

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

M. ADAMS, *Het hemels baldakijn van recht en moraal* 1401

Rechtspraak

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Rechterlijke macht** – Jeugdgerechten – Alleenrechtsprekend rechter Arbitragehof 8 november 2000 1416

Sluiting van ondernemingen – Voorrecht – Rang – Voorrecht van werknemer

Cass. 17 april 2000 (*met noot*) 1417

Verzekering – Brandverzekering – Rechtstreekse vordering van benadeelde tegen verzekeraar – Toepassing artikel 1386bis B.W. – Toepassingsgebied

Cass. 22 september 2000 (*met noot van F. Swennen*, «Zijdelingse aantekeningen bij de rechtstreekse vordering. Het Hof van Cassatie over art. 1386bis B.W. en de verzekering van de huurdersaansprakelijkheid brand») 1418

Collectieve schuldenregeling – Gerechtelijke aanzuiveringsregeling – Gelijkheidsbeginsel – Voorrechten

Hof Gent 12 september 2000 (*met noot*) 1422

Bevoegdheid en aanleg – Materiële bevoegdheid – Rechtbank van koophandel – Vennootschap – Handels- of burgerlijk karakter – Statutair doel – Feitelijke activiteit – Bankverrichtingen – Geschil terzake van een handelsvennootschap tussen vennoten en vereffenaar – Bevoegdheid van de rechtbank van koophandel

Arrondrb. Brugge 26 mei 2000 1422

1. Onopzettelijke doodslag – Ongeboren kind – Nog niet begonnen bevalling – **2. Schuldig verzuim** – Groot gevaar – Begrip – Zwangere vrouw – Dreiging ongeboren kind te verliezen – Gynaecoloog – Onachtzaamheid – Vroedvrouw – Bevoegdheid

Corr. Antwerpen 24 november 2000 (*met noot van Ch. Desmet*, «Over de onopzettelijke doodslag en het schuldig verzuim» en *noot van H. Nys*, «Over de bevoegdheid van de vroedvrouw») 1423

Beneluxrecht

E. Dirix, Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor de Vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1428

M. Bense, Afdeling Publiekrecht 1428

H.J.S.M. Langbroek, Afdeling Privaatrecht 1429

R. Malewicz, Afdeling Strafrecht 1430

Boeken

F.J.L. Pennings, *De WAO* (door D. Simoens) 1431

E.A.A. Luyten, *Erfrecht; algemene inleiding en erfrecht bij versterf* (door W. Pintens) 1431

A. Alen, L.J. Wintgens (red.), *De Trias Politica* ruimer bekeken (door S. Van Garsse) 1432

P. Kottenhagen-Edzes (red.), *Immateriële schade: tendensen en wensen* (door B. De Temmerman) 1432

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931, verschijnt iedere week van september tot juni.

Hoofredacteurs: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993), Camiel Caenepeel (1993-1998)

Redactie: A. Van Oevelen (hoofredacteur), E. Dirix, J. Laenens, J.R. Rauws, M. van Damme, A. Vandeplas

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Vaste medewerkers:

A. Alen, F. Aps, R. Boes, A. Carette, G. Debersaques, Gh. Dhaeyer, J. Erauw, M. Gelders, P. Humblet, W. Lambrechts, R. Leysen, J. Meeusen, H. Nys, I. Opdebeek, W. Pintens, P. Popelier, W. Rauws, D. Simoens, G. Suetens-Bourgeois, H. Vanhees, S. Van Overbeke, C. Van Schoubroeck, J. Wouters

Redactieadres: V.Z.W. Rechtskundig Weekblad
Mechelsesteenweg 210 bus 6
2018 Antwerpen
(redactiesecretariaat bereikbaar van 9 tot 12 uur)
Tel. 03/248.49.84
Fax 03/248.08.70

Abonnementen, advertenties: N.V. INTERSENTIA, Churchilllaan 108, 2900 Schoten
tel.: 03/680.15.50 - fax: 03/658.71.21
Abonnementsprijs: 4.950 f., Advocaten-stagiair: 4.650 f., Studenten: 2.950 f.

Richtlijnen voor de auteurs:

De teksten van hoofdartikelen en annotaties worden, samen met een diskette (WP of Word) toegezonden aan het redactiesecretariaat. Getypt op anderhalve interlinie bedraagt een hoofdartikel bij voorkeur niet meer dan 25 bladzijden, een annotatie niet meer dan 6 bladzijden. De redactie dankt bij voorbaat alle auteurs voor het in acht nemen van deze richtlijnen.

Stibbe

Advocatenassociatie

Werft medewerk(st)ers aan voor het departement Vennootschaps- en financieel recht

Contactpersoon: Catherine Louis
T : +32 2 533 53 74
F : +32 2 533 53 83
@: catherine.louis@stibbe.be

Stibbe is een internationaal advocatenkantoor met vestigingen in Brussel, Amsterdam, Parijs, Londen en New York. In Brussel telt het kantoor meer dan 140 advocaten en 110 personeelsleden. Stibbe biedt bedrijven en de overheid een breed scala van juridische en fiscaal-juridische diensten.

HET HEMELS BALDAKIJN VAN RECHT EN MORAAAL

Over de reikwijdte van het recht in een neutrale rechtsstaat¹

I. VARIATIES OP EEN THEMA

1. In het voorjaar van 1999 stond het wetsontwerp tot strafrechtelijke bescherming van de minderjarige op de politieke agenda. Het lijvige ontwerp betrof een ruim scala aan maatregelen, waaronder zware straffen voor ontvoeringen, seksuele uitbuiting of slagen en verwondingen aan minderjarigen. Ook werd het beroepsgeheim opgeheven wanneer een vertrouwenspersoon vaststelde dat een min-veertienjarige het slachtoffer was van mishandelingen. Politiek knelpunt was echter artikel 23 van het ontwerp. Waar tot dan toe jongeren die bijvoorbeeld hun geliefde betastten in principe strafbaar waren indien een van hen onder de zestien was, werd in de nieuw voorgestelde bepaling gesteld dat jongeren tussen de veertien en zestien, met wederzijdse toestemming uiteraard, nu wel seksuele betrekkingen mochten aangaan, op voorwaarde evenwel dat er tussen de jongere en de partner niet meer dan vijf jaar leeftijdsverschil zou zijn. Om dit te bereiken, werd onder meer het begrip «aanranding van de eerbaarheid» vervangen door het begrip «aantasting van de seksuele integriteit», waarbij het eerste begrip naar een «objectieve» term verwees die samenviel met het maatschappelijk gangbare gevoel van eerbaarheid, en het tweede begrip naar het subjectieve zelfbepalingsrecht van het lijdend voorwerp, dat, aan de hand daarvan, voortaan zelf zou mogen en kunnen uitmaken of een bepaalde seksuele handeling gewenst was. Daardoor werd een zekere individuele zelfbepaling bij de jongere gelegd. De bedoeling van de gewraakte bepaling was in de eerste plaats te voorzien in een leemte die het recht tot dan toe liet: een jongen van zestien die seksuele omgang had met een meisje van vijftien riskeerde namelijk een verwijzing naar de jeugdrechter. De versoepeling van de leeftijdsgrens waarop seks mogelijk werd geacht was daarmee eigenlijk bedoeld om jongeren tegen die onwenselijke situatie te beschermen, en ook om jongeren vanaf veertien jaar beter te beschermen wanneer ze *geen* seks wensen te hebben (de toestemming van de jongere zelf werd immers het belangrijkste criterium om te beoordelen of er van een ongewenste seksuele relatie sprake was geweest).

Sommige tegenstanders van het wetsontwerp reduceerden de strekking ervan echter tot de slogan dat seks op veertienjarige leeftijd niet alleen toegelaten maar zelfs wenselijk zou zijn. Anderen zagen het als een veruitwendiging van een te ver doorgeschoten subjectivering en individualisering van de samenleving. Nog anderen meenden dat een dergelijke wet de promiscuïteit zou bevorderen, en bovendien in strijd was met een algemeen geldend moreel aanvoelen, dat is de «veilige gids» die ook wel «gezond verstand» wordt genoemd.² Hoogtepunt van de discussie was de reactie van een

van de indieners van het wetsontwerp, toenmalig minister van Justitie Van Parys, die in de media verontwaardigd uitriep dat de strafwet de catechismus niet is.³ «Het verschil tussen strafrecht en moraal komt onder meer tot uiting in het feit dat er talloze gedragingen zijn die niet strafbaar zijn, hoewel zij moreel afgekeurd worden, zoals prostitutie (...). Hoe dan ook, het strafrecht heeft een andere finaliteit dan de moraal. Het is geenszins de taak van het strafrecht om een bepaald moreel stelsel door te drukken»,⁴ aldus nog Van Parys, onder verwijzing naar twee Leuvense strafrecht-specialisten.⁵

2. De uiterst belangrijke vragen die het publieke debat over deze kwestie, expliciet of impliciet, oproept, zijn de volgende: tot waar mag de overheid – rechter of wetgever – gaan bij het afdwingen van moraliteit? In welke mate moet het recht de weerspiegeling zijn van bepaalde morele oordelen? Welke rol dient er, in een democratie, voor het recht te zijn weggelegd in het bewerkstelligen of beteugelen van de individuele vrijheid? Tot hoever reikt de zelfbepalingsruimte, de soevereine zelfbepaling, van het individu? Waar ligt de scheidslijn tussen wat privaat is en wat publiek? Wie mag de grenzen van de zelfbepaling vastleggen en op basis van welke criteria? Steeds gaat het bij deze vragen om de verschillende modaliteiten van eenzelfde thematiek: die van de wenselijke relatie tussen recht en moraal.⁶

II. J.S. MILL EN DE COMMISSIE WOLFENDEN

3. Discussie over de relatie tussen recht en publieke moraal lijkt weliswaar *en vogue*, maar is desondanks van alle tijden. De meest klassieke uiteenzetting inzake deze kwestie uit de nieuwste tijd is wellicht het debat dat einde jaren vijftig en begin jaren zestig heeft plaatsgevonden tussen de Engelse magistraat Lord Devlin en zijn landgenoot de rechtsfilosoof H.L.A. Hart.⁷ Directe aanleiding voor dit debat was een rapport uit 1957 van het *Committee On Homosexual Offences and Prostitution*,⁸ naar haar voorzitter ook wel de Commissie Wolfenden genoemd. Deze commissie had de opdracht om de op dat moment in Engeland vigerende wetgeving met betrekking tot homoseksualiteit en prostitutie door te lichten. In paragraaf 13 van haar rapport schreef de Commissie dat de functie van het strafrecht is,

³ *De Standaard* 18 maart 1999.

⁴ L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 78-79.

⁵ Het betreffende wetsontwerp werd overigens na de verkiezingen van juni 1999 van verval ontheven, en recentelijk, einde november 2000, goedgekeurd, evenwel zonder de betwiste bepaling.

⁶ In het vervolg van deze tekst hanteer ik het begrip moraal in algemene zin, als het geheel van overwegingen en opvattingen over goed en kwaad, die een richtinggevende functie hebben voor, of een referentiekader bieden voor discussie over, het menselijk handelen.

⁷ Zie over dit debat *infra* paragraaf IV.

⁸ *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution* (CMD 247), 1957.

¹ De tekst van dit artikel werd in eerdere versies besproken met de collega's G. GEUDENS, J. TAELS, F. TANGHE, G. VANHEESWIJCK en J. VELAERS (allen verbonden aan de Universiteit Antwerpen/Ufsia). Waarvoor dank.

² P. HUY, «Gezond verstand veilige gids», *De Standaard* 18 maart 1999.

niet om zich bezig te houden met immoraliteit als zodanig, maar «to preserve public order and decency, to protect the citizen from what is offensive and injurious, and to provide safeguards against exploitation and corruption of others, particularly those who are specially vulnerable because they are young, weak in body or mind, inexperienced, or in a state of special physical, official or economic dependence.» En in paragraaf 62 vervolgt zij met: «Unless a deliberate attempt is made by society, acting through the agency of the law, to equate the sphere of crime with that of sin, there must remain a realm of private morality and immorality, which is, in brief and crude terms, not the law's business.»

4. Het rapport beklemtoonde aldus zeer sterk de scheiding tussen de private en publieke sfeer, waarbij de vrijheid in de private sfeer in principe altijd zou moeten worden gerespecteerd, ook als dat zou betekenen dat binnen die sfeer een bepaalde vorm van immoraliteit zou worden gekoesterd. Het is duidelijk dat dit standpunt geïnspireerd werd door het utilitaristische gedachtegoed van J.S. Mill en zijn befaamde schadebeginsel: «Het doel van deze verhandeling», aldus Mill in zijn *On Liberty* uit 1859, «is het vaststellen van een enkel zeer eenvoudig principe, dat het ingrijpen van de samenleving in de vorm van dwang en toezicht, of het nu gaat om fysieke kracht in de vorm van bij wet gegeven straffen of om morele druk van de publieke opinie, zonder uitzondering kan regelen. Dit principe is, dat het enige oogmerk dat de mensheid het recht geeft om individueel of collectief in te grijpen in de vrijheid van handelen van een van hen, hun eigen bescherming is; en dat de enige reden waarom men rechtmatig macht kan uitoefenen over enig lid van een beschaaft samenleving, tegen zijn zin, de zorg is dat anderen geen schade wordt toegebracht. Iemands eigen welzijn, hetzij fysiek, hetzij moreel, is geen voldoende rechtsgrond.»⁹

5. In principe is de mens op grond van dit beginsel dus vrij om te doen en laten wat hij wenst, en dient de overheid zich ver te houden van moralisme. Slechts het aanbrengen van directe en fysieke schade aan anderen mag volgens Mill door de overheid bestraft worden. Mill beklemtoont daarmee een soort van rechtsvrije sfeer waarbinnen het individu ongehinderd zijn eigen gang kan gaan en over zichzelf kan beschikken. Het is een opvatting die verwijst naar de afwezigheid van dwang in die rechtsvrije sfeer, en die ook wel *negatieve vrijheid* wordt genoemd. Mill is daarover bekommerd, omdat publieke opvattingen over moraliteit volgens hem in belangrijke mate toevallig bepaald zijn, en uiteindelijk vooral worden gekenmerkt door persoonlijke voorkeur, ideologie of historisch-culturele omstandigheden. Dit gegeven kan in een democratie leiden tot een beteugeling van de vrijheid, louter en alleen op basis van meerderheidsopinions, iets wat Mill dus niet wenselijk acht. Conform zijn utilitaristische uitgangspunten betoogt Mill dat de vraag die we ons ten aanzien van overheidsmaatregelen best stellen, is of de betreffende maatregel tot het geluk van de grootste groep mensen leidt. Een rechtsregel is volgens Mill nuttig wanneer die tot het geluk van de grootste groep mensen leidt. Dit nut,

⁹ *Over Vrijheid*, Amsterdam, Boom, 1978, 43 (vertaling door W.E. Krul). De zonder twijfel meest overzichtelijke behandeling van Mill's gedachtegoed is C.L. TEN, *Mill on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1980, 195 p. Een mooi en instructief overzicht van Mill's opvattingen in de context van de thematiek die hier aan de orde is, is te vinden in P. WESTERMAN, *Rechtsfilosofie*, Heerlen, Open Universiteit, 1997, 79-84.

in de ruimste betekenis van het woord, dient leidraad te zijn voor het overheidshandelen. Vandaar ook dat de wetgever zich best op *de gevolgen* van een bepaalde handeling concentreert, en dus niet op de vraag of een handeling *als zodanig* immoreel is. Mill hield een pleidooi voor individuele vrijheid, non-conformisme en de erkenning van levensexperimenten, omdat dat zou kunnen leiden tot ethische vooruitgang. Te veel sturing, normering en dwang zou de menselijke natuur bovendien geweld aandoen.¹⁰

6. In dezelfde geest als het moralisme, keurt Mill ook paternalisme streng af.¹¹ Hij is van mening dat indien iemand gelukkig wordt door overmatig te drinken, dit zijn of haar zaak is (zolang tenminste anderen geen schade wordt toegebracht).¹² De stellingname van Mill betekent waarschijnlijk ook dat, indien een volwassene toestemming geeft om een bepaalde handeling ten aanzien van zichzelf te laten verrichten, dit mogelijk moet zijn, ook indien de betreffende handeling schade tot gevolg heeft.¹³ *Volenti non fit injuria*. Moraal is met dit alles in essentie iets voor de private, en het recht iets voor de publieke sfeer. De scheiding tussen beide sferen gaat daarmee gepaard met de scheiding tussen recht en moraal.

7. In ieder geval één nuancering brengt Mill op zijn centrale stelling aan: ten aanzien van jongeren en geestelijk of lichamelijk gehandicapten mogen bijzondere (paternalistische) beschermingsmaatregelen gelden, aangezien deze categorie van personen (nog) niet de rijpheid van geestelijke vermogens bezitten.¹⁴ Zoals we zojuist reeds constateerden, bracht de Commissie Wolfenden een gelijksoortige nuancering aan, namelijk in zoverre deze onder meer sprak van het beschermen tegen «corruption» en «exploitation»,¹⁵ termen die beide moreel geladen zijn.

8. Hoe dan ook, het concrete resultaat van het standpunt van de Commissie Wolfenden was enerzijds het voorstel om homoseksuele handelingen tussen toestemmende volwassenen van 21 jaar en ouder¹⁶ niet langer strafbaar te stellen indien die zich in de privésfeer afspeelden,¹⁷ en anderzijds om prostitutie voor zover het zich op straat af-

¹⁰ Mill brengt overigens geen enkel empirisch bewijs voor deze stelling aan. En overigens is de verhouding tussen zijn utilitarisme enerzijds en zijn liberale pleidooi voor vrijheid anderzijds ook niet altijd even helder. De totale afwijzing van moralisme door Mill lijkt vandaag de dag nogal extreem. Ik vermoed dat zijn stellige positie mede het gevolg is van het feit dat Mill in zijn tijd in een nachtwakersstaat leefde, waarin de overheid een zeer beperkte taakopvatting hanteerde. Zie tevens *infra* nr. 30.

¹¹ Terwijl het bij moralisme gaat om de bescherming van bovenindividuele waarden, staan bij paternalisme de belangen van het subject centraal. Terwijl moralisme niet zozeer gericht is op handelingen waarmee een (eventueel tijdelijk) niet-oordeelkundig subject zichzelf schade toebrengt, is dat bij paternalisme wel het geval. Terwijl moralistische interventies soms ook als sanctie kunnen worden beschouwd, is dat bij paternalistische ingrepen nimmer het geval.

¹² *Over Vrijheid*, o.c., 156.

¹³ Mill heeft zich hier nooit expliciet over uitgesproken, maar het ligt volledig in de logica van zijn principiële stellingname. Hij komt het dichtst in de buurt van deze opvatting wanneer hij schrijft: «(...) iedereen is waker over zijn eigen heil, lichamelijk en geestelijk.» *Ibid.*, 47.

¹⁴ *Ibid.*, 44.

¹⁵ We komen later op dit paternalisme terug. Zie *infra* nr. 23.

speelde (het zogenaamde tippelen) wel te verbieden, aangezien dat publieke aspecten in zich droeg, en aldus aanstootgevend kon zijn. Bovendien stelde de Commissie dat uitbuiting van prostituees door zogenaamde pooiers eveneens strafbaar diende te blijven.

III. NEUTRALE RECHTSSTAAT EN LIBERALE MORAAAL

9. Een van de belangrijke gevolgen van de stellingnamen door Mill en de Commissie Wolfenden is dat de Staat minstens ten aanzien van private aangelegenheden *neutraal* dient te zijn. Deze neutraliteit werd door sommigen ook beleden in de context van de casus die in de inleiding werd geschetst. De overheid zou geen seksualiteitsbeleving mogen verbieden tussen gelijkwaardige partners, zoals jongeren boven de veertien jaar, die daar zelf voor hebben gekozen. Het idee van de neutrale Staat is gebaseerd op de opvatting dat de overheid niet mag treden in de verschillende morele idealen en concepties van het (ethisch) «goede leven» van individuele burgers, of die verschillende idealen of concepties minstens zo dient te behandelen dat voor iedere individuele burger de gelijke vrijheid ontstaat die nodig is om de eigen levensplannen en idealen na te streven. «(P)olitical decisions must be, so far as is possible, independent of any conception of the good life, or of what gives value to life.»¹⁸ De publieke ruimte moet daarom in principe worden georganiseerd op basis van principes die zelf onbevooroordeeld staan tegenover welke opvatting van het «goede leven» dan ook, en moet bovendien minstens overeenstemming bewerkstelligen over de noodzakelijke voorwaarden van ieders individuele invulling van dat «goede leven». Dat kan betekenen dat alleen een volstrekt onpartijdige of lege normativiteit, in de zin dat de Staat geen enkel ideaal steunt, een correctief kan vormen voor de absolute aanspraken van verschillende levensovertuigingen, maar ook dat, wanneer de overheid dan toch bepaalde, meestal breed gedeelde, idealen wil bevorderen (zoals scholing en onderwijs), zij neutraal moet blijven ten aanzien van de verschillende specifieke invullingen van dat ideaal. In deze laatste optie gaat het om een gelijke behandeling van de verschillende opvattingen over het «goede leven», omdat, indien de staat ten aanzien van meer concrete invullingen van dat «goede leven» een voorkeur zou uitspreken, zij mensen die deze invulling niet zien zitten zou discrimineren. In ieder geval

¹⁶ Destijds lag in Engeland de leeftijdsgrens voor seksualiteitsbeleving tussen toestemmende *heteroseksuelen* op zestien jaar. Bovendien waren alleen *mannelijke* homoseksuele handelingen strafbaar gesteld. Pas zeer recentelijk, in november 2000, heeft de regering Blair besloten de leeftijdsgrens voor seksualiteitsbeleving tussen twee mannen op zestien jaar te zetten (nadat die eerder al op achttien jaar was gebracht).

¹⁷ Let op: de Commissie Wolfenden beweerde nooit dat zij de betreffende handelingen moreel prijzenswaardig achtte, ze stelde slechts dat het geen zaak was die het recht diende aan te belangen.

¹⁸ R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1986, 191. Vgl. tevens de volgende omschrijving: «To be neutral in any conflict is to do one's best to help or to hinder the various parties concerned in an equal degree.» A. MONTEFIORI, «Neutrality, indifference and detachment», in A. MONTEFIORI (red.), *Neutrality and Impartiality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, 5 (cursivering toegevoegd).

ligt in de vrijheid die uit deze neutraliteit voortvloeit, individualisering besloten, want het is uiteindelijk het individu zelf dat zijn levensplan en deze idealen moet kunnen kiezen en invullen. In principe omvat deze neutraliteit alle aspecten van het overheidshandelen, dat wil zeggen zowel met betrekking tot het creëren en het toepassen van het recht, als met betrekking tot het beschermen van de individuele belangen en rechten van burgers.¹⁹

10. Het is wellicht toch belangrijk om deze stelling over de neutraliteit van de Staat nu reeds te kwalificeren en in perspectief te plaatsen. Het gegeven dat de Staat neutraal behoort te zijn, betekent uiteraard niet dat hij geen moraliteit zou mogen afdwingen. Zoals zojuist bleek levert het immers geen principieel probleem op indien de Staat bepaalde breed gedeelde waarden en idealen, zoals scholing en onderwijs, ondersteunt, zolang die ondersteuning tenminste niet treedt in de meer specifieke invulling van die waarden en idealen. Zo ook sluit het gegeven dat strafrecht en moraal in principe weliswaar twee verschillende entiteiten zijn, zoals terecht werd betoogd door de eerder geciteerde voormalige minister van Justitie en een aantal specialisten in het strafrecht, niet uit dat ze wel degelijk veel met elkaar te maken hebben. Strafrecht en moraal overlappen elkaar minstens ten dele, en het strafrecht zit vol regelen die een bepaalde moraliteit bevestigen (bijvoorbeeld met betrekking tot diefstal, moord, verkrachting...). Niemand die dit zou willen ontkennen of er problemen in ziet. De kern van de discussie gaat dan ook niet zozeer over de vraag of het (straf)recht de moraal moet handhaven, maar veeleer over de vraag *hoever* het recht daarbij mag gaan, met name in welke mate daarbij in de privé-sfeer mag worden getreden. En in de context van een neutrale Staat is het uitgangspunt, enerzijds conform het schadebeginsel, dat alleen wanneer er schade aan anderen wordt toegebracht, de individuele vrijheid door het (straf)recht mag worden ingeperkt, en anderzijds dat de verschillende opvattingen over het «goede leven» minstens in gelijke mate behandeld dienen te worden.²⁰ Dit alles betekent uiteraard niet dat alle gedragingen die schade toebrengen aan anderen verboden moet worden door het recht – het recht moet terzake immers ook effectief kunnen zijn, of minstens een niet al te grof middel om de betreffende gedraging te kunnen verbieden –, maar desondanks *lijkt* het schadebeginsel als zodanig minstens als redelijk uitgangspunt van de neutrale Staat te kunnen fungeren.

11. Hoe dan ook, de neutraliteit van de Staat en de vrijheid die daaruit voortvloeit, is de nieuwe verwoording van de tolerantiegedachte, en ook van secularisme en van een staat die zich op afstand houdt van religie en persoonlijke ethiek. De bron van deze opvatting kan historisch getraceerd worden naar de periode waarin de eenheid, het «hemels baldakijn», van recht, religie en moraal uiteenviel. Terwijl voorheen het (natuur)recht grotendeels samenviel

¹⁹ En dit in principe zowel met betrekking tot het doel, de gevolgen als de rechtvaardiging van dat overheidshandelen.

²⁰ Overigens komen niet alleen in de strafwet morele bepalingen tot uiting, maar uiteraard in alle rechtstakken. Zo steunt bijvoorbeeld het verbintenissenrecht zelfs op de enkele norm dat beloftes moeten worden nagekomen, en het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht op de norm dat degene die schade veroorzaakt door zijn schuld deze schade ook moet vergoeden. En tot nader order wordt door het personen- en familierecht wel degelijk het traditionele huwelijk bevoordeeld.

met een religieuze en morele orde, is dit sinds de Moderne Tijd steeds minder (of niet noodzakelijk meer) het geval. Het individu gaat niet meer vanzelfsprekend op in de samenleving, maar heeft een recht op individuele vrijheid. Het is meer *direct* de periode van de Reformatie en de godsdienstoorlogen van de zestiende en de zeventiende eeuw geweest die de geestelijke eenheid verbrak die het rooms-katholieke geloof aan het middeleeuwse Europa had gegeven. Dit is uitgerekend een periode waarin velen juist vanwege hun geloofsovertuigingen werden gedood of verdreven door hun overheid,²¹ en waarin Hobbes schreef dat «every man is Enemy to every man (...) (and) the life of a man is solitary, poore, nasty, brutish, and short.»²² De klassieke filosofische rechtvaardiging van de tolerantie die uit deze conflicten is voortgekomen, en de neutrale Staat die daar onlosmakelijk mee is verbonden, is te vinden in Locke's *A Letter Concerning Toleration* uit 1689. Locke bepleit tolerantie vanuit een theorie over de aard van persoonlijke geloofsovertuigingen, en in het verlengde daarvan, vanuit een beschouwing over de aard van de staatszaak. Tolerantie van andersgelovigen (Locke doelde op christenen die van het katholicisme afstand hadden genomen) zou noodzakelijk zijn omdat alleen door de vrijheid van religie mensen aan hun religieuze overtuigingen – dat is de waarheid die hen door God wordt «opgedrongen» – vorm zouden kunnen geven. Geloof was in de eerste plaats een *innerlijke* overtuiging, die slechts kon totstandkomen zonder dwang of uitwendig gezag van anderen.²³ Ook Christus en zijn apostelen gingen immers de wereld in «not armed with the sword or other instruments of force, but prepared with the Gospel of peace.»²⁴ En bovendien zou tolerantie liggen in «the genuine reason of mankind.»²⁵ Geloof en rede dus, zouden

beide moeten leiden tot een exact onderscheiden van «the business of civil government from that of religion.»²⁶ Tolerantie en de vrijheid die daarbij hoort waren volgens Locke dus niet de hoogste waarden of waarden die op zichzelf stonden, maar slechts instrumenteel voor het zonder dwang kunnen bereiken van de diepste innerlijke overtuiging.²⁷

12. *Indirect* valt de ontwikkeling die heeft geleid tot een loskoppeling van recht, religie en moraal, samen met de opkomst van de Moderniteit in het kielzog van de wetenschappelijke revoluties die sinds de vijftiende en zestiende eeuw hebben plaatsgevonden. Door de opkomst van de positieve wetenschappen, zoals de fysica van Newton, speculeerde men niet langer over de verborgen zin achter de verschijnselen die zich in de natuur voordeden, zoals in de christelijk-Aristotelische metafysica van de middeleeuwen, maar probeerde men de causale relaties tussen die verschijnselen vast te stellen door theorievorming op basis van experimenteel en kwantitatief onderzoek, dus onafhankelijk van religieuze en morele dogma's. Als gevolg daarvan werd er niet langer vanuit gegaan dat er een vooraf gegeven zinvolle ordening in het universum was die in verwondering bestudeerd kon worden, maar werd alles in twijfel getrokken en onderzocht vanuit het gezonde wantrouwen dat de zintuigen en het verstand van het individu bedrogen kunnen worden. Een dergelijke benadering van de natuurlijke en maatschappelijke werkelijkheid hield in dat het menselijk individu als kennissubject *tegenover* de wereld kwam te staan, om die wereld vervolgens overeenkomstig zijn wensen te beheersen.²⁸ De mens ontdekte zichzelf als autonoom wezen dat, los van religie en traditie en geëmancipeerd uit bijgelovige angsten, zijn eigen weg diende uit te stippelen op grond van een realistische kennis van zijn natuurlijke en sociale omgeving. Doordat de mens zichzelf anders begreep, veranderde ook de rol van het politieke en het recht. Deze verschenen niet langer meer als de vanzelfsprekende voltooiing van het «goede leven» in de gemeenschap. Beide verwierpen een eigen, eerder technisch karakter en werden niet meer in de eerste plaats vanuit een morele overweging gezien, maar eerder als een probleem van de ordening van de samenleving (vrede, oorlog en veiligheid) en als entiteiten die vertrokken vanuit het individu. Vandaag zijn we op een punt gekomen waarin we de vrijheid vaak als een als zodanig na te streven «goed» zijn gaan beschouwen.²⁹ De soevereiniteit van het individu en het beginsel van persoonlijke autonomie zijn voor velen op zichzelf komen te staan, dus niet slechts een noodzakelijk gevolg van de neutraliteit van de Staat, of als een noodzakelijke voorwaarde om de zoektocht naar «de waarheid» te kunnen ondernemen, maar als een bepaalde opvatting over datgene wat de mens nodig heeft om gelukkig te kunnen zijn. De

²¹ Zie hierover, temidden een overvloedige literatuur, onder meer B.P. VERMEULEN, «De historische betekenis van het liberale denken voor de ontwikkeling van de rechtsstaat», in A.W. MUSSCHENGA en F.C.M.L. JACOBS, *De liberale moraal en haar grenzen. Recht, ethiek en politiek in een democratische samenleving*, Kampen, Kok, 1992, 75-98; C.W. MARIS, «Een natuurlijke historie van de mensenrechten», in P.B. CLITEUR e.a. (red.), *Mensenrechten*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 33-37 en J. IMBERT, «Toleration and Law: Historical Aspects», *Ratio Juris* 1997, 13-24.

