

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE: RIDDER RENÉ VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

REDACTIEADRES: PROF. MR. RIDDER RENÉ VICTOR, BRITSELEI 40, 2000 ANTWERPEN

DE OPDRACHT VAN DE HOVEN EN RECHTBANKEN — ENKELE OVERWEGINGEN (eerste deel)

Rede uitgesproken door de eerste advocaat-generaal F. DUMON op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie de 1e september 1975

Heden, als voorheen is de rechtspreking — voornamelijk in strafzaken — een onderwerp dat de gunst van de letterkunde en het theater heeft.

In onze tijd voeren cinema en televisie ze voor het ruimst mogelijke publiek ten tonele.

Dit is een normaal verschijnsel, mits, wel te verstaan, alleen verzonnen processen of zeer oude rechtszaken met voorzichtigheid in de openbaarheid gebracht worden; immers, de daden, gevoelens, hartstochten, karaktertrekken, zwakheden van al de daarin optredende personen vormen voor literair, theateraal of kinematografisch werk — op het grote of het kleine scherm — een vruchtbare stof die overigens makkelijk de belangstelling wekt.

Daar is het mij natuurlijk niet om te doen. Ik moge er nochtans op wijzen, hoe vaak de rechtspreking — althans de onze — op onjuiste wijze wordt voorgesteld of opgeroepen: bijgewerkte en dus inexacte feiten, bij de uitbeelding van eertijds voor de rechtbanken gevoerde gedingen, onbekendheid met het dossier, vooral vertoningen van rechtszaken die zich afspelen in vreemde landen waar de regels, tradities, zeden, instellingen, schijnbaar op de onze gelijkend, in feite daarvan soms fundamenteel verschillen; geschriften en spektakels ook, die met een approximatieve kennis van de regels, tradities en instellingen op papier gezet of opgebouwd worden.

Het kan gebeuren dat het gepubliceerde, opgevoerde of uitgezonden werk merkwaaardig is... terwijl de invloed daarvan op de opvatting die velen van de rechtspreking hebben uiterst schadelijk kan zijn; de realiteit wordt erin verdraaid of vervalst, de ernst van de justitie wordt lichtvaardig in twijfel

getrokken en haar gezag komt aldus op gevaarlijk losse schroeven te staan.

Zorgwekkend is ook het zelfs bij hoge personiteiten levende gevoelen, dat elke ontwikkelde en intelligente mens gemakkelijk in staat is het recht en het gerechtelijk apparaat te beoordelen, hetgeen vooraanstaande letterkundigen, filosofen, winnaars van Nobelprijzen voor geneeskunde, fysica, scheikunde... ertoe aanzet hun mening over de regels van het recht en over de rechtspraak publiek te verkondigen.

Mijn bedoeling is zeker niet uit te weiden over deze twee verschijnselen, die wij, vrees ik, alleen maar kunnen vaststellen en betreuren.

Maar het lijkt mij toch wenselijk nauw acht te slaan op bepaalde uitingen van kritiek, op suggesties, nieuwe ideeën, beschouwingen en theorieën die juristen en een aantal sociologen in universitaire en gerechtelijke kringen menen te moeten en te mogen verspreiden, en die rechtzettingen en krachtige weerleggingen vereisen of wettigen.

Dit komt doordat recht en rechtspraak sedert enkele jaren a.h.w. in de maalstroom van de zogeheten contestatie zijn terechtgekomen, die in alle geledingen der maatschappij om zich heen grijpt.

Het is duidelijk dat het woord en het begrip schadelijk zijn, waar zij doelen op een onoverlegd, mateloos en redeloos vernietigen, slopen of veranderen, zonder de noodzakelijke zorg om een eventuele wederopbouw¹.

¹ Zeer terecht en met diep inzicht heeft M.G.E. MULDER in een rede, op 23 februari 1973 in de Nijmeegse Universiteit gehouden (Kluwer, Deventer), verklaard: "Het strafrecht

Voor allen die jegens de maatschappij plichten hebben of die gewoon door hun intelligentie of ervaring gedrongen worden, was het begrip "kritisch onderzoek" verreweg verkieslijk geweest boven de nochtans zo hooggeprezen "contestatie"!

Ongetwijfeld zijn er velen — wier theorieën, suggesties en kritiek ik zal onderzoeken — die het probleem wetenschappelijk trachten te benaderen, maar het gebeurt vaak dat zij hun informatie putten uit buitenlandse bronnen, waardoor hun conclusies scheefgetrokken worden, of ze vinden in een te oppervlakkig onderzoek van de buitengewoon complexe rechtsbeoefening, of ook de aard van de instellingen die de Natie ons heeft gegeven buiten beschouwing laten.

Vreemde schrijvers, Amerikanen, Britten, Duitsers worden geraadpleegd... hoe langer hoe meer jonge juristen of sociologen kunnen onmiddellijk na hun studies — en dit is gewis verheugend — hun informatie aanvullen in universiteiten of op de kantoren van rechtsbeoefenaars in het buitenland... Het is echter niet ongevaarlijk zich door zulke leringen en praktijken te laten leiden, wanneer men niet duidelijk genoeg inziet dat onze instellingen, onze zeden en ons recht niet dezelfde zijn als in die andere landen. Voor deze vergadering behoef ik zeker niet bij dit evidente feit te blijven stilstaan.

Steeds vaker leest of hoort men bij juristen en sociologen, dat de rechterlijke uitspraken voor de openbare mening "aanvaardbaar" moeten zijn of door haar "aanvaard" moeten worden, dat de rechter zijn "cartesiaanse" instelling moet laten varen, dat onze magistraten een ongunstige korpsgeest aan de dag leggen, dat onze hoven en rechtbanken in werkelijkheid de regels die zij op de hun voorgelegde geschillen en situaties toepassen vrijelijk kiezen, dat zij bij deze vrije keuze hun eigen opvatting van het recht en de gerechtigheid laten doorwegen, onder verwringing en verkrachting van de regels... dat dit een weldoend verschijnsel is, want het is wenselijk en zelfs nodig dat de wetten "gedesacraliseerd" en ter zijde geschoven worden... dat de magistraat in de plaats van de wetgever treedt...

Politiek en justitie, tenslotte, worden dikwijls over één kam geschoren, trouwens in uiteenlopende, ja zelfs tegen elkaar ingaande richtingen.

Graag zou ik deze stellingen, opvattingen en theorieën nader onder uw aandacht brengen en, met uw goedvinden, pogen ze naar vereis van zaken te toetsen.

maakt een kritieke periode door. Ik acht het de taak van de docenten om de huidige ontwikkeling kritisch te begeleiden. Die begeleiding bestaat niet in het stukslaan van de bestaande structuren en het bouwen van luchtkastelen die de menselijkheid nog meer dan nu in de kou zetten. Het lijkt mij noodzakelijk om alle dingen, niet alleen de bestaande, maar ook de toekomstige te toetsen en zo voorzichtig aan een beter strafrecht te werken" (pp. 20-21).

Men schrijft: "De juridische uitspraak (moet) minstens aanvaardbaar zijn in het denken van de tijd en in de concrete situatie (...) willen de litiganten haar als justitie ervaren (...)”² of "Veel beslissingen (...) zijn onmiskenbaar meer door de aanvaardbaarheid van het resultaat dan door stipte trouw aan de wet ingegeven”³.

Andere Nederlandse auteurs schijnen er nochtans kritiek op te hebben, dat "de rechter bij het formuleren van zijn uitspraak als ideaal (nastreeft) dat degene die de uitspraak leest, zich vol verbazing afvraagt hoe het mogelijk was dat de partijen over de betreffende kwestie ooit een konflikt hebben kunnen krijgen”⁴.

Professor Carbonnier oordeelt dat de rechter aan een norm de interpretatie dient te geven die door het volk goedgekeurd wordt⁵. Ik hoef niet, meen ik, te wijzen op het gevaar en het louter theoretisch karakter van een dergelijke stelling die op zijn minst talrijke nuanceringen zou vergen.

Sommige vage, veel omvattende en evolutieve juridische begrippen maken het weliswaar voor de rechter noodzakelijk rekening te houden, in de mate van het mogelijke en met grote omzichtigheid, met de in de bevolking heersende opvattingen... maar zulks kan niet voor alle rechtsregels toegelaten worden. Zo heeft de Hoge Raad der Nederlanden op 19 november 1974 beslist, dat door het woord "eerbaarheid" van artikel 239 van het Wetboek van Strafrecht "wordt bedoeld de eerbaarheid als algemeen begrip zoals dat moet worden opgevat naar de hier te lande heersende zeden, welke worden bepaald door de bij een belangrijke

² TER HEIDE, *De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Een functioneel-analytische beschouwing*, 1970.

³ G.E. LANGEMEIJER, "De taak van de rechter", *T.P.R.*, 1973, 312.

De arresten van de Hoge Raad der Nederlanden die aldus door de procureur-generaal Langemeijer worden geciteerd tonen nochtans m.i. niet aan dat dit hoge rechtscollege zich "vrijheden" zou hebben veroorloofd welke het positief recht niet toelaat. Zo werd op 4 mei 1953 beslist dat men zich aan schennis van de eerbaarheid "waarbij een ander zijns ondanks tegenwoordig was" (art. 239 van het Wetboek van Strafrecht) schuldig maakt, ook wanneer de aanwezigheid van het slachtoffer, hoewel vrijwillig, het gevolg van bedrog was (een vrouw die zich had laten onderzoeken door een man die valselyk beweerd had geneesheer te zijn).

Is dit "ontrouw aan de wet" om een "aanvaardbaar" arrest te kunnen vellen?

⁴ Geciteerd door CROMBAG, DE WIJKERSLOOTH en COHEN in *Over legitimeren van rechterlijke beslissingen. Her rechterlijk oordeel*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1973, p. 7.

⁵ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique* (Librairie A. Colin), p. 290. CH. PERELMAN schrijft: "Un jugement motivé se présente comme une décision appuyée par une argumentation visant à montrer que la décision est conforme au droit en vigueur. Le but de cette argumentation (...) est d'obtenir ou d'intensifier l'adhésion d'un auditoire aux thèses qu'on présente (...). Pour le juge cet auditoire sera constitué par les parties, les instances supérieures et, le cas échéant, par l'opinion publique éclairée" (Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Wijsbegeerte des Rechts, *Droit, philosophie et argumentation*, p. 8).

meerderheid van het Nederlandse volk op dat punt levende opvattingen"⁶.

Naar Nederlands recht dient de administratie zich te gedragen naar het "in het algemeen *rechtsbewustzijn*"⁷ levend beginsel van behoorlijk bestuur⁸.

Zoals geheel terecht door raadsheer *Legros* geschreven werd: "quant à l'opinion générale, à la conscience sociale, il faut reconnaître que ce sont des notions assez vagues qui peuvent couvrir des solutions de facilité. L'opinion de la nation est imprécise, diffuse (...) "⁹.

Misschien, zoals onze geleerde collega ook opmerkt, moet de rechter "overtuigen" ("convaincre") ... maar zijn opdracht zal het hem dikwijls niet mogelijk maken" "d'arriver à transformer l'aridité impérative et abstraite de la loi (...) en règle acceptable et acceptée par tous"¹⁰. De partij die in het ongelijk wordt gesteld kan gewis objectief "overtuigd worden" indien het vonnis volledig en correct wordt gemotiveerd en als het, desnoods, door bevoegde personen wordt toegelicht¹¹ ... maar zal zij er zich daarom noodzakelijkerwijze bij neerleggen? Gezien de menselijke vooroordelen, passies en egoïstische reacties is dit in vele gevallen onwaarschijnlijk. De rechter moet evenwel na een grondig onderzoek van het feit en van het recht persoonlijk en in geweten *overtuigd zijn* dat hij beslist zoals hij moet doen.

Sommigen oordelen, dat in het juridisch onderwijs en in de jurisprudentie het "cartesiaanse standpunt" dient verworpen te worden. De rechtszekerheid zou ook niet langer eigenlijk reden van

bestaan hebben; onlangs schreef een universiteitsprofessor, dat het de hoogste tijd is de "heilige koe" (sic) van de rechtszekerheid te slachten^{12 13}.

Auteurs, leden van "scholen" die het modernisme" en de "nieuwigheid" menen te moeten dienen, hanteren begrippen en een terminologie die, dunkt me, verwarringen en misverstand doen ontstaan: de rechter wordt de "professionele beslisser", de rechtsregels, de maatschappij en de aanspraken of excepties der partijen worden "het actueel orderings- en waarderingsplan (...) samenhandelingsplan, de conflict-situatie of escalatie van partij en (...) "¹⁴.

Men schrijft ook, met een pedantisme dat misplaatste ontleningen doet aan de psychiatrie en aan sociale verschijnsels in China: "Le juridisme du prétoire et de l'Université conduit à la schizophrénie sociale (...) (et il faut) pour le droit et la justice une révolution culturelle"¹⁵!

In publikaties van rechtsfilosofen zijn er stellingen en beschouwingen die vrijwel onbegrijpelijk zijn maar die lijken te berusten op een volkomen verkeerd begrip van wat recht en rechtspraak eigenlijk zijn¹⁶.

Niet meer "cartesiaans" zijn ... dit beduidt, meen ik, het verwerpen van de aandachtige analyse, de synthese, de deducties, de redenering: "Ne recevoir aucune chose pour vraie", staat in de *Discours de la méthode* te lezen, "que je ne la connusse évidemment pour telle (...) éviter la précipitation et la prévention (...) faire partant des dénominations si entiers et des revues si générales, que je fusse assuré de ne rien omettre (...) déduction (...) raisonnement (...) "

Het achterwege laten van de aandachtige en zorgvuldige analyse, de beredenering, de deducties brengt noodzakelijkerwijze zorgeloosheid met zich,

⁶ N.J., 1975, nr. 129, p. 427.

⁷ Tijdens de bespreking van het ontwerp dat tot de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie (16 september 1954) leidde werd door de h. W. Van den Heuvel gepreciseerd dat de rechter niet mag te rade gaan bij zijn eigen subjectief oordeel en dat hij de beginselen dient toe te passen die "in het algemeen rechtsbewustzijn levend zijn" (*Handelingen der tweede Kamer, Nederlandse Staatswetten, Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie*, pp. 33-34).

⁸ Raadpl. G.J. WIARDA, "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur", *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiek recht*, 1970, 368, Jubileumnummer.

⁹ R. LEGROS, "Considérations sur les motifs", *Rev. Dr. Pén.*, 1970-71, 19.

¹⁰ R. LEGROS, *op. cit.*, p. 20.

¹¹ Men schrijft somtijds: "Het gerecht lijkt ondoorzichtig, werkt aliënerend (...) dat (...) van enig contact (...) communicatie amper sprake is" (STORME, R.W., 1973-1974, 451-452). Vorm en taal zullen steeds, in een zekere mate althans, in de rechtswetenschappen moeilijk te begrijpen blijven voor leken, om de eenvoudige reden dat de rechtsregeling uiteraard en hoofdzakelijk, in onze huidige maatschappij, complex is, dat de regels van het recht allerlei stoffen omvatten en daarin zeer ruime begrippen worden aangewend ... en dat het recht, noodgedwongen ten minste voor een deel, wetenschap en techniek zal blijven.

Een rechter zal steeds, in een kies burgerlijk, handels-, fiscaal geschil, beter door een advocaat dan door de rechtzoekende ingelicht worden ... en deze laatste zal geen persoonlijk contact met de rechter wensen!

¹² M. STORME, "Taak en opleiding van de magistratuur", *T.P.R.*, 1973, 297.

