral in de economisch-sociale sector, is in bepaalde gevallen een onverkort handhaven van de wettelijke fictie dat iedereen geacht wordt de strafwet te kennen, onbillijk geworden. Kenmerkend voor het hedendaagse bijzonder strafrecht is ten eerste de enorme hoeveelheid van strafbaarstellingen, die op een onoverzichtelijke wijze verspreid liggen

over de verschillende rechtsdomeinen. Blijkbaar wordt het strafrecht door de wetgever beschouwd als een dienaar van alle rechtstakken, en is het een ingeburgerd middel geworden om normeringen uit uiteenlopende materies van efficiënte sancties te voorzien ⁵.

Een tweede probleem dat een goede kennis van het bijzonder strafrecht zeer moeilijk maakt, is de onduidelijkheid en de onnauwkeurigheid waarmee de strafbaarstellingen door de wetgever worden omschreven. Een mooi voorbeeld hiervan is terug te vinden in art. 11 van de wet betreffende de handel in landbouw-, tuinbouw- en zeevisserijproducten ⁶, dat het volgende bepaalt: «De bepalingen van de artikelen 5 tot 10 zijn van toepassing bij overtreding van de verordeningen van de Europese Gemeenschappen die van kracht zijn in het Rijk en materies betreffen welke op grond van deze wet tot de verordnungsbevoegdheid van de Koning behoren.» In vergelijking met de duidelijke, klare teksten van het Strafwetboek, kan men deze strafbaarstelling als *artificieel* ⁷ bestempelen, omdat het materieel element van het misdrijf wordt gevormd door de overtreding van een andere norm waarnaar de strafbaarstelling verwijst. Terecht kan men de vraag stellen of een dergelijke techniek van «wetgeving par renvoi» nog wel verenigbaar is met het legaliteitsbeginsel. In sommige andere landen zou een dergelijke norm mogelijk ongrondwettig verklaard worden. Zo heeft de Franse Conseil constitutionnel op basis van art. 8 Déclaration des Droits de l'Homme beslist dat de strafwet opgesteld moet zijn in *termes suffisament clairs et précis pour exclure l'arbitraire* ⁸. In dezelfde richting gaat de «void for vagueness»-doctrine, op grond waarvan het Amerikaanse Supreme Court talrijke wetten ongrondwettig heeft verklaard met het «*due process*»-beginsel van het 14e Amendement ⁹. Gelet op deze beschouwingen is het mogelijk dat naast de ontoerekeningsvatbare personen ook een normaal zorgvuldig huisvader niet meer van het bestaan van een bepaalde strafnorm op de hoogte is.

⁵ DE NAUW, A., «Bedenkingen over de hiërarchie van de waarden in het bijzonder strafrecht», *R.W.*, 1978-79, 634; DUPONT, L., *Beginnelsen van behoorlijke strafrechtsbedeling*, Antwerpen, Kluwer, 1979, p. 190, die de rol van het strafrecht in een sociale rechtstaat omschrijft als een «passe-partout» en een «deus ex machina».

⁶ Wet van 28 maart 1975 betreffende de handel in landbouw, tuinbouw- en zeevisserijproducten, *B.S.*, 25 april 1975, 5154.

⁷ Deze term is ontleend van prof. G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Cours de droit pénal spécial*, Toulouse, Corpe Droit, 1991, p. 4, onuitg.

⁸ Cons. Const., 19 en 20 januari 1981, decr. nr. 80-127, *J.C.P.*, 1981, II, 19701, noot FRANCK; La Commission Justice Pénale et Droits de l'Homme, *La mise en état des affaires pénales*, Parijs, La Documentation Française, 1991, p. 83; ROBERT, J.H., *Droit pénal général*, Parijs, P.U.F., 1992, p. 137.

⁹ Zie BASSIOUNI, M.C., *Substantive criminal law*, Springfield, Charles C. Thomas, 1978, pp. 52-55.

¹ Met dank aan prof. dr. C. VAN DEN WYNGAERT voor haar hulp bij de totstandkoming van deze bijdrage.

² HAUS, J.J., *Principes généraux de droit pénal belge*, Gent, Hoste, 1879, p. 26; MERLE, R. en VITU, A., *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, Parijs, Cujas, 1988, p. 109; VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1991, I, p. 18.

³ Vb. Cass., 31 januari 1989, *Pas.*, 1898, I, 77, concl. adv.-gen. BOSCH; DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1989, 280; BRAHY, S., «De l'effet justificatif de l'erreur en droit pénal», *R.D.P.*, 1976, 346.

⁴ Zie art. 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 26 augustus 1789. «La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires.»

II. De aanvaarding van de rechtsdwaling naar Belgisch recht

Een fundamenteel karakter van het strafrecht is het beginsel «geen straf zonder schuld»¹⁰, wat betekent dat voor de strafrechtelijke verantwoordelijkheid de loutere materiële overtreding van een strafnorm op zich niet kan volstaan. Elk misdrijf bevat daarom noodzakelijk een moreel element, op grond waarvan wordt onderzocht of de gedraging in kwestie t.o.v. de dader *verwijtbaar* is¹¹. In het strafrechtelijk schuldbegrip bestaan er echter verschillende gradaties, die nauw samenhangen met de strafmaat en de indeling van de misdrijven. In principe wordt alleen een opzettelijke gedraging door het strafrecht bestraft, d.i. een handeling die «wetens» en «willens» door de dader wordt verricht¹². Wat betreft de kenniscomponent, nl. het «wetens» handelen, is het voor de bepaling van de schuld noodzakelijk dat de dader de onrechtmatigheid van zijn gedraging heeft ingezien¹³.

T.a.v. de klassieke misdrijven, die doorgaans verbonden zijn met de bescherming van essentiële rechtsgoederen, zal dit meestal geen probleem stellen aangezien de beschermde fundamentele normen voortvloeien uit de moraal en dus berusten op een soort «algemeen rechtsbewustzijn»¹⁴. Totaal verschillend is de situatie waarin normen slechts om technische redenen in het strafrecht zijn opgenomen, bv. omdat het onrecht moeilijk in aanmerking komt voor een zuiver civielrechtelijke aansprakelijkheidsvordering¹⁵. Wanneer de informatie over een dergelijke norm naar het publiek toe ontbreekt of foutief is, zal de rechtsdwaling zich onvermijdelijk voordoen.

Precies in de periode van de uitbreiding van het strafrecht naar verschillende technische rechtstakken toe, heeft het Hof van Cassatie op 10 juli 1946 voor het eerst de rechtsdwaling als een schuldsluitingsgrond erkend, op voorwaarde dat de dwaling onoverkomelijk is¹⁶. Net zoals bij de feitelijke dwaling, wordt ook bij de rechtsdwaling vereist dat de verdachte gehandeld heeft zoals elk vooruitziend en redelijk persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden¹⁷.

Hoewel er theoretisch een verschil valt op te merken tussen beide vormen van dwaling, biedt de gelijkschakeling in

vergelijking met landen waar de rechtsdwaling en de feitelijke dwaling aan verschillende regels zijn onderworpen, twee grote voordelen.

Een eerste voordeel dat door de gelijkschakeling wordt bereikt, is dat er geen uitgebreid geheel van criteria opgesteld moet worden om de juiste aard van de begane dwaling te determineren. In Duitsland bv. moet de aard van de vergissing wel nader omschreven worden, aangezien de feitelijke dwaling en de rechtsdwaling er aan verschillende juridische stelsels zijn onderworpen. T.a.v. de feitelijke dwaling stelt § 16 StGb. geen bijkomende voorwaarde van onoverkomelijkheid, zodat de subjectieve goede trouw van de dader op zich reeds volstaat om het vereiste opzet uit te sluiten¹⁸. Voor de rechtsdwaling daarentegen zal de goede trouw van de dader onvoldoende zijn, daar § 17 StGb. op objectieve wijze vereist dat de vergissing *Unvermeidbar* moet zijn om de schuld uit te sluiten¹⁹. Als gevolg van dit onderscheid bestaan er uitgebreide academische discussies omtrent de aard van de dwaling die betrekking heeft op een rechtvaardigingsgrond (*Erlaubnisirrtum*)²⁰, of die verband houdt met een normatief bestanddeel van de delictomschrijving (*Subsumtionsirrtum*)²¹. In de praktijk blijkt het echter moeilijk te zijn het onderscheid tussen de feitelijke dwaling en de rechtsdwaling op een coherente en consistente wijze te handhaven²².

Een tweede probleem dat door de gelijkschakeling van de feitelijke dwaling en de rechtsdwaling wordt vermeden, is dat van de kwalificatie van een vergissing die betrekking heeft op een burgerrechtelijke norm. Veronderstel dat in Brussel een koopovereenkomst wordt gesloten tussen een Duitse verkoper en een Belgische koper, waarbij de verkoper het verkochte goed vernielt alvorens het aan zijn tegenpartij wordt geleverd. Als zou blijken dat deze verkoper op grond van het Duitse recht (§ 446 BGB) meent dat de eigendomsoverdracht plaatsheeft op het moment van de levering, kan hij dan schuldig bevonden worden wegens het bewust vernielen van andermans roerend goed (art. 559, 1°,

¹⁸ ARZT, G., «The problem of Mistake of Law», in *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektive*, Freiburg, i.Br., Max-Planck-Institut, 1988, p. 1032.

¹⁹ SCHONKE, A. en SCHRODER, H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C.H. Beck'sche, 1979, p. 273; JESCHEK, H.H., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p. 420.

²⁰ TIEDEMANN, K., «Der Irrtum über Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe», in *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektive*, Freiburg i. Br., Max-Planck-Institut, 1988, p. 1019.

²¹ Een klassiek voorbeeld van een *Subsumtionsirrtum* is dat van een boekhandelaar die van oordeel is dat bepaalde erotische literatuur in concreto geen «ontucht» is. Omdat «ontucht» een normatief begrip is, wordt dit oordeel geplaatst tegenover het oordeel van een normaal burger om de schuld te bepalen, d.i. de zgn. leer van de *Parallelwetung in der Laiensphäre*. Zie BAUMANN, J. en WEBER, U., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bielefeld, Gieseking, 1985, p. 407; MAURACH, R. & ZIPF, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, Müller, 1977, p. 334.

²² STRIAARDS, G.A.M., *Facetten van dwaling in het strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1983, p. 59. Zie ook het verhaal van het debat tussen Mr. Fact en Mr. Law, beschreven door KATZ, L., *Bad acts and guilty minds. Conundrums of the criminal law*, Chicago-Boston, University press of Chicago, 1987, p. 286.

¹⁰ DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., o.c., p. 238; VANDERVEEREN, P. en MESSINE, J., «Réflexions sur l'élément moral de l'infraction», *J.T.*, 1987, 185-187; HENNAU, C. en VERHAEGEN, J., *Droit pénal général*, Brussel, Bruylant, 1991, p. 252.

¹¹ POLITOFF, S.I. en KOOPMANS, F.A.J., *Schuld*, Arnhem, Gouda Quint, 1988, p. 31.

¹² HAUS, J.J., o.c., I, p. 212; CONSTANT, J., *Précis de droit pénal*, Luik, Ecole de sciences administratives, 1975, p. 115; VANHOUDT, C.J. en CALEWAERT, W., *Belgisch Strafrecht*, II, Gent, Story-Scientia, 1976, p. 334; BROSENS, W., «Het moreel bestanddeel der misdrijven en het toekomstig Strafwetboek», *R.W.*, 1978-79, 1811.

¹³ HAUS, J.J., o.c., I, p. 280; VAN DEN WYNGAERT, C., o.c., p. 264.

¹⁴ Voor een uitgebreide behandeling van deze bedenking zie FLETCHER, G., *Rethinking criminal law*, Boston-Toronto, Little Brown & Co., 1978, p. 731-735.

¹⁵ POLITOFF, S.I. en KOOPMANS, F.A.J., o.c., p. 139.

¹⁶ Cass., 10 juli 1946, *Pas.*, 1946, I, 293.

¹⁷ VANHOUDT, C.J. en CALEWAERT, W., o.c., p. 404. Deze voorwaarde is constante rechtspraak. Zie bv. Corr. Gent, 6 juni 1967, *R.W.*, 1968-69, 947; Cass., 7 december 1977, *R.D.P.*, 1978, 340; Cass., 10 mei 1978, *R.D.P.*, 1978, 789, en Cass., 14 januari 1987, *R.D.P.*, 1987, 375.

Sw.)? De begane vergissing heeft betrekking op art. 1583 B.W. en zal een grote invloed hebben bij de beoordeling van de schuldvraag, maar is er hier wel sprake van een echte rechtsdwaling? In landen waar de rechtsdwaling traditioneel wordt verworpen, zoals het Verenigd Koninkrijk, werd noodgedwongen deze foutieve voorstelling van het recht gekwalificeerd als een vorm van feitelijke dwaling²³. Hoewel deze oplossing verklaard wordt door de strenge houding die in deze landen t.a.v. de rechtsdwaling wordt aangenomen, komt deze interpretatie enigszins kunstmatig over en creëert ze nieuwe problemen, zoals onder meer dat van het afbakenen van de grens tussen een strafrechtelijke en een civielrechtelijke norm. Doordat de Belgische rechtspraak de voorwaarde van de onoverkomelijkheid uniform toepast zowel t.a.v. de feitelijke dwaling als t.a.v. de rechtsdwaling, heeft het onderscheid tussen beide soorten van vergissingen slechts een academisch nut. Toch kan worden opgemerkt dat bepaalde auteurs de gelijkenschakeling van beide vormen van dwaling aanvechten, en een soepele en subjectieve behandeling van de feitelijke dwaling voorstellen, rekening houdend met de concrete omstandigheden van de zaak²⁴.

III. Kan de rechtsdwaling een schuldsluitingsgrond vormen voor alle soorten van misdrijven?

In de Angelsaksische landen, waar de rechtsdwaling traditioneel wordt verworpen²⁵, kan men een sterke toename constateren van de misdrijven die een objectieve aansprakelijkheid in het leven roepen (*strict liability offences*). Zo is het in het Verenigd Koninkrijk onmogelijk zich voor technische misdrijven op de dwaling te beroepen: deze misdrijven zijn meestal bij verordening geregeld (*regulatory offences*), en er is schuld door wetsinbreuk (*strict liability*) als basis²⁶. Ter illustratie kan de zaak *Mortimer* aangehaald worden, waarin t.o.v. het omhakken van bomen zonder de vereiste vergunning de exceptie van onwetendheid werd ver-

worpen omdat het een misdrijf van *strict liability* betrof²⁷. Zo ook is het onmogelijk zich in Frankrijk te beroepen op de rechtsdwaling t.a.v. overtredingen, omdat deze misdrijven als geobjectiveerde misdrijven worden beschouwd²⁸.

Traditioneel wordt voor de verdediging van deze zienswijze de bescherming van de openbare orde naar voren geschoven²⁹, maar deze stelling staat haaks op de beginselen van het strafrecht. In de continentale rechtscultuur wordt veel waarde gehecht aan het beginsel *nullum crimen sine culpa*, dat zich verzet tegen het bestaan van geobjectiveerde misdrijven. Op grond daarvan zou het de wetgever niet toegestaan zijn, met het oog op de beperking van de rechtsdwaling, de loutere overtreding van een bepaalde technische norm strafbaar te stellen. Deze stelling wordt gevolgd in het Duitse recht, waar de rechtsdwaling in het algemeen deel van het Strafwetboek is opgenomen (§ 17) en krachtens art. 11 *Gesetz über die Ordnungswidrigkeiten* zelfs kan worden aangevoerd voor de administratieve *Ordnungswidrigkeiten*. Ook in Spanje wordt de rechtsdwaling als een universele schuldsluitingsgrond aangenomen, mits ze betrekking heeft op een essentieel element van het misdrijf en onoverkomelijk (*invencible*) is³⁰. In Nederland ressorteert de rechtsdwaling onder de schuldsluitingsgrond van de *Afwezigheid van Alle Schuld*, kortweg A.V.A.S., zoals die in 1916 door de Hoge Raad t.a.v. alle misdrijven werd geïntroduceerd³¹. Ook in België aanvaardt de rechtspraak de rechtsdwaling als een universele schuldsluitingsgrond, die voor alle misdrijven kan worden opgeworpen³². Reden daarvoor is ongetwijfeld de keuze van art. 71 Sw. als wettelijke basis voor de rechtsdwaling³³, waardoor uiteindelijk op grond van art. 100 Sw. deze schuldsluitingsgrond ook op misdrijven uit bijzondere wetten kan worden toegepast³⁴. Zo werd bv. beslist dat een onoverkomelijke rechts-

²⁷ *Maidstone Borough Council v. Mortimer* (1980) 3 All E.R. 552.

²⁸ MERLE, R. en VITU, A., o.c., p. 718; JEANDIDIER, W., *Droit pénal général*, Parijs, Montchrestien, 1991, p. 369; BROSENS, W., l.c., 1833.

²⁹ FLETCHER, G., o.c., p. 716 e.v.

³⁰ In art. 6bis, a, *Código Penal* werd het klassieke onderscheid tussen de feitelijke dwaling en de rechtsdwaling vervangen door het onderscheid tussen de essentiële dwaling (*error esencial*) en de bijkomstige dwaling (*error accidental*). Is de essentiële dwaling onoverkomelijk, dan leidt ze tot schuldsluiting; zoniet, dan kan de rechter enkel een strafvermindering toestaan. Zie DIAZ MAROTO y VILLAREJO, J., *Código Penal y legislación complementaria anotando*, Madrid, Editorial Civitas, 1990, p. 23; RODRIGUEZ DEvesa, J.M., *Delito Penal Espanol*, Madrid, Dykinson, 1986, p. 626.

³¹ H.R., 14 februari 1916, *N.J.*, 1916, 681, het zgn. «Melk- en Waterarrest», waarbij de Hoge Raad een knecht vrijspak die met water verdunde melk van zijn meester had verkocht onder de benaming «volle melk», maar van deze toevoeging geen weet had. Een gemeentelijk reglement was de basis van de vervolging, maar desondanks werd het beginsel «geen straf zonder schuld» consequent doorgetrokken.

³² Cass., 10 januari 1955, *Pas.*, 1955, I, 475; DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., o.c., p. 282; LEGROS, R., *L'élément moral dans les infractions*, Parijs, Sirey, 1952, p. 52.

³³ Cass., 29 november 1976, *Pas.*, 1977, I, 355; Corr. Brussel, 28 december 1989, *J.T.*, 1990, 330; FAURE, M., «De onoverkomelijke rechtsdwaling in milieustrafzaken», *R.W.*, 1991-92, 938.

³⁴ FAURE, M., l.c., p. 939, en *Preadvies Milieustrafrecht*, Antwerpen, Maklu, 1990, p. 42.

²³ Brutus and Cozens (1973) A.C. 843, R.v. Smith (1974) 1 Q.B. 354. GLANVILLE WILLIAMS, «Law and fact», *Crim.L.Rev.*, 1976, p. 472 e.v. In Frankrijk werd door de lagere rechtspraak dezelfde houding aangenomen; zie bv. Parijs, 2 december 1924, *Rec.Dr.Comm.*, 1925, 2 m.b.t. art. 716 C.C. en Parijs, 31 mei 1949, *J.C.P.*, 1949, II, 5163, m.b.t. een religieus huwelijk. Het Hof van Cassatie daarentegen stelt de dwaling omtrent een extrapenale norm gelijk met een rechtsdwaling, zodat bijgevolg deze vergissing nooit schuldsluitend is; zie *Crim.*, 8 février 1966, *Bull.Cass.*, 1966, nr. 36 en PUECH, M., *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Parijs, Cujas, 1976, p. 411 e.v.

²⁴ VERHAEGEN, J., «L'erreur invincible de fait et ses effets en droit pénal belge», *R.D.P.*, 1989, p. 17 e.v.; VAN DEN WYNGAERT, C., o.c., p. 291.

²⁵ In Engeland wordt de rechtsdwaling m.b.t. een strafrechtelijke norm niet aanvaard, op grond van de leidinggevende arresten *Estop* (1836) 7 C & P 456 en *Bailey* (1800), *Russ & Ry*, 1; zie SMITH J.L. en HOGAIN, B., *Criminal Law*, London, Butterworths, 1985, p. 68. Hetzelfde geldt voor Schotland, waar het arrest *Dewar v. H.M. Advocate* (1945) J.C. 5 toonaangevend is, zie GANE, C. en STODDARD, C.N., *A casebook on Scottish criminal law*, Edinburgh, Green & Son, 1988, p. 112.

²⁶ SMITH A.T.H., «Error and mistake of law», in *Rechtferdiging und Enstschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektive*, Freiburg i.Br., Max-Planck-Institut, 1988, p. 1093.

dwaling schuldopheffend werkt bij contraventionele wanbedrijven die voortvloeien uit een C.A.O.³⁵.

Hoewel de rechtsdwaling een algemene, universele schulduitsluitingsgrond uitmaakt, wordt de praktische toepassing ervan echter aanzienlijk beperkt door de stringente voorwaarde van de onoverkomelijkheid. Deze jurisprudentie verdient m.i. de voorkeur, daar het algemeen karakter van de rechtsdwaling enerzijds zorgt voor enige schuldnotie bij geobjectiveerde misdrijven uit het bijzonder strafrecht, terwijl anderzijds de eis van de onoverkomelijkheid een te subjectieve, arbitraire interpretatie van de dwaling zal uitsluiten.