²² *Leviathan* (1651), editie door C.B. MACPHERSON, London, Harmondsworth, 1968, 186.

²³ Vgl. de visie van De Dijn die tolerantie beschouwt in samenhang met publieke erkenning krijgen voor datgene wat men werkelijk belangrijk vindt, en niet, zoals hij de hedendaagse liberale moraal verwijt, respect voor intrinsieke waarden als pure privéwaarden, of hoogstens als gevoeligheden waarmee in de mate van het mogelijke rekening moet worden gehouden. Deze positie, aldus nog De Dijn, sluit nauw aan bij de hedendaagse mentaliteit waarin men enerzijds groot respect predikt voor de individuele vrijheid, maar anderzijds deze vrijheid loskoppelt van elke diepe verbondenheid met waarden en dus ook van elke noodzaak van het zoeken naar publieke erkenning. Waarden worden dan hoogstens nog beleefd als toevallige expressiemogelijkheden van een op zich narcistisch individu, dat is een individu dat zich nergens mee verbonden weet (H. DE DIJN, *Hoe overleven we de vrijheid?*, Kapellen/Kampen, Pelckmans/Kok Agora, 1993, 71-87). Ik lees deze argumentatie door De Dijn als onder meer een bevestiging van de stelling dat echte tolerantie en onverschilligheid twee elkaar uitsluitende categorieën zijn.

²⁴ J. LOCKE, *A Letter Concerning Toleration*, M. MONTUORI (red.), Den Haag, Nijhoff, 1963, 13.

²⁵ *Ibid.*, 15.

²⁶ *Ibid.*, 15. Overigens waren er volgens Locke wel degelijk grenzen aan de tolerantie. Atheïsten hoefden bijvoorbeeld niet getolereerd te worden.

²⁷ Zie hierover o.m. F.C.L.M. JACOBS, «Inhoud en rechtvaardiging van de liberale moraal», in *De liberale moraal en haar grenzen, o.c.*, 24. Tevens M. DE BLOIS, «Gewetensvrijheid als grens aan het recht», in A.R.J. GROOT en H.J.L.M. VAN DE LUYTGAARDEN (red.), *Zonder meer recht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1993, 230-234.

²⁸ C.W. MARIS, *l.c.*, 37.

²⁹ Vgl. H.P. VISSER 'T HOOFT, «De private levenssfeer», in *De liberale moraal en haar grenzen, o.c.*, 271.

ware menselijkheid ligt volgens velen vandaag in de individuele vrijheid, in autonomie en persoonlijke ontplooiing.

13. Juristen zijn vandaag de dag in het algemeen inderdaad de mening toegedaan dat de vrijheid een waarde is die door het recht kan en moet worden bewerkstelligd. Zo treffen we bijvoorbeeld in de Grondwet en in een ruim aantal internationale documenten een aantal klassieke fundamentele rechten aan, waarbij «het streven naar het waarborg en van de vrijheid van het individu tegenover de overheid, een overwegende rol (speelt). Het klassieke grondrecht of vrijheidsrecht, verplicht de regeerders zich te onthouden voorzieningen te treffen of handelingen te verrichten die deze beperken»,³⁰ aldus een gezaghebbend handboek grondwettelijk recht. Of nog: het recht wordt «in onze cultuur opgevat als een soort minimumethiek, noodzakelijk om maatschappelijke harmonie te brengen in sociale contexten waarin mensen er andere morele meningen op na houden (...). Omwille van de morele diversiteit in een complexe samenleving heeft de juridische minimumethiek zich dan ook gekristalliseerd als een systeem van subjectieve rechten, waarbij individuen en/of groepen «morele ruimtes» worden gelaten, door hen autonoom – wat iets anders is dan willekeurig – in te vullen met morele beslissingen.»³¹ De negatieve vrijheid is aldus het uitgangspunt, de beperking ervan dient de uitzondering te zijn. De overheid moet zich slechts bezighouden met het scheppen van de voorwaarden voor een vreedzaam maatschappelijk verkeer. Beperkingen van de individuele vrijheid zijn uiteindelijk slechts dan toegestaan, wanneer er fysieke schade aan anderen wordt toegebracht of wanneer de fundamentele rechten en vrijheden van die anderen in het gedrang komen. Eventueel mag de overheid corrigerend optreden, door middel van de introductie van zogenaamde sociale grondrechten op basis waarvan iedereen op gelijke wijze van de vrijheid gebruik kan maken, maar dat is dan ook het maximaal toelaatbare.

14. Wat is nu eigenlijk de grondslag van het neutraliteitsconcept dat zo algemeen wordt beleden? In zijn algemeenheid is deze opvatting een van de gemene delers van een moderne *liberale* moraal. Deze liberale moraal moet overigens niet zozeer partijpolitiek of economisch begrepen worden, aldus samenvallend met het programma van deze of gene specifieke politieke partij die zich expliciet als liberaal presenteert, maar eerder politiek-filosofisch, dat wil zeggen als de politieke filosofie waarin de individuele vrijheid een prominente rol speelt.³² Een dergelijk gebruik van de term komt overeen met de programma's van de meeste hedendaagse Belgische politieke partijen, aangezien onze democratische partijen het prominente belang van de scheiding van Kerk en Staat en de klassieke vrijheidsrechten onderschrijven. In ieder geval tracht een dergelijke moraal,

zoals ten dele al bleek uit het voorgaande, door het ontbreken van door allen gedeelde opvattingen over het ethisch «goede leven», overeenstemming te bereiken over de noodzakelijke voorwaarden van ieders individuele invulling daarvan.³³ De kern van deze opvatting berust dus op het gegeven dat individuele burgers nu eenmaal andere opvattingen hebben over wat het «goede leven» moet inhouden. Sterker nog, deze verschillende opvattingen zijn niet alleen anders, maar vaak ook onverenigbaar. Deze verschillen kunnen voortkomen uit het gegeven dat er *feitelijk* een gebrek aan consensus bestaat, of omdat we geen meetlat hebben aan de hand waarvan de waarde van verschillende opvattingen gemeten kan worden, of omdat men van mening is dat «de» waarheid eenvoudigweg niet bestaat (relativisme en subjectivisme) en bijgevolg de ene opvatting over het «goede leven» even deugdelijk is als de andere. Hoe dan ook, om te voorkomen dat deze meningsverschillen tot conflicten leiden tussen individuen of groepen, lijkt neutraliteit een geschikt principe om het overheidshandelen te legitimeren. *De gustibus et coloribus non est disputandum*. Na het uiteenvallen van het «hemels baldakijn» van recht en moraal lijkt de neutraliteit van de overheid de meest redelijke oplossing te bieden voor het naast elkaar samengaan van verscheiden concepties van het «goede leven». Het dient als smeermiddel ten behoeve van conflictbeheersing.

IV. INTERNE KRITIEK: CONSERVATISME, POPULAIRE MORAALEN EN DE SCHEIDING TUSSEN HET PRIVATE EN HET PUBLIEKE

15. Laten we terugkeren naar het schadebeginsel van J.S. Mill. Het is een beginsel dat uiteraard vele vragen oproept. Want wie zijn juist die anderen die schade kunnen oplopen? Waar ligt juist de grens tussen wat publiek is en wat privaat? Waarom beperkt Mill zich tot fysieke schade, terwijl er tevens zoets als emotionele of morele schade bestaat? Waarom mag alleen directe schade worden verboden, en niet tevens even reële indirecte schade? Wanneer is de schade aan anderen groot genoeg om overheidsingrijpen te rechtvaardigen? Waarom kunnen alleen individuen schade oplopen, en niet bijvoorbeeld de samenleving als zodanig? Waarom zouden we niet paternalistisch mogen zijn?³⁴ Niet toevallig richtte een van de eerste kritieken die werden geformuleerd op Mills geschrift zich juist op het problematische van het schadebeginsel. De kritiek was afkomstig van een andere befaamde utilitarist, Sir James FitzJames Stephen, die in zijn *Liberty, Equality, Fraternity* uit 1873 onder meer sterk beklemtoonde dat het niet zo duidelijk is wanneer nu juist schade wordt aangebracht alleen aan jezelf en wanneer tevens aan anderen, waarmee de scheidingslijn tussen het private en het publieke in twijfel werd getrokken. «Mr. Mill's principle (...) assumes that some acts regard the agent only, and that some regard other people. In fact, by far the most important part of our conduct regards both

³⁰ A. MAST en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Gent, Story Scientia, 1983, 496.

³¹ B. BOUCKAERT, «Met de dood in het hart van het recht», *Vlaams Jurist Vandaag*, december 1994, 2.

³² Vgl. C.W. MARIS, «Vreemde theorieën. Over de verhouding van recht en moraal», *Justitiële Verkenningen* 1993/2, 45. Voor een interessant overzicht van verschillende verschijningsvormen van liberalisme, zie R. HARDIN, *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 41-81 en 322-332.

³³ F.C.L.M. JACOBS, *l.c.*, 21.

³⁴ Het antwoord dat Mill zou formuleren op deze vragen, ligt natuurlijk besloten in zijn utilitaristische gedachtegoed én het belang dat hij hecht aan de individuele vrijheid. Van op het moment dat men, bijvoorbeeld, tevens niet-fysieke schade zou accepteren als onderdeel van het schadebeginsel, staat de deur naar beperkingen van de individuele vrijheid in potentie wijd open.

ourselves and others.»³⁵ De samenleving zou dan ook de bevoegdheid moeten hebben om zelf te beoordelen, aldus nog Stephen, wat voor haar schadelijk is. Het was onder meer deze Stephen op wie einde de jaren vijftig een befaamde Engelse hoge magistraat, Lord Patrick Devlin, zich baseerde om zware kritiek uit te oefenen op het reeds eerder besproken rapport van de Commissie Wolfenden.³⁶ Zijn kritiek was enerzijds een interne kritiek, een kritiek van binnenuit, omdat Lord Devlin zijn pijlen niet zozeer richtte op het schadebeginsel als zodanig, maar eerder op de reikwijdte ervan. Anderzijds verdedigde hij de stelling dat het met het oog op sociale en maatschappelijke cohesie noodzakelijk is om een bepaalde publieke of gedeelde moraal af te dwingen, ongeacht of hetgeen men immoreel acht, zich in de private sfeer afspeelt of niet.

16. Volgens Devlin kan een samenleving worden gedefinieerd als een «gemeenschap van waarden». Zonder gedeelde waarden en een gemeenschappelijke moraal kan zij niet bestaan. Sterker nog, schending van die gemeenschappelijke moraal kan het voortbestaan van de samenleving bedreigen. In een centrale passage omschrijft hij dit als volgt: «Society means a community of ideas; without shared ideas on politics, morals, and ethics no society can exist. Each one of us has ideas about what is good and what is evil; they cannot be kept private from the society in which we live. If men and women try to create a society in which there is no fundamental agreement about good and evil they will fail; if, having based it on common agreement the agreement goes, the society will disintegrate. For society is not something that is kept together physically; it is held by the invisible bonds of common thought. If the bonds were too far relaxed the members would drift apart. A common morality is part of the bondage. The bondage is part of the price of society; and mankind, which needs society, must pay its price.»³⁷ Het is Lord Devlin dus om zelfbescherming van de samenleving te doen. De Staat heeft weliswaar geen bevoorrecht inzicht in de kwaliteit van deugdzaam gedrag, maar heeft wel kennis van zijn eigen bestaansvoorwaarden. Deze stellingname bevat de belangrijkste kritiek van Devlin op het schadebeginsel van Mill. Het betekent bijvoorbeeld dat het huwelijksinstituut niet zozeer beschermd mag worden omdat dit noodzakelijk de meest deugdzaamste wijze is om met een ander samen te wonen en bovendien in overeenstemming is met Gods geboden, maar vooral omdat het als hoeksteen van de samenleving een wezenlijk en bindend element is voor diezelfde samenleving zelf. Op basis van deze eerder sociologische stellingname is het volgens Devlin niet mogelijk om een onderscheid te maken tussen private en publieke moraal. Er bestaat niet zoiets als een exclusief domein voor het private en het publieke, omdat beide altijd en noodzakelijk op elkaar betrekking hebben. Vandaar dat volgens Devlin de samenleving wel degelijk het recht heeft om een oordeel te vellen over hetgeen zij als immoreel ervaart. «The suppression of vice is as much the law's business as the suppression of subversive activities; it is no more possible to define a sphere of private morality than it is to

define one of private subversive activity. (...) There are no theoretical limits to the power of the State to legislate against treason and sedition, and likewise there are no theoretical limits to legislation against immorality.»³⁸

17. De vraag die nu rijst is natuurlijk onder welke omstandigheden de overheid haar recht op ingrijpen dient te gebruiken. In de eerste plaats dient ze daarvoor de publieke moraal te kennen. Maar hoe doet zij dat? Het antwoord is verrassend eenvoudig: door te bestuderen wat de gewone, redelijke Engelsman als immoreel ervaart. Deze suggestie van Devlin verdient opnieuw een citaat. «English law has evolved and regularly uses a standard which does not depend on the counting of heads. It is that of the reasonable man. He is not to be confused with the rational man. He is not expected to reason about anything and his judgement may be largely a matter of feeling. It is the viewpoint of the man in the street (...). He might also be called the right-minded man. For my purpose I should like to call him the man in the jury box (...).»³⁹

18. De kennis van wat de gemiddelde Engelsman als immoreel ervaart, is echter nog niet genoeg voor de overheid om in actie te schieten. Devlin brengt op zijn stellingen namelijk een aantal belangrijke nuanceringen aan. Om een bepaalde gedraging ook door middel van het recht te verbieden, is het niet voldoende dat een redelijk persoon *niet* akkoord gaat met een bepaalde praktijk. Er moet volgens Devlin in de samenleving namelijk een maximum aan tolerantie en individuele vrijheid bestaan die nog te rijmen valt met de integriteit van diezelfde samenleving. Dat betekent tevens dat de privé-sfeer *zoveel als mogelijk* bewaakt en beschermd dient te worden. De limiet is met name bereikt wanneer de «man in the jury box» ten aanzien van bepaald gedrag gevoelens van «revulsion» of «disgust» ervaart.⁴⁰ Dé graadmeter voor een te verregaande schending van de morele waarden van een samenleving, blijken gevoelens van afkeer en walging te zijn. Overigens dienen we er ons van bewust te zijn, aldus nog Devlin, dat tolerantie ten aanzien van afwijkingen van een morele standaard van generatie tot generatie kan verschillen. De wet mag bijgevolg niet te snel worden aangepast, maar moet volgen op enige afstand.⁴¹ En tenslotte dient het recht zich vooral bezig te houden met een minimumgedragsstandaard, en niet zozeer met een maximum.⁴² Alleen wanneer dus de gemiddelde en redelijke Engelsman *walging* ervaart bij het gebruik van drugs, alcohol, het deelnemen aan kansspelen, prostitutie, homoseksuele handelingen tussen toestemmende volwassenen, bigamie, euthanasie, incest e.d.m., dan mag het recht die gedragingen, ongeacht of die zich in de private of publieke sfeer afspelen en of er al dan niet toestemming voor werd gegeven, verbieden. «(T)he moral judgment of society must be something about which any twelve men or women drawn at random might after discussion be expected to be unanimous.»⁴³ (...)

³⁸ *Ibid.*, 13-14.

³⁹ *Ibid.*, 15.

⁴⁰ *Ibid.*, 16.

⁴¹ *Ibid.*, 18.

⁴² *Ibid.*, 19.

⁴³ Lord Devlin doelt hier op de samenstelling en werkwijze van de Engelse juryrechtspraak, een instituut dat volgens hem de ervaringen van «reasonable men» het best benadert.

³⁵ De editie waarnaar hier wordt verwezen, is die van 1967, Cambridge, Cambridge University Press, R.J. WHITE (red.), 66.

³⁶ Deze kritiek werd later opgenomen als hoofdstuk 1 van zijn *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965.

³⁷ *Ibid.*, 10.

No society can do without intolerance, indignation and disgust; they are the forces behind the moral law, and indeed it can be argued that if they or something like them are not present, the feelings of society cannot be weighty enough to deprive the individual of freedom of choice.»⁴⁴

19. Het is van belang om de positie van Devlin in perspectief te plaatsen. Ondanks het eerder conservatieve karakter ervan, laten de nuanceringen duidelijk zien dat Devlin zich ten gronde nog steeds situeert aan de rand van wat vandaag de dag de heersende politieke moraal uitmaakt, namelijk die van het filosofisch liberalisme.⁴⁵ Het bewerkstelligen van vrijheid en het respecteren van privacy blijken immers ook voor Devlin een uitgangspunt te vormen, en zijn de belangrijkste leidraad voor het overheidshandelen. Devlin beroept zich niet op een echt inhoudelijke morele argumentatie – hij verdedigt gemeenschapswaarden immers niet omdat ze als dusdanig «goed» zijn –, maar sluit zich aan bij het schadebeginsel van Mill, met dit verschil dat hij het oprekt: ook morele beginselen kunnen volgens Devlin worden geschonden (Mill beperkte zich tot fysieke schade), en bovendien kan de samenleving als zodanig eveneens schade oplopen (Mill beperkte zich tot schade aan individuen). Devlin legt dus eveneens de nadruk op individuele vrijheid, alleen op een lager niveau dan J.S. Mill. Vanuit een bepaalde invalshoek bekeken is Devlin zelfs, zoals Mill, een utilitarist: hij beziet morele waarden niet zozeer als belangrijk op zichzelf, maar veeleer als instrumenteel voor het voortbestaan van een samenleving. Zonder gedeelde waarden kan de samenleving niet bestaan, en sterker nog, schending van die gedeelde waarden brengt het cement van die samenleving zelfs in gevaar.

20. Op zichzelf genomen lijkt de positie van Devlin redelijk. Wie zou niet de stelling willen onderschrijven dat morele waarden, zelfs *gedeelde* morele waarden, cruciaal zijn voor de geestelijke gezondheid van een samenleving? Wie zou de stelling willen verdedigen dat een maatschappij kan bestaan zonder moraal? Desondanks roept zijn positie een heel aantal vragen op. Het belangrijkste probleem schuilt wellicht vooral in de graadmeter die hij hanteert voor het overheidshandelen: dat zijn de gevoelens van walging die uiteindelijk als impuls voor het overheidsoptreden zouden moeten fungeren. Deze hebben namelijk geen enkel kritisch vermogen. Daardoor kan Devlins concept van wat het juist betekent om immoreel te handelen, in de praktijk hoogst problematisch zijn. Hij lijkt namelijk absoluut niet geboeid door de vraag of de morele opvattingen die door de gemiddelde Engelse burger worden gehanteerd, op zichzelf genomen verdedigbaar zijn of niet. Hij baseert zich op een soort van *gesundes Volksempfinden*, waardoor de samenleving het risico loopt om door middel van het recht een verstarrende of verdrukkende moraal, gebaseerd op vooroordelen of machtsongelijkheden, vast te leggen.⁴⁶ De commentator die eerder in randnummer 1 werd aangehaald, is wat dat betreft eigenlijk in hetzelfde bedje ziek als Devlin.

Want diegene die het gezond verstand als enige veilige gids neemt inzake vraagstukken van moraal, loopt eveneens het risico zich volstrekt onkritisch over te leveren aan de populaire moraal. Hoe dan ook, Devlin lijkt niet te begrijpen wat het betekent om iets moreel af te keuren.

21. Tegenover deze gevoelsethiek van Devlin heeft de Engelse rechtsfilosoof H.L.A. Hart daarom als alternatief een meer rationele ethiek geplaatst. Meer concreet heeft hij een onderscheid gemaakt tussen wat hij respectievelijk een positieve en een kritische moraal noemt.⁴⁷ De positieve moraal verwijst naar het geheel van feitelijke opvattingen over goed en kwaad die op een bepaald moment in een bepaalde samenleving heersen,⁴⁸ en de kritische moraal naar de algemene beginselen die men kan aanwenden om deze bestaande opvattingen te bekritisieren.⁴⁹ De kritiek van Hart komt erop neer dat men op basis van Devlins positieve (of populaire) moraal al te snel en kritiekloos opschuift van afkeuring van bepaalde gedragingen naar strafbaarstelling, en dit zonder nadere bewijsvoering of enig onderzoek naar de inhoud van die moraal. Uiteindelijk kan dit leiden tot onterechte schade voor diegene die de populaire moraal overtreedt (omdat de overtreder ervan een gevangenisstraf of boete krijgt opgelegd), en het kan bovendien een inperking betekenen van de vrijheid, een waarde die volgens Hart als zodanig erg belangrijk is. «The central mistake is a failure to distinguish the acceptable principle that political power is best entrusted to the majority from the unacceptable claim that what the majority do with that power is beyond criticism and must never be resisted. No one can be a democrat who does not accept the first of these, but no democrat need accept the second.»⁵⁰ Hart onderschrijft daarmee, heel algemeen, de stelling dat de kwaliteit van een democratie zich vooral toont in de wijze waarop er met minderheidsstandpunten wordt omgegaan.

22. De vraag naar welke moraal af te dwingen door middel van het recht, blijkt uiteindelijk niet alleen een vraag over de moraal te zijn, maar sluit zelf een *morele vraagstelling* in: is het verantwoord hiervoor een moraal te gebruiken die volledig overeenstemt met de positieve moraal? Het antwoord moet wat mij betreft ondubbelzinnig negatief zijn. Hart heeft overigens nog een punt van kritiek geformuleerd op het gedachtegoed van Devlin. Voor zover we al zoiets kennen als een brede gemeenschappelijke moraal, iets wat Hart zelf tegensprekt, bestaat er namelijk geen empirische grondslag voor de stelling dat degene die een onderdeel van de morele code van een samenleving schendt, daarmee de samenleving in gevaar brengt.⁵¹ Een zekere gedeelde moraliteit, zo geeft ook Hart toe, is essentieel voor het voortbestaan van iedere samenleving.⁵² Alleen, moraliteit is geen naadloos web, en een samenleving valt niet volledig samen

⁴⁷ H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1963, 17-24.

⁴⁸ Dworkin noemt dit de antropologische moraal (R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1977, 248).

⁴⁹ Dworkin noemt dit de moraal in de onderscheidende zin. *Ibid.*, 248.

⁵⁰ H.L.A. HART, *o.c.*, 79. Overigens was de stelling van Devlin niet zo sterk als Hart in het zojuist weergegeven citaat lijkt te insinueren, maar desondanks kon iets dergelijks inderdaad het gevolg van het standpunt van Devlin zijn.

⁴⁴ *Ibid.*, 15 en 17.

⁴⁵ Zie hierover reeds meer uitgebreid, *supra*, paragraaf II.

⁴⁶ Voor alle duidelijkheid: Lord Devlin onderschreef de conclusie van de Commissie Wolfenden («niet langer strafbaar stellen van homoseksuele handelingen tussen toestemmende volwassenen») wel degelijk, maar had vooral kritiek op de wijze waarop de Commissie daartoe kwam.

met haar moraal. Met Mill is Hart van mening dat een voortdurende bijstelling van morele waarden, door middel van «ethical confrontation», kan leiden tot vooruitgang.

23. Hart brengt een tweetal belangrijke kwalificaties aan op het schadebeginsel van Mill. Wat de *eerste kwalificatie* betreft: eerder zagen we dat Mill paternalisme in principe, met een uitzondering ten behoeve van de bescherming van jongeren en zwakken van geest, afwijst. Hart wijst paternalisme niet principieel af, want de samenleving heeft volgens hem wel degelijk het recht om haar leden tegen zichzelf te beschermen. Dit is eveneens de reden waarom Hart paternalistische beschermingsmaatregelen ten aanzien van volwassenen aanvaardbaar acht. Paternalisme is voorts ook de reden waarom het concept «toestemming», in zijn algemeenheid, geen rechtvaardigingsgrond kan betekenen voor de niet-strafbaarheid van bepaalde gedragingen (zoals het verbod op het gebruik van hard-drugs).⁵³ Hart gaat akkoord met Mill dat eenieder zijn eigen levenswijze moet kunnen kiezen, maar stelt dat dit recht desondanks interne grenzen kent. Wanneer we deze stelling plaatsen in het perspectief van Harts eigen opvattingen, is dit toch een wat opmerkelijke argumentatie. Zoals we eerder zagen, was de Commissie Wolfenden immers van mening dat onder meer jongeren een bijzondere bescherming dienden te genieten tegen «corruption» en «exploitation». Hart wenst deze visie te bevestigen en zelfs, *contra* J.S. Mill, uit te breiden naar volwassenen. En dit niet zozeer om moralistische redenen, aldus Hart, maar om sommige leden van de samenleving

tegen zichzelf te beschermen. De termen «corruption» en «exploitation» zijn echter moreel geladen, en vereisen zelf een morele positie. Daardoor sluipt er een zeker moralisme via een achterpoortje weer in het liberale discours van Hart binnen. Want om te kunnen bepalen wanneer er juist sprake is van «corruption» of «exploitation», moet er immers een beroep worden gedaan op de morele waarden die in de samenleving heersen.⁵⁴ Dat men jongeren in het Engeland van de jaren '50 en '60 tegen homoseksuele gedragingen zou willen beschermen, lijkt te betekenen dat de samenleving hier een potentieel moreel gevaar voor diezelfde jongeren ziet. Anders gezegd: alvorens men een dergelijk paternalistisch standpunt kan verdedigen, dient men een morele positie in te nemen, een positie zelfs die verder kan gaan dan op basis van het schadebeginsel, zoals door Hart opgevat, wenselijk lijkt. Moralisme en paternalisme kunnen blijkbaar niet altijd scherp van elkaar onderscheiden worden.

24. De *tweede kwalificatie* die Hart aanbrengt, heeft betrekking op de scheiding tussen wat publiek en wat privaat is. In zijn algemeenheid onderschrijft hij de stelling van Mill en de Commissie Wolfenden dat deze twee sferen kunnen en moeten worden gescheiden. Hij voegt er echter een tweede onderscheid aan toe, namelijk dat tussen het anderen laten zien van gedragingen die aanstootgevend («offensive») zouden zijn, en het louter kennis hebben van diezelfde gedragingen. Het eerste dient volgens hem eveneens strafbaar te kunnen zijn, het tweede niet. Pornografie mag op basis van dit onderscheid dus wel privaat geconsumeerd worden, maar niet publiek uitgesteld. Vandaar dat ook bijvoorbeeld bigamie strafbaar kan zijn, omdat dat als publiek zichtbare handeling de religieuze gevoelens van christenen kan kwetsen, en dus niet omdat het als zodanig immoreel is, aldus nog Hart.⁵⁵ Deze onderscheiding is niet zo vanzelfsprekend als ze lijkt. De vraag immers of een bepaalde handeling als publiek of privaat gekwalificeerd kan worden, kan namelijk in belangrijke mate zelf op een voorafgaand moreel oordeel gebaseerd zijn. Wordt bigamie niet juist als beledigend ervaren omdat het een schending van de heersende moraliteit van de samenleving uitmaakt? Dias geeft het voorbeeld van twee vrouwen die op straat geld collecteren.⁵⁶ De ene ten behoeve van een liefdadigheidsactie, de andere om zich te prostitueren. Wat de laatste handeling mogelijk aanstootgevend maakt en de eerste niet, is niet zozeer het al dan niet publieke karakter (het zien) van het collecteren van het geld, maar de loutere kennis dat het doel waarvoor het geld door de prostituee wordt opgehaald, door sommigen als immoreel wordt ervaren. Het onderscheid heeft te maken met de vooronderstellingen die ten aanzien van beide activiteiten worden gehanteerd. Of neem nog het voorbeeld van een Amerikaans president die buitenechtelijke seksuele handelingen verricht met een van zijn stagiaires. Op het

⁵¹ *Ibid.*, 50-51. Het is overigens maar de vraag of Devlin dit daadwerkelijk gezegd of bedoeld heeft. Zijn eigen geschriften zijn er niet al te duidelijk over, en de visie die Hart hem dienaangaande toeschrijft, krijgt daardoor geen ondubbelzinnige tekstuele bevestiging.

⁵² *Ibid.*, 50. Hart doet daarmee op wat hij «the minimum content of natural law» noemt. Hart stelt dat alle positieve rechtssystemen minstens een aantal specifieke normen moeten inhouden omdat die noodzakelijk zijn voor elke menselijke samenleving om überhaupt te kunnen (voort)bestaan. Dit minimale natuurrecht is niet gebaseerd op een bepaalde mensopvatting of afgeleid van een aantal (al dan niet eeuwige) waarden, maar van de menselijke drang tot overleven zoals die voor iedereen waarneembaar is. Het valt samen met regelen die 1) eerbiediging voorschrijven van ieders lichamelijke integriteit; 2) eerbiediging van eigendom voorschrijven; 3) het nakomen van overeenkomsten voorschrijven, en 4) het afdwingen van regelconform gedrag voorschrijven. Het is een sociologische beschrijving van de minimumregels die feitelijk voorkomen in elke samenleving, en geeft de redenen waarom mensen die willen overleven er goed aan doen om de betreffende regelen in stand te houden (Zie H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, 181-207). Het voordeel van dit minimale natuurrecht is dat het eenvoudige biologische feit van de overlevingsdrang voor de meeste mensen een plausibel en onomstreden uitgangspunt is, terwijl opvattingen over wat een goed leven is vaak diametraal uiteenlopen. Nadeel is echter dat dit uitgangspunt onvoldoende grondslag oplevert voor een moraal in de volle zin, dat is een moraal die kan dienen als kritische toetssteen voor het positieve recht zoals de eerder traditionele natuurrechtstheorie het wil. Het minimale natuurrecht van Hart kan aldus bijvoorbeeld samengaan met een dictatoriaal regime. De term «natuurrecht» is in die zin wat misleidend.

