„VERDWAALD IN DE JUNGLE VAN DE WET. BIEDT RECHTSDWALING EEN UITKOMST?"

door

B. BOUCKAERT
Gewoon Hoogleraar U.Gent

INHOUD

Sectie I. Rechtsdwaling en feitelijke dwaling

De assimilatiedoctrine (3)
Assimilatie is geen liquidatie (4)
Rechtsdwaling: proeve van definitie en taxonomie (5)
Indeling naar juridisch aspect waaromtrent dwaling (6)
a) Rechtsdwaling omtrent handelingen als rechtsfeiten
   a.1) Omtrent de hoedanigheid van zijn handeling als rechtsfeit
   a.2) Omtrent de rechtsgevolgen van zijn handeling als rechtsfeit
b) Dwaling omtrent rechtshandelingen
   b.1) Omtrent de natuur van de rechtshandeling
   b.2) Omtrent de bestaans- en geldigheidsvoorwaarden van de rechtshandeling
   b.3) Omtrent de rechtsgevolgen van de rechtshandeling
      b.3.1) Omtrent de gevestigde of overgedragen subjectieve rechten
      b.3.2) Omtrent het bewijs en de gerechtelijke afdwinging van subjectieve rechten
Indeling naar het juridisch gevolg van de rechtsdwaling (7)
a) Rechtsdwaling ingeroepen ten einde nietigheid van de rechtshandeling te bekomen
b) Rechtsdwaling ingeroepen ten einde de nietigheid van een rechtshandeling te vermijden
c) Rechtsdwaling ingeroepen ten einde aansprakelijkheid te vermijden
Indeling naargelang de rechtsbron van de regel waaromtrent gedwaald wordt (8)
a) Dwaling omtrent de wet
b) Dwaling omtrent verdragen
c) Dwaling omtrent de rechtspraak
d) Dwaling omtrent gewoonten en gebruiken
e) Dwaling omtrent regelen voor overeenkomsten

Sectie II. Nemo censetur ignorare legem

Evolutie voor de Codificatie (10)
Evolutie na de Codificatie (1)
Mogelijke betekenissen van het adagium (12)
De plichten van Lycurgus (13)

Sectie III. Vereisten van rechtsdwaling

Verschoonbaarheid (14)
Onoverkomelijkheid (15)
Verkeerd advies (16)
Rechtsdwaling en causa-leer (17)

Sectie IV. Rechtsdwaling in een wereld van schaarse informatie

De kost der „legislomanie" (18)
Schaarse informatie en rechtshandelingen (19)
Schaarse informatie en de toepassing van de strafwet (20)

„Ons recht is zwaar geworden, vol details, ontoegankelijk voor de bevolking. Met voor gevolg, dat de bevolking zich van haar recht verwijdert, het recht niet meer ontziet, ja het recht schuwt en vreest.
Juristen zijn tot specialisten vervallen, tot technici zonder gevoel noch verbeelding. Binnenkort worden ze door machines vervangen. We moeten ons daarover schamen en naar middelen zoeken, om mens te blijven".

Proc.-Gen. Victor Van Honsté, „Taal, recht en gerecht", Rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Brussel op 1 september 1978, *R.W.*, 1978-79, 454.

1. Koning Willem I der Verenigde Nederlanden had amper het leven geschonken aan de Gentse Alma Mater, toen ene Serrari F.M. op 3 maart 1819 een proefschrift verdedigde met als titel „Specimen inaugurale judicum de juris et facti ignorantia, in Academia regia Gandavensi, publico defendet". Het leerstuk over rechtsdwaling behoort derhalve tot de jeugdherinneringen van mijn Alma Mater.

Dit leerstuk is niet alleen een oud, maar ook bijzonder taai stuk. Reeds de Romeinen, een juridisch ras bij uitstek en producenten van stijf-legistische spreuken zoals „Dura lex, sed lex", begrepen dat het licht van vrouwe „Iustitia" niet bij iedereen even sterk kon schijnen en aanvaardden derhalve uitzonderingen op de algemeen veronderstelde rechtskennis. Ook bij hen rezen, zoals we verder zullen zien, reeds zorgen omtrent hoeverre deze tolerantie kon strekken.

Het is een taai stuk omdat het, zoals pigmenten in de huid, verknoopt ligt met allerlei andere juridische probleemgebieden, met soms onpeilbare wetenschappelijke diepten. Rechtsdwaling ligt verknoopt met de algemene problematiek omtrent de rol van de wetgever en rechter, de zuinigheid inzake wetgeving en de leesbaarheid van teksten. Deze problematiek vereist een vertrouwd zijn met de rechtstheorie, rechtsfilosofie en de legistiek. Rechtsdwaling is uiteraard ook een subspecies van de dwaling alsdusdanig waardoor men terecht komt in het labyrint van de wilsgebreken en de bestaans- en geldigheidsvereisten voor rechtshandelingen „Le problème de l'erreur, aldus De Page, est un des plus délicats qui puissent se poser en droit"(1). De soms eeuwenoude disputen terzake, zoals de strijd

(1) De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, 50.

tussen causalisten en anti-causalisten, de discussie over substantiële en verschoonbare dwaling, de draagwijdte van de leer over het schijnmandaat, e.d., worden evenzeer op het domein van de rechtsdwaling uitgevochten.

Alsof dit niet genoeg is, is de rechtsdwaling sinds enkele decennia ook een stoorzender geworden in het strafrecht, waar zij kan aanvaard worden als een rechtvaardigingsgrond.

Uitputtend zijn omtrent de rechtsdwaling moet leiden tot algehele uitputting van de auteur. Derhalve zag ik mij verplicht tot het maken van soms schrijnende selecties. In een eerste sectie heb ik mij voornamelijk bekommerd om een overzichtelijke afbakening en taxonomie van het fenomeen. Een dergelijke taxonomie kan nuttig zijn om toekomstige discussies te structureren. In een tweede sectie buig ik mij over de algemene vraag of rechtsdwaling principieel wel kan en het beruchte adagium ,,Nemo censetur ignorare legem'' hiervoor geen onoverkomelijk obstakel vormt.

In een derde sectie waag ik me in eerder technisch-juridische debatten omtrent de dwaling en poog ik de specifieke plaats van de rechtsdwaling hierin aan te tonen. Zo worden behandeld: de verschoonbaarheid, de onoverkomelijkheid, de problematiek van advies van derden, de causa-leer.

In een laatste sectie heb ik mij veroorloofd enige bruggen te slaan met de rechtseconomische benadering, in de hoop dat van hieruit een nieuw elan kan gegeven worden aan enkele vastgelopen debatten.

Wij spreken derhalve niet over de problematiek van het schijnmandaat en het erbij horende vraagstuk van ,,Error communis facit ius'', niet over het probleem van de gemeenschappelijke versus unilaterale dwaling, niet over de relatie rechtsdwaling-goede trouw, niet over de specifieke positie van rechtsdwaling in de dading en de gerechtelijke bekentenis. Men mag hiervoor gerust op de pianist schieten maar gelieve te gedenken dat het hier om een piano met meerdere klavieren gaat en ,,A l'impossible...''.

Tenslotte vermelden we dat bij het schrijven van dit preadvies onze blik voornamelijk zuidwaarts gericht was. De geraadpleegde juridische literatuur stamt vooral uit de Franco-Belgische stal. Dit hangt voorzeker niet samen met een Franco-centrische instelling van de auteur. Integendeel, het is mijn innige overtuiging dat er moet gestreefd worden naar een herstel van het Europese ,,ius commune'' ten einde een tegengewicht te bieden voor de rijzende Euro-Leviathan. De Vlaamse rechtscultuur zal dus wel wat moeten ,,ont-Fran-

sen''. De reden van mijn zuidwaartse blik dient gezocht te worden in een praktische werkverdeling met de noordelijke partner. Mogen we aldus verhopen dat met de ,,choc des idées'' van het Noordse en Zuidse preadvies het rechtsvergelijkend licht zal ontstaan.

SECTIE I

RECHTSDWALING EN FEITELIJKE DWALING

2. Taalkundig gezien zijn de termen rechtsdwaling en feitelijke dwaling niet erg correct. Rechtsdwaling suggereert dat het recht of het rechtssysteem alsdusdanig heeft gedwaald, zoals we trouwens ook spreken van gerechtelijke dwaling. Feitelijke dwaling suggereert dat er benevens dit soort dwalingen ook sprake kan zijn van ,,juridische dwalingen''.

Beide termen zijn derhalve incorrect. Dwaling *omtrent* het recht en dwaling *omtrent* de feiten of dwaling *in feite* en dwaling *in rechte*, zoals trouwens nog door de rechtspraak gebruikt(2), zou minder misverstanden verwekken. Vooral de term ,,feitelijke dwaling'' is misleidend. Elke dwaling is immers een feit, waaraan soms rechtsgevolgen worden gehecht. Het feit van te dwalen kan echter betrekking hebben op feitelijke gegevens (bv. ouderdom, prijzen, technische hoedanigheden, enz.) of op juridische gegevens.

Omdat de kost van een verandering inzake taalgebruik klaarblijkelijk prohibitief is en er dus sprake is van ,,path dependency'', leggen we ons, mits deze ,,caveat'', neer bij deze taalkundig onvolmaakte termen(3).

3. DE ASSIMILATIEDOCTRINE — Een goede verwoording van deze doctrine vinden we bij Decottignies: ,,Pour reconnaître à la notion d'erreur de droit une valeur juridique, la doctrine et la jurisprudence ont été amenées à procéder par analogie, par assimilation à d'autres catégories du droit positif (...). Parfois l'erreur de droit pénètre sans peine dans les règles du droit positif. Remplaçant un concept par un autre, la victime fait appel à une autre notion pour se couvrir contre les conséquences de sa méprise. Cette substitution de concept donne

(2) Cass., 13 juni 1980, *A.C.*, 1979-80, 1276.

(3) Een gelijkaardig probleem van incorrect taalgebruik, waarbij de kost van verandering te hoog is, doet zich voor met de term ,,property rights'' in de rechtseconomie. De betekenis hier wijkt grondig af van wat gangbaar is in de juridische literatuur. Zie hierover: BARZEL, Y., *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, xi.

à l'erreur de droit un rôle de second plan, alors que d'autres notions sont mises en vedette''(4).

Inderdaad, noch in het privaatrecht, noch in het strafrecht, de twee domeinen waarin rechtsdwaling het meest opduikt, wordt dit begrip in positieve zin voorzien. In het strafrecht ontbreekt het totaal in de wetgeving, wijl het Burgerlijk Wetboek het slechts vermeldt om het uit te sluiten, nl. in art. 1356 B.W. omtrent de gerechtelijke bekentenis en in art. 2052 B.W. omtrent de dading (zie hierover infra, nr. 11).

Ten einde aan rechtsdwaling enig juridisch effect te verlenen, waren rechtsleer en rechtspraak derhalve verplicht dit begrip te subsumeren onder andere begrippen en principes, wel degelijk in de positieve wetgeving voorzien. Terecht spreekt Decottignies in hoger geciteerde passage over een substitutie van concepten. Het juridisch effect dat men aan rechtsdwaling wil koppelen, maar er door de wetgever expressis verbis niet aan gekoppeld werd (bv. nietigheid van de rechtshandeling, vrijspraak in een strafproces), bekomt men door rechtsdwaling te gieten in wettelijk voorziene begrippen. Coipel merkt op dat er hierbij geen sprake is van gesjoemel met wetteksten of de geest ervan. De assimilatie van rechtsdwaling met wettelijk voorziene gevallen van dwaling kan immers verantwoord worden op basis van het adagium Ubi lex non distinguit...(5). Deze verantwoording klopt echter slechts ten dele. De toepasselijkheid van het adagium, Ubi lex non distinguit, zou hier opgaan indien de wettelijk voorziene gevallen van dwaling door de wetgever omstandig en vrij ondubbelzinnig gedefinieerd waren geweest, alsmede de voorwaarden waaraan zij dienden te voldoen om enig juridisch effect te produceren. In dit geval kan men uitmaken of een geval van rechtsdwaling voldoet aan de definitie en aan de voorwaarden van de wet en indien deze toets positief uitvalt inderdaad volkomen assimileren. Zoals we verder zullen opmerken (zie infra, nrs. 14-17) is het gehele leerstuk over de dwaling, zowel wat definitie als wat voorwaarden betreft en zowel in civielrecht als in strafrecht, zeer sterk onderhevig aan pretoriaanse rechtsvorming.

---

(4) DECOTTIGNIES, R., ,,L'erreur de droit'', *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1951, 310; in quasi-identieke zin (eveneens de assimilatiedoctrine volgend): LAURENT, F., *Principes de droit civil*, Brussel, Bruylant-Christophe, 1878, XV, nrs. 505 et seq.; KLUYSKENS, A., *De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard, 1948, nr. 26; AUBRY, C. en RAU, C., *Cours de droit civil français*, Paris, Editions Techniques, s.d. (6e ed.), 437; RENARD, C., VIEUJEAN, R. en HANNEQUART, Y., *Les Novelles, Droit Civil*, IV-1, Brussel, Larcier, 1957, nr. 595; DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1962, I, nr. 42; COIPEL, M., ,,L'erreur de droit inexcusable'', noot bij Cass., 10 april 1975, *R.C.J.B.*, 1978, 204.

(5) COIPEL, M., *l.c.*, 204.

De rechtsdwaling werd dus niet zozeer geassimileerd met de wet, maar wel met de pretoriaanse theorieën over feitelijke dwaling zoals de causa-leer, de leer over substantiële dwaling, de leer over verschoonbare dwaling, de leer over onoverkomelijke dwaling, enz. Ubi praetor non distinguit...

4. ASSIMILATIE IS GEEN LIQUIDATIE — Wijl de meeste auteurs het erover eens zijn dat rechtsdwaling hetzelfde juridische regime volgt van de feitelijke dwaling, zet de Franse auteur Ghestin nog een stapje verder. ,,L'erreur de droit'', aldus deze auteur, ,,ne se présente pas comme une catégorie spéciale d'erreur. Elle ne concerne que l'origine psychologique de la représentation erronée de l'objet qui, finalement, justifie l'annulation du contrat. Elle n'est cause de nullité que dans la mesure où elle provoque une erreur substantielle''(6). Het begrip rechtsdwaling wordt hier gereduceerd tot een psychologische oorsprong van de echte, substantiële dwaling. Deze reductie, wellicht ingegeven door de uiterste zorg geen wettelijk niet voorziene categorie in het leven te roepen, is kennelijk te verregaand. Ghestin suggereert dat er in de oorzakelijke keten van dwaling naar rechtshandeling drie schakels zouden bestaan nl. de psychologische origine, i.e. onwetendheid omtrent het recht, de substantiële dwaling, de rechtshandeling die erdoor wordt geprovoceerd. Dit lijkt ons een overbodige complicatie te vormen. Het lijkt immers voor de hand te liggen dat het onderscheid tussen rechtsdwaling en feitelijke dwaling niet moet gezocht worden in de plaats die zij innemen in de oorzakelijke keten van de totstandkoming van de rechtshandeling, maar wel in het *object* van de vergissing. De mens kan zich vergissen over zowel de juridische aspecten van de handeling die hij stelt als over de feitelijke aspecten ervan. In beide gevallen kunnen zij rechtstreeks determinerend zijn, dus substantieel volgens de moderne rechtspraak, voor het handelen van de errans. Rechtsdwaling is dus naast feitelijke dwaling een volwaardige vorm van dwaling, en geen verderstaande psychologische oorsprong ervan.

5. RECHTSDWALING: PROEVE VAN DEFINITIE EN TAXONOMIE — Het benadrukken van het volwaardig karakter van het species rechtsdwaling naast het species feitelijke dwaling roept om een definitie van dit begrip en een mogelijke indeling in subspecies van rechtsdwaling.

---

(6) GHESTIN, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1971, 55 et seq.; in dezelfde zin, RIPERT, G. en BOULANGER, J., *Droit Civil*, II, Paris, L.G.D.J., 1957, 71.

In een bijdrage over rechtsdwaling in het strafrecht werpt Desmet terecht op dat de gelijkschakeling van het juridisch regime van rechtsdwaling en feitelijke dwaling de nood aan een juiste afgrenzing tussen beide vormen van dwaling doet afnemen. Hij wijst daarbij op de moeilijkheden terzake in landen zoals Duitsland en het Verenigd Koninkrijk, waar het regime wel verschillend is(7). Een omschrijving en taxonomie van rechtsdwaling is evenwel nuttig om een structureel inzicht te verwerven in de terreinen waarop rechtsdwaling een rol speelt en in de toekomst een rol zou kunnen spelen. Trouwens, het is niet uitgesloten dat zich ook in ons land objectivistische tendenzen ontwikkelen die, zoals in het Verenigd Koninkrijk, vooral de rechtsdwaling zullen treffen. Onder de titel ,,Qui a peur de l'erreur de droit?'' wijst Coipel erop dat een reactie tegen de rechtsdwaling latent aanwezig blijft(8).

Met één oog gericht op geleerde definities(9) en het ander oog gericht op de bonte pracht van de casuïstiek kunnen we rechtsdwaling omschrijven als volgt: *onwetendheid omtrent en/of verkeerd inzicht in het bestaan en/of de betekenis en/of de toepasselijkheid van geldende regelen van objectief recht, die het handelen van de errans beïnvloedt en leidt of mede leidt tot een voor de errans niet gewenst resultaat.*

We wijzen erop dat hier een ,,naakte'' definitie van rechtsdwaling wordt gegeven, d.w.z. een definitie waarin abstractie wordt gemaakt van de juridische vereisten die aan dwaling kunnen gesteld worden ten einde een bepaald juridisch effect te produceren (bv. verschoonbaarheid, onoverkomelijkheid). Gegeven omschrijving verstaat zich ook niet met het door verscheidene penalisten gemaakte onderscheid tussen onwetendheid omtrent de strafwetgeving en dwaling. ,,Onwetendheid'', aldus Faure, ,,veronderstelt dat de dader niet weet dat hij wederrechtelijk handelt; dwaling betekent dat de dader een ver-

(7) DESMET, B., ,,De onoverkomelijke dwaling als wapen tegen overregulering en artificiële incriminaties'', *R.W.*, 1992-93, 1288-1295. Hij wijst o.m. op het Engelse begrip van ,,strict liability offences'', waarbij een beroep op dwaling volledig is uitgesloten. Ook in Frankrijk blijkt het onmogelijk te zijn zich op rechtsdwaling te beroepen t.a.v. overtredingen. In België geldt dit blijkbaar (nog?) niet. Zie bv. Cass., 6 oktober 1952, *Pas.*, 1953, I, 37, en de in voetnoten vermelde gelijkaardige rechtspraak, waar het Hof ook voor overtredingen aanvaardt dat onoverkomelijke dwaling schulduitsluitend werkt.

(8) COIPEL, M., *l.c.*, 217.

(9) Kort en goed definieert GHESTIN de dwaling als ,,... (consistant) à croire vrai ce qui est faux, ou faux ce qui est vrai'' (*o.c.*, 1). Zie ook de definitie van rechtsdwaling in Pandectes belges: ,,L'erreur de droit peut provenir soit de ce qu'on ignore l'existence de la loi, soit de ce que l'on se trompe sur son vrai sens, sur son application à un acte juridique déterminé'' (*Pandectes belges*, v° *Erreur de droit*, nr. 2).

keerd begrip heeft van het wederrechtelijk karakter van zijn handelen''(10).

Wie onwetend is omtrent de incriminatie van een handeling en daarom die handeling desalniettemin stelt, dwaalt immers evenzeer omtrent het wederrechtelijk karakter van zijn handelen. Hij denkt immers verkeerdelijk dat zijn handelen niet strafbaar is. M.a.w., door gebrek aan informatie omtrent de concrete stand van de strafwetgeving maakt hij een verkeerde toepassing van het legaliteitsbeginsel(11).

Deze brede omschrijving laat ons toe het fenomeen van rechtsdwaling in al zijn rijkdom te overkoepelen en doorheen de verschillende domeinen van het recht te belichten.

We ontwikkelen een onderscheid volgens drie criteria: (1) naargelang het juridisch aspect, dat voorwerp is van dwaling, (2) naargelang het juridisch gevolg dat beoogd wordt met het inroepen van rechtsdwaling, (3) naargelang de rechtsbron, waartoe de regel of begrip, waaromtrent wordt gedwaald, behoort.

6. INDELING NAAR JURIDISCH ASPECT, WAAROMTRENT DWALING — Voor deze indeling kunnen we beroep doen op ,,oerelementen'' van de juridische systematiek, nl. rechtsfeiten en rechtshandelingen. Bij de rechtsfeiten moeten we slechts aandacht besteden aan de vrijwillige handelingen die rechtsgevolgen ressorteren, zoals bv. misdrijven ressorterend in strafrechtelijke aansprakelijkheid en onrechtmatige daden ressorterend in civielrechtelijke aansprakelijkheid. Zoals uit onze definitie voortvloeit, is dwaling slechts relevant in de wilsvorming, uitlopend op een bewust gestelde handeling.