IV. In welke gevallen is een rechtsdwaling onoverkomelijk?

Naar Belgisch recht wordt geen onderscheid gemaakt naargelang de verdachte de strafwet niet kende of ze foutief interpreteerde, daar de voorwaarde van de onoverkomelijkheid t.a.v. deze situaties op identieke wijze wordt toegepast³⁶. In feite is de gelijkschakeling logisch te funderen, omdat bij de eigenlijke rechtsdwaling de betrokkene onwetend is van een bepaalde interpretatie van de strafwet, zodat vergissing en onwetendheid eigenlijk in elkaars verlengde liggen. Om nu uit te maken of de onwetendheid of vergissing in casu onoverkomelijk is, wordt vooral gekeken naar de mate waarin de dwaling is toe te schrijven aan de betrokkene zelf. Daarom dient in de eerste plaats bijzondere aandacht besteed te worden aan de mate waarin de rechtsonderhorige informatie moet inwinnen (A) en de regeling van het foutief ingewonnen advies (B en C). Een tweede categorie van situaties waarin de rechtsdwaling schuldsluitend kan werken, zijn de gevallen waarin de overheid of het O.M. een bepaalde gedraging tolereert (D). Ten slotte kan een onoverkomelijke dwaling voortvloeien uit een toestand waarin een vergunning wordt vernietigd of ingetrokken, maar omdat dit probleem vrijwel uitsluitend past in het milieustrafrecht, kan worden verwezen naar gespecialiseerde publikaties hierover³⁷.

A. De plicht van de verdachte informatie in te winnen

Anders dan in de Verenigde Staten, waar de Model Penal Code bepaalt dat onwetendheid t.a.v. de strafwet nooit schuldsluitend kan werken³⁸, kan in België de onwetendheid onder bepaalde voorwaarden toch tot een vrijspraak leiden. Op het eerste gezicht zou onwetendheid steeds strafeloosheid tot gevolg moeten hebben daar de *mens rea*, de wil om een misdrijf te plegen, in wezen ontbreekt. Hoewel

de schuld in subjectieve zin bij de dader in kwestie ontbreekt, kan een dergelijke visie moeilijk op algemene wijze verdedigd worden, omdat anders het bijzonder strafrecht volledig wordt ondermijnd. Immers, de exceptie «ik wist het niet» kan naar Belgisch recht geen schuldsluiting opleveren, daar de rechtspraak resoluut stelt dat de loutere goede trouw op zich niet volstaat om een dwaling op te leveren³⁹. Daar een schuldsluitende dwaling steeds onoverkomelijk moet zijn, wordt verwacht dat de onwetendheid of de vergissing niet te wijten is aan een onzorgvuldige gedraging van de verdachte⁴⁰. Precies n.a.v. deze voorwaarde heeft de rechtspraak geoordeeld dat een onoverkomelijke dwaling niet kan worden aangenomen wanneer een persoon in bepaalde gevallen heeft nagelaten zich te laten adviseren door een competente instantie⁴¹. Anders gezegd, van een normaal zorgvuldig huisvader mag verwacht worden dat hij zich alle mogelijke inspanning heeft gegeven om de juiste draagwijdte van de strafnorm te kennen⁴², daar anders in die situatie de schuld van de betrokkene kan worden gebaseerd op de redenering dat hij behoorde te weten dat zijn gedraging onrechtmatig was. Zo werd aangenomen dat een professionele veekweker die met hormonen behandelde dieren bezat, zich niet op de onoverkomelijke rechtsdwaling kon beroepen, omdat hij niet had nagegaan van wie hij deze dieren precies had gekocht⁴³.

Eigenlijk vertoont de hele regeling enige gelijkenis met de houding die de rechtscollages aannemen tegenover dronken bestuurders, waarbij de schuldsluitingsgrond van de dwang niet wordt aangenomen op grond dat het gedrag te wijten is aan een fout van de dader zelf⁴⁴.

Uit het voorgaande volgt dat een justitiabele niet bij de pakken mag blijven zitten wanneer hij te maken heeft met een materie die in bijzondere wetten op een complexe wijze wordt geregeld. Zo werd geoordeeld dat de dwaling van een acupuncturist die werd vervolgd wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde, niet onoverkomelijk was omdat hij had nagelaten een advies te vragen aan de Orde van Geneesheren. De verdediging beriep zich op de dwaling omdat de «patiënten» waren doorverwezen door verscheidene artsen, maar dit verweer werd verworpen op basis van het beginsel dat de goede trouw op zich ontoereikend is voor de schuldsluiting⁴⁵. Anderzijds werd beslist dat de bevoegdheden van de opticiens op een onvoldoende duidelijke wijze zijn omschreven, waardoor inzake het aanbrengen van contactlen-

³⁹ Cass., 8 september 1982, *A.C.*, 1982-83, 37; Corr. Brugge, 8 november 1984, *R.W.*, 1985-86, 1229, Brussel, 19 december 1984, *J.T.T.*, 1985, 49; Cass., 12 februari 1985, *A.C.*, 1984-85, 802, Bergen, 21 mei 1985, *J.T.*, 1985, 716. TULKENS F. en VAN KERCKHOVE, M., *Introduction au droit pénal*, Brussel, Story-Scientia, 1991, p. 242.

⁴⁰ VAN DEN WYNGAERT, C., o.c., p. 287. Bv. Corr. Namen, 9 maart 1984, *Rev.Rég.Dr.*, 1985, 292.

⁴¹ Corr. Antwerpen, 4 november 1987, *R.W.*, 1991-92, 962, Cass., 15 november 1988, *Pas.*, 1989, 216, FAURE, M., l.c., pp. 940-941.

⁴² In die zin Mil.Ger., 24 mei 1950, *Pas.*, 1951, II, 39, gecit. door ARNOU, P., «Verkeerd advies als grond voor onoverwinnelijke dwaling», *R.W.*, 1983-84, 2782. Hetzelfde geldt in Duitsland, zie JESCHEK H.H., o.c., p. 413.

⁴³ Corr. Gent, 14 september 1990, *T.G.R.*, 1991, 34.

⁴⁴ Over deze rechtspraak zie DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., o.c., p. 274.

⁴⁵ Bergen, 21 mei 1985, *J.T.*, 1985, 716.

³⁵ Brussel, 19 december 1984, *J.T.T.*, 1985, 49.

³⁶ VAN DEN WYNGAERT, C., o.c., p. 235; TULKENS, F. en VAN DE KERCKHOVE, M., *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Brussel, Story-Scientia, 1991, p. 240.

³⁷ Zie FAURE, M., «De onoverkomelijke rechtsdwaling in milieu-strafzaken», *R.W.*, 1991-92, 937 e.v.

³⁸ Model Penal Code, American Law Institute, Philadelphia, 1962, Sect. 2.04, § 3, waar behalve wanneer de verdachte in de onmogelijkheid verkeerde om de strafwet te kennen, de onwetendheid nooit een *defence* kan uitmaken. Hoewel de Model Penal Code slechts een modelwet is zonder positief recht te zijn, werd deze bepaling toegepast in de zaak Freed U.S. 601 (1971).

zen zonder voorafgaand medisch onderzoek de rechtsdwaling van de opticien wel werd aanvaard ⁴⁶. Uit dit laatste arrest volgt m.i. impliciet dat de onwetendheid m.b.t. de strafwet in sommige gevallen toe te schrijven kan zijn aan een onduidelijk gedefinieerde wetgeving, maar voor zover de betrokkene zich geen redelijke inspanning heeft gegeven om zich hierover op de hoogte te stellen kan dit niet de dwaling onoverwinnelijk maken.

Opdat de justitiabele zich correct van zijn informatieplicht kan kwijten, moet achtereenvolgens nagegaan worden bij wie hij rechtsgeldig een advies kan inwinnen en aan welke voorwaarden het advies moet voldoen om een schulduitsluitende werking te verkrijgen.

B. Van welke autoriteit kan een advies uitgaan om een onoverkomelijke rechtsdwaling te kunnen opleveren?

Wanneer de burger, ten einde een strafbare gedraging te vermijden, zich wendt tot de bevoegde diensten van de overheid om zich te laten informeren, handelt hij ongetwijfeld als een bonus pater familias. Toch wordt niet in alle landen een dergelijk zorgvuldig handelen gestimuleerd, omdat zelfs in dat geval de rechtsdwaling wordt afgewezen. Een dergelijke draconische zienswijze wordt gevolgd door de rechtspraak in het Verenigd Koninkrijk. Zo werd onder meer in de zaak *Rust* een winkelier veroordeeld wegens een stedenbouwkundige overtreding, hoewel hij drie gunstige adviezen had verkregen van diverse lokale autoriteiten ⁴⁷. In het Verenigd Koninkrijk kan een onjuist advies van de kant van de overheid hoogstens een verzachtende omstandigheid (*mitigating factor*) uitmaken, wat werd aangenomen in de zaak *Battersby* ⁴⁸. Dezelfde strengheid wordt aan de dag gelegd door het Franse Hof van Cassatie, dat in een arrest van 1964 de rechtsdwaling verwierp t.a.v. een persoon die werd vervolgd wegens de bouw van een broeikas zonder vergunning, hoewel hij van de gemeentelijke diensten de verzekering had gekregen dat een vergunning nodig was ⁴⁹. Verschillende auteurs hebben dit arrest terecht als onbillijk bestempeld ⁵⁰, maar deze uitspraak past volledig in de Franse cassatiejurisprudentie die de rechtsdwaling als schulduitsluitingsgrond verwerpt. De enige schulduitsluitingsgrond die voor de verdachte nog blijft openstaan in een dergelijke situatie, is die van de overmacht ⁵¹. In het recente ontwerp van het Franse Strafwetboek is toch de onoverkomelijke rechtsdwa-

ling wel als een schulduitsluitingsgrond opgenomen ⁵², zodat een einde kan worden gemaakt aan die stringente cassatierechtspraak. In de meeste landen bestaat een dergelijke verregaande verwerping van de rechtsdwaling duidelijk niet, wat tot uiting komt in de rechtspraak van onder meer Nederland ⁵³, de Verenigde Staten ⁵⁴, Canada ⁵⁵ en Italië ⁵⁶, waar een advies van de bevoegde overheid doorgaans wel tot een schulduitsluiting zal leiden. Immers, een normaal zorgvuldig persoon mag erop vertrouwen dat de bevoegde overheid zelf de draagwijdte van de wet kent, zodat het bij een foutief advies redelijk is dat de betrokkene van alle strafrechtelijke verantwoordelijkheid geëxonerend wordt.

Het advies dat door de overheid wordt verstrekt, leidt in België doorgaans tot schulduitsluiting. Zo werd bv. een burgemeester die werd vervolgd wegens een overtreding van het A.R.A.B., vrijgesproken omdat hij tevoren een gunstig advies van de bevoegde minister had ingewonnen ⁵⁷. Zelfs wanneer de administratieve overheid in casu onbevoegd was om het advies te verstrekken, wordt de rechtsdwaling toch aanvaard voor zover ze voor de verdachte onoverkomelijk is ⁵⁸. In België lijkt het wel of de leer van de schijntheorie uit het verbintenissenrecht op een analoge manier wordt toegepast bij de beoordeling van het onoverkomelijk karakter van de rechtsdwaling. In Nederland daarentegen is de rechtspraak strenger, daar een verkeerd advies dat is verstrekt door een onbevoegde instantie, er doorgaans niet tot schulduitsluiting zal leiden ⁵⁹.

Toch hoeft het advies niet uitsluitend van de overheid te komen om een schulduitsluitende werking te hebben, want onder bepaalde voorwaarden honoreert de rechtspraak eveneens het advies dat is verstrekt door een *particuliere instantie*. De belangrijkste voorwaarde hierbij is dat de betrokkene bij een «geschikt» particulier persoon te rade moet gaan voor zijn probleem, wat echter op een soepele wijze wordt beoordeeld door de rechtspraak. Kenmerkend in dit opzicht is het vonnis van de Correctionele Rechtbank te Veurne, waarbij i.v.m. een overtreding van de R.V.A.-wetgeving een onoverkomelijke rechtswaling werd aanvaard in de persoon van een werkloze die aan zijn vakbond een advies

⁵² Zie art. 122-3 de la Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du Code pénal: «N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte.»

⁵³ H.R., 7 november 1949, *N.J.*, 1950, 8, het zgn. «Motorpapier-arrest» waarin voor het eerst de rechtsdwaling werd aanvaard. Het betrof een zaak waarbij een bestuurder door de politiediensten foutief werd ingelicht over het bezit van een nationaliteitsbewijs; STRIJJAARDS, G.A.M., o.c., p. 332.

⁵⁴ *People v. Ferguson*, 134 Call.App. 41 (1933), geciteerd door LAFAYE, W.R. en SCOTT, A.W., *Criminal law*, St. Paul, West Publishing Co., 1986, p. 418. Zie ook sect. 2.04 van de Model Penal Code.

⁵⁵ *Mac Phee v. The Queen* (1975) 24 C.C.C. 2d 229, gecit. door MEWET, A. en MANNING, M., *Criminal Law*, Toronto, Butterworths, 1985, p. 364-365.

⁵⁶ Cass., 19 februari 1982, *Mass.Pen.*, 1982, nr. 152.392, ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale*, Milano, 1985, p. 356.

⁵⁷ Brussel, 7 maart 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 674.

⁵⁸ Brussel, 7 mei 1963, *J.T.*, 1963, 150, zoals aangehaald door ARNOU, P., l.c., 2783.

⁵⁹ Zie H.R., 2 mei 1989, *N.J.*, 1990, 164, geciteerd door FAURE, M., l.c., p. 943.

⁴⁶ Bergen, 20 mei 1987, *J.T.*, 1987, 501: «que la délimitation des compétences de l'opticien n'ayant pas été légalement définie avec une précision suffisante contrairement à ce qui fut pour d'autres professions».

⁴⁷ *Cambridge Shire and Isle of Ely County Council v. Rust* (1972) 2 Q.B. 426, dat sterk werd bekritiseerd door ASWORTH, A., «Excusable mistake of law», *Crim.L.Rev.*, 1974, 659.

⁴⁸ *Surrey County Council v. Battersby* (1965) 2 Q.B. 194, geciteerd door SMITH, A.T.H., «Error and Mistake of Law», o.c., p. 1104. In deze zaak werd een vrouw veroordeeld wegens overtreding van de Children's Act 1958, hoewel zij had gehandeld op basis van een onjuist advies dat door de bevoegde lokale overheid werd verstrekt.

⁴⁹ *Crim.*, 26 februari 1964, *R.S.C.*, 1966, 887.

⁵⁰ LEGAL, A., «Chronique de jurisprudence. Droit pénal général», *R.S.C.*, 1966, 888-889; CONTE, P. en MAISTRE DE CHAMBON, P., *Droit pénal général*, Parijs, Masson, 1990, p. 219.

⁵¹ MERLE, R. en VITU, A., *Traité de droit criminel. Droit pénal général*, Parijs, Cujas, 1988, p. 705 e.v.

had gevraagd over het uitoefenen van een bijbetrekking⁶⁰. In feite is deze uitspraak verregaand, want zoals commentator P. Arnou terecht opmerkt, kan men zich afvragen of de werkloze in casu er niet beter aan had gedaan zich rechtstreeks te wenden tot de R.V.A. met zijn vraag om advies⁶¹. Aangezien de dwaling steeds onoverkomelijk moet zijn, is vereist dat elk redelijk persoon in dezelfde omstandigheden van mening zou zijn dat het advies van een deskundige instantie uitgaat⁶², wat misschien nog net in casu aanvaard kan worden daar de vakbonden wettelijk zijn ingeschakeld in het systeem van de werkloosheidsuitkeringen. Een geval waarin een particuliere instantie duidelijk niet deskundig was om een advies te verlenen, is terug te vinden in een Nederlands arrest dat de veroordeling van een eigenaar van een stuk land bevestigde omdat hij bij het aanbrengen van reclamepanelen uitsluitend was afgegaan op de uiteraard gunstige verklaringen van de reclamefirma⁶³.

Op de vraag of het advies van een *advocaat* tot schuldsluiting kan leiden, wordt doorgaans in de meeste landen een negatief antwoord gegeven. In het Verenigd Koninkrijk wordt deze afwijzing traditioneel gegrond op de zorg om te vermijden dat een beklagde door een niet competente advocaat misdrijven kan blijven plegen, in tegenstelling tot andere beklagden⁶⁴. In Frankrijk werd in het basisarrest *Josserand*⁶⁵ ook geen rekening gehouden met het foutief advies dat door een advocaat werd gegeven. Dezelfde lijn wordt gevolgd in de Nederlandse jurisprudentie⁶⁶. De meest extreme vorm van negatie t.o.v. het advies van de advocaat is ongetwijfeld terug te vinden in de Verenigde Staten, waar men, o.a. op basis van het gevaar van omkoping, redeneert dat het advies van een raadsman nooit meer waarde kan verkrijgen dan de wet zelf⁶⁷. Uiteraard is het gevaar van vooringenomenheid en lichtzinnigheid nooit volledig weg te denken, maar dit weegt m.i. niet op tegen het feit dat een normaal zorgvuldig persoon redelijkerwijze mag veronderstellen dat zijn advocaat het recht kent wanneer hij bij hem informatie inwint over een complexe aangelegenheid. Daarom aanvaardt de Belgische rechtspraak dat de dwaling die voortvloeit uit een advies, verstrekt door een advocaat, schuldsluiting

sluitend kan werken, mits aan de vereiste voorwaarden van de onoverkomelijkheid is voldaan⁶⁸.

C. Voorwaarden waaraan een advies moet voldoen wil het tot een onoverkomelijke rechtsdwaling kunnen leiden

In tegenstelling tot de soepele aanvaarding van de instanties van wie een advies kan uitgaan, heeft de Belgische rechtspraak een reeks van stringente criteria ontwikkeld waaraan het advies moet voldoen om tot een onoverkomelijke rechtsdwaling te leiden. Allereerst moet het advies *voorafgaan* aan het misdrijf dat door de verdachte is gepleegd⁶⁹. Door deze voorafgaande informatieverplichting eist de rechtspraak bijgevolg dat de verdachte zich bezint eer hij begint.

De belangrijkste voorwaarde is ongetwijfeld dat het advies een *onoverkomelijke dwaling* in het leven moet roepen, wat impliceert dat elk redelijk persoon in dezelfde omstandigheden van mening zou zijn dat het ingewonnen advies een correcte weergave is van de wettelijke verplichtingen⁷⁰. Dit vereiste is een gevolg van de constante rechtspraak die oordeelt dat het enkele feit slecht geadviseerd te zijn, zelfs door een deskundig persoon, op zichzelf niet voldoende is om een onoverkomelijke dwaling op te leveren⁷¹. Het advies moet derhalve als waarheidsgetrouw worden bevonden door elk redelijk persoon, hoewel deze abstracte verwijzingsstoets door de rechtspraak in concreto wordt beoordeeld, rekening houdend met de specifieke vereisten die eigen zijn aan de zaak. Zo weigerde de Naamse Correctionele Rechtbank in een zaak van fiscale fraude de rechtsdwaling te aanvaarden omdat de beklagde als bankier op de hoogte geweest moest zijn van de toepasselijke wettelijke bepalingen⁷². In dezelfde lijn oordeelde het Hof van Beroep te Bergen dat een bestuurder van een gespecialiseerde aannemingsfirma van openbare werken de bepalingen uit de Stedebouwwet had moeten kennen⁷³. T.a.v. een beklagde die in een soortgelijke zaak een eerdere veroordeling had opgelopen, oordeelde de Correctionele Rechtbank te Brugge dat deze persoon een grotere voorzichtigheid aan de dag moest leggen bij de beoordeling van een ingewonnen advies⁷⁴.

⁶⁰ Corr. Veurne, 3 juni 1983, *R.W.*, 1983-84, 2760.

⁶¹ ARNOU, P., «Verkeerd advies als grond voor onoverwinnelijke dwaling», *R.W.*, 1983-84, 2872.

⁶² DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *o.c.*, p. 281. Ook in Nederland wordt vereist dat de particuliere instantie een deskundige is in een welbepaald gebied opdat de rechtsdwaling aanvaard kan worden; zie STRIAARDS, G.A.M., *Facetten van dwaling in het strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1983, p. 335.

⁶³ H.R., 3 november 1953, *N.J.*, 1954, p. 122, gecit. door HAZEWINKEL-SURINGA, D., *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Alphen a/d Rijn, Tjeenk Willink, 1981, p. 299.

⁶⁴ KAPLAN, J., «Mistake of law», in *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektive*, Freiburg i.Br., Max-Planck-Instituut, 1988, p. 1142.

⁶⁵ Crim. 8 februari 1966, *R.S.C.*, 1966, 888, obs. LEGAL A.; PUECH, M., *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Parijs, Cujas, 1976, p. 411.

⁶⁶ Zie HAZEWINKEL-SURINGA, D., *o.c.*, p. 300.

⁶⁷ BASSIOUNI, C.M., *Substantive Criminal Law*, Illinois, Charles Thomson, 1978, p. 45; WAYNE R., AUSTIN W. en SCOTT, R., *Criminal Law*, Minnesota, West Publishing Co., 1985, 406. De leidinggevende zaak is *State v. Downs* 116 N.C. 1064 (1895).

⁶⁸ Pol. Lens., 12 februari 1980, *Pas.*, 1980, III, p. 22, waarbij een automobilist werd vrijgesproken van de aanklacht van het rijden zonder rijbewijs omdat zijn advocaat had gesteld dat hij zonder rijbewijs mocht verderrijden in afwachting van een verzoek tot gratie tegen een eerdere uitspraak die het rijbewijs had ontnomen; Corr. Luik, 25 januari 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 996, waar n.a.v. een klacht ex art. 369bis Sw. dit principe weliswaar werd aanvaard, doch in casu niet toegepast kon worden omdat het O.M. vooraf expliciet aan de beklagde had gesteld dat het bezoekrecht strikt in acht moest worden gehouden.

⁶⁹ ARNOU, P., «Wetenschappelijke expertise en onoverwinnelijke dwaling», *R.W.*, 1985-86, 1230.

⁷⁰ DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *o.c.*, p. 281 en ARNOU, P., *l.c.*, 1230.

⁷¹ Cass., 30 november 1976, *A.C.*, 1977, 359; Cass., 20 april 1982, *Pas.*, 1982, I, 949; Cass., 10 mei 1987, *R.W.*, 1987-88, 675; Antwerpen, 17 mei 1989, *R.W.*, 1990-91, 473.

⁷² Corr. Namen, 9 maart 1984, *Rev.Rég.Dr.*, 1985, 292.

⁷³ Bergen, 17 februari 1982, *T.Aann.*, 1948, 29, noot JANOT B.

⁷⁴ Corr. Brugge, 8 november 1984, *R.W.*, 1985-86, 1229.