¹³ President WIARDA schrijft in *Drie typen van rechtsvindend* (W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1972, p. 46): "Dat is de mentaliteit die de mens van deze tijd in het algemeen kenmerkt; gewend aan veel onzekerheid zowel op materieel (maar gaat deze vaststelling wel op wanneer men de tegevoordige toestand vergelijkt o.a. met die welke tussen 1910 en 1945 heerste? F.D.) als ook en vooral op geestelijk gebied, aanvaardt hij ook in het recht de zekerheid niet meer als een belang waarvoor elk ander belang te wijken heeft (maar dit werd m.i. nooit gevraagd! F.D.); (...) heeft hij het geloof in de vaste, onwrikbare regel verloren".

Zie ook "Billijkheid tegenover recht", *N.J.B.*, 1973, 640-643.

¹⁴ TER HEIDE, "Enige opmerkingen over het juridisch onderwijs en de rechtspraak als sociale functie", *T.P.R.*, 1973, 323, en gestencilde tekst van de toespraak, Colloquium Universiteit te Gent 9 november 1972.

Zie ook J. TER HEIDE, *Het rechterlijk oordeel*, Tjeenk Willink 1973, p. 74.

¹⁵ S. VERSELE, *La justice et l'antijustice*.

¹⁶ A.J. ARNAUD, "Le médium et le savant — signification politique de l'interprétation juridique", in *L'interprétation dans le droit*, Archives de philosophie du droit, t. 17, 1972, p. 174 e.v.

vergissingen, verkeerde en ongelijke toepassing van de regels, willekeur. De rechtszekerheid verdwijnt daar de rechtzoekenden en hun raadslieden niet de geringste kans meer hebben te voorspellen wat de rechter zal of moet beslissen. De rechtsregels worden dode letter, het recht verdwijnt. "Het recht moet een betrouwbare basis geven", schrijft professor Zonderland, "voor de samenleving. Die betrouwbaarheid verlangt dat het recht ook werkelijk geldt en wordt doorgezet; anders zou er van duidelijkheid, zekerheid, bescherming van zwakken enz. niets terecht komen"^{17 18}.

Ik vrees dat sommige sociologen, criminologen of wijsgeren te dikwijls geneigd zijn zich uitsluitend of in het bijzonder bezig te houden met de opdracht van de strafrechter die de delinquenten opnieuw aan het leven der maatschappij wenst aan te passen. Zij vergelijken de rol van de rechter met die van de geneesheer die uiteraard alleen oog heeft voor de toestand van zijn patiënt¹⁹.

Men ziet ook over het hoofd, dat de strafrechter eerst dient te beslissen of de beklaagde een rechtsregel heeft overtreden — de strafbaarheid hangt immers af van een abstracte regel die dikwijls dient geïnterpreteerd te worden — en hij moet bepaalde procedureregels die de belangen o.a. van de beklaagden vrijwaren, toepassen.

De rechtspreking is niet tot de repressieve rechtsmacht beperkt — een feit dat te dikwijls door criminologen en sociologen wordt verwaarloosd.

Een maatschappij waarin geen rechtszekerheid bestaat, bezit geen rechtsregels ofwel laat ze aan de willekeur van de politieke, administratieve of rechterlijke overheid over²⁰.

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft in recente arresten de noodzakelijkheid aangetoond een beroep te doen op de principes "rechtszekerheid" en bescherming van het gerechtvaardigd vertrouwen (Vertrauensschutz) en heeft daarop beslissingen gefundeerd²¹.

Het valt te betreuren dat sociologen, rechtsfilosofen en professoren de studenten en de jonge juristen dienaangaande dikwijls misleiden.

¹⁷ P. ZONDERLAND, *Methode van het privaatrecht*, p. 122.
¹⁸ "Wat betekent recht zonder norm" schrijft WIARDA, *op. cit.*, p. 47.

¹⁹ Sommigen van hen die de strafrechter tot een geneesheer willen maken, oordelen niettemin dat het vooronderzoek dient te geschieden met een publiciteit die tegelijk een ongezonde nieuwsgierigheid bevredigt en de eer en de goede naam van mensen die slechts verdachten en geen veroordeelden zijn onherstelbaar kan schaden.

Eigenaardige toestand voor een geneesheer en zijn patiënt... die duidelijk het gevolg van een gemis van bezorgdheid en logica is.

²⁰ Zie o.a. P. FORIERS, *Le droit investi par la politique*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1974, pp. 19-20.

²¹ Arresten van 4 juli 1973 — zaak 1/73 — en 14 mei 1975 — zaak 74/74. Raadpl. ook het arrest van 5 juni 1973 — zaak 81/72.

Men kritiseert ook de hiërarchie en de korpsgeest in de magistratuur. "De autonomie van de rechter", schrijft *Ter Heide*, "bestaat in deze eigen inbreng, die onafhankelijkheid t.a.v. de uitvoerende macht maar ook ten aanzien van (...) de korpsgeest en de samenwerkingsnormen die de groep waartoe hij behoort m.a.w. de magistratuur beheersen"²².

Een "korpsgeest" die een nadelige weerslag of zelfs een weerslag zonder meer op de rechtspraak zou hebben, bestaat niet in onze rechterlijke macht, ook niet in de Raad van State.

Maar samenwerking tussen magistraten i.h.b. tussen de rechters die tezamen recht spreken, en tussen de parketmagistraten is wenselijk en zelfs onontbeerlijk. De ervaring van de ene komt de andere te goede. De toekenning, aan de rechters en aan de parketmagistraten, van de opdrachten waarin zij de beste diensten zullen bewijzen is een elementair vereiste dat een "organisatie" noodzakelijk maakt: iedereen is niet op zijn best in de uitoefening van onverschillig welke functie.

Hieraan werden door *J. Leclercq*, thans procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Bergen, uitstekende overwegingen gewijd²³.

Sommigen die menen over de rechtsbedeling een oordeel te mogen vellen, hoewel zij noch in haar eisen noch in haar complexiteit een genoegzaam inzicht hebben, zijn er zich niet van bewust dat, hoe briljant juristen ook mogen wezen die kortelings afgestudeerd zijn of slechts enkele jaren baliepraktijk hebben of zelfs pas benoemd zijn, zij niet steeds onmiddellijk bekwaam zijn om helemaal alleen welke functie ook in de rechtsbedeling waar te nemen.

Eigenwaan is in de rechtspreking te enenmale uit den boze. Onafhankelijkheid staat ook niet gelijk met ongebreidelde machtsuitoefening, willekeur, lichtzinnigheid of fantasie. De vervulling van het gerechtelijk ambt vergt bescheidenheid en bewustzijn van een noodzakelijke voortdurende voorlichting, gediend door samenwerking.

Het ligt niet in mijn bedoeling het Hof te onderhouden over de formele bronnen van het recht; vijf jaar geleden heeft procureur-generaal *Ganshof*

²² TER HEIDE, *De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Een functioneel-analytische beschouwing*, 1970.

²³ J. LECLERCQ, procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Bergen, toen substituut procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel, overwoog geheel terecht: "(...) le corps judiciaire, pour être efficace, doit être cohérent et hiérarchisé: cohérent parce que, sans un corps permanent et organisé, c'est le règne de la dispersion, de la confusion, sinon de la fantaisie, au détriment du justiciable et de la justice, hiérarchisé, parce que sans une hiérarchie il n'est pas de cohésion, ni de discipline possible, ni de responsabilité, chacun étant livré à soi-même et n'ayant de comptes à rendre à personne" ("Renouveau ou déclin du pouvoir judiciaire", *J.T.*, 1971, 620).

van der Meersch ons over de gewoonte en i.h.b. de algemene rechtsbeginselen merkwaaardige toelichtingen gegeven. Ik mag dus volstaan met enkele summier beschouwingen dienaangaande naar vereis van mijn betoog; de vrijheid van de rechter of liever de beweerde vrijheden van de rechter, die sommigen aanzetten de rechtsprekende en wetgevende functies te vermengen en voor te stellen dat de rechter zich de normatieve bevoegdheden van de wetgever zou aanmatigen.

Men citeert doorgaans als formele bronnen van het positief recht de gewoonte en de wet, en sommigen voegen daaraan toe de algemene rechtsbeginselen, de jurisprudentie, de doctrine, de billijkheid, de traditie, de moraal. Er is geen probleem wat de algemene rechtsbeginselen betreft: dagelijks worden de normen die zij belichamen door de rechtscolleges toegepast. De rol van de rechtspraak is gewis essentieel; zij stoelt op de formele bronnen: gewoonte, wet, algemene principes... Zij preciseert, interpreteert, verfijnt, "vindt" de toepasselijke regels, vult wetsbepalingen aan, licht de vage, onnauwkeurige en veelomvattende begrippen van de rechtsregels toe, coördineert, harmoniseert...

In zoverre de hoven en rechtbanken in de hun voorgelegde gevallen de interpretatie, rechtsvinding, coördinatie, harmonisatie die zij reeds in andere gevallen hebben goedgekeurd of die vroeger door andere rechtscolleges — zelfs door één hof, ja zelfs in één enkel arrest — werden aangenomen, volgen, tot de hunne maken en aan hun eigen vonnissen of arresten ten grondslag leggen, in zoverre ook de justitiabelen, hun advocaten, notarissen en rechtskundige adviseurs een dergelijke houding of gedragslijn verwachten van de zijde van het rechtscollege dat van hun geval of geschil kennis dient te nemen... wordt deze interpretatie, rechtsvinding, coördinatie of harmonisatie een regel die zijn bron in de jurisprudentie vindt.

In ons juridisch bestel bestaat echter geen begrip "schending van een regel van de rechtspraak"; niet omdat wij het begrip *stare decisis* niet kennen, maar enerzijds, omdat artikel 5 van het Burgerlijk Wetboek aan de rechter verbiedt bij algemene beschikkingen uitspraak te doen, en anderzijds, omdat, wanneer een wet, een gewoonte, een algemeen rechtsbeginsel niet toegepast werden zoals de jurisprudentie ze heeft uitgelegd, "aangevuld", gecoördineerd..., het deze normen zijn die uiteraard werden geschonden en niet de rechtspraak.

Hierdoor treedt het verschijnsel aan de dag, dat de jurisprudentie een bron van rechtsregels van een andere aard is dan de wet, de gewoonte, de algemene rechtsbeginselen; zij "schept" niet zoals de maatschappij doet voor de gewoonten, de maatschappij én de "overheden" tezamen doen voor de Grondwet en de algemene rechtsbeginselen, en de overheden i.h.b. voor de wetten; zij bouwt op deze

bronnen waarvan het onafhankelijk bestaan, institutioneel, onaangeroerd dient te blijven.

De billijkheid²⁴ is gewis een formele bron wanneer de wet aan de rechter de opdracht toevertrouwt om i.h.b. "naar billijkheid" recht te spreken. Anders is dit vaag, verward, veelomvattend, uiteenlopend en subjectief begrip een element dat de jurist eventueel kan helpen om de toepasselijke regels te ontdekken. Zij kan ook, in één van haar nauwkeurige betekenissen²⁵ een rol spelen in de interpretatie van de rechtsregels en een materiële bron van deze regels zijn. Ik ben er vast van overtuigd dat het onmogelijk is aan de billijkheid een ruimere rol toe te kennen.

Somtijds menen auteurs de billijkheid te mogen zien als het fundament van een rechterlijke beslissing wanneer deze nochtans niets anders gedaan heeft dan toepassing te maken ofwel van regels die uit verscheidene wetsbepalingen voortvloeien ofwel van algemene rechtsbeginselen²⁶. Men moet met H. Kelsen²⁷ zeggen m.i. zowel voor de billijkheid als voor de gerechtigheid: "Ich weiss nicht und kann nicht sagen was Gerechtigkeit ist, die absolute Gerechtigkeit, dieser schöner Traum der Menschheit"^{28 29}.

²⁴ F. DUMON, *Billijkheid en recht*, R.W., 1957-58, 1477-1516; J. RENAULD, "L'équité en droit belge", *Rapports belges au VIII^e Congrès international de droit comparé*, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1970; *Equity in the World's Legal Systems — a comparative study dedicated to René Cassin*, Edit. Ralph A. Newman, 1973; MARIO ROTONDI, "Considérations sur la fonction de l'équité dans un système de droit positif écrit — Aspects nouveaux de la pensée juridique", *Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, p. 43 e.v.

²⁵ Zie "Billijkheid en recht", R.W., 1957-58, i.h.b. 1513 en 1497.

²⁶ S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Librairie générale de droit, Paris 1974, p. 336, meent dat een verplichting van de Staat een bepaalde schade te vergoeden op de billijkheid steunt, maar het Franse Hof van Cassatie besliste nochtans (23 november 1956, D., 1957, 38), "qu'il faut trouver le fondement de cette réparation non pas dans le principe d'équité qui n'est qu'une loi morale qui ne saurait à elle seule motiver juridiquement les décisions du juge mais dans les principes du droit public régissant la responsabilité de la puissance publique (...)"

²⁷ H. KELSEN, *Was ist Gerechtigkeit?*, Wenen, 1953.

²⁸ PORTALIS verwijst gewis ook naar de billijkheid; hij schrijft: "Quand la loi est claire, il faut la suivre, quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi il faut consulter l'usage et l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives" (LOCRE, I, pp. 156-159).

FAURE verklaarde ook in het Tribunaat: "(...) les juges doivent se déterminer par les règles de l'équité qui consistent dans les maximes de droit naturel, de justice universelle et de raisons..." (LOCRE, I, p. 318). Maar wat is de inhoud van het natuurrecht, van de "justice universelle"?

²⁹ TOUFFAIT, procureur-generaal in het Franse Hof van Cassatie, meent een groot belang aan de billijkheid te mogen toekennen. Naar mijn bescheiden mening wordt enerzijds het begrip billijkheid met de gerechtigheid verward waar op de "gelijkheid der individuen voor de te dragen lasten" een beroep wordt gedaan. Anderzijds wordt aan de billijkheid de rol toegeschreven die supra in voetnoot 1 wordt bedoeld ("Détenation provisoire et responsabilité de l'Etat", D., 1974, Chron. XLVII).

Een ander eigenlijk "werktuig" dat in wezen onmisbaar is om de bronnen van het recht te kunnen benutten, de feiten te kunnen beoordelen en rechtspreken is de intelligentie, het verstand, het redeneervermogen^{30 31}, de vlijt, de aandacht en de volharding. Hoe zou anders een magistraat kunnen rechtspreken in sociale en burgerlijke zaken, in de meeste fiscale, financiële, handels-, erfeniszaken, in geschillen betreffende octrooien en warenmerken, in internationale conflicten, in zaken waarin de ingewikkelde reglementering van het Europese recht dient toegepast te worden enz. enz.? De doctrine bewaart doorgaans het stilzwijgen nopens dit wezenlijk element.

De kunst mag, en moet zelfs, uiteraard, haar toe vlucht nemen tot fantasie, louter indrukken, de droom, het gevoelsleven, ja de hartstochten. Dit alles vormt haar waarde, haar rijkdom, haar wezen. De rechtsprekende functie — en ook die van de advocaten die ze dikwijls inleiden — eisen verstand, beredenering³², nauwkeurigheid, aandacht, inspanning, moed en volharding; anders zouden de talrijke, kiese en moeilijke problemen die al de toestanden en feiten van de menselijke bedrijvigheden betreffen geen oplossing vinden.

De moraal — een menselijk verschijnsel dat zo moeilijk te definiëren is, tenzij men genoeg neemt met de vaststelling dat handelingen, tekortkomingen, bedoelingen, beschouwingen, aanleiding geven tot goedkeuring en achting en andere tot afkeuring en min- of verachting — speelt gewis een rol in het recht en in de rechtsbedeling. Zij biedt nochtans aan de rechter geen regels die hij zou mogen toepassen om de conflicten en toestanden die hem worden voorgelegd te beslechten. Zij is derhalve geen formele bron van het recht ... tenzij m.i. om

^{30 31} F.J. DE JONG, president van de Hoge Raad der Nederlanden, verklaarde in een lezing gehouden in 1954 te Zwolle: "Ik ben voor mijzelf overtuigd dat het oordeel van de rechter voor een belangrijk deel steunt op een werkzaamheid van intellectuele aard, te vergelijken met de oplossing van een wiskundig vraagstuk of de ontcijfering van een tekst in een vreemde taal..." (*Nederlands Juristenblad*, 1975, p. 543).