(a) *Rechtsdwaling omtrent handelingen als rechtsfeiten*:

de errans kan hier dwalen omtrent de hoedanigheid van zijn handeling als rechtsfeit, en omtrent de rechtsgevolgen ervan.

(10) Zie FAURE, M., ,,De onoverkomelijke dwaling in milieustrafzaken'', *R. W.*, 1991-92, 941 en de aldaar geciteerde auteurs.

(11) In dezelfde zin Corr. Leuven, 10 juli 1871, *T.J.*, 1024 waarin rechtsdwaling wordt gekwalificeerd als een vorm van onwetendheid over het recht.

(a.1) *Omtrent de hoedanigheid van zijn handeling als rechtsfeit*:

als voorbeelden kunnen hier aangehaald worden:
— de errans dwaalt omtrent de strafbaarheid alsdusdanig voor zijn daad(12).
— de errans dwaalt omtrent het foutief karakter van zijn daad(13).
— de errans dwaalt omtrent de belastbaarheid van zijn daad(14).

Het verschil met feitelijke dwaling is hier gemakkelijk te maken. Nemen we bv. het modieuze geval van dumping van giftig afval. De dumper-errans kan perfect op de hoogte zijn van het feit dat voor het storten van substantie X een vergunning nodig is, maar is van mening dat de gedumpte vaten substantie Y bevatten. Dit is duidelijk feitelijke dwaling.

De dumper-errans kan daarentegen perfect op de hoogte zijn dat de vaten substantie X bevatten, en misschien ook weten dat deze substantie vrij giftig is, maar van mening zijn dat voor het dumpen geen vergunning nodig is en vrije dumping derhalve straffeloos is. Dit is duidelijk rechtsdwaling.

(a.2) *Omtrent de rechtsgevolgen van zijn handeling als rechtsfeit*:

als voorbeelden kunnen hier aangehaald worden:
— de errans dwaalt omtrent de juridische kwalificatie van de straf die uit zijn misdrijf voortvloeit.
— de errans dwaalt omtrent de aard van aansprakelijkheid, voortvloeiende uit zijn foutieve daad zoals schadeberokkening of contractbreuk. B.v. hij denkt verkeerdelijk slechts de materiële schade te moeten vergoeden en niet de schade voor pijn en smart.

Van deze subspecies zullen wellicht geen voorbeelden in de rechtspraak gevonden worden. De reden hiervan is duidelijk. Met een

(12) Voor voorbeelden uit de rechtspraak zie FAURE, M., *l.c.*; DESMET, B., *l.c.*; zie ook nog Hasselt, 15 mei 1896, *Pas.*, 1896, III, 51 (jagers op kleinwild dwalen omtrent jachtreglement); Cass., 10 juli 1946, *Pas.*, 1946, I, 293 (leveranciers aan de Reichsbahn dwalen omtrent de toepasselijkheid van art. 115 *Sw.*); Cass., 23 januari 1950, *Pas.*, 1950, I, 358 (tabakshandelaars dwalen omtrent de toepasselijkheid van de regeling inzake taksbandjes). Het cassatiearrest van 13 juni 1980 (*A.C.*, 1979-80, 1276 en *R. W.*, 1980-81, 586), daarentegen lijkt eerder te handelen over een feitelijke dwaling. Een geneesheer, veroordeeld tot een tuchtstraf was verkeerdelijk in de mening dat cassatieberoep was ingesteld en hij daarom de tuchtmaatregel naast zich mocht neerleggen. Dwaling omtrent de rechtsgevolgen van het instellen van cassatieberoep (bv. opschortend of niet) is een rechtsdwaling. Dwaling omtrent het feit of cassatieberoep is ingesteld is duidelijk feitelijke dwaling.

(13) Cass., 19 december 1980, *R.W.*, 1981-82, 1061 (conclusies Dumon) (de hoofdingenieur-directeur dwaalt omtrent het foutief karakter van het onwettelijk uitvaardigen van een reglement).

(14) Zie o.m. TIBERGHIEN, A., *Inleiding tot het Belgisch fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1986, nrs. 95, 191bis en 394.

persoon, die opwerpt dat hij wel wist dat zijn handelen strafbaar was of aanleiding gaf tot schadevergoeding, maar die zich daarentegen heeft ,,misrekend'' omtrent de opgelegde tarieven, zal de rechter weinig medelijden hebben. M.a.w. het lijkt zeer onwaarschijnlijk dat zulk een dwaling als verschoonbaar of als onoverkomelijk, of in overeenstemming met de goede trouw(15) zal aanvaard worden. De natuur zelf van deze vorm van rechtsdwaling impliceert hier reeds de juridische onaanvaardbaarheid ervan.

(b) *Dwalen omtrent rechtshandelingen*:

Deze categorie vormt het epicentrum van de dwaling alsdusdanig, ergo van rechtsdwaling. Dwaling zag het licht in het Romeins recht als vernietigingsgrond voor de koop-verkoop(16) en werd later uitgebreid tot alle overeenkomsten door de middeleeuwse juristen(17). Via de Duitse leer over het ,,Rechtsgeschäft'' werd dwaling verbonden met het begrip rechtshandeling(18).

De errans kan hier dwalen omtrent de natuur van de rechtshandeling, de bestaans- en geldigheidsvoorwaarden ervan, de rechtsgevolgen ervan.

(b.1) *Omtrent de natuur van de rechtshandeling*

Het objectief recht kent diverse types van rechtshandelingen, gekenmerkt door hun specifieke samenhang van bestaans- en geldigheidsvoorwaarden en rechtsgevolgen. Vele van deze types zijn overigens suppletief van aard maar werden in de wetgeving, rechtspraak en in het gewoonterecht (gebruikelijke bedingen)(19) uitgewerkt omdat zij in de sociaal-economische realiteit frequent zijn. Deze types leven als samenhangende entiteiten in de geesten van de burgers. Het is dan ook normaal dat zij het voorwerp kunnen worden van dwaling. Een partij kan bv. in de mening zijn in een koop betrokken te zijn, wijl de andere partij een huur voor ogen staat.

Deze vorm van rechtsdwaling wordt klassiekerwijs ,,error in nego-

(15) Over de relatie van rechtsdwaling in het strafrecht en de goede trouw, zie FAURE, M., *l.c.*, 940.

(16) Zie VAN OVEN, J.C., *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden, 1948, nrs. 194-196.

(17) Zie GORDLEY, J., *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991, 57 et seq.

(18) Zie GORDLEY, J., *o.c.*, 185 et seq.

(19) Over de rol van gebruiken en gebruikelijke bedingen, zie BOUCKAERT, B., ,,Gewoonterecht in de moderne samenleving: een fetisj?'' in *Liber Amicorum Willy Calewaert*, Antwerpen, 1984, 23-49.

tio" genoemd. Zij werd reeds in het Romeinse recht erkend(20). Aldus vormt zij de oudst erkende vorm van rechtsdwaling in onze juridische traditie.

(b.2) *Omtrent de bestaans- en geldigheidsvoorwaarden van de rechtshandeling*:

als voorbeelden kunnen hier aangehaald worden:
— de errans denkt dat de rechtshandeling consensueel is, wijl zij plechtig is.
— de errans denkt dat zijn rechtshandeling geldig is, wijl hij onwetend is omtrent een regel van imperatief recht, of omtrent een rechterlijke interpretatie van openbare orde of goede zeden, die dergelijke rechtshandeling verbiedt.
— de errans denkt dat een wettelijke regel, waarvan hij met zijn rechtshandeling afwijkt, van suppletieve aard is wijl hij van imperatieve aard is(21).
— de errans dwaalt omtrent zijn rechts- of handelingsbekwaamheid: bv. een vrouw gehuwd onder het dotaal stelsel vervreemdt haar dotale onroerende goederen op grond van een toelating, verleend door de rechtbank; deze toelating blijkt onwettelijk te zijn; het Gentse beroepshof aanvaardt rechtsdwaling(22).

(b.3) *Omtrent de rechtsgevolgen van de rechtshandeling*:

de rechtsgevolgen van een rechtshandeling kunnen gesitueerd zijn op inhoudelijk materieel-rechtelijk vlak of op formeel-rechtelijk vlak. In het eerste geval zijn zij hoofdzakelijk gericht op het doen ontstaan of op het overdragen van subjectieve rechten (de zgn. vestigende en overdragende rechtshandelingen); in het tweede geval op het creëren van een bewijs van de rechtshandeling of van het subjectief recht of op de afdwinging ervan via procedurale handelingen.

(b.3.1) *Omtrent de gevestigde of overgedragen subjectieve rechten*:

deze subspecies vormt een breed toepassingsveld van rechtsdwaling. Vooraleer dit nog verder op te splitsen, dient erop gewezen te worden

(20) VAN OVEN, J.C., *o.c.*, nr. 196.

(21) Zie bv. Rb. Liège, 5 juni 1979, *J.L.*, 1980, 289. De partijen hadden hierbij in hun handelshuurovereenkomst afstand gedaan van de toepassing van artikel 6 van de Wet van 30 april 1951, in de overtuiging dat deze bepaling van suppletieve aard was. Deze overtuiging werd trouwens gedeeld door de toenmalige doctrine. In 1960 veranderde zowel de rechtspraak als de doctrine van mening.

(22) Gent, 12 mei 1870, *Pas.*, 1871, II, 37.

dat de rechtsdwaling niet alleen betrekking kan hebben op de subjectieve rechten, die rechtstreeks het gevolg zijn van de rechtshandeling, zoals bv. een eigendomsrecht bij koop, een zakelijk zekerheidsrecht bij pandovereenkomst, maar ook op de subjectieve rechten, die in het objectief recht *onrechtstreeks* gekoppeld worden aan het stellen van de rechtshandeling. Een voorbeeld hiervan is de dwaling van de bouwheer, die een overeenkomst sloot omtrent het uitvoeren van voegwerken, in de mening dat dit recht gaf op een verbouwingspremie. Het beroepshof van Bergen aanvaardde dit als een substantiële dwaling(23).

Decottignies deelt de dwaling omtrent de subjectieve rechten verder in, nl. dwaling omtrent het bestaan en dwaling omtrent de omvang der subjectieve rechten („existence" en „consistance des droits")(24). Het is evident dat deze indeling verband houdt met het klassieke onderscheid tussen de verhinderende dwaling („erreur exclusive, erreur obstacle") en de vernietigende dwaling („erreur viciant le consentement") en het daarmee samenhangende verschil in juridisch regime. Op de houdbaarheid van dit verschil komen we verder terug (cfr. infra nr. 17).

We wijzen erop dat, los van het onderscheid verhinderende-vernietigende dwaling, nog een verder onderscheid kan gemaakt worden in rechtsdwaling omtrent subjectieve rechten. Zo kan men dwalen omtrent:

— *het bestaan van een subjectief recht*:

bv. een legataris vermaakt een recht, waarvan hij geen titularis is; een schuldenaar vestigt een hypotheek op een goed waarvan hij geen eigenaar is; de onverschuldigde betaling wanneer de solvens dwaalt omtrent het bestaan van een vorderingsrecht in hoofde van de betaalde(25).

— *de omvang van het subjectief recht*:

een subjectief recht verleent steeds een macht of bevoegdheid aan de titularis van een rechtsobject; de errans kan zich vergissen over de omvang van die macht.

Bv. legatarissen zijn in de overtuiging dat zij slechts naakte eigenaars zijn van de vermaakte goederen, wijl zij volgens de veranderde wetgeving reservatair en derhalve volle eigenaars zijn(26).

---

(23) Mons, 31 maart 1987, *Rev. Liège*, 1987, 770.

(24) DECOTTIGNIES, R., *l.c.*, 313-321.

(25) Over de relatie onverschuldigde betaling en rechtsdwaling, zie DECOTTIGNIES, R., *l.c.*, 314 en aldaar geciteerde Franse rechtspraak.

(26) Casus aangehaald door DECOTTIGNIES, R., *l.c.*, 319.

Bv. iemand verkoopt een onroerend goed; eerder had hij aan zijn echtgenote een gebruiksrecht omtrent dit goed geschonken; zijn echtgenote had deze schenking verworpen; hij verkeerde derhalve in de overtuiging dat hij de volle eigendom van dit goed kon vervreemden; de verkoper hield echter geen rekening met een clausule terzake in het huwelijkscontract, waarin het gebruiksrecht aan de langstlevende was toebedeeld en waaraan de verwerping geen afbreuk kon doen(27).

— *de duur van het subjectief recht*

bv. de errans contracteert een huurceel voor 5 jaar, niet wetende dat de imperatieve wetgeving terzake een langere duur voorschrijft.

— *de tegenstelbaarheid van het subjectief recht*

bv. de errans denkt dat de onderhandse koop-verkoop van een onroerend goed tegenstelbaar is en laat na een authentieke akte te verlijden en publiciteit te verlenen.

Inzake subjectieve rechten worden rechtsdwaling en feitelijke dwaling wel eens verward. We doen derhalve een poging de demarcatielijn zo scherp mogelijk te trekken.

In een noot bij het arrest van Luik van 11 december 1989 waarbij dwaling werd ingeroepen omtrent de substantiële kwaliteit van een bouwgrond, maakt Hervé een voor ons onderwerp interessant onderscheid(28). Inzake bouwgronden onderscheidt hij de intrinsieke kwaliteit van bebouwbaarheid, zoals bv. grondkwaliteit, gevoeligheid voor verzakkingen, en de extrinsieke kwaliteit van bebouwbaarheid, nl. de conformiteit van het goed met de algemene en bijzondere regelen van stedebouw en ruimtelijke ordening.

Zowel de intrinsieke als de extrinsieke kwaliteit hebben een invloed op de bebouwbaarheid, en deze op de waarde van het goed. In het eerste geval betreft het de technische kenmerken van het rechtsobject zelf, dat het voorwerp is van het overgedragen subjectief recht. In het tweede geval de omvang van het subjectief recht. Immers, de omvang van subjectieve rechten op onroerende goederen wordt niet alleen bepaald door civielrechtelijke bepalingen maar ook door de talrijke regelen die vervat liggen in bouwverordeningen, gewestplannen, B.P.A.'s en de specifieke verkavelings- en bouwvergunning zelf. Alle dwalingen, die hierop betrekking hebben zijn derhalve te kwalificeren als rechtsdwalingen.

---

(27) Casus aangehaald door GHESTIN, J., *o.c.*, 54.

(28) HERVE, L., „Du caractère inexcusable de l'erreur commise par l'acheteur d'un terrain à batir", *Act. dr.*, 1991, 216-232.

Kortom, om van rechtsdwaling inzake de omvang van subjectieve rechten te kunnen spreken, moet zij betrekking hebben op de juridische regelen en begrippen die de omvang en dus ook de waarde van het subjectief recht bepalen. Dit betekent dat niet alleen dwalingen omtrent technische karakteristieken van het rechtsobject, maar ook dwalingen omtrent feiten, die een invloed hebben omtrent de omvang van het subjectief recht, niet als rechtsdwaling te beschouwen zijn.

Zo geeft Ghestin het volgende voorbeeld: een verkoper van een erf is in de mening dat hij slechts de naakte eigendom verkoopt; hij is echter onwetend over het feit dat de vruchtgebruiker reeds overleden is, zodat verkoper in feite de volle eigendom vervreemdt(29). De errans blijkt hier wel degelijk op de hoogte te zijn van het onderscheid tussen volle eigendom, naakte eigendom en vruchtgebruik. Zijn onwetendheid heeft betrekking op het al dan niet geschieden van het feit dat aanleiding geeft tot een verandering in de omvang van zijn subjectief recht.

(b.3.2) *Omtrent het bewijs en de gerechtelijke afdwinging van subjectieve rechten*:

bv. de errans dwaalt omtrent de vereisten waaraan onderhandse akten moeten voldoen om als volwaardig bewijs te gelden; in zekere zin kan men het gebruik om zich in vele overeenkomsten te onthouden van enig geschrift (bv. dokter-patiënt, advocaat-cliënt), ook wanneer het bedrag het in art. 1341 B.W. bepaalde, overschrijdt, gezien worden als een toepassing van „Error communis facit ius"(30).

bv. de errans dwaalt omtrent beroepstermijn, omtrent pleegvormen, omtrent vormvereisten van procedurele akten, enz.

Op te merken valt dat de voorbeelden inzake rechtsdwalingen omtrent procedure schaars zijn. De reden ligt voor de hand. De rechtsdwaling zal hier meestal begaan zijn door beroepsmensen (advocaten, notarissen), aan wie terecht een hogere norm van zorgvuldigheid wordt gesteld. Hoeveel rechtsdwalingen door advocaten en notarissen in feite worden begaan is moeilijk te achterhalen. Vast staat dat weinig soortgelijke rechtsdwalingen de rechtbank zullen halen omdat de uitslag quasi bij voorbaat zal vaststaan.

---

(29) GHESTIN, J., *o.c.*, 58.

(30) Zie hierover DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 934-938; Cass., 30 juni 1947, *R.C.J.B.*, 1947, 211, met noot DABIN, J.

7. INDELING NAAR HET JURIDISCH GEVOLG VAN DE RECHTSDWALING — Op basis van de algemene structuur van het recht en op basis van de casuïstiek, onderscheiden we de volgende categorieën.

(a) *Rechtsdwaling ingeroepen ten einde nietigheid van de rechtshandeling te bekomen*

De errans wil aan de rechtsgevolgen van de rechtshandeling waaraan hij schijnbaar zijn toestemming heeft verleend, ontsnappen en roept derhalve rechtsdwaling in.

Deze dwaling kan ingeroepen worden om het bestaan van de rechtshandeling te betwisten (verhinderende dwaling) of om de geldigheid van de rechtshandeling te betwisten. Alhoewel er verschillen zijn inzake bewijs (cfr. infra nr. 17), is het beoogde gevolg hetzelfde, nl. de betrekkelijke nietigheid(31).

(b) *Rechtsdwaling ingeroepen ten einde de nietigheid van een rechtshandeling te vermijden*

De errans wil de rechtsgevolgen van een rechtshandeling waaraan hij zijn toestemming heeft verleend behouden, niettegenstaande het feit dat de rechtshandeling vernietigbaar is omwille van onbevoegdheid. De errans roept in dat hij onwetend was omtrent de rechtsregelen die hem tot de onbevoegdheid van degene, met wie hij handelde, had moeten doen besluiten. Deze vorm van beroep op dwaling wordt kernachtig uitgedrukt in het beroemde adagium „Error communis facit ius". De errans werd door de gehele context, waarin de rechtshandeling plaatsgreep, zodanig misleid dat hij wel mocht geloven in de rechtsgeldigheid ervan. Benevens enige toepassingen in het erfrecht (de schijnbare erfgenaam) en in het zakenrecht (de schijnbare eigenaar) vindt dit beroep op dwaling vnl. toepassing in de leer van het schijnmandaat(32).

(c) *Rechtsdwaling ingeroepen ten einde aansprakelijkheid te vermijden*

Dit beroep op rechtsdwaling vindt zijn meest veelvuldige toepassing in het strafrecht, waarbij zij wordt ingeroepen als een rechtvaardigingsgrond in toepassing van art. 71 Sw. (cfr. infra, nr. 15).

---

(31) VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, DILLEMANS, R. en VAN GERVEN, W. (ed.), Antwerpen, Standaard, 1969, nr. 136. Zie hierover ook infra, nr. 16.

(32) Zie DAVID-CONSTANT, S., „Error communis facit ius: adage subversif?", in *Liber Amicorum Fréderic Dumon*, 1983, I, 107-119.

Een dergelijk beroep is theoretisch gezien ook mogelijk inzake de burgerlijke aansprakelijkheid. De errans kan zich beroepen op dwaling omtrent de regelen van het contractenrecht en de inhoud van het contract om aan de contractuele aansprakelijkheid te ontsnappen. Hij kan zich ook beroepen op dwaling inzake de pretoriaanse inhoud van begrippen zoals fout, oorzakelijk verband en schade, inzake allerlei bijzondere wetgeving inzake objectieve aansprakelijkheid om aan de aquiliaanse aansprakelijkheid te ontsnappen(33).

8. INDELING NAARGELANG DE RECHTSBRON VAN DE REGEL, WAAROMTRENT WORDT GEDWAALD — Hier kunnen we ons beroepen op de klassieke indeling van rechtsbronnen.

(a) *Dwaling omtrent de wet*(34)

De errans kan dwalen omtrent het pure bestaan of geldigheid van een wettelijke bepaling, als omtrent de betekenis en draagwijdte ervan. Vermits dit laatste voornamelijk voortvloeit uit de rechterlijke interpretatie, kan dit met dwaling omtrent rechtspraak worden geassimileerd.