Vervolgens is vereist dat het advies *volledig* is, wat inhoudt dat de dwaling moet worden afgewezen wanneer het advies is verstrekt op basis van onvolledige informatie ⁷⁵.

Moeilijker is de voorwaarde dat op de betrokkene een *blijvende* informatieverplichting rust nadat hij van het advies kennis heeft genomen, zodat het de justitiabele niet is toegestaan zich blind te stellen op het advies dat hem is verleend ⁷⁶. In het bijzonder zal dit vereiste een rol spelen in geval de betrokkene reeds een voldoende voorkennis heeft in de materie en te rade gaat bij een deskundige. Hierbij kan worden verwezen naar het cassatiearrest van 29 december 1976, waarbij het Hof de vrijspraak vernietigde van een cabaretdanseres die een foutief advies had gekregen van haar raadsman i.v.m. het openhouden van een drankgelegenheid ⁷⁷. In dezelfde zin had de Hoge Raad in 1956 beslist dat een gespecialiseerde fabrikant zich niet kon verschuilen achter een ingewonnen advies omdat zijn kennis ter zake ruimer was dan die van de geraadpleegde deskundige ⁷⁸, wat werd bevestigd in een arrest uit 1967 waarin een bollenkweker inzake zijn teeltrecht zich geheel verliet op een advies van het Produktschap voor Siergewassen ⁷⁹.

Een laatste vereiste ten slotte is dat het advies *persoonlijk* gericht moet zijn tot diegene die zich erop beroept, wat werd aangenomen door het Hof van Cassatie n.a.v. een zaak van videocassettes die strijdig werden bevonden met de goede zeden ⁸⁰. In deze zaak bleek dat de politiediensten aan sommige handelaars instructies hadden gegeven over de voorwaarden die moesten worden gerespecteerd om dergelijke cassettes te verhandelen. Een handelaar die deze instructies niet had gekregen, beriep zich op de rechtsdwaling, wat door het Hof werd verworpen op basis van het feit dat hij niet persoonlijk geïnformeerd had bij de politiediensten.

D. De dwaling die voortvloeit uit een foutieve interpretatie van de strafwet

Een persoon die weet dat een bepaalde strafbaarstelling bestaat, maar van mening is dat ze in casu niet op zijn gedraging van toepassing is, heeft eveneens een plicht tot informatie, wat onder meer kan blijken uit het laatstgenoemde arrest. Opnieuw kan deze verplichting gegrond worden op het vereiste van de onoverkomelijkheid, zodat het derhalve niet toegelaten is dat een persoon al dan niet te goeder trouw kiest voor de voor hem gunstigste interpretatie van de strafwet. Naast de besproken problematiek van het advies, dient bij de eigenlijke rechtsdwaling nog aandacht geschonken te worden aan de situatie waarin een persoon wordt misleid door een gedogende houding van de overheid of door het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie. Hoewel

de strafwet principieel nooit in onbruik kan raken ⁸¹, kan in bepaalde gevallen door het stilzitten van de overheid of het O.M. de betrokkene ten onrechte de indruk hebben dat een bepaalde gedraging geoorloofd is. Naar Belgisch recht wordt, voor zover de vergissing zou zijn begaan door elk redelijk persoon in dezelfde omstandigheden, met deze toestand rekening gehouden. Ter illustratie van het feit dat de rechtspraak aanvaardt dat een laxisme of een gedogen van de overheid tot schulditsluiting kan leiden, kan verwezen worden naar de jurisprudentie i.v.m. het slachten van dieren zonder de vereiste veterinaire controle. Zo sprak de Correctionele Rechtbank te Brussel een exploitant van een slachthuis vrij omdat de inspecteurs van Volksgezondheid nooit opmerkingen maakten over deze verplichte controle ⁸² en aanvaardde de Correctionele Rechtbank te Turnhout een onoverkomelijke rechtsdwaling bij de directeur van het slachthuis omdat een veterinaire controle nooit had plaatsgevonden ⁸³. Toch is het niet steeds een passiviteit van de overheid die aan de basis moet liggen van een onoverkomelijke dwaling; ook een bepaald optreden van de overheid kan een schulditsluitende werking hebben. Dit kwam tot uiting in de «Duitse lotto»-zaak, waarin het Hof van Cassatie de onoverkomelijke rechtsdwaling aanvaardde m.b.t. de legaliteit van het kansspel omdat op de opbrengsten ervan een fiscale aanslag werd geheven ⁸⁴.

Wat betreft de dwaling die voortvloeit uit het vervolgingsbeleid van het O.M., schept de scheiding der functies een bijzonder probleem, omdat de rechter in principe geen rekening mag houden met de gevallen waarin het O.M. op grond van het opportuniteitsbeginsel meende niet te moeten vervolgen ⁸⁵. Niettemin oordeelde het Hof van Cassatie in 1981 dat, wanneer het vervolgingsbeleid van het O.M. zou inhouden dat een bepaalde strafwet op een algemene wijze niet meer wordt toegepast, dit een grond tot onoverkomelijke dwaling kan uitmaken ten gunste van de justitiabele ⁸⁶. Een toepassing van dit beginsel kan worden teruggevonden in de Brusselse abortuszaak, waarin het Hof van Beroep oordeelde dat het akkoord tussen de procureurs-generaal om in afwachting van een parlementair debat de strafbepalingen m.b.t. abortus niet meer toe te passen, t.a.v. de vervolgte geneesheren een onoverkomelijke dwaling in het leven had oproepen ⁸⁷. In de latere Gentse abortuszaak werd een beroep op de rechtsdwaling wel afgewezen, omdat de feiten uitwezen dat de betrokken artsen zich bewust waren van de strafbaarheid van hun gedragingen ⁸⁸.

⁸¹ VAN DEN WYNGAERT, C., o.c., p. 286.

⁸² Corr. Brussel, 28 december 1989, *J.T.*, 1990, 330.

⁸³ Corr. Turnhout, 13 februari 1989, *Turnh.Rechtl.*, 1989, nr. 2, 89, noot SPIET, B.

⁸⁴ Cass., 14 januari 1987, *R.D.P.*, 1987, 375. *Contra*: Antwerpen, 6 januari 1984, *Pas.*, 1984, II, 85.

⁸⁵ DUPONT L. en VERSTRAETEN R., o.c., p. 282.

⁸⁶ Cass., 9 december 1981, *Pas.*, 1982, I, 482, i.h.b. 486, kol. 2, gecit. door TULKENS, F. en VAN DE KERCHOVE, M., o.c., p. 242.

⁸⁷ Brussel, 30 juni 1983, *J.T.*, 1983, 522.

⁸⁸ Gent, 14 november 1988, *T.G.R.*, 1988, 168; er werd onder meer een ringmap «Rampenplan» aangetroffen, waarin te lezen stond wat er diende te gebeuren in geval de politie de plaats zou binnenvallen.

⁷⁵ Brussel, 7 oktober 1982, *J.T.*, 1984, p. 7; VERSTRAETEN, R., «De beoordeling van onoverkomelijke dwaling door de rechter», *R.W.*, 1987-88, 676.

⁷⁶ FAURE, M., *L.c.*, 942.

⁷⁷ Cass., 29 november 1976, *Pas.*, 1977, I, 355.

⁷⁸ H.R., 28 februari 1956, *S.E.W.*, 1956, p. 207; MULDER, A., *Schets van het Economisch Strafrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1975, p. 121.

⁷⁹ H.R., 25 april 1967, *N.J.*, 1967, 471; HAZEWINKEL-SURINGA, D., o.c., p. 299.

⁸⁰ Cass., 15 november 1988, *Pas.*, 1989, I, 276; A.C., 1988-89, 306.

V. Besluit

In feite is de aanvaarding van de rechtsdwaling onafscheidelijk verbonden met de gewijzigde verhouding die zich in deze eeuw heeft ontwikkeld tussen twee tegengestelde belangen, nl. de rechtszekerheid enerzijds en de billijkheid anderzijds.

Indien men de handhaving van de openbare orde als uitgangspunt neemt, impliceert dit logischerwijze de principiële verwerping van de rechtsdwaling als schuldsluitingsgrond, zelfs al vormt een complexe materie de basis van de strafbare gedraging. Immers, als de wetgever in een bepaalde materie oordeelt dat een gegeven gedraging gestraft moet worden, dan moet de rechtspraak zich schikken naar de wil van de wetgever als representatief orgaan van de volkswil. Een dergelijke positivistische, exegetische zienswijze mondt logischerwijze uit in het beginsel dat een ieder geacht wordt de wet te kennen, dat omwille van de rechtszekerheid door het Hof van Cassatie onafgebroken werd toegepast tot aan de tweede wereldoorlog. In de jaren 1990 daarentegen zou een consequente handhaving van het adagium *nemo censetur ignorare legem* niet langer billijk meer te noemen zijn. T.a.v. de talrijke artificiële strafbaarstellingen in het bijzonder strafrecht, die meestal geen enkele aanknopingsfactor meer vertonen met de moraal, is het aannemelijk dat de rechtspraak zich distancieert van een te strakke toepassing van het adagium. Gelet op het enorme volume van regels die met de regelmaat van een klok in het leven worden geroepen en worden gewijzigd, zou het onrechtvaardig zijn van elke justitiabele te eisen dat hij op de hoogte is van alle bestaande strafnormen. Het tweede belang, dat van de billijkheid, gebiedt daarom dat een soepele houding wordt aangenomen t.o.v. personen die te goeder trouw hebben gehandeld. Hoewel op het eerste gezicht deze stelling aanvaardbaar lijkt, betekent een te extreme interpretatie onvermijdelijk het einde van een efficiënte bestraffing van misdrijven die niet rechtstreeks voortvloeien uit de moraal. Precies om een dergelijke ondermijning van het bijzonder strafrecht te vermijden, is het noodzakelijk dat aan de justitiabele een algemene zorgvuldigheidsverplichting wordt opgelegd, om hem aan te zetten tot de kennis van het bestaan van de strafwet en van haar correcte interpretatie.

In vergelijking met Frankrijk of het Verenigd Koninkrijk, heeft de Belgische rechtspraak een goed evenwicht tussen de verschillende belangen weten te bereiken door de toepassing van de onoverkomelijkheid als voorwaarde voor schuldsluiting. In wezen houdt de onoverkomelijkheid in dat de dwaling moet zijn veroorzaakt door een externe factor die niet kan worden toegeschreven aan een nalatigheid van de verdachte⁸⁹, zonder dat er sprake is van de toepassing van de stringente voorwaarden van de overmacht als schuldsluitingsgrond. Wanneer nu een persoon wordt geconfronteerd met een materie van het bijzonder strafrecht, gekenmerkt door een hoge graad van complexiteit, is het

noodzakelijk dat hij kan verwijzen naar een bepaald extern gegeven waardoor elk redelijk persoon in dezelfde omstandigheden zou zijn misleid. Uit de jurisprudentie komt duidelijk naar voren dat een foutief advies dat is ingewonnen bij een bevoegd of geschikt persoon en dat aan bepaalde inhoudelijke voorwaarden voldoet, de verdachte vrijstelt van alle strafrechtelijke schuld. Immers, wanneer een persoon ter voorkoming van een misdrijf inlichtingen inwint bij een competente persoon of instantie, moet deze zorgvuldige inspanning worden beloond door de vrijspraak, anders heeft het inwinnen van een advies geen enkele zin meer en staat de poort open voor een stimulatie van een nadelig onwetend gedrag. Een andere externe factor waardoor de rechtsdwaling een onoverkomelijk karakter verkrijgt, is een tolererend optreden van de overheid of een algemeen verspreid vervolgingsbeleid van het O.M. Door de inflatie van strafwetten in de voorbije jaren zal ongetwijfeld het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie nog meer aan belang winnen, waardoor naar evenredigheid de rechtsdwaling meer zal worden opgeworpen.

Zolang in het bijzonder strafrecht de opvatting overheerst dat het strafrecht een dienende rol moet vervullen voor de sanctionering van wettelijke regelingen uit nagenoeg alle rechtstakken, zal de rechtsdwaling frequent worden aangevoerd voor de rechtscollages. Slechts een onvoorwaardelijke handhaving van het subsidiariteitsbeginsel in het strafrecht (supra, I) kan een oplossing bieden voor de beperktheid van deze schuldsluitingsgrond. Rekening houdend met dit basisbeginsel uit het schuldstrafrecht, zal een schoonmaakoperatie van alle overbodige strafbaarstellingen een eerste remedie zijn om in de toekomst het impact van de rechtsdwaling te beperken. Belangrijker is de noodzaak van een gestructureerd en begrijpbaar bijzonder strafrecht, dat gezuiverd is van de talrijke onduidelijke en artificiële strafbaarstellingen die momenteel de rechtsdwaling in de hand werken. In bepaalde sectoren van het bijzonder strafrecht, zoals het milieustrafrecht, heeft de rechtsdwaling ondertussen de vorm aangenomen van een klassiek verweermiddel. Meer dan ooit moet de wetgever zich ervan bewust zijn dat het verduidelijkt opstellen van het bijzonder strafrecht een essentiële taak is, zoniet, dan dreigt het gevaar dat de strafrechter, door de toepassing van de rechtsdwaling, talrijke strafnormen buitenspel zet. Door de recente voorstellen i.v.m. de federalisering van het algemeen deel van het Strafwetboek gaat de wetgever echter de tegenovergestelde toer op, waardoor terecht gevreesd kan worden dat de rechtsdwaling nog een grotere toevlucht zal nemen⁹⁰. De beperking van de rechtsdwaling tot een *fait divers* van het strafrecht zal dus nog niet voor morgen zijn.

Bart DE SMET
Aspirant N.F.W.O.
Universiteit Antwerpen

⁸⁹ In die zin zie Corr. Namen, 9 maart 1984, *Rev.Rég.Dr.*, 1985, 292.

⁹⁰ Zie MESSINNE, J., TULKENS, F. en VAN DEN WYNGAERT, C., «Les accords de la Saint-Michel et le droit pénal», *J.T.*, 1992, 858-859, i.h.b., p. 859 kol. 3.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

5 JANUARI 1992

Voorzitter : mevr. Pétry

Rapporteurs : de hh. Martens en Suetens

Advocaten : mrs. Leurqui, de Visscher, van Cutsem, Uytendaele, Puttemans loco Van Bunnan, Bourtembourg loco Mommens en Verdussen loco Lambert

Gemeenschap en gewest – Reclame voor tabak

Aangezien ten tijde van de totstandkoming van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 de reglementering van de reclame voor tabak en aanverwante producten deel uitmaakte van de «levensmiddelenwetgeving», moet aangenomen worden dat de nationale wetgever bevoegd is gebleven om de reclame voor tabaksproducten te regelen.

W. t/ De C. e.a.
Arrest nr. 6/92

(...)

B.1. De prejudiciële vragen hebben betrekking op het aanwijzen van de wetgever die bevoegd is om de reclame voor tabak te regelen, aangezien zowel de nationale wetgever als een decreetgever in verband met die aangelegenheid bepalingen hebben aangenomen.

B.2. De nationale norm is artikel 7, § 2, van de wet van 24 januari 1977 betreffende de bescherming van de gezondheid van de verbruikers op het stuk van de voedingsmiddelen en andere producten. Sedert de wijziging ervan door de wet van 23 maart 1989, die in werking is getreden op 5 november 1989, luidt die bepaling als volgt :

«In het belang van de volksgezondheid kan de Koning regels stellen en verbodsmaatregelen voorschrijven in verband met de reclame voor tabak, producten op basis van tabak en soortgelijke producten evenals in verband met de reclame voor alcohol en alcoholhoudende dranken».

Degene die de koninklijke besluiten genomen ter uitvoering van artikel 7, § 2, van de wet, overtreedt, wordt, naar luid van artikel 15, § 2, van dezelfde wet gestraft met gevangenisstraffen en boetes zoals bepaald in § 1 van hetzelfde artikel. Artikel 7, § 2, van de wet is ten uitvoer gelegd door het koninklijk besluit van 5 maart 1980 betreffende de reclame voor tabak, voor producten op basis van tabak en voor soortgelijke producten. Dat koninklijk besluit is gewijzigd door de koninklijke besluiten van 22 september 1980 en 21 januari 1982, en is opgeheven en vervangen door een koninklijk besluit van 20 december 1982, dat op 10 april 1990 is gewijzigd.

B.3. De gemeenschapsnorm is artikel 13 van het decreet van de Franse Gemeenschap van 2 december 1982 dat bepaalt wat volgt :

«De bepalingen van de artikelen 2 tot 6 van het koninklijk besluit van 5 maart 1980 betreffende de reclame voor tabak, voor tabakhoudende producten en voor gelijkaardige

produkten, gewijzigd door het koninklijk besluit van 22 september 1980 en van 21 januari 1982, hebben decreetwaarde.»

B.4. Naar luid van artikel 59bis, § 2bis, van de Grondwet regelen de Gemeenschapsraden, ieder wat hem betreft, bij decreet de persoonsgebonden aangelegenheden.

Volgens artikel 5, § 1, I, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen omvatten de in artikel 59bis, § 2bis, van de Grondwet bedoelde persoonsgebonden aangelegenheden onder meer, wat het gezondheidsbeleid betreft, «de gezondheidsopvoeding alsook de activiteiten en diensten op het vlak van de preventieve gezondheidszorg, met uitzondering van nationale maatregelen inzake profylaxies.»

De bevoegdheid om de reclame voor tabak te regelen is in die opsomming niet uitdrukkelijk aan de Gemeenschappen toegewezen.

B.5. In het decreet van de Franse Gemeenschap van 2 december 1982 behelst de strijd tegen het tabaksgebruik drie aspecten ; een rookverbod in sommige ruimten, informatieverstrekking en een reclameregeling voor tabaksproducten.

Uit de voorbereiding van het decreet blijkt dat de reclameregeling daarbij, in dezelfde mate als de andere bepalingen van het decreet, is ingegeven door de zorg voor de bescherming van de volksgezondheid.

De regeling leunt aldus aan bij de bevoegdheid van de Gemeenschappen inzake het gezondheidsbeleid, zoals omschreven in artikel 5, § 1, I, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Blijkens de parlementaire voorbereiding van de bijzondere wet omvat de gemeenschapsbevoegdheid immers onder meer de gezondheidsopvoeding en -voorlichting, de vrijwaring van de volksgezondheid, met name door het voorkomen van (...) kanker (...) en de verbetering van de gezondheidstoestand van de bevolking, het zij in het kader van de gezondheidsopvoeding of door andere passende middelen (Gedr.St., Senaat, 1979-80, nr. 434-2, 124-125 ; Kamer, 1979-80, nr. 627-10, 52).

Evenwel, uit dezelfde parlementaire voorbereiding blijkt eveneens dat de bijzondere wetgever onder meer de «levensmiddelenwetgeving» heeft uitgesloten van de bevoegdheid van de Gemeenschappen inzake gezondheidsbeleid.

Aangezien ten tijde van de totstandkoming van de bijzondere wet de reglementering van de reclame voor tabak en aanverwante producten deel uitmaakte van de «levensmiddelenwetgeving», met name van de wet van 24 januari 1977 betreffende de bescherming van de gezondheid van de verbruiker op het stuk van de voedingsmiddelen en andere producten, moet worden aangenomen dat de nationale wetgever bevoegd is gebleven om de reclame voor tabaksproducten te regelen.

B.6. Ongetwijfeld behoren maatregelen van preventieve gezondheidszorg of informatiecampaagnes betreffende het verbruik van tabak tot de persoonsgebonden aangelegenheden die zijn opgesomd in artikel 5, § 1, I, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Zulks is echter niet het geval voor een reglementering of een verbod dat uitsluitend be-

stemd is voor degenen die handelsreclame maken voor tabak.

B.7. Daaruit volgt dat de aangelegenheid tot de bevoegdheid van de nationale wetgever is blijven behoren en dat de Franse Gemeenschap haar bevoegdheden heeft overschreden door artikel 13 van het decreet van 2 december 1982 aan te nemen. Er is geen aanleiding om afzonderlijk na te gaan of de strafbepalingen van het decreet rechtsgeldig zijn, aangezien de Gemeenschap de niet-naleving van een bepaling die zelf door onbevoegdheid is aangetast, strafbaar heeft gesteld,

Om die redenen, het Hof, zegt voor recht:

1° Artikel 13 van het decreet van de Franse Gemeenschap van 2 december 1982 betreffende de strijd tegen nicotinevergiftiging schendt 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.

2° Artikel 7, § 2, van de wet van 24 januari 1977 houdt 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, in zover het blijft bepalen dat «de Koning, in het belang van de volksgezondheid, regels kan stellen en verbodsmaatregelen kan voorschrijven in verband met de reclame voor tabak, produkten op basis van tabak en soortgelijke produkten».

NOOT – Tabaksreclame voor het Arbitragehof

1. Ingevolge prejudiciële vragen van de Correctionele Rechtbank te Brussel en van het Hof van Beroep te Luik diende het Arbitragehof zich uit te spreken over de bevoegdheidsverdeling tussen de federale en de gemeenschapsoverheden ten aanzien van tabaksreclame.

Artikel 7, § 2, van de wet van 24 januari 1977 «betreffende de bescherming van de gezondheid van de verbruikers op het stuk van voedingsmiddelen en andere produkten» *B.S.*, 8 april 1977; gewijzigd bij wet van 22 maart 1989, *B.S.*, 26 oktober 1989) machtigt de Koning om in het belang van de volksgezondheid regels te stellen en verbodsmaatregelen uit te vaardigen ten aanzien van tabaksreclame.

De Koning vaardigde daarop het besluit van 5 maart 1980 uit «betreffende de reclame voor tabak, voor produkten op basis van tabak en voor soortgelijke produkten», dat vervolgens werd gewijzigd bij besluiten van 22 september 1980 en 21 januari 1982. Het besluit van 5 maart 1980 werd ten slotte opgeheven en vervangen door het gelijknamig koninklijk besluit van 20 december 1982 (*B.S.*, 31 december 1982; gewijzigd bij K.B. van 10 april 1990, *B.S.*, 13 juni 1990). De Franse Gemeenschap had inmiddels evenwel aan de artikelen 2 tot 6 van het koninklijk besluit van 5 maart 1980, zoals gewijzigd bij besluiten van 22 september 1980 en 21 januari 1982, «decreetwaarde» verleend, dit bij decreet van 2 december 1982 «relatif à la lutte contre le tabagisme» (*B.S.*, 14 januari 1983).