"La rigueur — presque la férocité intellectuelle — rapproche souvent mathématiciens et juristes" (DUNES, geciteerd door E. BERTRAND en P. JULIAN, D., 1973, Chron. VIII, p. 76).

³² De ingebrekestelling door art. 1139 B.W. vereist dient b.v. met overleg in aanmerking genomen te worden: "La mise en demeure est, par définition, un acte destiné à exiger du débiteur qu'il s'exécute dans l'avenir en l'avertissant d'une manière solennelle que sa responsabilité risque d'être engagée s'il tarde à remplir ses obligations. Dès lors, elle ne répond à sa raison d'être que si l'exécution est encore possible (ou si, tout au moins, elle est encore de nature à satisfaire le créancier); si, au contraire, l'inexécution est d'ores et déjà irrémédiable, la mise en demeure devient tout à fait superflue, puisque cet avertissement solennel n'y peut plus rien changer" (Dalloz, *Répertoire de droit civil*, V° *Mise en demeure*, nr. 12).

Zie ook Cass. civ. fr., 3 april 1973, *Bulletin*, 1973, nr. 254, p. 184; raadpl. ook Cass., 16 september 1954, *Bull. en Pas.*, 1955, I, 1.

de rechter in staat te stellen te beslissen of een natuurlijke verbintenis al dan niet bestaat³³. Morele begrippen worden in de wetten opgenomen zoals goede trouw, goede zeden, eerlijke praktijken in de handelsbetrekkingen³⁴ en vormen tevens het fundament van grondbeginselen van het recht zoals *Nemo auditur ... ; In pari causa turpitudinis cessat petitio* en het principe "vermogensverschuiving zonder oorzaak"; de moraal is dan een materiële bron van het recht. Het bedrog — *fraus* — door de moraal afgekeurd dient door de rechter gesanctioneerd te worden ten einde o.a. de wetsonthouding³⁵ te vermijden. De moraal speelt hier een belangrijke rol in de beoordeling der feiten waarop rechtsregels dienen toegepast te worden. Voor het bepalen van de inhoud van verscheidene veelomvattende wettelijke begrippen, zoals goede zeden of zelfs "fout"³⁶, dient de rechter de te lande heersende en evoluerende zeden, d.w.z. de gangbare moraal, te raadplegen³⁷. Hij mag m.i. niet, in strijd met hetgeen sommige auteurs doceren³⁸, een bepaalde moraal aan de maatschappij opleggen maar hij moet de moraal van deze maatschappij eerbiedigen en niet de moraal — of de negatie ervan — van een onbedachtzame, egocentrische, onervaren, onverantwoordelijke, aanmatigende en al te rumoerige minderheid, zelfs indien de meerderheid de moed verloren heeft om te reageren zoals het behoort.

Betreffende de "traditie" beperk ik mij tot de overweging, dat zij nu eens een materiële bron van de wet kan zijn — de doctrine van de oude auteurs alsook het Romeins recht en het oud Frans of Nederlands recht die de opstellers van het Frans en

³³ De Hoge Raad der Nederlanden overwoog in zijn arrest van 12 maart 1926 (N.J., 1926, 777) dat de natuurlijke verbintenis "berust op de voorschriften van de moraal of het fatsoen".

³⁴ Artikel 54 van de Wet van 14 juli 1971.

³⁵ Betreffende de wetsonthouding raadpl. o.a.: J. MATTHIJS, "Wetsonthouding", R.W., 1955-56, 105-106; BERNARD AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974; H. BATTIFOL, *Droit international privé*, 4e édit. 1967, p. 419 e.v.; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 330 e.v.; MEYERS, *Misbruik van recht en wetsonthouding*; J. BEIRENS, "De wetsonthouding in het fiscaal recht — vergelijkend benaderd", R.W. 1974-75, 833-856.

³⁶ Raadpl. o.a. PITLO, "De ontwikkeling van een gesloten naar een open systeem van verbintenissen in de rechtspraak van de Hoge Raad", T.P.R., 1973, 163-188.

³⁷ "Dans la pratique judiciaire actuelle, c'est le juge qui par ses seules lumières constate quels sont les actes juridiques ou les faits interdits par les bonnes moeurs" (J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, p. 283). Deze auteur preciseert dat de rechter zich niet kan of mag veroorloven een sociologisch onderzoek te bevelen of op touw te zetten om de openbare opinie te polsen. Overigens kan men zich afvragen, of dergelijke onderzoeken of enquêtes steeds nuttige en duidelijke aanwijzingen opleveren.

³⁸ Stelling van a) The House of Lords en i.h.b. Viscount Simonds (zie FRED L. MORRISON, *Courts and the political process in England*, Vol. 3 of Sage Series on politics and the legal order, Beverly Hills, London, p. 165-166); b) G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 70-73.

het Nederlands Burgerlijk Wetboek³⁹ of ook de jurisprudentie⁴⁰ hebben geïnspireerd — dan weer dat zij een oude en gevestigde rechtspraak is⁴¹ of zelfs de gewoonte⁴². Het is m.i. zeer twijfelachtig of zij als een formele bron van het recht kan beschouwd worden.

Al deze beschouwingen zijn elementair en al de magistraten van het Hof zouden ze beter kunnen toelichten dan ik gepoogd heb te doen.

Gewis, indien de rechters de rechtsregels slechts zouden kunnen vinden in de gewoonten en in de teksten der wetten, en niet i.h.b. in de geest en de bedoelingen van de wetgevers, in hetgeen noodzakelijk uit een geheel van teksten en van bedoelingen voortvloeit, in de algemene rechtsbeginselen, in hetgeen voortspuit uit de noodzakelijke coördinering en harmonisering van de talrijke wetten en rechtsbeginselen, uit het doel en de aard der juridische instellingen..., dan zou het onderzoek van de jurisprudentie noodzakelijk het bewijs leveren van een vrijwel bandeloze vrijheid, ja zelfs van willekeur in de rechtsbedeling. Dat een dergelijke voorstelling van de opdracht van de magistraten volkomen verkeerd is, ligt voor de hand.

Sommige verhandelingen — hoe merkwaardig zij ook mogen zijn — stichten nochtans verwarring, wekken verkeerde begrippen over wat de jurisdictionele functie en de jurisprudentie werkelijk zijn bij pas afgestudeerde juristen, bij andere jonge juristen, ja zelfs bij jonge en ook wel oudere magistraten. Zo b.v. overweegt *Achille Mestre* in zijn in 1974 verschenen verhandeling *Le Conseil d'Etat, protecteur des prérogatives de l'administration*⁴³: "Le Conseil d'Etat est maître de sa jurisprudence, à lui de créer — ne retenant les règles du Code civil que dans la mesure où l'application en est compatible avec les nécessités de la vie collective, il dispense l'administration d'obéir à la loi (...) (hier *Eisenman* en *Rivet* citerende) il 'interprète la légalité' — il crée des principes généraux de toute pièce — il délimite lui-même ses pouvoirs juridiction-

nels (...)"^{44 45}. Voorzeker zijn er in het administratief recht, zelfs in het publiek recht in het algemeen, minder talrijke wetteksten die de problemen en toestanden regelen dan o.a. in het burgerlijk, het handelsrecht, en derhalve dient een beroep te worden gedaan op andere formele bronnen i.h.b. de algemene rechtsbeginselen, of gewoonweg regels die uit de wetten of deze beginselen voortvloeien (zie *infra*). Gewis worden de algemene rechtsbeginselen vaker door de Conseil d'Etat ingeroepen dan door onze nationale rechtscolleges⁴⁶, maar natuurlijk bestaan deze beginselen en regels, en zij worden geenszins "créés de toutes pièces" door het opperste Frans administratief rechtscollege^{47 48}. Ook uw Hof past talrijke regels en algemene rechtsbeginselen toe ... maar het heeft ze nooit zelf uitgedacht of geschapen. Dat een rechtscollege zoals de Conseil d'Etat het bestuur ervan kan ontslaan aan de wet te gehoorzamen ("dispense l'administration d'obéir à la loi") komt doordat een andere rechtsregel dit toelaat of gebiedt.

Ik ben mij ervan bewust, dat men doorgaans de jurisprudentie van de Conseil d'Etat "pretoriaans" heet, gelijk trouwens ook zeer dikwijls de jurisprudentie van de hoven en rechtbanken b.v. in zake "privacy", d.w.z. de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, zoals onlangs door *Lindon*, eerste advocaat-generaal bij het Franse Hof van Cassatie werd beklemtoond⁴⁹.

Deze kwalificatie is van die aard dat zij bij degenen, die Romeins recht hebben gestudeerd, een te enenmale verkeerd begrip oproept omtrent wat in onze landen de opdracht van de rechtsbedeling is en wat zij werkelijk doet. De praetor heeft weliswaar nieuwe procedureregels en nieuwe sancties geschapen (*jus honorarium*), maar hij deed het, in abstracto, in het algemeen, in een *edictum perpetuum* en niet als rechter, ("Jus praetorium est, quod

⁴⁴ *Op. cit.*, i.h.b. pp. 251, 252, 253, 255 en 256.

⁴⁵ S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Parijs, 1974, schrijft ook — LETOURNEUR, RIVERO en HAMSON citerende — dat "les principes généraux sont une pure création prétorienne" (pp. 184, 282 en 308).

⁴⁶ Raadpl. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*

⁴⁷ Deze principes worden vaak door onze beschaving opgelegd en zijn in wetteksten of ook in de gewoonte opgenomen of deze rechtsregels ontstaan in de veronderstelling van het bestaan en de naleving ervan ... Op grond van een dergelijk verschijnsel heeft het Hof overwogen op 7 maart 1975, "dat het verbod van dwanguitoefening tegen de persoon en van het binnendringen in het gebied van de persoonlijkheid, een algemeen rechtsbeginsel uitmaakt" (R.W., 1974-75, 2335). De algemene rechtsprincipes ontstaan ook uit de eenvormige regeling welke de wetten aan bepaalde of aanverwante problemen gegeven hebben, of nog uit de aard of de opdracht van bepaalde instellingen (de rechtsbedeling, de Staat, de openbare diensten), ook louter uit de vereisten van het gezond verstand...

⁴⁸ Raadpl. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*

⁴⁹ *La création prétorienne en matière de droits de la personnalité et son incidence sur la notion de famille*, Manuels Dalloz de droit usuel, 1974.

³⁹ Raadpl. de conclusie van eerste advocaat-generaal MAHAUX vóór Cass., 6 april 1960, *Bull. en Pas.*, 1960, I, 926 en 927; J. DABIN, *R.C.J.B.*, 1960, 301-303.

⁴⁰ Avant-projet de Code civil — français — première partie — livre préliminaire, p. 28 (ontwerp overgelegd in 1955 aan de minister van Justitie van Frankrijk).

⁴¹ Betreffende de traditie, raadpl. de merkwaardige studie van P. MAHILLON, *J.T.*, 1970, 405 e.v. Raadpl. ook procureur-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH, "Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit", rede uitgesproken op 1 september 1970, *J.T.*, 1970, 557 e.v.

⁴² Het Hof van Beroep te Toulouse overwoog op 30 januari 1973 dat ingevolge "une tradition locale ininterrompue" de wet die daden van wreedheid of van mishandelingen jegens een dier strafbaar stelt niet toepasselijk is op de stierengevechten (*D.*, 1973, *Somm.*, p. 37).

⁴³ Bibliothèque de droit public sous la direction de Marcel Waline, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974.

praetores introduxerunt, adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia"), ter gelegenheid van de rechtsbedeling. Een wetgevende bevoegdheid werd aan de praetor toegekend⁵⁰.

In deze gedachtengang zie ik mij verplicht een ander kenschetsend voorbeeld van wetenschappelijke werken aan te halen die misleiden en de indruk wekken dat zelfs de hoogste magistraten blijken van fantasie en zelfs gaan goochelen met rechtsregels. In zijn doctoraal proefschrift van 1970, *Philosophies positivistes du droit et droit positif*, beoogt Miedzianagora⁵¹, bij de bespreking van het arrest van uw Hof van 9 oktober 1959⁵² betreffende de openbaarheid van de terechtzittingen en de beslissingen van de "administratieve" rechtscolleges, en van de conclusie van de procureur-generaal Hayoit de Termicourt, dat "(l'arrêt) donne une justification jurisprudentielle à la disparité de traitement des deux phrases couplées de l'article 97 de la Constitution et pour (le procureur général) il s'agit d'établir la cohérence des décisions antérieures de la Cour (...) mais la solution ne (justifie) pas le traitement différent des juridictions administratives". Hij is derhalve de mening toegedaan dat het Hof beslist heeft dat ingevolge de artikelen 96 en 97 van de Grondwet de terechtzittingen en de beslissingen van de bestendige deputatie van de provinciale raden aan de openbaarheidsregel onderworpen zijn maar die van het Rekenhof niet. Hier hebben wij te maken met een volledig verkeerde lezing en een totaal fout begrip én van het arrest én van de conclusie én van het later arrest van 18 januari 1966^{53 54 55}.

Ik ben ervan overtuigd dat talrijke verklaringen, zoals de rechter "schuift de wet terzijde", "kiest de

⁵⁰ Raadpl. o.a. P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1929, pp. 37-47; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, I, 1942, pp. 7-77.

⁵¹ Bibliothèque de philosophie du droit, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Parijs, 1970.

⁵² Bull. en Pas., 1960, I, 170.

⁵³ Bull. en Pas., 1966, I, 644.

⁵⁴ Op grond o.a. van het proefschrift van MIEDZIANAGORA meent prof. CH. PERELMAN te mogen schrijven: "Les magistrats chercheront mille *subterfuges* et forceront, s'il le faut, les interprétations traditionnelles s'il s'agit de sauvegarder le fonctionnement habituel des institutions" ("L'interprétation juridique", Archives de philosophie du droit, t. 17, 1972, p. 35.).

⁵⁵ Nog een voorbeeld van verkeerde lezing van beslissingen van rechtscolleges die sommige auteurs ertoe brengt artikelen te publiceren waarin geschreven wordt dat een hof nu eens een wetsbepaling ter zijde zou schuiven om een "vrije beslissing" te nemen, en dan zich aan deze bepaling zou houden: in een arrest van 6 maart 1876 (*Dall. pér.*, 1876, I, 193) zou het Franse Hof van Cassatie niet aangenomen hebben de bindende kracht van een overeenkomst te miskennen, wat het integendeel wel aangenomen zou hebben in een ander arrest (11 juni 1942, *D.C.*, 1943, p. 135) (P. FORIERS, "Relativité et asymétrie de la loi pénale", *J.T.*, 1953, 305). In werkelijkheid heeft het Hof in dit tweede arrest niets anders gedaan dan de wil der partijen en de overeenkomst te interpreteren ... en ook rekening te houden met een feitelijke toestand voortvloeiend uit de oorlog.

regel die hij wenst toe te passen", "interpreteert vrijelijk de rechtsregel op grond van persoonlijke opvattingen of eigen intuïtie", "miskent deze regels", of nog "treedt pretoriaans op en schept de regels", telkens weer afgelegd worden omdat hij die spreekt niet voldoende rekening houdt met de veelvuldigheid en de veelvormigheid van de formele bronnen van het positief recht en met de andere elementen die ze verklaren en leefbaar maken, met de vereiste toepassings- en interpretatiemethodes ... en met hetgeen de wet werkelijk is.