Het is evident dat de frekwentie van beroep op dwaling omtrent bestaan en geldigheid van een wettelijke bepaling rechtstreeks evenredig zal zijn met de toename van het aantal vigerende wettelijke bepalingen (cfr. infra, nr. 17).

(b) *Dwaling omtrent verdragen*

Beroep op rechtsdwaling zal zich niet alleen voordoen omtrent het primair verdragsrecht, maar voornamelijk meer en meer omtrent het secundair verdragsrecht. De regelgevende lawine van de EG-autoriteiten opent een nieuw mijnenveld voor rechtsdwaling. Een voorproefje hiervan wordt gegeven door Desmet(35). Art. 11 van de wet betreffende de handel in landbouw- tuinbouw- en zeevisserijprodukten bepaalt: „De bepalingen van de artikelen 5 tot 10 zijn van toepassing bij overtreding van de verordeningen van de Europese

(33) Voor Nederland zie ASSER, C. en RUTTEN, L.E.H., *Handleiding tot het beoefenen van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Verbintenissenrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1975, 79; *Onrechtmatige Daad* (losbl. ed.), I, (Jansen), nrs. 258-264; BLOEMBERGEN, A.R. en KLEIJN, W.M., *Contractenrecht*, Deventer, Kluwer, nrs. 1154-1162.

(34) Uiteraard nemen we de term „wet" hier in zijn breedst mogelijke betekenis, nl. als een norm, uitgevaardigd door een bevoegde politieke autoriteit en vastgelegd in een bekendgemaakte tekst, m.a.w. ook decreten, ordonnanties, besluiten van de executieve, K.B.'s, M.B.'s en beslissingen van provinciale en lokale autoriteiten vallen hieronder.

(35) DESMET, B., *l.c.*, 1288.

Gemeenschap die van kracht zijn in het Rijk en materies betreffen welke op grond van deze wet tot de verordeningsbevoegdheid van de Koning behoren". Hier wordt m.a.w. aan „wetgeving par renvoi" gedaan. Voorwaar een invitatie om rechtsdwaling in te roepen.

Een ouder voorbeeld van dwaling omtrent een verdrag betreft het geval waarbij iemand beweerde in de overtuiging te zijn dat het Franco-Belgisch Verdrag van 30 october 1881 de emissie in België van obligaties van het Crédit de France toeliet, en daarom een inbreuk pleegde op art. 302 en 303 Sw.(36).

(c) *Dwaling omtrent de rechtspraak*

De rechterlijke macht is er niet alleen toe gehouden, krachtens art. 5 Ger.W., de leemten in de wet op te vullen(37) maar tevens de wet te interpreteren. Door de Codificatie is het grootste deel van de juridische materie min of meer met wetteksten „bedekt". De creatieve rol van de rechtspraak, hierbij uiteraard geholpen door de rechtsleer, vertaalt zich in ons Frans-continentaal rechtstelsel dan ook vnl. via de wetsinterpretatie.

Inzake dwaling omtrent wetsinterpretatie dienen we de volgende gevallen te onderscheiden:

(c.1) de errans beweert het bestaan van de rechterlijke interpretatie niet te kennen en gehandeld te hebben vanuit anders geïnspireerde interpretatie van de wettekst. Dit is zonder enige twijfel rechtsdwaling.

(c.2) de errans beroept zich op het feit dat de rechtspraak op het ogenblik van zijn handelen onzeker en controversieel was en hij dus bij gebreke van „la paix judiciaire" het recht niet kon kennen.

Het is hoogst betwistbaar of we hier met een geval van rechtsdwaling te maken hebben. Op het ogenblik van zijn handelen heeft de errans in feite niet gedwaald, maar wel gegokt want hij weet goed dat de rechtspraak controversieel is. Stel dat er 3 competitieve interpretaties van éénzelfde wetsbepaling in omloop zijn in de rechtspraak, nl. A, B en C; stel dat de contractant in de overtuiging was dat interpretatie A het zou halen; achteraf blijkt interpretatie B het te halen. Kan de

(36) Cass., 18 juli 1887, *J.T.*, 1001, aangehaald in *Pandectes belges*, v° *Erreur de droit*, nr. 96.

(37) Over de interpretatie van art. 5 Ger. W. (vroeger art. 4 B.W.) zie BOUCKAERT, B., *De Exegetische School*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 171-188.

rechter hier tot rechtsdwaling besluiten? Mijns inziens is dit onmogelijk. De betrokkene heeft min of meer een aleatoire overeenkomst gesloten en moet hiervan de gevolgen dragen(38). Hij kon dit aleatoir karakter doen verdwijnen door interpretatie A uitdrukkelijk in zijn overeenkomst te laten opnemen. Indien later de rechtspraak zich vestigt in de zin van interpretatie B, ontstaat het probleem dat we hieronder bespreken.

(c.3) De errans beroept zich op het feit dat de rechtspraak zich achteraf heeft gewijzigd. Tenzij men zich op de fictie beroept dat een wettekst altijd de betekenis heeft gehad, die er hic et nunc door de rechtspraak wordt aan verleend(39), stelt zich ook hier geen probleem van rechtsdwaling, maar wel van retroactiviteit(40). Hoewel het zinvol lijkt overeenkomsten achteraf niet te wijzigen in het licht van gewijzigde rechtspraak en een filosofie van ,,prospective overruling'' toe te passen, toch zou een beroep op rechtsdwaling hier neerkomen op een verkeerde kwalificatie(41)

Wij wijzen er tenslotte op dat de erkenning van dwaling omtrent de rechtspraak samenhangt met de erkenning van deze rechtsbron als autonome (niet: soevereine) factor van rechtsvorming. Het is dan ook niet verwonderlijk dat men in de exegetische 19e eeuw weinig geneigd was deze vorm van rechtsdwaling te erkennen. Op de vraag of beide vormen van dwaling kunnen geassimileerd worden lezen we in de Pandectes belges van 1891 het volgende: ,,Malgré les restrictions dont elle (la loi-B.B.) est entourée, nous croyons l'assimilation inadmissible. La présomption de vérité n'est attachée qu'à la volonté exprimée par le législateur; les interprètes ne font que ce que doit faire le contractant lui-même, bien qu'avec une autorité scientifiquement plus grande: rechercher quelle a été la pensée du législateur, quel est le droit. Dans l'argumentation juridique, on peut déclarer certaine interprétation empreinte d'une vérité irrécusable, mais ce n'est point de vue du raisonnement, on ne peut dire qu'elle équivaille jamais la parôle du législateur''(42).

---

(38) In diezelfde zin RENARD, C., VIEUJEAN, R. en HANNEQUAERT, Y., *o.c.*, nrs. 613-616.

(39) Een fictie, die me dunkt slechts wordt gehuldigd voor interpretatieve wetten, zie art. 7 Ger. W.

(40) In dezelfde zin, RENARD, C., VIEUJEAN, R. en HANNEQUART, Y., *o.c.*, nr. 612.

(41) In dezelfde zin, GHESTIN, J., *Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat: formation*, Paris, L.G.D.J., 1988, 418.

(42) *Pandectes belges*, v° *Erreur de droit*, nr. 47.

(d) *Dwaling omtrent gewoonten en gebruiken*

We verwijzen hier naar het onderscheid van F. Gény tussen „coûtumes" en „usages"(43). De eerste zijn volwaardige rechtsregelen, de tweede slechts feiten, die weliswaar belangrijk kunnen zijn voor de interpretatie of aanvulling van overeenkomsten(44). De demarcatielijn rechtsdwaling/feitelijke dwaling valt derhalve hiermede samen.

(e) *Dwaling omtrent regelen voor overeenkomsten*

Kan dwaling omtrent de regelen, opgenomen in de eigen overeenkomst of overeenkomst van derden als een rechtsdwaling beschouwd worden? Wie graag met woorden speelt moet deze vraag bevestigend beantwoorden, want art. 1134 B.W. stelt dat overeenkomsten de partijen tot wet strekken. Dit lijkt me te vergezocht. In een (nog min of meer) vrije samenleving als de onze laat de wetgever toe dat rechtssubjecten zichzelf en hun patrimonium uit vrije wil verbinden. De regel zelf van contractuele vrijheid en bindende kracht van contracten behoort, met al zijn implicaties, tot het objectieve recht. De wijze waarop particulieren van deze regel gebruik maken, via het stipuleren van rechten en verbintenissen, behoort tot het domein van de feitelijkheden. Dwalen omtrent de in particuliere overeenkomsten uitgedrukte wil moet derhalve als een feitelijke dwaling beschouwd worden(45).

Wanneer echter bepaalde contractuele modellen, wier origine zuiver inter partes is, omwille van hun efficiëntie bestendig herhaald worden, en uitgroeien tot gebruikelijke bedingen en vervolgens door de rechtspraak en door de wetgever worden aangewend als suppletief model, dan behoren zij tot het objectief recht en is dwaling eromtrent een rechtsdwaling. Toegegeven, de grenslijn is hier wel erg subtiel geworden.

(43) GENY, F., *Méthode d'interprétation*, Paris, L.G.D.J., 1919, I, 320.

(44) Of er nog veel echt gewoonterecht voorkomt, is zeer de vraag. Zie BOUCKAERT, B. „Gewoonterecht in de moderne samenleving: een fetisj?", *l.c.*, 32-40.

(45) In dezelfde zin *Pandectes belges*, v° *Erreur de droit*, nr. 51.

SECTIE II

NEMO CENSETUR IGNORARE LEGEM

9. In de vorige sectie hebben we gepoogd rechtsdwaling van feitelijke dwaling af te scheiden. Hiermede hebben we nog geen uitspraak gedaan omtrent de vraag of aan rechtsdwaling wel enig rechtsgevolg moet gegeven worden. Vooraleer op de specifieke vereisten van de rechtsdwaling, zoals substantieel karakter, verschoonbaarheid, onoverkomelijkheid in te gaan, dient eerst het obstakel van hierboven vermeld adagium genomen te worden. In zijn prima-facie-betekenis werkt het immers als een reuzezwaard, waarmee elke kop van de draak der rechtsdwaling onverbiddelijk kan afgehouwen worden: wee degene die de wet niet kent, hij zal zelf de gevolgen van zijn gebrek aan wetskennis moeten dragen!

Zoals Dereux opmerkt is dit adagium zelf vrij goed gekend. „(...) nombre de gens qui pour le reste sont assez ignorants du droit, savent du moins qu'ils sont censés tout savoir"(46). Vele medeburgers moeten wel sidderen bij de gedachte dat zij kunnen overvallen worden met juridische sancties, waarvan zij het bestaan amper vermoedden. Is deze siddering gegrond? Wij gaan dit na door eerst de historische achtergrond van het adagium te belichten, vervolgens de mogelijke betekenissen ervan te analyseren om tenslotte een normatief standpunt te formuleren omtrent de verhouding tussen het adagium en de rechtsdwaling.

10. EVOLUTIE VÓÓR DE CODIFICATIE — Het is niet al Romeins, wat Latijns klinkt, zo kunnen we een Nederlands gezegde parafrazeren.

Inderdaad, vergeefs zal men in Romeinse teksten dit adagium zoeken. Men vermoedt dat het adagium door een onbekend glossator werd gelanceerd om dan nadien een eigen juridisch leven te gaan leiden(47). Deze glossator heeft zijn geestesvrucht echter niet uit het niets geplukt. In het Corpus Iuris Civilis vindt men immers het principe verwoord dat onwetendheid omtrent de wet (het recht?) schaadt en derhalve niet kan ingeroepen worden. Van dit principe worden echter verscheidene en talrijke categorieën vrijgesteld zoals de minderjarigen, (soms) de vrouwen, de militairen en de ongeletter-

(46) Aldus geciteerd in HUBERLANT, Ch., „La présumption de connaissance de la loi dans le raisonnement juridique", in *Les présomptions et les fictions en droit*, PERELMAN, Ch. en FORIERS, P. (ed.), Brussel, Bruylant, 1974, 186.

(47) COIPEL, M., *l.c.*, 203.

den (,,rustici'')(48). Het Romeins recht kende derhalve, in tegenstelling tot onze rechtscultuur categorieën van ,,juridisch zwakkeren'', voor wie het recht niet in dezelfde mate gold(49). De Romeinse keizers daarentegen waren uitzonderlijk streng voor wat betreft hun eigen regelgeving en sloten hiervoor elk beroep op rechtsdwaling uit(50).

Een belangrijke verzachting wordt aangebracht door het canonieke recht, waarbinnen reeds op een vrij ruime wijze de rechtsdwaling kan ingeroepen worden ten einde aan de toepassing van rechtsregelen te ontsnappen. Dit lijkt te passen in de algemene filosofie van dit recht dat meer dan het laieke recht de nadruk legt op het subjectieve morele element(51).

Vranckx wijst erop dat gedurende het gehele Ancien Régime in onze gewesten de gedachte heerste dat wetten slechts bindend konden zijn mits een behoorlijke bekendmaking naar de bevolking toe, en dat verhinderende omstandigheden hieromtrent de bindende kracht van wetten vermocht te amenderen(52). De aanhef van het edict van 28 november 1755 van Maria Theresia laat hierover geen twijfel: ,,Verscheidene klachten kwamen tot ons wegens het feit dat de plakkaten en de verordeningen, bestemd voor onze Nederlanden, in vele plaatsen ongekend zijn bij gebreke van bekendmaking waaruit volgt dat hunne bepalingen zonder gevolg blijven en dat de straffen, gesteld op de overtredingen niet kunnen worden uitgevoerd''.

Met deze publiekrechtelijke praktijk hing de overtuiging in de doctrine samen dat elkeen rechtsdwaling kan inroepen. In de doctrine van het privaatrecht werd rechtsdwaling op dezelfde voet bejegend als feitelijke dwaling. Zo stelt Domat: ,,Si l'ignorance ou l'erreur de droit est telle qu'elle soit la cause unique d'une convention ou on s'oblige à ce qu'on ne devait pas, et qu'il n'y ait aucune autre cause qui pût fonder l'obligation, sa cause se trouvant fausse, elle sera nulle''(53). Zelfs in de doctrine van het strafrecht werd rechtsdwaling

(48) Zie D. 22, 6 en C, 1, 18; zie ook HUBERLANT, Ch., *l.c.*, 187.

(49) DECOTTIGNIES, R., *l.c.*, 309.

(50) C., 1, 18, 12: ,,Constitutiones principum nec ignorare quam nec dissimulare permittimus''.

(51) HUBERLANT, Ch., *l.c.*, 188 en de aldaar geciteerde bronnen. Het hedendaagse canonieke recht heeft deze gulle mogelijkheden van beroep op rechtsdwaling behouden. Huberlant wijst er op dat dit samenhangt met de natuur van het canoniek recht als hoofdzakelijk morele ordening. Het gevaar is immers minder groot dat de errans rechtsdwaling zal voorwenden, aangezien hij hierdoor toch niet ontsnapt aan zijn morele verantwoordelijkheid.

(52) VRANCKX, A., ,,Iedereen wordt geacht de wet te kennen'', *R.W.*, 1955-56, 1217.

(53) DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, N. Gosselin, Livre I, 18, 1, 14. Andere auteurs uit het Ancien Regime worden geciteerd door HUBERLANT, Ch., *l.c.*, 188.

als een rechtvaardigings- of als een strafverminderingsgrond aanvaard(54).

Uit dit beknopte overzicht moge blijken dat voormeld adagium onder het Ancien Regime op een zeer gematigde wijze werd gehanteerd.

Enerzijds werd voorgehouden dat de soeverein alles in het werk diende te stellen om zijn onderdanen op de hoogte te stellen van de wetten, anderzijds werd grif aanvaard dat deze bekendmaking nooit perfect kon wezen en dat derhalve voor bepaalde categorieën en in bepaalde omstandigheden beroep op rechtsdwaling mogelijk was.

11. EVOLUTIE NA DE CODIFICATIE — De Franse revolutie luidt terzake een periode van verkramping in. De Rousseauaans geïnspireerde filosofie van het volmaakte burgerschap ging ervan uit dat elk lid van de republiek, eens bevrijd van de verstikkende greep vanwege adel, kerk en andere ,,associations intermédiaires'', voldoende zou gemotiveerd zijn om de wetten, zijn wetten, te kennen.

De wetten waren immers het vehikel ter bevrijding van het individu: ,,C'est être libre d'être esclave des lois'', aldus nog Cambacères, grootvader van de Code Civil(55).

Om dit postulaat van de juridisch perfect geïnformeerde burger kracht bij te zetten, heeft de revolutionaire wetgever het systeem van wetspublikatie geperfectionneerd. Het oude artikel 1 van de Code Civil verleende bindende kracht aan de wet op basis van de afkondiging ervan door de consul, maar verbond de uitvoerbaarheid ervan met de mogelijkheid de wet te kennen. Een vermoeden van kennis gold na een zekere periode.

De duur van deze periode hing samen met de tijd die men nodig had om de officiële publikatie van de wettekst per koerier in elke departementshoofdplaats te bezorgen(56). Dit laat Grenier tijdens de voorbereidende werkzaamheden dan ook toe te zeggen: ,,Un individu qui ignore la loi doit s'imputer d'avoir négligé les moyens de la connaître. Il y a sans doute moins d'inconvénient à ce qu'un citoyen soit lié par une loi qu'il n'a pas connue, lorsque tous les moyens de publicité ont été pris, qu'à laisser la société sans loi, ou, ce qui est la même chose,

(54) HUBERLANT, Ch., *l.c.*, 189 en de aldaar geciteerde auteurs.

(55) Over de relatie tussen de Rousseauaanse en Jacobijnse filosofie en het revolutionaire wetsbegrip, zie BOUCKAERT, B., *De Exegetische School*, Antwerpen Kluwer, 1981, 80 et seq.; over de relatie van dit wetsbegrip met de zgn. ,,Klassieke school'' in het strafrecht, zie DESMET, B., *l.c.*, 1288.

(56) HUBERLANT, Ch., *l.c.*, 196.

à lui donner des lois que chacun pourrait violer inpunément, sous prétexte d'ignorance''(57).

De logica van deze redenering liet derhalve slechts uitzonderingen toe wanneer tengevolge van invasies, overstromingen e.d., de publikatie van de wet vertraging had opgelopen(58).

Diezelfde strakke houding werd ook doorgetrokken in het civielrecht. Het burgerlijk wetboek vermeldt rechtsdwaling expressis verbis slechts om het uit te sluiten, nl. inzake gerechtelijke bekentenis (art. 1356 B.W.) en inzake de dading (art. 2052 B.W.). Op deze situatie kan men twee interpretatiebeginselen toepassen die tot een volkomen contradictorisch resultaat leiden. Enerzijds kan men de a contrario-redenering toepassen en stellen dat de wetgever in alle andere, niet vermelde gevallen beroep op rechtsdwaling wel mogelijk acht. Anderzijds kan men de analogieredenering (a similibus ad similia) toepassen en stellen dat de wetgever in beide gevallen een algemeen beginsel verwoordt en derhalve ook in alle andere gevallen beroep op rechtsdwaling uitgesloten is(59).

Art. 1109 en 1110 B.W. dienen derhalve in dit licht geïnterpreteerd te worden. Deze stelling werd o.m. verdedigd in de voorbereidende werkzaamheden(60).

Zoals ook andere ultra-legistische standpunten(61), werd deze stelling door de meeste 19e eeuwse auteurs losgelaten en werd er geleidelijk teruggekeerd naar de visie van het Oud recht.

Laurent maakt hierbij een onderscheid naar de aard van de betrokken wetgeving. Indien de wetgeving het publieke belang raakt (,,l'intérêt social'') is een beroep op rechtsdwaling uitgesloten. Voor de wetgeving die gericht is op bescherming van private belangen is zij wel mogelijk en wordt zij geassimileerd met de feitelijke dwaling(62).

---

(57) Geciteerd in *Pandectes belges*, v° *Erreur de droit*, nr. 8.

(58) Zie uitspraken van Portalis en Berlier, LOCRÉ, M. le Baron, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou Commentaire et complément des codes français*, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, I, 234, 260.

(59) Over het gebruik van deze argumenten in de 19e eeuw, zie BOUCKAERT, B., *De Exegetische School*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 162 et seq.

(60) Zie *Pandectes belges*, v° *Erreur de droit*, nrs. 28 en 153.

(61) Zie hierover BOUCKAERT, B., *De Exegetische School*, Antwerpen Kluwer, 1981, 171 et seq. (de exclusiviteit van de wet), 189 et seq. (de natuur van de cassatiecontrole), 308 et seq. (de leer over het gewoonterecht).