2. De principiële exclusiviteit van de bevoegdheden van de nationale wetgever en de gemeenschaps- en gewestwetgevers belet dat meer dan één wetgever bevoegd is om reclamevoorschriften voor tabak uit te vaardigen en om, daarmee samenhangend, overtreding van die bepalingen strafbaar te stellen.

De Franse Gemeenschapsexecutieve deed de bevoegdheid van de Gemeenschappen gelden inzake het gezondheidsbeleid zoals vervat in artikel 5, § 1, I, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen (Bijz.W.), meer in het bijzonder inzake «preventieve gezondheidszorg» en «gezondheidsopvoeding». De minister-raad en de beklagden bepleitten daarentegen de nationale bevoegdheid met verwijzing naar de parlementaire voorbereiding van die bijzondere wetsbepaling. Hieruit blijkt dat de bijzondere wetgever uitdrukkelijk voorbehoud heeft gemaakt ten aanzien van de reglementering inzake de levensmiddelen en de aanverwante activiteiten. Ze beriepen zich daarenboven op de nationaal gebleven bevoegdheid inzake de bescherming van de verbruiker (artikel 6, § 1, VI, Bijz.W.). De afdeling wetgeving van de Raad van State had reeds in meerdere adviezen dit standpunt bevestigd (R.v.St., afd. wetg., 16 februari 1989, advies L. 18.666/1 over een voorstel van wet «waarbij reclame voor tabaksprodukten wordt verboden», *Gedr.St.*, Kamer, B.Z. 1988, nr. 495/2; R.v.St., afd. wetg., 12 februari 1991, advies L. 20.083/8 over een ontwerp van decreet «tot regeling van de reclame, de sponsoring en de boodschappen van algemeen nut op radio en televisie», *Gedr.St.*, Vl.R., 1990-91, nr. 489/1, 22 e.v.; R.V.St., afd. wetg., 18 maart 1991, advies over een ontwerp van decreet «modifiant la loi du 6 février 1987 relative aux réseaux de radiodistribution et de télédistribution et à la publicité commerciale à la radio et à la télévision telle que modifiée par le décret du 5 juillet 1989, le décret du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel et le décret du 20 juillet 1988 modifiant le décret du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel et le décret du 12 décembre 1977 portant statut de la Radio-télévision belge de la Communauté française (RTBF)», *Gedr.St.*, *Cons.Comm.fr.*, 1990-91, nr. 196/1, 50).

3. Het Arbitragehof bevestigt, in navolging van de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State, de nationale bevoegdheid. Het Hof is van oordeel dat artikel 13 van het decreet van 2 december 1982 van de Franse Gemeenschapsraad de bevoegdheidsverdelende regels schendt.

Het Arbitragehof volgt daarbij ook de wetshistorische denering van de Raad van State. Daarin staat de overweging centraal dat reeds ten tijde van de totstandkoming van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen, de reglementering van tabaksreclame deel uitmaakte van de «levensmiddelenwetgeving» en dat die wetgeving door de bijzondere wetgever juist uit de bevoegdheid van de Gemeenschappen inzake het gezondheidsbeleid was gelicht. Hoewel maatregelen van preventieve gezondheidszorg of informatiecampagnes betreffende het tabaksverbruik wél tot de persoonsgebonden aangelegenheden behoren, geldt dit niet «voor een reglementering of een verbod dat uitsluitend bestemd is voor degenen die handelsreclame maken voor tabak».

4. De Raad van State hanteert vaak de wetshistorische uitleggingstechniek ter beslechting van bevoegdheidsproblemen. Die vaststelling geldt veel minder ten aanzien van het Arbitragehof. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt integendeel dat het Hof vaak, zij het niet uitdrukkelijk, afstand neemt van een uitlegging op grond van de parlementaire voorbereiding van de bevoegdheidsverdelende bepalingen. Het Hof interpreteert de bepalingen die de verhoudingen regelen tussen de Staat, de Gemeenschappen en de Gewes-

ten meer teleologisch en in hun onderlinge samenhang. In talrijke arresten stelt het Hof vast dat de bijzondere wetgever een bepaalde aangelegenheid «in haar geheel naar de Gemeenschappen (of de Gewesten) heeft overgeheveld, behoudens de door de bijzondere wetgever bepaalde uitzondering(en)». Het Hof besluit tot de volheid van bevoegdheid van de betrokken gemeenschaps- of gewestoverheid op grond van de vaststelling dat «de in 1980 tot stand gebrachte hervorming der instellingen onbetwistbaar de autonomie van de Gemeenschappen meer diepgang heeft gegeven en het beginsel van de autonomie van het Vlaamse Gewest en het Waalse Gewest in toepassing hebben gebracht» (vgl. de verwijzingen naar de rechtspraak van het Arbitragehof in Delva, J., Meererschaut, F., «Overzicht van rechtspraak. De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraak. Overzicht van de sedert januari 1988 met toepassing van de organieke wet van 28 juni 1983 en van de wet van 10 mei 1985 gedane uitspraken», *T.P.R.*, 1990, 703-704; Rimanque, K., *De regel is niet steeds recht. Het labyrint van de rechtsnormen na de staatshervorming*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, nr. 93; Peeters, P., «De arresten van het Arbitragehof van 25 januari 1990 en 7 februari 1991. Een bevoegdheidsrechtelijke aardverschuiving in het medialandschap», *T.B.P.*, 1991, 410-415). Dat het Hof thans de ten aanzien van de autonomie van Gemeenschappen en Gewesten (restrictievere) wetshistorische uitlegging wél hanteert, kan des te meer verwondering wekken aangezien het Hof in een eerdere overweging in het arrest affirmeert dat de reclameregeling voor tabak «aanleunt» tegen de bevoegdheid van de Gemeenschappen inzake gezondheidsbeleid vervat in artikel 5, § 1, I, 2°, Bijz.W.

5. Artikel 13 van het decreet van 2 december 1982 «relatif à la lutte contre le tabagisme» verleent «decreetwaarde» aan het reglementair verbod van tabaksreclame op radio en televisie vervat in artikel 2, 1°, van het koninklijk besluit van 5 maart 1980. Ook dit onderdeel van de gewraakte bepaling wordt bijgevolg getroffen door de algemene vaststelling van het Hof, zij het (voorlopig) alleen op prejudiciële vraag, van bevoegdheidsoverschrijding. De Gemeenschappen kunnen in dit verband nochtans naast het beroep op hun bevoegdheid inzake het gezondheidsbeleid, verwijzen naar hun principiële bevoegdheid inzake radio-omroep en televisie (artikel 4, 6° Bijz.W.).

Deze laatste bevoegdheidsgrond kwam in het geannoteerde arrest niet ter sprake. Uit de overwegingen van het arrest kan evenmin worden opgemaakt of de feiten die leidden tot het stellen van de prejudiciële vraag wel specifiek betrekking hebben op reclame op radio en televisie. Het is nochtans precies die bevoegdheidsgrond die de opname moest verantwoorden in het (Vlaamse) decreet van 12 juni 1991 «tot regeling van de reclame en sponsoring op radio en televisie» (*B.S.*, 14 augustus 1991) van allerhande reclamevoorschriften en -verboden ter omzetting van de bepalingen dienaangaande in de Europese richtlijn 89/552/EEG van 3 oktober 1989 («betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de Lid-Staten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten»). In dit verband kan worden herinnerd aan de opheffing, door de wet van 8 augustus 1988 tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, van de uitzondering die in artikel 4, 6°, Bijz.W. op de bevoegdheid van de Gemeenschappen inzake radio-omroep en televisie is ge-

maakt wat «de handelspubliciteit» betreft. Uit de parlementaire voorbereiding van die bepaling blijkt dat die weglating geschiedde «met het oog op de toewijzing aan de Gemeenschappen van een homogeen geheel van bevoegdheden inzake audiovisuele aangelegenheden» (*Gedr.St., Kamer*, B.Z. 1988, nr. 516/1, 3). De Vlaamse Raad nam dit standpunt in niettegenstaande de afdeling wetgeving van de Raad van State in zijn advies bij het ontwerp van decreet dit element wel uitdrukkelijk in zijn besluitvorming had betrokken en tot het besluit was gekomen dat de Gemeenschappen, hoewel zij de principieel bevoegde overheden zijn inzake reclame op radio en televisie, de specifieke bevoegdheden ongemoeid moeten laten die in dezen aan de nationale overheid toekomen (memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet tot regeling van de reclame en sponsoring op radio en televisie, *Gedr.St., Vl.R.*, 1990-91, nr. 489/1, 5; verslag namens de Commissie voor de Media, *Gedr.St., Vl.R.*, 1990-91, nr. 489/5, 19). De Raad van State verwees dienaangaande naar de bevoegdheden inzake de reclame van de nationale overheid in het kader van de levensmiddelenwetgeving, van de wetgeving betreffende de geneesmiddelen en de uitoefening van de geneeskunde en inzake het «recht inzake de handelspraktijken» (artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 4°, Bijz.W.) (*R.v.St.*, afd. wetg., 12 februari 1991, nr. L.20.083/8, *Gedr.St., Vl.R.*, 1990-91, nr. 489/1, 33-35).

Zowel de formulering van de prejudiciële vragen als het dictum van het Arbitragehof zijn algemeen en omvatten insgelijks de hypothese van de reclame op radio en televisie voor tabak of tabaksprodukten. In dit verband kan eraan worden herinnerd dat een arrest waarbij het Arbitragehof uitspraak doet op een prejudiciële vraag slechts een beperkt gezag van gewijsde heeft. Slechts het rechtscollege dat de vraag heeft gesteld en elk ander rechtscollege dat in dezelfde zaak uitspraak moet doen, d.i. in dezelfde zaak tussen dezelfde partijen en met hetzelfde voorwerp (*Velaers, J., Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 405), zijn verplicht het gezag van het arrest van het Arbitragehof te aanvaarden voor de oplossing van het geschil (cf. artikel 28 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *B.S.*, 7 januari 1989). De potentiële gevolgen reiken evenwel verder. Wanneer het Arbitragehof immers reeds uitspraak heeft gedaan op een (prejudiciële) vraag met hetzelfde voorwerp, zullen ook in andere zaken de rechtscolleges waarvan de beslissing vatbaar is voor, al naar het geval, hoger beroep, verzet, voorziening in cassatie of beroep tot vernietiging bij de Raad van State, niet meer gehouden zijn de desbetreffende vraag aan het Arbitragehof voor te leggen wanneer die voor het betrokken rechtscollege wordt opgeworpen (cf. art. 26, § 2, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof).

6. Op basis van het geannoteerde arrest van het Arbitragehof zou men kunnen concluderen dat decretale bepalingen – of bepalingen uitgevaardigd op grond van een decretale machtiging, die voorschriften inhouden met betrekking tot reclame op radio en televisie voor alcoholhoudende dranken en geneesmiddelen, de bevoegdheidstoets evenmin kunnen weerstaan. Refererend aan de parlementaire voorbereiding van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen kan men ten aanzien van die produkten immers dezelfde redenering volgen als ten aanzien van tabak en aanverwante produkten (*Gedr.St., Kamer*, 1979-80, nr. 627/10, 52; *Hand., Senaat*, 20 juli 1980, 2319).

(zie naast het vermeld advies van 12 februari 1991, insgelijks het advies van 18 maart 1991 betreffende het ontwerp van decreet «modifiant la loi du 6 février 1987 (...), le décret du 12 décembre 1977 portant statut de la RTBF et le décret du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel», *Gedr.St., Cons.Comm.fr.*, 1990-91, nr. 196/150-51).

7. Die bevoegdheidsvragen rijzen onder meer ten aanzien van de reclamevoorschriften inzake tabaksprodukten, geneesmiddelen en alcoholhoudende dranken vervat in artikel 4, 3° en 4°, van het Vlaamse decreet van 12 juni 1991 «tot regeling van de reclame en sponsoring op radio en televisie» (*B.S.*, 14 augustus 1991). Ze gelden uiteraard in het bijzonder voor de decretale bepalingen die afwijken van de nationale reglementering. De nationale reglementering stelt bijvoorbeeld een absoluut verbod in van reclame voor geneesmiddelen op radio en televisie (cf. artikel 6, 1°, van het K.B. van 9 juli 1984 «betreffende de voorlichting en de reclame inzake geneesmiddelen», *B.S.*, 29 augustus 1984; gewijzigd bij K.B. van 27 april 1988, *B.S.*, 7 juli 1988, genomen ter uitvoering van artikel 9 van de wet van 25 maart 1964 op de geneesmiddelen). Uit artikel 4, 3°, b, van het decreet van 12 juni 1991 zou daarentegen kunnen worden afgeleid dat dit verbod beperkt blijft tot de «geneesmiddelen en medische behandelingen die alleen op doktersvoorschrift verkrijgbaar zijn» (de Code voor Handelspubliciteit die werd goedgekeurd bij besluit van de Vlaamse Executieve van 31 juli 1990, *B.S.*, 14 december 1990, en die verwijst naar de nationale reglementering inzake de geneesmiddelen, zou in die opvatting impliciet zijn opgeheven). De decreetgever heeft met die bepaling uitdrukkelijk de beginselen willen omzetten vervat in de Europese richtlijn 89/552/EEG van 3 oktober 1989. Artikel 14 van deze richtlijn sluit televisiereclame slechts uit voor de geneesmiddelen die alleen op doktersvoorschrift kunnen worden verkregen.

Het arrest van 5 februari 1992 van het Arbitragehof zal inzake handelsreclame allicht niet het laatste zijn

Patrick Peeters
Instituut Constitutioneel Recht
K.U. Leuven

Naschrift. — Artikel 13 van het decreet van de Franse Gemeenschap van 2 december 1992 «relatif à la lutte contre le tabagisme» werd inmiddels vernietigd door het Arbitragehof bij arrest nr. 7/93 van 27 januari 1993 zie *R.W.*, 1992-93, 986 e.v., met noot van P. Popelier. De Franse Gemeenschapsexecutieve verwees naar de bijkomende bevoegdheidsgrond ontleend aan artikel 4, 6°, Bijz.W. Sedert de wijziging van die wet bij bijzondere wet van 8 augustus 1988, is in artikel 4, 6°, Bijz.W. de handelsreclame immers niet meer vermeld als uitzondering op de bevoegdheid van de Gemeenschappen inzake radio-omroep en televisie. De aan gelegenheid van de handelsreclame zou dan ook, aldus de Franse Gemeenschapsexecutieve, de Gemeenschappen toestaan de radio- en televisiereclame voor tabak te regelen. Het Arbitragehof ging op dit argument niet in aangezien op het ogenblik waarop artikel 13 van het decreet van 2 december 1982 werd aangenomen, artikel 4, 6°, Bijz.W. nog niet was gewijzigd in de voormelde zin (ov. B.3)

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 1 DECEMBER 1992

Voorzitter: de h. D'Haenens

Rapporteur: de h. D'Hont

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore

Advocaat: mr. Martens

Wegverkeer — Autobus die halteplaats verlaat — Geen voorrang voor andere bestuurders — Vereisten

Krachtens art. 39 Wegverkeersreglement hoeft de autobus- of trolleybusbestuurder die zich in de in dat artikel vermelde omstandigheden bevindt, geen voorrang te verlenen aan de andere bestuurders die dezelfde richting volgen, op voorwaarde dat hij zijn voornemen om zijn halteplaats te verlaten tijdig kenbaar heeft gemaakt door middel van zijn richtingsaanwijzers. Als die voorwaarden niet vervuld zijn, dient hij voorrang te verlenen aan de andere bestuurders die dezelfde richting volgen.

De B. t/ B. en N.M.V.B.

Gelet op het bestreden vonnis, op 22 maart 1991 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Antwerpen;

Overwegende dat de voorziening gericht is tegen de beslissing op de door eiser tegen de verweerders ingestelde civielrechtelijke vorderingen;

Over het middel van eisers verzoekschrift waarvan een door de griffier van het Hof voor eensluidend verklaarde kopie aan dit arrest is gehecht en daarvan deel uitmaakt:

Overwegende dat eiser vervolgd werd wegens overtreding van artikel 39 van het Algemeen Wegverkeersreglement en een rechtstreekse dagvaarding liet betekenen aan de verweerders op grond van overtreding door de eerste verweerder van artikel 12.4 van dit reglement;

Dat het bestreden vonnis, na de strafvordering vervallen door verjaring te hebben verklaard, de civielrechtelijke vordering van eiser tegen de verweerders als ongegrond afwijst;

Dat de appelrechters hierbij vaststellen «dat uit de verklaring van (eiser) blijkt dat, toen hij opzij van de autobus kwam gereden, deze zijn richtingsaanwijzer ontstak en vertrok, terwijl de autobestuurder in zijn verklaring aan de verbalisanten beweert zijn richtingslichten in werking te hebben gesteld, ruim vóór zijn standplaats te hebben verlaten terwijl het voertuig van (eiser) zich nog op $\pm$ 100 meter van de autobushalte verwijderd bevond»;

Dat de rechters hieraan toevoegen «dat de ongevalsversies tegenstrijdig zijn», «dat de schadelocalisatie aan beide voertuigen het niet mogelijk maakt de ene of andere versie op aanneembare wijze uit te sluiten of te volgen» en «dat evenmin uit de eigen verklaring van (eiser) af te leiden is dat de autobusbestuurder het verlaten van zijn halteplaats tijdig genoeg heeft aangekondigd»;

Dat zij besluiten «dat bij gebreke van objectieve gegevens de rechtbank niet vermag de aansprakelijkheid voor het ongeval en zijn schadelijke gevolgen ten laste van de ene of de andere bestuurder te leggen»;

Overwegende dat artikel 39 van het Algemeen Wegverkeersreglement bepaalt: «Binnen de bebouwde kommen moet elke bestuurder die dezelfde richting volgt als een au-

tobus of een trolleybus, die autobus- of trolleybestuurders gelegenheid laten zijn halteplaats te verlaten wanneer hij met de richtingsaanwijzers zijn voornemen kenbaar heeft gemaakt zijn voertuig opnieuw in beweging te brengen. Daartoe moet hij vertragen en, zo nodig, stoppen; in dit geval en in afwijking van de bepalingen van artikel 12.4, moeten de autobus- en trolleybusbestuurder geen voorrang verlenen aan de andere bestuurders die dezelfde richting volgen»;

Dat krachtens die bepaling de autobus- of trolleybusbestuurder, die zich in de in dit artikel vermelde omstandigheden bevindt, geen voorrang moet verlenen aan de andere bestuurders die dezelfde richting volgen op voorwaarde dat hij zijn voornemen om zijn halteplaats te verlaten tijdig heeft kenbaar gemaakt door middel van zijn richtingsaanwijzers;

Dat bij ontstentenis van het vervullen van die voorwaarden, de regel neergelegd in artikel 12.4 van het Algemeen Wegverkeersreglement wel geldt, wat meebrengt dat de autobus- of trolleybusbestuurder alsdan voorrang dient te verlenen aan de andere bestuurders die dezelfde richting volgen;

Overwegende dat de rechters beslissen dat «bij gebreke van objectieve gegevens de rechtbank niet vermag de aansprakelijkheid voor het ongeval en zijn schadelijke gevolgen ten laste van de ene of de andere bestuurder te leggen»;

Dat de rechters zodoende vaststellen dat eiser faalt in de op hem rustende bewijslast;

Overwegende dat in strafzaken, wanneer zoals te dezen de wet geen bijzonder bewijsmiddel voorschrijft, de rechter op onaantastbare wijze de bewijswaarde beoordeelt van de hem regelmatig overgelegde gegevens waarover de partijen tegenspraak hebben kunnen voeren;

Overwegende dat de appelrechters door hun redengeving, waarin zij de aanwezige bewijsmiddelen, waaronder de verklaringen van partijen en getuigen, bespreken, het onmogelijk achten uit te maken of eiser of verweerder het verkeersongeval hebben veroorzaakt;

Dat zij aldus het in het middel bedoelde verweer van eiser verwerpen, zodoende zijn desbetreffende conclusie beantwoorden en hun beslissing naar recht verantwoorden;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 7 DECEMBER 1992

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaat: mr. Simont

Arbeidsongeval – Vergoedingen – Verjaring – Stuiting – Rechtsvordering – Andere rechtsgrond

De verjaring van een rechtsvordering tot betaling van arbeidsongevallenvergoedingen tegen het Fonds voor Arbeidsongevallen kan worden gestuit door een rechtsvordering van de getroffene of zijn rechthebbende tot betaling wegens arbeidsongeval die is ingesteld tegen de werkgever.

L. e.a. t/ Fonds voor Arbeidsongevallen

Gelet op het bestreden arrest, op 5 november 1990 door het Arbeidshof te Bergen gewezen;

...