⁵³ H.L.A. HART, *Law, Liberty, and morality, o.c.*, 30-34. Devlin was daarentegen van mening dat toestemming geen rechtvaardigingsgrond kan zijn voor de niet-strafbaarheid van bepaalde gedragingen, omdat door die handelingen wel toe te staan de moraliteit van de samenleving zou kunnen worden geschonden.

⁵⁴ Vgl. tevens B. MITCHELL, *Law, Morality, and Religion in a Secular Society*, Oxford, Oxford University Press, 1967, 54-56.

⁵⁵ H.L.A. HART, *Law, Liberty, and Morality, o.c.*, 38-48.

⁵⁶ R.W.M. DIAS, *Jurisprudence*, London, Butterworths, 1985, 115. Zo zou men zich ook de vraag kunnen stellen wat het verschil is tussen een pooier die een prostituee begeleidt en een impresario die hetzelfde doet bij een artiest? Beiden fungeren immers als tussenpersoon bij het verkopen van de diensten en talenten van een ander. In het geval van de prostituee sprak de Commissie Wolfenden echter over een uitbuitingsrelatie die (daarom) verboden moest worden, hetgeen minder vanzelfsprekend is in het geval van de artiest.

eerste gezicht gaat het om een handeling, al dan niet moreel verantwoord, in de private sfeer. Wegens de voorbeeld-functie die diezelfde president heeft zal de kennis van deze handeling door sommigen echter eerder als een publieke aangelegenheid worden bestempeld.

25. Blijkbaar trekken we allemaal ergens een grens tussen wat we als een private of als een publieke aangelegenheid wensen te beschouwen, en wat als schade aan anderen kan worden beschouwd en wat niet. De vraag waar die grens ergens ligt, lijkt evenwel niet zo heel veel van doen te hebben met de intrinsieke kwaliteiten van het schadebeginsel zelf, maar vooral met de morele opvattingen die we voorafgaandelijk daaraan hanteren. In ieder geval blijkt het niet goed mogelijk om *op een neutrale wijze* over het publieke of private karakter van moraliteit te spreken. Om deze reden valt ook het begrip «schade» niet op een neutrale wijze te definiëren, omdat het onderscheid tussen het private en het publieke domein door datzelfde schadebeginsel als scharnierpunt wordt gebruikt. Het begrip «schade» is alleen te hanteren indien men de belangen duidelijk maakt die tussen mensen onderling gelden, en een dergelijke verduidelijking kan slechts onder verwijzing naar eerste orde opvattingen over moraal zelf. Zo beschouwen we bijvoorbeeld diefstal als schadelijk voor derden, omdat onze dominante politieke ideologie het privé-eigendom als morele waarde hanteert.⁵⁷ Wegens zijn intrinsieke vaagheid en onbepaaldheid kan door het schadebeginsel aan de waarlijk interessante en belangrijke vraag over de relatie tussen recht en moraal niet worden tegemoetgekomen: waar trekken we de grens tussen vrijheid en gebondenheid en waarom? Daarmee is overigens niet gezegd dat men niet de stelling zou kunnen verdedigen dat men gedragingen die sterk met de persoonlijke identiteit overeenkomen, en die geen direct tastbaar nadeel voor derden opleveren (behalve dat de betreffende gedragingen aanstootgevend zijn), buiten het strafrecht moet houden. Wel integendeel. Er wordt alleen maar mee gezegd dat de scheiding tussen wat privaat en publiek is, en wat schade aan anderen juist inhoudt, niet op een moreel neutrale wijze te bepalen is.

26. Het schadebeginsel kan wellicht interessant zijn als startpunt van discussie over de wenselijke relatie tussen recht en moraal, omdat het de bewijslast om iemands vrijheid te beperken bij de gezagsdragers plaatst, maar daar houdt het dan ook mee op. Over wat juist publiek en wat privaat is, leert het ons niets. Deze kritiek op het schadebeginsel van J.S. Mill betekent overigens niet dat de voorstellen van Lord Devlin het betere alternatief vormen. Om de redenen die al eerder werden gegeven, zijn ook deze niet aanbevelenswaardig. Uiteindelijk is Lord Devlin in dit debat wellicht niet de meest krachtige opponent voor iemand die een liberale moraal, inclusief het schadebeginsel van Mill, wil verdedigen.

V. EXTERNE KRITIEK: COMMUNITARISME EN PUBLIEKE MORAAAL

27. Eerder hebben we de kritiek van Devlin op de positie van de J.S. Mill en de Commissie Wolfenden bestudeerd. Het

was een *interne kritiek*, in die zin dat het schadebeginsel en de vrijheid door Devlin nog altijd als uitgangspunt werden gehanteerd, zij het bijgesteld en gekwalificeerd. Devlin bleek uiteindelijk nog altijd een liberaal, maar dan een van de eerder behoudende soort. Een interessantere (want beter onderbouwde) positie dan die van Devlin wordt vandaag de dag geschraagd door de inzichten van een stroming die ook wel «communitarisme» wordt genoemd. De kritiek op het liberale (rechts)denken die door denkers in die school wordt geformuleerd zouden we ook een *externe kritiek* kunnen noemen, omdat ze haar pijlen richt op de liberale moraal en het daarbij horende vrijheidsconcept zelf.⁵⁸ Meer concreet heeft het communitarisme een filosofisch-methodologische kritiek geformuleerd op de antropologische vooronderstellingen – het mensbeeld dus –, van de liberale moraal, en in het verlengde daarvan een cultureel-normatieve of politieke kritiek.⁵⁹ Eén nuance wil ik reeds nu aanbrengen: een heel aantal communitaristen maakt bezwaar tegen het label «communitarist», omdat het kan gaan fungeren als een gepreconditioneerde argumentatiegrond die geen recht doet aan hun genuanceerde betoog. Dit bezwaar is terecht, omdat er onder de noemer van het communitarisme inderdaad een grote diversiteit aan posities bestaat. Communitarisme, zoals liberalisme, is een kapstokterm waaraan vele inhouden gegeven kunnen worden. Desondanks meen ik van een communitaristische school te kunnen spreken, omdat die verschillen vooral tot uiting komen in de *alternatieven* die worden aangereikt voor het liberalisme. In de *kritiek* op het liberalisme zijn er echter wel degelijk overeenkomsten aan te treffen.

28. Wat de filosofische kritiek betreft: in een liberale moraal, zoveel mag inmiddels wel duidelijk zijn, staan waarden als individuele vrijheid en autonomie, privacy, pluralisme en tolerantie centraal.⁶⁰ Daardoor wordt een bijna onvoorwaardelijk respect voor de individuele vrijheidsrechten en levensovertuiging van elke persoon op de voorgrond geplaatst. Het mensbeeld dat hieraan ten grondslag ligt, is dat van een vrij, ongebonden en autonome «zelf», dat in staat is op onbevooroordeelde wijze voor bepaalde opvattingen van «het goede» te kiezen. Dit mensbeeld is echter niet geheel onproblematisch. Volgens communitaristen is het namelijk een fictie, omdat het ervan uitgaat dat de mens van nature een autonoom en ongebonden subject is: «Als dragers van rechten, van rechten als troeven, beschouwen we ons als een vrij kiezend, individueel «zelf», niet gebonden door verplichtingen die aan rechten of door ons gesloten contracten voorafgaan.»⁶¹ Communita-

⁵⁸ Een mooi overzicht in de Nederlandse taal van het debat tussen liberalen en communitaristen biedt B. VAN DEN BRINK, «Het recht van de moraal. Liberalisme en communitarisme in de politieke filosofie», in *Het Recht van de Moraal*, B. VAN DEN BRINK en W. VAN REIJEN (red.), Bussum, Coutinho, 1994, 9-23 en I. LECLUYSE, «Ethiek en traditie. De communitaristische kritiek op het liberalisme», in L. BOUCKAERT en G. BOUCKAERT, *Metafysiek en engagement*, Leuven, Acco, 1992, 193-220.

⁵⁹ Als economische theorie wordt het liberalisme door de communitaristen meestal niet gevisieerd, alhoewel dit mijns inziens zeer wel mogelijk is. Het dogma van de markt heeft immers eveneens sterk individualistische tendensen.

⁶⁰ Waarden die overigens niet noodzakelijk samenvallen (zie bijv. A. ALBLASTER, *The Rise and Decline of Western Liberalism*, Oxford, Basil Blackwell, 1984, 55-71).

⁵⁷ Vgl. N. MACCORMICK, «Against Moral Disestablishment», in N. MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1982, 28-29.

risten stellen echter dat het individu helemaal geen ongebonden subject is. Het individu is slechts vrij in de mate dat het tevens lid is van een gemeenschap of culturele traditie, en juist dat lidmaatschap maakt zijn identiteit en geeft er betekenis aan. Het «zelf» wordt dus niet door de autonomie van het individu gevormd, maar integendeel door lidmaatschap van een gemeenschap. Dit lidmaatschap is zelfs *constitutief* voor het persoon-zijn. In het verlengde hiervan kan men opvattingen over het «goede leven» en over rechtvaardigheid eveneens niet als vrij en ongebonden individu kiezen. Want zoals het «zelf» niet voorafgaat aan het lidmaatschap van een gemeenschap, zo gaan opvattingen over het «goede leven» evenmin vooraf aan de samenleving waarin die opvattingen worden gevormd. Integendeel, onze identiteit bestaat juist voor een belangrijk deel uit die normen en waarden die we hebben meegekregen. «Onze concrete identiteit is (...) door en door relationeel, zij is wezenlijk verbonden met relaties en met grenzen. Dat de mens een concreet, relationeel wezen is, betekent echter ook dat hij tot in de kern van zijn wezen bepaald wordt door iets dat hem transcendeert: door de taal die hij spreekt of de cultuur, de gemeenschap waarvan hij deel uitmaakt», schrijft Johan Taels.⁶² En verder stelt hij: «(W)e zijn wie we zijn, we verlangen wat we verlangen op grond van ons behoren tot een netwerk, dat we nooit helemaal kunnen inhalen of recupereren. We kunnen ook niet uittreden om het op volkomen objectieve wijze te beoordelen, of om het te zien als een gunstig of ongunstig instrument in functie van onze eigen wensen.»⁶³ Het is van belang te zien dat het er hier dus niet slechts om gaat dat een meerderheid van individuen, uit vrije wil of keuze, feitelijk blijkbaar belang hecht aan bepaalde waarden, maar om het omgekeerde proces: de gemeenschap is constitutief voor de waardebeleving en identiteit van individuen (het gaat bij waarden dus niet alleen om een individueel keuzeproces). Dat maakt ook het belangrijkste verschil uit met de opvattingen van Lord Devlin waarmee we eerder kennis maakten. Devlin relativeerde weliswaar het belang van individuele vrijheid, hij wenste het althans af te wegen tegen de belangen van de samenleving, maar sprak zich niet uit over de vraag waar opvattingen over het «goede leven» juist vandaan komen, en ook niet over de vraag hoe het individu zich ten aanzien van die opvattingen zou situeren. Devlin steunde in zijn geschriften eigenlijk helemaal niet op een expliciet mensbeeld of antropologie. Hoe dan ook, dat mensen op autonome wijze keuzes tussen verschillende rechtvaardigheidsopvattingen kunnen maken, willen communitaristen met hun stellingen niet ontkennen, maar wel dat het maken van die keuzes niet vooraf gaat aan de (gemeenschappelijke) waarden en doeleinden die de

identiteit van diegenen die de keuzes maken in belangrijke mate mee bepalen. Keuzevrijheid is dus altijd ingebed in een maatschappelijke en sociaal-culturele context, en zelfbepaling en autonomie staan nooit los van gegevenheid. Keuzevrijheid beweegt zich altijd tussen de opties die binnen een bepaalde cultuur als betekenisvol gelden. Echte vrijheid is gesitueerde vrijheid.

29. In het verlengde hiervan hebben filosofen in de communitaristische school een cultuurkritiek geformuleerd. Deze cultuurkritiek komt tot uiting in de volgende retorische vragen: zou de bezorgdheid voor het niet-onderdrukkende karakter van de samenleving de samenleving zelf niet kunnen vernietigen? Kan het terugverwijzen van opvattingen van het «goede leven» naar het individu niet leiden tot ethische onverschilligheid? Zou de liberale bekommernis voor de vrijheid en gelijkheid van het individu niet kunnen leiden tot ethische ontworteling en de onmogelijkheid van zinvol levensengagement? Deze vragen zullen voor de communitaristen allemaal een bevestigend antwoord krijgen. Communitaristen stellen namelijk dat, wanneer mensen slechts als autonome individuen worden gezien, dit, wellicht onbedoeld, ten koste kan gaan van datgene wat veel belangrijker is, namelijk de gemeenschapswaarden die mensen op een veel fundamenteeler niveau met elkaar verbinden en die zelfs, zoals gezegd, in belangrijke mate hun identiteit bepalen. De liberale moraal bijt zich wat dat betreft in zijn eigen staart, want door ter verdediging van de individuele autonomie de overheid te verplichten zo neutraal mogelijk te zijn, laat ze de sociale en culturele condities die nodig zijn voor een waardevolle invulling van deze autonomie verkommeren, waardoor de autonomie zelf weer teloorgaat. Immers, in het discours waarin het individu, zijn autonomie en zijn individuele vrijheidsrechten centraal staan, wordt keuzevrijheid verheerlijkt en als een gegeven beschouwd, en zal respect voor de individuele vrijheidsrechten van elkeen de belangrijkste bron zijn van wat ons samenbrengt.⁶⁴ De losse liberale gemeenschap van vrijwillige en vrijblijvende associaties wordt daarom door communitaristen ook wel omschreven als een staat die «geen enkel cultureel of religieus project (steunt) en evenmin collectieve doeleinden die uitgaan boven individuele vrijheid en fysieke bescherming, welzijn, en veiligheid van alle burgers.»⁶⁵ Uiteindelijk juridiseert de liberale moraal door haar weinig inhoudelijke benadering de samenleving en het samenleven, omdat ze te zeer gericht is op vragen over de institutionele organisatie van de samenleving, op formele procedures van democratische inspraak, besluitvorming en geschillenbeslechting. *Het hoe* (de procedure) wordt daardoor veel belangrijker dan *het wat* (de inhoud). Naar het resultaat van de ethische deliberatie wordt daarmee niet gekeken, maar wel naar de vorm – het besluitvormingsproces – daarvan. Wanneer een wet bijvoorbeeld volgens democratische *procedures* is totstandgekomen, wanneer er sprake is van een maxime dat

⁶¹ M. SANDEL, «The Procedural Republic and the Unencumbered Self», *Political Theory* 1984, 96. Dit artikel, en het hier weergegeven citaat, is in vertaling opgenomen in B. VAN DEN BRINK en W. VAN REIJEN (red.), *Het Recht van de Moraal, o.c.*, 39. Deze kritiek van Sandel vormt trouwens de rode draad in zijn hele oeuvre. Wanneer Sandel over «rechten» spreekt, doelt hij met name op de zogenaamde klassieke mensen- en fundamentele rechten, vrijheidsrechten dus.

⁶² J. TAELS, «Ethiek en autonomie. Een socratisch perspectief», in Centrum voor de Grondslagen van het Recht, Ufsia (red.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 26.

⁶³ *Ibid.*, 27.

⁶⁴ Overigens geloof ik niet dat het hedendaagse rechtendiscours noodzakelijk samenvalt met een individualistisch mensbeeld (zie hierover M. ADAMS, «De samenleving, dat ben jij! De antropologie van de mensenrechten: het individualisme voorbij?» in *Liber Amicorum J. Van Houtte*, Leuven, Acco, 1999, 40-44).

⁶⁵ M. WALZER, «Commentaar», in C. TAYLOR (red.), *Multiculturalisme. De politiek van erkenning nader onderzocht*, Amsterdam, Boom, 1995, 121.

universaliseerbaar is (Kant), of wanneer een norm het resultaat is van een «herrschaftsfreie Dialog» (Habermas), dan wordt die niet verder meer op inhoudelijke aspecten ondervraagd.⁶⁶ Deze benadering kan ertoe leiden dat de ethische gesprekspartners worden geacht zich zo min mogelijk in te laten met de vraag naar het «goede», en dat het uitspreken van een eigen mening al snel wordt beschouwd als een misplaatste poging die te dringen en de procedurele besluitvorming in de weg te staan.⁶⁷ De reeds eerder vermelde James Fitzjames Stephen bekritiseerde in 1873, zij het op een indirecte wijze, het schadebeginsel van J.S. Mill al om die reden. «(T)he object of promoting virtue and preventing vice must be admitted to be both a *good one* and one sufficiently intelligible for legislative purposes.»⁶⁸ Stephen wijst er daarmee onder meer op dat Mill aan de inhoudelijke vraag naar welke moraal goed is, inderdaad volledig voorbijgaat. De waarlijk interessante vraag is dan ook die naar het soort vrijheid dat we wensen.⁶⁹ Of anders gezegd: vrijheid ten koste van wat?⁷⁰ Bovendien benadrukt Stephen sterk het feit dat acties die anderen niet schaden bijna niet bestaan. Hoe dan ook, wanneer de samenleving niet in staat is om «gedeelde waarden» in opvattingen over het «goede leven» te integreren, wanneer de maatschappij louter instrumenteel wordt begrepen, als een verzameling individuen die alleen maar uit zijn op het profijt dat men kan krijgen van diezelfde samenleving, ontstaat een samenleving waarin calculerende burgers slechts de hoogstindividuele voorstelling van een geslaagd leven najagen, een Staat die zich bijgevolg niet van de hechting van zijn burgers weet te verzekeren. Het zal leiden tot een asociale (of onverschillige, permissieve, «cocoonende» of nihilistische) samenleving. De samenleving zelf en de fundamentele gemeenschapswaarden die daarbij horen, worden erdoor op de helling gezet, want door de eenzijdige nadruk op de autonomie van het individu zullen het algemeen belang en plichts- en gemeenschapsbesef uit het oog worden verloren, morele onverschilligheid en subjectieve willekeur troef worden en sociale cohesie niet langer mogelijk. Dit alles leidt tot «a community of strangers.»⁷¹ Dat dit een onwenselijke situatie is mag duidelijk zijn, en vandaar dat de overheid, aldus nog de communitaristen, niet alleen moet voorzien in een gelijke verdeling van de basisvoorwaarden voor persoonlijke autonomie,

maar ook actief moet helpen de voorwaarden voor een waardevolle invulling van persoonlijke autonomie in stand te houden. Voor zover de communitaristische kritiek betrekking heeft op een overdaad aan onverschillig individualisme, is ze wat mij betreft beklijvend.

30. In het verlengde van deze dubbele kritiek hebben de communitaristen ook de zogenaamde neutraliteit van de Staat willen ontmaskeren.

In de *eerste plaats*, en voor de hand liggend, heeft deze kritiek betrekking op het feit dat een keuze voor neutraliteit reeds zelf een morele en dus niet-neutrale keuze is. De doelstelling zelf van de neutrale Staat, het in gelijke mate mogelijk maken van het nastreven van verschillende concepties van het «goede leven», steunt immers op de dragende waarden en principes van de liberale moraal, zoals autonomie, individuele vrijheid, privacy en gelijkheid, pluralisme en tolerantie. Het zijn waarden die juist zelf de veruitwendiging zijn van een bepaalde opvatting van het «goede». Indien men aan een willekeurig persoon zou vragen of het juridisch ondersteunen van het homohuwelijk een neutrale keuze is, zal de voorstander van dat homohuwelijk naar alle waarschijnlijkheid antwoorden dat dit wel degelijk het geval is, omdat daarmee de overheid partners van gelijk geslacht de mogelijkheid biedt, en dus de vrijheid creëert, voor een dergelijk huwelijk te kiezen, en dit zonder het op te dringen. De tegenstander van datzelfde homohuwelijk zal daarentegen waarschijnlijk stellen dat er integendeel van neutraliteit geen sprake kan zijn, en dat er sterker nog sprake is van een vorm van immoraliteit, juist omdat de overheid de keuze voor een dergelijk partnerschap mogelijk maakt. En deze persoon zal dit met name zeggen wanneer de opvatting dat een huwelijk slechts mogelijk moet zijn tussen personen van verschillend geslacht hem ten diepste moreel engageert. Afwijkende opvattingen over de invulling van het «goede leven» zijn voor diezelfde burger niet zomaar een alternatieve mogelijkheid, maar iets wat intrinsiek slecht is, iets wat diezelfde persoon bijgevolg ook in de publieke ruimte afgewezen wil zien. In ieder geval is het antwoord op concrete vragen naar wat de neutrale Staat behelst, sterk afhankelijk van de vooronderstellingen die worden gehanteerd door degene die het antwoord formuleert. Het liberalisme onderschrijft dus wel degelijk zelf een bepaalde moraal, zij het dan een moraal van de tweede orde, dat is een moraal die verschillende eerste orde-opvattingen over het «goede leven» niet kan vervangen, maar die slechts iets zegt over hoe met die eerste orde-opvattingen om te gaan.

Deze kritiek op de vermeende neutraliteit van de staat komt trouwens in belangrijke mate overeen met de kritiek die eerder al werd geformuleerd op het schadebeginsel, want ook dat concept bleek allerm minst een neutraal begrip te zijn. Dat is natuurlijk niet toevallig zo, juist omdat het schadebeginsel een van de instrumenten is van de Staat om de beoogde neutraliteit zoveel als mogelijk te bewerkstelligen. In de *tweede plaats* zijn er talrijke probleemvelden waar levensbeschouwelijke overwegingen logisch noodzakelijk, dus uit de aard van de zaak zelf, tot het publieke debat behoren. Er zijn met andere woorden problemen en vraagstukken die eenvoudigweg niet tot een private moraal herleid kunnen worden.⁷² Sterker nog, er bestaan nauwelijks vraagstukken

⁶⁶ Vgl. T. VANDEVELDE, «Taylors kritiek van utilitarisme en liberalisme», in S. CUYPERS en W. LEMMENS, *Charles Taylor*, Kampen/Kapellen, Kok/Pelckmans, 1997, 136.

⁶⁷ J. TELS, *l.c.*, 20-21.

⁶⁸ J.F. STEPHEN, *o.c.*, 150. Op de kritiek dat de overheid niet in staat zou zijn morele kwesties van elkaar te onderscheiden, stelde hij de volgende wedervraag: «How can the State or the public be competent to determine any question whatever if it is not competent to decide that gross vice is a bad thing?» *Ibid.*, 137.

⁶⁹ *Ibid.*, 170.

⁷⁰ Voor Stephen, die als jurist nogal pragmatisch tegen deze problematiek aankeek, was duidelijk dat het weinig zin had om de vrijheid om een waardeloos of zelfs een slecht leven te leiden te verdedigen: «It is one thing (...) to tolerate vice so long as it is inoffensive, and quite another to give it a legal right not only to exist, but to assert itself in the face of the world as an «experiment in living» as good as another, and entitled to the same protection from law.» (*ibid.*, 155).

⁷¹ M. WALZER, «The Communitarian Critique of Liberalism», *Political Theory*, 1990, 9.

⁷² F. DE WACHTER, «Politiek en het goede leven», in B.J. DE CLERCQ e.a. (red.), *De Burger en zijn Staat*, Leuven, Davidsfonds, 1998, 44-45.

die tot het puur private herleid kunnen worden. Dat komt omdat, zoals we eerder zagen, de grens tussen wat privaat en wat publiek is, in belangrijke mate wordt bepaald door de vooronderstellingen die men hanteert ten aanzien van concepties van het «goede leven». Dit is overigens des te meer het geval, nu vandaag de dag de overheid een erg intensieve taakopvatting hanteert. Wanneer een burger bijvoorbeeld gedurende lange tijd overmatig alcoholhoudende middelen tot zich neemt, worden de gezondheidskosten die dat eventueel tot gevolg kan hebben, vandaag in belangrijke mate, door de organisatie van onze sociale zekerheid, afgewenteld op de samenleving. De overmatige alcoholconsumptie door het individu is daarmee, nog veel meer dan in de dagen van J.S. Mill, tevens een publieke zaak. De maatschappelijke context is wat dat betreft in de twintigste en eenentwintigste eeuw geheel anders dan in de tijd van Mill. De publieke moraal is zo begrepen nauwelijks te vermijden. En deze onvermijdelijkheid beslaat het hele terrein van het leven en samenleven. Wie nadenkt over inkomensverdeling, moet gelijktijdig standpunt innemen over wat echt goed is voor mensen, over wat mensen nodig hebben, over wat armoede, geld, honger en arbeid betekenen. Debat over sociale zekerheid en gezondheidszorg kan niet zonder verwijzing naar vooronderstellingen over leven en dood, over lijden en ziekte. Vanuit dit perspectief is de belangrijkste vrees van de communitaristen natuurlijk dat de neutrale Staat niet in staat is de kwaliteit van de samenleving te garanderen, omdat de neutrale Staat leidt, zoals eerder al gezegd, tot het ondergraven van de culturele voorwaarden voor het kunnen uitoefenen van zinvolle autonomie. Misschien is het uiteindelijk dan ook beter om niet van de neutrale Staat te spreken, want die neutraliteit is misleidend omdat de Staat *de facto* helemaal niet neutraal is, maar eerder van een terughoudende Staat, dat is een Staat die zich voorzichtig wenst op te stellen ten aanzien van individuele concepties van het «goede leven».

31. Het is niet de bedoeling om hier het debat tussen deze twee stromingen in het politiek-filosofische denken, liberalisme en communitarisme, te beslechten. Beide hebben ontegensprekelijk belangrijke kwaliteiten. Het is bovendien zo dat deze stromingen in de zojuist gegeven presentatie nogal scherp tegenover elkaar werden gezet, vooral om de verschillen in vooronderstellingen die erdoor worden gehanteerd, in de verf te zetten. In de praktijk lijkt men evenwel naar elkaar toe te groeien. Geen liberaal die het belang van gemeenschappelijke waarden wenst te ontkennen, geen communitarist die het belang van de vrijheid wil veronachtzamen. Desondanks wens ik toch te beklemtonen dat de communitaristische kritiek op het eerder steriele persoonsbegrip van het liberale denken wat mij betreft zeer overtuigend is. Het is in de eerste plaats verpakt als een kritiek op het (sociale) liberalisme zoals dat vooral, en zeer gezaghebbend, ontwikkeld werd door John Rawls in *A*

Theory of Justice (1971). Rawls heeft zeker in eerste instantie nauwelijks of geen aandacht geschonken aan de vraag wat mensen samenbrengt en tot keuzes brengt, en er ook geen oog voor gehad dat de mens, en de moraliteit die hij hanteert, altijd en onbetwistbaar ook het product is van tradities, gemeenschappelijke instituties en sociale bindingen.⁷³ Dat is een leemte, en die constatering staat wat mij betreft los van de vraag welke van beide kampen het gelijk aan zijn zijde heeft. De liberale traditie besteedt in de praktijk immers weinig aandacht aan de complexe relatie tussen individu en gemeenschap en dreigt daardoor de minstens zo belangrijke vraag of burgers ook verplicht zijn hun samenleving te dienen, uit het oog te verliezen. Daarmee loopt ze het risico de sleutel tot het inzicht in de voorwaarden voor een rechtvaardige samenleving uit handen te geven.

VI. DE ONVERMIJDELIJKE NOODZAKELIJKHEID VAN DE MORAAAL

32. Toch moet het betoog van de communitaristen tot op zekere hoogte worden gerelativeerd. In de eerste plaats omdat de mijns inziens overtuigende kritiek op het steriele persoonsbegrip van het liberalisme niet uitsluit dat de mens zich in de liberale staat ten volle engageert voor zijn opvattingen over het «goede leven». Anders gezegd: de omstandigheid dat een liberale moraal met haar nadruk op het belang van individuele rechten, zorgt voor een minimale ethiek voor het publieke leven, sluit een maximaal ethisch engagement voor het overige niet uit. «De taal van het goede, in de volle smeuïgheid van mijn leven, is iets anders dan de taal van het goede die mijn burgerrol omschrijft. Natuurlijk, als mijn rechten gelezen worden als instructies voor het goede leven, zien ze er uiterst mager en steriel uit. Maar subjectieve rechten zijn geen subjectieve levensidealen. (...) Als ze worden gelezen als de manier waarop gelijk welke burger gelijk welke andere te respecteren heeft – dus hoe ik met een vreemdeling omga –, zijn ze van een verbazend maximalisme.»⁷⁴ De liberale moraal, en de vrijheid die daarbij hoort, is volgens een heel aantal voorstanders ervan geen leeg begrip dat om zichzelf wordt gewaardeerd, maar juist bedoeld om te kunnen ontdekken wat echt belangrijk is in het leven, wat het «goede leven» juist behelst, en ook om in staat te zijn om onze gedachten daarover te herzien. «Liberals do not say that we should have the freedom to select our projects for its own sake, because freedom is the most valuable thing in the world. Rather, our projects and tasks are the most important things in our lives, and it is because they are so important that we should be free to revise them, should we come to believe that they are not worthwhile. (...) Freedom of choice is not pursued for its own sake, but as a precondition for pursuing those projects that are valued for their own sake.»⁷⁵ De vrijheid is met andere woorden instrumenteel. Het gaat erom dat het individu van levensproject moet kunnen veranderen en daarin niet gehinderd wordt door het recht, niet omdat dat individu geen banden zou hebben met zijn omgeving of omdat het niet gevormd zou zijn door de traditie, maar omdat dat individu nu eenmaal niet noodzakelijk volledig met de traditie samenvalt. En bovendien, zoals

⁷³ In zijn latere werk heeft Rawls er de nadruk op gelegd dat zijn opvattingen niet steunen op een metafysisch persoonsbegrip, maar dat hij slechts de contouren heeft willen schetsen, niet zozeer van een ideale staat, maar van de realiteit van een hedendaagse pluralistische en democratische rechtsstaat waarin individuen volgens hem best worden *geacht* vrij te zijn. Zijn persoonsconcept is dus slechts van toepassing op het individu in de publieke ruimte, en niet op enig ander aspect van zijn/haar leven (zie met name J. RAWLS, «Justice as Fairness: Political not Metaphysical», *Philosophy and Public Affairs* 1985, 223-251).