(62) LAURENT, F., *Principes de droit civil*, Brussel, Bruylant-Christophe, 1878, I, nr. 24 en II, nr. 504; Avant-Projet de révision de Code Civil, T.I., 5, nr. 5.

De rechtlijnige Laurent stelde hierbij geen strengere voorwaarden dan bij de feitelijke dwaling, omdat de wet een dergelijk onderscheid niet maakt(63).

In de Pandectes belges (publ. 1891) wordt voorgehouden dat het vermoeden de wet te kennen voor wetten aangaande private belangen slechts iuris tantum is en dus moet wijken voor elk tegenbewijs van onwetendheid(64).

Deze dualistische stellingname is blijven voortleven op een dubbele wijze.

Enerzijds werd wat België betreft tot 1946 rechtsdwaling quasi niet aanvaard in het strafrecht. ,,Dans l'état de société'', aldus de Pandectes, ,,la loi est l'incarnation du droit, le droit de violer la loi serait un nonsens, la proclamation de l'anarchie, la négation de la possibilité du perfectionnement''(65).

Om de maatschappij voor instorting te behoeden werd bv. beslist dat een directrice van een krankzinnigengesticht, die misleid werd door twee ministeriële omzendbrieven aangaande collocatie en daardoor in strijd met de wet zwakzinnigen had opgenomen, zich niet op rechtsdwaling kon beroepen(66).

Anderzijds bleven vele privatisten voorhouden dat rechtsdwaling inzake bestaan en geldigheid van rechtshandelingen niet kan ingeroepen worden voor wetten die de openbare orde raken(67).

Deze dualistische stellingname is op beide vlakken opgeheven. In haar uitspraak van 10 juli 1946 aanvaardt het Hof van Cassatie dat ook in het strafrecht rechtsdwaling als rechtvaardigingsgrond kan gelden op voorwaarde dat zij onoverkomelijk is(68). Hierop werd niet meer teruggekomen. Verder blijken noch in de doctrine, noch in de rechtspraak voorbeelden te vinden te zijn waarbij men voor regelen die de openbare orde raken een andere houding inzake rechtsdwaling zou aannemen.

---

(63) LAURENT, F., *o.c.*, XX, nr. 509.

(64) *Pandectes belges*, v° *Erreur de droit*, nr. 14.

(65) *Pandectes belges*, v° *Erreur de droit*, nr. 81. Cf. bv. HAUS, J.J., *Principes généraux du droit pénal belge*, Gent, Hoste, 1874, II, nrs. 666-667.

(66) Gent, 8 augustus 1883, *B.J.*, 1883, 1448; voor andere voorbeelden van 19e eeuwse rechtspraak i.v.m. rechtsdwaling zie *Pandectes belges*, v° *Erreur de droit*, nrs. 83-99; *Pandectes belges*, v° *Cause de justification*, nrs. 299-321.

(67) Zo bv. DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, 42; voor de Franse doctrine, zie de verwijzingen in GHESTIN, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1971, 53, noot 39.

(68) Cass., 10 juli 1946, *Pas*, I, 1946, 293. Voorzichtige voorlopers op deze rechtspraak vindt men bij HUBERLANT, Ch., *l.c.*, 219.

Ons historisch overzicht besluiten we met te wijzen op de evolutie van de Belgische rechtspraak inzake het ontstaan van het vermoeden „dat iedereen de wet kent". Anders dan in het voorheen vermelde en sinds lang opgeheven art. 1 B.W., voorziet de Belgische wetgeving duidelijk dat wetten slechts bindend worden na de gestelde periode (10 dagen na de publikatie, tenzij anders bepaald)(69). Rechtsleer en rechtspraak besloten hieruit logischerwijs dat het vermoeden van algemene kennis van de wet slechts ontstaat na primo, publikatie in het Staatsblad, secundo, verstrijken van de termijn. Even logisch bleef het Hof van Cassatie gedurende de eerste wereldoorlog, tijdens dewelke de wetsbesluiten van Le Havre onmogelijk konden bekend gemaakt worden in bezet België, door te stellen dat het vermoeden iuris et de iure van algemene kennis van de wet niet geldt in geval van overmacht(70).

Deze rechtspraak werd na W.O. I bruusk omgegooid. In het cassatiearrest van 11 februari 1919 lezen we dat „l'insertion d'une loi au Moniteur n'est pas destinée à la porter à la connaissance du public, mais uniquement à lui imprimer le caractère d'authenticité qui suffit pour que dès ce moment elle soit présumée connue de tous"(71). Op die wijze kan het Hof zich immuniseren tegen elk mogelijk beroep op overmacht ingevolge afwezigheid van bekendmaking gedurende de oorlogsjaren. Deze rechtspraak kan op weinig genade rekenen bij de meeste auteurs(72).

12. MOGELIJKE BETEKENISSEN VAN HET ADAGIUM — „Zwei Seelen wohnen, ach, in meiner Brust". Deze indruk moet dit historisch overzicht wel nalaten. De juridische traditie blijkt enerzijds bezorgd te zijn omtrent de handhaving van de juridische orde en goochelt daarom met een onwerkelijk vermoeden van algemene wetskennis; anderzijds blijft zij niet ongevoelig voor de roep der billijkheid in de vele gevallen waar dit vermoeden kennelijk onjuist is, en laat zij beroep op rechtsdwaling toe. Deze spanning is endemisch voor elke samenleving die publieke orde (al weze zij minimaal) en billijkheid wil verzoenen. Deze spanning kan niet geconsumeerd worden door een of andere vernuftige theorie. Hoogstens kan de rechtswetenschapper pogen enkele rationele criteria te ontwikkelen voor het

(69) Over de evolutie van deze wetgeving, zie HUBERLANT, Ch., *l.c.*, 199 et seq.

(70) Zie Cass., 30 oktober 1916, *Pas.*, 1917, I, 291; Cass., 13 november 1916, *Pas.*, 1917, I, 54; Cass., 5 juli 1917, *Pas.*, 1917, I, 275 (met tegengestelde concl. eerste adv.-gen. Janssens).

(71) Cass. 11 februari 1919, *Pas.*, 1919, I, 9 (met gelijkluidende conclusies van proc.-gen. Terlinden).

(72) Zie geciteerde auteurs bij HUBERLANT, Ch., *l.c.*, 203.

nastreven van enig evenwicht in deze objectieven. Vooraleer hierop in te gaan is het nodig de mogelijke betekenissen van het beruchte adagium na te gaan.

Het adagium kan en werd historisch gezien soms begrepen als een gedragsregel, hetzij voor de burgers, hetzij voor de instanties, belast met toepassing en uitvoering van de wet.

Als *een gedragsregel voor de burger* houdt het adagium het gebod in dat burgers zich behoren op de hoogte te stellen van de wet. De sanctie die zij eventueel oplopen wegens overtreding van een door hen ongekende wetsbepaling is dan meteen een sanctie voor het gebrek aan burgerlijke interesse. Deze interpretatie blijkt te prevaleren in het keizerlijke Rome omtrent keizerlijke bepalingen en in de filosofie van het Rousseauaanse burgerschap (supra, nr. 10).

Als een *gedragsregel voor de publieke instanties*, belast met toepassing en uitvoering van de wet houdt het adagium in dat wetten onverbiddelijk moeten toegepast worden, ook indien beweerd wordt en zelfs indien blijkt dat de rechtsonderhorige niet in kennis was en zelfs niet in kennis kon zijn van de wet.

Deze interpretatie blijkt te prevaleren in de aangehaalde cassatierechtspraak van onmiddellijk na W.O. I (supra, nr. 11). We merken op dat deze rechtspraak zich moeilijk verdraagt met de uitvoerige rechtspraak waarin rechtsdwaling, zij het verpakt als feitelijke dwaling, wordt aanvaard. Hoe kan men immers aanvaarden dat burgers in vredestijd zich mogen beroepen op hun onwetendheid of verkeerd inzicht in regelmatig gepubliceerde wetgeving, wijl men niet zou aanvaarden dat burgers in oorlogstijd zich zouden beroepen op onwetendheid omtrent een voor hen op dit ogenblik onmogelijk te kennen wetgeving!

Voormeld adagium kan tevens geïnterpreteerd worden als een *bewijsregel*. Het stelt alsdan een wettelijk vermoeden in dat iedereen de regelmatig gepubliceerde wetgeving kent en legt de bewijslast op aan degene die het tegenovergestelde beweert.

In deze interpretatie kunnen twee varianten onderkend worden.

Primo, de regelmatige publikatie schept een vermoeden *iuris et de iure*, dat alleen maar door het bewijs van overmacht omtrent de publikatie en de mogelijkheid tot kennisname van de wet kan ontkracht worden.

Deze interpretatie wordt aan het adagium gegeven in de voorbereidende werken van de Code Civil, en in het strafrecht gedurende de 19e eeuw (supra, nr. 11).

Secundo, de regelmatige publikatie schept een vermoeden *iuris tantum*, dat door elk bewijsmiddel kan weerlegd worden. In deze zin wordt het adagium verstaan in de privaatrechtelijke doctrine en rechtspraak en in de recente (sinds 1946) strafrechtelijke rechtspraak. In deze zachte vorm betekent het adagium aldus dat niemand onwetendheid of verkeerd inzicht omtrent de wet mag *voorwenden*, ten einde zich aan de toepassing van de wet te onttrekken. Hij zal op zijn minst deze onwetendheid moeten bewijzen.

13. DE PLICHTEN VAN LYCURGUS — Behoudens één belangrijke uitzondering lijkt de laatste betekenis van het adagium, nl. als bewijsregel met een iuris tantum-vermoeden van wetskennis, de enige te zijn die zich verdraagt met de filosofie van de rechtstaat(73).

De uitzondering betreft de onvervreemdbare mensenrechten voortvloeiend uit het natuurrecht.

In onze rechtstatelijke traditie wordt de politieke autoriteit, ook al is zij democratisch verkozen, niet als een totaal soevereine instantie beschouwd, wiens macht zich in de omnipotentie en omnicompetentie zou uitstrekken. Deze visie, die relatief populair was in de eerste helft van onze eeuw en wellicht bijdroeg aan linkse en rechtse totalitaire regimes(74) werd in de rechtsfilosofische literatuur grotendeels verlaten na de bittere ervaringen van de Tweede Wereldoorlog.

Er is een consensus gegroeid omtrent de fundamentele begrenzing van de macht van de wetgever, nl. de eerbied voor de onvervreemdbare mensenrechten, trouwens grotendeels geformaliseerd in grondwetten en internationale verdragen.

Kan men derhalve het inroepen van rechtsdwaling aanvaarden m.b.t. de eerbied van deze fundamentele mensenrechten? Mag men voor de rechter onwetendheid inroepen omtrent de plicht zijn medemens niet van het leven te beroven, niet te verkrachten, niet te bestelen, niet met opzet of door grove nalatigheid schade te berokkenen?

De traditionele fundering van deze universele en onvervreemdbare mensenrechten in het natuurrecht, lijkt een negatief antwoord op deze vraag te impliceren. De natuurrechtelijke traditie houdt immers, doorheen al haar varianten, voor dat de fundamentele ethisch-juridische rechten en plichten samenhangen met de natuur van de mens

(73) Over de rechtstaat en de evolutie van dit idee zie VAN DUN F., „De rechtstaatsgedachte in de Europese rechtsfilosofische traditie", in *Recht en macht*, STORME, M. (ed.), Brussel, 1990, 13 et seq.

(74) Zie hierover WINTGENS, L., *Rechtspositivisme en wetspositivisme. Een rechtstheoretische en rechtsfilosofische analyse*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 86-104.

en derhalve door elk, met rede begaafd wezen, kunnen gekend worden(75).

Wanneer we terecht eisen dat de wetgever het supra-positieve recht respecteert omdat we er ondermeer van uitgaan dat de wetgever dit natuurrecht kan kennen, dan lijkt het redelijk een dergelijke eis ook te stellen aan elke burger, die in het bezit is van zijn normale geestelijke vermogens. In een rechtstaat kan van de burger geëist worden dat hij zijn aangeboren gaven tot rationele morele reflectie aanwendt ten einde te leven in overeenstemming met zijn natuurrechtelijke limieten, i.e. de fundamentele rechten van de anderen. Een beroep op rechtsdwaling terzake zou derhalve uitgesloten moeten zijn. De vaststelling van de rechter dat er sprake is van rechtsonwetendheid terzake zou eigenlijk meteen impliceren dat er sprake is van onvermogen op het vlak van morele vermogens en dat men tot ontoerekenbaarheid moet besluiten.

De natuurrechtelijke uitzondering i.v.m. het beroep op rechtsdwaling moet evenwel uiterst omzichtig gehanteerd worden. Er moet op gewezen worden dat vele natuurrechtelijke principes grijze randzones vertonen waarin hun geldigheid betwistbaar is. Geldt de regel „gij zult niet doden" even sterk voor het ongeboren als voor het geboren leven? Zo ja, dan was het Brusselse Hof van Beroep destijds fundamenteel fout door te aanvaarden dat het akkoord tussen de procureurs-generaal, om in afwachting van een parlementair debat de strafbepalingen m.b.t. abortus niet toe te passen, bij vervolgde geneesheren een onoverkomelijke dwaling in het leven had geroepen(76). De geneesheren hadden immers door eigen morele bezinning maar moeten weten dat ook ongeboren leven onder de bescherming van de natuurwet viel en konden terzake dus niet onwetend zijn. Weinigen zullen, naar ik vermoed, bereid zijn deze redenering te volgen. Ook wanneer men van mening is dat het ongeboren leven door de natuurwet beschermd is, dan nog zal men moeten toegeven dat hieromtrent een enorme controverse bestaat bij ethici en rechtsfilosofen en dat tengevolge van het ontbreken van een „recta ratio" terzake, de houding der vervolgingsmagistraten de betrokkenen op een onoverkomelijke wijze heeft misleid.

Houdt men rekening met deze grijze zones, dan zal de natuurrechtelijke uitzondering inzake rechtsdwaling van weinig praktisch belang zijn.

---

(75) Over de relatie tussen rede en natuurrecht, zie VAN DUN, F., *Het fundamenteel rechtsbeginsel*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 606 p.

(76) Brussel, 30 juni 1983, *J.T.*, 1983, 522.

Voor de natuurrechtelijke principes, die voor de morele goedgemeente evident zijn, zullen weinigen de schaamte dermate voorbij zijn dat zij rechtsdwaling zouden durven inroepen.

Het overgrote deel van de wetgeving betreft echter niet het moreel gegeven recht, maar behoort daarentegen tot het geconstrueerd recht. De wet zegt niet alleen dat men niet mag doden, maar bepaalt ook wat de prijs is van het humane fibrinogeen Rode Kruis-concentraat per gram(77). De wetgever is niet alleen het orakel van de ,,nomocratie'', hij is ook de raad van bestuur van een reusachtige telocratie, de N.V. België of de Stichting Nederland(78). Voor het gros van de wetsbepalingen geldt de hierboven gemaakte natuurrechtelijke uitzondering niet. Voor deze bepalingen moet het ,,iuris tantum'' mogelijk zijn op basis van rechtsdwaling het vermoeden van wetskennis te ontkrachten.

Het is ongetwijfeld juist dat in een goede republiek (in de zin van ,,res publica'', niet in de zin van staatsvorm) de burgers de wetten naleven en derhalve de wetten moeten kennen. Indien dit niet het geval blijkt te zijn, faalt de werking van de republiek en dient er een signaal gegeven te worden tot bijsturing.

In de Jacobijnse, Rousseauaanse filosofie, die tot lang in de 19e eeuw doorklinkt, werd de schuld voor deze faling eenzijdig bij de burger gelegd. Immers de republiek kan niet dwalen, ,,la volonté générale est toujours droite''(79). Een beroep op dwaling omtrent het recht diende derhalve steeds te leiden tot een signaal naar de burger toe; hij diende de gevolgen van zijn gebrekkige wets- of rechtskennis maar te dragen, in de hoop dat de burger hieruit wel de nodige gevolgen zou trekken.

Een dergelijke eenzijdige culpabilisering verdraagt zich niet met de rechtsstaatsfilosofie, volgens dewelke men ook eisen van redelijkheid aan de wetgever kan stellen. Ook van de wetgever mag verwacht worden dat hij zich gedraagt als een goede huisvader en derhalve op een redelijke en zorgvuldige wijze zijn wetgeving uitbouwt en verwoordt. Wanneer onvervaarde regelzucht uitloopt op een ,,legislomanie''(80) en de burger slechts mits hoge kosten de juridische toedracht van zijn handelen kan achterhalen, dan moet het signaal naar die wetgever gericht worden.

---

(77) M.B., 15 juni 1991, *B.S.*, 23 juli 1991.

(78) Over het onderscheid nomocratie-telocratie, uitgewerkt naar onze Belgische rechtsorde toe, zie GIJSSELS, J., *Recht, ruim bekeken*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 294 et seq.

(79) ROUSSEAU, J.J., *Du contrat social*, Parijs, Garnier-Flammarion, 1966, 66.

(80) Zie hierover STEVENS, J., ,,Hoe gemeen is het gemene recht'', *R.W.*, 1979-80, 1601.

Het inwilligen van rechtsdwaling kan dikwijls als een dergelijk signaal geïnterpreteerd worden. Wanneer de rechter oordeelt dat de burger in het specifiek geval het recht niet op een redelijke wijze kan kennen, dan wordt meteen een sein gegeven dat de bal in het kamp van de wetgever ligt.

SECTIE III

VEREISTEN VAN RECHTSDWALING

14. VERSCHOONBAARHEID — De vereiste van verschoonbaarheid is, de assimilatiedoctrine indachtig (cfr. supra, nr. 3), zowel op feitelijke als op rechtsdwaling van toepassing. Historisch gezien is er om een dubbele reden een bijzonder verband tussen rechtsdwaling en verschoonbaarheidsvereiste. Primo, werd de verschoonbaarheidsvereiste door de doctrine van het Ancien Régime voornamelijk opgeworpen om het inroepen van de rechtsdwaling aan banden te leggen. Zo zegt Pothier: ,,Une personne n'est pas recevable à allèguer l'ignorance de son propre fait ou de quelque autre chose dont il lui a été facile de s'informer. C'est pour cette raison que l'erreur de droit n'est pas une cause de restitution pour les majeurs, parce qu'ils ont pu consulter et se faire informer de leurs droits''(81).

Secundo, brak de verschoonbaarheid als vereiste voor vernietigende dwaling in de Belgische rechtspraak definitief door naar aanleiding van een geval van rechtsdwaling. Het Hof van Cassatie vond er in haar arrest van 6 januari 1944 geen graten in dat het Brusselse beroepshof de dwaling van de verzekeraar omtrent de kwalificatie van een ongeval als beroepsongeval onverschoonbaar achtte en derhalve bij wijze van vergoeding de verzekeringsovereenkomst behield(82). ,,Nam et solere sucurri non stultis sed errantibus''(83). Het onderscheid tussen de dwalenden en de dwazen, dat zolang door de doctrine werd benadrukt vond alsdan ook zijn weg naar de rechtspraak(84).

Coipel wijst erop dat het systematische beroep op de verschoonbaar-

(81) POTHIER, *Oeuvres, Traité de procédure civile*, IV, 175. Voor gelijkaardige stemmen uit het oud recht zie GHESTIN, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1971, 146.

(82) Cass., 6 januari 1944, *Pas.*, 1944, I, 133, met noot R.H.

(83) De spreuk wordt geciteerd door DONEAU, *Commentaire*, Livre I, chap. XXI, § 4.

(84) Over de historische evolutie terzake van Frankrijk, zie GHESTIN, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1971, 149 et seq.; voor België zie DABIN, J., ,,Erreur inexcusable et nullité des conventions'', *Etudes de droit civil*, 1947.

heidsvereiste door de rechtspraak in samenhang moet gezien worden met de verslapping inzake het substantieel karakter (cf. infra, nr. 17). Om de rechtszekerheid inzake overeenkomsten enigzins te vrijwaren wordt stijging van het aantal nietigheden inzake de verruimde leer inzake substantiële dwaling afgeremd via de rem van de verschoonbaarheid(85). Tevens wijst hij op het sluipend gevaar dat de verschoonbaarheidsvereiste wel eens het vehikel zou kunnen worden om de harde versie van het adagium „Nemo censetur..." terug in te voeren. Dat dit gevaar niet denkbeeldig is, bewijst een cassatiearrest, waarbij geen graten werden gezien in een vonnis van de Luikse werkrechtersraad, stellende dat een werkgever, die zich vergist had omtrent ingewikkelde loonbarema's van zijn handelsvertegenwoordiger, krachtens vermeld adagium zijn onwetendheid niet mocht inroepen ter vernietiging van de overeenkomst(86).