Overwegende dat ingevolge artikel 70 van de Arbeidsongevallenwet, tweede zin, de verjaringen bepaald bij artikel 69 bovendien kunnen worden gestuit, onder meer door een rechtsvordering tot betaling wegens het arbeidsongeval, gebaseerd op een andere rechtsgrond;

Dat, luidens artikel 73 van dezelfde wet, de getroffene of de rechthebbende en de persoon die de begrafeniskosten, de medische, farmaceutische, heilkundige en verplegingskosten heeft gedragen, een rechtstreekse vordering hebben tegen de verzekeraar of tegen het Fonds voor Arbeidsongevallen, indien de werkgever geen verzekeringscontract heeft gesloten of indien de verzekeraar zijn verplichtingen niet nakomt;

Overwegende dat hoewel, krachtens die laatstvermelde bepaling, de door de wet toegekende rechten niet tegen de werkgever van de getroffene kunnen worden uitgeoefend, daaruit echter niet volgt dat de verjaring van de rechtsvordering tot betaling van de bij de wet bepaalde vergoedingen niet kan worden gestuit door een op een andere rechtsgrond gebaseerde rechtsvordering tot betaling wegens het arbeidsongeval die door de getroffene of zijn rechthebbende tegen de werkgever is ingesteld;

Dat het arrest dat oordeelt dat «de dagvaarding van 12 juli 1976 niet als een handeling van stuiting kan worden beschouwd» op grond dat «ingevolge artikel 73 van de wet van 10 april 1971 de werkgever niet meer voor een wettelijke en forfaitaire schadeloosstelling kan worden aangesproken», zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 11 DECEMBER 1992

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen

Rapporteur: de h. Forrier

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore

Advocaten: mrs. Houtekier, De Gryse en Van Hecke

Gemeenschap en gewest – 1. Rechtsopvolging van de Staat – Draagwijdte – 2. Art. 61, § 1, zesde lid, W. 16 januari 1989 – «Andere schulden» – Vaststaand karakter

1. *De in art. 61, § 1, eerste en achtste lid, W. 16 januari 1989, bedoelde rechtsopvolging is volledig en geldt derhalve zowel op het verbintenissenrechtelijk als op het procesrechtelijk vlak.*

2. *Het vaststaand karakter van de schuld in het kader van art. 61, § 1, zesde lid, W. 16 januari 1989, dient te worden beoordeeld op de datum van 31 december 1988.*

Vlaamse Gewest t/ N.V. K. en Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest, op 18 juni 1991 op verwijzing gewezen door het Hof van Beroep te Brussel;

Gelet op het arrest van het Hof van 9 mei 1980;

Over het eerste middel, (...)

Wat het eerste onderdeel betreft :

...

Overwegende dat artikel 61, § 1, eerste lid, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten bepaalt : «Tenzij in deze wet anders wordt bepaald, nemen de Gemeenschappen en Gewesten de rechten en verplichtingen van de Staat over die betrekking hebben op de bevoegdheden die hen worden toegekend bij de wet van 8 augustus 1988 tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, met inbegrip van de rechten en verplichtingen die voortkomen uit hangende en toekomstige gerechtelijke procedures»; dat, naar luid van artikel 61, § 1, achtste lid, in geval van geschil, de Gemeenschap of het Gewest de Staat steeds bij de zaak kan betrekken en de Staat steeds in de zaak kan tussenkomen ;

Overwegende dat, nu die bepalingen geen onderscheid maken tussen de verbinteniserightelijke en de procesrechtelijke rechtsopvolging, die rechtsopvolging volledig is en derhalve geldt zowel op het verbinteniserightelijk vlak als op het procesrechtelijk vlak ;

Dat artikel 57, § 5 en § 7, van diezelfde wet, geen andere oplossing verantwoordt ;

Overwegende dat het arrest beslist «dat het onderscheid dat (eiser) meent te mogen maken tussen de procesrechtelijke rechtsopvolging enerzijds en verbinteniserightelijke rechtsopvolging anderzijds, geen wettelijke grond heeft»; dat het zodoende de in het onderdeel aangevoerde wetsbepalingen niet schendt ;

Dat het onderdeel faalt naar recht ;

Wat het tweede onderdeel betreft :

Overwegende dat eiser aanvoert dat een schuld vaststaat, in de zin van artikel 61, § 1, zesde lid, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten, als hij aan de vereisten voldoet van een vaststaande schuld volgens de begrippen van het burgerlijk recht ; dat hij daaruit afleidt dat de schuldvordering van verweerster, «die voldeed aan de voorwaarde gesteld bij artikel 16, B, van de algemene contractuele bepalingen van het lastenkohier van de Staat, vaststaand was, ook al was het bedrag zelf nog niet juist bepaald en al was de schuld niet opgenomen in de rijksbegroting» ;

Overwegende dat volgens artikel 16, B, van het ministerieel besluit van 14 oktober 1964 aangaande de administratieve en technische contractuele bepalingen die het algemeen lastenkohier van de overeenkomsten van de Staat uitmaken de aannemer een herziening van de aannemingsovereenkomst kan verkrijgen indien hij een belangrijk nadeel heeft geleden, door omstandigheden te doen gelden die hij bij het indienen van de inschrijving of bij het sluiten van de overeenkomst redelijkerwijze niet kon voorzien, die hij evenmin kon ontwijken en waarvan hij de gevolgen niet kon verhelpen hoewel hij al het nodige daarvoor heeft gedaan ; dat artikel 18 van dat algemeen lastenkohier aan de aannemer de mogelijkheid biedt om, indien het niet tot een akkoord met de overheid komt, de zaak bij de rechtbank aanhangig te maken ;

Overwegende dat aldus bij die artikelen 16, B, en 18 aan de aannemer, in geval van betwisting, het recht wordt toegekend zijn vraag tot herziening van de overeenkomst aan het oordeel van de rechter te onderwerpen, dit wil zeggen door de rechter te doen onderzoeken of de aannemer een

belangrijk nadeel heeft geleden wegens de in artikel 16, B, vermelde omstandigheden ;

Overwegende dat te dezen de vervulling van voormelde voorwaarden pas bij de uitspraak van het bestreden arrest, dit is op 18 juni 1991, werd vastgesteld, ook al is het recht van de verweerster om in bepaalde omstandigheden de herziening van de overeenkomst te vragen een contractueel recht dat overeenstemt met de verbintenis van het bestuur om, zo die omstandigheden aanwezig zijn, de overeenkomst te herzien ;

Dat, nu het vaststaand karakter van de schuld in het kader van artikel 61, § 1, zesde lid, van de voormelde wet dient te worden beoordeeld op de datum van 31 december 1988, het onderdeel, ook al ware het gegrond, niet tot cassatie kan leiden en derhalve, bij gebrek aan belang, niet ontvankelijk is ;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 2 FEBRUARI 1993

Voorzitter-rapporteur : de h. D'Haenens

Openbaar ministerie : de h. Goeminne

Advocaat : mr. Delafontaine

Strafvordering — Vonnisgerecht — Kennisneming van de feiten na verwijzing — Nietige onderzoeksdaten — Taak van het vonnisgerecht — Rechtsmiddel

De vonnisgerechten dienen te onderzoeken welke feiten aan hun oordeel onderworpen worden.

Zij hebben geen bevoegdheid om de nietigheid uit te spreken van het vooronderzoek. Zij dienen echter de daden van onderzoek die door nietigheid aangetast blijken te zijn, uit het debat te weren en ze mogen er hun beslissing niet op laten steunen.

Zodanige nietigheden worden niet gedekt door de verwijzing door de raadkamer en de beklaagde kan in de stand van de procedure geen rechtsmiddel aanwenden tegen de beschikking van de raadkamer.

W. en N.V. W.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 juni 1991 door het Hof van Beroep te Gent gewezen ;

Gelet op de namens de eisers ingediende memorie waarvan een door de griffier van het Hof voor eensluidend verklaarde kopie aan dit arrest is gehecht en daarvan deel uitmaakt :

Over beide middelen :

Overwegende dat de middelen onder meer betogen dat, enerzijds, de bodemrechter niet geadieerd was betreffende de feiten waarover hij recht sprak omdat de procureur des Konings daaromtrent geen onderzoek had gevorderd, anderzijds, tijdens het onderzoek nietigheden waren begaan die tot gevolg hadden dat eiser niet kon worden gestraft ;

Overwegende dat de appelrechters daaromtrent oordelen : «In zoverre (eiser) de nietigheid opwerpt van onderzoeksdaten die volgens zijn bewering zouden zijn verricht buiten de vordering van de procureur des Konings of bij gebrek aan vordering van de procureur des Konings of deze

nietigheid meent te kunnen afleiden uit de beweerde afwezigheid van een inventaris van de stukken gevoegd bij de vordering van de procureur des Konings, stelt het hof vast dat het evenmin als de correctionele rechtbank de rechtsmacht heeft om de nietigheid van onderzoeksdaten of van de beschikking van de raadkamer te Ieper van 19 december 1989 die de beklaagde verwees voor de correctionele rechtbank vast te stellen. Deze beschikking, waartegen geen rechtsmiddel is aangewend, dekt de nietigheden van het voorbereidend onderzoek en er is derhalve geen grond om bepaalde stukken van dit voorbereidend onderzoek uit de debatten te verwijderen. In zoverre de reeds hiervoor aangehaalde beweerde onregelmatigheden worden aangevoerd om de bewijswaarde van het voorbereidend onderzoek of van bepaalde onderdelen ervan in twijfel te trekken, oordeelt het hof dat deze bewijswaarde beoordeeld dient te worden in samenhang met de gegevens van het onderzoek ter terechtzitting van het hof»;

Overwegende dat de vonnisgerechten dienen te onderzoeken welke feiten aan hun oordeel worden onderworpen; dat zij geen bevoegdheid hebben om de nietigheid uit te spreken van het vooronderzoek; dat zij echter de daden van onderzoek die door nietigheid zouden blijken te zijn aangetaast uit de debatten dienen te weren en hun beslissing op zodanige onderzoeksdaten niet mogen laten steunen;

Overwegende dat de aangevoerde nietigheden niet gedekt worden door de verwijzing door de raadkamer en eiser in die stand van de procedure geen rechtsmiddel kon aanwenden tegen de beschikking van de raadkamer;

Overwegende dat de appelrechters hun beslissing niet naar recht verantwoorden, zowel betreffende het bepalen van de feiten waarvoor zij geadieerd waren als nopens de aangevoerde nietigheden van het vooronderzoek en de gevolgen daarvan, nu zij zeggen dat de beschikking tot verwijzing van eiser naar de correctionele rechtbank door de raadkamer de nietigheden van het vooronderzoek dekt, aangezien tegen die beschikking geen hoger beroep was ingesteld en zij hun veroordelende beslissing laten steunen zowel op het vooronderzoek als op de gegevens verworven tijdens de behandeling ter terechtzitting van het hof van beroep;

Dat de middelen in zoverre gegrond zijn;

...

NOOT – Zie ook R. Declercq, *Le preuve en matière pénale*, pp. 242-247; M. Franchimont, *Manuel de procédure pénale*, pp. 343-344.

HOF VAN BEROEP TE GENT

14e KAMER – 23 FEBRUARI 1993

Voorzitter: de h. Top

Advocaten: mrs. Gheysen en Vanhaesebrouck

Verzekering – Motorrijtuigen – Regresvordering van de verzekeraar – Afzonderlijke straf wegens dronkenschap – Gezag van gewijsde erga omnes – Beperking – Mensenrechten

Wanneer de strafrechter, met betrekking tot een door een autobestuurder veroorzaakt ongeval, uitspraak moet doen over

het oorzakelijk verband tussen het alcoholmisdrijf van die bestuurder en de door hem aan een derde toegebrachte verwondingen, verkeert de in het strafproces optredende verzekeraar in de juridische onmogelijkheid om zich in dat debat over de toepassing van de strafwet te mengen.

In die omstandigheden mag aan de verzekeraar de mogelijkheid niet worden ontzegd om het door de strafrechter aangegomen feit dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen het ongeval (lichamelijke schade) en de afzonderlijk bestrafte alcoholintoxicatie te weerleggen bij zijn regresvordering tegen de verzekerde voor de burgerlijke rechter (art. 6, lid 1, E.V.R.M.).

N.V. E. t/ D.

Het geschil betreft de regresvordering van appellante als verzekeraar W.A.M. tegen geïntimeerde, haar verzekerde, en strekt tot betaling door deze laatste van de vergoedingen die zij aan derden heeft uitbetaald ter zake van een te Wielsbeke op 6 oktober 1985 door geïntimeerde veroorzaakt ongeval bij het besturen van een autovoertuig terwijl het alcoholgehalte in zijn bloed 2,34 pro mille bedroeg.

De vordering is gebaseerd op de zware fout van artikel 25/9 van de toepasselijke verzekeringspolis, hetgeen onderstelt 1) dat de aangevoerde alcoholinvloed een der oorzaken van het ongeval is geweest, 2) dat geïntimeerde door in die toestand een autovoertuig te besturen het verzekerd risico buiten de normale voorzieningen van het contract heeft verzuurd (objectief element) en zich daarvan ook bewust was of had moeten zijn (subjectief element).

Het bestreden vonnis verklaart de vordering ongegrond, aannemend dat de Correctionele Rechtbank te Kortrijk, die bij vonnis van 16 april 1986, in kracht van gewijsde gegaan, geïntimeerde in verband met die feiten tot afzonderlijke straffen veroordeelt, enerzijds wegens onopzettelijke slagen en verwondingen en anderzijds wegens het besturen van een voertuig in staat van alcoholintoxicatie, zeker en noodzakelijk heeft beslist dat de alcoholintoxicatie geen oorzaak is van het ongeval, zodat de burgerlijke rechter, ingevolge het gezag van gewijsde in strafzaken dat erga omnes geldt, het oorzakelijk verband niet opnieuw kan onderzoeken.

Appellante betwist dat het vonnis van 16 april 1986 ter zake enig gezag van gewijsde heeft, aanvoerend dat de strafrechter zich ertoe beperkt heeft beide misdrijven bewezen te verklaren en er afzonderlijke straffen op toe te passen, zonder de oorzaak van het ongeval of van de schade aan een van beide misdrijven toe te schrijven.

Zij brengt bovendien als nieuw argument aan dat de principes die de eerste rechter heeft toegepast moeten wijken voor de beginselen neergelegd in artikel 6, lid 1, E.V.R.M., omdat zij voor de strafrechter niet de gelegenheid heeft gehad haar stelling nopens het oorzakelijk verband tussen de alcoholintoxicatie en het ongeval voor te dragen en dus thans in het burgerlijk geding nog die kans moet krijgen.

I. Volgens een op dit punt sedert 1968 ongewijzigde rechtspraak van het Hof van Cassatie, moet de strafrechter, wanneer het gebrek aan voorzichtigheid of voorzorg, bestanddeel van het misdrijf van onopzettelijk doden of onopzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel, tevens het voorwerp is van een afzonderlijke telastlegging van dronkenschap aan het stuur of van alcoholintoxicatie, het oorzakelijk verband tussen het ongeval en die afzonderlijke telastlegging onderzoeken, en al naar gelang de conclusie, op beide

misdrijven, rekening houdend met artikel 65 van het Strafwetboek, een zelfde straf of afzonderlijke straffen toepassen. Dat is het logisch gevolg van de toepassing van het leerstuk van de ideële samenloop van misdrijven (concl. proc-gen. Ganshof van der Meersch, voor Cass., 21 mei 1970, *Pas.*, 1970, I, 832).

Hieruit volgt dat de strafrechter, wanneer hij slechts één straf uitspreekt, zeker en noodzakelijk beslist dat de dronkenschap of de alcoholintoxicatie een van de oorzaken is van de doding of van het lichamelijk letsel (Cass., 19 sept. 1968, *R.W.*, 1968-69, 642; Cass., 2 febr. 1970, *R.W.*, 1969-70, 1790; Cass., 21 mei 1970 (voltal.zit.), *A.C.*, 1970, 888; Cass., 24 juni 1970 (voltal.zit.), *R.W.*, 1970-71, 29; Cass., 2 april 1976, *A.C.*, 1976, 890, *R.W.*, 1976-77, 1707).

Heeft de strafrechter integendeel afzonderlijke straffen uitgesproken, dan heeft hij noodzakelijk beslist dat de afzonderlijk bestrafte fout vreemd is aan de door de dader veroorzaakte dood of toegebrachte letsels, tenzij wanneer is vastgesteld dat een feitelijke onderbreking in het besturen van het voertuig heeft plaatsgehad. In dit geval kan de strafrechter immers één van de twee feiten van strafbaar sturen afzonderlijk bestraffen, zonder het oorzakelijk verband te hoeven onderzoeken (Rutsaert, J., «De l'autorité de la chose jugée en cas de prononciation de deux peines distinctes par le juge répressif», *Bull.Ass. - De Verzek.*, 1990, 241, nr. 3, met verwijzing naar de conclusie van proc-gen. Ganshof van der Meersch voor Cass., 21 mei 1970, *Pas.*, 1970, I, 832).

In casu heeft de strafrechter geen onderbreking in het sturen vastgesteld. Het uitspreken van afzonderlijke straffen voor de twee ten laste gelegde misdrijven is dus noodzakelijk het gevolg van het verwerpen van de ideële samenloop tussen deze misdrijven. De strafrechter heeft dus, door de toepassing van artikel 65 Strafwetboek te weigeren, duidelijk, en zonder enige tegenstrijdigheid of aarzeling, beslist dat de bewezen alcoholintoxicatie geen bestanddeel is van het onvoorzichtigheidsmisdrijf van de artikelen 418-420 strafwetboek.

Aan deze beslissing op strafrechtelijk gebied komt gezag van gewijsde toe. Hieruit volgt dat de eerste rechter, bij wie de regresvordering van appellante aanhangig werd gemaakt, in beginsel ertoe verplicht was de afzonderlijk bestrafte alcoholintoxicatie te beschouwen als vreemd aan het misdrijf van de artikelen 418-420 Strafwetboek. Deze verplichting bestaat immers niet alleen wanneer de strafrechter zich uitdrukkelijk heeft uitgesproken over het ontbreken van een oorzakelijk verband tussen deze fout en dit misdrijf, maar ook wanneer zijn beslissing dit verband impliciet uitsluit (Cass., 27 nov. 1970, *R.W.*, 1970-71, 1754; Cass., 4 nov. 1971, *A.C.*, 1972, 237).

De stelling van appellante dat de strafrechter in casu door afzonderlijke straffen toe te passen en zich daartoe te beperken, geen uitspraak heeft gedaan over het oorzakelijk verband tussen de alcoholintoxicatie en het ongeval (lichamelijke schade), is juridisch onhoudbaar.

De eerste rechter heeft dus de beginselen inzake het gezag van gewijsde in strafzaken correct toegepast. Hij achtte zich in beginsel terecht gebonden door wat er reeds op strafrechtelijk gebied erga omnes is beslist.

II. Het gezag erga omnes van het strafrechtelijk gewijsde is van openbare orde en is in onze rechtsorde diep ingeburgerd. Ten grondslag hieraan ligt de bekommernis dat tegenstrijdige rechterlijke uitspraken moeten worden vermeden,

maar vooral dat wat op de strafvordering is gewezen niet opnieuw ter discussie wordt gesteld (Wylleman A., «Het gezag van gewijsde: uitdrukking van het rechterlijk gezag», *T.P.R.*, 1988, (33-82), 82, nr. 100).

Toch gaan er stemmen op om dit beginsel in overeenstemming te brengen met het recht van verdediging en met het door artikel 6, lid 1, E.V.R.M. beschermde recht van een ieder «op een eerlijke behandeling van zijn zaak bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen», hetgeen onder meer inhoudt dat de partijen in een burgerlijk geding gelijke kansen moeten hebben om de door de andere partijen aangedragen bewijzen te weerleggen.

Zo moet worden aangenomen dat, indien het algemeen rechtsbeginsel van het gezag erga omnes van het strafrechtelijk gewijsde (intern recht) in strijd komt met de toepassing van artikel 6, lid 1, van bedoeld verdrag, het voorschrift van het verdrag, dat rechtstreekse werking bezit, voorrang heeft (Cass., 15 febr. 1991, *R.W.*, 1991-92, 15, met concl. adv.-gen. G. D'Hoore).

De vraag is echter of appellante zich op deze rechtspraak kan beroepen, nu vaststaat dat zij in het geding voor de strafrechter vrijwillig is tussengekomen, gelet op de burgerlijke-partijstelling tegen haar verzekerde, en dus aan de debatten zowel over de haar verzekerde ten laste gelegde feiten als over de tegen hem gestelde burgerlijke vordering heeft deelgenomen.

Appellante werpt nochtans terecht op dat zij bij de behandeling van de zaak voor de strafrechter niet de gelegenheid heeft gehad haar stelling, dat de alcoholintoxicatie het ongeval heeft veroorzaakt, voor te dragen.

De rechten van de verzekeraar die voor het strafgerecht in een dergelijke zaak tussenkomt, zijn immers beperkt. Ingevolge artikel 9, vierde lid, in fine van de wet van 1 juli 1956 (thans artikel 14, § 2, eerste lid, in fine van de wet van 21 november 1989), kan het strafgerecht geen uitspraak doen over de rechten die de verzekeraar tegen de verzekerde of de verzekeringnemer kan doen gelden. Hieruit volgt dat de verzekeraar geen agressieve houding tegen de verzekerde voor het strafgerecht mag aannemen (zie hierover De Nauw, A., A.P.R., *Tussenkomst van derden voor de strafrechter*, 1985, 62-66, nrs. 97-101).

Meer bepaald mag de verzekeraar niet vragen dat de strafrechter een zelfde straf zou uitspreken wegens onopzettelijke doodslag of slagen en verwondingen enerzijds en dronkenschap of alcoholintoxicatie anderzijds (Gent, 15 maart 1969, *Bull.Ass.*, 1969, 248, noot R.V.G.; Gent, 25 juni 1973, *R.G.A.R.*, 1973, 9158).

Hoewel de Correctionele Rechtbank te Kortrijk zich op 16 april 1986 diende uit te spreken over het oorzakelijk verband tussen het alcoholmisdrijf van geïntimeerde en de door deze toegebrachte verwondingen, was appellante in de juridische onmogelijkheid in dit debat over de toepassing van de strafwet tussen te komen, ondanks haar aanwezigheid als partij voor het strafgerecht.

In deze omstandigheden mag aan appellante niet de mogelijkheid worden ontzegd om het door de strafrechter aangenomen feit dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen het ongeval (lichamelijke schade) en de afzonderlijk bestrafte alcoholintoxicatie, thans voor de burgerlijke rechter te weerleggen. Bij de verdediging van haar burgerlijke rechten mocht zij immers dezelfde kansen hebben als geïntimeerde.

In die mate moet de toepassing van het algemeen rechtsbeginsel van het gezag erga omnes van het strafrechtelijk gewijsde hier wijken voor het voorschrift van artikel 6, lid 1, E.V.R.M.