Enkele beschouwingen en voorbeelden zullen dit duidelijk maken en aan de hand van een eerste voorbeeld wens ik aan te tonen, dat de "scheppen-de rol" van de rechter soms wordt te berde gebracht omdat er niet voldoende op de diversiteit der bronnen acht wordt geslagen.

Een van de meest prestigieuze Belgische juristen schreef in 1960 in de *Revue critique de droit belge*⁵⁶: "Il est arrivé que, à défaut de texte, la Cour ait proclamé une solution 'comme de droit'", en hij bedoelde uw arrest van 3 april 1952 dat besliste: "Onder koophandeldrijvende schuldenaars welke tot een zelfde verbintenis zijn gehouden, bestaat rechtens hoofdelijkheid"⁵⁷. Deze beslissing was noch vrij, noch "pretoriaans" dus niet "comme de droit", maar steunde gewoonweg op een formele bron van het recht: de gewoonte. De hoofdelijkheid in handelsverbintenissen is immers een gewoonterechtelijk instituut zoals uitdrukkelijk, meermalen, door het Franse Hof van Cassatie werd beklemtoond⁵⁸.

Met uw goedvinden moge ik enkele beschouwingen aan de wet wijden.

De wet — en ik bedoel hier de norm, welke ook de overheid, de instelling of het instituut (internationaal verdrag) zij die ze uitvaardigt — is uiteraard van algemene draagwijdte; de feiten, toestanden en gebeurtenissen die zij bedoelt kunnen of zelfs mogen niet in hun verscheidenheid, die ook met de tijd verschilt, afzonderlijk en volledig opgesomd worden. De wijze en ervaren *Portalis* had reeds geschreven, en ik meen niet dat juristen van heden, die al te gemakkelijk aan de doctrine van vroegere tijden gezag en wijsheid ontzeggen, hem zouden kunnen tegenspreken: "La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière les principes les plus favorables au bien commun: la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre par une application sage et raisonnée aux hypothèses pri-

⁵⁶ Noot bij de arresten, in voltallige terechtzitting, van het Hof van Cassatie van 6 april 1960, *R.C.J.B.*, 1960, 286 e.v., i.h.b. p. 301.

⁵⁷ Cass., 3 april 1952, *Arr. Cass.*, 1952, p. 432 en 433; *Bull. en Pas.*, 1952, I, 498; *R.W.*, 1951-52, 1725.

⁵⁸ O.a. Cass. fr., 20 oktober 1920, *Dalloz jurisprudence générale*, 1920, 161, en 7 januari 1946, *Rec. Dalloz*, 1946, 132.

viées"⁵⁹. "L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les *maximes générales* du droit ; d'établir des principes féconds en conséquence et non de descendre dans le détail ... ! C'est au magistrat ... *pénétré de l'esprit général des lois*, à en diriger l'application ..."⁶⁰.

Aan een wettekst dient derhalve het toepassingsgebied gegeven te worden dat met de bedoelingen van de auteurs ervan overeenstemt⁶¹.

De tekst moet de interpretatie krijgen die hem zijn object niet doet missen. Object en toepassingsgebied dienen afgeleid te worden niet enkel uit de bewoordingen en zelfs uit de context maar ook uit de omstandigheden die tot aanneming van de tekst geleid hebben, uit wat waarlijk bedoeld werd, uit wat zou bedoeld zijn indien men daaraan had kunnen denken⁶². Evenzo, gelijk het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en zijn advocaten-generaal meermalen duidelijk gemaakt hebben, "de oplossing dient te worden gezocht aan de hand van de doelstellingen van de (bepaling) in het kader van de beginselen die in het verdrag (wet) zelf zijn vervat"⁶³.

Het is onnodig daartoe theorieën die als modern en progressief worden bestempeld, zoals de *implied powers*, het *principle of effectiveness* (théorie de l'effet utile)⁶⁴ te hanteren.

Zulke theorieën zijn ook overbodig om te rechtvaardigen dat de incriminerende wetsbepalingen en die welke in het fiscaal recht winsten, baten, inkomsten of toestanden aan de belastingen onderwerpen niet analogisch mogen geïnterpreteerd en vervolgens toegepast worden. Voor de eerstbedoelde volgt dit onvermijdelijk en noodzakelijk uit artikel 9 en voor de tweede uit de artikelen 110 en 113 van de Grondwet. Maar dit neemt natuurlijk niet weg,

dat aan deze wetsbepalingen de betekenis, inhoud en draagwijdte dient toegekend te worden welke zij impliceren; zo heeft b.v. het Hof op 16 juni 1936⁶⁵ beslist dat elke wet, ook de strafwetten, volgens de wil van de wetgever moet worden geïnterpreteerd zonder dat de rechter noodzakelijk door de woorden van de tekst gebonden is. Een gelijkaardige uitspraak werd gegeven i.v.m. de artikelen 196 en 226, lid 2, van het Strafwetboek door het arrest van 29 oktober 1973, waaraan de conclusie van eerste advocaat-generaal *Mahaux* is voorafgegaan⁶⁶. Raadsheer Legros vroeg zich dan ook onlangs terecht af, "si on peut maintenir l'opposition de *principe* entre le droit civil et le droit pénal concernant l'interprétation"⁶⁷.

Tekst, context, doelstellingen, geest, onderwerp, wetgeving, algemene principes ... De tekst volstaat natuurlijk niet: de woorden, de termen van de wet zijn niet anders dan een middel — een vaak gebrekkelijk en onvolledig middel omdat o.a. men zich zelden de rijkdom en de schakeringen van een taal en ook het taaleigen kan ten nutte maken — om onderwerp, bedoelingen en inzichten te vertolken⁶⁸. De procureur-generaal *P. Leclercq* zei in een kernachtige stijl: "Le texte n'enchaîne pas l'interprète, il n'enchaîne que l'ouvrier imprimeur et le premier ne doit pas être confondu avec le second. Le texte est l'enveloppe de la chose essentielle: la pensée que l'auteur du texte a par celui-ci voulu exprimer. C'est la pensée, le contenu qui enchaîne l'interprète, et non le texte, le contenant"⁶⁹.

Gelijkaardige beschouwingen geeft ook de procureur-generaal *Ganshof van der Meersch*⁷⁰.

Hoe gewaagd is het dan ook niet te beslissen, dat *interpretatio cessat in claris*, d.w.z. dat een

⁵⁹ PORTALIS, *Exposé préliminaire du Code civil*, LOCRE, édition belge, p. 159, nr. 17.

⁶⁰ PORTALIS, "Discours préliminaire. La législation civile, commerciale et criminelle de la France", LOCRE, I, Parijs, 1827, p. 258, nr. 9 in fine.

⁶¹ Kenschetsend voorbeeld: hoewel art. 489 van het Burgerlijk Wetboek slechts in de onbekwaamverklaring voor de meerderjarige voorziet ("de meerderjarige die zich in een aanhoudende staat van krankzinnigheid bevindt") is deze wetsbepaling ook van toepassing voor de minderjarigen (argument o.a. art. 174 van het Burgerlijk Wetboek).

⁶² Zie de rede van de procureur-generaal L. CORNIL, van 15 september 1950, *La Cour de cassation — Considérations sur sa mission*, pp. 9-12; H. BATTIFOL, noot onder Cass. fr. 12 november 1952, *Revue critique de droit international privé*, 1934, p. 349 e.v.

⁶³ Arrest van 30 oktober 1974, zaak 190/73; zie ook het arrest van 24 oktober 1973, zaak 9/73, en de conclusie van de advocaat-generaal ROEMER voor het arrest van 13 juli 1971, zaak 5/71.

⁶⁴ Raadpl. DE VISSCHER, *Le droit public de la C.E.C.A.*, pp. 34-39; V. LOUIS, *Les règlements de la Communauté Economique Européenne*, o.a. p. 64 e.v. en 107, Brussel, 1969; A. DE VREESE, *Le contrôle de la législation et le droit de recours devant la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Collège d'Europe, 1974, pp. 34 en 35; P. PESCATORE, "Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe", *R. Int. Dr. Comp.*, 1974, 5 e.v.

⁶⁵ Cass., 16 juni 1936, *Bull. en Pas.*, 1936, I, 297, redenen.

⁶⁶ *Bull. en Pas.*, 1974, I, 221, en *Arr. Cass.*, 1974, 237; zie ook Cass., 16 oktober 1973, *Bull. en Pas.*, 1974, I, 173 en *Arr. Cass.*, 1974, 189, betreffende artikel 526 van het Strafwetboek en Hoge Raad der Nederlanden 12 februari 1952, *N.J.*, 1952, nr. 700.

⁶⁷ R. LEGROS, "Considérations sur les lacunes et l'interprétation en droit pénal", in *Le problème des lacunes en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, p. 372 e.v.

⁶⁸ Raadsheer M. CORNIL schreef in 1890: "Est-il si extraordinaire de rencontrer dans la loi des mots, des phrases, des propositions inutiles ou même erronées? Le législateur est homme; il n'est point parfait. Ce qui nous arrive à tous dans nos écrits, lui arrive aussi quelquefois; et son oeuvre nous fournit quantités de textes incorrects" (*De la cause dans les conventions*, p. 11, geciteerd in de conclusie van de procureur-generaal P. LECLERCQ vóór Cass., 26 januari 1928, *Bull. en Pas.*, 1928, I, 63, i.h.b. p. 65).

⁶⁹ Conclusie vóór Cass., 26 januari 1928, *Bull. en Pas.*, 1928, I, 63. Idem bij DE PAGE, I, nr. 214 A.

LAURENT had in zijn ontwerp van wijziging van het Burgerlijk Wetboek geschreven: "Quand une loi est claire, il ne faut point éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit" (art. 29); zie nochtans de artikelen 30 en 32.

⁷⁰ "Beschouwingen over de herziening van de Grondwet", Nederlandse vertaling van de rede, gehouden op 1 september 1972 op de openingszitting van het Hof van Cassatie, *R.W.*, 1972-73, 433 e.v.

wet waarvan de tekst duidelijk en nauwkeurig lijkt reden geeft noch tot interpretatie, noch o.a. tot aanhaling van de parlementaire geschiedenis⁷¹ ⁷². Prof. Ch. Perelman heeft dit gevaar aangetoond met een kenschetsend voorbeeld⁷³. Graag zou ik dit aanvullen met twee andere uit uw jurisprudentie gekozen voorbeelden. De teksten én van artikel 267 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen én van artikel 61, lid 3, van de gecoördineerde wetten van 1948 zijn geheel eensluidend (althans wat ons probleem betreft) en "duidelijk": "De belastingplichtige (kan) tegen het bedrag van de te zijnen name gevestigde aanslag (...) en verhogingen (...) schriftelijk bezwaar indienen (...)". Desniettegenstaande werd het Hof verplicht te beslissen, gezien de wil, door de wetgever uitgedrukt tijdens de parlementaire voorbereiding, dat de machten van het hof van beroep niet dezelfde waren, ten opzichte van de verhogingen, achtereenvolgens onder vigeur van de twee identieke wetsbepalingen⁷⁴.

De tekst van artikel 23, lid 2, van het Koninklijk Besluit nr. 79 van 10 november 1967 betreffende de orde der geneesheren is duidelijk. Hij luidt: "Voorziening tegen voorbereidende beslissingen of onderzoeksbeslissingen kan alleen geschieden samen met voorziening tegen de eindbeslissing". Hoewel deze tekst niet gewijzigd werd dient daaraan een verschillende draagwijdte gegeven te worden vóór of na de Wet van 15 juli 1970. Vóór deze wet de draagwijdte van artikel 416

van het Wetboek van Strafvordering⁷⁵ en daarna die van artikel 14 van het Decreet van 2 brumaire jaar IV overgenomen door artikel 1077 (zie ook art. 19, lid 2) van het Gerechtelijk Wetboek⁷⁶.

De raadpleging van de parlementaire voorbereiding — maar natuurlijk met de vereiste omzichtigheid om de elementen te weren die geen rol spelen — is onontbeerlijk om de redenen die zoëven reeds, maar ik beken het graag, te summier, werden uiteengezet.

Wij weten dat zekere gezaghebbende auteurs — zoals H. Capitant⁷⁷ — bedoelde raadpleging van de hand wijzen maar m.i. op grond van niet verantwoorde beschouwingen en somtijds omdat zij geen rekening houden met de werkelijkheid. Men zou de meest verdienstelijke en ervaren parlementsleden waarlijk verbazen als men besliste dat hun dikwijls opmerkelijke verslagen en de memories van toelichting de wetten niet zeer nuttig toelichten.

De parlementsleden en de juristen die verantwoordelijkheid dragen in de rechtsbedeling zouden ofwel glimlachen ofwel sterk ontgoocheld zijn zo men ging beweren of beslissen dat memories van toelichting die wetsontwerpen of -voorstellen en internationale verdragen dienen te verduidelijken en opgesteld werden om de nationale parlementen en raadgevende parlementaire raden zoals die van de Benelux-Unie voor te lichten, geen bron bij uitstek voor adequate uitlegging mogen uitmaken⁷⁸.

Het is onnodig hier daarover verder uit te weiden. Het zij mij nochtans toegestaan te onderstrepen, dat het Hof de parlementaire werkzaamheden zo hoog aanslaat dat het beslist dat de rechter, om de wet te "interpreteren", vermag te steunen op de economie van de wet onder verwijzing naar de voorbereidende werkzaamheden van een andere wet die tot hetzelfde doel strekt...⁷⁹.

Men beseft hoe zeer een dergelijke interpretatiebron kan bijdragen tot een evolutieve interpretatie van de rechtsregels wanneer zij verantwoord blijkt⁸⁰. Deze methode moet geplaast worden naast

⁷¹ Verscheidene auteurs menen steeds de leer "interpretatio cessat in claris" te mogen verdedigen. Raadpl. o.a. B. GOLDMAN, Dalloz, *Répertoire de droit civil*, II, v° *Interprétation*, nrs. 38 tot 61, i.h.b. 52. Zie ook P. DE HARVEN, "Réflexions sur la technique de l'interprétation judiciaire des lois", *J.T.*, 1960, p. 205 e.v., en *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny*, Sirey, Parijs, 1935, II, pp. 204-216.

⁷² In artikel 5, titel V, van het inleidend boek van het ontwerp Burgerlijk Wetboek, jaar VIII, was nochtans bepaald: Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit (FENET, *Recueil complet*..., VII, u. 7).

⁷³ "On a dit et répété souvent que l'interprétation s'arrête quand le texte est clair: interprétation cessat in claris. Mais quand peut-on dire qu'un texte est clair? Quand est clair le sens que le législateur ancien lui a donné? Quand le sens qu'on lui donne actuellement est clair pour le juge? Quand les deux sens clairs coïncident? En fait, cela ne suffit nullement, car une règle de droit s'interprète nécessairement dans le contexte d'un système juridique, et celui-ci peut nous obliger d'introduire dans la lecture du texte des clauses générales qui en restreignent la portée, mais qui ne sont pas explicitées.

Supposons qu'un règlement communal interdise l'entrée des véhicules dans un parc public. Cette règle va-t-elle contraindre le policier de garde d'empêcher l'entrée d'une ambulance venue chercher un promeneur victime d'un infarctus? Sinon, cela signifie que la règle qui ne contient, dans son énoncé, aucune restriction, est censée contenir une clause limitative, telle que 'sauf circonstances graves ou exceptionnelles, sauf cas de force majeure', dont il appartient à l'interprète de préciser, chaque fois, la portée." (CH. PERELMAN, "L'interprétation juridique", *Archives de philosophie du droit*, t. 17, 1972, p. 30).