Met Coipel zijn we van oordeel dat de verschoonbaarheidsvereiste dezelfde moet zijn voor feitelijke en voor rechtsdwaling. Primo zou een verkramping terzake ons terug leiden naar de harde visie van het adagium „Nemo censetur ignorare legem", een versie die we onverzoenbaar achtten met de rechtstaatsfilosofie (supra, nr. 13). Secundo moet erop gewezen worden dat de grote „kost" van dwaling als nietigheidsgrond gelegen is in de stabiliteit van het contractueel verkeer, wijl de „winst" erin gelegen is dat de integriteit der wilsautonomie erdoor wordt gevrijwaard(87). Welnu, de kosten en baten inzake beide juridische finaliteiten zijn gelijk voor feitelijke als voor rechtsdwaling. Er is terzake geen reden om te discrimineren.

De vraag rijst vervolgens hoe hoog de lat van de verschoonbaarheid moet gelegd worden. Volgens Dabin, de geestelijke vader van deze leer in België althans, in feite zeer laag. De dwaling is slechts onverschoonbaar wanneer betrokkene „une erreur lourde, sans aucune excuse"(88) kan ten laste gelegd worden. Coipel wijst erop dat deze beperking van de dwaling, is ingegeven door de zorg niet te sterk af te wijken van het gemeen recht, dat een dergelijke beperking eigenlijk niet voorziet(89). Deze stelling blijkt echter niet onverdeeld

(85) COIPEL, M., *l.c.*, 206; in dezelfde zin: GHESTIN, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1971, 153.

(86) Cass., 28 juin 1968, *Pas.*, I, 1968, 1237.

(87) In dezelfde zin COIPEL, M., *l.c.*, 214.

(88) DABIN, J., *o.c.*, 48.

(89) COIPEL, M., *l.c.*, 212.

gesteund te worden door de rechtspraak, noch in België(90), noch in Frankrijk(91).

Terecht merkt Coipel op dat het zeer moeilijk is precies te onderscheiden wanneer men terzake een lichte, een zware fout, een zware fout zonder excuus begaat. Hij stelt twee praktische regelen voor, die het gewenste effect, dat J. Dabin wou bekomen, kunnen naderbij brengen.

Primo, kan men de bewijslast voor de onverschoonbaarheid bij de tegenpartij leggen. Verschoonbaarheid wordt dan vermoed(92).

Secundo, kan men afstappen van de culpa in abstracto en de zorgvuldigheid, die men van de errans vereist, laten afhangen van de concrete context van het geval. Deze beoordeling in concreto bleek steun te vinden in de rechtspraak(93)

Dikwijls werd er rekening gehouden met de persoonlijke toestand van betrokkene (geletterd, professioneel, enz.). Wij illustreren dit met enkele gevallen van rechtsdwaling.

Zo stelde het beroepshof van Aix-en-Provence dat een verzekeringsmaatschappij zich bestendig op de hoogte moet houden van de evolutie van de rechtspraak, en een tekortkoming terzake niet als dwaling kan aangemerkt worden(94). Zo was het beroepshof van Rennes van oordeel dat een ondertekenaar van een lening, die zich niet bewust was van het juridisch karakter van de lening, slechts ,,un simple cultivateur'' was en derhalve compleet was aangewezen op de goede trouw van de wederpartij(95). Zo oordeelde de rechtbank van Doornik dat de dwaling van de verzekeraar, die verzaakt heeft aan verdeling van aansprakelijkheid op basis van een verklaring van een verzekeringsagent, niet verschoonbaar is(96).

---

(90) Zo bv. niet in de geruchtmakende zaak ,,Freddy'', (Cass., 10 april 1975, *A.C.*, 1975, 871 en *R.C.J.B.*, 1978, 198, met noot COIPEL, M.), waarop we verder terugkomen. Andere afwijkende rechtspraak wordt vermeld door COIPEL, M., *l.c.*, 212 en door DIRIX, E. en VAN OEVELEN, A., ,,Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992)'', *R.W.*, 1992-93, (1209) 1216.

(91) Zie GHESTIN, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1971, 156.

(92) Over de samenhang van bewijslast en grondslag van de onverschoonbare dwaling, zie KRUITHOF, R., ,,Verbintenissen. Overzicht van rechtspraak (1974-1980)'', *T.P.R.*, 1983, (495), nr. 46.

(93) Zie COIPEL, M., *l.c.*, 213; SACE, J., noot onder Mons, 19 maart 1980, *Rev.Not.B.*, 1980, (264) 268-269, nr. 8; GHESTIN, J., *Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat: formation*, Paris, L.G.D.J., 1988, nr. 398.

(94) Aix-en-Provence, 8 april 1908, D. 1909, 2, 367, geciteerd door GHESTIN, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1971, 164.

(95) Geciteerd door GHESTIN, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1971, 157.

(96) Rb. Doornik, 6 janvier 1982, *R.G.A.R.*, 1983, nr. 10676.

De beoordeling in concreto van de fout van de errans, zou ook andere omstandigheden uit de context van de zaak moeten kunnen behelzen. Zo werd soms rekening gehouden met het al dan niet ingewikkeld karakter van de zaak. Zo was het beroepshof van Besançon van oordeel dat de dwaling van een erfgenaam omtrent een erfrechtelijke devolutie (hij had zijn nicht als rechtstreekse erfgenaam voorgesteld), zo onvergeeflijk was dat de verkoop die hierdoor gesloten werd niet kon vernietigd worden(97). Ook de rechtbank van Luik was van oordeel dat een dwaling omtrent een rechtspunt, dat in een gepubliceerd cassatiearrest was beslecht geworden, niet verschoonbaar kan zijn(98).

De meest recente rechtspraak in België, inzake de dwaling in het algemeen, lijkt dan weer te wijzen op een vasthouden aan de in abstracto beoordeling inzake onverschoonbaarheid(99).

Andere concrete omstandigheden zouden kunnen zijn: het ingewikkelde en instabiele karakter van de wetgeving, de verwarring gecreëerd tengevolge van de staatshervorming, de multiplicatie van normgevers tengevolge van de Europese eenmaking. Vanuit de rechtstaatsfilosofie en de toepassing van het goede huisvader-criterium op de wetgever, is een verwijzing naar dergelijke elementen uit de concrete context zeker gerechtvaardigd. Voor wat privaatrechtelijke rechtspraak betreft lijken deze omstandigheden niet expliciet te spelen.

15. ONOVERKOMELIJKHEID — Zoals uit ons historisch overzicht bleek (cfr. supra, nr. 11) is het aanvaarden van rechtsdwaling in het strafrecht een recent fenomeen. In het cassatiearrest van 8 juli 1946 werd gesteld dat „... en principe, l'erreur de droit ou l'ignorance de la loi ne constitue pas une cause de justification, il en est autrement lorsqu'en raison de circonstances spéciales à l'espèce elle apparaît

(97) Besançon, 1 maart 1864, *D.P.*, 1864, 2, 61, geciteerd door GHESTIN, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1971, 149.

(98) Rb. Liège, *J.L.*, 1980, 289.

(99) Mons, 29 december 1987, *De Verz.*, 1989, 113, noot LAMBERT, M.; Brussel, 29 maart 1988, *Rev.Not.B.*, 1988, 379; Rb. Hasselt, 16 december 1986, *R.G.A.R.*, 1989, nr. 11.536; Rb. Hasselt, 3 oktober 1989, *T.B.B.R.*, 1990, 367. In dezelfde zin: KRUITHOF, R., „Verbintenissen. Overzicht van rechtspraak (1974-1980)", *T.P.R.*, 1983, (495), nr. 46; VAN OMMESLAGHE, P., „Examen de jurisprudence, Les obligations, 1974-82", *R.C.J.B.*, 1986, 60, nr. 14; DIRIX, E. en VAN OEVELEN, A., „Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992)", *R.W.*, (1209), nr. 20.

comme invincible''(100). Het vereiste van onoverkomelijkheid gold reeds voor de feitelijke dwaling, sinds van oudsher erkend als een rechtvaardigingsgrond. Het Hof breidde de bestaande leer uit naar rechtsdwaling.

De juridische grondslag van de dwaling in het strafrecht werd door het Hof gevonden in een algemeen beginsel van het strafrecht inhoudende dat onoverkomelijke onwetendheid of overmacht een rechtvaardigingsgrond kunnen zijn. Van dit algemeen rechtsbeginsel zou derhalve in art. 71 Sw. een toepassing gemaakt zijn(101).

De vraag kan gesteld worden of onverschoonbaarheid in het privaatrecht en onoverkomelijkheid in het strafrecht twee vlaggen zijn, die dezelfde lading dekken. Heeft er zich sinds W.O.II een gemeenschappelijke theorie omtrent de dwaling ontwikkeld, zoals Legros in 1953 nog verhoopte?(102)

Een dergelijk toegroeien naar elkaar blijkt vooreerst niet uit de gebruikte formules omtrent onoverkomelijkheid.

Uit de rechtspraak en rechtsleer terzake blijkt dat voor onoverkomelijkheid in feite twee voorwaarden worden gesteld.

Primo, de dwaling had begaan geweest door elke voorzichtige en redelijke persoon geplaatst in dezelfde omstandigheden.

Secundo, de dwaling moet het gevolg zijn van een vreemde oorzaak die helemaal niet kan toegerekend worden aan de errans(103).

Deze voorwaarden laten niet alleen uitschijnen dat goede trouw in hoofde van de errans helemaal niet volstaat, maar dat bovendien bewezen moet worden dat er geen culpa in abstracto is.

---

(100) Cass., 8 juli 1946, *Pas.* 1946, I, 293. VANHOUDT en CALEWAERT wijzen erop dat dit arrest niet los kan gezien worden van de oorlogsomstandigheden en de institutionele verwarring die ermede samenhing. Het arrest had immers betrekking op leveranciers aan de Reichsbahn, die in de overtuiging waren gebracht dat hun levering vereist was voor de economische toestand van het land (VANHOUDT, C.J. en CALEWAERT, W., *Belgisch strafrecht*, Gent, Story-Scientia, 1976, II, 404).

(101) Cass., 6 okt. 1952, *Pas.*, 1953, I, 37; dit beroep op een algemeen rechtsbeginsel werd bevestigd in Cass., 13 juni 1980, *A.C.*, 1979-80, 1276 en *R.W.*, 1980-81, 586 en a contrario in Cass., 19 dec. 1980, *A.C.*, 1980-81, 449. In dit laatste arrest wordt gezegd dat het voorkomen van wetsbepalingen inzake dwaling of noodtoestand niet betekent dat een algemeen rechtsbeginsel zou bestaan dat ,,niemand zijn dwaling omtrent het recht tot verschoning mag inroepen''.

(102) LEGROS, R., ,,Vers une theorie uniforme de l'erreur'', *J.T.*, 1953, 337.

(103) Zie o.m. Cass., 10 juli 1946, *Pas.*, 1946, I, 293; Cass., 23 januari 1950, *Pas.*, 1950, I, 348; Cass., 6 oktober 1952, *Pas.*, 1953, I, 37; Cass., 23 mei 1977, *A.C.*, 1977, 973; Cass., 19 mei 1987, *R.W.*, 1987-88, 675; VANHOUDT, C.J. en CALEWAERT, W., *o.c.*, II, 404; DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, nr. 494; TULKENS, F. en VANDE KERKHOVE, M., *Introduction au droit pénal*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 240; VANDEN WIJNGAERT, Ch., *Strafrecht en Strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1991, 287.

Desmet(104) wijst op talrijke rechtspraak waaruit blijkt dat de rechter van de burger wel degelijk eist dat hij een behoorlijke inspanning levert om de wet te kennen en te begrijpen. De rechtspraak stelt bovendien eisen aan wie eventueel advies moet gevraagd worden en aan welke voorwaarden dit advies moet voldoen.

Faure ziet evenwel een beperkte concretisering in het hanteren van de bonus pater familias-standaard terzake(105). Hij leidt dit in het algemeen af uit de gehanteerde formule van ,,elk vooruitziend, voorzichtig en redelijk mens *onder dezelfde omstandigheden*'' (mijn cursivering). Deze zinsnede op zichzelf genomen houdt echter niet noodzakelijk een concretisering in van de zorgvuldigheidsstandaard. Naargelang de omstandigheden (bv. de hoegrootheid en de complexiteit van risico's) zal de bonus pater familias zijn voorzorgsmaatregelen (,,preventiekosten'') uiteraard moeten aanpassen teneinde eenzelfde resultaat te bereiken. Daarom is de bonus pater familias echter nog niet geconcretiseerd.

In de gevallen van rechtspraak die Faure aanhaalt blijkt echter wel een concretisering. Zo houdt de rechtspraak bestendig rekening met de positie van de errans en met de voorgeschiedenis van de errans. Blijkt de errans een bedrijfsleider te zijn betrokken in milieuvergunningsplichtige activiteiten, dan legt de rechtbank de lat hoger(106), blijkt de betrokkene reeds eerder veroordeeld te zijn dan is hij verwittigd geweest, enz.

Uit deze voorbeelden blijkt overwegend dat concretisering m.b.t. onoverkomelijke dwaling vnl. betekent dat voor sommige categorieën, inzonderheid voor de ,,professional'', de lat *hoger* wordt gelegd dan de klassieke bonus pater familias. Er blijft derhalve een verschil bestaan met de rechtspraak inzake de onverschoonbare dwaling. Hierin wordt dikwijls een zware fout vereist en, indien er sprake is van in concreto-beoordeling, dan betekent dit meestal dat voor ,,juridisch zwakkeren'' de lat lager wordt gelegd (cf. supra, nr. 13).

Inzake de zorgvuldigheidsstandaard blijft er een wijde kloof gapen tussen onoverkomelijkheid en verschoonbaarheid.

Voegen we hieraan toe dat ook inzake de tweede voorwaarde, nl. de vreemde oorzaak die voor de errans een onoverkomelijke hindernis heeft geschapen, de rechtspraak niet erg scheutig is. Voorbeelden van

(104) DESMET, B., *l.c.*, 1291 en aldaar geciteerde rechtspraak.

(105) FAURE, M., *l.c.*, 939.

(106) FAURE, M., *l.c.*, 940-943; zie ook DESMET, B., *l.c.*, 1291-1292.

dergelijke vreemde oorzaken zijn: de complexiteit van de wetgeving, het gedogen door de overheid, het verkeerd advies. Inzake complexiteit van de wetgeving lijkt de rechter weinig medeleven te betonen met de slachtoffers der ,,legislomanie'' (cfr. supra, nr. 12). In de meeste gevallen wordt dit weggewimpeld met het argument dat men zich beter had moeten informeren(107). Alleen in Bergen lijkt enig mededogen te bespeuren te zijn. Zo aanvaardt het Hof van Beroep rechtsdwaling in hoofde van een opticien omdat de bevoegdheden van dit beroep, i.t.t. andere beroepen, onduidelijk waren omschreven(108). Ook inzake gedogen van de overheid(109) en verkeerd advies (zie infra, nr. 16) is men restrictief.

Legros ontwaarde een naar elkaar toegroeien van de theorie over dwaling in het strafrecht en in het privaatrecht in twee convergerende bewegingen: enerzijds werd in het burgerlijk recht het dogma van de bescherming van de werkelijke wil der errans losgelaten door de verschoonbaarheidsvereiste te stellen; anderzijds werd in het strafrecht het dogma van het crimineel opzet losgelaten, daar voor de opzettelijke misdrijven dwaling alsdusdanig niet meer volstaat, maar onoverkomelijkheid moet bewezen worden(110).Hij ziet in beide bewegingen een loslaten van de individualistische conceptie van de subjectieve wil en een vervanging ervan door bekommernissen van sociaal verweer en ,,sociale zekerheid in het burgerlijk recht''.

Als postulaat blijft Legros' stellingname het voorwerp van een belangwekkende discussie, waarop wij verder nog ingaan (cfr. infra, nrs. 18-19). Als profetie is deze stelling niet bewaarheid geworden.

16. VERKEERD ADVIES — De stijgende complexiteit van de regelgeving creëert een grotere behoefte via allerlei juridische adviezen. Wijl vroeger het juridisch advies hoofdzakelijk geschiedde n.a.v. procedures, is in de moderne ,,vergunningsstaat'' omtrent meer en meer activiteiten behoefte aan informatie over het reglementaire web, dat deze activiteiten omsluit. Vandaar besteden we aan de vraag in hoeverre verkeerd juridisch advies een element kan zijn voor de verschoonbaarheid (privaatrecht) of de onoverkomelijkheid (strafrecht) van de dwaling, een aparte paragraaf.

---

(107) Zie FAURE, M., *l.c.*, 941 en de aldaar geciteerde rechtspraak.

(108) Mons, 20 mei 1987, *J.T.*, 1987, 501. Een ander vonnis met gelijkaardige strekking, wordt geciteerd en ,,curieus'' genoemd door Faure, nl. Corr. Mons, 21 januari 1955, *J.T.*, 1956, 234.

(109) FAURE, M., *l.c.*, 944-946.

(110) LEGROS, R., *l.c.*, 337. Deze stelling hangt samen met Legros' inzichten over het moreel element in misdrijven, verdedigd in LEGROS, R., *L'élément moral dans les infractions*, Liège, Desoer, 1952.

In de burgerlijke rechtspraak en rechtsleer werd doorgaans vrij ruim aanvaard dat de leek, bedonderd door een slecht juridisch advies een verschoonbare rechtsdwaling kon inroepen(111). Zoals eerder gezegd is de dwaling verschoonbaar wanneer een redelijk iemand ze zou hebben begaan. Redelijkerwijs mag men aannemen dat juristen het recht kennen of toch afdoende weten te achterhalen. Het vragen van advies en het voortgaan op dit advies staat derhalve borg voor de verschoonbaarheid van de dwaling.

Dit vermoeden wordt nog versterkt door het aantal en kwaliteit van de raadgevers. Indien er een consensus is tussen meerdere geraadpleegden, vindt het adagium ,,Error communis facit ius'' toepassing en heeft men een situatie, analoog met deze van de rechtsschijn(112). Brouwers begaan, na het inwinnen van raad bij ,,les plus éminents jurisconsultes'', een verschoonbare rechtsdwaling(113).

Groot blijkt dan ook de consternatie bij vele juristen omtrent het cassatiearrest van 10 april 1975. Een oude dame had bij testament het beschikbaar gedeelte van haar erfenis aan haar twee kleinzonen vermaakt, bovendien beschikkende dat wanneer één kleinzoon zou verzaken zijn deel de ander zou toevallen. Freddy, één der twee kleinzonen beslist, na het overlijden van grootmoeder, aan zijn legaat te verzaken in de overtuiging dat zijn deel zijn vader, enige zoon van overledene, zal toekomen. In die zin was hij plomp verkeerd geadviseerd door twee juristen, de raadsman van zijn vader en de instrumenterende notaris. Het Hof van Cassatie oordeelde uiteindelijk dat een op zichzelf onverschoonbare en niet onoverkomelijke dwaling niet verschoonbaar of onoverkomelijk wordt door het feit dat zij eveneens begaan wordt door juridische raadslieden(114). ,,Is dit, aldus Jo Stevens, niet het ,,dura lex, sed lex'' in al zijn verschrikking? Het grote onrecht van de wrede spreuk: ,,Stultis non succuritur''. De dwazen worden niet geholpen?''(115)

---

(111) Zie COIPEL, M., *l.c.*, 215 en de aldaar geciteerde rechtspraak; voor Frankrijk zie DECOTTIGNIES, 327;

(112) Zie bv. de beroemde zaak van de huwelijken van Montrouge, waarin de burgemeester zich had laten vervangen door een gemeenteraadslid, wijl de wet voorschreef dat het eerst ingeschreven lid hem diende te vervangen. Het Franse Hof weigerde deze huwelijken nietig te verklaren (Cass. Fr., 7 augustus 1883, *Sir.*, 1884, 1, 5).

(113) Kh. Brussel, 12 november 1906, *J.T.*, 1906, 1296.

(114) Cass., 10 april 1975, *A.C.*, 1975, 871.

(115) STEVENS, J., ,,Hoe gemeen is het gemene recht?'', *R.W.*, 1979-80, 1617; zie ook kritische bedenkingen bij COIPEL, M., *l.c.*, 217-219; KRUITHOF, R., ,,Verbintenissen. Overzicht van rechtspraak (1974-1980)'', *T.P.R.*, 1983, (495) 553.

Coipel stelt de vraag of met deze uitspraak de burgerlijke rechter de strafrechter niet in strengheid klopt. Inderdaad, de strafrechter is streng voor rechtsdwaling tengevolge van verkeerd advies. De strafrechter handhaaft tegenover de leek, die zich beraadt bij juridische specialisten, onverkort de standaard van de redelijke persoon. Het advies moet van dien aard zijn dat elk redelijk persoon hierdoor in de mening zou gebracht zijn dat het een correcte weergave is van de wettelijke verplichtingen(116). Het aanvoeren van misleiding door verkeerd advies volstaat dus niet voor onoverkomelijkheid.