III. Er zijn voldoende gronden om aan te nemen dat de zeer hoge graad van alcoholintoxicatie, zijnde 2,34 gr. pro mille op het ogenblik van het ongeval, het rijgedrag van geïntimeerde ongunstig heeft beïnvloed, waardoor hij zijn snelheid niet heeft aangepast bij het inrijden van een lichte bocht naar rechts, met het gevolg dat hij zijdelings in aanrijding kwam met het tegenliggend voertuig bestuurd door Lena Van D., die zelfs tot uitwijken naast de rijbaan verplicht werd, zoals blijkt uit het door haar nagelaten remspoor.

...

De regresvordering van appellante moet dus principieel gegrond worden verklaard.

...

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER – 14 FEBRUARI 1992

Voorzitter: de h. Duys

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Van Dijk en Machielssen

Advocaten: mrs. Buysens en Eliaerts

1. Arbeidsovereenkomst – Arbeidsvoorwaarden – Wijziging – Onderling goedvinden – 2. Arbeidsovereenkomst – Loon – Begrip – Wijze van vaststelling – Detachering in het buitenland – Belastingen – Telastneming – 3. Arbeidsovereenkomst – Arbeidsvoorwaarden – Bewijs – Uitvoering van de overeenkomst – 4. Bescherming van het loon – Loon – Inhouding – Begrip – Overeengekomen nettoloan – Theoretisch loon – Fictieve inhouding – 5. Arbeidsovereenkomst – Einde – Opzegging door werkgever – Detachering in het buitenland – Opzeggingsvergoeding – Berekening – Loon – Begrip – Voordelen – Gezinsreizen – Medische kosten – Schoolgeld – Huishuur – Inkomstenbelastingen – Telastneming – Niet-rijksinwoner – 6. Arbeidsovereenkomst – Einde – Detachering in het buitenland – Opzeggingsvergoeding – Inkomstenbelastingen – Inhouding – Niet-rijksinwoner – Loonbeschermingswet – 7. Vakantiegeld – Sociale-zekerheidsbijdragen – Inhouding – Tewerkstelling in het buitenland

1. Het staat de partijen vrij in de loop van de arbeidsovereenkomst met onderling goedvinden andere arbeidsvoorwaarden te bedingen, voor zover daardoor geen wettelijke bepalingen worden geschonden.

2. Geldig is het akkoord van de werknemer om zijn loon in nettotermen uit te drukken zolang hij in het buitenland gedetacheerd is, met als verplichting voor de werkgever de eventueel in het buitenland of in het moederland verschuldigde belastingen ten laste te nemen.

3. De onbetwiste wijze waarop een arbeidsovereenkomst gedurende ongeveer drie jaar is uitgevoerd, bewijst de instemming van de werknemer met die wijze van uitvoering.

4. Het berekenen van fictieve inhoudingen op een theoretisch loon ten einde het overeengekomen nettoloan te kunnen uitbetalen, vormt geen door art. 23 Loonbeschermingswet verboden inhouding op het loon.

5. Bij de beëindiging door de werkgever van de overeenkomst van een in het buitenland gedetacheerde werknemer moet de opzeggingsvergoeding worden berekend op basis van het loon en de voordelen die overeengekomen zijn voor de tewerkstelling in het buitenland.

In casu vormden de vergoeding voor de jaarlijkse gezinsreizen, voor de schoolkosten, voor de medische kosten en voor occasioneel gepresteerde overuren geen loon of voordelen verworven krachtens de overeenkomst. Dat was wel het geval voor de door de werkgever ten laste genomen huishuur en de door hem vergoede gezinsuitgaven.

6. De werkgever kan art. 23, 1°, Loonbeschermingswet niet aanvoeren om bedrijfsvoorheffing in te houden op de opzeggingsvergoeding verschuldigd aan een in het buitenland gedetacheerde werknemer die niet-rijksinwoner is.

7. Op het vakantiegeld verschuldigd aan een in het buitenland gedetacheerde werknemer kunnen geen gewone sociale-zekerheidsbijdragen worden afgehouden.

N.V. B. t/ D.

Feiten

D. kwam als bediende in dienst van de N.V. B. vanaf 1 januari 1966 met een arbeidsovereenkomst waarin de mogelijkheid tot tewerkstelling in het buitenland bedongen was. Aldus vervulde hij achtereenvolgende opdrachten in het buitenland, met name: van 1 jan. 1977 tot 30 juli 1979: Columbia; van 25 okt. 1979 tot 21 dec. 1982: Argentinië; van 22 dec. 1982 tot 28 aug. 1987: Columbia.

In een nota van 26 maart 1987 wordt door B. het einde van de opdracht in Columbia aangekondigd met ingang van 15 juni 1987. Per telex wordt zulks door de werknemer bevestigd en hij kondigt zijn terugkeer aan tegen 11 juni 1987. Een telex uitgaande van B. van 27 mei 1987 verlengde de opdracht evenwel tot het einde van augustus. De opdracht was blijkbaar beëindigd einde augustus daar de werknemer op 21 augustus 1987 per telex zijn vertrek op 27 augustus 1987 aankondigde. D. meldde zich vervolgens op 31 augustus 1987 aan op de personeelsdienst van B., waar hem meegedeeld werd dat niet alleen aan de buitenlandse zending een einde was gekomen, maar tevens aan de tewerkstelling zelf en alleen de voorwaarden van de beëindiging der overeenkomst nog overeengekomen dienden te worden. Volgens de aannemelijke versie van de werknemer, werd hem op dat ogenblik de mogelijkheid geboden zich te beraden over de voorgestelde opzeggingsvergoeding en modaliteiten. Op de later overhandigde ontslagbrief maakte D. trouwens gewag van het gebeuren op 31 augustus 1987. Er had geen effectieve tewerkstelling meer plaats. De onderhandelingen leidden niet tot een overeenkomst en op 2 september 1987 bevestigde de werkgever met een geschrift de eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst met betaling van een opzeggingsvergoeding en vrijstelling van prestaties. Er werd

een vergoeding betaald voor de niet gepresteerde dagen van 1 en 2 september 1987.

Volgens D. was het feit niet akkoord te zijn gegaan met een voor hem nieuwe loonsituatie de ware aanleiding tot het ontslag.

Volgens B. zou de aanleiding tot het ontslag te vinden zijn in enkele tekortkomingen inzake rapportering. Bovendien wijst B. erop dat D. de gewijzigde loonvoorwaarden kende en schriftelijk zijn akkoord had gegeven op 3 november 1982 en later nogmaals op 23 mei 1984.

Ten gronde

Overwegende dat de partijen niet betwisten dat de Belgische wetgeving van toepassing is gebleven op de arbeidsverhouding;

I. Wijziging van de loonvoorwaarden wegens detachering in het buitenland

Overwegende dat appellante staande houdt dat er een wijziging overeengekomen werd van de tewerkstellingsvoorwaarden voor het personeel gedetacheerd in het buitenland, en dat met deze wijziging een vorm van gelijkstelling van al het personeel beoogd werd wat de belastbaarheid van hun inkomen betrof die aanzienlijk verschilde naargelang het land van detachering; dat B. aldus sedert 1 november 1981 administratieve onderrichtingen opstelde waarin een art. 3.3.1 als volgt luidt: «Tijdens de uitvoering van de opdracht in het buitenland geniet de werknemer in België een bedrijfsinkomen uit hoofde van zijn tewerkstelling van B. waarvan contractueel overeengekomen wordt dat dit netto gelijk is aan het brutoloon verminderd met de afhoudingen die in België normaal van toepassing zijn, met uitsluiting van de eventuele invloed van de buitenlandse opdracht op deze afhoudingen. Om alle verplichtingen t.o.v. Belgische en buitenlandse officiële instanties vlot te laten verlopen, verbindt B. er zich toe alle door die instanties opgelegde sociale bijdragen en/of belastingen verband houdend met alle inkomsten en vergoedingen, verworven uit hoofde van de tewerkstelling bij B. tijdens de opdracht in het buitenland, te voldoen op naam van de betrokken werknemer. Als gevolg hiervan is de werknemer gehouden tot terugbetaling aan B. van elke aan hem door de Belgische Staat teruggestorte bedrijfsvoorheffing die wegens het verblijf van gezegde werknemer in het buitenland niet verschuldigd zou gebleken zijn. Dezelfde regel geldt voor soortgelijke terugbetalingen door buitenlandse instanties. Ingeval de werknemer te kort schiet in zijn verplichting van terugbetaling, kan B. de niet-verschuldigd gebleken bedrijfsvoorheffing terugvorderen door inhoudingen op het loon, onverminderd de aanwending van andere rechtsmiddelen»;

Overwegende dat in de praktijk aldus een overeengekomen nettoloon uitbetaald werd aan de werknemer, welke ook de verschuldigde belastingen of inhoudingen voor sociale zekerheid zouden zijn, die in voorkomend geval steeds door de werkgever ten laste werden genomen;

dat B. stelt dat, in ruil daarvoor, de gedetacheerde werknemers andere contractuele voordelen kregen sedert 1982, en de uiteindelijke bedoeling was het onderscheid tussen de fiscale voordelen die de werknemers in de onderscheiden landen waar zij gedetacheerd werden genoten, te laten verdwijnen door allen een zelfde nettoloon uit te betalen met aangepaste verblijfsvergoedingen.

II. Fiscale toestand van D.

Overwegende dat D. sedert 23 april 1979 ambtshalve van de bevolkingslijst van de gemeente B. werd afgevoerd; dat hij zijn werkelijke, wezenlijke en blijvende woning in het buitenland had, aldaar verbleef, er zijn bezigheden verrichtte, er samen met zijn huisgenoten verbleef en er de zetel van zijn fortuin had gevestigd, zodat hij beantwoordde aan alle criteria van artikel 3, § 1, W.I.B. om als niet-rijksinwoner te worden beschouwd en geen personenbelasting verschuldigd te zijn in België; dat hij dan ook terugbetaling kreeg van de niet verschuldigde bedrijfsbelasting die (deels ten onrechte) door de werkgever in de vorm van voorheffing was afgedragen aan de fiscus voor de jaren 1978 t/m 1982 (attest fiscus);

dat aan die voor hem gunstige toestand een einde kwam door de herziening van de loonvoorwaarden bij detachering in het buitenland, meer specifiek door de detachering in Columbia, met welk land België geen internationale overeenkomst ter vermijding van dubbele belasting heeft gesloten, waardoor in werkelijkheid het brutoloon dat D. vanaf 22 december 1982 zou ontvangen in geen van beide landen belast werd;

dat een gedeelte van dit voordeel indirect afgeroomd werd door de werkgever, daar de nieuwe loonregeling aan D., ingevolge de detachering in Columbia, *de facto* minder voordeel opleverde maar voor de werkgever daarentegen lagere loonkosten uitmaakte daar *de facto* geen belastingen ten laste dienden te worden genomen;

dat daartegenover echter staat dat de nieuwe administratieve richtlijnen ongetwijfeld verborgen loonvoordelen inhielden in de vorm van «living allowances» die geen «duurte»-toeslag uitmaakten maar wel degelijk de betaling van gezinshuishoudelijke kosten beoogden zoals blijkt uit artikel 3.4 «Verblijfsvergoeding - Gezinsuitgaven»;

dat hierin een dagvergoeding opgenomen was vanaf de dag van vertrek tot de dag na aankomst, die «de kosten van voeding, huishoudartikelen, wassen en chemisch reinigen, de transportkosten binnen de agglomeratie, verantwoorde ontspanningskosten en eventuele hulp in het huishouden» moest dekken en apart verrekend werd met onkostenstaat BTA6690;

dat daarenboven een huishuurvergoeding, met inbegrip van gas, water en elektriciteit bepaald was, tenzij de huur rechtstreeks betaald werd door de werkgever (*quod in casu*), waardoor alleen de kosten van de nutsvoorzieningen vergoed werden;

dat aan gezamenlijke schatting van de bijkomende voordelen in de administratieve onderrichtingen opgesomd (waarvan de effectieve cijfers voorliggen) en die zich voegen bij de normale contractuele verhoging die bleef bestaan (20%), niet verantwoordt de verandering van de loonvoorwaarden te beschouwen als een eenzijdig in het voordeel van de werkgever en totaal in het nadeel van de werknemer uitgevoerde operatie.

III. Geldigheid van de wijziging van de loonvoorwaarden

Overwegende dat niet betwist wordt dat de werknemer sedert 1983 een maandloon ontvangen heeft overeenstemmend met het nettoloon bij een tewerkstelling in België, zijnde het brutoloon en voordelen, vermeerderd met een brutolootoeslag van 20% en andere tegemoetkomingen en vergoedingen, overeenkomstig de nieuwe loonvoorwaarden die de geschreven arbeidsovereenkomst van 1 januari 1966 aanvulden;

dat vóór 1983 de bedrijfsvoorheffing en de bijzondere bijdragen DOSZ (Overzeese Sociale Zekerheid) effectief aan de bevoegde besturen werden overgemaakt ;

dat dit vanaf 1983 niet meer het geval was en er slechts een fictieve bedrijfsvoorheffing berekend werd door B., vermeld op de individuele fiche onder de benaming contractuele inhoudingen ;

Overwegende dat het de partijen vrijstaat in de loop van een arbeidsovereenkomst, met wederzijds goedvinden andere loonvoorwaarden te bedingen, in zoverre daardoor geen wettelijke bepalingen geschonden worden ;

dat het akkoord van de werknemer om zijn loon in nettotermen uit te drukken zolang hij in het buitenland verblijft met als verplichting voor de werkgever alle verschuldigde bedrijfsbelasting in het moederland en in het land van tewerkstelling ten laste te nemen, rechtsgeldig is ;

dat een dergelijke overeenkomst onder bepaalde omstandigheden zelfs als een bijkomend loonvoordeel kan worden beschouwd ;

dat *in casu* evenwel bepaald werd dat de werknemer gehouden was tot terugstorting aan de werkgever van de bedrijfsvoorheffing die eventueel ten onrechte was ingehouden en overgemaakt aan de fiscus en die later terugbetaald werd aan de werknemer ;

dat geïntimeerde moeilijk staande kan houden dat hij dit akkoord niet onderschreven heeft ;

dat op het ogenblik dat een nieuwe opdracht aanvaard werd vanaf 23 oktober 1982 met standplaats Argentinië, de voorwaarden uitdrukkelijk omschreven werden in een geschreven document dat *in fine* vermeldt : «Ondergetekende verklaart te hebben kennis genomen van de bovenvermelde financiële voorwaarden alsmede van de administratieve onderrichtingen voor werknemers belast met een opdracht in het buitenland d.d. 1 november 1981 waarvan hij verklaart een kopie te hebben ontvangen en die hij aanziet als bindend – voor akkoord – getekend D. – datum 3 november 1982» ;

dat hij op 23 mei 1984, ditmaal met als land van opdracht Columbia, een identieke verklaring voor akkoord ondertekende ;

dat weliswaar de bundel «administratieve onderrichtingen» die de vorige van 16 april 1974 vervingen, niet pagina voor pagina gekorttekend werd, maar de uitvoering van de overeenkomst, zonder bewezen protest vóór 23 oktober 1986 (...) duidelijk aantoonde dat de partijen deze «onderrichtingen» gedurende een drietal jaren probleemloos hebben uitgevoerd, waarbij D. de extra-voordelen bepaald in deze onderrichtingen genoot en B. door de gunstige belastingregeling eveneens beter af was zonder dat de werknemer minder ontving dan dat wat overeengekomen was in de arbeidsovereenkomst ;

dat ook niet aanvaard kan worden dat er dwaling omtrent de feiten geweest is, daar uitdrukkelijk bepaald werd dat teruggestorte belastinggelden aan B. dienden te worden overgemaakt en de werkgever zelfs over een volmacht beschikte om die terugbetalingen rechtstreeks uit handen van de fiscus te ontvangen ;

Overwegende ten slotte dat de vraag om inlichtingen door D. gericht aan de Administratie der Belastingen in België op 20 april 1987 niet als een protest tegen de werkgever kan gelden en dus niet ter zake dienend is ;

IV. Terugvordering van de «contractuele inhouding» zijnde een fictieve operatie

Overwegende dat het feit fictieve inhoudingen te berekenen op een theoretisch loon ten einde een overeengekomen nettoloon uit te keren, niet gelijkstaat met een effectieve inhouding op het loon in de zin van art. 23 van de Loonbeschermingswet (Arbh. Antwerpen, 9 maart 1990, *J.T.T.*, 1991, 449) ;

dat een dergelijke handelwijze geen overtreding van de wet uitmaakt en een volledige uitvoering van de door de partijen gesloten overeenkomst in het kader van een detachering in het buitenland geenszins in de weg staat ;

dat geïntimeerde ontvangen heeft wat in zijn voordeel bedongen was, onverminderd het feit dat, door de afwezigheid van een internationale overeenkomst inzake personenbelastingen tussen Columbia en België, de loonkosten voor de werkgever in dit geval lager kwamen te liggen ;

dat *in casu* de benaming «contractuele inhouding» de werkelijke operatie niet dekt, daar het slechts om een berekening gaat van een fictieve inhouding op een theoretisch loon ;

dat de bedragen die aldus fictief berekend werden geen deel uitmaakten van het loon, geïntimeerde geen aanspraak erop kan maken in tegenstelling met hetgeen de eerste rechter besliste, en deze bedragen evenmin in aanmerking komen bij de berekening van de opzeggingsvergoeding ;

Overwegende dat het hoofdberoep gegrond is wat de «terugbetaling van (vermeende) inhoudingen» betreft ;

V. Overige onderdelen van de vordering

a. Einde van de arbeidsovereenkomst

Overwegende dat de eerste rechter terecht heeft vastgesteld dat D., na zijn terugkeer uit Columbia, geen arbeidsprestaties meer heeft verricht, de arbeidsovereenkomst eenzijdig beëindigd werd door de werkgever die op 31 augustus 1987 het ontslag heeft meegedeeld en alleen de onderhandelingen omtrent de gepaste vergoeding nog aansleepten tot 2 september 1987, ogenblik waarop schriftelijk de eenzijdig bepaalde opzeggingsvergoeding gelijk aan 24 maanden loon en voordelen – maar berekend op een tewerkstelling in België – aan D. werd bevestigd ;

dat als datum «uit dienst» op de individuele rekening van 1987 trouwens vermeld staat 31 augustus 1987, en slechts achteraf een bijkomende fiche werd opgemaakt voor de betaalde dagen van 1 en 2 september 1987 ;

dat het feit achteraf vergoed te zijn geweest voor die twee dagen niet impliceert dat D. wel gepresteerd heeft en uit het relaas van de feiten, niet weerlegd door appellante, gebleken is dat het einde van de tewerkstelling van D. samenvalt met het einde van zijn buitenlandse detachering.

b. Omvang van de opzeggingsvergoeding

Overwegende dat de eerste rechter, rekening houdende met de arbeidssituatie van de werknemer, een vergoeding overeenstemmend met 24 maanden loon en voordelen gepast achtte ;

dat hij evenwel die vergoeding berekende op de loonsituatie zoals deze zich zou hebben voorgedaan wanneer de werknemer de opzeggingsperiode had dienen voort te werken onder de voorwaarden die gelden voor een tewerkstelling in België ;

Overwegende dat dit slechts opgaat in zoverre D. opnieuw en ditmaal in België, tewerkgesteld zou zijn geweest na zijn terugkeer, *quod non* ;

Overwegende dat, daar er geen tewerkstelling in België meer was en de werknemer tot en met 31 augustus 1987 betaald was onder de voorwaarden geldend voor een buitenlandse tewerkstelling, het deze voorwaarden zijn die in acht dienen te worden genomen voor de berekening van de opzeggingsvergoeding;

c. In acht te nemen loon en voordelen

Overwegende dat contractueel zowel een loonsverhoging als een forfaitaire vergoeding voor bijzondere uitgaven met betrekking tot een tewerkstelling in het buitenland bedongen waren;

c.1. Kosten eigen aan de werkgever

Overwegende dat, hoewel de fiscale kwalificatie, of die welke de administratie inzake sociale bijdragen erop nahoudt, geen afdoend criterium om de aard van een vergoeding te bepalen uitmaakt, die kwalificaties niettemin aanwijzingen kunnen inhouden omtrent de erkenning van het bestaan van bijzondere uitgaven;

dat de aard van bepaalde bijzondere vergoedingen echter een feitelijke appreciatie uitmaakt;

Overwegende dat gebruikelijk onder «meeruitgaven», die niet door loon of bijzondere vergoeding gedekt worden, de uitgaven eigen aan de werkgever verstaan worden;

dat deze uitgaven, waarvan het bestaan onbetwistbaar is maar waarvan de omvang moeilijk te bewijzen en juist te berekenen valt, op een forfaitaire manier terugbetaald worden door de werkgever maar geen loon vormen in de zin van de arbeidsovereenkomstenwet en als dusdanig niet in aanmerking komen voor de berekening van de opzeggingsvergoeding;

Overwegende dat *in casu* de forfaitaire terugbetaling voor bijzondere kosten van onderwijs in het buitenland voor de schoolplichtige kinderen, medische verzorging alsmede de kosten voor jaarlijkse reizen van het gezin naar het moederland, geen deel uitmaken van het loon in zoverre zij de werknemer enkel voor een verarming behoeden die het gevolg is van zijn detachering naar het buitenland;

dat derhalve geen rekening gehouden kan worden met de posten reistickets, schoolkosten en medische kosten;

c.2. Verblijfsvergoeding

c.2.1. Huishuur gedragen door de werkgever

Overwegende dat D. geen verlies leed voor een woning die, hoewel niet bewoond in het moederland, toch niet kon worden verhuurd;

Overwegende dat de huishuur volledig gedragen werd door de werkgever, zoals blijkt uit de overgelegde huishuurovereenkomst tussen huiseigenaar en I. en de betaalbewijzen, hetgeen onbetwistbaar een voordeel in natura uitmaakt en als dusdanig een bijkomend voordeel uitmaakt t.a.v. het overeengekomen nettoloon;

c.2.2. Gezinsuitgaven zoals beschreven in de Adm. Onderr. 3.4 en reeds behandeld hierboven onder II.