⁷⁴ Zie voetnoot onder aan Cass., 18 november 1969, *Bull. en Pas.* 1970, I, 253; *Arr. Cass.*, 1970, 281.

⁷⁵ Raadpl. Cass., 9 maart 1971, *Bull. en Pas.*, 1971, I, 623, *Arr. cass.*, 1971, 658, en voetnoten 1 en 2.

⁷⁶ Raadpl. verslag van Van Reepinghen (Franse tekst, p. 393, Nederlandse tekst, p. 426).

⁷⁷ *Dall. Hebd.*, 1935, Chron., p. 77 e.v.

⁷⁸ Zie toespraak op de eerste plechtige zitting van het Benelux-Gerechtshof op 11 mei 1974, blz. 10 en voetnoot 8.

⁷⁹ Cass., 15 juni 1956, *Arr. Verbr.*, 1956, 873; *Bull. en Pas.*, 1956, I, 1133. Zie ook de conclusie van het openbaar ministerie vóór Cass., 23 januari 1958, *Bull. en Pas.*, 1958, I, 538, i.h.b. p. 544.

⁸⁰ In Groot-Brittannië zijn de principes voor de interpretatie van de wetteksten niet dezelfde. De rechter kan principieel niet steunen op "outside informations" zoals "speeches" in het Parlement, verslagen van commissies, verklaringen van ministers: "The first rule a judge must follow is the literal rule. The words of an Act must be given their ordinary meaning and this can be discovered by looking at a reputable dictionary, usually the Oxford English Dictionary (...)" (R.S. SIM VINCENT POWELL SMITH, *Questions and Answers on general Principles of English Law*, London Butterworths, p. 8, 1969).

die welke de wetten op grond van jongere wetten interpreteert. Zo heeft b.v. op 3 maart 1952 de Hoge Raad der Nederlanden beslist dat een wetsbepaling inzake het verzekeringsrecht in onbruik gevallen is én wegens een strijdige praktijk — "usance" — én wegens beslissingen in andere wetten door de wetgever genomen⁸¹.

In zijn conclusie vóór het arrest van 29 april 1946 heeft de procureur-generaal L. Cornil de betekenis en de draagwijdte van de wetsbepalingen betreffende het beroep van pleitbezorger bepaald aan de hand o.a. van een latere wet, nl. de Wet van 7 april 1922. Het arrest zelf volgt dezelfde weg⁸².

Alvorens een "vrijheid" in de rechtspreking te kritiseren of goed te keuren dient men aandachtig na te gaan of de rechter zich niet eenvoudig onderworpen heeft aan de bestaande rechtsregels zoals zij door de parlementaire voorbereiding werden toegelicht.

In 1965 heeft men, geheel ten onrechte, aan het Hof verweten "d'avoir, à son gré, opposé un principe"⁸³ aan artikel 11 van het Burgerlijk Wetboek en deze tekst te hebben "vidé d'une partie importante de son contenu"⁸⁴. De critici of commentatoren hebben niet willen inzien dat het Hof deze wetsbepaling die de burgerlijke rechten van de vreemdelingen betreft, geïnterpreteerd heeft op grond van haar geest, haar betekenis en haar doelstellingen zoals zij immers door de wetgever zelf duidelijk werden aangegeven⁸⁵.

Sommige wetteksten impliceren een tweede of een derde regel die niet expressis verbis wordt uitgedrukt, zo b.v. de niet analogische en ruime interpretatie en toepassing van de incriminerende bepa-

lingen van de strafwetten, een norm die in artikel 9 van de Grondwet vervat is.

Regels spruiten ook noodzakelijk voort uit twee of meer wetteksten, zonder dat zij m.i. de kenmerken van een algemeen rechtsbeginsel zouden hebben. Raadsheer Legros heeft de verdienste gehad dit feit waarnaar de hoven en rechtbanken zich steeds hebben gericht, duidelijk in het licht te stellen wat het strafrecht betreft⁸⁶.

Het verschijnsel is nochtans niet eigen aan of beperkt tot het strafrecht.

Men moet m.i. aannemen dat regels, voortvloeiende uit verscheidene teksten in conjunctie beschouwd, zijn: o.a. de relativiteit, wat de rechtssubjecten betreft, van de stuiting, door het instellen van een rechtsvordering, van de verjaring, welke regel niet uitdrukkelijk door één wettekst is bepaald, maar, zoals uw arrest van 22 juni 1972⁸⁷ zegt, uit de artikelen 2246 tot 2250 van het Burgerlijk Wetboek voortvloeit ... ook de regel of het principe van de gelijkheid van de vennoten van een vennootschap in gemeenschappelijke naam, die, zoals uit uw arrest van 4 april 1975⁸⁸ blijkt, het noodzakelijk gevolg is van de artikelen 1832 en 1833 van het Burgerlijk Wetboek en 1 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen. Ook de gelijkheid van al de inschrijvers die uit de wetgeving inzake aanbestedingen dient afgeleid te worden⁸⁹ en de regel, bepalende dat de schorsing van een arbeidscontract die van de opzeggingstermijn meebrengt⁹⁰.

Het strafrecht kent ook regels die niet uitdrukkelijk in wetteksten neergelegd zijn, maar die ingevolge verscheidene teksten noodzakelijk bestaan, zonder dat de wetgever ooit heeft kunnen menen dat een bijzondere wetsbepaling noodzakelijk was: de persoonlijkheid van de straffen⁹¹, het verbod een rechtspersoon als dusdanig strafrechtelijk te vervolgen, het recht van het parket een opsporingsonderzoek in te stellen⁹², misschien ook het specialiteitsprincipe inzake uitlevering⁹³.

⁸⁶ R. LEGROS, "La règle de droit pénal", in *La règle de droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, p. 242 e.v.; "La règle de droit pénal", *Rev. Dr. Pén.*, 1968-69, 3 e.v.

⁸⁷ Cass., 22 juni 1972, *Arr. Cass.* 1972, 1005, en voetnoot 2; *Bull. en Pas.*, 1972, I, 985.

⁸⁸ Cass., 4 april 1975, *R.W.*, 1974-75, 2461, met conclusie van het openbaar ministerie.

⁸⁹ Cass., 19 november 1970, *Arr. Cass.*, 1971, 256; *Bull. en Pas.*, 1971, I, 242.

⁹⁰ Cass., 9 oktober 1970, *Arr. Cass.*, 1971, 134; *Bull. en Pas.*, 1971, I, 113; *R.W.* 1971-72, 83.

⁹¹ Raadpl. Cass., 23 september 1969, *Arr. Cass.*, 1970, 84, *Bull. en Pas.*, 1970, I, 73, *R.W.*, 1969-70, 713; Cass., 26 november 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 344, *Bull. en Pas.*, 1974, I, 329.

⁹² Deze aan de parketten toebehorende macht dient noodzakelijk afgeleid te worden uit artikel 1 van de Wet van 17 april 1878 en de artikelen 8 en 22 van het Wetboek van Strafvordering.

⁹³ Men zou kunnen oordelen dat het specialiteitsprincipe inzake uitlevering een algemeen rechtsprincipe is, gede-

⁸¹ N.J., 1972, nr. 339; *Ars Aequi*, 1972, pp. 328 e.v.

⁸² Cass., 29 april 1946, *Bull. en Pas.*, 1946, I, 156, en de conclusie van de procureur-generaal L. CORNIL.

⁸³ Bedoeld werden de arresten van 3 augustus 1848, *Bull. en Pas.*, 1848, I, 358; en 1 oktober 1880, *Bull. en Pas.*, 1880, I, 292; zie BOLAND "Antinomies et pseudo-antinomies", in *Les antinomies en droit*, Travaux du Centre national de recherche de logique, Brussel, Bruylant, p. 199.

⁸⁴ Betreffende dezelfde arresten: L. SILANCE, "Quelques exemples d'antinomies et essai de classement", in *Les antinomies en droit, op. cit.*, p. 115.

⁸⁵ PORTALIS: "(...) il est pourtant des droits qui ne sont point interdits aux étrangers: ces droits sont tous ceux qui appartiennent bien plus au droit des gens (in de zin van de eigen rechten van het individu) qu'au droit civil" (séance du Corps législatif, 3 frimaire, an X) (LOCRE, Brussel, 1836, p. 192).

In zijn verslag van 10 december 1801 overwoog SIMEON: "(...) les effets du droit naturel se communiquent partout à l'étranger comme au citoyen. Pour en jouir, il n'est pas nécessaire d'être membre d'une certaine nation plutôt que d'une autre: il suffit d'être homme. (L'étranger) ne pourra-t-il se marier, jouir des effets civils du mariage, ester en jugement?"

Sera-t-il au milieu de nous comme un mort civilement? Cela sera absurde et ce n'est certainement pas l'esprit du projet" (LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. 1, 1836, p. 435).

Een wettekst of verscheidene wetteksten impliceren derhalve in vele gevallen noodzakelijkerwijze het bestaan van andere regels of van algemene rechtsbeginselen die niet uitdrukkelijk door een wetsbepaling hoeven uitgedrukt te worden.

De aard van de zaken⁹⁴ of van de door de wetgeving opgerichte instellingen alsook hun opdrachten dwingen ook de justitiabelen, de advocaten en de magistraten tot de bevinding dat bepaalde regels, die ook niet behoeften in bijzondere teksten geformuleerd te worden, deel uitmaken van het positief recht. Zulke afgeleide regels worden weleens algemene rechtsbeginselen geheten.

De motiveringsplicht welke artikel 97 van de Grondwet aan zekere rechtscollages oplegt "vloeit uit de natuur zelve van de contentieuze rechtsbedeling" voort, beklemtoonde de procureur-generaal Hayoit de Termicourt⁹⁵. De jurisdictionele functie kan ook niet uitgeoefend worden zoals het behoort indien de rechter niet volledig door de partijen ingelicht wordt; derhalve dient uit deze functie noodzakelijk en rationeel het algemeen rechtsprincipe van de rechten van de verdediging afgeleid te worden⁹⁶. De rechtszekerheid en het principe van de "rechtsstaat" die, wat menig nieuwlichter daarover ook mag denken, aan ons positief recht ten grondslag liggen, roepen noodzakelijk in het leven de niet in een tekst uitgedrukte regel *patere legem quam ipse fecisti*⁹⁷. Gelijkaardige vaststellingen zijn te doen ten aanzien van de regel van de continuïteit van de openbare diensten, afgeleid uit de natuur zelve en de opdracht van deze diensten^{98 99 100} en van het principe *nemo plus juris transmittere potest quam ipse habet* (een regel van gezond verstand zonder meer).

duceerd o.a. uit talrijke internationale verdragen en waarvan artikel 6 van de Wet van 1 oktober 1833 en verscheidene wetten van andere landen toepassing hebben gemaakt. Raadpl. TROUSSE en VANHALEWIJN, *Uitlevering en internationale rechtshulp in strafzaken*, A.P.R. nr. 218 e.v. Zie ook Cass., 18 september 1973, Arr. Cass., 1974, 57; Bull. en Pas., 1974, I, 49.

⁹⁴ "La loi est créée dans le but de constituer un ordre raisonnable, pertinent, et cela signifie qu'elle vise à tenir compte de la 'nature des choses' et qu'elle doit dès lors être expliquée et complétée par cette dernière" (C.W. CANARIS, "De la manière de constater et de combler les lacunes en droit allemand", in *Le problème des lacunes en droit*, p. 165, Travaux du Centre national de recherches de logique. Zie ook Cass., 24 september 1974, Arr. Cass., 1975, 100; Bull. en Pas., 1975, I, 91.

⁹⁵ Conclusie vóór Cass., 9 oktober 1959, Bull. en Pas., 1960, I, 170.

⁹⁶ F. DUMON, "Billijkheid en Recht", R.W., 1957-1958, 1497.

⁹⁷ Raadpl. o.a. dienaangaande, het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 5 juni 1973, zaak 81/72 en de merkwaardige conclusie, met rechtsvergelijkende beschouwingen van de advocaat-generaal WARNER.

⁹⁸ D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972, p. 86, schrijft: "Le juge (...) fait parfois appel à des principes qui ne peuvent trouver dans aucun

Het Hof overwoog in zijn arresten van 10 januari 1950 en van 8 januari 1952¹⁰¹: "De ononderbroken voortzetting van de werking van de Staat, hoofdzakelijke voorwaarde tot zijn bestaan, vereist dat de Staat zich nooit in de juridische onmogelijkheid zou bevinden zijn opdracht te vervullen".

In een voortreffelijke verhandeling — "*Le rôle politique du juge administratif français*" — overweegt D. Loschak de jurisprudentie van de Conseil d'Etat analyserend, o.a. dat dit rechtscollage "soumet l'action administrative à des règles qu'il a lui-même élaborées (...)", "qu'il dispose d'une grande latitude pour déterminer la règle applicable (...) le choix qu'il a à faire dépendant en grande partie de considérations d'opportunité". Maar deze overwegingen, die misleidend zouden kunnen zijn, worden weer goedgeemaakt waar uit de nadere uitwerking ervan voortvloeit dat de arresten betreffende o.a. de disciplinaire maatregelen, de motiveringsverplichting, de rechten van de verdediging, de administratieve procedure ... de aard en de draagwijdte van het rechtsmiddel "machtsoverschrijding" afgeleid worden uit de aard en de doelstellingen van de openbare diensten, uit het bestaan van de rechtsstaat, rechtsbeginselen waarvan de toepassing aan de rechter wordt opgelegd¹⁰².

Ik ben geneigd te denken dat men doorgaans een zeer belangrijke, kiese en noodzakelijke taak van de rechtsprekende functie verwaarloost of zelfs jammerlijk van zich afschudt: ik bedoel de noodzakelijke coördinatie, harmonisatie en het vereiste gelijktijdige in aanmerking nemen van de talrijke bestaande rechtsregels — wetten, alge-

texte de fondement même lointain. Il les déduit alors de la nature des choses soit que la logique interne des institutions aux nécessités de la vie en société. On peut faire entrer dans cette catégorie le principe de la continuité du service public (...)"

⁹⁹ LATOURNERIE, "Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat", in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, overweegt (bl. 204 en 188-189): "des principes généraux tirent leur origine d'une exploration de l'institution ou des institutions intéressées, envisagées dans leur structure, dans leurs fins et dans leurs rapports avec les institutions plus ou moins connexes (...) des raisons pratiques et des exigences de la vie publique" (Geciteerd door D. LOSCHAK, op. cit., p. 86, voetnoot nr. 15).

¹⁰⁰ Raadpl. Cass., 10 januari 1950, Bull. en Pas., 1950, I, 302, en 24 april 1966, *ibid.*, 1966, I, 1060, en Raad van State, 25 november 1959, arresten nrs. 743 en 7431.

¹⁰¹ Arr. Cass., 1950, 281, Bull. en Pas., 1950, I, 302, en Arr. Cass., 1952, 223, Bull. en Pas., 1952, I, 242.

Wetten hebben van dit algemeen rechtsbeginsel toepassing gemaakt voor bepaalde gevallen: zo b.v. artikel 79 van de Grondwet, de Kieswet (zie Arresten Raad van State van 25 november 1959, nr. 7430, en 14 oktober 1960, nr. 8126), artikel 14 van de Wet van 21 ventôse, jaar VII.

Raadpl. ook Cass., 21 april 1966, Bull. en Pas., 1966, I, 1060).

¹⁰² D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, op. cit., pp. 176, 124, 179, 181, 185.

mene rechtsbeginselen ... — die niet werkelijk nieuwe of andere rechtsregels tot stand brengen maar leiden tot het nader bepalen, door vonnissen en arresten, van de juiste draagwijdte of betekenis van rechtsregels, en tot het ontdekken van de toepasselijke regel in bepaalde toestanden.