Arnou en Desmet vermelden nog enkele specifieke voorwaarden, waaraan het advies moet voldoen om tot onoverkomelijkheid in de rechtsdwaling te leiden.

Zo moet het advies:

— uitgaan van een competent persoon(117);
— het moet opgevolgd zijn geworden door de errans;
— het advies moet volledig zijn(118);
— het advies moet persoonlijk gericht zijn tot diegene die zich erop beroept(119);
— op de errans drukt een blijvende informatieplicht; hij mag zich derhalve niet blindstaren op het advies(120).

De rechtspraak lijkt derhalve wel uitermate streng voor de juridische leek. Men moet zich evenwel hoeden voor een te snelle beoordeling.

Het is immers evident dat de juridische leek die, misleid door verkeerd juridisch advies, opgescheept blijft zitten met een overeenkomst die hij uiteindelijk niet wou, steeds schadevergoeding kan eisen van zijn adviseurs. De vaststelling van onverschoonbaarheid, die in het vonnis, dat de vernietiging weigert, wordt gemaakt, zal

(116) Zie DESMET, B., *l.c.*, 129; zie ook FAURE, M., *l.c.*, 942, en aldaar geciteerde rechtspraak; zie ook ARNOU, P., „Wetenschappelijke expertise en onoverwinnelijke dwaling", noot bij Corr. Brugge, 8 november 1984, *R.W.*, 1985-86, 1230.

(117) Zie in die zin ook de Nederlandse rechtspraak: H.R., 13 december 1960, *N.J.*, 1961, 416. Wie competent is, blijkt voor uiteenlopende interpretatie vatbaar. Zo werd de vakbond wel competent geacht voor een advies omtrent een (in werkelijkheid onwettelijke) bijbetrekking van een werkloze (Corr. Veurne, 3 juni 1983, *R.W.*, 1983-84, 2760), maar een loketbediende van het openbaar bestuur is dit blijkbaar niet (Antwerpen, 17 mei 1989, *R.W.*, 1990-91, 473).

(118) Cass., 19 mei 1987, *R.W.*, 1987-88, 675, met noot VERSTRAETEN, R.

(119) DESMET, B., *l.c.*, 1294 en geciteerde rechtspraak.

(120) DESMET, B., *l.c.*, 1294 en geciteerde rechtspraak.

uiteraard in deze vordering tot schadevergoeding kunnen aangevoerd worden.

Ingeval de vernietiging voor rechtsdwaling wel wordt toegekend dan kunnen ofwel de schadelijdende medecontractant ofwel de errans zelf die desgevallend tot schadevergoeding aan zijn medecontractant werd veroordeeld, op hun beurt schadevergoeding eisen van de adviseur.

Indien de rechtsbedeling inzake beroepsaansprakelijkheid keurig verloopt, is vermelde rechtspraak inzake de vernietiging van overeenkomsten van de leek niet per se onrechtvaardig.

In het strafrecht stellen de zaken zich evenwel iets anders. De juridische leek die door foutief juridisch advies strafrechtelijk veroordeeld wordt, lijdt dikwijls een schade die moeilijk in pecuniaire termen te vertalen valt. Zelfs indien de beroepsaansprakelijkheid van de juridische raadsman terzake behoorlijk functioneert, dan nog zal de juridische leek het slachtoffer blijven van een zeer strenge politiek inzake onoverkomelijke dwaling. Anderzijds ligt het voor de hand dat een zeer gulle politiek ter zake de preventieve werking van het strafrechtelijk systeem kan ondermijnen en bovendien collusie in de hand kan werken tussen cliënt en juridisch raadsman.

Een mogelijke tussenoplossing zou kunnen zijn dat in gevallen van niet-onoverkomelijke dwaling, waarbij de fout duidelijk bij de juridische raadsman ligt, de straf alleen maar pecuniair zou kunnen zijn. Op die wijze blijft de afschrikking gehandhaafd en blijft reparatie ten voordele van de veroordeelde mogelijk.

17. RECHTSDWALING EN CAUSA-LEER — Sinds verscheidene eeuwen woedt in de continentale juridische doctrine een verbeten en soms zeer theoretisch dispuut omtrent de juiste draagwijdte van het begrip oorzaak van de rechtshandeling. De causa-leer blijkt een reliek te zijn van de Aristoteliaans geïnspireerde scholastiek, die de subjectivistische revolutie van de 18e en 19e eeuw heeft overleefd(121). Aldus liet zij haar sporen na in het Burgerlijk Wetboek met het beruchte art. 1131. De discussie omtrent de mogelijke betekenissen en het nut van deze bepalingen leidde tot een polemiek,

(121) Over de oorsprong van de causa-leer zie GORDLEY, J., *o.c.*, 49-57; over de relatie van de causa-leer met de semiotiek, zie KEVELSON, R., *The Law as a System of Signs*, Ch. 15 („Signs of the Naked and the Dressed"), New York, Plenum Press, 1988, 195.

niet alleen tussen de zogenaamde causalisten en anti-causalisten, maar ook tussen verschillende tendenzen bij de causalisten(122).

De discussie omtrent het begrip ,,oorzaak'' heeft een weerslag op de rechtsdwaling. Zoals voor dwaling in het algemeen wordt ook voor rechtsdwaling het onderscheid gemaakt tussen verhinderende dwaling (erreur-obstacle, erreur exclusive ou destructrice du consentement) en vernietigende dwaling (erreur viciant le consentement)(123). Dit onderscheid heeft een aantal praktische gevolgen.

Primo, werd traditioneel aangenomen dat voor de verhinderende dwaling de verschoonbaarheidsvereiste niet geldt(124). Secundo, moet, althans volgens sommigen de verhinderende dwaling gepaard gaan met absolute nietigheid en kan hier derhalve geen sprake zijn van bevestiging(125). Tertio, is verhinderende dwaling gemakkelijker bewijsbaar aangezien zij blijkt uit de eenvoudige confrontatie van de overeenkomst met haar klassieke gevolgen enerzijds en de realiteit anderzijds, wijl dwaling als wilsgebrek steeds een onderzoek naar de psychologische gegevenheid van de concrete wil vereist(126).

---

(122) Een vluchtige blik op de verschillende kerken en kapelletjes inzake de causa-leer, levert ons het volgende spectrum op:

— *de anti-causalisten*, die menen dat een apart leerstuk omtrent de oorzaak van rechtshandelingen overbodig is en alle problemen, die men met dit leerstuk meent te moeten oplossen kunnen ondervangen worden via het vereiste van voorwerp en toestemming, inzonderheid de wilsgebreken. De anti-causalisten domineren de Belgische doctrine. Vertegenwoordigers zijn o.m. Arntz, Laurent, Dabin en De Page, en enigszins ook Van Gerven.

— *het ,,historisch'' causalisme*, dat geënt is op de doctrine van Domat en het begrip oorzaak beperkt tot de tegenprestatie in wederkerige contracten, tot de afgifte van de zaak in reële contracten, tot de animus donandi bij overeenkomsten ten vrijgevigen titel. Dit ,,historisch'' causalisme wordt door Van Gerven verzoend met het anti-causalisme (VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, DILLEMANS, R. en VAN GERVEN, W. (ed.), Antwerpen, Standaard, 1969, 326 et seq.).

— *de objectivistische of abstracte causa-leer*, waarbij het begrip oorzaak wordt gereserveerd tot de rechtsgevolgen, die met de economie van de rechtshandeling zelf samenhangen. Zie bv. COIPEL, M., *l.c.*, 207; GHESTIN, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1971, 279).

— *de subjectivistische of concrete causa-leer*, waarbij het begrip oorzaak wordt uitgebreid tot alle doorslaggevende drijfveren, die in het contractuele veld tot uiting komen. Zie bv. MAURY, J., *Enc. Dalloz*, v° *Cause*; CAPITANT, H., *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1927; VAN OMMESLAGHE, P., ,,Observation sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne'', noot bij Cass. 13 november 1969, *R.C.J.B., 1970,* 328-367).

(123) Zie o.m. RENARD, C., VIEUJEAN, E. en HANNEQUAERT, Y., *o.c.*, nrs. 618-750; VAN GERVEN, W., *o.c.*, 311 en 406.

(124) Zie GHESTIN, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1971, 277 met verwijzing naar Franse rechtspraak; COIPEL, M., *l.c.*, 207; VAN OMMESLAGHE, P., ,,Examen de jurisprudence (1968-1973). Les obligations'', *R.C.J.B.*, 1975, 437-438. In een recent Luiks vonnis wordt het verschoonbaarheidscriterium ook toegepast bij verhinderende dwaling: Rb. Liège, 10 april 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 224, met noot HERINNE, E. In die zin reeds: KRUITHOF, R., ,,Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen'', *T.P.R.*, 1983, (495), nr. 46.

(125) Zie VAN GERVEN, W., *o.c.*, 438.

(126) Zie COIPEL, M., *l.c.*, 208.

Gelet op deze praktische gevolgen is het van belang een grens te trekken tussen beide vormen van dwaling en zich de vraag te stellen in hoeverre bij de verhinderende dwaling ook rekening moet gehouden worden met een afwezigheid van een oorzaak of met een valse oorzaak als een aparte grond van nietigheid, of daarentegen beide volledig kunnen geassimileerd worden met de afwezigheid van een voorwerp.

Het is ons uiteraard onmogelijk dit met doornen bezaaide debat in zijn volledigheid te heropenen.

We zullen in deze paragraaf vertrekken van het gematigde anti-causalistische standpunt van Van Gerven, dat we zinvol en praktisch achten, om na te gaan of de problematiek van rechtsdwaling in dit standpunt kan ingepast worden.

We vatten het standpunt van Van Gerven als volgt samen:
(i) er moet een onderscheid gemaakt worden tussen *interne en externe oorzaak*. De interne oorzaak komt bij wederkerige overeenkomsten neer op het voorwerp van de wederverbintenis, en bij zakelijke overeenkomsten op overgave van de zaak. Interne oorzaak kan conceptueel dus min of meer geassimileerd worden met voorwerp, nl. voorwerp-oorzaak.
(ii)de externe oorzaken zijn de doorslaggevende redenen, die een partij ertoe geleid hebben de rechtshandeling te stellen. Wanneer de wet de vereiste stelt van *geoorloofde* oorzaak, moet dit begrepen worden als externe oorzaak (art. 1108, 1131, 1133 B.W.).

Volgens dit standpunt zou de verhinderende dwaling zich voordoen in de volgende gevallen:
— men dwaalt over het bestaan van het voorwerp van de eigen verbintenis, dus geen voorwerp;
— men dwaalt over het bestaan van het voorwerp van de wederverbintenis, waardoor de eigen verbintenis geen interne oorzaak (geen voorwerp-oorzaak) heeft.

In de andere gevallen zal nietigheid inzake dwaling slechts kunnen op basis van art. 1110 B.W., nl. dwaling omtrent zelfstandigheid van de zaak of dwaling omtrent de persoon.

Toegepast op de rechtsdwaling zou men van dwaling omtrent het bestaan van het voorwerp (van de eigen verbintenis) kunnen spreken telkens wanneer de errans zich tengevolge van onwetendheid omtrent of verkeerd inzicht in het recht heeft vergist omtrent het bestaan van het rechtsgevolg dat normaal en rechtstreeks aan het type van rechtshandeling, die hij heeft gesteld, is verbonden.

De term normaal verwijst naar het bestaan van contractuele modellen die zich sinds eeuwen in de civiele maatschappij hebben ontwikkeld en in feite neerkwamen op clusters van rechten en plichten, vervat in wetgeving, gewoonten en gebruiken. Tenzij partijen sommige van deze rechtsgevolgen uitdrukkelijk uitsluiten — gesteld dat ze dit juridisch kunnen — nemen we aan dat deze partijen deze rechtsgevolgen ,,gewild'' hebben en dat zij aldus tot hun ,,contractueel veld'' of tot de ,,economie van hun overeenkomst'' behoren(127). Tot het tegenovergestelde besluiten zou bijna neerkomen op de veronderstelling dat de betrokken partijen gek zijn of absurd willen doen.

Als voorbeelden van dergelijke rechtsdwalingen, die onbetwistbaar verhinderend zijn, kunnen genoemd worden:

— iemand vergist zich in de regelen omtrent eigendomsverwerving en meent verkeerdelijk dat een zaak hem toebehoort; hij ,,verkoopt'' deze zaak;

— iemand stelt zich borg voor de betaling van een schuld, die juridisch geen grondslag heeft;

— een verzekeraar verbindt zich tot het dekken van het risico van burgerlijke aansprakelijkheid van iemand, die juridisch gezien niet aansprakelijk kan gesteld worden.

Alle wederverbintenissen in genoemde voorbeelden zijn meteen ook nietig omwille van een gebrek aan interne oorzaak of voorwerp-oorzaak, nl.

— de verbintenis van de koper tot betalen van de prijs;

— de verbintenis van de verzekerde tot betalen van de premie.

In alle andere gevallen zal de rechtsdwaling het regime volgen van de dwaling omtrent de zelfstandigheid van de zaak (substantiële dwaling). De zeer restrictieve omschrijving van verhinderende dwaling, die voortvloeit uit Van Gervens standpunt, schept geen vacuüm, aangezien de moderne rechtsleer en rechtspraak de leer van de substantiële dwaling in subjectivistische zin heeft uitgebreid(128). Wordt immers als substantiële dwaling aangemerkt elke dwaling, zonder dewelke men de rechtshandeling niet had gesteld.

Zijn derhalve niet als verhinderende rechtsdwalingen maar wel als vernietigende rechtsdwalingen te beschouwen:

— de koop van een stuk grond, in de overtuiging dat er een bouwvergunning kan verkregen worden, wijl dit onmogelijk blijkt.

---

(127) De begrippen zijn ontleend aan CAPITANT, H., *o.c.*, 56 en GHESTIN, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1971, 214, maar worden hier toegepast op het vereiste van voorwerp i.p.v. op het vereiste van oorzaak.

(128) Zie hierover RENARD, C., VIEUJEAN, E. en HANNEQUART, Y., *o.c.*, nr. 640 et seq.; over de historische evolutie omtrent ,,error in substantia'', zie GORDLEY, J., *o.c.*, 57 et seq.

De dwaling betreft hier niet het bestaan van het normaal en rechtstreeks rechtsgevolg van de koop, nl. het verwerven van de civielrechtelijk omschreven volle eigendom; maar wel de omvang van het recht, dat door de toepassing van de reglementaire bepalingen van de stedebouwwetgeving, beperkter is dan oorspronkelijk werd gedacht.

— de koop van een stuk grond in de overtuiging dat hieraan een recht van uitweg verbonden is.

Men kan hier redetwisten of de dwaling hier betrekking heeft op de omvang van het subjectief recht of op een onrechtstreeks gevolg van de koop. Vast staat dat hier geen sprake is van verhinderende dwaling.

— de overeenkomst omtrent hervoegingswerken, verkeerdelijk in de mening zijnde dat men hierdoor recht heeft op een verbouwingspremie (cfr. supra, nr. 5).

Hier is er geen twijfel. Het rechtsgevolg waaromtrent werd gedwaald is slechts onrechtstreeks en is ook niet normaal gekoppeld aan dit type van rechtshandeling.

— de verwerping van het legaat in de hoger geschetste zaak ,,Freddy'' (cfr. supra, nr. 16).

Het normale en rechtstreekse gevolg van de verwerping is dat men zich ontdoet van een oordeel in geval de erfenis batig is of dat men zich beschermt in geval de erfenis deficitair is(129).

Dit normaal en rechtstreeks rechtsgevolg van de verwerping heeft zich in deze zaak geproduceerd. De verwerper heeft zich ontdaan van zijn legaat ten voordele van een derde.

De rechtsdwaling heeft alleen maar teweeggebracht dat het normaal en rechtstreeks rechtsgevolg zich produceerde ten voordele van de broer, wijl de legataris de vader wou bevoordelen.

Er is dus zeker geen sprake van dwaling omtrent het bestaan van een voorwerp, maar wel van een substantiële dwaling. Indien hij immers had geweten dat de verwerping zijn broer ten goede toekwam, dan had hij wellicht aanvaard en vervolgens een schenking gedaan aan zijn vader(130).

Wanneer we ons even ontslagen achten van de noodzaak wettelijke

(129) COIPEL, M., *l.c.*, 208.

(130) Raucent maakt trouwens een constructie waarbij hij de verwerping als een schenking beschouwt. Deze schenking zou dan aangetast zijn door een dwaling omtrent de persoon en derhalve nietig (RAUCENT, L., ,,Examen de jurisprudence-1973-1979, Les libéralités et les successions'', *R.C.J.B.*, 1980, 292). Dit lijkt me artificieel. De rechtshandeling blijft objectiefrechtelijk gezien een verwerping, weliswaar met een vrijgevig effect ten gunste van de vader voor ogen. Met de verwerping wou de errans een rechtshandeling ,,uitsparen'' met alle risico's vandien.

bepalingen in het Burgerlijk Wetboek zin te geven, en ons overgeven aan vrije redenering, zou het dan mogelijk zijn ook het onderscheid tussen verhinderende dwaling wegens geen voorwerp of voorwerp-oorzaak en substantiële dwaling op te heffen?

Praxeologisch gezien moet het antwoord bevestigend zijn.

Ook de dwaling omtrent het bestaan van het voorwerp of voorwerp-oorzaak is uiteindelijk een species van substantiële dwaling. Indien de verkoper had geweten dat het huis, dat hij wou verkopen, niet van hem was, dan had hij zeer waarschijnlijk de moeite die de transactie van de verkoop zelf meebrengt, niet gedaan.

Wel blijft het zo dat er steeds een verschil merkbaar zal blijven inzake het bewijs. Zoals eerder werd gezegd, zal het bewijs van verhinderende dwaling gemakkelijker blijven omdat het ,,objectief'' voortvloeit uit de confrontatie rechtshandeling en realiteit, wijl in andere gevallen het bewijs moet afgeleid worden uit andere gegevens, die het belang dat de errans hechtte aan het element waaromtrent gedwaald werd, moeten aantonen. Dit is echter een gradueel onderscheid dat het handhaven van beide categorieën moeilijk kan verantwoorden.

Inzake de vraag of het onderscheid moet gehandhaafd worden omwille van het verschil in sanctie, nl. absolute versus relatieve nietigheid, sluiten we ons aan bij Van Gerven die de aard van het te beschermen belang als grondslag ziet voor de toepasselijke sanctie(131). Het lijkt ons moeilijk staande te houden dat het schimmig ,,voortbestaan'' van rechtshandelingen zonder voorwerp of zonder voorwerp-oorzaak het publieke belang in gevaar zou brengen.

Een laatste verschilpunt dat het handhaven van het onderscheid zou kunnen wettigen is het verschoonbaarheidsvereiste(132).

Klassiekerwijs wordt aangenomen dat zij kan gesteld worden voor substantiële dwaling, maar niet voor verhinderende dwaling, of zij nu oorzaak, voorwerp, voorwerp-oorzaak betreft. Aldus zegt Coipel over de substantiële dwaling: ,,Elle est relative et vise à protéger l'intégrité du consentement. Mais cette protection doit se mériter. D'où la condition d'excusabilité''(133). Deze redenering geldt echter ook voor de verhinderende dwaling. Het opheffen van het schimmig bestaan van een rechtshandeling zonder voorwerp is eveneens gericht

(131) VAN GERVEN, W., *o.c.*, 434 et seq.

(132) Volgens GHESTIN echter wel. Aangezien de nietigheid absoluut is, en door elke belanghebbende kan opgeworpen worden, moet dan ook het vereiste van verschoonbaarheid gesteld worden (GHESTIN, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1971, 278).

(133) COIPEL, M., *l.c.*, 209.

op het beschermen van de integriteit van de toestemming. Ook hier is het mogelijk dat één van de partners die het schimmig bestaan in het leven riep op een grove wijze nalatig was (cfr. supra, nr. 14) en in feite de nietigheid wegens verhinderende dwaling niet ,,verdiend'' heeft.

Recente rechtspraak lijkt deze visie te bevestigen(134).

Om ook m.b.t. het vereiste van verschoonbaarheid de diepere eenheid tussen vernietigende dwaling en verhinderende dwaling bloot te leggen, dienen we even in te gaan op de natuur van de onverschoonbare, zij het substantiële dwaling.

In dit laatste geval blijft de errans opgescheept met de rechtsgevolgen van een rechtshandeling die hij in feite niet meer wil eens de nevel omtrent zijn dwaling opgeklaard. Waarom wordt deze rechtshandeling dan nog gehandhaafd? Het antwoord kan slechts liggen op het niveau van de sanctie: men ,,straft'' de ,,stultus'' en men vergoedt de wederpartij van de ,,stultus'' met het behoud van de rechtshandeling(135).