⁷⁴ F. DE WACHTER, *l.c.*, 41.

⁷⁵ W. KYMLICKA, *Contemporary Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1990, 209.

communitaristen niet willen ontkennen dat mensen autonome keuzes kunnen maken tussen verschillende rechtvaardigheidsopvattingen, maar daartegenover zetten dat het maken van die keuzes niet voorafgaat aan de (gemeenschappelijke) waarden en doeleinden die de identiteit van diegenen die de keuzes maken in belangrijke mate mee bepalen, zo stellen liberalen dat individuele bewustwording en autonome ontplooiing juist noodzakelijke voorwaarden zijn om een rol te kunnen vervullen in het sociale en publieke leven. En dit omdat men zich slechts bewust kan zijn van de belangrijke betekenis van gemeenschapsverbanden als men zich tevens bewust is van het eigen «ik» ten opzichte van andere «ikken».⁷⁶ Het gaat zo bezien om de twee kanten van een en dezelfde medaille. Terwijl de enen om goede redenen het belang van de gemeenschap voorop plaatsen en de nadruk leggen op sociale binding, willen de anderen om goede redenen het individu naar voren schuiven en de nadruk leggen op autonomie. Communitarisme en liberalisme zijn eerder complementair dan tegengesteld aan elkaar, en ten dele vooral geïnteresseerd in andere vragen.

33. Een tweede relativering van de communitaristische kritiek heeft betrekking op de omstandigheid dat de samenleving nu eenmaal pluralistisch is, of we dat graag willen of niet. Het is in dat verband opvallend dat er bij de communitaristen nauwelijks eigen voorstellen zijn te vinden over wat de «goede» samenleving juist zou moeten inhouden. Communitaristen zijn, wat dat aangaat, sterk in de kritiek, maar eerder zwak in constructieve alternatieven. Verder dan te stellen dat de samenleving niet mag abstraheren van opvattingen van het «goede» binnen die samenleving komt men meestal niet. Zolang je echter niet bereid bent te zeggen welke die opvattingen in concreto zijn, kan dit wat mij betreft een vrijblijvende constatering zijn. En indien de overheid desondanks toch aan bepaalde opvattingen over het «goede leven» de voorkeur zou geven,⁷⁷ dan loopt de samenleving het risico te vervallen, zoals ook in het gedachtegoed van Devlin het geval was, in een onkritisch opdringen van een *populaire* moraal met alle gevolgen, zoals onderdrukking, vanden. Overheidsbeleid door middel van wetgeving op basis van een communitaristische moraal, loopt het gevaar zich kritiekloos over te leveren aan heersende tradities, hoewel die tradities zelf kunnen zijn bepaald door machtsongelijkheden of vooroordelen. Zoals liberalen het sociale karakter van het mens-zijn lijken te verwaarlozen, lijken de communitaristen het voldongen feit van de pluralistische samenleving te veronachtzamen.

34. Sommigen zullen zeggen dat het risico zich kritiekloos over te leveren aan heersende tradities, jammer genoeg de prijs is die betaald moet worden om de samenleving vitaal en gezond te houden. Mijns inziens wordt daarmee echter de *feitelijke rol* die vrijheid en autonomie in onze samenleving spelen, onderschat. Ik wil me wat dat betreft aansluiten bij de grondslag die de filosoof Isaiah Berlin aan de vrijheid heeft gegeven in een ruim aantal van zijn publicaties. Het vrijheidsconcept van Berlin is, ondanks de vele karikaturale beschrijvingen van zijn gedachtegoed die het tegendeel wil-

len bewijzen, abstract, individualistisch noch ahistorisch. Een welwillende lezing van zijn geschriften leert dat zijn politiek-filosofische opvattingen doordrenkt zijn van het besef dat mensen een diepe behoefte ervaren om te behoren tot een bestendige gemeenschap met een eigen culturele identiteit, en dat zij bovendien in verregaande mate door die omgeving zijn beïnvloed en ook slechts vanuit cultureel-historische context begrepen kunnen worden.⁷⁸ Het welbevinden en de ontwikkeling van individuen hebben dan ook onlosmakelijk een publieke of sociale dimensie. «Ik heb nooit de neiging gehad», schrijft Berlin, «ondanks mijn aanhoudende verdediging van individuele vrijheid, om samen op te trekken met degenen die, in naam van een dergelijke vrijheid, afhankelijkheid afwijzen van een specifieke natie, gemeenschap, cultuur, traditie, taal, de «myriade aan ongrijpbare draden, subtiel doch reëel, die mensen verbinden tot te onderscheiden groepen. Deze afwijzing lijkt mij weliswaar nobel maar misplaatst.»⁷⁹ Wat dat betreft heeft het denken van Berlin zeker communitaristische tendensen. Gelijktijdig is Berlin zich terdege bewust van de druk die er in een moderne samenleving kan worden uitgeoefend op het individu om zich te confirmeren aan de standaard van de gemene deler. Of anders gezegd: Berlin is bevreesd van de dictatuur die kan uitgaan, in een democratie, van de meerderheid. Vandaar dat Berlin er terecht steeds opnieuw op hamerde dat we over normatieve vraagstukken moeten blijven nadenken en discussiëren, dat we het politieke denken dus moeten blijven activeren. Want «(w)ie het terrein van het politieke denken verwaarloost (...), die staat toe dat hij overgeleverd blijft aan de genade van primitieve en kritiekloos aanvaarde politieke overtuigingen.»⁸⁰ Berlin voegt eraan toe, terecht naar ik meen, dat het overigens volstaat te constateren dat autonomie en de vrijheid van zelfbepaling altijd al belangrijk zijn geweest.⁸¹ Hij doet daarmee een beroep op een empirisch feit over de mensheid, wat Leibniz noemde *vérités du fait*, niet *vérités de la raison*. Er zijn waarden die een groot aantal mensen in de overgrote meerderheid van plaatsen en omstandigheden in de praktijk gemeenschappelijk blijken te hebben, ofwel bewust en expliciet, ofwel uitgedrukt in hun gedrag en handelingen,⁸² en vrijheid is er daar een heel belangrijke van.

35. Nu zitten we met een dilemma, want enerzijds lijkt het recht niet noodzakelijk geschikt om publieke of gedeelde moraliteit af te dwingen (want mogelijk onderdrukkend en te

⁷⁸ Zie hierover zeer instructief H. BLOKLAND, «Inleiding», in I. BERLIN, *Twee opvattingen van vrijheid*, Boom, Amsterdam, 1996, 7. Het is deze analyse van Blokland waarop mijn waardering van Berlins gedachtegoed steunt.

⁷⁹ I. BERLIN, *Against the current: Essays in the history of ideas*, Oxford, Oxford University Press, 1979, 7 (de vertaling staat opgenomen in H. BLOKLAND, *l.c.*, 12).

⁸⁰ I. BERLIN, *Twee opvattingen van vrijheid*, Boom, Amsterdam, 1996, 39. Deze opvatting kan tevens fungeren als een samenvatting van de belangrijkste kritiek die Hart op Devlin uitoefende. Zie hierover *supra*, nrs. 21-22.

⁸¹ I. BERLIN, «Introduction», in *Four essays on liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969, lx.

⁸² R. JAHANBEGLOO, *Conversations with Isaiah Berlin*, London, Halban, 1992, 37. Op deze wijze wordt, net als bij empirische theorieën, de houdbaarheid of realiteitswaarde van «normatieve» theorieën bepaald in hun confrontatie met de empirie (zie hierover H. BLOKLAND, *l.c.*, 23-25).

⁷⁶ Zo ook J. BUSSEMAKER, «Markt, overheid en samenleving. Over de noodzaak de tegenstelling tussen individualisme en gemeenschapszin te overstijgen», in P. SCHNABEL (red.), *Individualisering en sociale integratie*, Nijmegen, SUN, 2000, 113.

⁷⁷ Voor een aantal voorbeelden, zie M. ADAMS, *l.c.*, 36-40.

zeer vrijheidsbeperkend), maar anderzijds is gebleken dat de moraal onvermijdelijk is en dat de grens tussen de publieke en private sfeer niet afdoende valt af te bakenen. Ook sommige liberalen erkennen dit, maar stellen dat het individu desondanks in staat is en moet kunnen zijn om zijn levensprojecten te herzien en vrij in te vullen. «For re-examination to be meaningfully conducted, I must be able to see myself unencumbered with different motivations I now have, in order that I have some reason to choose one over another as more valuable for me. My self is, in this sense, *perceived* (cursivering M.A.) prior to its ends, *i.e.* I can always envisage my self without its *present* ends. But this does not require that I can ever perceive a self unencumbered by any ends – the process of practical reasoning is always one comparing one «unencumbered» self with another «unencumbered» potential self.»⁸³ Dit is een wat ideaaltypische omschrijving van de liberale moraal: deze zou niet betekenen dat we niet feitelijk sociaal bepaald zouden zijn, maar wel dat we soms moeten kunnen pogen om op kritische wijze afstand te nemen van de omgeving waarin onze opvattingen over het goede leven' vorm hebben gekregen, en dit natuurlijk om verschillende waardevolle opvattingen over het «goede leven» met elkaar te kunnen vergelijken. Dit lijkt mij een belangrijke replek op de filosofische kritiek van de communitaristen op het liberale model te zijn, maar de cultuurkritiek blijft wat mij betreft desondanks pertinent. Er is geen enkel persoon die kan garanderen dat de verworvenheden van de Moderniteit en de liberale moraal zo worden gebruikt dat ze *niet* tot onverschilligheid of permissiviteit leiden.⁸⁴ Er is niemand die kan garanderen dat de inzet van de liberale moraal door de burger ideaaltypisch zal worden begrepen.

6. Het gaat er in essentie dus om een evenwicht vinden tussen de Scylla van atomistische individualisering en de Charybdis van collectivistische onderdrukking. Wellicht dat daarom best aangesloten wordt bij de positie die de Canadese filosoof Charles Taylor heeft ingenomen tussen liberalisme en communitarisme.⁸⁵ Centraal in het oeuvre van Taylor staan vragen als die naar de samenhang tussen iemands identiteit en zijn normatieve opvattingen, vragen over de invulling die vandaag de dag doorgaans wordt gegeven aan individualisme, autonomie en vrijheid, en naar de toenemende betekenis van instrumentele rationaliteit, politieke participatie, burgerschap en sociale cohesie. Al deze themata worden ook behandeld in zijn *Malaise van de Moderniteit*, het meest toegankelijke geschrift van Taylor.⁸⁶

⁸³ W. KYMLICKA, *o.c.*, 212.

⁸⁴ Vgl. K. RAES, *Tegen betere wetten in. Een ethische kijk op het recht*, Gent, Academia Press, 1997, 35.

⁸⁵ Hoewel Taylor ongetwijfeld sterker aanleunt bij het communitarisme. Zie over het gedachtegoed van Taylor o.m. H. BLOKLAND, «Charles Taylor over individualisme, politiek en de onvermijdelijkheid van de moraal», *Acta Politica* 1994, 477-515; V. KAL, «Charles Taylor», in M. DOORMAN en H. POTT (red.), *Filosofen van deze tijd*, Amsterdam, Bert Bakker, 2000, 287-298; S. CUYPERS en W. LEMMENS (red.), *Charles Taylor*, Kapellen/Kampen, Pelckmans/Kok, 1997, 207 p. en J. TULLY (red.), *Philosophy in an Age of Pluralism. The Philosophy of Charles Taylor in Question*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, 273 p.

⁸⁶ C. TAYLOR, *De Malaise van de Moderniteit*, Kok/Pelckmans, Kampen/Kapellen, 1994, 130 p. In dit en het volgende randnummer geef ik een samenvatting van de krachtlijnen van deze publicatie, vandaar dat ik niet naar specifieke pagina's verwijst.

Taylor beseft terdege dat er vandaag een diversiteit aan ideeën over het «goede» bestaat, en dat het levensbeschouwelijk pluralisme een onontkoombaar gegeven is. Ook de autonomiegedachte is volgens Taylor een waardevolle verworvenheid van het Modernisme. Maar het ideaal van die autonome burger lijkt te ontsporen in een cultuur van radicaal individualisme en willekeur. Individualisme als zodanig is dus niet de bron van onze hedendaagse morele en politieke malaise, maar wel de uitgekilde vorm daarvan. Persoonlijke verantwoordelijkheid is verworven tot onverschilligheid, en de oriëntatie op de eigenheid lijkt te leiden tot het om zeep brengen van iedere gemeenschappelijkheid. Het resultaat is maatschappelijke en politieke desintegratie, en uiteindelijk ook het onvermogen om nog enige zin in het menselijk leven te ontdekken. De doorgeslagen verworvenheden van de Moderniteit hebben ervoor gezorgd dat de enkeling is afgesneden van datgene wat hem volgens Taylor ten diepste beweegt, namelijk zijn verbondenheid met het grotere geheel waarin hij zich bevindt. In deze cultuurkritiek herkennen we duidelijk de communitarist Taylor.

37. Taylor beklemtoont tevens de nadelen van de procedurele ethiek die de neutrale Staat zo essentieel kenmerkt. Dat is de ethiek waarin ethische rationaliteit niet langer substantieel, maar formeel-procedureel wordt gedefinieerd. Zoals eerder gezegd, staat daardoor niet langer de vraag naar het *wat* centraal (de vraag naar het «goede» dus), maar de vraag naar het *hoe* (de procedure). Taylor stelt dat als gevolg daarvan we in de moderne samenleving niet meer weten hoe een morele overtuiging en moreel handelen te rechtvaardigen. De liberale procedurele ethiek kan daardoor leiden tot een omzeiling van de fundamentele vraagstukken, en daardoor tot een verschraling van het publieke debat. De terminologie van de zelfbepaling en autonomie is wat dat betreft buitengewoon dominant, want in staat iedere discussie dood te slaan. Daardoor kan het gebeuren dat vraagstukken als bijvoorbeeld abortus en euthanasie niet langer meer als ethische vraagstukken aan ons verschijnen.

38. Wat kan hier dan tegenover staan? Hoe kunnen we individualisme en vrijheid op een waardevolle wijze invullen? Hoe kunnen we weer op een adequate wijze met elkaar in gesprek raken over datgene wat ons ten diepste engageert? Taylor beklemtoont dat je ten aanzien van individuele autonomie en pluralisme een dubbele houding kan aannemen. Je kunt enerzijds weigeren de onderliggende idee van het «goede» te articuleren en de verschillende invullingen van een ethisch handelen als onvermijdelijk accepteren. Je kunt er anderzijds ook voor kiezen om de opvattingen over het «goede» die aan verschillende concepten van het ethische ten grondslag liggen te articuleren en met elkaar te confronteren. En dat laatste is ook Taylors keuze. Ethiek vereist immers dat er gesproken wordt over datgene waarmee het individu zich verbindt. Een visie op het goede leven is slechts mogelijk wanneer die wordt gearticuleerd, omdat deze articulatie ons dichter bij onze morele bronnen brengt en ze wellicht zelfs versterkt.⁸⁷ In die zin is het belangrijk dat

⁸⁷ Natuurlijk rijst, gezien het subjectieve karakter van persoonlijke morele overtuigingen, dan de vraag of er ter zake naar een objectief criterium verwezen kan worden. Het is Taylor er echter niet om te doen te bewijzen dat er absolute waarden bestaan. Taylor stelt dat het principe van «het beste verhaal» geldt: dat is het verhaal waarin op de beste wijze recht wordt gedaan aan de ervaringen die mensen in heden en verleden met hun leven hebben opgedaan.

wordt gearticuleerd langs welke weg een morele keuze, intuïtie of identificatie is totstandgekomen. De communitaristische cultuurkritiek kan er eventueel door ondervangen worden. Bovendien zou daardoor eventueel consensus bereikt kunnen worden over wat het «goede» juist behelst.⁸⁸ Taylor ziet een belangrijke toekomst voor de autonome burger, omdat achter het concept van autonomie een waardevol ethisch ideaal verscholen ligt. Hij wil de autonomiegedachte dan ook op een aangepaste wijze in zijn denken verdisconteren. Taylor bepleit daarom de herwaardering van wat hij een *authentiek leven* noemt.

39. In een cultuur waarin het individu centraal staat en waar vrijheid en autonomie bijgevolg belangrijke waarden zijn, vereist het ideaal van authenticiteit dat we onze identiteit *zelf* ontdekken en vorm geven. Een authentiek leven is een leven dat volgens de eigen normen en waarden vorm heeft gekregen. Taylor maakt echter een onderscheid tussen de *vorm* van die authenticiteit enerzijds en de *inhoud* ervan anderzijds.⁸⁹ De vorm verwijst naar de wijze *waarop* het individu een bepaald ideaal of doel nastreeft, en dat is in de westerse liberale samenleving dus een autonome wijze. Authenticiteit verwijst daar duidelijk naar zichzelf: een oriëntatie die ik in het leven kies moet *mijn* oriëntatie zijn. Op het vormelijke niveau zijn authenticiteit en zelfbepaling dus synoniem van elkaar. Taylor stelt dat autonomie en zelfbepaling inderdaad belangrijke verworvenheden zijn, en niet mogen worden prijsgegeven. Maar dit betekent niet dat ook op het inhoudelijke niveau authenticiteit naar zichzelf moet verwijzen. Want veeleer vinden we als individuen pas waarachtige voldoening in iets wanneer dit een betekenis heeft die onze verlangens transcendeert. Wanneer men zich richt op de betekenis van dingen voor mensen, valt namelijk op dat die dingen meestal niet worden omschreven in termen van bijvoorbeeld louter doelstellingen, maar eerder in termen van gevoeligheid voor betekenisvolle kwesties zoals trots, schaamte, waardigheid, goed en kwaad, liefde enz. We zijn wezens voor wie niet alles eender is. Ons bewustzijn staat open voor betekenisvolle zaken en voor de inspiratie die ervan uitgaat. Inhoudelijk verwijst een authentiek leven dus naar het antwoord op het appél dat uitgaat van waarden die ons transcenderen. De malaise van de moderniteit, dat is volgens Taylor dus de ontsparing van individuele vrijheid en autonomie tot onverschilligheid, bestaat erin deze twee niveaus van authenticiteit, het vormelijk en het inhoudelijke aspect ervan, met elkaar te verwarren. Zelfbepaling en autonomie zijn op het niveau van de vorm belangrijke verworvenheden, op het niveau van de inhoud zijn het echter uitdagingen. En dat inhoudelijke aspect lijken we te veronachtzamen. Doordat autonomie en zelfbepaling voor velen lijken te betekenen dat we onverschilligheid kunnen cultiveren, dat we kunnen doen wat we willen, is de Moderniteit ontspoord. Het ideaal van autonomie dreigt daardoor aan zichzelf ten onder te gaan. Het komt erop aan opnieuw het besef bij te brengen dat autonomie en authenticiteit op het niveau van de inhoud twee verschillende aangelegenheden

zijn, om de eenzijdige uitwerking van waarden als autonomie en zelfbepaling teniet te doen, om erop te wijzen dat autonomie en zelfbepaling juist een morele invloed van de samenleving op het individu vooronderstellen. Het komt erop aan te wijzen op het feit dat de omgeving niet alleen decor is, maar vooral ook voedingsbodem.⁹⁰ Uiteindelijk hanteert of presenteert Taylor geen hiërarchie van concrete waarden. Zijn analyse en pleidooi zijn desondanks belangwekkend, omdat hij erin slaagt structuur te geven aan het denken over thema's die door het liberalisme worden verwaarloosd. De omstandigheid dat zijn voorstellen desondanks niet in staat zijn op een directe of heel concrete wijze vorm te geven aan het politieke denken,⁹¹ maakt deze daarom niet minder belangwekkend.

40. Men kan de diagnose van Taylor (en andere communitaristen) al dan niet delen – ik wil niet ontkennen dat ik zelf nogal wat sympathie heb voor zijn cultuurkritische diagnose –, maar wat minstens beklijft, is de constatering dat de liberale ethiek in staat is *het gesprek* over wat ons samenbrengt en motiveert, te negeren. En daardoor dreigen we uit het oog te verliezen dat een authentiek leven op het niveau van de vorm enerzijds en de inhoud anderzijds inderdaad twee verschillende zaken zijn. We *moeten* ons echter beraden over de inhoud van het 'goede' en authentieke leven, over de waarden die ons transcenderen, niet zozeer om terug te grijpen naar oude toestanden of het verleden, want vroeger was alles niet noodzakelijk beter, maar eerst en vooral omdat die moraal van cruciaal belang is voor de toekomst van iedere samenleving. Indien we de stem van de moraal inderdaad zijn kwijtgeraakt,⁹² dan is het essentieel voor het voortbestaan van de samenleving dat we daarover opnieuw een gesprek aangaan. In die zin is de moraal niet alleen onvermijdelijk, zoals eerder werd gesteld, maar ook en misschien zelfs vooral noodzakelijk. Het gaat er dus om een omvattende en democratische dialoog aan te gaan die ons de normen en waarden voor de toekomst kan brengen. De «nieuwe» moraal kan daarmee ook een kritische moraal zijn, juist omdat deze het resultaat is van discussie en deliberatie. Het moet bovendien een moraal zijn die uitgaat van een concept van vrijheid, maar dat is geen atomistische of onverschillige vrijheid, maar een vrijheid in verantwoordelijkheid, een vrijheid met andere woorden die ten dienste staat van een waarachtige authentieke ontplooiing. Indien de taal van het «goede» die ieders burgerrol omschrijft inderdaad meer is dan de taal van de individuele rechten,⁹³ dan is het ook noodzakelijk dat het gesprek over wat dat «goede leven» juist behelst, wordt aangegaan. Dat betekent niet dat als resultaat van een dergelijke discussie, het levensbeschouwelijk pluralisme opzijgeschoven kan worden.

⁹⁰ R. HOUTEPEN, «Voorwoord», bij C. TAYLOR, *De Malaise, o.c.*, 14.

⁹¹ T. VANDEVELDE, «Taylors kritiek van utilitarisme en liberalisme», in S. CUYPERS en W. LEMMENS, *Charles Taylor*, Kampen/Kapellen, Kok/Pelckmans, 1997, 139.

⁹² A. ETZIONI, «We zijn de stem van de moraal kwijtgeraakt», in C.W. MARIS en F. JACOBS (red.), *Rechtsvinding en de Grondslagen van het Recht*, Assen, Van Gorcum, 1996, 426-430. Etzioni is een Amerikaans communitarist die o.m. als belangrijk politiek adviseur van Clinton heeft gefungeerd. De tekst verscheen eerder als opiniebijdrage aan de Nederlandse Volkskrant.

⁹³ Zoals reeds in *supra* nr. 32 werd gesteld.

⁸⁸ Dit is evenwel niet noodzakelijk zo, maar zeker ook niet uitgesloten.

⁸⁹ C. TAYLOR, *o.c.*, 85-86. Zie hierover tevens G. VANHEESWYCK, «De ambivalentie van het moderne subject bij René Girard en Charles Taylor», in S. CUYPERS en W. LEMMENS (red.), *o.c.*, 117-118.

Want in een pluralistische maatschappij kan de taal van het «goede leven» niet betekenen dat overheidsmaatregelen, inclusief het recht, de veruitwendiging van de morele visie van één groep, zij het dan een meerderheidsgroep, zijn. Neen, het betekent vooral dat de samenleving zich rond het «goede» verenigt door het (publieke) debat daarover steeds opnieuw aan te gaan. Dat is wat een waardevolle invulling van autonomie en vrijheid betekent.⁹⁴

VII. TOT SLOT: MORAAL ALS POLITIEKE EN MAAATSCHAPPELIJK OPDRACHT

41. Joseph Raz verwijt terecht een aantal liberale denkers het schadeprincipe te beperkt op te vatten, als niet meer dan een leidraad bij het voorkomen van schendingen van de negatieve vrijheid. Daar stelt hij tegenover dat de *samenleving* zelf schade oploopt indien de positieve voorwaarden voor de invulling, een authentieke invulling, van waardevolle autonomie worden bedreigd.⁹⁵ Zoals is gebleken uit het voorgaande, loopt vanuit dit perspectief de samenleving wat mij betreft vanzelfsprekend ook schade op indien we ons niet beraden over deze vrijheid en de invulling daarvan. Hier ligt een verantwoordelijkheid en een taak voor de overheid, voor de *politiek* zo u wenst, én de samenleving zelf.

⁹⁴ F. DE WACHTER, *l.c.*, 45.

⁹⁵ J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986, 412-415.

De Wachter stelt, in navolging van Raz, dat, opdat er een debat over de vrijheid zou kunnen plaatsvinden, er een sociale context moet zijn die dat debat mogelijk maakt.⁹⁶ Dat betekent dat er minstens een discussietraditie moet bestaan met interessante discussiepartners, en dat er de mogelijkheid bestaat om te kiezen tussen verschillende waardevolle opties die steunen op bloeiende en mondige levensbeschouwingen. Het betekent ook dat er best opvoeding en menselijke wijsheid is, en morele ervaring die wordt herinnerd en doorgegeven. Het is daar dat er een taak ligt voor de overheid, en het is een dergelijke veelvormige contextualiteit die door het publieke beleid aangemoedigd moet worden. Vrijheid is immers geen waarborg voor een goed leven, het is integendeel slechts een kans die wordt geboden, een kans die om voortdurende aandacht en onderhoud vraagt.⁹⁷ De overheid moet de discussie over het «goede leven» en de vrijheid mogelijk maken en stimuleren, sociaal en politiek, en mag, wat dat aangaat, dus nooit afstandelijk zijn. Maar voor de invulling van deze discussie ligt de verantwoordelijkheid uiteindelijk bij het individu zelf en de samenleving waarvan het deel uitmaakt, en niet zozeer bij het recht.

Maurice ADAMS

Hoofddocent Universiteit Antwerpen (UFSIA)

⁹⁶ F. DE WACHTER, *l.c.*, 45.

⁹⁷ Vgl. K. RAES, *o.c.*, 35.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

8 NOVEMBER 2000

Voorzitter: de h. De Baets

Rapporteurs: de hh. Bossuyt en Henneuse

Advocaten: mrs. Everaert, Volckaerts, Torremans en Peeters

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Rechterlijke macht – Jeugdgerechten – Alleenrechtsprekend rechter

Art. 109bis, § 1, 1^o, Ger. W. schendt niet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet omdat het bepaalt dat het hoger beroep tegen vonnissen van de rechter in de jeugdrechtsbank aan de kamers met één raadsheer wordt toegewezen en niet aan een kamer met drie raadsheren.

Arrest nr. 112/2000

Onderwerp van de prejudiciële vraag

Bij arrest van 26 oktober 1999 heeft het Hof van Cassatie de volgende prejudiciële vraag gesteld: «Schendt art. 109bis, § 1, 1^o, Ger. W. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet

omdat het bepaalt dat het hoger beroep tegen vonnissen van de rechter in de jeugdrechtsbank aan de kamers met één raadsheer wordt toegewezen en niet aan een kamer met drie raadsheren?»

...

In rechte

...

B.1.1. De prejudiciële vraag heeft betrekking op art. 109bis, § 1, 1^o, Ger. W. dat deel uit maakt van de regeling van de toedeling van zaken aan de kamers in hoven van beroep en dat luidt:

«Art. 109bis, § 1. Aan de kamers met één raadsheer worden toegewezen:

1^o. het hoger beroep tegen vonnissen van de rechter in de jeugdrechtsbank.

(...)).

B.1.2. Het Hof van Cassatie vraagt of die bepaling de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt omdat het hoger beroep tegen vonnissen van de rechter in de jeugdrechtsbank aan de kamers met één raadsheer wordt toegewezen en niet aan een kamer met drie raadsheren.

B.2. Krachtens art. 109bis, § 3, Ger. W. worden de zaken voor het hof van beroep in beginsel toebedeeld aan een

kamer met drie rechters. Daarop bestaan twee soorten uitzonderingen, die geen betrekking hebben op strafzaken.

Een reeks uitzonderingen, waarbij zaken worden toebedeeld aan een alleenrechtsprekend raadsheer, werd ingevoerd door de wet van 19 juli 1985, met het oog op het wegwerken van de gerechtelijke achterstand.

Een andere uitzondering, waarvan de doelstelling verschillend is, betreft de regeling van de toedeling van zaken aan de jeugdkamers van de hoven van beroep; zij werd reeds ingevoerd door de wet van 15 mei 1912 op de kindbescherming en overgenomen in de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming en nog later opgenomen in het Gerechtelijk Wetboek. Het van het gemene recht afwijkende karakter van de rechtspleging voor de jeugdrechten wordt, volgens de parlementaire voorbereiding van de wet van 5 mei 1912, verantwoord doordat de wetgever het repressief en intimiderend karakter van een kamer met drie rechters heeft willen verminderen en een minder afstandelijke relatie mogelijk heeft willen maken tussen de minderjarige en de rechter.

De toewijzing van zaken aan een alleenrechtsprekend rechter hangt aldus samen met het *sui generis*-karakter van het jeugdbeschermingsrecht, dat berust op een van het strafrecht verschillende aanpak en waarbij het accent ligt op het verlenen van hulp en bijstand aan de minderjarigen. De eigen organisatorische structuur van de jeugdgerechten berust derhalve op een objectief en pertinent criterium.

B.3.1. De prejudiciële vraag werd gesteld op verzoek van de eiser in cassatie, die als minderjarige door de jeugdkamer van het hof van beroep schuldig werd bevonden aan feiten waarvoor hij eerder was vrijgesproken en werd veroordeeld tot een schadevergoeding jegens de burgerlijke partij. In zijn memorie voert hij aan dat, wanneer ten aanzien van een meerderjarige een vrijspreekend vonnis wordt gewezen, art. 211bis Sv. bepaalt dat het gerecht in hoger beroep geen veroordeling kan uitspreken dan met eenparigheid van stemmen, wat door het systeem van de alleenrechtsprekende rechter per definitie wordt uitgesloten.