Het komt, meen ik, doordat bepaalde auteurs — zelfs de briljantste — dit verschijnsel over het hoofd zien, dat zij een niet bestaande fantasie, zelfs een willekeur en derhalve een vrijheid aan de rechters toedichten en in deze gedachtengang b.v. schrijven "le processus psychologique (du juge est le suivant) (...) recherche (...) en équité? — de la solution qui apparaît la meilleure (...) (prise en considération) des règles de droit positif et leur interprétation possible qui permettrait d' 'enrober' par des motifs juridiques, le mobile psychologique et sentimental (!). (Alors) (...) ou bien ce revêtement juridique sera facilement trouvé, tant mieux (...) ou bien (...) on sollicitera, on violentera les *textes* (...)"^{103 104}.

Al de rechtsbeoefenaars kennen artikel 1161 van het Burgerlijk Wetboek, dat voor de uitlegging van de overeenkomsten voorschrijft rekening te houden met alle bedingen van de overeenkomst en ook elk beding op te vatten in de zin die uit de gehele akte voortvloeit.

Een gelijkaardige methode wordt en dient toegepast te worden voor de rechtsregels. De opstellers van het Burgerlijk Wetboek hadden dit reeds ingezien en voorgeschreven voor de wetten^{105 106}. Een vooraanstaand magistraat van de Raad van State schreef onlangs: "Un système juridique ce n'est pas seulement un ensemble de règles, c'est un ensemble *cohérent* de règles"¹⁰⁷.

Door de wetten uitdrukkelijk of impliciet uitgedrukte regels, gewoonten, algemene rechtsbeginselen, de aard en het doel van bestaande instellingen¹⁰⁸, dienen gezamenlijk in aanmerking genomen of geraadpleegd te worden.

Talrijke arresten van uw Hof en van andere rechtscollages lichten dit verschijnsel toe.

Ik beperk mij ertoe de volgende te noemen. Uw beslissingen inzake aansprakelijkheid van de Staat

en van de openbare diensten die uitgaan van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, het begrip "Rechtsstaat" en i.h.b. van de grondwettelijke regels betreffende de opdrachten van de onderscheidene Staatsmachten^{109 110}; uw arresten die de gemeenschappelijke verplichtingen (art. 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek) van een eigenaar of een bezitter van een onroerend goed bepaald hebben, rekening houdende met de regels betreffende een administratieve machtiging gegeven ter zake van gevaarlijke, ongezonde of hinderlijke inrichtingen¹¹¹.

In 1967 heeft het Hof, op het stuk van verbreking van een huwelijksbelofte, de regel van de volstrekte vrijheid om al dan niet in het huwelijk te treden met die van de civielrechtelijke aansprakelijkheid tezamen toegepast¹¹².

In 1919 en 1944 hebben arresten van wezenlijk belang op basis, inzonderheid, van verscheidene artikelen van de Grondwet en van het rechtsbeginsel van de continuïteit of "permanentie" van de "administratie van de Staat" waarde en kracht van wet aan de besluitwetten van 1914-1918 en 1940-1944 erkend¹¹³.

Op 26 mei 1972 diende het Hof, om zich over de omvang van de inpandgeving van de handelszaak te kunnen uitspreken, te letten én op de Wet van 25 oktober 1919 én op de artikelen 524 en 2073 tot 2084 van het Burgerlijk Wetboek¹¹⁴.

De doctrine en de jurisprudentie, o.a. die van

¹⁰⁹ Cass., 5 november 1920, *Bull. en Pas.*, 1920, I, 193; 7 maart 1963, *ib.*, 1963, I, 744, met conclusie van procureur-generaal W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, toen advocaat-generaal; 26 april 1963, *ib.*, 1963, I, 905, en de voetnoten 2, 3 en 4, blz. 906; 23 april 1971 *ib.*, 1971, I, 752, en de conclusie van het openbaar ministerie in R.W., 1970-71, 1793 e.v.

¹¹⁰ Ook in de jurisprudentie van de Raad van State en van de Franse Conseil d'Etat het principe van de gelijkheid voor de te dragen lasten.

¹¹¹ Cass., 27 april 1962, *Bull. en Pas.*, 1962, I, 938, en de conclusie van het openbaar ministerie in R.W., 1962-63, 57 e.v.; Cass., 27 november 1974, J.T. 1975, 203. Zie ook Cass. fr., 17 november 1971, *Rapport de la Cour de cassation de France — Année judiciaire 1971-1972*, La documentation française, p. 85.

¹¹² Cass., 27 maart, *Arr. Cass.*, 1967, 887, *Bull. en Pas.*, 1967, I, 867, en voetnoot 1, Raadpl. ook Colmar, 12 juni 1970 en noot, D., 1971, 406; Rb. Brussel, 17 januari 1969, *Ann. Not. Enr.*, 1969, 296, en R.G.A.R. nr. 8279. Raadpl. ook W. DELVA, "Het aangaan van het huwelijk" in *Gezinsrecht* (Seminarie — Universiteit Gent, oktober-december 1974) p. 35.

¹¹³ Cass., 11 februari en 4 juni 1919, *Bull. en Pas.*, 1919, I, 9 en 97; 6 en 13 november 1944, *ib.*, 1945, I, 23 en 33.

Geen "antinomie" in strijd met de opvatting van CH. HUBERLANT, "Antinomies et recours aux principes généraux", in *Les antinomies en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, p. 226.

In Zweden wordt in oorlogstijd en wanneer de toestand het noodzakelijk maakt, de Riksdag "vervangen" door een commissie van 25 leden en wanneer deze commissie niet kan fungeren, worden de machten van de Kamer aan de Koning overgedragen (NILS ANDREN, *Modern Swedish Government*, pp. 90 en 180).

¹¹⁴ Cass., 26 mei 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 903, *Bull. en Pas.*, 1972, I, 889.

¹⁰³ Noot bij Hof Brussel, 4 mei 1954, J.T., 1954, 459.

¹⁰⁴ De procureur-generaal LANGEMEIJER bij de Hoge Raad der Nederlanden, meent geheel terecht, dat de juristen en anderen die een dergelijke vrijheid wenselijk achten "niet altijd met voldoende kennis van zaken en begrip voor de mogelijkheden van de rechtspleging" hun opvattingen verspreiden ("De taak van de rechter", T.P.R., 1973, 305).

¹⁰⁵ "Pour fixer le vrai sens d'une partie de la loi il faut en combiner et réunir toutes les dispositions" (Voorafgaande titel van het Burgerlijk Wetboek, Titel V, art. V, art. 6).

¹⁰⁶ Exposé préliminaire du Code civil, LOCRE, édition belge, p. 158, nr. 14.

¹⁰⁷ CH. HUBERLANT, "Antinomies et recours aux principes généraux", in *Les antinomies en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Brussel, Et. E. Bruylant, p. 211.

¹⁰⁸ Zie beschouwingen van LATOURNERIE, supra reeds geciteerd.

het Franse Hof van Cassatie¹¹⁵ slaan acht op de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek én op ofwel het algemeen rechtsbeginsel *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ofwel het schuld-begrip (art. 1382 B.W.) wanneer een onbekwame zijn medecontractant of de tegenpartij bedrogen heeft i.h.b. betreffende zijn bekwaamheid. Er zouden nog tal van interessante arresten van dit Hof dienen geciteerd te worden in verband o.a. met de gevolgen, samen beschouwd, én van de wettelijke regels betreffende het beroepsgeheim én de door bepaalde wetten (inzake sociale zekerheid o.a.) of principes opgelegde verplichtingen¹¹⁶.

Al de rechtsregels — wetten en andere — hebben een doelstelling, een toepassingsgebied. Zij zijn uiterst talrijk. De ene zijn niet bedoeld om de andere te dwarsbomen of te ontzenuwen. Hun onderlinge harmonie of samenhang wordt aan de waakzaamheid van de magistraten toevertrouwd, die rekening moeten houden o.a. met de wijzigingen of verfijningen welke recentere rechtsregels aan andere brengen zelfs wanneer zij op verschillende domeinen betrekking hebben¹¹⁷.

De scherpzinnigheid en de voorlichting van de rechter mogen nooit aflaten: een rechtsregel die bij een eerste onderzoek van toepassing schijnt te zijn, dient vaak buiten beschouwing gelaten te worden omdat een andere regel zich opdringt.

Het is derhalve helemaal ten onrechte dat men in de doctrine op de antinomieën¹¹⁸ tussen rechtsregels wijst hoewel de jurisprudentie ze ook — maar exceptioneel — ik geef het toe, vermeldt¹¹⁹, zij het in een andere betekenis.

Echte strijdigheden bestaan er niet, tenzij uiterst

uitzonderlijk^{120 121}, maar rechtsregels van verschillende waarde of oorsprong kunnen gewis onver-enigbaar zijn. De ten onrechte aangevoerde antinomieën kunnen derhalve de "vrijheid" van de rechter, welke men zo gemakkelijk geneigd is aan te nemen, geenszins rechtvaardigen.

Zo b.v. zou het niet mogen opgaan te menen dat er strijdigheid heerst tussen artikel 262, lid 2, van het Strafwetboek, dat een ambtenaar verbiedt zijn bediening te blijven uitoefenen nadat zij wettelijk een einde genomen heeft, en het beginsel van de continuïteit van de openbare diensten ... Om hiervan overtuigd te worden is het voldoende vast te stellen dat *in de zin* van deze wetsbepaling de bediening geen einde genomen heeft wanneer wegens deze vereiste "continuïteit" de ambtenaar in functie blijft¹²². Evenmin is er strijdigheid, hoewel¹²³ dienaangaande het begrip "antinomie" werd genoemd, tussen de "inlijving in een strafcompagnie", een maatregel waarin vroeger was voorzien door het Militair Strafwetboek, en de ontzetting van het recht bij het leger te dienen door artikel 31, 6°, van het Strafwetboek bepaald: het gaat gewoon, zoals het Hof op 8 juni 1882¹²⁴ beslist heeft, om toepassing van de ene of van de andere wetsbepaling naar gelang van de gevallen welke zij bedoelen¹²⁵.

¹²⁰ Zie geval vermeld door HOFFLER, "Les antinomies en droit public", in *Les antinomies en droit*, op. cit., pp. 179-180.

¹²¹ Sommigen menen te mogen omschrijven als een "antinomie" hetgeen uiteraard harmonie of het samengaan van bestanddelen van een eenheid is. F. RIGAUX b.v. schrijft: "L'antinomie la plus fondamentale est la différence des sexes" ("Le droit et la filiation", in *Gezinsrecht*, op. cit., p. 309).

¹²² Raadpl. Raad van State, 26 maart 1954, arrest nr. 3263; RIGAUX en TROUSSE, *Les crimes et les délits du Code pénal*, Tome IV, pp. 354, 355 en 356.

¹²³ P. FORTIERS, *Les antinomies en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, p. 20 e.v.

¹²⁴ Cass., 8 juni 1882, *Bull. en Pas.*, 1882, I, 235. In dezelfde zin Cass., 14 februari 1949, *Bull. en Pas.*, 1949, I, 133.

¹²⁵ P. FORTIERS oordeelt ook dat de rechtbank te Orléans op 29 november 1950 (J.C.P., 1951, II, 6195, met voetnoot van JEAN LARGUIER) een strijdigheid heeft moeten oplossen tussen enerzijds de wet die aan een niet wettelijk bevoegd persoon verbiedt de geneeskunde uit te oefenen en anderzijds de wet die aan iedereen oplegt hulp te verlenen of te verschaffen aan iemand die in groot gevaar verkeert. Hier is geenszins, zoals hij schrijft, "obligation de donner la préférence à celui des textes qui institue un devoir d'assistance (...)" maar het toepassing geven of weigeren van een wetsbepaling gelet op de doelstellingen en de draagwijdte welke zij heeft (*Les antinomies en droit*, loc. cit., i.h.b. pp. 29 tot 33).

Ten onrechte ook ziet men een "antinomie" tussen het algemeen rechtsbeginsel *Patere legem quam ipse fecisti*, dat aan de uitvoerende macht o.a. verbiedt in een individuele beschikking af te wijken van een reglementair koninklijk besluit, en artikel 107 van de Grondwet "qui ne prévoit que la non-conformité d'un règlement à la loi" (CH. HUBERLANT, "Antinomies et recours aux principes généraux", in *Les antinomies en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, p. 220).

Aan artikel 107 van de Grondwet dienen de betekenis, de draagwijdte en de doeltreffendheid toegekend te worden

¹¹⁵ Raadpl. o.a. Cass. fr., 3 juni 1902, *Dalloz*, *Jurisprudence générale*, I, p. 452 en voetnoten 1 en 2.

¹¹⁶ Arresten van 1 maart 1972 en 4 november 1972 en vele andere geciteerd in *Rapport de la Cour de cassation de France de l'année judiciaire 1971-1972*, La documentation française; zie i.h.b. pp. 14, 72, 42, 43, 85, 145.

¹¹⁷ Ten einde b.v. de rechten die aan de man toebehoren betreffende het beheer van de goederen van de gemeenschap (art. 1421 B.W.) te bepalen dient rekening gehouden te worden én met deze wetsbepaling én met artikel 221 van het Burgerlijk Wetboek én met artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, én met het algemeen rechtsbeginsel *Fraus omnia corrumpit*. Zie BAETEMAN, "De bekwaamheid en de bevoegdheid van de gehuwden" in *Gezinsrecht* (Seminarie — Universiteit Gent, oktober 1974), pp. 103-115.

¹¹⁸ "Antinomie" betekent strijdigheid tussen twee wetten (anti-nomos).

In de wijsbegeerte: strijdige stellingen, ideeën, concepten. Zie o.a. de "antinomies" bij KANT. CH. PERELMAN schrijft: "Les antinomies en droit, à l'opposé des contradictions, ne concernent pas le vrai et le faux, mais le caractère incompatible, dans une situation donnée des directives qui la régissent" (*Les antinomies en droit*, Travaux du Centre national des recherches de logique, p. 404). "L'antinomie en droit est — schrijft G. BOLAND — dans l'impossibilité d'appliquer simultanément telles qu'elles sont énoncées deux normes de droit positif qui sont assez précises pour être applicables en elles-mêmes (...)" ("Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies, en particulier en droit administratif", *ib.*, p. 201 en voetnoot 3).

¹¹⁹ Zie Cass., 8 juni 1882, *Bull. en Pas.*, 1882, I, 235.

Een schijnbare antinomie kan, gewis, ontstaan wanneer een rechtsregel strijdig of onverenigbaar is ofwel met een andere rechtsregel die hoger ligt in de hiërarchie van de rechtsregels ofwel met een bepaling van het internationaal — hierin begrepen het Europees — recht. De strijdigheid bestaat nochtans slechts in schijn daar de ene regel moet wijken voor de andere, zodat hij zonder rechtskracht is. Bijzondere gevallen kunnen zich ook voordoen in het collisierecht¹²⁶ en in de verhouding tussen het Europees¹²⁷ en een nationaal recht.

De veelvuldigheid en veelvormigheid der formele bronnen die duizenden regels in het positief recht tot stand doen komen, geven aan velen, ook aan vooraanstaande juristen, de indruk, ja zelfs de overtuiging dat de magistraten de regel die zij zullen toepassen vrijelijk uitkiezen.

Zoëven heb ik reeds, terloops, dergelijke opvattingen vermeld. Zij zijn talrijk, veel te talrijk en wekken een indruk van willekeur en fantasie die de ernst en het gezag van de rechtspraak in het gedrang brengen. Ik koester nochtans de hoop dat deze juristen werkelijk dergelijke willekeurige keuzen en gedragingen niet bedoelen. Zo b.v. schrijft D. Loschak: "En face d'une espèce donnée ou d'une catégorie d'espèces, le juge dispose d'une grande latitude pour déterminer la règle applicable (...)"¹²⁸.

waarvoor deze wetsbepaling bestaat; de grondwetgever heeft normaliter aan de magistraten de opdracht verleend ze met redelijkheid en gezond verstand te interpreteren.