Bij de verhinderende dwaling, die eveneens haar oorzaak zou vinden in onzorgvuldig gedrag kan men deze sanctie niet toepassen aangezien de rechtshandeling omwille van gebrek aan voorwerp onuitvoerbaar is. Men zou de ,,stultus'' helemaal niet straffen met het schimmig voortbestaan van de rechtshandeling. Men kan de ,,stultus'' derhalve slechts ,,straffen'' en de wederpartij vergoeden via een reparatie in equivalent.

De overkoepelende rechtsgrond voor de beide vormen van sancties, nl. ,,in natura'' via behoud van de rechtshandeling bij vernietigende dwaling, in equivalent bij verhinderende dwaling, moet uiteraard gezocht worden in de aquiliaanse aansprakelijkheid. De aard van de fout moet in beide gevallen, zoals Kruithof stelt, als een ,,culpa in contrahendo'' worden beschouwd(136).

Bij wijze van besluit kunnen we dus stellen dat:

— binnen het bestaande positief rechtelijke kader ook voor de rechtsdwaling het gematigd en met de wettekst verzoenbare anticausalisme van Van Gerven moet worden gehuldigd;

— vanuit een ruimer rechtstheoretisch perspectief men best komaf maakt met het onderscheid tussen verhinderende en vernietigende

(134) Rb. Liège, 10 april 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 224, noot HERINNE, E.

(135) Deze interpretatie is ook gemeengoed bij veel Franse auteurs. Zie GHESTIN, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1971, 159 et seq.

(136) KRUITHOF, R., ,,Verbintenissen. Overzicht van rechtspraak (1974-1980)'', *T.P.R.*, 1983, (495) 552.

dwaling en vervangt door een eenheidsbegrip van ruim-geïnterpreteerde substantiële dwaling(137); de toepassing van dit ruim begrip van dwaling moet gepaard gaan met een precontractuele aansprakelijkheid, die evenwel tot andersgeaarde sancties kan leiden.

SECTIE IV

RECHTSDWALING IN EEN WERELD VAN SCHAARSE INFORMATIE

18. DE KOST DER „LEGISLOMANIE" — Zelfs indien we ervan uitgaan dat alle bijkomende wetgeving en alle bijkomende pretoriaanse innovaties en verfijningen inherent gezien „goed" zijn dan nog is er geen garantie dat deze toename van „goede" rechtsregelen de toestand van de samenleving verbetert. De marginale winst, die geboekt wordt door de noodzakelijkerwijs gedeeltelijke naleving van deze regelen kan kleiner zijn dan de marginale informatiekosten, die de rechtsonderhorigen hebben gemaakt om tot deze naleving te komen. Dit leidt ons tot de paradoxale vaststelling dat een samenleving kan verarmen tengevolge van de toename van „goede", dus „verrijkende" juridische regelgeving.

In een wereld waarin het verwerven van informatie, dus ook van juridische informatie kostelijk is, dringt zich een algemene stelregel op van wetgevingsbeleid en van pretoriaans beleid: nl. bij een eventuele kosten-baten-analyse van de invoering van nieuwe regelen of het behoud van bestaande regelen moet met de juridische informatiekosten van de burger, noodzakelijk om deze regelen na te leven, ten volle rekening worden gehouden.

Statistische gegevens en allerlei studies lijken erop te wijzen dat deze stelregel in de meeste ontwikkelde sociale welvaartstaten niet wordt gerespecteerd.

Ter illustratie:

— het 143e Boek van het Rekenhof vermeldt de volgende cijfers: in de periode 1960-1985 werden niet minder dan 56.053 normatieve teksten uitgevaardigd, nl. 4.058 wetten en decreten, 40.044 Koninklijke besluiten en besluiten van executieven en 11.951 ministeriële

(137) „Les extrêmes se touchent". Een zeer ruime leer van substantiële wilsgebreken, zowel voor dwaling, bedrog en dwang komt in feite op hetzelfde neer als de ultra-ruime causalistische leer van VAN OMMESLAGHE (*l.c.*, 349; „Examen de jurisprudence, Les obligations, 1974-82", *R.C.J.B.*, 1986, 58).

besluiten. Vooral inzake sociale zekerheid met een doolhof van bijna 3.000 wetten is de wildgroei fenomenaal(138).
— in Duitsland kwam er in één jaar evenveel regelgeving tot stand als 100 jaar geleden in 10 jaar(139).
— in Nederland werden in de periode 1961-1970, 947 wetten afgekondigd; in de periode 1965-1974 bedroeg dit aantal 744 (zonder begrotingswetten of naturalisaties)(140).

Dat ook de publieke opinie vragen heeft bij deze ,,legisferitis'' blijkt uit een onderzoek verricht door Gallup International waarbij het akkoord of niet akkoord werd gevraagd over de stelling: men zou het aantal wetten die in België bestaan moeten verminderen en deze die overblijven beter toepassen. Dit gaf het volgend resultaat(141):

	België	Vlaanderen
helemaal akkoord	38%	38%
eerder akkoord	35%	34%
eerder niet akkoord	6%	8%
helemaal niet akkoord	3%	2%
onbeslist	18%	18%

Langzaam dringt het probleem van de ,,legisferitis'' ook door tot de regelgevers zelf. In België werden twee wetsvoorstellen, gericht op het ,,temmen'' van de wetgever ingediend: het voorstel R. Daems ter invoering van een wetsactueel, het voorstel J. Vande Lanotte ter invoering van een wetsevaluatie door de Raad van State(142).

(138) REKENHOF, 143 *Boek van het Rekenhof*, 17-18.

(139) VAN DER VELDEN, W.G., ,,Een middel tegen legisferitis: de ontwikkeling van de wetgevingstheorie'', *Bestuurswetenschappen*, 1980, 234.

(140) VAN MAARSEVEEN, H., ,,Een appel inzake de wetgevingsproblematiek'', *N.J.B.*, 1978, 1.

(141) Aldus vermeld in VANDENBERGHE, H., ,,Tussen hamer en aambeeld — Vrouwe Justitia en morgen?'', *R.W.*, 1983-84, 2532.

(142) Over beide voorstellen zie ADAMS, M., ,,Wetgeving en beleid: pleidooi voor een heroverweging van de rol van het parlement in het wetgevingsproces en een systeem van wetsevaluatie'', *R.W.*, 1992-93, 1041-1050.

De problematiek van de rechtsdwaling kan niet los gezien worden van de heersende legislomanie. Het waanzinnige aantal juridische regelen en de instabiliteit ervan, veroorzaakt niet alleen juridische misleiding van eerlijke burgers. Het biedt ook de mogelijkheid voor charlatans en andere snelle jongens zich hierop te beroepen en desgevallend aan sanctionering te ontsnappen. Het is voor de rechter niet steeds mogelijk de bona fida-rechtsdwaler te onderscheiden van de charlatan.

Eerder hebben we gesteld dat het de rechterlijke macht toekomt via het erkennen van rechtsdwaling als vernietigingsgrond of rechtvaardigingsgrond signalen te geven aan de wetgevende macht. Uiteindelijk zal de juridische informatiekost van de burger tot redelijke proporties moeten herleid worden door een radicaal herdenken van de wetgevings- en reguleringsopdracht(143).

19. SCHAARSE INFORMATIE EN RECHTSHANDELINGEN — Los van de vraag naar goedkoper achterhaalbare wetgeving, kan men zich de vraag stellen op welke wijze de produktie en het gebruik van schaarse juridische informatie in het contractueel verkeer kan geoptimaliseerd worden(144).

Rechtsdwaling, i.e. afwezigheid of imperfectie van juridische informatie in hoofde van één of meerdere contractanten, kan leiden tot vermindering van de gezamenlijke welvaart der betrokken partijen. Over het algemeen brengen overeenkomsten een wederzijds voordeel bij de partijen tot stand omdat de beide partijen hetgeen zij vervreemden of de prestatie waartoe zij zich verbinden minder waarderen dan hetgeen zij ontvangen of hetgeen t.o.v. hen door de wederpartij zal worden gepresteerd.

Er is echter de mogelijkheid dat de ex ante-waardering (d.i. vòòr de overeenkomst) hoger ligt dan de ex post-waardering (d.i. bij de uitvoering van de overeenkomst). De verwachtingen, gekoesterd bij

(143) Voor aanzetten hiertoe, zie VAN GERVEN, W., ,,Herijken van economische wetgeving. Over reguleren en dereguleren'', *R. W.*, 1985-86, 291; *18de Vlaams Wetenschappelijk Economisch Congres, Brussel 8 en 9 mei 1987, Sociaal-economische Deregulering*, Brussel, V.E.H.U.B., 1987, 892 p.; VAN WISSEN, G.J.M. ,,Nederland - Deregulering van overheidsregelingen'', *T.B.P.*, 1983, 286-289.

(144) Voor een bibliografisch overzicht van de rechtseconomische literatuur inzake de verwerving van informatie in de precontractuele fase i.h.a., zie DE GEEST, G., ,,4200 Contract Formation'', in *Bibliography of Law and Economics*, BOUCKAERT, B. en DE GEEST, G. (ed.), Boston, Kluwer Academic Publishers, 1992, 241-244.

het sluiten van de overeenkomst kunnen m.a.w. achteraf gefrustreerd worden(145).

De oorzaak van een dergelijk verschil ex ante-ex post-waardering kan nu gelegen zijn in het ontbreken van juridische informatie of verkeerde juridische informatie. Juridische elementen, zoals de omvang, de duur, de tegenstelbaarheid van overgedragen subjectieve rechten hebben immers een weerslag op de subjectieve waardering van het voorwerp van de verbintenis.

We illustreren dit met een voorbeeld:

— A heeft m.b.t. een perceel een ex ante-bereidheid tot betalen van 100; deze waardering is beïnvloed door de overtuiging dat het perceel stedebouwkundig gezien bouwgrond is.

— B weet dat het perceel slechts landbouwgrond is, en is bereid tot verkopen voor 80.

— de koop vindt plaats voor een prijs van 90.

— A komt ex post de ware juridische toedracht te weten; zijn bereidheid tot betalen voor dit perceel als landbouwgrond was amper 50.

De ,,onwetendheidskost'', teweeggebracht door rechtsdwaling in hoofde van A bedraagt derhalve: het verlies van A, nl. 90 – 50 = 40, verminderd met het (consumenten)surplus van B, nl. 90 – 80 = 10; de gezamenlijke welvaartsvermindering van A en B door de rechtsdwaling bedraagt derhalve 30.

Deze eenvoudige analyse van de kost van juridische onwetendheid geeft meteen aan wanneer een dwaling als substantieel zou moeten aangemerkt worden, nl. wanneer door gebrek aan informatie ex ante, de prijs tot dewelke de dwalende partij zich verbonden heeft, hoger blijkt te zijn dan de via de verwerving van betrokken informatie gedaalde waardering ex post. In alle andere gevallen brengt de dwaling het welvaartsvermeerderend karakter van de overeenkomst niet in gevaar.

Vervolgens stelt zich de vraag welke juridische mogelijkheden er zijn om de geschetste ,,onwetendheidskost'', gevolg van gebrek aan o.m. juridische informatie, te minimaliseren.

Gelet op het gegeven dat informatieverwerving kostelijk is, maar dat

(145) Omtrent deze fundamentele rechtseconomische noties over overeenkomsten en de rol van de wilsgebreken zie vooral POSNER, R.A., *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1977, 79-84; KRONMAN, A.T., ,,Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts'', 7 *Journal of Legal Studies*, 1978, 1-34; SCHÄFER, H.-B. en OTT, C., *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin, Springer, 1986, 299-348; COOTER, R.D. en ULEN, T.S., *Law and Economics*, Glenview, Scott, Foresman, 1988, 257-267.

deze kosten niet op een gelijke wijze gespreid liggen over alle leden en categorieën van de samenleving, komt het erop aan een prikkel te geven aan diegene die de informatie ofwel reeds bezit op het ogenblik van de overeenkomst ofwel op de goedkoopste wijze kan verwerven (de zgn. ,,better information gatherer'')(146).

Nemen we aan dat in het voorgaande geval B, de verkoper, een immobiliënbureau is, dat normaliter de stedebouwkundige toestand van verkochte percelen kent of toch goed geplaatst is deze te kennen. B is derhalve de ,,better information gatherer''.

De nietigheidssanctie op basis van rechtsdwaling vermag tot op zekere hoogte een dergelijke prikkel te verschaffen, op voorwaarde dat men de eventueel begeleidende sanctie van schadevergoeding oordeelkundig toepast(147).

Stel dat de rechter bovenvermelde koop nietig verklaart. A komt terecht in de status quo, en evolueert dus van −40 naar 0; B verliest zijn consumentensurplus nl. 10, maar lijdt bovendien ook nog schade door de nietigheid omwille van het feit dat de koop nu vertraging lijdt, dat hij interessante deals heeft gemist, enz. Stel dat die schade 5 bedraagt. Door de nietigheid daalt het gezamenlijke welvaartsverlies van 30 naar 5, hetgeen in de onderlinge relatie A en B ontegensprekelijk efficiënt is.

De nietigheidssanctie zal echter naar toekomstige gevallen toe maar een preventieve werking hebben wanneer de rechter in dit geval de uiteindelijke kost van de nietigheid bij de immobiliënmaatschappij, de ,,better information gatherer'', legt en derhalve geen schadevergoeding zou toestaan.

Het is ook mogelijk dat de ,,better information gatherer'' de rechtsdwaling heeft begaan. Stel dat in vermeld voorbeeld het immobiliënbureau niet de verkoper, maar de koper is, en achteraf omwille van rechtsdwaling de nietigheid vordert.

Door de nietigheid te weigeren en de rechtsdwaling onverschoonbaar te verklaren zou de rechter alleszins een prikkel geven naar toekomstige immobiliënbureaus-kopers om zich behoorlijk te informeren

---

(146) Over het begrip ,,better information gatherer'', zie KRONMAN, A.T., *l.c.*, 4.

(147) Over de mogelijke koppeling van nietigverklaring met schadevergoeding vanwege de errans, zie RENARD, C., VIEUJEAN, E. en HANNEQUAERT, Y., *o.c.*, nr. 756; GHESTIN, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1971, 136 et seq; DE PAGE, H., *Traité de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, 61-62; VANDEPUTTE, R., *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Brussel, Larcier, 1977, 68; KRUITHOF, R., ,,Verbintenissen. Overzicht van rechtspraak (1974-1980)'', *T.P.R.*, 1983, (495), nrs. 23-24 en 54; CORNELIS, L., ,,La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel'', *T.B.B.R.*, 1990, 391-427.

omtrent de stedebouwkundige toestand. De vraag is evenwel of behoud van de koop als sanctie in natura (zie supra, nr. 16) geen „overkill" betekent. Het preventieve effect kan eveneens bereikt worden met nietigheid, gekoppeld aan een schadevergoeding vanwege het immobiliënbureau aan de verkoper. Zo vermijdt men dat een sterk welvaartsverminderende transactie blijft bestaan. Vanuit de economische analyse van informatieverstrekking in overeenkomsten zou derhalve eerder een pleidooi vertrekken om uiterst spaarzaam te zijn met de onverschoonbare dwaling en guller te zijn met schadevergoedingen ten voordele van de partner van de errans.

De rechtsdwaling in hoofde van één partner kan er ook toe leiden dat de ex ante-waardering van hetgeen hij vervreemdde lager is dan de ex post-waardering. De wederpartij, die desgevallend de juridische informatie wel bezat, geniet dan van een informatiepremie. Nemen we het volgende geval:

— A is een speculant-koper met juridische informatie over het perceel, en waardeert het op 150;

— B is een argeloze landbouwer en verkoper zonder juridische informatie en waardeert derhalve het perceel op 50;

— de prijs wordt bepaald op 60; om de informatiepremie in dit geval te bepalen moet men zich eerst voorstellen wat het normale consumentensurplus van de koper zou geweest zijn, i.e. het surplus indien de verkoper de relevante informatie had gehad; stel dat de prijs in dit geval niet op 50 maar op 100 zou bepaald zijn geweest; het consumentensurplus van de koper bedroeg dan 150 − 100 = 50; dit moet men aftrekken van het abnormale consumentensurplus, nl. 90 om tot de informatiepremie te komen, nl. 40.

De rechtsdwaling in hoofde van één partner en de juridische informatie in hoofde van de andere partner leidt hier niet tot een onwetendheidskost, maar wel tot een informatiepremie voor de best geïnformeerde. De vraag stelt zich of ook hier de nietigheidssanctie moet toegepast worden(148).

Meestal is de informatie, die de geïnformeerde partner verwierf niet kosteloos verworven. Ook voor juridische informatie moeten dikwijls grote kosten worden gemaakt zoals het aanleggen van een juridische bibliotheek, tijd om de juridische evolutie te volgen, de kosten van juridisch advies. De informatiepremie, die uit de diver-

(148) Dit is analoog met de Lorenzo Lotto-zaak, waarbij een kunstkenner voor een prikje een uiterst waardevol schilderij van de hand van Lorenzo Lotto koopt. De oorspronkelijke verkoper eist achteraf de nietigheid. Deze zaak is vermeld in GHESTIN, J., „The Pre-Contractual Obligation to Disclose Information. 1. French Report" in *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons*, HARRIS, D. en TALLON, D. (ed.), Oxford, Clarendon, 1989, 159.

gentie van informatie bij beide contractspartners voortvloeit, kan in vele gevallen gezien worden als een marktbeloning voor investering in informatie(149). Het uitspreken van de nietigheid zou meebrengen dat de andere partner als ,,free rider'' de informatiepremie opstrijkt, wijl de eerste partner ontmoedigd wordt in het verder verzamelen van informatie.

Stel dat men in gevallen zoals voormeld, systematisch de nietigheid uitspreekt, dan zullen weinig speculant-kopers zich nog gedreven voelen de juiste stedebouwkundige toestand van percelen op te zoeken. Elke opbrengst van hun investering vloeit immers naar de verkopers. Dit kan meebrengen dat er minder juridische informatie doorheen het marktsysteem vloeit, waardoor het minder efficiënt wordt. Zo is het mogelijk dat het betrokken perceel, dat door de planologische instantie als bouwgrond was bestemd, verder verhandeld wordt als landbouwgrond. De bestaande bestemmingen worden derhalve suboptimaal gebruikt.

Een laatste opmerking inzake de optimalisering van juridische informatie in overeenkomsten betreft controversiële informatie. Dergelijke informatie is niet verifieerbaar of falsifieerbaar bij gebreke aan een consensus in wetenschappelijke kringen. Op juridisch vlak is er van dergelijke informatie sprake bij meningsverschillen in de rechtspraak. In dit geval is het onmogelijk te bepalen wie de ,,better information gatherer'' bij de contractuele partner is, want de rechters blijken het zelf (nog) niet te weten.

Zoals ook reeds eerder werd gesteld (cfr. surpa, nr. 7) moet hier een onderscheid gemaakt worden naargelang verschillende gevallen.

Indien beide partners op de hoogte waren van het controversieel karakter van betrokken rechtspunt, dan is er niet de minste reden tot nietigheid. Beiden vatten de overeenkomst dan op als een aleatoire overeenkomst.

Indien één van beiden of beiden niet weten dat het rechtspunt controversieel is dan wordt er in feite gedwaald omtrent het aleatoir karakter van de overeenkomst en moet de kwestie opgelost worden volgens het principe van de ,,better information gatherer''.

---

(149) Dit is de zgn. ,,entrepreneursinformatie''. Zie hierover KRONMAN, A.T., *l.c.*, 25. In de Nederlandse literatuur wordt het probleem van de entrepreneursinformatie en de eventuele vergoeding ervan bij nietigheid besproken door CASTERMANS, A.G. en NOTERMANS, R. ,,Naar een economische analyse van de mededelingsplicht bij dwaling'', *B.W.-krant jaarboek 1985, B.W.-N.B.W.: twee sporen, één weg*, Leiden, Rijksuniversiteit Leiden, 1985, 141-155: CASTERMANS, A.G., ,,Schadevergoeding bij dwaling'', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1989, 136-146.

20. SCHAARSE INFORMATIE EN DE TOEPASSING VAN DE STRAFWET — We staan nog even stil bij de vraag op welke wijze het gegeven van schaarse informatie doorwerkt naar de rechtsdwaling in het strafrecht.

Een ,,goede'', d.i. maatschappelijk nuttige, strafwet penaliseert die activiteiten, die gepaard gaan met beduidende negatieve externe effecten voor derden en/of voor collectieve goederen en waaromtrent reparatie via aansprakelijkheid te weinig preventieve afschrikking teweegbrengt (bv.wegens te hoge bewijskosten, wegens irreversibiliteit van de schade)(150).