Overwegende dat deze kosten de normale kosten zijn die ook door de werknemer te dragen zouden zijn in het moederland, en geen bewijs voorhanden is dat de verblijfskosten in Columbia, aanzienlijk hoger zouden liggen dan die in België of dat de werknemer, door een bepaalde status te moeten voeren, tot extrakosten verplicht wordt;

dat deze kosten door de werkgever voor de in het buitenlandverblijvende werknemer ten laste werden genomen, terwijl zulks niet het geval is bij een tewerkstelling van die werknemer in België;

dat een dergelijke vergoeding *in casu* een tegenprestatie is voor de arbeid verricht in het buitenland en dan ook als verborgen loon beschouwd dient te worden;

c.3. Overuren en reisen

Overwegende dat het presteren van overuren, zoals appellante terecht laat gelden, geen constante uitmaakte in de activiteiten van D.;

dat vergoedingen wegens occasioneel gepresteerde overuren geen deel uitmaken van de basisbezoldiging en de bedongen bijkomende loonvoordelen die in aanmerking genomen dienen te worden om de opzeggingsvergoeding te berekenen;

dat hetzelfde geldt voor de variabele reisen;

c.4. Privé-gebruik firmawagen

Overwegende dat het ter beschikking stellen van een autovoertuig, zowel voor gebruik in dienst van de firma als voor ongelimiteerd privé-gebruik, wel degelijk een voordeel in natura uitmaakt dat *ex aequo et bono* begroot en in aanmerking gekomen kan worden ten belope van netto 6.000 fr. per maand;

c.5. Dertiende maand

Overwegende dat, wat de dertiende maand betreft deze overeenkomstig de gebruiken in de firma, bij gebrek aan een afgesloten C.A.O.-regio Antwerpen-P.C. nr. 209, conventioneel beperkt berekend werd op het basisloon, met uitsluiting van de vergoeding van 20% voor buitenlandse tewerkstelling en van de andere voordelen;

dat geïntimeerde de door appellante in dat verband aangevoerde argumenten niet weerlegt en er bovendien enige onduidelijkheid is omtrent de vordering tot betaling van een prorata jaareindepremie bij uitdiensttreding, wat door de eerste rechter niet verder is uitgediept;

dat het past hieromtrent de partijen opnieuw te horen;

c.6. Vakantiegeld

Overwegende dat, bij de berekening van het vakantiegeld, de elementen dienen in acht te worden genomen vermeld, hierna, onder 4.V. e en f;

d. Berekening van de opzeggingsvergoeding

Overwegende dat, daar de opzeggingsvergoeding dient te worden berekend op grond van «het lopende loon» op het ogenblik van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, de loonvoorwaarden die golden voor de detachering in het buitenland van toepassing zijn en D. slechts aanspraak kan maken op het nettogedeelte van het hypothetisch brutoloon, vermeerderd met de bijkomende voordelen zoals hierboven in aanmerking genomen;

dat anderzijds contractueel bepaald was dat B. de eventueel verschuldigde bijdragen voor sociale zekerheid en de belastingen op het loon voor haar rekening zou nemen, en deze voorwaarden op dezelfde manier toegepast dienen te worden op de opzeggingsvergoeding, daar het ontslag gebeurde bij het einde van de buitenlandse tewerkstelling;

e. Fiscale behandeling van de opzeggingsvergoeding en het vakantiegeld

Overwegende dat de laatste tewerkstelling van D. in Columbia gesitueerd dient te worden, hij aldaar reeds jaren verbleef zonder in België nog een domicilie te hebben gehad en hij ook niet opnieuw rijksinwoner is geworden in de zin van de toenmalige wetgeving;

dat bovendien gebleken is dat er geen nieuwe tewerkstelling in België heeft plaatsgevonden na het ontslag op 31 augustus 1987;

Overwegende dat de argumentering door appellante in het kader van de fiscale behandeling van de opzeggingsvergoeding ontwikkeld, niet relevant is, daar zij uitgaat van een verkeerde premisse, nl. een nieuwe tewerkstelling in België, en de bestuurlijke inlichtingen verstrekt op grond van verkeerde gegevens evenmin relevant zijn om dezelfde reden;

Overwegende dat de opzeggingsvergoeding principieel overeenkomstig de artikelen 20, 2°, en 26, 3°, W.I.B., diende te worden beschouwd als een bezoldiging waarop een belasting bij wijze van voorheffing geïnd dient te worden (art. 153 W.I.B.) maar dit slechts geldt in zoverre deze vergoeding aan een rijksinwoner, onderworpen aan de Belgische personenbelasting overeenkomstig art. 3 W.I.B., wordt uitbetaald;

Overwegende dat D. niet-rijksinwoner was en niet onderworpen was aan de belastingen op de niet-verblijfhouders; dat indien geen belasting verschuldigd is in België op de inkomsten die D. genoot uit hoofde van zijn tewerkstelling in het buitenland, *quod in casu*, er geen bedrijfsvoorheffing kon worden geïnd en dit evenzeer het geval is wat de opzeggingsvergoeding betreft;

Overwegende dat B., als Belgische vennootschap die een opzeggingsvergoeding dient te betalen toekomende aan een niet-verblijfhouder voor een in het buitenland uitgeoefende werkzaamheid, vrijgesteld is van afhouding van bedrijfsvoorheffing (Van Beziën, *Bedrijfsvoorheffing ATO*, T.203-1750; Gijsen, *Actuele problemen van arbeidsrecht*, I, nr. 302, p. 221; Hinnekens, «Fiscaal statuut van Belgen tewerkgesteld in het buitenland en van buitenlanders tewerkgesteld in België, *Actuele problemen van arbeidsrecht*, II, nr. 252, p. 150);

dat in casu voldoende bekend was dat D. voldeed aan de voorwaarden gesteld bij art. 141, 2°, W.I.B. inzake vrijstelling van Belgische belastingen en bedrijfsvoorheffingen, de werkgever op de hoogte was en moest zijn van het feit geen schuldenaar te zijn van die bedrijfsvoorheffing en B. in het verleden trouwens gebruik maakte van de desbetreffende wetsbepalingen om geen afhoudingen over te maken aan de fiscus;

dat het standpunt van een ambtenaar van de fiscus waarnaar appellante verwijst (en waarvan niet beweerd wordt dat het specifiek betrekking heeft op de toestand van D.) wat de toepassing van het vroegere artikel 141, 2°, W.I.B. betreft, geen steun vindt in rechtsleer of rechtspraak en dan ook niet bindend is;

Overwegende dat daarenboven contractueel bepaald was dat de werknemer steeds gerechtigd was op nettolonen en voordelen, en de werkgever de eventuele verschuldigde belastingen en afhoudingen te zijnen laste diende te nemen, een mogelijkheid die beoogd is in art. 182 W.I.B.;

f. Vakantiegeld 1986 en 1987

Overwegende dat, gelet op hetgeen hierboven is uiteengezet, het vakantiegeld alleen berekend dient te worden op de werkelijke loonbestanddelen en niet op het hypothetische brutoloon noch op de meerkosten ten laste van de werkgever;

dat in casu zowel de overuren en reisen, als de jaareindepremie, de bijzondere vergoeding van 20% op het hypothetische brutoloon, de dagelijkse verblijfsvergoeding en het reële voordeel in natura (huishuur en privé-gebruik van firmawagen) in aanmerking moeten worden genomen bij het bepalen van het vakantiegeld in de zin van artikel 46 («vertreksgeld») en artikel 38, 2°, van het K.B. van 30 maart 1967 op de jaarlijkse vakantie;

dat geen gewone bijdragen voor sociale zekerheid kunnen worden afgehouden op dit vakantiegeld, daar de Belgische wetgeving betreffende de sociale zekerheid in principe niet van toepassing is op de personen die in het buitenland zijn tewerkgesteld;

dat, zoals hierboven uiteengezet, evenmin bedrijfsvoorheffing verschuldigd was;

g. In mindering te brengen bedragen

Overwegende dat B., op voormelde gronden, artikel 23, 1°, van de Loonbeschermingswet niet kan inroepen om haar effectief maar ten onrechte verrichte afhoudingen te wettigen;

Dat B. zich dan ook niet geldig kweet door het inhouden, respectievelijk doorstorten, aan de fiscus van niet verschuldigde bedrijfsvoorheffing op de door de eerste rechter toegekende opzeggingsvergoeding, noch op de verschuldigde vakantiegelden, zodat deze sommen niet in mindering kunnen worden gebracht van hetgeen appellante uiteindelijk nog verschuldigd is aan geïntimeerde;

Overwegende dat de sommen die appellante inmiddels netto uitgekeerd heeft als vakantiegeld 1986, vakantiegeld bij uitdiensttreding in 1987, vergoeding voor niet genomen verlofdagen, en — daar loon niet gecumuleerd kan worden met opzeggingsvergoeding — de nettovergoeding voor 1 en 2 september 1987 alsmede 1.186 fr. niet verschuldigd vakantiegeld daarop berekend, wel in mindering dienen te worden gebracht bij de afrekening tussen partijen.

...

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

H.v.J., 17 februari 1993

Europese Gemeenschappen — Sociale politiek — C.A.O. nr. 17 — Ontslag van werknemers van meer dan zestig jaar — Aanvullende vergoeding

Op verzoek van de Commissie verklaart het Hof voor recht: «Door een wettelijke regeling te handhaven volgens welke werknemers van meer dan 60 jaar niet in aanmerking komen voor de aanvullende vergoeding bij ontslag waarin de bij koninklijk besluit van 16 januari 1975 algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst nr. 17 voorziet, is het Koninkrijk België de krachtens artikel 119 EEG-Verdrag op hem rustende verplichtingen niet nagekomen.»

(Zaak C-173/91 — Commissie t/ België — Bron: Weekoverzicht van het Hof van Justitie)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 12 februari 1993

Bevoegdheid en aanleg — Aanleg — Rechtbank van koophandel — Hoofdvordering en tegenvordering wegens tergend en roekeloos geding — Samengevoegde bedragen die 15.000 fr. overschrijden — Vonnis in eerste aanleg

Eiser was voor de rechtbank van koophandel gedagvaard tot betaling van een saldo van 12.694 fr. op een geaccepteer-

de wissel. De rechtbank veroordeelde hem tot betaling van dat bedrag en wees zijn wegens tergend en roekeloos geding ingestelde tegenvordering van 2.500 fr. als ongegrond af. Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 18 november 1991) verklaart eisers hoger beroep niet ontvankelijk op grond «dat een beslissing over een saldo van een schuldvordering, dat minder dan 15.000 fr. bedraagt, in laatste aanleg wordt gewezen, zelfs indien het oorspronkelijke bedrag van de verbintenissen die som te boven gaat». Het arrest wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat, ingevolge artikel 617, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, als gewijzigd door artikel 4 van de wet van 29 november 1979, de vonnissen van de rechtbank van koophandel, waarbij uitspraak wordt gedaan over een vordering waarvan het bedrag 15.000 fr. overschrijdt, in eerste aanleg worden gewezen;

«Overwegende dat artikel 620 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat, wanneer de tegenvordering ontstaat uit het contract of uit het feit dat aan de oorspronkelijke rechtsvordering ten gronslag ligt, ofwel uit de tergende of roekeloze aard van deze vordering, de aanleg wordt bepaald door de samenvoeging van het bedrag van de hoofdvordering en het bedrag van de tegenvordering;

«Overwegende dat verweerster voor de eerste rechter 12.694 fr. vorderde, onverminderd de gerechtelijke interest en de kosten; dat eiser wegens tergend en roekeloos geding bij tegeneis van verweerster 2.500 fr. vorderde, zodat de waarde van het geschil 15.000 fr. overschrijdt en het beroepen vonnis derhalve in eerste aanleg werd gewezen;

«Dat het middel gegrond is.»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur: de h. Forrier – Openbaar ministerie: de h. De Swaef – Advocaat: mr. Geinger – In de zaak: Van den B. t/N.)

NOOT – De appelgrens is thans 75.000 fr. Zie Jean Laenens en Karen Broeckx, «Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling», nrs. 79-81, *R.W.*, 1992-93, 909-910.

Hof Gent (21e Kamer), 16 oktober 1992

Verzekering – Motorrijtuigen – Regresvordering van de verzekeraar – Afzonderlijke straf wegens dronkenschap – Geen gelijke kansen van de verzekeraar voor de strafrechter – Nieuw onderzoek van het oorzakelijk verband voor de burgerlijke rechter

Geïntimeerde, verzekerde, is door de strafrechter tot afzonderlijke straffen veroordeeld wegens het onopzettelijk toebrengen van slagen en verwondingen en wegens alcohol-intoxicatie. De eerste rechter heeft de regresvordering van appellante, verzekeraar, afgewezen. Over «het niet gebonden zijn door de beslissing van de strafrechter en diens niet noodzakelijk en zeker beslissen over het oorzakelijk verband», oordeelt het hof als volgt:

«De appellante betwist de beslissing van de eerste rechter dat de strafrechter heeft geoordeeld dat er geen causaal verband is tussen de veroorzaakte schade en het rijden onder invloed van alcoholhoudende dranken en dat de burgerlijke rechter door die uitspraak is gebonden. Zij doet daartoe gelden dat zij bij dat geding voor de strafrechter niet aanwezig is geweest en dat, daar er te dien tijde geen burger-

lijke-partijstelling was, over het oorzakelijk verband niet werd geoordeeld.

...

«De stelling van de appellante nopens de mogelijkheid tot het bewijs van het voorhanden zijn van het oorzakelijk verband vindt steun in het van openbare orde zijnde artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950. Daar wordt immers een ieder het recht gegeven op een eerlijke behandeling van zijn zaak, bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen, wat onder meer inhoudt dat de partijen in een burgerlijk geding gelijke kansen moeten hebben om de door de andere partijen aangedragen bewijzen te weerleggen.

«Anderzijds volgt uit het internrechtelijk algemeen rechtsbeginsel van het gezag erga omnes van het strafrechtelijk gewijsde onder meer dat de feiten waarvan de strafrechter, in het kader van zijn beslissing op de strafvordering, ten aanzien van de beklagde het bestaan zeker en noodzakelijk heeft aangenomen, door derden in een later civiel geding niet meer kunnen worden betwist. Indien die toepassing van het bedoelde algemeen rechtsbeginsel in strijd komt met de toepassing van artikel 6, lid 1, E.V.R.M., heeft het voorschrift van het Verdrag, dat rechtstreekse werking bezit, voorrang (cf. Cass., 15 februari 1991, *R.W.*, 1991-92) 15, met concl. adv.-gen. G. D'Hoore, *J.T.*, 1991, 741, noot Dalcq, R., *R.C.J.B.*, 1992, 5, noot Rigaux, F., en *J.L.M.B.*, 1991, 1159, noot Piedboeuf, F. en Schamps, G.).

«Daar de eerste rechter in het bestreden vonnis, op grond van het beginsel van het gezag erga omnes van het strafrechtelijk gewijsde, de appellante, in een geding betreffende haar burgerlijke rechten en verplichtingen, ten opzichte van de andere gedingvoerende partij geen gelijke kansen heeft gegeven om het aangedragen bewijs betreffende het oorzakelijk verband te leveren resp. te weerleggen, heeft hij alleszins artikel 6, lid 1, van het E.V.R.M. geschonden.

«Dit hof zal derhalve, ongeacht wat de strafrechter reeds heeft beslist, hierna de betwisting nopens het bestaan van het bedoelde oorzakelijk verband opnieuw onderzoeken.»

(Voorzitter: de h. Verhaegen – Advocaten: mrs. Lefere loco Van Tyghem en Remmerie – In de zaak: N.V. T. t/ B.)

NOOT – Zie elders in dit nummer het arrest van het Hof Gent, 23 februari 1993.

BOEKEN

MARC UYTENDAELE, *Le fédéralisme inachevé. Réflexions sur le système institutionnel belge, issu des réformes de 1988-89*, Bruylant, Brussel, 1991, 689 pp.

In tegenstelling tot wat de titel zou kunnen laten vermoeden, is het boek van Marc Uyttendaele niet beperkt tot een analyse van het Belgische grondwettelijk bestel. Het Belgisch systeem wordt niet als een losstaand gegeven beschouwd, maar geplaatst in een breed rechtsvergelijkend perspectief.

Het boek bevat twee grote delen.

Titel I geeft een beschrijving van de essentiële kenmerken van de in de westerse wereld bestaande federale staatsvormen. Daarbij komen aan bod: de instellingen in een federaal systeem waarbij bijzondere aandacht is besteed aan de samenstelling en de rol van de tweede kamer, de deelname van de deelgebieden aan de herziening

van de Grondwet en aan de aanwijzing van de leden van de uitvoerende en de rechterlijke macht, de onderlinge verhouding van de deelgebieden en de mate van hun autonomie, de systemen van bevoegdheidsverdeling tussen de federale overheid en de deelgebieden en ten slotte de functie van de hoogste rechtscolleges bij het waken over de evenwichten in een federaal regime. Het aantal landen dat bij dit alles aan bod komt is ruim: de V.S., Canada, Australië, Zwitserland, Oostenrijk, Duitsland, Spanje en Italië worden in de vergelijking betrokken.

Titel II beschrijft de progressieve (en chaotische) ontwikkeling van het Belgisch federaal systeem.

Hoofdstuk I is getiteld «Le contexte fédéral» en behandelt achtereenvolgens de instellingen van het centraal niveau, waarbij o.m. ook de geplande hervorming van de Senaat uitvoerig aan bod komt, de instellingen van gemeenschappen en gewesten, het principe van de autonomie en de vraag naar de onderlinge gelijkheid van de deelgebieden.

Hoofdstuk II is getiteld «L'effectivité fédérale» en bevat een zeer uitvoerige en kritische doorlichting van het Belgische bevoegdheidsverdelingssysteem.

Hoofdstuk III, ten slotte, is getiteld «Les garanties fédérales» en handelt achtereenvolgens over het Arbitragehof, het Overlegcomité en de samenwerkingsrechten.

Uit het eerste deel distilleert de auteur een model van een federale staat, die het naast elkaar bestaan van verschillende juridische orden veronderstelt. Eigen, en tegelijk fundamenteel voor de werkzaamheid van «le contexte fédéral», zijn de principes van participatie en autonomie. Participatie veronderstelt de deelname van de deelgebieden aan de organisatie en de instellingen van het federaal gezag. Participatie is een uiting van nationale solidariteit tussen de deelgebieden. Participatie laat de integratie toe van de verschillende deelgebieden in een homogeen geheel en bevordert de eenheid van de Staat. Autonomie betekent zeggenschap van de deelgebieden over hun eigen organisatie en bevoegdheidsuitoefening, zonder inmenging van de federale overheid. Over de realisatie van deze basisprincipes wordt in de regel gewaakt door een constitutionele rechter.

Een toetsing van het Belgisch staatsmodel zoals dat resulteerde uit de staatshervorming van 1988-89 aan dit basismodel, doet de auteur besluiten dat het Belgisch federaal systeem niet af is: «le fédéralisme inachevé». De basisprincipes van participatie en autonomie zijn niet voldoende uitgebouwd.

Het principe van participatie vindt zijn neerslag in de samenstelling, de werking en de bevoegdheden van de tweede kamer. De auteur constateert dat in België de hervorming van de Senaat in die zin is uitgebleven: de deelgebieden participeren via hun aanwezigheid in de Senaat niet aan de totstandkoming van nationale wetten en de vorming van de centrale regering. In België zijn het integendeel de nationaal verkozenen die deelnemen aan de wetgevende en indirect ook de uitvoerende macht van de deelgebieden. Een hervorming van de Senaat is dan ook noodzakelijk.

Ook de andere vormen van samenwerking en participatie (de samenwerkingsvormen in de bijzondere wet, samenwerkingsakkoorden, interministeriële conferenties) zijn volgens de auteur nog onvoldoende uitgebouwd en te vaak gestoeld op facultatieve basis om van een echt coöperatief federalisme te kunnen spreken. Wel geeft de auteur toe dat de bijzondere wet van 8 augustus 1988 op dit punt een gevoelige vooruitgang tot stand heeft gebracht doordat de niet-naleving van verplichte vormen van samenwerking door het Arbitragehof en de Raad van State kan worden bestraft.

Het principe van autonomie dat eigen is aan een federaal systeem, moet de deelgebieden waarborgen bieden tegen de inmenging van de centrale overheid en tegen onderlinge inmenging tussen de deelgebieden. Het principe vindt in een federaal staatsmodel zijn weerslag in de zelfstandige organisatie van de deelgebieden en in de bevoegdheden die hun worden toegekend door de Grondwet.

Ook wat de realisatie van de autonomiegedachte betreft, zijn er fundamentele lacunes in het Belgische systeem.

De autonomie wordt in gevaar gebracht door: het systeem van het dubbelmandaat en de verbondenheid van het lot van de instellingen van de deelgebieden aan dat van de centrale instellingen, het gebrek aan zeggenschap over de organisatie van de eigen instellingen, het systeem van bijzondere meerderheden, wat tot een vetorecht kan leiden en op de wederzijdse autonomie een hypotheek legt.

Ook het Belgisch bevoegdheidsverdelingssysteem doet afbreuk aan de autonomie van de deelgebieden. Hoewel de deelgebieden exclusief bevoegd zijn in de hun toegewezen aangelegenheden, leidt dit niet altijd tot een autonome bevoegdheidsuitoefening.

Als tekortkomingen in het bevoegdheidsverdelingssysteem ziet de auteur onder meer het gebrek aan homogene bevoegdheidspakketten en aan een eenduidige bevoegdheidsverdelingsmethode, de te beperkte mogelijkheid voor de deelgebieden om buiten hun bevoegdheidsgebied te treden op grond van de impliciete bevoegdheden en de onvoldoende mogelijkheden om strafrechtelijk de naleving van de uitgevaardigde normen af te dwingen.

Ook wat de waarborgen betreft die in een federaal systeem worden geboden door de constitutionele rechter, meent de auteur dat het Belgische systeem niet af is. Waar het Arbitragehof zich duidelijk heeft kunnen affirmeren in het kader van de bevoegdheden toegekend door de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet en zijn bevoegdheden in het kader van deze grondwettigheidscontrole ruim interpreteert, meent de auteur dat voor het Hof een grotere rol weggelegd zou moeten zijn in het kader van de problemen tussen de federale overheid en de deelgebieden en tussen de deelgebieden onderling. Volgens de auteur moet het Hof niet alleen bij conflicten op het wetgevend vlak kunnen optreden, maar ook bij alle juridische conflicten die voortkomen uit een federale structuur.