B.3.2. Door de organisatie van een bijzonder jeugdbeschermingsrecht, met een daaraan eigen gerechtelijke procedure, heeft de wetgever de keuze gemaakt om de minderjarige als algemene regel te onttrekken aan het Strafwetboek en het Wetboek van Strafvordering. Wanneer een minderjarige een als misdrijf omschreven feit heeft gepleegd, kunnen de jeugdrechtbanken slechts «maatregelen» in de strikte zin opleggen.

B.3.3. Het verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen, dat voortvloeit uit de toepassing van verschillende procedures voor verschillende rechtscolleges in minstens gedeeltelijk verschillende omstandigheden, houdt op zichzelf geen discriminatie in. Dit zou slechts het geval zijn indien het verschil in behandeling voortvloeiende uit de toepassing van die procedures gepaard gaat met een onevenredige beperking van de rechten van de betrokken partijen.

De afwezigheid van collegiale rechtspraak voor de jeugdgerechten wordt gecompenseerd door de waarborgen die de wetgever ten behoeve van de minderjarige heeft ingebouwd op het vlak van de samenstelling, van de rechtspleging en van de aangepaste maatregelen die door de betrokken rechtscolleges ten aanzien van de minderjarige kunnen worden genomen.

De wetgever vermocht niet terzelfder tijd aan de minderjarige, tussen de andere voormelde voordelen, dat van de alleenrechtsprekende rechter te verschaffen en hem een regel te laten genieten die slechts denkbaar is als er verscheidene zijn.

B.4. De prejudiciële vraag dient ontkennend te worden beantwoord.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 17 APRIL 2000

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaat: mr. Geinger

Sluiting van ondernemingen – Voorrecht – Rang – Voorrecht van de werknemer

Het voorrecht van het Sluitingsfonds en dat van de werknemers (art. 19, 3^obis, eerste lid, Hyp. W.) hebben gelijke rang. Wanneer zij beide niet volledig kunnen worden voldaan, worden zij naar evenredigheid van hun respectievelijke vorderingen betaald.

Sluitingsfonds t/ Faillissement N.V. M. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 26 november 1996 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen;

...

Over het middel, gesteld als volgt:

schending van art. 2 en 8, eerste lid, van de wet van 30 juni 1967 tot verruiming van de opdracht van het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting der ondernemingen ontslagen werknemers, 14 en 19, eerste lid, 3bis, als aangevuld bij art. 96 van de Herstelwet van 22 januari 1985 houdende de sociale bepalingen, van de Hypotheekwet van 16 december 1851, die titel XVIII van boek III van het Burgerlijk Wetboek vormt,

...

Overwegende dat luidens art. 8, eerste lid van de wet van 30 juni 1967 tot verruiming van de opdracht van het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers, het Fonds van rechtswege in de rechten en vorderingen van de werknemer tegenover de werkgever-schuldenaar treedt voor de inning bij deze laatste van de lonen, vergoedingen en voordelen die het met toepassing van art. 2 van dezelfde wet heeft betaald;

Overwegende dat krachtens art. 19, eerste lid, 3^obis, van de Hypotheekwet van 16 december 1851, zoals gewijzigd bij art. 96 van de herstelwet van 22 januari 1985, de schuld-vorderingen, bevoorrecht op alle roerende goederen, in de volgende orde worden verhaald:

– voor de werknemers, bedoeld in art. 1 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers, het loon als bepaald in art. 2 van genoemde wet en zoals het beperkt wordt door art. 19; deze beperking is niet van toepassing op de in het loon begrepen ver-

goedingen die aan dezelfde personen verschuldigd zijn wegens beëindiging van hun dienstbetrekking;

– de schuldvorderingen van het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers, gegrond op art. 8, eerste lid, van de wet van 30 juni 1967 tot verruiming van de opdracht van het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers;

Dat uit de wetsgeschiedenis van de wet van 22 januari 1983 blijkt dat het doel van de wetgever is geweest het voorrecht van het Fonds en van de werknemer in dezelfde rang te plaatsen;

Overwegende dat krachtens art. 14 van de Hypotheekwet bevoorrechte schuldeisers, die in dezelfde rang zijn, naar evenredigheid van hun vordering worden betaald;

Overwegende dat het arrest de evenredige verdeling van de schuldvorderingen van eiser en van de verweerders van 2 tot 6 weigert en het voorrecht van die verweerders voorrang verleent boven dat van eiser;

Dat het aldus de aangewezen wetsbepalingen schendt;

...

NOOT – Dit arrest vernietigt Hof Antwerpen, 26 november 1996, *R.W.*, 1998-99, 368, met noot.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 22 SEPTEMBER 2000

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Waüters

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaten: mrs. Bützler en De Gryse

Verzekering – Brandverzekering – Rechtstreekse vordering van benadeelde tegen verzekeraar – Toepassing artikel 1386bis B.W. – Toepassingsgebied

De verzekeraar die op grond van zijn contractuele verplichting de aansprakelijkheid van zijn verzekerde op grond van art. 1386bis B.W. dekt, kan zich niet beroepen op de billijkheid bepaald in dat artikel. Het recht op mildering van de verplichting komt alleen ten goede aan de geesteszieke zelf en niet aan zijn verzekeraar die wordt aangesproken door het slachtoffer.

N.V. R.B. t/ A. en V.

Gelet op het bestreden vonnis, op 10 juni 1997 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde;

...

Over het tweede middel:

Overwegende dat de verzekeraar die op grond van zijn contractuele verplichting de aansprakelijkheid dekt van zijn verzekerde in de omstandigheden bedoeld in art. 1386bis B.W., zich niet kan beroepen op de billijkheid bepaald in dat artikel;

Dat het recht op mildering van de verplichting alleen ten goede komt aan de geesteszieke zelf en niet aan zijn verzekeraar die aangesproken wordt door het slachtoffer;

Dat het middel faalt naar recht.

NOOT – *Zijdelingse aantekeningen bij de rechtstreekse vordering. Het Hof van Cassatie over art. 1386bis B.W. en de verzekering van de huurdersaansprakelijkheid brand.*

I. Inleiding

1. In het bovenstaande arrest biedt het Hof van Cassatie een antwoord op twee vragen in verband met art. 1386bis B.W. en de verzekering van de huurdersaansprakelijkheid brand die hem waren voorgelegd. Het eindresultaat van dat antwoord kan worden bijgevalen. De overwegingen daartoe inspireren tot enige aantekeningen. Ik geef die hierna aan de hand van de structuur van de middelen bij de voorziening.

2. Vooraf past een korte situering van het geschil. Eiser is de verzekeraar huurdersaansprakelijkheid brand van de huurder van een gebouw waarvan een verzekerde van verweerder eigenaar was. De huurder veroorzaakte in het gebouw een gasontploffing met aanzienlijke schade tot gevolg. Bij de strafrechtelijke vervolging daarvoor werd hij geïnterneerd op grond van de Wet Sociaal Verweer.

Verweerder – gesubrogeerde in de rechten van de eigenaar – stelde voor het vrederecht een rechtstreekse vordering in tegen eiser (zie over de rechtstreekse vordering *infra* nr. 6). De vrederechter verklaarde art. 1733 B.W. buiten toepassing (*infra* nr. 3) en was van oordeel dat de vergoeding *ex* art. 1386bis B.W. niet viel onder de dekking van de polis huurdersaansprakelijkheid brand. De appelrechter was van oordeel dat het daar wel onder viel en veroordeelde eiser tot een volledige schadevergoeding. Eiser voert tegen dat oordeel twee cassatiemiddelen aan.

II. Dekt een polis huurdersaansprakelijkheid brand de vergoeding ex art. 1386bis B.W.?

3. Voor het Hof rees *ten eerste* de vraag of de vergoedingsplicht *ex* art. 1386bis B.W. onder de dekking van een polis huurdersaansprakelijkheid brand valt bij gebreke van uitdrukkelijke contractuele bepaling daarover.

Dikwijls stipuleren dergelijke polissen de omvang van de dekking als: «de huurdersaansprakelijkheid» of «de huurdersaansprakelijkheid (art. 1732 tot 1735 B.W.)». Dat was in dit geval ook zo. Eiser leidde daaruit af dat het schadegeval niet onder de dekking viel.

Art. 1733 B.W. maakt een huurder aansprakelijk voor brand, tenzij hij bewijst dat die *buiten zijn schuld* is ontstaan. Die bepaling wordt doorgaans zo geïnterpreteerd dat de huurder pas van zijn aansprakelijkheid is bevrijd als hij een geval van overmacht aantoonst (Bijvoorbeeld Kh. Oudenaarde 20 januari 1987, *R.W.* 1986-87, 2317 met noot M. Dambre, «Over de aansprakelijkheid van de krankzinnige huurder die brand sticht»; Gent 21 april 1989, *R.W.*, 1989-90, 886 met noot M. Dambre, «De verzekering van de huurdersaansprakelijkheid van krankzinnigen en geesteszieken»). De ontoerekeningsvatbaarheid wordt als zo'n geval van overmacht beschouwd (F. Glansdorff, «La responsabilité contractuelle des malades mentaux et des autres personnes atteintes d'un trouble physique ou mental», (noot

onder Cass. 29 november 1984), *R.C.J.B.* 1987, 213, nr. 8; M. Dambre, «Over de aansprakelijkheid», *l.c.*, nr. 2). Een rechtstreekse weg lijkt beter. De (contractuele) aansprakelijkheid veronderstelt naast de objectieve onrechtmatige daad de subjectieve toerekenbaarheid daarvan aan de schuld van de dader. Die schuld ontbreekt in geval van ontoerekeningsvatbaarheid. In zo'n geval is de brand bij de huurder «buiten zijn schuld» ontstaan (Cass. 29 november 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 446 en voorts F. Swennen, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, nr. 471). Bij gebreke van aansprakelijkheid *ex art.* 1733 B.W. is de verzekeraar uiteraard niet tot uitkering op die grond gehouden.

In de juist besproken hypothese is aan een ander (de verhuurder) schade veroorzaakt door een geestesgestoorde die ongeschikt is tot de controle van zijn daden (de huurder). De rechter kan de geestesgestoorde dan op grond van art. 1386bis B.W. veroordelen tot de gehele vergoeding of tot een gedeelte van die vergoeding waartoe hij zou zijn gehouden, indien hij de controle van zijn daden had. De rechter doet uitspraak naar billijkheid, rekening houdende met de toestand van de partijen (zie voor een ontleding van art. 1386bis B.W.: F. Swennen, *o.c.*, nrs. 510-541).

Art. 1386bis B.W. is onbetwistbaar van toepassing op de aansprakelijkheid van de huurder *ex art.* 1733 B.W. (F. Swennen, *o.c.*, nr. 520). Maar valt de vergoedingsplicht die eruit voortvloeit ook onder de dekking van de polis «huurdersaansprakelijkheid» brand?

Men zou daartegen kunnen aanvoeren dat art. 1386bis B.W. geen vorm van aansprakelijkheid instelt, maar een «vergoedingsplicht» (Cass. 24 juni 1965, *Pas.*, 1965, I, 1160) of een «bijstandplicht» (G. Potvin, *La responsabilité civile des déments et anormaux*, Brussel, Bruylant, 1937, 12-18). Deze *sui generis*-plicht zou daarom nooit onder de dekking van een aansprakelijkheidsverzekering kunnen vallen (hierover M. Dambre, «Over de aansprakelijkheid», *l.c.*, nr. 3).

Die redenering gaat naar mijn mening niet op. Art. 1386bis B.W. stelt een aansprakelijkheid in op grond van een objectieve fout (F. Swennen, *o.c.*, 511. Zie ook H. Mazeaud, «La 'faute objective' et la responsabilité 'sans faute'», *D.* 1985, *Chron.*, 13). Deze aansprakelijkheid geldt als pendant of opvangnet voor de buitencontractuele zowel als de contractuele aansprakelijkheid (en naar mijn mening ook voor andere vergoedingsplichten, bijvoorbeeld met toepassing van de schijnleer. F. Swennen, *o.c.*, nrs. 209 en 527). Ze kan daarom onder de generieke term «huurdersaansprakelijkheid» uit de desbetreffende polissen worden gebracht. Het bestreden vonnis en ook eerdere rechtspraak en rechtsleer (Kh. Oudenaarde 20 januari 1987, *gecit.*; Gent 21 april 1989, *gecit.* en de noten daaronder van M. Dambre) houden die stelling aan. Ze komt erop neer dat een uitdrukkelijke verwijzing naar de aansprakelijkheid *ex art.* 1386bis B.W. overbodig wordt.

Het Hof van Cassatie heeft een soortelijke redenering aangehouden voor het wettelijke begrip «burgerrechtelijke aansprakelijkheid» uit de W.A.M.-wet van 1 juli 1956. Het heeft geoordeeld dat dat begrip niet alleen de aansprakelijkheid van de art. 1382 e.v. B.W. betrof, maar ook de vergoedingsplicht van art. 1386bis B.W. (Cass. 24 juni 1965, *gecit.*).

Men zou ook zonder die omweg kunnen redeneren dat de aansprakelijkheid *ex art.* 1386bis B.W. onlosmakelijk sa-

menhangt met de aansprakelijkheden waarvan ze het corollarium vormt.

4. Het Hof kon zo'n uitlegging te dezen niet geven. De uitlegging van de kwestieuze overeenkomst in die zin zou neerkomen op een beoordeling in feite waartoe het Hof onbevoegd is. Eiser voerde voorts een miskenning van de bewijskracht van de overeenkomst aan. Omdat hij «in wezen niet uiteenzet dat het bestreden vonnis van de polis een uitlegging geeft die met de bewoording ervan onverenigbaar is», vormde die uitlegging geen miskenning van de bewijskracht in dezelfde zin Cass. 7 mei 1998, *Arr. Cass.*, 1998, nr. 227).

Het middel verweet de appèlrechters ook niet dat ze het begrip «burgerrechtelijke aansprakelijkheid» uit art. 1, § 1, Brandverzekeringsbesluit onjuist hadden geïnterpreteerd. Het Hof kon daarom niet overwegen dat de aansprakelijkheid van art. 1386bis B.W. onder dat begrip valt.

5. Hoe dan ook zou eiser het belang van die overweging hebben geneutraliseerd in het tweede onderdeel van het middel. De appèlrechters hadden overwogen dat de Brandverzekeringsbesluiten van 1988 (van toepassing op het ogenblik van het schadegeval) en 1992 hoe dan ook verhinderen dat de verhaalsaansprakelijkheid (zie eerder het gebruik van deze term bij J. Ronse, *Schade en schadeloosstelling*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1957, nr. 722) van art. 1386bis B.W. uit de dekking van de polis huurdersaansprakelijkheid brand wordt gesloten. Ook als hun uitlegging van de overeenkomst door het Hof niet zou zijn aangehouden, zou de verzekeraar huurdersaansprakelijkheid brand in hun visie daarom voor de schade hebben moeten instaan.

Eiser voert daartegen aan dat de aansprakelijkheid (*ex art.* 1386bis B.W.) van de huurder niet binnen de minimumwaarborg valt waarin de Brandverzekeringsbesluiten voorzien (door het antwoord op het eerste onderdeel kwam dit onderdeel op tegen een overtollige reden).

Blijkens art. 1, § 1, van beide besluiten strekt het *toepassingsgebied* daarvan zich uit tot de burgerrechtelijke aansprakelijkheid omtrent brand. De huurdersaansprakelijkheid is een van de gevallen van burgerrechtelijke aansprakelijkheid. Geen van beide besluiten sluit de huurdersaansprakelijkheid evenwel in de verplichte minimumwaarborg. De aansprakelijkheid *ex art.* 1386bis B.W. is enkel verplicht gedekt wat betreft verhaal van *derden* wegens buitencontractuele aansprakelijkheid (art. 15, § 3, Brandverzekeringsbesluit 1988 en art. 5, § 1, Brandverzekeringsbesluit 1992). De verhuurder valt daar niet onder wat betreft art. 1733 B.W., dus evenmin wat betreft art. 1386bis B.W.

De enige weg waarlangs deze verzekeraar huurdersaansprakelijkheid brand gehouden kon zijn, was die van de uitlegging van de polis. Niets belet dat verzekeraars in de toekomst de dekking van dit risico art. 1386bis B.W. uitdrukkelijk uit de polis sluiten (*anders*: M. Dambre, «De verzekering», *l.c.*, nr. 10, maar die auteur negeert naar mijn mening het onderscheid tussen het toepassingsgebied en de verlichte minimumwaarborg van de Brandverzekeringsbesluiten). Dat probleem kan worden verholpen door een uitbreiding van de minimumwaarborg tot huurdersaansprakelijkheid, uiteraard in zijn generieke betekenis.

Een dergelijke uitgebreide minimumwaarborg bestaat al bij andere verzekeringen. Blijkens de W.A.M.-wet is de «burgerrechtelijke aansprakelijkheid» verplicht gedekt (nu

art. 3, § 1, W.A.M.-wet 21 november 1989). Door de uitlegging die het Hof aan dat begrip heeft gegeven, valt ook de aansprakelijkheid van art. 1386bis B.W. eronder. Deze aansprakelijkheid is nu ook verplicht gedekt onder de polis B.A. privé-leven, zij het enkel als pendant van de *buitencontractuele aansprakelijkheid* (art. 1 K.B. van 12 januari 1984 Aansprakelijkheidsverzekering privé-leven en hierover F. Swennen, *o.c.*, 544).

III. De toepassing van art. 1386bis B.W. ten aanzien van de verzekeraar

6. Eenmaal het *beginsel* van de dekking is bepaald, moet de *omvang* daarvan nog worden nagegaan. Die omvang maakte het voorwerp uit van het tweede middel dat aan Hof werd voorgelegd.

Verweerder had, als gesubrogeerde in de rechten van zijn verzekerde, een *rechtstreekse vordering* ingesteld tegen de verzekeraar van de huurder. Art. 38 Verzekeringwet voorziet uitdrukkelijk in de mogelijkheid daartoe. Die mogelijkheid is aangehouden in art. 68 Wet Landverzekeringsovereenkomst (hierover: M. Fontaine, *Verzekeringsrecht*, Larcier, 1999, nrs. 835-837; W. Ponet, P. Rubens en W. Verhees, *De landverzekeringsovereenkomst*, Antwerpen, Kluwer, 1993, nrs. 906-915).

De uitoefening van de rechtstreekse vordering heeft tot gevolg dat de verzekeraar huurdersaansprakelijkheid brand rechtstreeks tegenover de verhuurder (of zijn gesubrogeerde verzekeraar) is gehouden tot het bedrag van de achterliggende vordering van de minste omvang. De achterliggende vorderingen zijn die van de *valutaverhouding* (tussen verhuurder en huurder) en de *dekkingsverhouding* (tussen de huurder en zijn verzekeraar) (E. Dirix, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1984, nrs. 142-143; L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, nr. 291).

Deze rechtstreekse vordering is *onvolmaakt*. Dit wil zeggen dat de verzekeraar excepties en verweermiddelen uit de dekkingsverhouding enkel aan de schuldeiser van de rechtstreekse vordering kan tegenwerpen, voor zover ze dateren van vóór de uitoefening van die vordering (E. Dirix, *o.c.*, nrs. 143 en 151-53; M. Fontaine, *o.c.*, nr. 663). Hij kan excepties en verweermiddelen uit de valutaverhouding enkel aanvoeren voor zover ze de openbare orde of de goede zeden raken (L. Cornelis, *o.c.*, 292 en ruimer W. Ponet, *e.a.*, *o.c.*, nr. 1107).

7. Eiser voerde voor het Hof aan dat de omvang van de dekkingsverhouding – als verzekering van de valutaverhouding – beperkt was tot de vergoeding die op grond van art. 1386bis B.W. aan de huurder kon worden opgelegd. Eiser kon zich onbetwistbaar op die omvang beroepen. Hij eiste dan ook dat zijn (rechtstreekse) schuld naar billijkheid zou worden bepaald.

Het Hof antwoordt vrij kort dat de verzekeraar die de aansprakelijkheid van de verzekerde dekt in de omstandigheden bedoeld in art. 1386bis B.W., *zich niet kan beroepen* op de billijkheid bepaald in dat artikel. Het recht op mildering van de verplichting komt alleen ten goede aan de geesteszieke zelf en niet aan zijn verzekeraar die wordt aangesproken door het slachtoffer.

Vooraf moet worden opgemerkt dat de tweede overweging ten onrechte laat uitschijnen dat de geestesgestoorde

een recht op mildering heeft van zijn principiële vergoedingsplicht. De regel blijft dat een geestesgestoorde niet aansprakelijk is. Art. 1386bis B.W. biedt de rechter de *mogelijkheid* om de geestesgestoorde tot een (gedeeltelijke) vergoeding te veroordelen op grond van diens objectieve fout (F. Swennen, *o.c.* nr. 511).

8. Het Hof kon, op basis van eisers redenering over de rechtstreekse vordering, via twee wegen tot het voormelde resultaat komen. Het heeft terecht voor de tweede weg gekozen. Bovendien is ook een derde lezing van het arrest, los van de rechtstreekse vordering, mogelijk.

In een *eerste* weg via de rechtstreekse vordering zou men kunnen betogen dat de verzekeraar zich als schuldenaar wel degelijk op art. 1386bis B.W. moet kunnen beroepen om de omvang van zijn schuld te laten bepalen. De eerste overweging over het tweede middel had dan andersom moeten worden geformuleerd. De tweede overweging kon dan behouden blijven: de mildering komt de verzekeraar niet ten goede. Waarom niet?

Een eerste reden zou kunnen zijn dat de rechter blijkens art. 1386bis B.W. uitspraak doet naar billijkheid, rekening houdende met de toestand van de *partijen*. Onder «partijen» zouden dan de procespartijen worden verstaan en niet de partijen bij het schadegeval of hun rechtsopvolgers die in die hoedanigheid in rechte optreden en niet in eigen hoedanigheid. Ik heb elders beargumenteerd dat het woord «partijen» in art. 1386bis B.W. doelt op de partijen bij het schadegeval (F. Swennen, «De logische seconde (...)», *T.B.B.R.* 2000, 386, nrs. 18-22). De verzekeraar-procespartij blijft dus vreemd aan de beoordelingselementen van art. 1386bis B.W.

Een tweede reden ligt meer voor de hand. Indien de verzekeraar de omvang van zijn schuld aan de hand van art. 1386bis B.W. laat bepalen, zal die bepaling meestal tot een volledige vergoedingsplicht leiden. De rechter mag bij zijn billijkheidsoordeel namelijk de verzekering van de geestesgestoorde als vermogensbestanddeel in aanmerking nemen (F. Swennen, *o.c.* nrs. 534 en 548; M. Dambre, «De verzekering», *l.c.*, nr. 4). Het verzet daartegen door verzekeraars is – alvast in België (in Duitsland moet de omvang van de vergoeding aan de hand van de zelfstandige betaalkracht van de schadeverwekker worden bepaald. BGH 18 december 1979, *BGHZ* 76, 36, 285) – door de rechtspraak verworpen. Omdat een polis juist de solvabiliteit van de geestesgestoorde moet verzekeren, kan de matiging de verzekeraar niet onrechtstreeks ten goede komen. In dezelfde lijn mag een Nederlandse rechter de schadevergoeding niet matigen beneden het verzekerde bedrag (art. 6:109 lid 2 N.B.W.).

Een derde en laatste reden is meer rechtstreeks. De mildering van de vergoedingsplicht *ex* art. 1386bis B.W. zou namelijk als een persoonlijk verweer uit de valutaverhouding kunnen worden beschouwd. De verzekeraar kan zich daarop niet beroepen.

9. In een *tweede* weg via de rechtstreekse vordering kan die laatste reden terecht worden veralgemeend. De verhuurder-eigenaar van het gebouw – of zijn gesubrogeerde verzekeraar – oefent tegen de verzekeraar van de huurder door de rechtstreekse vordering een *eigen recht* uit. Dat recht is noodzakelijkerwijs in zekere mate geabstraheerd van de achterliggende vorderingen (E. Dirix, *o.c.*, nr. 143 p. 107; L. Cornelis, *o.c.*, nr. 291, p. 362).

Het eigen recht van de verhuurder bestaat te dezen in de vergoeding van de schade die voortvloeit uit een feit waar-

voor de huurder aansprakelijk is gesteld. De vordering ontstaat op het ogenblik waarop de voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de huurder zijn vastgesteld (M. Fontaine, *o.c.*, nr. 664; W. Ponet, e.a., *o.c.*, nrs. 910 en 912). De grondslag waarop die wordt vastgesteld, lijkt dan niet meer relevant. De huurder beschikt tegenover zijn verzekeraar over een vordering tot dekking van zijn «huurdersaansprakelijkheid». De verhuurder oefent deze vordering rechtstreeks, over de persoon van de huurder, uit: ze «transiteert» niet meer via diens vermogen (E. Dirix, *o.c.*, nr. 142, p. 106; L. Cornelis, *o.c.* 291, p. 362).

De grondslag voor de aansprakelijkheid en de daarmee samenhangende omvang zijn in dat opzicht verweermiddelen uit de valuta- en dekkingsverhouding waarop de verzekeraar zich niet vermag te beroepen. De reden daarvoor is dat hij rechtstreeks wordt aangesproken en dat dit verweer pas na het schadegeval ontstaat. De mildering van art. 1386bis B.W. wordt immers pas op het ogenblik van de uitspraak beoordeeld.

10. In die zin ligt het geannoteerde arrest in de lijn van de oplossing die het Hof in zijn arrest van 18 oktober 1990 heeft aangehouden (A.C., 1990-91, nr. 90 en J.L.M.B. 1991, 758 met noot D.-M. Philippe). Het Hof overwoog daarin dat de rechter bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de ouders voor hun geestesgestoorde kind *ex art.* 1384, tweede lid, B.W. niet over de beoordelingsvrijheid van art. 1386bis B.W. beschikt.

Dat was een logisch oordeel: de ouders worden immers in eigen naam en voor eigen rekening aangesproken. «Hun toestand zou helemaal anders geweest zijn indien zij, als civielrechtelijk aansprakelijken voor hun kind, voor de strafrechter zouden zijn gedagvaard» (R. Declercq, *Beginselen van strafrechtspleging*, Antwerpen, Kluwer, 1999, nr. 1825). Als wettelijke vertegenwoordigers zouden zij dan niet tot een hoger bedrag kunnen worden veroordeeld dan het kind zelf. Een gelijksoortige oplossing moet, zoals vermeld, gelden voor de erfopvolgers die *in die hoedanigheid* tot de betaling van een schuld van hun rechtsvoorganger worden gedagvaard.

Ook in het geannoteerde arrest werd de verzekeraar «rechtstreeks» gedagvaard op grond van een contractuele verplichting tegenover zijn verkeerde, dus in eigen hoedanigheid. In die hoedanigheid kon hij zich niet beroepen op de billijkheid bepaald in art. 1386bis B.W. De overweging dat de mildering bepaald in dat artikel alleen de geestesgestoorde ten goede komt, is dan overbodig. Die overweging is evenmin geheel juist: de mildering komt naar mijn mening ook ten goede aan diegene die in zijn naam – als vertegenwoordiger of rechtsopvolger – optreedt.

11. Er is, zoals vermeld, een derde mogelijke lezing van het geannoteerde arrest. Het normdoel van art. 1386bis B.W. enerzijds en van de verzekering – en de daarmee samenhangende rechtstreekse vordering – anderzijds is daarbij doorslaggevend. Beide constructies hebben de (patrimoniale) bescherming van de schadelijder tot doel (hierover F. Swennen, *o.c.*, nrs. 511, 542 en 552 e.v.). Het is de eigen aard van art. 1386bis B.W. dat de rechter bij de bepaling van de omvang van die bescherming rekening houdt met onder meer de vermogenstoestand van de schadeverwekker.

Welnu, het doel van art. 1386bis B.W. zou worden geschonden als de mildering bedoeld in dat artikel *ten nadele van de schadelijder* ten goede zou komen aan een derde. Die mildering kan daarom alleen de geestesgestoorde zelf ten

goede komen. Met de geestesgestoorde moeten, zoals vermeld, zijn rechtsopvolgers worden gelijkgesteld (*supra* nr. 10).

Deze lezing sluit aan bij de arresten die het Hof, in navolging van het Franse Hof van Cassatie (Cass. fr. (Civ.), 18 februari 1976, *Bull. Civ.*, 1976, II, nr. 60), heeft gevelde over het normdoel van de objectieve aansprakelijkheden van art. 1384 B.W. Die objectieve aansprakelijkheden hebben een betere bescherming van de slachtoffers van schade tot doel. Enkel die slachtoffers, met uitsluiting van derden, kunnen die aansprakelijkheid daarom opwerpen (Cass. 2 september 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 6; Cass. 17 januari 1991, A.C. 1990-91, nr. 255; Cass. 5 december 1997, *Arr. Cass.*, 1997, nr. 533).

Die formule zou te dezen dan worden omgekeerd: de bescherming van de schadelijder kan enkel worden geofferd ten voordele van de geestesgestoorde en niet ten voordele van een derde die in eigen hoedanigheid voor de schade wordt aangesproken.

De aansprakelijkheid van art. 1384, eerste lid, B.W. kan nochtans geenszins worden gelijkgesteld met die van art. 1386bis B.W. Bovendien was eisers vraag opgebouwd rond de rechtstreekse vordering. Het antwoord daarop moet daarom in die context worden gelezen.

IV. Besluit

12. Het geannoteerde arrest had over twee vragen te oordelen. De eerste vraag was of de aansprakelijkheid *ex art.* 1386bis B.W. onder de dekking van een polis huur-aansprakelijkheid brand valt, bij gebreke aan een uitdrukkelijke contractuele bepaling daarover. Het antwoord op die vraag is naar mijn mening positief. Het Hof kon daarover om cassatietechnische redenen niet rechtstreeks oordelen. Daardoor werd de onontkoombare vaststelling vermeden dat de verzekeraar de genoemde aansprakelijkheid wel uitdrukkelijk uit zo'n polis kan sluiten.