Niemand betwist dat artikel 107 betekent o.a. dat een koninklijk verordening of individueel besluit dat met de Grondwet niet overeenstemt of een ministerieel besluit dat een koninklijk besluit schendt, of een besluit of verordening die door machtsafwijking zijn aangetast ... niet mogen toegepast worden. Het om de rechtszekerheid bindend algemeen rechtsbeginsel *Patere legem quam ipse fecisti* en het uit de geest van onze Grondwet en onze wetgeving afgeleide "rechtsstaar"-begrip, zijn m.i. ontegenzeggelijk "wetten" in de zin van artikel 107 van de Grondwet (Raadpl. dienaangaande S. BELAID, *op. cit.*, p. 184, die het gezag van VEDEL inroept).

Een andere auteur ziet een waarlijk "geforceerde" "antinomie" tussen artikel 214 en artikel 226sexies van het Burgerlijk Wetboek en hij schrijft: "On se trouve en présence d'une antinomie qui peut se résoudre en déniant tout caractère obligatoire (?) à l'une des dispositions en contradiction avec le principe édicté par l'article 214"! (L. SILANCE, "Quelques exemples d'antinomies et essai de classement", *Les antinomies en droit*, Centre national de recherches de logique, pp. 74-75).

¹²⁶ Tot bij de inwerkingtreding van de Wet van 27 juni 1960 waren voor de Belgische rechter principieel twee strijdige nationale wetten van toepassing wanneer hij zich moest uitspreken over een echtscheiding tussen echtgenoten die Belg en Italiaan waren. Het betrof wel een strijdigheid omdat twee onafhankelijke nationale wetgevers elk anders beslist hadden.

¹²⁷ Zoals de advocaat-generaal MAYRAS in zijn conclusie in de zaak 192/73, overgelegd aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, overwoog: zolang de nationale wetgevingen inzake handels- en industrieel eigendom niet geünificeerd zullen worden, blijven hinderpalen bestaan voor de vrijheid van verkeer der produkten en voor

Twee vooraanstaande Belgische personaliteiten schrijven ook in dezelfde gedachtengang: "Le rôle du juge est de prendre une décision, de trancher, de choisir (!) au nom de ce 'qu'il considère' comme le droit et la justice"¹²⁹ en "la méthode de l'induction sociale (...) dépendra finalement du choix (!) que fera l'interprète du fondement essentiellement sociologique de la règle de droit, choix qui relève sans doute d'une attitude scientifique mais aussi, à n'en point douter, d'une attitude philosophique (!)"¹³⁰.

De formulering van Ch. Huberlant, die overweegt dat "le juge choisit (la solution) (...) qu'il considère comme le plus conforme à l'économie générale du système"¹³¹, is veel meer bevredigend, mits "système" vervangen wordt door "positief recht".

Uit hetgeen ik gepoogd heb uiteen te zetten, en i.h.b. uit de ervaring van al de magistraten blijkt duidelijk, meen ik, dat in talrijke gevallen — wij hebben er reeds sommige vermeld — de magistraat zich weliswaar afvraagt¹³² niet alleen wat de draagwijdte van een rechtsregel of van verscheidene rechtsregels is, maar ook welke regel, of welke regels tezamen de oplossing voor de hem voorgelegde toestand of geschil moeten bieden.

de concurrentie zoals door het Verdrag van Rome werd gewild: "antinomie tussen het bestaan van de gemeenschappelijke markt en de nationale wetgevingen (...)".

¹²⁸ D. LOSCHAK, *op. cit.*, p. 124.

¹²⁹ CH. PERELMAN, "L'interprétation juridique", *Archives de philosophie du droit*, nr. 17, 1972, p. 37.

¹³⁰ P. FORIERS, geciteerd door SILANCE in *Les antinomies en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, *op. cit.*, p. 80.

¹³¹ CH. HUBERLANT, "Antinomies et recours aux principes généraux", *Les antinomies en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, pp. 235-236.

¹³² Verscheidene, onder wie zelfs vooraanstaande auteurs, oordelen dat de magistraten intuïtief de regel ontdekken die zou passen en daarna uit de rechtsregels een keuze doen om een constructie op te zetten die *de schijn* van consistentie met het juridisch systeem heeft. De intuïtief ontdekte oplossing zou dus achteraf "gearrangeerd" worden.

Men noemt ook een dergelijk verschijnsel "regressief denken", "schematische anticipatie", "Vorverständnis" (zie CROMBAG, DE WYKERSLOOTH en COHEN, "Legitimeren van rechterlijke beslissingen", in *Het rechterlijk oordeel*, pp. 7-11, W.E.J. Tjeenk Willink, 1973).

De h. de Jong, gewezen president van de Hoge Raad der Nederlanden, rangschikt de auteurs die een dergelijke theorie naar voren brengen in twee groepen "de naïeve groep" en "de cynische groep"! (Lezing gehouden in 1954 te Zwolle, gepubliceerd in het *Nederlands Juristenblad*, 1975, 514 e.v.).

Men kan zich gewis niet ontveinzen dat, na de stukken van het dossier gelezen en zich van de elementen der zaak doordrongen te hebben, de magistraat in veel gevallen, dank zij zijn opleiding, zijn ervaring, zijn verstand, zijn geheugen, de oplossing ontdekt of meent te hebben ontdekt zonder verdere opzoekingen. Maar verificaties zijn noodzakelijk. Wanneer, wat dikwijls gebeurt, de magistraat vaststelt dat hij zich vergist heeft omdat het positief recht een andere oplossing gebiedt, zal hij zijn zogenaamde "intuïtieve" oplossing niet doen zegevieren zelfs onder de schijn van een juridisch verantwoord beslissing.

Maar de magistraat beslist op grond van een regel, niet omdat hij een vrije keuze heeft, maar omdat hij ervan overtuigd is dat deze regel wel het hem voorgelegde geval bedoelt, of althans dat zijn grondige onderzoekingen en overwegingen hem, in geweten — ongeacht zijn persoonlijke politieke, sociale of filosofische voorkeur — tot de overtuiging geleid hebben dat toepassing van andere, eventueel te hanteren regels zich niet met gelijke kracht opdringt.

Gewis, toen het Hof, op 6 april 1960, opnieuw stelling moest nemen in verband met nabuurschapsstoornissen, kwamen verschillende regels in aanmerking: de quasi-delictuele aansprakelijkheid, de gelijkheid tussen de eigenaars, een regel die de "billijkheid" zou opleggen¹³³ ... Het is nochtans duidelijk — en dit blijkt zowel uit de twee op die datum gewezen arresten als uit de conclusie van de eerste advocaat-generaal *Mahaux*¹³⁴ dat het Hof een welbepaalde regel toegepast en de andere ter zijde gelaten heeft, niet ingevolge een vrije of willekeurige keuze, over een "grande latitude ..." (zie supra), beschikkende om aan te tonen "ce qu'elle — d.w.z. la Cour) considère comme le droit et la justice (!)", maar louter omdat, na grondig onderzoek van al de mogelijke bronnen van de regels van het positief recht, de leden van de voltallige kamer in geweten er overtuigd van waren dat alleen bovenvermelde regel op de toestand sloeg en derhalve moest worden toegepast, of tenminste dat toepassing van de andere regels niet met dezelfde kracht geboden was.

Vanzelfsprekend kunnen gelijkaardige vaststellingen gemaakt worden voor talrijke beslissingen van de hoven en rechtbanken en i.h.b. voor andere arresten van het Hof: zij komen duidelijk aan het licht wanneer men acht slaat o.a. op de arresten inzake civielrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat en van de openbare diensten¹³⁵, de voorrang van het internationaal recht op het nationaal recht ...

Verscheidene en uiteenlopende antwoorden kunnen ook worden overwogen — en dikwijls stellen gezaghebbende doctrines ze inderdaad voor — ten opzichte van de interpretatie, de draagwijdte, het toepassingsgebied van talrijke rechtsregels, zoals b.v. de artikelen 2 van het Burgerlijk Wetboek en

van het Strafwetboek, artikel 3 van het Burgerlijk Wetboek, de begrippen openbare orde, politiek misdrijf, burgerlijke en politieke rechten¹³⁶ ... de bepalingen van de Wet van 16 december 1851 inzake voorrechten en hypotheek¹³⁷ ... en zeer talrijke andere. De rechter beslist ... niet op grond van een keuze ingegeven door zijn eigen opvatting over de oplossing en op grond van politieke, sociale of filosofische overwegingen, maar omdat hij na grondig onderzoek van de complexe rechtsregels, van de diverse bronnen en elementen en methodes van interpretatie en rechtsvinding, in geweten tot het besluit komt dat één bepaald antwoord zich opdringt.

Gewis vinden in de jurisprudentie soms wijzigingen plaats, en zelfs vallen er tegenstrijdige uitspraken ook door opperste rechtscolleges¹³⁸. Maar deze verschijnselen zijn zeker niet van die aard dat zij de "thesis" van de vrije keuze kracht kunnen bijzetten. De diversiteit en de complexiteit van de rechtsregels alsook hun samenhang, hun noodzakelijke coördinatie, het voortdurende ontstaan van nieuwe regels en nieuwe toestanden, de evolutie gevolgd door sommige begrippen, samen met de moeilijkheid dit alles correct waar te nemen en te

¹³⁶ Cass., 21 december 1956, *Arr. Cass.*, 1957, 279, en de conclusie van de procureur-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH, toen advocaat-generaal, *Bull. en Pas.*, 1957, I, 430.

¹³⁷ Raadpl. o.a. Cass., 28 september 1972, twee arresten, *Arr. Cass.*, 1973, 112, *Bull. en Pas.*, 1973, I, 103, en de conclusie van de advocaat-generaal KRINGS.

¹³⁸ Te vermelden zijn o.a.:

a) de arresten enerzijds van het Hof van Cassatie van 21 december 1956 (reeds supra geciteerd) en anderzijds van de Raad van State van 12 november 1954, nr. 3809 (impliciete beslissing zoals blijkt uit de notitie gepubliceerd in *Arresten en adviezen van de Raad van State*, 1954, 1031) betreffende de wettelijkheid van de instelling door een besluit van de Regent van commissies inzake werkloosheid;

b) de arresten enerzijds van het Hof o.a. van 23 juni 1970 (*Arr. Cass.*, 1970, 1000, *Bull. en Pas.*, 1970, I, 944) en anderzijds van de Raad van State nr. 15.385 van 27 juni 1972 en nr. 16.204 van 18 januari 1974 (*Arresten en adviezen*, 1972, 526, en 1974, 55) betreffende de bindende kracht van het reglement van beroepsplichten van de Orde der Architecten;

c) enerzijds de arresten van het Franse Hof van Cassatie van 22 oktober 1970 (*J.T.*, 1971, 25, en *D.*, 1971, 221), 18 februari 1971 (*D.*, 1971, 525) en 24 mei 1975 (*D.*, 1975, 497) en anderzijds het arrest van de Conseil d'Etat van 1 maart 1968 (*Revue critique de droit international privé*, 1968, 516) inzake het primaat van het internationaal recht op het nationaal recht. Raadpl. ook A. TOUFFAIT, "Du conflit du traité avec la loi postérieure", in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Hommage à M. Ancel*, t. I, p. 379.

d) enerzijds de beslissing 28 november 1973 van de Franse Conseil constitutionnel en anderzijds het advies van 17 januari 1974 van de Conseil d'Etat betreffende de bevoegdheid van de wetgevende macht of van de uitvoerende macht om, inzake overtredingen, vrijheidsstraffen te stellen.

Er is ook een arrest van 26 februari 1974 van de Cour de cassation, maar dit hoge rechtcollege baseert zijn beslissing op redenen die strijdig zijn noch met de beslissing van de Conseil constitutionnel noch met het advies van de Conseil d'Etat (zie *Droit administratif*, revue mensuelle, 1974, 229, met noot van prof. J. RIVERO).

¹³³ Cassatie, voltallige terechtzitting, 6 april 1960, *Arr. Cass.*, 1960, 722, *Bull. en Pas.*, 1960, I, 915.

¹³⁴ Raadpl. dienaangaande de conclusie van de eerste advocaat-generaal P. MAHAUX, toen advocaat-generaal, voor Cass., 6 april 1960, supra aangehaald.

¹³⁵ Zie Cass., 5 november 1920, *Bull. en Pas.*, 1920, I, 193 en de conclusie van de procureur-generaal P. LECLERCQ, toen advocaat-generaal; Cass., 7 maart en 26 april 1963, *ib.*, 1963, I, 744 en 905, en de conclusie van de procureur-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH, toen advocaat-generaal, vóór het arrest van 7 maart 1963; Cass., 23 april 1971, *ib.*, 1971, I, 752, en *Arr. Cass.*, 1971, 786, en de conclusie van het openbaar ministerie in *Arr. Cass.* 1971, 787 e.v.

beoordelen, verklaren deze wijzigingen en contradicties. Ook de methodes, beredeneringen en apprehensie, het begrip van en het inzicht in de problemen zijn niet steeds dezelfde¹³⁹. Vermeld dienen insgelijks te worden de eigen hoedanigheden en karaktertrekken van de magistraten die individuen, en derhalve menselijkerwijze verscheiden zijn^{140 141}.

Gewis spelen het redeneervermogen, het logisch denken, een rol van het allergrootste belang, maar zoals professor Ch. Perelman met groot gezag schrijft: "Les logiciens identifient la logique avec la logique formelle (...) une logique mathématique. L'inconvénient de cette conception est qu'elle a pour conséquence d'amener le logicien à négliger l'étude de raisonnements qui jouent un grand rôle dans certaines disciplines non mathématiques et plus spécialement en droit. Celui-ci utilise traditionnellement des arguments (...) qui ne peuvent servir à une démonstration rigoureuse (disons: 'qui n'est pas nécessairement sans réplique possible') (...) l'argumentation (en droit) n'est pas simple calcul mais appréciation de la force de tel ou de tel raisonnement"¹⁴².

Ten slotte moge de rol vermeld worden van de persoonlijkheid van talrijke vooraanstaande magistraten die invloed uitgeoefend hebben en nog uitoefenen op de beslissingen van de hoven en rechtbanken.

Een dergelijke rol was uiteraard in het Hof¹⁴³,

^{139 140} Deze toestanden verklaren de noodzakelijkheid van de oprichting van de Hoven van Cassatie, het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en het Benelux-Gerechtshof.

¹⁴¹ Raadpl. LAZAR FOCSANEANU, "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes en matière de concurrence — Méthodes d'interprétation appliquées par la Cour", *Revue du Marché commun*, 1975, 221 e.v.

¹⁴² CH. PERELMAN, *Justice et raison*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2e édit., pp. 218-223. Raadpl. ook "Le raisonnement juridique — legal reasoning", *Actes du Congrès mondial de philosophie du droit*, Brussel, augustus-september 1971.

¹⁴³ In zijn commentaar bij het arrest van 7 juli 1973 van de Parijse Cour d'appel schrijft J. RIDEAU i.v.m. het primaat van het internationaal recht: "Le juge belge a progressivement évolué notamment sous l'influence de deux grands procureurs généraux de la Cour de cassation, M. Hayoit de Termicourt et M. Ganshof van der Meersch", (D., 1974, 165). Vermeld dient ook te worden de persoonlijke rol van talrijke eerste voorzitters, voorzitters en raadsheeren zoals o.a. eerste voorzitter SOENENS, voorzitter VAN BEIRS, raadsheren DE BERSAQUES, ANCIAUX HENRY DE FAVEAUX. "Je n'oublierai jamais — écrit le baron MAHAUX — le rôle important qui a été le sien dans les modifications de la jurisprudence en matière de troubles de voisinage." (Discours prononcé le 20 novembre 1974 par M. le premier président Louveaux, p. 4).