Grosso modo bestaat de winst van de strafwet erin dat dank zij de verhoogde naleving van gestelde regel de samenleving minder te lijden heeft van externalisering van kosten en dus efficiënter, en derhalve welvarender wordt.

De kost van de strafwet situeert zich, benevens in de opsporingskosten, ter realisatie van een geloofwaardige pakkans en strafuitvoeringskosten, ook in de informatiekosten van zowel politie-instanties, besturen, bedrijven en burgers.

Het niveau van informatiekosten gemaakt ter kennis van en inzicht in het strafrecht zal hoofdzakelijk afhangen van de verwachte opbrengst. Voor de burger en bedrijven bestaat deze verwachte opbrengst in het vermijden van strafrechtelijke sancties. Voor besturen en politie-instanties vnl. in het gaaf houden van promotiekansen en het vermijden van aansprakelijkheid.

Stel bv. dat door verhoging van de strafmaat en/of verhoging van de pakkans de opbrengst van naleving van de strafwet stijgt, wijl de toegankelijkheid tot informatie over de strafwet constant blijft. In dit geval zullen de betrokken actoren zich meer informeren.

Stel bv. dat de verwachte opbrengst constant blijft, wijl de toegankelijkheid tot informatie over de strafwet daalt tengevolge van grotere verspreiding over meer normerende instanties en meer reglementerende teksten, door ingewikkelder taalgebruik, door multiplicatie en instabiliteit van de bepalingen(151). In dit geval zal het informatieni-

(150) Over de rechtseconomische justificatie van een strafrecht zie het bibliografisch overzicht van FAURE, M.G., ,,8000 Criminal Law, Economics of Crime & Law Enforcement'', in *Bibliography of Law and Economics*, BOUCKAERT, B. en DE GEEST, G. (ed.), Boston, Kluwer Academic Publishers, 1992, 504-526.

(151) Over de stijgende complexiteit en de verbrokkeling van het taalgebruik, zie HOEFNAGEL, F.J., ,,De veertien wetsfamilies'', *Bestuurswetenschappen*, 1977, 19.

veau van betrokken actoren dalen; zij zullen zich meer hullen in „rationele onwetendheid"(152).

Gelet op deze relatie tussen opbrengst-naleving strafwet en informatiekosten-kennis strafwet is het niet ondenkbaar dat de samenleving kan verarmen tengevolge van een verhoging van de strafmaat en/of verhoging van pakkans. Benevens hogere opsporingskosten en strafuitvoeringskosten zal dit immers ook hogere informatiekosten doen ontstaan bij burgers, bedrijven, politie-instanties en besturen. De som van deze kosten kan veel hoger liggen dan de opbrengst onder de vorm van een betere beveiliging van het door de strafwet beveiligd rechtsgoed.

Een rechterlijk beleid inzake onoverkomelijke rechtsdwaling zou kunnen rekening houden met voornoemde relaties. Wanneer burgers en bedrijven naar suboptimale „over-informatie" gedreven worden tengevolge van een opwelling van repressieve politiek, wijl het beveiligde rechtsgoed niet zo belangrijk is, dan kan de rechter dit verzachten door wat ruimer te zijn inzake onoverkomelijke dwaling als rechtvaardigingsgrond. Is de repressieve politiek daarentegen zwak, hetgeen de burgers naar suboptimale „onder-informatie" leidt, wijl het beveiligde rechtsgoed belangrijk is, dan lijkt een harde politiek inzake onoverkomelijke rechtsdwaling te verkiezen.

In vergelijking met de huidige prevalerende visie (cfr. supra, nr. 14) zou dit standpunt een verandering betekenen doordat niet alleen met het optimale informatieniveau van de diligente bonus pater familias rekening wordt gehouden, maar ook met de waarde van het beveiligde rechtsgoed. Toegegeven, een dergelijk „bestraffingsbeleid" bespreekbaar maken is zeer delicaat en moet met de grootste omzichtigheid gebeuren. Het is echter moeilijk aannemelijk dat voluit en openbaar kan gediscussieerd worden over een ministerieel vervolgingsbeleid, wijl dit over een rechterlijk bestraffingsbeleid a priori uitgesloten zou zijn.

---

(152) Het begrip „rational ignorance" vond zijn oorsprong in de „public choice"-analyse. Zie MUELLER, D.C., *Public Choice II*, Cambridge, C.U.P., 1989, 205-206 en 267-271; DE GEST, G., „Public Choice en rechtseconomie", *Ars Aequi*, 1990, (666) 667-668. Een kritisch overzicht van de literatuur terzake kan men vinden bij ARANSON, P.H., „Rational Ignorance in Politics, Economics, and Law", 1 *Journal des Economistes et des Etudes Humaines*, 1989, 25-42.

SOMMAIRE

PERDU DANS LA JUNGLE DES LOIS. L'ERREUR DE DROIT OFFRE-T-ELLE UNE ISSUE?

La problématique de l'erreur de droit est difficile à maîtriser. Elle se développe, en effet, dans divers domaines juridiques: l'erreur de droit peut être invoquée comme vice de consentement pour obtenir l'annulation d'actes juridiques; elles peut être invoquée également pour prévenir la nullité d'un acte juridique comme dans le cas du mandat apparent; elle peut être invoquée aussi pour éviter la responsabilité civile ou pénale. Cette problématique se rattache en outre à des questions générales concernant le fonctionnement du système juridique, telles que l'inflation législative, la complexité de la langue législative, les rapports complexes entre les sources de droit.

L'erreur de droit n'étant pas mentionnée explicitement dans la législation, sauf pour l'exclure (notamment en cas de transaction et d'aveu judiciaire), elle se trouve assimilée à l'erreur de fait. Il est néanmoins possible de tracer assez nettement la frontière entre les deux: il n'est question d'erreur de droit que lorsque l'erreur même (par ignorance ou perception inexacte) porte sur une règle ou un concept du droit objectif. Parfois l'erreur, portant sur un fait (par ex. le fait de savoir si un contrat a été conclu ou non), conduit à une perception inexacte concernant les droits subjectifs propres ou d'autrui. Elle n'en demeure pas moins alors une erreur de fait.

La règle *Nemo censetur ignorare legem* a souvent été perçue par le passé, tant en droit privé qu'en droit pénal, comme un obstacle à l'admission de l'erreur de droit. Cet adage est cependant susceptible d'interprétations diverses. L'auteur plaide pour l'interprétation qui se concille le mieux avec la philosophie de l'Etat de droit. L'adage doit se concevoir comme une règle de preuve: dans le chef du citoyen, il n'est question que d'une simple présomption (*juris tentum*) de connaissance du droit. Le juge doit, dans l'application de cet adage, vérifier si le législateur s'est comporté rationnellement et, si la règle s'avère injustifiable, adresser en la matière un signal au législateur en retenant l'erreur de droit.

En ce qui concerne l'utilisation du critère du caractère excusable de l'erreur de droit, la situation est peu claire en doctrine et jurisprudence belges. Alors que la doctrine insiste plutôt sur une appréciation *in abstracto* de la norme de prudence et ne refusait qu'exceptionnellement l'erreur (en ce compris l'erreur de droit) en raison de son caractère inexcusable, la jurisprudence récente opte pour une appréciation *in concreto*.

En droit pénal, il est proposé de retenir la caractère invincible et une cause extérieure comme conditions pour admettre l'erreur de droit. L'appréciation *in concreto* concerne plutôt le cas de professionnels à l'égard desquels les exigences sont encore (plus) rigoureuses. On peut difficilement parler en la matière d'un rapprochement entre le droit pénal et le droit civil, ce vieux rêve de R. Legros.

A la question de savoir si en matière d'erreur de droit, il y a lieu d'encore faire la distinction entre erreur exclusive du consentement ou viciant le consentement, la réponse doit être nuancée. Au départ de l'anticausalisme modéré de Van Gerven, il est constaté que la catégorie d'erreur de droit exclusive du consentement est certes limitée mais non dépourvue de contenu. *De lege lata* l'on peut cependant envisager de supprimer cette distinction et de tout ramener à l'erreur sur la substance.

Enfin, l'auteur examine aussi l'application de l'erreur de droit en économie du droit.

Au plan politique général, le législateur doit tenir compte des coûts de l'information juridique dans l'analyse des coûts et bénéfices de chaque loi. Le juge ne doit annuler des actes juridiques pour cause d'erreur de droit que s'il est plausible que l'information juridique défectueuse *ex ante* a conduit à une réduction commune de bien-être *ex post*. Le juge doit également donner un incitant à celle des parties qui peut se procurer l'information juridique au meilleur compte. En matière d'application de la loi pénale, le juge doit développer une politique répressive tenant compte entre autres des coûts de l'information juridique pour les citoyens.

ZUSAMMENFASSUNG

VERIRRT IM DSCHUNGEL DES GESETZES. BIETET DER RECHTSIRRTUM EINEN AUSWEG.

Die Problematik des Rechtsirrtums ist schwer zu bewältigen. Er umfaßt ja sehr unterschiedliche juristische Bereiche: Man kann sich auf einen Rechtsirrtum berufen als Willensmangel zur Nichtigerklärung von Rechtshandlungen, zur Vermeidung der Nichtigerklärung einer Rechtshandlung wie bei dem Scheinvollmacht, zur Vermeidung der zivilrechtlichen oder strafrechtlichen Haftung. Die Problematik des Rechtsirrtums steht darüber hinaus im Zusammenhang mit allgemeinen Fragen der Wirkung des Rechtssystems wie der Gesetzgebungsinflation, der Komplexität des gesetzgebenden Sprachgebrauchs, den komplizierten Verhältnis zwischen den Rechtsquellen.

Weil in der Gesetzgebung der Rechtsirrtum nicht ausdrücklich erwähnt wird, es sei denn im Fall des Ausschlusses (nämlich beim Vergleich und bei gerichtlichem Geständnis) wird er mit dem Tatbestands-Irrtum verbunden. Dennoch ist es möglich beide genau abzugrenzen: Von Rechtsirrtum ist nur die Rede wenn der Irrtum an sich (nähmlich durch Unwissenheit oder falsches erständnis) mit einer Regel oder einem Begriff aus dem objektiven Recht zusammenhängt. Manchmal führt der Irrtum über eine Tatsache (etwa den wohl oder nicht vorhandenen Abschluß eines Vertrages) zu falschem Verständnis der eigenen subjektiven Rechte oder der der anderen. Dies bleibt jedoch ein Tatbestands-Irrtum.

Die Regel *nemo censetur ignorare legem* wurde in der Vergängenheit, im Privatrecht wie im Strafrecht, oft als Hindernis zur Annahme eines Rechtsirrtums empfunden. Dieser Leitsatz kann jedoch in unterschiedlicher Weise gedeutet werden. Wir befürworten eine Deutung die am ehesten der Rechtsstaatsphilosophie entspricht. Der Leitsatz muß als Beweisregel gedeutet werden: Für den Bürger gilt nur eine widerlegbare Vermutung (iuris tantum) der Rechtskenntnis. Der Richter muß bei der Anwendung dieses Leitsatzes auch kontrollieren ob sich der Gesetzgeber redlich benimmt und bei unberechtigter Regelsucht über das Zurückhalten eines Rechtsirrtums dem Gesetzgeber ein Signal setzen.

Hinsichtlich der Anwendung der Entschuldigbarkeitserfordernis für Rechtsirrtum ist die Lage in der belgischen Rechtslehre und Rechtsprechung ziemlicht undeutlich. Während die Rechtslehre eher zu einer Beurteilung in abstracto der Genauigkeitsnorm drängt und nur ausnahmeweise wegen Unentschuldigbarkeit Irrtum (also auch Rechtsirrtum) ablehnen würde, bevorzugt die neueste Rechtsprechung eine Beurteilung in abstracto.

Im Strafrecht gelten für Rechtsirrtum die Erfordernisse der Unüberwindbarkeit und des fremden Anlasses. Die Beurteilung in concreto betrifft eher Falle mit Professionellen, wobei noch strenger geurteilt wird. In dieser Hinsicht ist zwischen Strafrecht und Zivilrecht kaum die Rede von einem Ausgleich, wie R. Legros sich lange erwünscht hat.

Die Frage ob auch für Rechtsirrtum der Unterschied zwischen verhinderndem und vernichtendem Irrtum noch zutrifft, kann nur nuanciert beantwortet werden. Mit dem gemäßigtem Antikausalismus von Van Gerven als Ausgangspunkt wird festgestellt, daß die Kategorie eines verhindernden Rechtsirrtums zwar beschränkt, dennoch nicht leer ist. Man kann allerdings erwägen, de lege lata diesen Unterschied zu streichen und alles auf den Substanz-irrtum zurückzuführen.

Schließlich wird die Anwendbarkeit des Rechtsirrtums auch rechtswirtschaftlich überprüft. Auf allgemein politischer Ebene muß der Gesetzgeber bei der Kosten-Nutzen-Analyse jedes Gesetzes die juristischen Informationskosten berücksichtigen. Der Richter muß Rechtshandlungen wegen Rechtsirrtum nur nichtig erklären, wenn offenbar die mangelhafte juristische Information ex ante zu einer gemeinsamen Wohlfahrtssenkung ex post geführt hat. Auch muß der Richter jene Partei die am billigsten die juristische Information einziehen kann fördern. Hinsichtlich der Anwendung des Strafgesetzes muß der Richter eine Bestrafungspolitik entwickeln, in der er etwa die juristischen Informationskosten bei den Bürgern berücksichtigt.

SUMMARY

ERRING ON THE SIDE OF JUSTICE. IS THERE AN ANSWER TO THE PROBLEM OF ERROR OF LAW?

The problem raised by errors of law are difficult to control, extending as they do over various legal areas. Error of law could be relied upon as a factor preventing consent in order to annul legal transactions; it could also be invoked in order to avoid the annulment of a legal transaction in the case of, for example, apparent powers of attorney; it could also be relied upon in order to avoid civil or criminal liability. Moreover, the problems concerning error of law are linked to general issues concerning the functioning of the legal system, such as the inflation of legislation, the complex nature of the language used in statutes and the complex relationship between the various sources of law.

Since error of law is not specifically referred to in the available statute law, unless it does so in order to exclude it (e.g. in the cases of settlement out of court and of an admission made to the court), error of law is placed on the same footing as error of fact. Nevertheless it is possible to draw a reasonably clear distinction between these two types of error. There can only be a question of error of law where the error itself — particularly if caused by ignorance or misconception — relates to a rule or a concept from the objective law. In some cases, errors of fact — e.g. the question whether or not a contract has been concluded — leads to an incorrect perception of one's own subjective rights, or those of another person. However, this remains very much an error of fact.

The rule *Nemo censetur ignorare legem* (ignorance of the law is no defence) has in the past often been advanced as an argument against the acceptance of error of law.

However, this rule can be interpreted in several ways. The present writer would advocate an interpretation which can best be reconciled with the philosophy of the constitutional state. The rule in question must be regarded as a rule of evidence: the ordinary citizen is subject to a rebuttable presumption that he or she knows the law. When applying this rule, the court must also satisfy itself that the legislature has acted in a reasonable manner, and, if there has been a case of excessive regulatory zeal, send out an appropriate signal to the legislature by accepting the defence of error of law.

As regards the application of the requirement that the error of law must be excusable, the position of the leading authors and of the courts in Belgium is somewhat obscure. Whereas the leading authors advocate an assessment *in abstracto* of the duty to take care, and would therefore only refuse to allow the defence of error — and therefore also of error of law — in exceptional circumstances where there is no excuse whatsoever, the recent case law has tended to favour an assessment *in abstracto*.

In the criminal law, the acceptability of the defence of error of law is made subject to the criteria of insuperability and of outside factors causing the error. The assessment *in concreto* tends to concern cases involving professional people, for whom the threshold is set even higher. It can hardly be maintained that in this area, the criminal law and the civil law are becoming closer to each other — which was a long — standing aspiration on the part of R. Legros.

The question whether the distinction between error distorting consent and error nullifying consent is still a relevant one must be answered in a qualified manner. On the basis of Van Gerven's „causalism'', it has been established that the category of errors distorting consent may be limited, but not completely non-existent. However, it might be advisable for any future legislation on the subject should remove this distinction and instead place all error under the heading of substantial error.

Finally the applicability of error of law is also assessed in terms of legal economy. At a general political level, the legislature will need to take account of the legal information costs when making a cost-benefit analysis of the legislation in question. The courts may only annul legal transactions on the basis of error of law where it is plausible to argue that the absence of correct legal information *ex ante* had led as a joint loss of earnings *ex post*. It is also necessary for the courts to give a stimulus to the party who is able to obtain the cheapest legal information. As regards the application of the criminal statute law, the courts must develop a sentencing policy which takes account of, *inter alia*, the legal information costs incurred by the citizens.

RESUMEN

PERDIDO EN LA JUNGLA DE LA LEY. ¿OFRECE UNA SOLUCION EL ERROR DE DERECHO?

Es difícil abarcar la problemática del error de derecho, ya que se extiende sobre diversas materias jurídicas: se puede invocar el error de derecho como un vicio en el consentimiento para la anulación de actos jurídicos; también se puede invocar para evitar la anulación de un acto jurídico como en el caso del mandato ficticio; se puede

invocar para evitar la responsabilidad de derecho civil o penal. Además, la problemática del error de derecho esta relacionada con los problemas generales acerca del funcionamiento del sistema jurídico, tales como la inflación legislativa, la complejidad del uso del lenguaje jurídico, la relación complicada entre las fuentes del derecho.

Como el error de derecho no se menciona explícitamente en las leyes, salvo para excluirlo (es decir, en caso de transacción y de confesión judicial), se asimila el error de derecho al error de hecho. Sin embargo, es posible trazar el límite entre ambos de manera suficientemente clara: sólo se puede hablar de error de derecho si el error mismo (es decir, por ignorancia o apreciación equivocada) guarda relación con una regla o noción del derecho objetivo. Algunas veces, el error acerca de un hecho (por ejemplo, el haberse celebrado un convenio o no) da lugar a una apreciación equivocada en cuanto a los derechos subjetivos propios o ajenos. Sin embargo, esta conducta sigue siendo un error de hecho.

En el pasado, la regla *Nemo censetur ignorare legem* frecuentemente se alegaba como un impedimento para la aceptación del error de derecho, tanto en el derecho privado como penal. Pero, se puede interpretar de distintas maneras este adagio. Nosotros abogamos por la interpretación que se puede reconciliar mejor con la filosofía del Estado de derecho. Hay que tomar el adagio como una regla de la prueba: para el ciudadano, sólo vale una presunción simple (*iuris tantum*) de conocimiento del derecho. En la aplicación de este adagio, el juez también tiene que velar por un comportamiento razonable por parte del legislador y, en caso de afán injustificado de reglamentación, dar una advertencia adecuada al legislador reconociendo expresamente el error de derecho.

Respecto a la utilización de los presupuestos para disculpar el reconocimiento de un error de derecho, la situación en la doctrina y la jurisprudencia en Bélgica es bastante confusa. Mientras que la doctrina insiste más bien en una apreciación *in concreto* en cuanto a la norma de prudencia y sólo rechazaría excepcionalmente el error (o sea, también el error de derecho) por motivo de ser inexcusable, la jurisprudencia reciente opta por una apreciación *in abstracto*.

En derecho penal, los requisitos que se imponen para el error de derecho son, en primer lugar, que éste no sea susceptible de ser superado y, en segundo lugar, la fuerza mayor. La apreciación *in concreto* se refiere más bien a casos en que intervienen profesionales, en los cuales las exigencias son (aún) más severas. Es difícil hablar en este caso de una aproximación de derecho penal y derecho civil, un viejo sueño de R. Legros.

Hay que matizar la respuesta a la pregunta si para el error de derecho también todavía es pertinente la distinción entre el error de impedimento y el error de anulación. En base al anticausalismo moderado de Van Gerven, se constata que es cierto que está limitada la categoría de errores de derecho de impedimento, pero que no es inexistente por lo tanto. Sin embargo, *de lege ferenda*, se puede considerar suprimir esta distinción y reducir todo a un error substancial.

Finalmente, también se somete a prueba la aplicabilidad del error de derecho en una perspectiva de derecho económico. En el ámbito político general, el legislador tiene que tener en cuenta los gastos de información jurídica en el análisis coste-beneficio de cada ley. El juez sólo debe declarar nulos actos jurídicos por error de derecho, si es plausible que la información jurídica defectuosa *ex ante* ha dado lugar a una reducción correlativa del beneficio *ex post*. El juez también tiene que dar un estímulo a la parte que puede adquirir la información jurídica al precio más bajo.

En cuanto a la aplicación de la ley penal, el juez debe desarrollar una política de sanción en la que tiene en cuenta, entre otros, los gastos de información jurídica de los ciudadanos.