Ten tweede rees de vraag of de verzekeraar-schuldenaar van een rechtstreekse vordering zich op art. 1386bis B.W. kan beroepen. Het Hof antwoordde daarop dat het beroep op art. 1386bis B.W. voor de verzekeraar-schuldenaar van een rechtstreekse vordering niet openstaat. Dit antwoord vormt een juiste toepassing van de rechtstreekse vordering. Het antwoord is ook billijk: de verzekeraar kan de gevolgen ervan in de premie verrekenen en zodoende spreiden (maar zie de bedenkingen bij R. Van den Bergh, *Averchts recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2000, p. 18 e.v.). De solvabiliteit van de geestesgestoorde schadeverwekker blijft daardoor gewaarborgd in het belang van de schadelijder. Dat belang is te dezen doorslaggevend. Dat *in casu* niet de schadelijder maar diens verzekeraar in het geding was, doet niet terzake. De gesubrogeerde doet de rechten van de subrogant gelden. De vraag die hier rest is welke houding het Hof zal aannemen tegenover de gesubrogeerde verzekeraar van de geestesgestoorde schadeverwekker...

Frederik Swennen
Referendaris Hof van Cassatie¹
Assistent Universiteit Antwerpen (U.I.A.)

¹ Deze bijdrage geeft de persoonlijke opvatting van de auteur weer en niet die van het Hof of zijn openbaar ministerie.

HOF VAN BEROEP TE GENT

14e KAMER – 12 SEPTEMBER 2000

Voorzitter: mevr. De Cooman

Advocaat: mr. Van Acker

Collectieve schuldenregeling – Gerechtelijke aanzuiveringsregeling – Gelijkheidsbeginsel– Voorrechten

In het raam van een gerechtelijke aanzuiveringsregeling kunnen de schuldeisers geen aanspraak maken op rechten voortvloeiend uit zekerheden of voorrechten. De voorrang volgend uit zekerheden wordt slechts geconcretiseerd bij de tenuitvoerlegging of realisatie van het vermogen van de schuldenaar.

Door het intreden van de samenloop en de onbeschikbaarheid van het vermogen krijgen alle schuldeisers noodzakelijk een gelijke behandeling, ongeacht de aard van hun schuldvordering.

Belgische Staat, minister van Financiën t/ De B.

De appellant voert terecht aan dat de kwijtschelding van schulden moet worden gevorderd, wat volgens de appellant terzake, voor de eerste rechter, niet zou zijn geschied.

Afgezien dat kan worden aanvaard dat de kwijtschelding van schulden voor de eerste rechter door De B. effectief werd gevorderd – niettegenstaande dit niet met zoveel woorden blijkt uit de bestreden beschikking –, moet worden aangenomen dat de schuldenaar die de schuldbemiddeling betracht en die, zoals terzake, bovendien compleet insolvent is – welke toestand in de persoon van De B. bestond bij het neerleggen van het verzoekschrift – de schuldsanering beoogt, in acht genomen alle middelen en mogelijkheden die de wet desbetreffend inhoudt. De gerechtelijke aanzuiveringsregeling met kwijtschelding zoals vooropgesteld door de eerste rechter, kan derhalve worden bevestigd.

De appellant betwist de pondspondsgewijze verdeling van de – ten behoeve van de schuldeisers – (toekomstige) beschikbaar gestelde gelden, en wil zich met het beschikbare deel van de toekomstige inkomsten van de schuldenaar, bij voorrang (gelet op het algemeen voorrecht dat kleefte aan de aard van zijn schuldvordering nl. de personenbelasting) doen betalen.

De schorsing van de middelen van tenuitvoerlegging tegen een schuldenaar wiens vordering tot schuldbemiddeling toelaatbaar werd verklaard, spruit uit de wet; dit gevolg, dat inherent is aan de beschikking van toelaatbaarverklaring, impliceert dat door de schuldeisers geen aanspraak kan worden gemaakt op rechten voortvloeiende uit zekerheden of voorrechten; immers, de voorrang spruitend uit zekerheden, inclusief voorrechten, wordt immers pas geconcretiseerd bij de tenuitvoerlegging/realisatie van het vermogen van de schuldenaar.

Door de beschikking van toelaatbaarverklaring wordt echter, zoals gezegd, het vermogen van de schuldenaar onbeschikbaar; deze principiële onbeschikbaarheid werpt zich op aan alle schuldeisers, tot bij het einde van de schuldbemiddeling, onafhankelijk de wijze waarop dit einde komt; dientengevolge krijgen door de samenloop en de onbeschikbaarheid van het vermogen, alle schuldeisers nood-

zakelijk een gelijke behandeling, afgezien van de aard van hun schuldvordering (al dan niet bevoorrecht of hypothecair gewaarborgd).

De schuldeiser zal eerst zijn rechten herwinnen bij herroeping van de beschikking van toelaatbaarheid of na de verwerping van de aanzuiveringsregeling.

De schuldbemiddeling impliceert derhalve een tijdelijke opschorting van de gevolgen van het voorrecht; de schuldeiser zal dus pas in zijn rechten worden hersteld bij herroeping van de aanzuiveringsregeling.

NOOT – Zie A. De Wilde en V. Sagaert, «Collectieve saneringsprocedures en zakelijke zekerheidsrechten» (noot onder Besl. gr. Gent, 8 mei 2000), *R.W.*, 2000-2001, 914-916.

ARRONDISSEMENTSRECHTBANK TE BRUGGE

26 MEI 2000

Voorzitter: de h. Vercruysse

Rechters: de hh. Verhelst en Nauwelaerts

Openbaar ministerie: de h. Berkvens

Advocaten: mrs. Nobels loco Van Elslander en Willems

Bevoegdheid en aanleg – Materiële bevoegdheid – Rechtbank van koophandel – Vennootschap – Handels- of burgerlijk karakter – Statutair doel – Feitelijke activiteit – Bankverrichtingen – Geschil terzake van een handelsvennootschap tussen vennoten en vereffenaar – Bevoegdheid van de rechtbank van koophandel

De omstandigheid dat een vennootschap in het register van de burgerlijke vennootschappen is ingeschreven, betekent niet dat ze niet als een koopman is te beschouwen. Het handelskarakter van een vennootschap wordt enkel bepaald door haar maatschappelijk doel zoals dit in de statuten van de vennootschap is bepaald, door de bedrijvigheid die het voorwerp van het statutair doel uitmaakt.

De beoordeling van de feitelijke beoefende activiteiten van de vennootschap heeft slechts een secundair belang en helpt enkel bij de interpretatie van de statutaire doelbepaling.

Omdat te dezen de vennootschap, krachtens haar statutair doel, zoals geïnterpreteerd aan de hand van de feitelijke activiteit, hoofdzakelijk daden van koophandel (stellen van bankverrichtingen) uitoefent, heeft ze een handelskarakter.

De vordering is, naar het voorwerp in de dagvaarding omschreven, te beschouwen als een geschil terzake van een handelsvennootschap tussen vennoten en een vereffenaar, zodat de rechtbank van koophandel, en omdat een uitspraak bij voorraad in zaken die spoedeisend zijn, wordt gevraagd, de voorzitter van die rechtbank, bevoegd is.

T. en G. t/ V.O.F. V.G.T. en V.

1. De rechtspleging

De voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brugge, afdeling Brugge, zitting houdende in kort geding, heeft deze zaak, na de ambtshalve opgeworpen exceptie van de materiële onbevoegdheid, verzonden naar de arrondis-

sementsrechtbank, zoals blijkt uit het voor eensluidend verklaard afschrift van de beschikking van 8 maart 2000.

...

2. Gegevens en voorgaanden

Met de dagvaarding, betekend op 21 januari 2000 aan de vennootschap v.o.f. V.G.T. en aan de vereffenaar in persoon, vorderden de eisers voor de voorzitter van de rechtbank van koophandel, zitting houdende in kort geding, dat een voorlopig bewindvoerder zou worden aangesteld over de v.o.f. V.G.T. in vereffening, met als taak de vereffeningswerkzaamheden van de vennootschap verder te zetten totdat een in kracht van gewijsde gegaan vonnis de huidige vereffenaar heeft ontslaan en een nieuwe vereffenaar heeft benoemd. Bovendien vorderden de eisers dat de vereffenaar gedwongen zou worden het wederrechtelijk opgenomen «voorschot op liquidatie» terug te betalen en dat hij veroordeeld zou worden tot de afgifte van alle nuttige documenten in verband met de vereffening, onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 fr. per dag vertraging, voor zover de stukken niet binnen 48 uur werden bezorgd aan de voorlopig bewindvoerder.

De voorzitter van de rechtbank van koophandel heeft ambtshalve zijn bevoegdheid in vraag gesteld en de zaak verwezen naar de arrondissementsrechtbank, opdat over het middel van onbevoegdheid zou worden geoordeeld. Hij twijfelde aan zijn bevoegdheid, omdat hij slechts bevoegd is om voorlopige maatregelen te bevelen in spoedeisende gevallen in aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel behoren. Hij twijfelde eraan of het geschil wel tot de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel behoort, daar de v.o.f. V.G.T., blijkens de dagvaarding, een burgerlijke vennootschap is en H.B. geen handelaar.

3. Beoordeling

1. De omstandigheid dat een vennootschap is ingeschreven in het register van de burgerlijke vennootschappen betekent niet dat ze niet als een koopman is te beschouwen. Het handelskarakter van een vennootschap wordt enkel bepaald door haar maatschappelijk doel zoals dit in de statuten van de vennootschap is bepaald, door de bedrijvigheid die het voorwerp van het statutair doel uitmaakt (Cass., 15 april 1943, *Pas.*, 1943, I, 142; Denef, M., «De kwalificatie als handelsvennootschap», (noot onder Antwerpen 26 oktober 1998 en onder Gent, 21 oktober 1998), *T.R.V.*, 1999, 114 e.v.; Wyckaert, M., «De vorm van de vennootschap en de aard van het maatschappelijk doel», (noot onder Kh. Luik, 30 januari 1989), *T.R.V.*, 1989, 216 e.v.).

De statuten bepalen de volgende doelstelling:

«De vennootschap heeft tot doel de uitvoering van het mandaat dat haar zal worden verleend door het Gemeentekrediet van België.

Overeenkomstig dit mandaat, verleent de vennootschap haar bemiddeling tot en sluit zij alle verrichtingen af en biedt zij alle diensten aan die de lastgever voorstelt aan het geheel van zijn nationale of lokale cliëntèle.

Zij kan bovendien andere producten en diensten aanbieden op voorwaarde dat ze worden aangemoedigd door de lastgever en het voorwerp uitmaken van een akkoord met deze laatste.

De vennootschap onthoudt zich van elke deelneming in een andere onderneming, bij wijze van inbreng, overdracht, fusie, intekening of andere, ongeacht welk het doel of de vorm is van deze onderneming en ongeacht of het gaat om een bestaande of nog op te richten onderneming.»

Het uitoefenen van het mandaat dat haar wordt toevertrouwd door het Gemeentekrediet kan hier, afgeleid uit deze tekst, zowel burgerlijk als ook commercieel zijn van aard, zodat nagegaan moet worden aan de hand van de werkelijke aard van de feitelijk beoefende activiteiten van de vennootschap of het mandaat een commercieel dan wel een burgerlijk karakter heeft. Dit laatste, de beoordeling van de feitelijke activiteit, heeft slechts een secundair belang en helpt enkel bij de interpretatie van de statutaire doelbepaling (Tilleman, B., *Proceshandelingen van en tegen vennootschappen*, Maklu, 1997, p. 195, nr. 185).

In casu blijkt uit de omschrijving van het mandaat dat het Gemeentekrediet de vennootschap gelast om namens haar de gebruikelijke verrichtingen als bankier etc. te doen. De vennootschap treedt op als een handelsagent van het Gemeentekrediet en stelt aldus regelmatig bank-, wissel-, commissie- of makelaarsverrichtingen. Krachtens art. 2 W. Kh. zijn dit daden van koophandel.

Hieruit blijkt dat de uitoefening van het mandaat hoofdzakelijk het stellen van bankverrichtingen, het optreden als handelsagent betekent. Deze activiteiten zijn te beschouwen als objectieve daden van koophandel (art. 2 W. Kh., zevende en achtste streepje). De vennootschap oefent bijgevolg krachtens haar statutair doel hoofdzakelijk daden van koophandel uit, zodat ze een handelskarakter heeft.

2. Anderzijds is het juist dat de tweede verweerder geen handelaar is. Maar de vordering is, naar het voorwerp in de dagvaarding omschreven, te beschouwen als een geschil terzake van een handelsvennootschap (*supra*) tussen vennoten en een vereffenaar.

Deze aangelegenheid behoort tot de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel krachtens art. 574, 1^o, Ger. W.

Daar de voorzitter van de rechtbank van koophandel, krachtens art. 584 Ger. W., uitspraak doet bij voorraad in zaken die hij spoedeisend acht en die tot de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel behoren, dient de zaak naar de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brugge te worden teruggewezen.

CORRECTIONELE RECHTBANK VAN ANTWERPEN

5e KAMER – 24 NOVEMBER 2000

Voorzitter: de h. Leliard

Advocaten: mrs. Goossens, Vermassen en Van Himbeeck

1. Onopzettelijke doodslag – Ongeboren kind – Nog niet begonnen bevalling – 2. Schuldig verzuim – Groot gevaar – Begrip – Zwangere vrouw – Dreiging ongeboren kind te verliezen – Gynaecoloog – Onachtzaamheid – Vroedvrouw – Bevoegdheid

1. De artikelen 418 en 419 Sw. die de onopzettelijke doodslag beteugelen, beschermen de persoon slechts vanaf de geboorte. Aanvaard wordt dat bescherming wordt geboden van

bij het begin van de bevalling aan het zelfs nog niet geboren leven. Het ongeboren leven daarentegen geniet geen bescherming op grond van onopzettelijke doodslag tegen fouten die werden begaan vóór het begin van de bevalling.

2. De dreiging haar nog ongeboren kind te verliezen maakt voor de zwangere moeder onmiskenbaar een situatie van groot gevaar uit in de zin van art. 422bis Sw.

De gynaecoloog die wel degelijk in de mogelijkheid verkeert om zich te vergewissen van de medische toestand van zijn patiënte maar dit niet heeft gedaan, handelt uiterst onvoorzichtig. Zijn onwetendheid dienaangaande kan hem dan ook niet vrijpleiten.

Een vroedvrouw kan noch moet de resultaten van een foetale monitoring interpreteren, omdat dit in essentie tot het vakgebied van de arts behoort.

O.M., B. en N. t/ C., B., W. en N.

2. Ten gronde

2.1. Tenlastelegging A

Beklaagden worden ervan verdacht door gebrek aan voorzichtigheid, maar zonder het oogmerk om de persoon van de ander aan te randen, onopzettelijk de dood van de foetus van N. te hebben veroorzaakt.

De artikelen 418 en 419 Sw. die de onopzettelijke doodslag beteugelen, beschermen de persoon slechts vanaf de geboorte. Aanvaard wordt dat bescherming wordt geboden van bij het begin van de bevalling aan het zelfs nog niet geboren leven. Het ongeboren leven daarentegen geniet geen bescherming op grond van de beteugeling van de onopzettelijke doodslag tegen fouten die werden begaan vóór het begin van de bevalling.

Mevrouw N. werd op 7 september 1993 opgenomen in het A.Z. van Antwerpen en dit met het oog op een keizersnede die daags nadien in het ziekenhuis zou worden uitgevoerd door haar gynaecoloog, dokter S.

Uit de gegevens die voorliggen dient de Rechtbank af te leiden dat de bevalling nooit een aanvang heeft genomen en dat het kind van mevrouw N. overleden was toen het op 8 september met de keizersnede werd geboren.

Om voormelde reden is de Rechtbank dan ook van oordeel dat de beklaagden niet kunnen worden vervolgd voor de feiten vermeld onder de eerste tenlastelegging en dat zij hiervan dienen te worden vrijgesproken.

2.2. Tenlastelegging B

Ten tijde van de opname van mevrouw N. in het academisch ziekenhuis van Antwerpen was eerste beklaagde aldaar werkzaam als assistent-gynaecoloog. Tweede beklaagde was diensthoofd van de afdeling gynaecologie en verloskunde van het ziekenhuis. Derde beklaagde was als vroedvrouw en vierde beklaagde als hoofdverpleegkundige tewerkgesteld.

Beklaagden worden vervolgd wegens schuldig verzuim.

Mevrouw N. werd op 7 september 1993 om 14.00u opgenomen op de dienst gynaecologie en verloskunde van het ziekenhuis en dit tén voorbereiding van een keizersnede die de volgende dag zou worden uitgevoerd door dokter S., behandelende gynaecoloog van mevrouw N.

Uit de medische gegevens die voorliggen kan worden afgeleid dat de zwangere vrouw – net als bij haar vorige zwangerschap – leed aan zwangerschapshypertensie (verhoogde bloeddruk), die door middel van medicatie steeds onder controle was gehouden. Deze toestand lag aan de basis van het falen van de inductie, om welke reden de geboorte met een keizersnede diende te gebeuren. Mevrouw N. leed daarenboven aan zwangerschapsdiabetes, waarvoor zij een dieet had dienen te volgen.

Bij haar opname in het academisch ziekenhuis op 7 september 1993 om 14.00u werd een routine preoperatief onderzoek uitgevoerd. Er werd haar ook gevraagd een vragenlijst in te vullen m.b.t. haar medische toestand.

Kort na haar opname maakte mevrouw N. melding van het feit dat zij haar kindje minder voelde bewegen. In de opmerkingen die tweede beklaagde maakte op het deskundigenverslag voert hij aan dat het voelen van verminderde kindsbewegingen slechts een *post factum*-uitspraak van de zwangere zou zijn geweest. Dit wordt evenwel tegengesproken door de gegevens van het dossier en meer bepaald door de verklaringen van derde beklaagde waarin ze stelt dat mevrouw N. aan haar inderdaad haar ongerustheid had geuit over de verminderde kindsbewegingen. In haar verklaring aan de onderzoeksrechter stelt vierde beklaagde bovendien door derde beklaagde in kennis te zijn gesteld van de verminderde kindsbewegingen die de patiënte ervaarde.

Derde beklaagde heeft naar aanleiding van de klacht van mevrouw N. gedurende 27 minuten een monitoring uitgevoerd waarbij de harttonen van de baby en de contracties van de moeder worden geregistreerd. Het blad met de resultaten van deze monitoring werd door derde beklaagde onmiddellijk voorgelegd aan de op dat ogenblik dienstdoende gynaecoloog, eerste beklaagde. Eerste beklaagde quoteerde de resultaten met het cijfer 8, wat dient te worden gelijkgesteld met een toestand die als goed wordt beschouwd. Omdat aan eerste beklaagde naar eigen zeggen geen pathologie bekend was, achtte hij het niet nodig verder onderzoek te verrichten.

De ongerustheid van mevrouw N. over het niet voelen bewegen van de baby hield aan en daags nadien werd rond het middaguur opnieuw de monitor aangelegd. Dit keer werden geen harttonen meer geregistreerd. De echografie die onmiddellijk nadien werd genomen, bevestigde dat het kind overleden was.

De Rechtbank onderzoekt hierna de eventuele strafrechtelijke verantwoordelijkheid van ieder van de beklaagden.

Eerste beklaagde

Eerste beklaagde was als assistent-gynaecologie in opleiding verbonden aan het AZ en vervulde aldaar een wachtdienst die aanving kort na de opname van mevrouw N.

Eerste beklaagde wordt ervan verdacht het verzuimsmisdrijf, bepaald in art. 422bis Sw., te hebben gepleegd.

Uit de gegevens van het dossier blijkt dat de feiten waarvoor de beklaagden worden vervolgd, werden gepleegd ten aanzien van mevrouw N. Beklaagden voeren aan dat de voorwaarden voor strafbaarheid *in casu* niet vervuld zouden zijn, omdat mevrouw N. op geen enkel ogenblik in groot

gevaar zou hebben verkeerd, wat een voorwaarde is voor de toepasselijkheid van art. 422bis Sw.

Dit is onjuist. Uit de gegevens van het dossier blijkt inderdaad dat mevrouw N. op een bepaald ogenblik tijdens haar opname in het ziekenhuis op het punt stond haar nog ongeboren kind te verliezen, wat onmiskenbaar een situatie van groot gevaar inhoudt als bedoeld in art. 422bis Sw.

Eerste beklagde beweert op geen enkel ogenblik kennis te hebben gehad van deze gevaarstoestand, zodat hem om die reden geen schuldig verzuim ten laste zou kunnen worden gelegd.

Uit de gegevens van het dossier blijkt dat aan eerste beklagde de resultaten werden voorgelegd van de monitoring die op 7 september 1993 werd uitgevoerd door derde beklagde, en dit naar aanleiding van de ongerustheid van mevrouw N. over het ervaren van verminderde kindsbewegingen. Eerste beklagde citeerde de resultaten van deze monitoring met het cijfer 8 in de Fisher-score, wat gelijkstaat met een beoordeling «goed». Uitgaande van dit resultaat, en omdat hem verder geen pathologie bekend was, was er volgens eerste beklagde geen noodzaak tot verder handelen.

Van belang is dat het college van gerechtsdeskundigen de resultaten van de monitoring geheel anders beoordeelt en de Rechtbank citeert uit het deskundig verslag: «Hoewel een non-stress test veel vals positieve uitslagen geeft (80 %), is het afgenomen tracé, zeker rekening houdende met de medische achtergrond die door de assistent wel gekend moet zijn, alarmerend. De uiterst geringe slag-tot-slag-variatie en de deceleraties doen het ergste vermoeden. Urgent verder nazicht en handelen was hier aangewezen.»

Eerste en tweede beklagde voeren met wetenschappelijke argumenten en verslagen van andere geneesheren-specialisten aan dat de door eerste beklagde verleende score van 8 wel degelijk als correct dient beschouwd en dat de besluiten van het college van deskundigen dan ook niet kunnen worden aangenomen.

Het is niet aan de Rechtbank om uitspraak te doen in deze wetenschappelijke aangelegenheid, te meer daar deze voor de oplossing van de juridische vragen die voorliggen niet relevant is.

Uit de gegevens van het strafdossier blijkt dat eerste beklagde de resultaten van de monitoring als «goed» interpreteerde, zonder dat hij hierbij beschikte over enige kennis m.b.t. de medische toestand van mevrouw N. Nochtans stelt eerste beklagde zelf dat de interpretatie van de resultaten van de monitoring dient te gebeuren in functie van de medische toestand van de patiënt. In dit verband verklaarde eerste beklagde aan de Onderzoeksrechter: «Ik denk dat als de deskundigen enkel de resultaten van de monitoring hadden kunnen bekijken en niet de andere elementen van de toestand van mevrouw N. en zij met andere woorden de monitoring dienden te interpreteren zoals ikzelf, zij mogelijk tot hetzelfde resultaat hadden kunnen komen als ik.»

Hieruit dient uiteraard te worden afgeleid dat, indien eerste beklagde – net als de gerechtsdeskundigen – wél op de hoogte was geweest van de medische toestand van mevrouw N., hij de resultaten van de monitoring wellicht ook anders zou hebben beoordeeld dan hij dit nu heeft gedaan en hij – net zoals de deskundigen – hierin een aanzet tot handelen zou hebben gezien.

Uit de gegevens die voorliggen dient de Rechtbank af te leiden dat eerste beklagde wel degelijk in de mogelijkheid

was om zich te vergewissen van de medische toestand van mevrouw N., maar dat hij dit niet heeft gedaan. Deze handelwijze komt de Rechtbank als uiterst onvoorzichtig voor, omdat eerste beklagde zich hierdoor zelf de mogelijkheid ontnam de toestand van zijn patiënte en de ernst van deze toestand met kennis van zaken te beoordelen. Zijn onwetendheid dienaangaande kan hem dan ook niet vrijpleiten.

Eerste beklagde verklaart niet alleen niet op de hoogte te zijn geweest van de medische toestand van mevrouw N., maar beweert bovendien geen weet te hebben gehad van de ongerustheid van deze laatste over het ervaren van verminderde kindsbewegingen.

Deze bewering komt de Rechtbank als ongeloofwaardig voor. Het staat vast dat derde beklagde in de vooravond van 7 september aan eerste beklagde de resultaten liet toekomen van de monitoring die bij mevrouw N. was uitgevoerd, en dit op verzoek van deze laatste zelf en naar aanleiding van haar ongerustheid over het voelen van verminderde kindsbewegingen (zie in dit verband de verklaring van mevrouw S.).

Het komt de Rechtbank als onaannemelijk voor dat derde beklagde in die omstandigheden op geen enkele wijze aan eerste beklagde als enige aanwezige geneesheer melding zou hebben gemaakt over de ongerustheid van mevrouw N., omdat dit ongetwijfeld een belangrijk gegeven was dat overigens voor derde beklagde precies de aanleiding was geweest tot het uitvoeren van de monitoring.

Gelet op het voorgaande acht de Rechtbank bewezen dat eerste beklagde minstens kennis had van de ongerustheid die bestond bij mevrouw N. en die werd veroorzaakt door de omstandigheid dat zij haar baby nauwelijks nog voelde bewegen. Wanneer de ervaring van verminderde kindsbewegingen bij de hoogzwangere vrouw niet noodzakelijk wijst op een gevaarssituatie (zie stuk 3 van het bundel dat namens de beklaagden werd neergelegd op 22 mei 1997, en waarin wordt gesteld dat verminderde kindsbewegingen tegen het einde van de zwangerschap geen pathologie zijn), dan staat evenzeer vast dat er wel degelijk sprake kan zijn van een gevaarssituatie (zie opmerkingen van dokter B. op het deskundigen verslag en neergelegd op 22 mei 1997, en waaruit dient te worden afgeleid dat klachten in verband met verminderde kindsbewegingen steeds moeten worden onderzocht).

Uit het voorgaande blijkt dat eerste beklagde niets heeft gedaan om zich te vergewissen van de medische toestand van de zwangere vrouw die op zijn afdeling was opgenomen en dat hij evenmin ageerde toen hij door derde beklagde op de hoogte werd gesteld van het bestaan van een mogelijke gevaarssituatie bij mevrouw N. Het komt de Rechtbank als evident voor dat eerste beklagde zich rechtstreeks tot mevrouw N. zou hebben gewend teneinde zichzelf optimaal over de toestand van deze laatste te informeren. Hierdoor zou eerste beklagde in ieder geval voor zichzelf een duidelijk beeld hebben gekregen van de reden van de ongerustheid van de patiënte alsook van het feit dat de zwangerschap die zij doormaakte in ieder geval bepaalde risico's in zich hield. Deze gegevens – samen met de resultaten van de monitoring – zouden voor eerste beklagde naar alle waarschijnlijkheid een aanzet tot verder handelen zijn geweest met de daaraan verbonden mogelijkheid dat mevrouw N. haar kind toch nog levend ter wereld zou hebben gebracht.

De Rechtbank acht de schuld van eerste beklaagde be-
wezen.

Derde beklaagde

Derde beklaagde was als vroedvrouw tewerkgesteld op de afdeling gynaecologie en verloskunde van het A.Z. Uit de gegevens van het dossier blijkt dat mevrouw N. zich na haar opname in het ziekenhuis wendde tot derde beklaagde in verband met haar ongerustheid over het voelen van verminderde kindsbewegingen. De burgerlijke partij voert aan dat derde beklaagde weinig alert op deze klachten zou hebben gereageerd.

De Rechtbank is van oordeel dat derde beklaagde de klacht van mevrouw N. nochtans niet negeerde en dat zij – door het uitvoeren van de monitoringcontrole – adequaat reageerde.

De resultaten van deze monitoringcontrole werden door haar onmiddellijk aan de dienstdoende arts – eerste beklaagde – overhandigd. Derde beklaagde kon en diende als vroedvrouw de resultaten van deze monitoring niet te interpreteren, omdat dit in essentie tot het vakgebied van de geneesheer behoort.

Hierboven stelde de Rechtbank reeds dat zij de bewering van eerste beklaagde als zou niemand – dus ook derde beklaagde niet – hem iets hebben gemeld over de ongerustheid van mevrouw N. in verband met de verminderde kindsbewegingen, niet geloofwaardig acht. Uit de omstandigheid dat de monitoring door derde beklaagde werd uitgevoerd buiten het normale tijdschema en als reactie op de ongerustheid van mevrouw N., leidt de Rechtbank af dat derde beklaagde eerste beklaagde wel degelijk – tegelijkertijd met het afgeven van de monitoringsresultaten – informeerde over de ongerustheid van mevrouw N.

Van zodra eerste beklaagde, weliswaar zonder voldoende kennis van zaken, stelde dat er niets aan de hand was, was er geen reden voor derde beklaagde dit oordeel in twijfel te trekken en mocht zij mevrouw N. melden dat de ongerustheid van deze laatste zonder grond was.

De Rechtbank is in die omstandigheden dan ook van oordeel dat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van derde beklaagde niet in het gedrang is.

...

NOOT – *Over de onopzettelijke doodslag en het schuldig verzuim*

I. Over de onopzettelijke doodslag

Onze aandacht gaat hier in de eerste plaats uit naar de eerste tenlastelegging, en met name de vraag of het onopzettelijk veroorzaken van het overlijden van een foetus *in utero* door een gebrek aan voorzichtigheid of voorzorg, een misdrijf uitmaakt *jegens deze foetus*. De uitspraak op dit punt van de Correctionele Rechtbank van Antwerpen ligt volledig in de lijn van de traditionele rechtspraak hieromtrent (Cass., 11 februari 1987, *J.T.* 1987, 738, met noot Kefer, F. Zie ook Gent, 26 maart 1997, *A.J.T.* 1997-98, 463, met noot Coudron, Ch.): art. 418 en 419 Sw. beschermen de *persoon* slechts vanaf de geboorte, maar aanvaard wordt dat ook het nog ongebooren leven, *al dan niet levensvatbaar*, reeds de bescherming geniet, vanaf het begin van de bevalling. Uit de feitelijke ge-

gevens van de zaak bleek echter dat de bevalling nooit een aanvang had genomen en dat het kind reeds was overleden toen het op 8 september met de keizersnede werd geboren.