De auteur besluit dat het Belgische systeem, hoewel het in een veelheid van opzichten federale kenmerken heeft, als federaal systeem niet echt af is.

De wijze van ontwikkeling van het Belgische systeem is daaraan volgens hem niet vreemd. Het Belgisch staatsmodel is niet het resultaat van een eenmalig wetgevend ingrijpen waarbij een volmaakt theoretisch concept werd ingevoerd, maar het resultaat van lange en moeizame onderhandelingen, waarbij tal van compromissen noodzakelijk waren. Ook het naast elkaar bestaan van gemeenschappen en gewesten heeft de doorzichtigheid niet bevorderd.

Met de staatshervorming van 1970 is België onmiskenbaar de federale weg ingeslagen. De verdere evolutie strandt evenwel in hoofdzaak op problemen betreffende de hervorming van de Senaat en de samenstelling van de wetgevende vergaderingen van de deelgebieden en op de tekortkomingen in het bevoegdheidsverdelingssysteem. Concreet meent de auteur dan ook dat de volgende aanpassingen noodzakelijk zijn: een vereenvoudiging van de structuren door slechts vier deelentiteiten te erkennen (een Vlaamse, een Waalse, een Brusselse en een Duitstalige); de rechtstreekse verkiezing van de wetgevende vergaderingen van de deelgebieden; de hervorming van de Senaat op een wijze die de deelgebieden toestaat via de tweede kamer te participeren aan het federale gezag; een wijziging van het bevoegdheidsverdelingssysteem waarbij enerzijds aan de deelgebieden meer homogene bevoegdheidsblokken worden toegekend en anderzijds de erkenning van gemengde of concurrerende bevoegdheden in plaats van vast te houden aan het onhoudbare dogma van de absolute exclusiviteit; een meer soepele en daardoor efficiëntere toepassing van het systeem van de impliciete bevoegdheden; een uitbreiding van de bevoegdheden van het Arbitragehof, dat moet kunnen optreden ten aanzien van alle mogelijke juridische conflicten die kunnen voortkomen uit een federaal staatsbestel.

Het afwerken van de staatshervorming vraagt ten slotte volgens de auteur ook een psychologische omschakeling. De opkomst van de deelgebieden moet niet noodzakelijk worden gezien als een bedreiging voor de federale overheid. Echt federalisme impliceert een permanente dialectiek tussen de factoren integratie en autonomie. Het aan vele federale systemen eigen principe van de «Bundes-treue» is er om aan te tonen dat de federale overheid meer is dan alleen maar de som van de deelgebieden. Het ingang doen vinden van die gedachte is onmisbaar om te komen tot echt federalisme.

Dat de analyse van Marc Uyttendaele pertinent is en de auteur zeer juist de tekortkomingen in het Belgische staatsmodel heeft aangewezen, blijkt uit de thans door het parlement besproken staatshervorming, waarbij onder meer de hervorming van de Senaat, de rechtstreekse verkiezing van de raden, de aanpassing van het bevoegdheidsverdelingssysteem op de agenda staan.

Het boek van Marc Uyttendaele wordt door de nieuwe hervormingen niet achterhaald. Het rechtsvergelijkend deel is door zijn helderheid en uitgebreidheid een blijvende bijdrage tot het Belgische constitutionele recht; de analyse van het staatsmodel zoals dat resulteerde uit de hervormingen van 1988-89, is een van de meest fundamentele bijdragen over deze fase in de hervorming van de Staat. In de literatuur over de hervorming van de Belgische Staat zoals die begon in 1970 en nog steeds aan de gang is, wordt dit boek een vaste waarde.

L.K. VAN ZALTBOOMMEL, *De betekenis van het recht als systeem*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1993, 195 pp.

Denken over recht als «systeem» is weer «in». Nu ook in België het Hof van Cassatie de kraan met algemene rechtsbeginselen weer begint toe te draaien, komen hier en daar theoretische reflecties aan de orde over het recht als *systeem* met als accent de *rechtszekerheid* of het recht als gedragsregels met de nadruk op *rechtvaardigheid*.

Het voorliggende boek is de handelseditie van een studie waarmee de auteur onlangs aan de Universiteit te Amsterdam promoveerde.

De probleemstelling – nl. de spanning tussen rechtvaardigheid-/billijkheid enerzijds en rechtszekerheid anderzijds – en de teloor-gang van het recht als systeem wordt in een eerste fase voorgesteld in de vorm van drie «uitbarstingen». Dit woordgebruik ten spijt zal het zo'n vaart wel niet gelopen hebben. In een eerste «uitbarsting» wordt het legisme op de korrel genomen, waarbij het vooral gaat om de afstand die bestaat tussen een rigide codificatiedenken en een sociale werkelijkheid die ook andere behoeften heeft.

Een tweede «uitbarsting» is gericht tegen de overheersing van de rechtvaardigheid in het rechtsdenken, meer in het bijzonder toegespitst op de vrije rechtsvinding. Belangrijk daarin acht de auteur de opvatting van Houwing, volgens welke recht in de eerste plaats een «regeling» behoort te zijn, en pas in de tweede plaats een «billijke regeling». Tevens wordt gewezen op (en gewaarschuwd tegen) het gebruik van «standaardformules» (Belgische juristen zouden wellicht de term «open norm» of «blanketnorm» gebruiken). Daarbij wordt de vrijheid van de rechter verruimd, maar vermindert de rechtszekerheid omgekeerd evenredig. De voorstanders van een dergelijke opvatting (waaronder de genoemde Houwing, leermeester van Paul Scholten) achten rechtvaardigheid evenwel belangrijker.

De derde «uitbarsting» uit zich in een kritiek op de overheersing van vage normen. Vanuit Nederland komend zal die klacht wel iets van waarheid in zich hebben nu de opstellers van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek nogal kwistig gebruik gemaakt hebben van termen als «redelijkheid» en «billijkheid». De auteur citeert in dit verband Vranken, die van mening is dat die ingebouwde spanning zich nog wel zal ontladen. Nu, dat valt nog te bekijken, maar de auteur is de mening toegedaan dat de Hoge Raad zelf een concrete invulling zal moeten geven van bepaalde normen (en als zodanig in de plaats zal treden van de wetgever). Of wij ons daar het best in schikken zoals de auteur dat nogal lijdelijk aangeeft, is niet zo vanzelfsprekend. Het is niet omdat het hoogste rechtscollege een bepaalde invulling geeft van een norm dat daarom meteen de kraan van de vrije rechtsvinding weer wordt opengedraaid, wat de auteur wel lijkt te vrezen.

Deze laatste «uitbarsting» is meteen de aanzet voor een analyse van redelijkheid en billijkheid bij de uitlegging van overeenkomsten. De auteur stelt hier twee stromingen vast. De eerste stroming houdt redelijkheid en billijkheid voor een *juridisch* mechanisme, dat evenwel gericht is op morele normen *buiten* het rechtssysteem. Alleen moeten we wel doen *alsof* dat laatste niet het geval is. We moeten doen alsof die morele normen altijd recht geweest zijn. In dat verband kan worden gewezen op de discussie in het begin van de jaren zeventig in België, waarbij de toenmalige procureur-generaal Ganshof van der Meersch in zijn openingsrede meende dat de rechter niet creatief optreedt wanneer hij een rechtsbeginsel in de rechtsorde «vaststelt», terwijl anderzijds een rechtsbeginsel volgens de procureur-generaal niet noodzakelijk uit het rechtssysteem wordt geïnduceerd of niet noodzakelijk met de wet verbonden is (*J.T.*, 1970, 567). Jammer genoeg gaat het boek op deze en daarmee verbonden vragen niet in.

Een andere en modernere opvatting neemt de auteur waar in de gedachte dat regels, met inbegrip van de normen van redelijkheid en billijkheid, zich in de maatschappij bevinden en daaruit moeten worden «afgelezen». Hier lijkt de auteur ons onvoldoende kritisch. Ten eerste prikkelt hij de nieuwsgierigheid wel sterk door nogal in het vage te blijven over hoe die «lectuur» precies verloopt, welke criteria ervoor dienen te worden aangewend, enz. Toegegeven, wat over Rutten wordt geschreven is erg interessant, maar laat de lezer samen met dit boeiend probleem alleen.

De idee die de auteur tracht te articuleren, alvorens hij een analyse van de empirisch-analytische rechtsopvatting (Hamaker, Meijers,...) en van de hermeneutische rechtsopvatting (Schoordijk, Glastra van Loon,...) maakt, is dat een beroep op redelijkheid en billijkheid het recht als systeem bedreigen. Met deze uitspraak hebben we toch wel enige problemen, te meer daar de auteur het Nieu-

we Burgerlijk Wetboek bedenkt met het epitheton «gesystematiseerde onzekerheid».

Ten eerste wordt bij de lectuur van het boek niet duidelijk waarom de systematiek van het recht zo belangrijk is. Het zou interessant zijn de redenen te kennen die de auteur ertoe brengen het belang van het systeemkarakter van het recht zo te benadrukken. Het is jammer te moeten vaststellen dat hele domeinen van de rechtstheorie die het dan toch juist moet hebben van een systematiserend denken, onbetreden blijven. Hans Kelsen, wiens werk zonder overdrijving als het beste voorbeeld van de systematiek van een rechtssysteem kan worden beschouwd, wordt niet eens in de bibliografie vermeld. Ook het werk van de Duitse systeemtheoreticus Niklas Luhmann blijft ongeopend op de boekenplank staan, terwijl vele recente denkers (Aarnio, Dworkin, Mac Cormick en vele anderen) gewoonweg worden doodgewezen.

Volledigheid is natuurlijk een nastrevenswaardig ideaal, en alles vermelden is uiteraard vrij utopisch. Maar ik kan mij onmogelijk voorstellen dat een standaardwerk als dat van Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, niet eens wordt aangehaald in een boek over dit onderwerp.

Na een beschrijving van de empirisch-analytische en de hermeneutische rechtsopvatting, onderzoekt de auteur de vraag naar de betekenis van het recht als systeem. De sociale werkelijkheid, en het recht dat daartoe behoort, zijn in bepaalde mate een constructie. Daarbij worden in een eerste constructie de afzonderlijke verschijnselen van de werkelijkheid vastgesteld en in een tweede constructief moment wordt dan een meer volledige en samenhangende werkelijkheid opgetrokken.

Verschijselen hebben een eigen graad van empirische directheid, en het is de bedoeling van de auteur om, met betrekking tot uitspraken over het recht, de graad van empirische directheid tussen recht en sociale werkelijkheid vast te stellen (151).

Het belang van deze interessante vraag ten spijt, gaat de auteur voorbij aan actuele vraagstellingen over de relatie tussen beide elementen. Habermas heeft bijzonder belangwekkende inzichten gepubliceerd over de verhouding tussen systeem en leefwereld en ook de reeds eerder genoemde systeemtheoreticus Luhmann (o.m. «Die Einheit des Rechts», *Rechtstheorie*, 1983, 129 e.v. en vooral: *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1981) had hier aan bod moeten komen. Niets daarvan in dit boek, zelfs geen goed- of afkeurend standpunt daartegenover.

Veeleer «concludeert» de auteur dat de enige benaderingsmogelijkheid van het recht ligt in de constructie van het recht als verschijnsel, gevolgd door de constructie van betekenissen die aan normen worden toegekend (153).

Ook over het gebruik van het recht vinden we in dit boek vaker overtuigingen dan argumenten. Het recht wordt gekoppeld aan het begrip «ruimte», met de vaststelling dat het recht aan het subject nu eens meer dan weer minder ruimte overlaat. Met de bonte vaststelling dat er nooit genoeg regels kunnen worden geformuleerd ten opzichte van de mogelijke handelingen die we kunnen en willen verrichten, neemt de auteur o.i. eens te meer een standpunt in dat meer problemen oproept dan beantwoordt.

Is het niet precies de vaststelling dat de huidige verzorgingsstaat zich op een uitermate kwistige wijze bedient van het normatief instrumentarium dat er misschien wel eens *te veel* wetgeving zou kunnen bestaan? Die regels blijken de onbepaaldheid van de ruimte die de auteur aanstipt, zodanig op te vullen dat die ruimte zelf wel eens *overbepaald* zou kunnen zijn, zodat iedere zingeving ook door het individuele subject, onmogelijk wordt gemaakt. Die bedreiging lijkt de auteur niet te storen, integendeel.

De «homo juridicus» kan zich terugtrekken in een ruimte die «theoretisch evenwel niet kan worden bepaald, evenmin in interactie kan worden ontdekt en dus alleen maar kan worden opgeëist» (155).

Met die uitspraak hebben we opnieuw enige moeite. Dat de handelingsfeer kentheoretisch ongrijpbaar is, valt nog maar te bezien. Het werk van de Amerikaanse psychofysioloog G.H. Mead of van Freud laten daar in ieder geval een andere indruk over na. Maar goed, laat dit dan nog zo zijn, dan gaat de auteur de contradicties niet uit de weg.

De handelingsfeer is kentheoretisch ongrijpbaar, maar toch is het zo dat de intersubjectieve ruimte de eigen ruimte van het individu vastlegt. Toegegeven, de eigen ruimte van het individu is een normatieve kwestie. Maar ook hierop wordt jammer genoeg niet ingegaan. De individuele ruimte van het subject kan op een norma-

tieve wijze worden afgeschermd (men denkt maar aan het recht op privacy), maar daar hangt in elk geval wel een kentheoretische, ja zelfs ontologische premisse aan vast die hier helaas niet aan bod wordt gesteld.

Verder kan het subject zich ook een ruimte kiezen, van daaruit handelen, en er zich zelfs bewust in terugtrekken, wanneer de intersubjectieve ruimte zou falen. Ook hier weer eerder beweringen dan argumenten. Theorieën over de intersubjectieve ruimte die werden ontwikkeld door Habermas en Perelman (en wat deze laatste betreft dan nog expliciet betrokken op het recht!) worden niet vermeld, laat staan uitgewerkt.

Nu, wanneer de intersubjectieve ruimte faalt (omdat de sociale werkelijkheid onvermijdelijk gebrekkelijk is vanuit het standpunt van het afzonderlijke subject) kan het subject nog altijd kiezen om zich in de eigen (onbepaalde) ruimte terug te trekken. Dit gebeurt blijkbaar steeds op grond van een *bedoeling*, al geeft de auteur toe dat dat wel eens anders kan uitvallen. Ook hier stellen we vast dat de auteur zich eens te meer baseert op ongearticuleerde vooronderstellingen van bewustzijnsfilosofische aard die m.i. bekritiseerbaar zijn. Zo is de eigen ruimte van het individu iets *bedoelds*, ze komt tegemoet aan zijn *wil* en het *verlangen* om de beschikking te hebben over een deelomgeving, die kleiner, eenvoudiger en *doorzichtiger* is. Ik durf te veronderstellen dat Freud daar andere gedachten over op nahoudt.

In zijn slotbemerkingen stelt de auteur nog vast dat te grote ingrepen vanuit de intersubjectieve ruimte een bedreiging zouden vormen voor onze rechtsstaat: het recht functioneert immers volgens hem als een verzelfstandigd systeem (of kan althans zo evolveren, maar hoe dat in zijn werk gaat, komen we eerder aan de weet bij Luhmann dan in dit boek).

Kortom, dit boek laat de lezer op zijn honger. Talrijke interessante thema's blijven onaangeroerd, ze worden zelfs niet aangestipt als mogelijkheden of als alternatieven. Buitenlandse literatuur (op een tiental uitzonderingen na) komt niet aan bod of wordt gewoonweg doodgezwegen. Bovendien treft men geen vergelijking aan met buitenlandse rechtssystemen (zo bv. het gebruik van «Generalklauseln» in het Duitse recht tijdens de nazi-periode en het gevaar voor het systeemkarakter van het recht). Eigen standpunten van de auteur zijn eerder uitingen van persoonlijke overtuigingen dan beargumenteerde stellingnames. Van een wetenschappelijke studie zou men meer mogen verwachten.

L.J. Wintgens

A. MICHIELSENS, *Notarieel zakboekje*, Antwerpen, Kluwer-Rechtswetenschappen, 1992, 620 pp., 1540 fr.

1. Het notarieel zakboekje bevat de volgende informatie:

In een eerste deel werden de belangrijkste notariële wetten opgenomen, namelijk: de ventôsewet over het notarisambt en het nîvôsebesluit betreffende de kamers van notarissen; de wetgeving inzake de notariële honoraria; de statuten van de Koninklijke Federatie der Belgische notarissen en de belangrijkste huishoudelijke reglementen; de Nationale notariële traditie; het nationaal aanvullend tarief; de gecoördineerde tekst van de C.A.O. inzake loon- en arbeidsvoorwaarden voor de notarisbedienden.

Het tweede deel bevat de adressen, telefoon én fax (!) der notarissen in alfabetische volgorde. Het derde deel houdt de alfabetische lijst der gemeenten in, met vermelding van de notarissen met standplaats in die gemeenten. Het vierde deel betreft de gerechtelijke en administratieve organisatie van België, per gemeente.

Deel vijf bevat de (zeer nuttige) adressen van de rechtscolleges, van enkele ministeries, van de hypotheekkantoren, van verscheidene besturen (kadaster, ruimtelijke ordening en stedenbouw, bosbeheer, ruilverkaveling) van Belgische ambassades en consulaten in het buitenland, en van vreemde ambassades en consulaten in België, alsook van de notariële organisaties in het buitenland.

Ten slotte bevat deel zes de schalen en provisies i.v.m. notariële honoraria en kosten, het tarief der schenkings- en successierechten, de lonen der hypotheekbewaarders, de criteria voor de bepaling van de waarde van het vruchtgebruik (fiscaal, en op het burgerrechtelijk vlak).

2. Die waaier van praktische informatie is uiteraard zeer nuttig, op de eerste plaats voor de notarissen en notariële instellingen, maar ook, en misschien nog meer buiten deze beroepsgroep, o.a.

voor financiële instellingen, advocaten, gerechtsdeurwaarders, enz. Er was een leemte in de markt op dat gebied, die notaris André Michielsens verholpen heeft. De auteur staat overigens open voor elke opbouwende kritiek of wenk ten einde de bruikbaarheid van het notarieel zakboekje nog te verhogen. Dus, hier één wenk: daar niet alle diensten van het Ministerie van Justitie op het Poelaertplein gecentraliseerd zijn, ware het nuttig het adres en telefoon van elders gevestigde diensten, bijvoorbeeld van het Bestuur der Erediensten, Giften, Legaten en Stichtingen (thans: Eversstraat 2/8 (3e verdieping), 1000 Brussel; zie Belgisch Staatsblad 9 jan. 1993, 297) te vermelden.

3. Inmiddels gebruiken wijzelf het *Notarieel zakboekje* dagelijks. De hoge gebruikswaarde ervan is onbetwistbaar. De tijdswinst die het zakboekje betekent, is zeer groot. Mogen velen dezelfde ervaring ermee opdoen.

Carl De Busschere

ERRATUM

Vennootschap

De laatste zin van de in het nummer van 8 mei 1993 verschenen beschikking van Kh. Hasselt, 5 februari 1993 (pp. 1245-1246) luidt: "De zaak behoort aldus tot de materiële bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg."

Door een onverklaarbare vergissing is dat verkeerd overgenomen in de samenvatting. Het laatste woord van die samenvatting (p. 1245), namelijk *koophandel*, dient vervangen te worden door *eerste aanleg*.

MEDEDELINGEN

Voorzorgskas voor Advocaten en Gerechtsdeurwaarders — Uitnodiging

De Raad van Bestuur van de Voorzorgskas voor Advocaten en Gerechtsdeurwaarders nodigt uit tot het bijwonen van de Tweede Buitengewone Algemene Vergadering op donderdag 27 mei 1993 om 14u00 in haar zetel te 1000 Brussel, Violetstraat 43 (tweede verdieping).

Dagorde van de Tweede Buitengewone Algemene Vergadering:
1. Wijziging en aanpassing van de statuten.

Belangrijke herinnering:

De leden van de Vereniging, die verhinderd zijn de vergadering bij te wonen mogen door een ander lid worden vertegenwoordigd.

De volmacht moet geen bijzondere vorm hebben en kan afgegeven worden bij het bureau van de vergadering. Het aantal stemmen waarover een gemachtigde beschikt is beperkt tot tien (art. 31 van de statuten).

Voor de Raad van Bestuur
de voorzitter, L. Gielen

Elfde RIMO-Symposium te Leiden

De Vereniging tot bestudering van het recht van de Islam en het Midden Oosten (Rimo) organiseert haar elfde symposium op vrijdag 4 juni 1993 in het Academiegebouw van de Rijksuniversiteit te Leiden.

Sprekers zijn: prof. mr. J. Brugman over «De shari'ah als rechtssysteem; enige algemene beschouwingen», dr. G. Ascha over «Polygamie in de moderne Arabische rechtswetgeving», dr. L. Welchman over «Special stipulations in the muslim contracts of marriages: law and practice in the Westbank» en mr. M.B.M. Wijffels over «Schadeclaims van Koeweit op Irak».

Inlichtingen: mevr. Rutten, tel. 043/883.368.

Vlaamse Juristen Golfturnooi

Naar aanleiding van het 100-jarig bestaan van de Vlaamse Conferentie bij de Balie te Antwerpen werd voor de eerste maal een tornooi voor Vlaamse Juristen georganiseerd. Dit golfturnooi krijgt thans een vervolg op 4 juni 1993 in de Winge Golf & Country Club te Sint-Joris-Winge, volgens de formule stableforce bruto - netto prijzen.

Geïnteresseerden juristen kunnen het programma en alle gewenste inlichtingen bekomen bij mevr. Van Gerven, Demarsinstraat 42, 3012 Wilsele (tel. 016/22.91.54, fax: 013/31.46.37).