De criteria die aldus in het civiele recht worden aangevend om te spreken van de juridische persoonlijkheid gelden dus niet noodzakelijk op het terrein van het strafrecht. Zo geldt naar civiel recht het adagium «*Infans conceptus pro iam nato habetur quotiens de commodi eius agitur*» enkel voorzover het kind nadien levend en levensvatbaar geboren wordt. Strafrechtelijk is de levensvatbaarheid niet vereist om te kunnen spreken van een persoon in de juridische zin, hetgeen kan gezien worden als een uiting van de zgn. autonomie van het strafrecht.

Dit vonnis sluit aan bij het cassatiearrest van 11 februari 1987, waarin het Hof een ruime interpretatie gaf aan de termen «het moment van de geboorte» in art. 396 Sw. inzake kindermoord. Volgens het Hof betekent «op het moment van de geboorte» «gedurende de hele tijd dat de bevalling duurt», zonder zich daarbij uit te spreken over de vraag wanneer «het begin van de bevalling» precies aanvangt, wat ook zeer moeilijk *in abstracto* uit te maken zou zijn. Zodra de bevalling begonnen is – wat een feitenkwestie is waarbij verschillende elementen dienend zijn, o.a. het aantal en de duur van de weeën, het breken van het water, etc. – geniet het kind niet alleen de bescherming tegen kindermoord, maar ook tegen onopzettelijk doden, aangezien het persoonsbegrip in art. 396 Sw. identiek is aan dat in art. 418 Sw.

De vraag rijst nu in welke mate men een nog ruimere bescherming van het ongebooren leven zou kunnen afleiden uit het princiepsarrest van 11 februari 1987, met name tegen onopzettelijke slagen en verwondingen die plaatsvonden vóór het begin van de bevalling en die aldus de dood *in utero* hebben veroorzaakt. Is m.a.w. een onvrijwillige zwangerschapsafbreking naar Belgisch recht strafbaar? In het algemeen wordt deze vraag negatief beantwoord, daarbij in de eerste plaats verwijzend naar voornoemd cassatiearrest, dat niet zou toestaan het ongebooren leven te beschermen tegen fouten in de zin van art. 396 Sw. en 418 Sw. *indien deze begaan werden voor het begin van de bevalling*. Vóór dit moment waarop de bevalling begonnen is, geniet het ongebooren slechts de bescherming van art. 348 e.v. Sw. inzake de opzettelijke zwangerschapsafbreking, die evenwel slechts de opzettelijke vernietiging van de vrucht *in utero* strafbaar stellen, en dit niet eens in alle omstandigheden. Het rechtsbeginsel «*nullum crimen, nulla poena, sine lege*» indachtig, weigert de rechtspraak een zgn. onopzettelijke zwangerschapsafbreking (naar analogie met het onderscheid opzettelijke kindermoord-onopzettelijke kindermoord) te erkennen, zodat een foetus *in utero* in de huidige stand van de wetgeving vóór de aanvang van de bevalling geen bescherming geniet tegen onopzettelijke slagen en verwondingen *met de dood tot gevolg*. Het is maar zeer de vraag of dit standpunt niet op gespannen voet staat met het in art. 2 E.V.R.M. gewaarborgde recht op leven (Van Slycken, L., «Beschikkingsrecht van de minderjarige over eigen leven en lichaam», in *Over zichzelf beschikken? Juridische en Ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1996, 271 e.v.).

II. Over het schuldig verzuim

De tweede tenlastelegging, namelijk het schuldig verzuim van art. 422bis Sw., eist eveneens onze aandacht op, en dit

om twee redenen. In de eerste plaats betreft het de persoon die «in groot gevaar» moet verkeren. De beklaagde voerde aan dat *in casu* de voorwaarden voor strafbaarheid niet voldaan waren, aangezien de vrouw op geen enkel ogenblik in «groot gevaar» zou hebben verkeerd. De rechtbank repleceerde daar kordaat op dat uit de gegevens van het dossier blijkt dat de vrouw op een bepaald ogenblik tijdens haar opname dreigde haar kind te verliezen, wat *onmiskenaar* een situatie van groot gevaar inhoudt als bedoeld in art. 422bis Sw. Het begrip «groot gevaar» wordt aldus vrij ruim geïnterpreteerd, doordat de gevaarstoestand van het ongeboren kind geassimileerd wordt met een gevaarstoestand voor de vrouw. Deze assimilatie wordt nog extra beklemtoond door de overweging «Uit de gegevens die voorliggen dient de Rechtbank inderdaad af te leiden dat de kansen dat het kind levend ter wereld zou zijn gekomen reëel waren geweest indien eerste beklaagde zich op een ernstige wijze om (de moeder) zou hebben bekommerd.» Een dergelijke ruime interpretatie van het concept «groot gevaar» neigt naar een verboden analogische interpretatie *in malam partem* van de strafwet. De dreiging een kind te verliezen kan onder omstandigheden immers een situatie van groot gevaar voor het leven of de fysieke integriteit van de moeder impliceren – een groot gevaar kan niet bestaan in een psychologische inbreuk (zie bijv. Du Jardin, J., «Schuldig verzuim», in *Comm. Strafr.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, losbl., 9) –, maar gelet op de huidige stand van de medische wetenschap zal dit maar zelden het geval zijn. Er zal dus van geval tot geval geoordeeld moeten worden, *rekening houdende met de concrete omstandigheden van de zaak*. Dit geldt des te meer daar het gevaar in de zin van art. 422bis Sw. reëel dient te zijn: een mogelijk, eventueel gevaar of bedreiging volstaan niet.

Een ander interessant punt bij deze tweede ten laste legging is dat de rechtbank *expliciter* de handelswijze van de beklaagde – nl. diens volledig gebrek aan kennis over de medische toestand van de zwangere vrouw én de onwil om zich die toestand eigen te maken, wat ertoe geleid heeft dat aan de moeder geen enkele vorm van hulp werd geboden – laakt als zijnde «*uiterst onvoorzichtig*». De gehanteerde terminologie is enigszins slordig en kan zeker twijfels doen rijzen i.v.m. de vraag of *in casu* het morele element van het misdrijf wel aanwezig is. Art. 422bis Sw. vereist immers opzet, wat betekent dat het verzuim wetens en willens gepleegd werd (Cass., 7 oktober 1981, *Arr. Cass.* 1982, 200). «Wetens» duidt erop dat de dader moet weten dat hij de strafwet overtreedt, «willens» dat hij de strafbare gedraging ook doelgericht wil. Het verzuim gepleegd uit onachtzaamheid of gebrek aan voorzichtigheid is dan ook niet strafbaar onder art. 422bis Sw., al valt het onderscheid tussen «opzet» en «grove onachtzaamheid» evenwel niet altijd strikt te maken. Zie de formulering in het voormelde cassatiearrest van 7 oktober 1981: «De overtreding van art. 422bis Sw. is weliswaar enkel strafbaar wanneer ze wetens en willens werd gepleegd, doch dan enkel in die betekenis dat de handeling van beklaagde niet kan worden gerechtvaardigd, onder meer door dringender beroepsverplichtingen of door andere uitzonderlijk gewichtige redenen.»

De passieve gedraging, het verzuim, moet het gevolg zijn van een wilsuiging van iemand die de ernst van het gevaar kent en beslist niet op te treden (Du Jardin, J., *l.c.*, 7). In die

optiek wordt de cognitieve component van het opzet («wetens») vereenzelvigd met de kennis omtrent de gevaarstoestand. De kennis dat men de strafwet overtreedt, gaat o.i. evenwel verder dan de loutere kennis omtrent de gevaarstoestand, aangezien dit slechts één constitutief bestanddeel van het misdrijf uitmaakt. *In casu* werd het argument van de beklaagde dat hij «op geen enkel ogenblik kennis heeft gehad van de gevaarstoestand», zodat hem om die reden geen «schuldig» verzuim ten laste kan worden gelegd, door de rechtbank van tafel geveegd. Maar ook los daarvan is het geenszins evident dat die overtreding van de strafwet, indien deze «wetens» geschiedde, ook «willens» geschiedde. In de lijn van het cassatiearrest van 7 oktober 1981 had men kunnen nagaan of de beklaagde de strafbare gedraging ook doelgericht wilde, dan wel, of die gedraging kon worden gerechtvaardigd door dringender beroepsverplichtingen.

Christophe Desmet

Centrum voor Biomedische Ethiek en Recht, K.U. Leuven,
Aspirant F.W.O.-Vlaanderen.

NOOT – Over de bevoegdheid van de vroedvrouw

Het afgedrukte vonnis is voorts van belang omdat het zich duidelijk uitspreekt over het antwoord op de vraag of een vroedvrouw de bevoegdheid heeft om de resultaten van een monitoring te interpreteren. Volgens de rechtbank behoort het interpreteren van de resultaten van een monitoring in essentie tot het vakgebied van de arts. De vroedvrouw «*kon en diende*» deze resultaten niet te interpreteren.

Dit standpunt kunnen we volledig onderschrijven. Art. 2, § 2, K.B. nr. 78 betreffende de uitoefening van de geneeskunst bepaalt dat de houdsters van het diploma van vroedvrouw gemachtigd zijn de praktijk van de «*normale bevallingen*» te doen. Zij hebben deze bevoegdheid «*bij afwijking van § 1 van dit artikel*». Dit betekent dat een vroedvrouw bevoegd is zelfstandig (dit is onder eigen verantwoordelijkheid) de geneeskunde te beoefenen op een zeer beperkt domein, nl. de praktijk van de «*normale bevallingen*». Daarbuiten is zij niet bevoegd op eigen verantwoordelijkheid medische handelingen te stellen.

De Koning kan op grond van art. 2, § 2, tweede lid, K.B. nr. 78 de regelen vastleggen die de vroedvrouwen in de praktijk van de bevallingen moeten naleven. Dit is gebeurd in het K.B. van 1 februari 1991 betreffende de uitoefening van het beroep van vroedvrouw. In art. 1 van dit K.B. wordt de bevoegdheid van de vroedvrouw als volgt verduidelijkt: «de vroedvrouw is bevoegd om onder eigen verantwoordelijkheid het toezicht op zich te nemen van de zwangere vrouw bij wie een zwangerschap met verhoogd risico werd uitgesloten, om bevallingen te verrichten waarvan de evolutie zeer waarschijnlijk normaal zal verlopen (...). De normale zwangerschap en de normale bevalling zijn het geheel van fysiologische, mechanische en psychologische verschijnselen die leiden tot de spontane uitdrijving à terme vooreerst van de foetus in achterhoofdsligging en vervolgens van de placenta.»

Het wordt door niemand betwist dat *in casu* van een normale bevalling in de hierboven gegeven betekenis geen sprake was. In dergelijke omstandigheden heeft een vroedvrouw geen enkele bevoegdheid om onder eigen verantwoordelijkheid welke medische handelingen dan ook te

verrichten. Een vroedvrouw is in dergelijke omstandigheden te beschouwen als een beoefenaar van de verpleegkunde (*cfr.* art. 21^{quarter} § 2, K.B. nr. 78). Verpleegkundigen hebben geen enkele bevoegdheid om onder eigen verantwoordelijkheid medische handelingen te stellen. Zij mogen dergelijke handelingen slechts stellen wanneer dit gebeurt in overeenstemming met wat bepaald is in art. 21^{quinqies} K.B. nr. 78 en het K.B. van 18 juni 1990 houdende vaststelling van de lijst van de technische verpleegkundige prestaties en de lijst van de handelingen die door een arts aan de beoefenaren van de verpleegkunde kunnen worden toevertrouwd. In deze lijst wordt nergens melding gemaakt van de bevoegdheid van verpleegkundigen om gegevens te interpreteren. Zelfs indien een dergelijke bevoegdheid wel zou voorkomen op deze lijst – *quod non* –, dan zou dit nog geen bevoegdheid zijn die op eigen verantwoordelijkheid kan worden uitgeoefend.

Het stellen van een diagnose door het interpreteren van gegevens kan uiteraard niet worden beschouwd als een technisch verpleegkundige handeling die verband houdt met het stellen van de diagnose door een arts, noch als de uitvoering van een medische handeling die door de arts kan worden toevertrouwd. Art. 2, § 1, K.B. nr. 78 rekent het stellen van de diagnose uitdrukkelijk tot de uitoefening van de geneeskunde zelf. Enkel een arts is daartoe bevoegd; een vroedvrouw niet.

Herman Nys

BENELUXRECHT

Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland

De Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland vergaderde op 23 en 24 november 2000 te Haarlem. De jaarvergadering vond plaats in de fraaie gebouwen van de Hollandsche Maatschappij der Wetenschappen aan het Spaarne.

Bij de aanvang van de vergadering werd door prof. Storme, voorzitter van de Belgische sectie, een rouwhulde uitgesproken ter nagedachtenis van twee eminente ereleden: emeritus procureur-generaal bij het Hof van Cassatie en prof. Frederic burggraaf Dumon en em. staatsraad en prof. Alphonse Vander Stichele.

Naar traditie werd vervolgens in de afzonderlijke afdelingen van gedachten gewisseld over de volgende thema's:

- De adviserende taak van de Raad van State (preadviseurs: prof. J. Velaers en prof. T.C. Borman)
- De verplichtingen van de schuldeiser jegens de borg (preadviseurs: prof. M. Van Quickenborne en prof. R.J. Tjittes)
- Het openbaar ministerie rond(t) de eeuwwisseling (preadviseurs: mr. D. van Dale en prof. A.C. 't Hart)

Na een toelichting van de rapporten door de preadviseurs bespraken de leden en de genodigden de onderwerpen. Tijdens de slotzitting werd over de werkzaamheden van de afdeling verslag uitgebracht door de respectieve secretarissen: mevr. M. Bense, wetgevingsjurist bij de Nederlandse Raad van State en mrs. H. Langbroek en R. Malewicz, beiden advocaat.

Door de Belgische sectie werd in de afdeling publiekrecht als nieuw lid opgenomen: prof. A. Alen in opvolging van prof. F. Debaets die het ere-lidmaatschap heeft aanvaard.

De komende jaarvergadering is gepland te Leuven op 23 en 24 november 2001. De volgende thema's zullen daar aan bod komen: «De onafhankelijkheid van de rechter» (prof. P. Van Orshoven, K.U. Leuven), «Ontslagrecht» (prof. W. Van Eeckhoutte, U.

Gent) en «Ambtelijke en private corruptie» (prof. F. Deruyck, V.U. Brussel).

E. Dirix

Afdeling Publiekrecht

De beide preadviseurs hebben toelichting gegeven op hun werk; zij spitsten zich daarbij toe op de volgende vraagpunten die de basis vormden voor de discussie.

Moet de adviesbevoegdheid van de Raad van State worden uitgebreid of moet althans over bepaalde soorten voorstellen vaker advies worden gevraagd?

Niemand binnen de afdeling heeft behoefte aan een kwantitatieve uitbreiding als zodanig van adviesaanvragen. Wel bestaat er behoefte aan een bewustere prioriteitstelling binnen het takenpakket. De Belgische leden bepleiten de mogelijkheid adviezen uit te brengen over voorstellen tot herziening van de Grondwet. Voor het overige bestaat bij hen geen behoefte aan uitbreiding van de adviestaak van de Raad; de Belgische Raad brengt veel meer adviezen uit dan de Nederlandse Raad, omdat die Raad met acht regeringen en acht parlementen te maken heeft en over alle reglementaire besluiten, inclusief ministeriële regelingen, adviseert. Anders dan de Belgische Raad adviseert de Nederlandse Raad wel over grondwetswijzigingen en niet over ministeriële regelingen. Borman stelt juist voor de verplichte advisering over grondwetsvoorstellen in tweede lezing te laten vervallen. De Nederlanders zijn het met «hun» preadviseur eens dat de Raad meer zou moeten worden ingeschakeld bij ingrijpende nota's van wijziging en ook bij ingrijpende amendementen.

Vooral tussen de Belgische leden ontspon zich een heel debat over de uitspraak dat niet alle lagere regelingen aan de Raad moeten worden voorgelegd. Dan kan de Raad zich concentreren op belangrijke zaken. Maar de vraag is dan wie daarover beslist: de regering of de Raad. Moet de onafhankelijke, niet gekozen Raad dit doen of de regering die daarover ter verantwoording kan worden geroepen? Mocht de Raad zelf daarover beslissen, dan zal uit zijn stilzwijgen, in voorkomend geval, een impliciete instemming met het ontwerpbesluit worden afgeleid.

Ten slotte heeft Borman gewezen op de eerste stappen die zijn gezet in de richting van advisering door de Raad aan de regering over een (zeer) beperkt aantal basisrichtlijnen van de EU. Na enige discussie is men het er wel over eens dat elke lidstaat zich zo goed mogelijk moet organiseren om zijn bijdrage aan de EU-regelgeving goed voor te bereiden. Over de vraag of daarbij de Raad van State moet worden ingeschakeld, bestaat geen eenstemmigheid.

Voldoet de toepassing van de regelgeving over speedprocedures of moet deze worden gewijzigd?

De situatie in België en Nederland is op dat punt totaal verschillend. In België bestaan wettelijke regelingen voor adviezen binnen drie dagen voor hoogdringende adviezen en voor adviezen binnen een maand. Het misbruik van die spoedvoorziening van drie dagen is groot. Door rechterlijke instellingen wordt wel gepoogd dit misbruik tegen te gaan, maar dat helpt nog niet veel. In Nederland is er geen wettelijke regeling, wel geven de Aanwijzingen voor de regelgeving aan wat de speedprocedure is. Duidelijk is dan wat prioriteit heeft en wat niet. In de praktijk is 10 % van de aanvragen een spoedaanvraag en dat bevalt goed. De «gewone» adviezen komen binnen drie maanden, dus is er minder reden voor een spoedaanvraag. In België wordt de behandeling van de gewone aanvragen sterk vertraagd door de grote hoeveelheid spoedaanvragen: een vicieuze cirkel dus. De conclusie voor de Belgische situatie is dat het misbruik van de speedprocedure wordt betreurd, maar er bestaat geen meerderheid voor het afschaffen van de driedagenprocedure of voor het in vraag te stellen van de procedure. Als de regeringen en parlementen geen misbruik maken, de instroom wordt beperkt en/of de uitstroom kan worden vergroot, kunnen de redelijke spoedaanvragen op tijd worden verwerkt en zullen ook de «gewone» zaken binnen een redelijke termijn kunnen worden afgedaan.

Moeten er wijzigingen worden aangebracht in de regelgeving ten aanzien van de openbaarmaking van adviezen?

De vergadering kon niet tot overeenstemming komen. Wel vond een boeiende gedachtewisseling plaats, waarvan de volgende punten kunnen worden vermeld.

In België geldt het grondwettelijk beginsel van openbaarheid van bestuur. Een algemene regeling voor openbaarmaking ontbreekt; er is geen actieve algemene openbaarheid. Niet openbaar zijn de meeste adviezen over de reglementaire besluiten en over voorontwerpen van wet die uiteindelijk niet bij het parlement worden ingediend. Vooral dit laatste roept verschillende meningen op: moeten die adviezen nu wel of niet worden gepubliceerd? Als de Raad als adviseur van de regering wordt gezien (zoals bijv. een advocaat), dan is openbaarmaking niet nodig; maar wie vooraan oog heeft voor de rechtsvormende taak van de Raad, is voor openbaarmaking. In Nederland is wettelijk geregeld dat het advies wordt gepubliceerd als de regering besluit er niet mee door te gaan.

Volgens de Nederlandse wet worden de adviezen wel openbaar gemaakt; in de praktijk is dat echter niet goed georganiseerd. (Internet kan daarbij een oplossing gaan bieden.) In Nederland worden adviezen en wetsvoorstellen zoals dat aan de Raad is voorgelegd, pas bekend gemaakt op het moment dat het bij de Tweede Kamer wordt ingediend. De regering heeft nog in oktober jl. geschreven dat zij het moment van bekendmaken van adviesaanvraag en van advies zelf niet wil vervroegen. In de praktijk zijn de wetsvoorstellen vaak al bekend, door de persconferentie na de ministerraad, doordat de voorstellen uitlekken, door het inschakelen van belanghebbenden bij de voorbereiding of door de verplichte EG-notificatie. Argument tegen het eerder openbaar maken is de rustpauze die Raad en regering goed kunnen gebruiken in het hectische wetgevingsproces. Sommigen pleiten voor vervroeging van de publicatie omdat maatschappij en wetenschap dan alvast kunnen reageren en eventueel zich erop kunnen instellen. Anderen concluderen dat ingrijpen niet wenselijk is. Laat de ontwikkelingen van de staatsrechtelijke tradities zich maar voltrekken...

Er wordt ook aandacht geschonken aan de wijze van openbaar maken. Alle adviezen die openbaar moeten zijn, moeten op internet worden gezet.

Algemene consensus bestaat er over een ding: de adviezen van de Raad over zaken die de eindstreep halen, moeten wel toegankelijk zijn. En toegankelijk is meer dan openbaar gemaakt. De toegankelijkheid kan worden verbeterd met een systematische index, zoekfuncties,...

Het vierde en laatste vraagpunt: *Is (meer) dialoog gewenst tussen de Raad van State enerzijds en regering/parlement anderzijds?*

Velaers wees in zijn inleiding op het hoge percentage adviezen dat niet wordt gevolgd. Meer dialoog lijkt dus nuttig. Velaers stelt voor een nader rapport verplicht te stellen, zoals in Nederland. Daar reageert de regering in het nader rapport systematisch op alle opmerkingen van het advies. Borman pleit voor het beter benutten van de mogelijkheden die de wet reeds biedt tot het verschaffen van inlichtingen door ministers aan de Raad en de mogelijkheid van beraadslaging op verzoek van de Raad of van de betrokken minister over nog uit te brengen adviezen. Hoe dan ook, iedereen is het erover eens dat de Raad niet onfeilbaar is. Ook daarom verdient de dialoog ondersteuning, of die nu op structurele of incidentele wijze, formeel of informeel, plaatsvindt. De door de preadviseurs gedane suggesties zijn waardevol. Wel moet worden gewaakt over de onafhankelijkheid van de Raad en moet een onderscheid worden gemaakt tussen het adviesbeleid in het algemeen en de specifieke adviezen.

Marion Bense

Afdeling Privaatrecht

De afdeling privaatrecht heeft beraadslaagd over het onderwerp «borgtocht», meer in het bijzonder over de vraag welke de plichten van de schuldeiser jegens de borg zijn. In hoeverre moet de laatste tegen de eerste worden beschermd? Ter discussie stonden preadviezen van R.J. Tjittes en M. Van Quickenborne. Laatstgenoemde was niet in staat om de jaarvergadering bij te wonen. In zijn plaats voerde E. Dirix het woord.

De vraag of een *particuliere* borg een bijzondere bescherming behoeft, is in beide rechtstelsels reeds bevestigend beantwoord, in Nederland in titel 14 van Boek 7 Burgerlijk Wetboek, in België in de Wet Consumenten Krediet (hierna: WCK) en ook de vergadering gaf blijk van haar instemming. Een particuliere borg is een beschermingswaardige borg. De discussie spitste zich toe op het begrip

«particulier». Wie is dat eigenlijk? De definitie van de particuliere borg in art. 7:857 van het (Nederlandse) Burgerlijk Wetboek is niet goed werkbaar. Met die definitie in het achterhoofd betoogt Tjittes in zijn preadvies dat – in afwijking van het Nederlandse recht – een bestuurder van een vennootschap die zich ten behoeve van die vennootschap borg stelt, eerst geen particulier meer is indien hij meer dan de helft van het aandelenkapitaal bezit. Die opvatting wordt niet door de vergadering gedeeld. De preadviseur komt op zijn mening terug en meent dat met de omschrijving van de particulier als «iemand die niet handelt *ten behoeve van* een beroep of bedrijf» beter zou zijn te werken.

Uit jurisprudentie van de Hoge Raad valt af te leiden dat naar Nederlands recht de hoedanigheid van de borg – particulier of niet – van belang is voor de vraag welke informatie bij het aangaan van de borgtochtovereenkomst door de kredietverstrekker aan de borg moet worden verstrekt. In beginsel geldt ten opzichte van een particulier wél en ten opzichte van een niet-particulier géén informatieplicht. De precieze omvang van die informatieplicht is niet geheel duidelijk. De particulier dient te worden ingelicht over de algemene juridische consequenties die aan de borgtocht verbonden zijn. Of de crediteur de borg echter ook over de specifieke gevaren – die verband houden met de financiële toestand van de schuldenaar – moet bijpraten, is niet geheel duidelijk. Tjittes meent dat een dergelijke verplichting te ver gaat, maar de vergadering is daar over verdeeld. Naar Belgisch recht wordt geen onderscheid naar hoedanigheid gemaakt. Daar rust in het algemeen – bepalingen in de WCK daargelaten – geen informatieplicht op de kredietverstrekker jegens de borg. De schuldeiser is niet de hoeder van de borg, aldus preadviseur Van Quickenborne. Onder bepaalde omstandigheden kan de algemene zorgvuldigheidsnorm echter tot een andere uitkomst leiden.

Hoewel het de vraag is of de crediteur er zicht op heeft, indien hij weet dat de schuldenaar de borg tot de borgstelling heeft bewogen door misbruik te maken van economische en/of emotionele afhankelijkheid, dan zou de borg jegens de crediteur een beroep op misbruik van omstandigheden moeten kunnen doen. Zodoende zou de borg kunnen worden bevrijd. Teneinde een dergelijk misbruik zoveel mogelijk te voorkomen, wordt in de vergadering geopperd om de overeenkomst van borgtocht in de «notariële sfeer» te brengen.

Een levendige gedachtewisseling leverde de vraag op wat te doen met een borgtochtovereenkomst die de borg potentieel belast met een schuld die zijn inkomen en vermogen verre te boven gaat. Deze vraag is in de Franse en Duitse rechtspraak al aan de orde gekomen. Of van een dergelijke wanverhouding sprake is, dient naar de concrete omstandigheden te worden beoordeeld. De vergadering voelt niet voor de suggestie van het stellen van regels met betrekking tot de maximale draagkracht van de borg. Een (rechts)persoon kan ondanks geringe inkomsten en dito vermogen toch nog een behoorlijke *earningcapacity* (een chirurg in opleiding bijvoorbeeld) of kredietopnemingsvermogen bezitten. Doet de wanverhouding zich voor, dan kan deze eerst relevant zijn op het moment dat de borg wordt aangesproken. Wat zou dan vervolgens de remedie tegen deze situatie kunnen zijn? Genoemd wordt eerst de sanctie van nietigheid van de overeenkomst wegens strijd met de goede zeden. Een instrument dat te ongunstige wordt geacht. Dit leidt immers tot een alles of niets situatie. Dat is niet wenselijk, want de borg zal allicht nog iets kunnen betalen. Bij zowel volledige als partiële nietigheid doet zich echter een dogmatisch probleem voor. Mogelijk is immers dat de borg ten tijde van het sluiten van de overeenkomst nog in goede doen was, maar nadien aan lager wal is geraakt. In dat geval valt niet in te zien op grond waarvan de kredietverstrekker ten tijde van het sluiten van de overeenkomst in strijd met de goede zeden handelde. Als tweede oplossing werd nog genoemd de precontractuele aansprakelijkheid, als derde de redelijkheid en billijkheid. Die laatste optie geniet de voorkeur van de Nederlandse delegatie.

De kredietverstrekker zou de schuld van de schuldenaar kunnen laten oplopen en aldus de borg (ook) met een potentieel steeds hogere schuld kunnen opzadelen. Om die situatie te voorkomen stelt Dirix voor om in de borgtochtovereenkomsten een bepaald kredietplafond op te nemen, wat overigens in de WCK al het geval is. Zonder een dergelijk plafond zou de hoogte van de schuld aan de redelijkheid getoetst moeten worden. De crediteur zou niet bij de borg kunnen aankloppen voor het gedeelte van de schuld dat is

ontstaan door onverantwoorde kredietverstrekking. Denkbaar is ook dat de kredietverstrekker de borg over het verstrekken van kredieten op de hoogte dient te stellen. Indien de kredietverlening de borg niet langer welgevallig is, zou hij van zijn opzeggingsrecht gebruik kunnen maken, zij het dat een borgtochtovereenkomst voor bepaalde tijd niet onmiddellijk – in Nederland eerst na verloop van vijf jaar – opzegbaar is.

De redelijkheid en billijkheid in het Nederlandse recht en de leer van het rechtsmisbruik in het Belgische recht zouden eraan in de weg kunnen staan dat een crediteur zich eerst op de borg verhaalt in plaats van op goederen van de schuldenaar gevestigde zekerheden uit te winnen, bijvoorbeeld indien de crediteur een eigendomsvoorbehoud had bedongen. Bij betaling door de borg wordt deze immers – naar Nederlands recht althans – niet in dat eigendomsvoorbehoud gesubrogeerd. Binnen de Belgische delegatie bestaat geen overeenstemming over het antwoord de vraag of het van dwingend recht zou moeten zijn dat de crediteur eerst de goederen van de schuldenaar dient uit te winnen, alvorens de borg aan te spreken. In bepaalde situaties zou het juist niet gewenst kunnen zijn dat de crediteur eerst de goederen van de schuldenaar te gelde maakt.

Het nalaten van het doen ontstaan van een preferentieel recht valt volgens de Belgische delegatie niet onder het bereik van art. 2037 B.W., de exceptie van (verhinderende) subrogatie. In een dergelijke situatie zou de borg op het gemene recht moeten terugvallen. De vergadering acht het in ieder geval niet aanstonds redelijk dat de borg *a priori* de last moet dragen van het door de crediteur laten lopen van een kans op extra zekerheid. Een lid van de Belgische delegatie brengt daar wel tegenin dat dit neerkomt op het afschuiven van verantwoordelijkheid door de borg aan de crediteur. De vergadering is overigens van mening dat niet van belang is of men de exceptie als een instrument *sui generis* aanmerkt of als een bijzondere toepassing van de zorgplicht die de schuldeiser jegens de borg moet betrachten. In de hier beschreven situatie – het verzuimen van het doen ontstaan van een recht – zou naar Nederlands recht door de borg een beroep gedaan kunnen worden op art. 6:154 BW, omdat in deze bepaling geen onderscheid tussen een doen of nalaten wordt gemaakt. Laatstgenoemd artikel is in beginsel van toepassing op alle hoofdelijke verbintenissen. Naar Belgisch recht geldt dit (nog) niet voor de exceptie van subrogatie. De toepasselijkheid op hoofdelijke verbintenissen betekent volgens de vergadering overigens niet dat er bijzondere beschermingsmaatregelen voor de schuldeiser zouden moeten worden genomen.

De vergadering besloot het onderhavige thema met vast te stellen dat zij geen aanleiding ziet voor een uitbreiding van het dwingendrechtelijk regime van art. 6:154 Nederlands B.W. tot de niet-particuliere – of zo men wil: professionele – borgen. Wat de Belgische delegatie betreft, zou art. 2037 B.W., eveneens een dwingendrechtelijk karakter mogen hebben, zij het dat dit eveneens tot particuliere borgen beperkt dient te blijven.

H.J.S.M. Langbroek

Afdeling Strafrecht

Is het aangewezen om de behandeling van strafzaken in hoger beroep door het openbaar ministerie (hierna: O.M.) toe te vertrouwen aan het parket c.q. de parketmagistraat die de zaak in eerste aanleg behandelde of dient veeleer te worden geopteerd voor een onafhankelijke behandeling van de zaak door een tweedelijnsparquet?

Vanwege praktische en rechtsstatelijke redenen komt de vergadering uiteindelijk tot de conclusie dat een onafhankelijke behandeling van de zaak door een tweedelijnsparquet de voorkeur geniet. Bezwaren dat dan met name in megadossiers te veel tijd verloren zou gaan aan het opnieuw bestuderen van de zaak gaan niet op, omdat men in eerste aanleg bijvoorbeeld kan meezielen of anderszins bij de zaak betrokken kan zijn. Ook het argument dat in de advocatuur dezelfde advocaat het hoger beroep voor zijn rekening neemt gaat niet op, want het O.M. is niet gelijk te stellen met de advocatuur, ook al wordt het O.M. (onterecht) wel eens gezien als de advocaat van de overheid. Nog een praktische reden om te opteren voor een onafhankelijke tweede behandeling van de zaak, is de overvolle agenda van de officier of procureur. Daarnaast speelt bij met name megadossiers het recht op deskundig-

heid. Dat is rechtsstatelijk gezien de belangrijkste waarborg. Het volgen van zaken door equipes wordt als idee naar voren gebracht.

Dat te veel tijd verloren zou gaan valt ook weg als argument wanneer men zich realiseert dat de eerste lijn de tweede lijn kan bijstaan door informatie en inlichtingen te verschaffen. Nogmaals wordt beklemtoond dat het belangrijk is dat er in de tweede lijn een *vers O.M.* opnieuw naar de zaak kan kijken, ook al omdat reeds een beslissing in eerste aanleg is uitgesproken, al dan niet conform de initiele vordering van het O.M.

Dan komt de vraag naar voren in hoeverre het O.M. als organisatie accepteert dat, gezien de wijziging in de Nederlandse wet R.O. die de nadruk legt op een centrale organisatie, er verschillende opvattingen bestaan tussen de eerste en tweede lijn met betrekking tot bijzondere zaken?

Algemeen wordt aanvaard dat verschil van mening mogelijk moet zijn en dat daarmee zelfs een sterk O.M. ontstaat, waarbij belangrijk is dat het verschil in opvatting goed gemotiveerd moet worden uitgedragen.

Naast de argumenten met betrekking tot rechtsstatelijkheid en organisatie geldt in de Belgische context nog dat een tweede lijn goed is voor de vervulling van de overige taken van de procureur-generaal. In België zijn er daarenboven 27 parketten, waarbij het gevaar dreigt dat zij allen hun eigen beleid gaan voeren, zodat er van eenheid geen sprake meer is.

Hoe ver dient de zeggenschap van de minister van Justitie ten aanzien van het O.M. te gaan? Is het aangewezen om aan de minister van Justitie de bevoegdheid te verlenen openbaar ministerie te bevelen van (verdere) vervolging af te zien?

Beide vraagpunten worden in samenhang beantwoord.

In de Nederlandse situatie heeft de Minister volledige zeggenschap over het O.M.. Daar tegenover staan garanties van transparantie en, met betrekking tot de aanwijzing van de minister in art. 127 Wet Rechterlijke Organisatie, de betrokkenheid van het college van procureurs-generaal. De interventie van de minister van Justitie zal uit de stukken blijken.

In België was en is het zo dat de Minister gezag heeft en toezicht houdt, zonder de leiding te hebben. Sinds 1997 is zonder meer gesteld dat de Minister verantwoordelijk is voor het strafrechtelijke beleid.

Enerzijds wordt naar voren gebracht dat het democratiebeginsel bij een te grote distantie tussen O.M. en Minister van Justitie in gevaar wordt gebracht. Afstand is belangrijk, zo is de mening, maar in speciale gevallen is een positief dan wel negatief injunctierecht noodzakelijk (denk aan zaken waarbij het belang van de staat een rol speelt). Volgens deze opvatting zijn de waarborgen van transparantie en de betrokkenheid van het college van procureurs-generaal voldoende tegen een overmatig ingrijpen van de Minister, en moet de mogelijkheid van injunctie worden opengelaten. De hierboven genoemde waarborg staat of valt met de sterkte van de rug van het college van procureurs-generaal.

Anderzijds wordt in de vergadering naar voren gebracht dat deze garanties onvoldoende zijn, vooral omdat ze in de praktijk niet zullen werken. Dat laatste wordt overigens door velen tegengesproken. Het bezwaar dat naar voren wordt gebracht, is met name dat uit zowel de democratische als de rechtsstatelijke beginselen niet kan worden afgeleid hoe het zal moeten gaan. De Nederlandse traditie is een van *checks and balances*. Het is niet vanzelfsprekend dat vanuit de politiek een antwoord op iedere zaak zal worden gegeven. Het bestel eist garanties en mag niet afhankelijk zijn van een al dan niet verstandige Minister. Volgens deze opvatting is het beter het beleid en de sturing van de minister via de begroting, benoemingen en beleid algemeen te houden, zonder onbeperkt injunctierecht.

Voorts dient te worden opgemerkt dat de aanwijzingsbevoegdheid niet samenvalt met de democratische legitimatie, het is er slechts een voorbeeld van. Een ander voorbeeld is het algemeen beleid via richtlijnen. Daartegen wordt het argument aangedragen dat richtlijnen niet altijd openbaar zijn, de juridische status ervan staat ter discussie. Zo worden richtlijnen in België bijvoorbeeld niet systematisch gepubliceerd en slechts incidenteel in het parlement besproken.

Over dit vraagpunt wordt voorts nog opgemerkt dat in België het federale parket vanwege de al eerder genoemde zwevende leiding, eigenlijk onder de directe leiding van de Minister staat. De vrees

bestaat dat in de praktijk vooral zaken die onder grote politieke druk staan, bij het federale parket zullen komen. In Nederland is het landelijk parket een gelijkwaardig parket, net als de arrondissements- en ressortsparketten.

De situatie in Nederland geeft wel aanleiding tot zorg, de eisen van de politiek zijn onder meer door de publieke druk erg hoog, voorts lijkt het vertrouwen in het O.M. soms weg (bijvoorbeeld in de tweede kamer). Nog niet duidelijk is echter welke kant dit opgaat. Het mag niet zo zijn dat een onafhankelijk O.M. niet aanspreekbaar is. Dan is het model waarin de Minister als tussenfiguur tussen kamer en O.M. optreedt, een beter model.

Dienen de richtlijnen voor het O.M. in beginsel openbaar te zijn?

Hierover bestaat in de vergadering eensgezindheid. Vervolgingsrichtlijnen dienen in beginsel openbaar te zijn, met de mogelijkheid om van die openbaarheid af te wijken. Het statuut van de richtlijn is relevant. Openbaarheid is namelijk een voorzet voor de verzwaring van de richtlijn. Deze kan bijvoorbeeld recht worden in de zin van art. 99 Wet Rechterlijke Organisatie. In België is overigens weinig discussie geweest omtrent dit vraagpunt.

In het Nederlandse preadvies is een onderscheid te vinden. Op pagina 52 wordt gesproken van aanwijzingen die in beginsel openbaar moeten zijn en die recht vormen in de zin van art. 99 Wet Rechterlijke Organisatie, en handleidingen, die voor intern gebruik zijn. Wel moet worden opgemerkt dat de scheiding niet zo scherp ligt. Tactische richtlijnen zouden niet openbaar hoeven te zijn, in tegenstelling tot vervolgingsrichtlijnen.

Dient het getrapte stelsel van bevoegdheden binnen het O.M., zoals in Nederland geldt, (ook feitelijk) gehandhaafd te blijven?

Dit vraagpunt speelt met name in Nederland. Het getrapte stelsel houdt in dat alle figuren in de strafrechtspleging hun eigen specifieke taken en bevoegdheden hebben. Zo is de officier van Justitie de leider in de opsporing, het college van procureurs-generaal ziet toe op de richtige opsporing en vervolging. De advocaat-generaal heeft geen opsporingsbevoegdheid. De commissie Donner stelde voor om deze bevoegdheden aan het O.M. als organisatie toe te bedelen en het college van procureurs-generaal te laten bepalen hoe ze verder te verdelen binnen de organisatie.

Dat is niet overgenomen, wel is er sprake van dubbele bevoegdheden. Voorbeelden daarvan zijn de plaatsvervangende en de dubbele functies van de procureur-generaal. Er blijft echter sprake van onderschiktheid en men kan dan ook niet stellen dat het systeem, zoals voorgesteld door de commissie Donner, toch is ingevoerd.

In welke mate kan voor de omschrijving van de operationele bevoegdheid van het (Belgische) federale parket aansluiting worden gezocht bij de bevoegdheid van het (Nederlandse) landelijke parket? Is het aangewezen om het Belgische federale parket naar Nederlands model te concipiëren als een operationeel eerstelijnsparquet, nevenschikt aan de overige parketten, of dient veeleer te worden geopteerd voor een hiërarchische band tussen het federale parket en de overige parketten?

Op beide vragen zal hieronder worden ingegaan.

Bij de omschrijving van de bevoegdheden van het federale parket in België met betrekking tot de uitoefening van de strafvordering is aansluiting gezocht bij twee criteria. Ten eerste bij een limitatieve lijst. Dit criterium vormt geen bijzonder probleem. Ten tweede bij kwalitatieve criteria. Deze criteria overlappen voor een deel de in de lijst genoemde misdrijven. Vooral het criterium dat bij overschrijding van de grenzen van het ressort het federale parket bevoegd is, zorgt voor problemen, omdat dit in België nogal snel het geval is. Daarbij komt dan nog een taalprobleem. Terugkomend op de hierboven gestelde vragen: aansluiting is er, maar deze zal geen oplossing bieden, omdat er in België andere problemen spelen. Een oplossing zou te vinden zijn in een federaal parket dat is nevenschikt, waarbij een neutrale instantie binnen het O.M. eventuele conflicten beslecht.

Een tweede punt dat hier naar voren komt, is de rol van de onderzoeksrechter. Dient er een federale onderzoeksrechter te komen? Dat wordt lastig, een onderzoeksrechter is immers verbonden aan een rechtbank; er zou dan dus ook een federaal onderzoeksparket dienen te komen. Nu kunnen lokale onderzoeksrechters worden gevorderd door het federale parket.

In Nederland is al een zekere mate van specialisatie per parket. Het Amsterdamse parket is gespecialiseerd in beursfraude, de rechtbank te Rotterdam is bevoegd in zaken voor het landelijk parket.

In de toekomst zal de federale magistraat bevoegdheden jegens de federale politie hebben, maar ook de functie van informatie beheerder en tevens assisteren bij internationale rechtshulp verzoeken.

Robert Malewicz

BOEKEN

F.J.L. PENNING, **De WAO**, Reeks Monografieën Sociaal Recht, nr. 21, Deventer, Kluwer, 2000, 338 p.

Wanneer de titel U niets zou zeggen: wij zitten volop in het Nederlandse socialezekerheidsrecht, en vernemen meer over de Wet 18 februari 1966 op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (afgekort dus: WAO). Het probleem is gekend: 10% van de beroepsbevolking geniet uitkeringen in het raam van deze wet. Nederland, de zieke M/V van Europa? (Hierbij moet onmiddellijk worden opgemerkt dat het aantal werklozen aldaar relatief kleiner is dan in België: velen die ten onzent onder het Werkloosheidsbesluit zouden vallen, worden boven de Moerdijk als WAO-er beschouwd, wat nog maar eens bewijst hoe relatief de grens is tussen de sociale risico's arbeidsongeschiktheid en werkloosheid; zie reeds, nog steeds actueel: Viaene, J., «De verhouding tussen de ziekteverzekering en de werkloosheidsverzekering», *R.W.* 1977-78, 402-436.) Al sinds een jaar of vijftien wordt de WAO dus hervormd, zonder veel succes, zodat men nu (weer) voor de grote hervorming staat. In dit licht levert de auteur een dubbele bijdrage in het debat: hij wil op een volledige manier inzicht verschaffen in de thans geldende WAO (en slaagt daar bijzonder goed in) en hij plaatst, ten tweede, de WAO-materie in een dynamisch perspectief: historische achtergronden maar ook suggesties voor de toekomst (dit laatste, naar ons aanvoelen, met een te grote bescheidenheid). Hoe dan ook, het valt de Belgische lezer eens te meer op hoe verfrissend men in Nederland over arbeidsongeschiktheid denkt. Ook bij ons zouden ideeën over de arbeidskundige aspecten ervan (naast de medische), over de voorrang voor de reïntegratie, over het «duiden van functies», over de bepaling van de «maatman» e.d.m. ingang moeten vinden in wetgeving, rechtspraak en (vooral) rechtspraktijk. Een degelijk en in elk geval inspirerend boek!

Dries Simoons

E.A.A. LUYTEN, **Erfrecht; algemene inleiding en erfrecht bij versterf**, in C.S.H. BRUNNER e.a. (red.), **Monografieën Nieuw BW**, Nr. B18., Deventer, Kluwer, 2000, XII + 65 p.

Het losdelig handboek **Monografieën Nieuw BW** vormt gezamenlijk een volledige commentaar op het nieuwe burgerlijk recht, dat actueel blijft, daar elk deel afzonderlijk kan worden herdrukt bij belangrijke ontwikkelingen.

Nu, bijna vijftig jaar na de aanbidding aan de regering van het ontwerp, de invoering van het vierde boek nakend is, schetst de auteur allereerst de moeizame totstandkoming van dit boek. Aan de hand van de verschillende ontwerpen beschrijft hij de evolutie van de ideeën over de positie van de langstlevende echtgenoot en de grote invloed die het De Visser/Harms-arrest uit 1945 hierop heeft uitgeoefend.

De versterking van de positie van de langstlevende echtgenoot en de correctie door de wilsrechten alsook de herwaardering van de testevrijheid worden door de auteur terecht als de belangrijkste uitgangspunten van het nieuwe erfrecht beschouwd.

In een zeer beknopt maar bevattelijk overzicht, dat nu en dan ruimte laat voor rechtsvergelijkende argumentatie (bijvoorbeeld inzake het parentelen-systeem), zet de auteur de basisregels van het erfrecht bij versterf uiteen.

Het boekje wordt afgesloten met een korte samenvatting van het Belgische en Duitse erfrecht. Hierbij wordt telkens aan de basisregels van het internationale erfrecht herinnerd, waarbij enkele

praktische tips voor de in België wonende Nederlanders niet ontbreken.

W. Pintens

A. ALLEN, L.J. WINTGENS (red.), *De Trias Política ruimer bekeken*. Gent, Vlaamse Juristenvereniging en Larcier, 2000, 212 p.

Op 26 november 1999 vond in de «schelp» van het Vlaams parlement de derde Staatsrechtconferentie plaats.

Thema was de driemachtenleer van Montesquieu en de rol die deze kan spelen in de Europese Unie en in andere internationale instellingen. Het gerecenseerde werk is het verslagboek van deze studiedag. Het werk is ingedeeld in vijf delen en wordt ingeleid met respectievelijk een ten geleide van de hand van Steven Vansteenkiste en Marc Taeymans, een woord vooraf van prof. Jean Laenens in zijn hoedanigheid van voorzitter van de Vlaamse Juristenvereniging en een inleiding van de redacteuren.

De eerste juridische bijdrage in het werk is getiteld «Evenwicht van machten en rechtsstatelijke vernieuwing». Hierin reconstrueert prof. René Foqué Montesquieu's oorspronkelijke opvattingen over de trias politica. Hij besluit dat dit model, zoals eertijds uitgewerkt, ook vandaag nog relevant is in een Europeaniserende en mondialiserende samenleving. Nog steeds gaat het immers, aldus prof. Foqué, om – zoals Montesquieu het uitdrukte – een zodanige organisatie van ons bestel en van ons bestuur dat de ene burger de andere niet hoeft te vrezen.

De tweede bijdrage, «De trias politica in grondwettelijk perspectief», is van de hand van prof. Allen. Het is hoofdzakelijk een verkorte en geactualiseerde versie van «Scheiding» of «samenwerking» der machten?, *Academiae Analecta*, AWSLK, Klasse der Letteren, jaargang 52, 1990, nr. 1. Er werd ruime aandacht besteed aan de waarde van het beginsel «scheiding der machten», de onderscheiden machten en hun verhouding.

In een derde bijdrage, de trias politica in internationaal en Europees perspectief, wordt nagegaan in hoeverre de Europese Unie en een aantal andere internationale organisaties een toereikend stelsel van *checks and balances* kennen. Een zeker evenwicht in de verdeling van de bevoegdheden blijkt inderdaad aanwezig te zijn en doorgaans is in bepaalde controlemechanismen voorzien. Desalniettemin is er terzake toch nog veel werk aan de winkel, wat ook blijkt uit de kritische beschouwingen van de auteur desaanstaande. Met haar 43 blz. is dit meteen de meest uitgebreide bijdrage in het boek en m.i. ook de meest interessante.

De vierde bijdrage, «Behoorlijk overheidshandelen in de Europese Gemeenschap», gaat uit van prof. Walter Van Gerven en werd eerder gepubliceerd als bijdrage in het *Liber Amicorum Pierre van Ommeslaghe*. Er wordt voornamelijk stilgestaan bij de werkzaamheden van het comité van vijf onafhankelijke deskundigen, waarvan de auteur deel uitmaakte. Er wordt vooral uitgeweid over het eerste rapport van dit comité dat handelde over fraude, wanbeheer en vriendjespolitiek van de Commissie en haar individuele commissarissen.

Het boek wordt afgesloten met het verslag van de debatten op de staatsrechtconferentie.

Hoewel het geheel, zoals gezegd, is opgevat als verslagboek van de studiedag, weet het door zijn interessante bijdragen dit functionele karakter duidelijk te overstijgen. De lezer, ook hij die niet aanwezig was op de studiedag, wordt uitgenodigd tot kritische reflectie. Leesplezier is dan ook verzekerd voor wie interesse betoont voor staatsrecht of institutioneel Europees recht.

Steven Van Garssen

P. KOTTENHAGEN-EDZES (red.), *Immateriële schade: tendensen en wensen*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2000, 184 p.

Het Nederlandse B.W. huldigt inzake vergoeding van immateriële schade een gesloten stelsel, dit wil zeggen een stelsel waarin niet-vermogensschade alleen vergoedbaar is voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft (art. 6:95 N.B.W.). De hoofdregel is dat alleen degene die zelf een lichamelijk letsel opgelopen heeft, in zijn eer of goede naam is geschaad of op een andere wijze in zijn persoon is aangetast, recht heeft op vergoeding van zijn immateriële schade.

De affectieschade, dit is het immateriële nadeel ingevolge het overlijden of verwonding van een naaste, komt bijgevolg niet voor vergoeding in aanmerking. De grens tussen de niet voor vergoeding in aanmerking komende affectieschade en de wel vergoedbare immateriële schade is evenwel niet steeds scherp te trekken, bijvoorbeeld in sommige gevallen van «shockschade». De grenzen van dit gesloten systeem staan thans onder toenemende druk en de principiële onvergoedbaarheid van affectieschade wordt steeds meer gecontesteerd. Dit zijn de «tendensen en wensen» die het voorwerp uitmaken van het besproken boek.

De bijdrage van August Van (15 p.) geeft een algemeen overzicht van de soorten «psychische schade» die al dan niet voor vergoeding in aanmerking komen. Albert Verhey onderzoekt het *pro* en *contra* van de vergoedbaarheid van affectieschade (waarbij hij zich *pro* uitspreekt) en de verhouding tussen affectie- en shockschade (19 p.) terwijl Rob Kottenhagen het fenomeen van shockschade onder de loep neemt (40 p.). Ten slotte bespreekt Michael Faure de vergoeding van immateriële schade vanuit rechtseconomisch perspectief (16 p.). Dit is in totaal negentig pagina's tekst; de overige gaan op aan het woord vooraf en de inhoudstafel, aan literatuurlijsten en bijlagen. Het nettogewicht van dit boek valt dus wel tegen.

Voor de Belgische jurist is dit boek geen verplichte lectuur. Daarvoor is het onderwerp van dit boek – de begrenzing van de vergoedbare immateriële schade – te beperkt en te zeer gekenmerkt door een specifieke Nederlandse gezichtshoek. En de enige bijdrage waarin dit Nederlandse perspectief niet doorweegt, met name de *law and economics*-analyse van Faure, heeft mij niet kunnen overtuigen, al zet zij uiteraard wel tot nadenken aan.

Recht is te zeer een maatschappelijk fenomeen om het alleen aan juristen toe te vertrouwen. Of het bij rechtseconomen in betere handen is, valt evenwel te betwijfelen. De rechtseconomische benadering lijkt minstens even reductionistisch als een strikt juridische benadering. Bovendien lijkt mij het resultaat van een paar decennia rechtseconomische activiteit vrij mager en ook zeer voorlopig: in zijn conclusie schrijft Faure tot liefst vijfmaal toe dat verder onderzoek noodzakelijk is. De rechtseconomische analyse overtuigt mij niet, omdat zij steunt op abstracte, theoretische vooronderstellingen die generlei op het vlak van immateriële schade geïntegreerd worden. Zo vinden rechtseconomen integrale schadevergoeding nodig om de dader optimale prikkels te geven voor preventie van ongevallen: «de dader zal bij de vraag welke preventieve inspanningen hij moet betrachten de door hem aan te wenden zorg ook afstemmen op de verwachte schade die hij kan veroorzaken» (p. 112). In die optiek pleiten rechtseconomen voor vergoeding van immateriële schade. Nu zijn er bepaalde domeinen van menselijk handelen waarin een verband tussen de mate van zorgvuldigheid en de dreiging van aansprakelijkheid voor immateriële schade denkbaar is, bijvoorbeeld inzake eerbiediging van persoonlijkheidsrechten. Maar een dergelijk betoog kan geenszins veralgemeend worden zonder afbreuk te doen aan alle facetten van concreet menselijk handelen: zal ik achter het stuur van een wagen minder zorgvuldig rijden, zal een chirurg meer met zijn scalpel ernaar gooien wanneer immateriële schade niet meer vergoedbaar is? Zo ook besteedt Faure nogal wat aandacht aan de vaststelling dat immateriële schade, in zijn zuivere vorm, «*ex post* geen vraag naar extra geld genereert» omdat het niet door materiële zorgen verzacht kan worden, waaruit hij afleidt dat «het slachtoffer wanneer het aansprakelijkheidsrecht als compensatiesysteem niet ter beschikking zou staan *ex ante* geen vraag naar verzekering tegen immateriële schade zou hebben» (p. 114-115). Het rechtseconomisch postulaat verbindt daaraan de conclusie dat de vergoeding van immateriële schade niet vanuit compensatiedoelstellingen verantwoord kan worden. Nu wijst Faure zelf, en terecht, op een andere doelstelling die – door juristen – «genoegdoening» genoemd is geworden: «de noodzaak het verstoorde evenwicht te herstellen in een streven recht te doen aan de «*distributieve justice*»-gedachte» (p. 117). Hoe vanuit het oogpunt van die doelstelling nog een belang kan toekomen aan het rechtseconomische betoog in verband met «preventie» en de «*willingness to pay*» van het slachtoffer *ex ante*, wordt evenwel door Faure niet toegelicht. Naar mijn oordeel is de *law and economics*-benadering dan ook voornamelijk niet in staat op relevante wijze bij te dragen tot een beter begrip van het schadevergoedingsrecht inzake immateriële schade, laat staan als basis te dienen voor het maken van rechtspolitieke keuzes.

Bart De Temmerman

Stibbe

Advocatenassociatie

Werft medewerk(st)ers aan voor het Cassatiedepartement

Contactpersoon: Catherine Louis
T : +32 2 533 53 74
F : +32 2 533 53 83
@: catherine.louis@stibbe.be

Stibbe is een internationaal advocatenkantoor met vestigingen in Brussel, Amsterdam, Parijs, Londen en New York. In Brussel telt het kantoor meer dan 140 advocaten en 110 personeelsleden. Stibbe biedt bedrijven en de overheid een breed scala van juridische en fiscaal-juridische diensten.

INTERSENTIA

www.intersentia.be

Betaalbare juridische en economische
vakuitgaven van hoogstaande kwaliteit

***raadpleeg onze catalogus
(met vernieuwde zoekmogelijkheden)
op onze site www.intersentia.be***

Intersentia uitgevers
Churchillaan 108
2900 Schoten
tel 03/680 15 50
fax 03/658 71 21
mail@intersentia.be

Gebrevetteerd Hofleverancier van België



— UNIFORMIER —

Kledingfabrikanten en specialisten in toga's

DIRK NEVENS

Nieuwe steenweg 8 - 1731 Zellik ☎ (02) 466 09 05

Fax (02) 466 63 24

Molenstraat 23 - 9300 Aalst ☎ (053) 21 47 77

rue du Midi 175 - 1000 Bruxelles ☎ (02) 511 88 06

De Ombudsman voor de cliënten
van de banksector en de beursvennootschappen
wenst een beroep te doen op de medewerking van een

advocaat-stagiair (M/V)

De gegadigde moet advocaat-stagiair zijn, belangstelling hebben
voor bankrecht en financieel recht en goed tweetalig (NL/FR) zijn.

Uw sollicitatiebrief samen met een gedetailleerd CV
moet worden toegestuurd aan :
Pierre Wouters, Hoofd van het Departement Administratie
van de Belgische Vereniging van Banken,
Ravensteinstraat 36, bus 5, 1000 Brussel

Nieuw

Handboek Energierecht en Codex Energierecht

In de reeks *Energie en Recht*

KURT DEKETELAERE, JAN GEKIERE, KRISTOF DE COCK, LENNART DERIDDER, GAËTAN VERHOOSSEL

Gelet op de gelaagdheid van de bevoegdheden inzake energie, is de wetgeving in deze materie van internationale, Europese, federale, regionale en lokale aard. Dit leidt tot een zeer dispaaraat en complex geheel van regels.

Het Handboek Energierecht en de daarbij aansluitende Codex Energierecht werden beide dan ook in eerste instantie geschreven, respectievelijk samengesteld met de bedoeling de regelgeving toegankelijker te maken en meer rechtszekerheid te bieden aan alle actoren van de Vlaamse energiesector.

Het Handboek Energierecht

2001; ISBN 90-5095-157-0; 312 BLZ.;
4.500 BEF; 245 NLG

Inhoudelijk behandelt het handboek acht grote thema's. Na een aantal inleidende beschouwingen (hoofdstuk 1), wordt nader ingegaan op de bevoegdheidsverdeling inzake energie (hoofdstuk 2). Vervolgens komen de reglementering inzake aardgas (hoofdstuk 3), elektriciteit (hoofdstuk 4), petroleum (hoofdstuk 5), steenkool (hoofdstuk 6) en nucleaire energie (hoofdstuk 7) aan bod. De interactie tussen milieu- en energieregelgeving sluit het handboek af.

De Codex Energierecht

2001; ISBN 90-5095-154-6; 403 BLZ.;
3.900 BEF; 159 NLG

Bij het samenstellen van de Codex was een selectie van de teksten noodzakelijk, om de omvang van de bundel hanteerbaar te houden. De documentatiebehoefte van de praktijkjurist werd als selectie criterium gekozen. Hoewel de samenstellers er zich van bewust zijn dat ook de internationale en Europese regelgeving belangrijk zijn binnen een sector met een sterke internationale gerichtheid, werd deze regelgeving niet in integrale tekst opgenomen. Dit is wel het geval voor de federale en regionale regelgeving inzake energie waarin aan bod komen: bevoegdheidsverdeling, elektriciteit, aardgas, regulatoren, exploratie en exploitatie, sociale voorzieningen, petroleum, kernenergie, steenkool, fiscaliteit, en expansiesteun.

De Codex en het Handboek is verschenen in de reeks Energie en Recht. Ze vormen samen één geheel, maar zijn afzonderlijk verkrijgbaar. Wie beide boeken bestelt geniet een korting van 10%.

Bestel nu!

bel

03/680 15 50



fax

03/658 71 21



mail@intersentia.be



stuur onderstaande coupon in een voldoende gefrankeerde envelop naar Intersentia uitgevers
Churchillaan 108 - 2900 Schoten

Antwoordcoupon



Ja, ik bestel

... ex. van
Het Handboek Energierecht aan
4.500 BEF per exemplaar.

... ex. van
de Codex Energierecht aan
3.900 BEF per exemplaar.

... ex. van
Handboek én Codex met 10%
korting en betaal dus slechts
7.560 BEF i.p.v. 8.400 BEF per set

Ik betaal pas na ontvangst van de
factuur, die mij samen met mijn
bestelling bezorgd wordt.

Uw persoonsgegevens worden opgeslagen in de databank van Intersentia uitgevers en uitsluitend door Intersentia uitgevers gebruikt voor eigen commerciële doeleinden. Ze worden niet doorgegeven aan derden. Conform de wet op de persoonsgegevens van 8/12/90 hebt u recht op inzage en correctie van deze gegevens.

Dhr./Mevr. (schrappen wat niet past)

Naam, voornaam

Firma

Straat + nr.

Postcode + Gemeente

Tel. Fax

E-mailadres

Datum Handtekening