De rol van de vooraanstaande persoonlijkheden in het algemeen besprekende, schrijft G. BURDEAU: "Il serait (...) dangereux (...) de ne voir dans l'univers politique qu'un système de processus recouvrant de leur anonymat et de leur inconscience, l'influence de cette molécule généralement infinitésimale mais parfois chargée d'une puissance irrésistible, qu'est une volonté humaine" (*Traité de science politique*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2e édition, t. I, nr. 16, p. 33).

het hoogste rechtscollege van ons land, zeer belangrijk, hoewel discreet en genuanceerd en steeds uitgeoefend en beaamd met het bewustzijn dat de rechtszekerheid een van de wezenlijke vereisten is van de rechtspreking welke de Natie ons toevertrouwt.

Beklemtoond wordt de aan de hoven en rechtbanken opgedragen aanpassing van de wetten — i.h.b. vanzelfsprekend van de oudere wetten — aan de maatschappelijke evolutie. Wij hebben gewis in dit opzicht een taak te vervullen, zoals met name de hh. procureurs-generaal Cornil¹⁴⁴ en Hayoit de Termicourt¹⁴⁵, een eerste president van het Hof van Cassatie van Frankrijk¹⁴⁶, dit Hof zelf in een van zijn jaarlijkse verslagen¹⁴⁷ en het House of Lords¹⁴⁸ met gezag in herinnering hebben gebracht.

Talrijke arresten van uw Hof, recente beslissingen o.a., hebben aan oude wetteksten de interpretatie of de draagwijdte gegeven welke nieuwe toestanden of omstandigheden vergden: ik beperk mij ertoe te vermelden: a) de beslissingen inzake hinder die aan artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek de draagwijdte toekennen welke de sociale evolutie gebiedt¹⁴⁹; b) de arresten die rekening hebben gehouden met nieuwe toestanden in verband met de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemers (artt. 1792 en 2270 van het Burgerlijk Wetboek)¹⁵⁰ of met de rechten en plichten van de vruchtgebruiker¹⁵¹; c) uw arrest dat, de rechten en plichten van de partijen bij een overeenkomst bepalende, rekening hield met het stakingsrecht van de werknemer, aan de hand van nieuwe rechtsregels die uit het sociaal recht dienen afgeleid te worden¹⁵².

¹⁴⁴ L. CORNIL, rede uitgesproken ter plechtige zitting van het Hof van Cassatie van 15 september 1950.

¹⁴⁵ R. HAYOIT DE TERMICOURT, rede uitgesproken ter plechtige zitting van het Hof van Cassatie van 1 september 1967.

¹⁴⁶ BALLOT BEAUPRE, rede uitgesproken op 29 oktober 1904 ter gelegenheid van het honderdjarig bestaan van de Code civil (*Le Code civil 1804-1904 - livre du centenaire*, édit. 1969, annexe II, p. 23 e.v., Librairie Duchemin).

¹⁴⁷ "Le juge (...) tient compte, dans le domaine de la personnalité et de la famille comme dans celui du droit pénal, de la transformation des mœurs et dans les autres, de l'évolution des phénomènes économiques et sociologiques" (*Rapport de la Cour de cassation de France — année judiciaire 1971-1972*, op. cit., p. 91).

¹⁴⁸ Raadpl. H. GAUDEMET-TALLON en DENIS TALLON, "L'incompétence internationale discrétionnaire du juge anglais et ses limites", *Revue critique de droit international privé*, 1974, 608.

¹⁴⁹ Cass., 6 april, *Bull. en Pas.*, 1960, I, 915, met conclusie van de eerste advocaat-generaal MAHAUX, toen advocaat-generaal.

¹⁵⁰ Cass., 5 mei 1967, *Arr. Cass.*, 1967, 1079, en *Bull. en Pas.*, 1967, I, 1046.

¹⁵¹ Cass., 22 januari 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 460, en *Bull. en Pas.*, 1970, I, 428.

¹⁵² Cass., 23 november 1967, *Bull. en Pas.*, 1968(I, 393. Raadpl. R. LEGROS, "Considérations sur les motifs", *Rev. Dr. Pén.*, 1970-1971, 18.

Deze aanpassingsopdracht dient nochtans genuanceerd en omzichtig opgevat te worden, zoals m.i. uit de volgende overwegingen blijkt.

Oude wetteksten vragen, onbetwistbaar, wanneer de verdeling van de machten en bevoegdheden tussen enerzijds de wetgever, of zelfs de Natie (die de gewoonte schept) en anderzijds de gerechten, het toelaat, een evolutieve interpretatie ... maar de magistraten dienen slechts bij uitzondering dergelijke teksten aan te passen.

De rechtsregels die zij dagelijks hanteren zijn immers doorgaans ontleend aan recente of nieuwe wetten waarbij acht is geslagen op de nieuwe toestanden en waarin de wetgever zelf, zoals in de sociale wetgevingen, geregeld nieuwe aanpassingen aanbrengt.

Overigens alvorens aangenomen mag worden dat een evolutie plaats heeft gehad waarmee rekening dient gehouden te worden, moet daarover zekerheid bestaan.

Wanneer bepaalde sociale groepen met klem en zelfs onder aanwending van dwang of geweld "wijzigingen", "hervormingen" gaan eisen, brengt dit niet noodzakelijk met zich dat de rechtbanken daarmee rekening kunnen of mogen houden¹⁵³.

Speelt de "evolutie" een belangrijke rol in het hanteren en het toepassen door de rechters van begrippen — aanwezig zowel in de wetten als in andere formele bronnen van het positief recht — die door deze bronnen niet verder worden omschreven of gepreciseerd en die doorgaans of althans vaak "veel omvattende" of zelfs "vage" begrippen worden geheten, toch is deze rol veel beperkter wat de rechtsregels in het algemeen betreft. Precies doordat de wetgever o.a. bepaalde dergelijke begrippen, die uiteraard voor een evolutie vatbaar zijn, niet omschrijft, laat hij aan de rechtspraak de zorg over ze nader te bepalen, hierbij lettend op de sociale of zelfs op de economische toestand zoals hij ten tijde van de uitspraak is ... en zoals de wetgever zelf op dat tijdstip zou doen.

Men kan bezwaarlijk betwisten, dat vandaag niet dezelfde betekenis gegeven kan worden en door de rechtscollages gegeven wordt als in 1804 of zelfs in 1940 (1950, 1960 ?) aan wettelijke begrippen zoals "goede zeden" (artikel 6 van het Burgerlijk Wetboek)¹⁵⁴, "handelingen die de eer-

baarheid kwetsen" (artikel 385 van het Strafwetboek), "openbare orde" (artikel 6 van het Burgerlijk Wetboek)¹⁵⁵, "imperatieve wetten", "wetten van politie en veiligheid" (artikel 3 van het Burgerlijk Wetboek)¹⁵⁶, "daad die aanleiding geeft tot aansprakelijkheid en die de ouders niet hebben kunnen beletten" (artikel 1384 in fine van het Burgerlijk Wetboek), de internationale Belgische openbare orde inzake collisierecht^{157 158}.

Een bepaalde sociale wetgeving die, toen zij tot stand kwam, louter imperatief was, kan gezien de evolutie van onze beschaving later beschouwd worden als principes inhoudende "waarop de morele orde van onze maatschappij rust"¹⁵⁹ en derhalve als een "wet van openbare orde" geworden zijnde. Schenkingen of legaten aan een bijzit, en het bestaan van een recht op schadevergoeding wegens morele of materiële schade voortvloeiend uit o.a. de dood van een bijzit worden vandaag niet op dezelfde wijze als vroeger aan de begrippen openbare orde of goede zeden getoetst¹⁶⁰.

Het Hof van Beroep te Luik overwoog m.i. geheel terecht in zijn arrest van 25 februari 1969, dat, om te kunnen ontsnappen aan de civielrechtelijke aansprakelijkheid wegens een daad van hun minderjarige kinderen, de ouders het bewijs dienen te leveren van een "diligence et d'une vigilance raisonnables (qui est) en rapport avec les nécessités de la vie actuelle, les usages et les réalités sociales"¹⁶¹.

Ten opzichte i.h.b. van veelomvattende of "vage" begrippen kan de evolutieve interpretatie

"zedenschennis" dode letter zou worden.

¹⁵³ Zie de conclusie van de advocaat-generaal LENAERTS vóór Cass., 26 februari 1975, Arr. Cass., 1975, op de datum.

¹⁵⁴ Cass., 27 maart 1968, Bull. en Pas., 1968, I, 916, en voetnoot 2, en 11 juni 1975, ib., 1975, I, en Arr. Cass., 1975 op de datum.

¹⁵⁵ Raadpl., i.v.m. de door sommige nationale rechten toegelaten polygamie, Cass. fr., 1 maart 1973 en Hof Luik, 23 april 1970, Revue critique de droit international privé, 1975, 3e deel, p. 54 e.v. Raadpl. ook de noot van VAN HECKE, R.C.J.B., 1971, 7 e.v.

¹⁵⁶ "La marge de liberté laissée aux collectivités publiques pour créer des services locaux (...) est plus grande actuellement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat qu'elle ne l'était antérieurement — cela en raison de la transformation des données économiques" (D. LOSCHAK, op. cit., p. 226-227).

¹⁵⁷ Definitie van de wetten van openbare orde: o.a. Cass., 15 maart 1968, Arr. Cass., 1968, 936, en Bull. en Pas., 1968, I, 884.

¹⁵⁸ Voetnoot W.G. onder aan Cass., 19 januari 1968, Bull. en Pas., 1968, I, 640. H. VANDENBERGHE, De juridische betekenis van het concubinaat, Story-Scientia; FRANÇOIS CHABAS, "Le droit à réparation de la concubine adultère", D., 1973, Chron. XXX, p. 211; MONIQUE POULNAIS, "Réflexions sur l'état du droit positif en matière de concubinage", Semaine juridique, 26 september 1973, nr. 2574.

¹⁵⁹ Pas., 1969, II, 113. Raadpl. ook R.C.J.B. 1968, 231-232, nr. 38.

CARBONNIER schrijft in zijn Sociologie juridique, p. 283: "La sociologie apprend au juge que les relations actuelles entre parents et enfants ont évolué et que la responsabilité civile des premiers visée par l'article 1384 du Code civil s'en trouve modifiée".

¹⁵³ Wellicht stond prof. LEYTEN dit niet voor de geest toen hij in zijn "Opleiding van de magistratuur in Nederland", T.P.R., 1973, 371-372, een rechtbank verweet een beklagde niet te hebben vrijgesproken.

RUBBENS schreef onlangs: "Wij kunnen niet langer onze analyse doorzetten onder de optimistische hypothese dat alle veranderingen die wij in onze moderne wereld beleven 'vooruitgang' betekenen. Deze verdient toch kritisch onderzoek", R.W., 1972-1973, 1025 e.v., i.h.b. 1029.

¹⁵⁴ Raadpl. de conclusie van de procureur-generaal HAYOT DE TERMICOURT vóór Cass., 8 december 1966, Bull. en Pas., 1967, I, 434, i.h.b. p. 443. Dit betekent natuurlijk niet dat al de uitingen van erotisme of alle pornografie dienen toegelaten te worden met het gevolg dat het begrip

dus juridisch verantwoord worden en zelfs geboden zijn.

Dezelfde vaststelling valt te doen ten aanzien van andere begrippen of rechtsregels, wanneer het positief recht het veroorlooft, i.h.b. wanneer een dergelijke interpretatie verenigbaar is met het voorwerp en de aard van de regel zoals hij o.a. ingevolge recentere wetten, zelfs op andere gebieden, of volgens algemene rechtsbeginselen wordt toegelicht of gewijzigd.

D. Loschak citeert de verantwoorde evolutieve jurisprudentie van de Conseil d'Etat die "a apporté de nombreuses dérogations au principe de la liberté économique. En cela il a été guidé moins par ses propres convictions que par l'évolution inéluctable de la société et des tâches assignées à l'Etat"¹⁶².

(slot in volgend nummer)

¹⁶² D. LOSCHAK, *op. cit.*, p. 235.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 18 MAART 1975

Voorzitter : de h. A. Wauters

Raadsheer-rapporteur : de h. Th. Versée

Advocaat-generaal : de h. Tillekaerts

Rechten van de verdediging—Abnormalen—Bescherming van de maatschappij.

Hoewel artikel 28 van de Wet van 9 april 1930, zoals vervangen door art. 1 van de Wet van 1 juli 1964, bepaalt dat de gerechten slechts over de verzoeken tot internering kunnen beslissen ten aanzien van de betrokkenen die bijgestaan worden door een advocaat, dan vereist dit artikel noch enige andere bepaling van bedoelde wet dat de advocaat ook zou tegenwoordig zijn op de terechtzitting waarop de uitspraak plaatsheeft.

V.R. en A.

Gelet op het bestreden arrest, op 27 december 1974 door het Hof van beroep te Brussel, afdeling Antwerpen, gewezen ;

Overwegende dat de voorzieningen alleen gericht zijn tegen de veroordelende beslissingen op de tegen de eisers ingestelde strafvorderingen ;

Over het eerste middel, door eerste eiser hieruit afgeleid dat het arrest zijn internering gelast zonder dat zijn advocaat bij de uitspraak aanwezig was, terwijl bij het uitspreken van de internering op tegenspraak, de advocaat van de belanghebbende aanwezig moet zijn :

Overwegende dat, zo artikel 28 van de wet van 9 april 1930, zoals zij werd vervangen bij artikel 1 van de wet van 1 juli 1964, bepaalt dat de gerechten slechts over de verzoeken tot internering kunnen beslissen ten aanzien van de betrokkenen die bijgestaan worden door een advocaat, wat ten deze blijkens de vaststellingen van het arrest het geval was, dit artikel noch enige andere bepaling van bedoelde wet vereisen dat de advocaat ook zou tegenwoordig zijn op de terechtzitting waarop de uitspraak plaats heeft ;

Dat het middel naar recht faalt ;

Over het tweede middel, door eerste eiser afgeleid

uit de schending van de rechten van de verdediging,

doordat het arrest niet is ingegaan op de conclusie van eiser waarbij deze vroeg een college van deskundigen aan te stellen om hem op geestesgebied te onderzoeken, nu er enerzijds twee geneesheren-psychiaters waren, met name dokters Lefebvre en Sévery, die eiser geestesgestoord verklaarden, en anderzijds twee geneesheren-psychiaters, dokters Bartier en Pairon, die hem volledig verantwoordelijk bevonden, en nu in aanmerking diende genomen te worden dat het onderzoeksgerecht te Mechelen in maart 1973 ambtshalve een college van psychiaters had aangesteld, na inzage te hebben genomen van de strijdige verslagen van de dokters Lefebvre en Bartier, maar dat dit college zijn opdracht niet had kunnen uitvoeren wegens een ontvluchting van eiser, en dat de strafzaken tegen eiser later samengevoegd werden te Antwerpen waar men geen beroep meer deed op bedoeld college, maar zich vergenoegde met de andermaal strijdige verslagen van de deskundigen-psychiaters dokters Sévery en Pairon,

en doordat het arrest uitdrukkelijk naar het verslag van dokter Lefebvre verwijst,

terwijl dit verslag duidelijk tendencieus in pejoratieve zin is opgesteld, en bovendien een reeks van onwaarheden vermeldt, zoals onder meer : dat eisers grootvaders dronkaards waren, hoewel beiden sinds 1912 overleden zijn en niets die bewering van de expert bewijst ; dat een tante en een nicht rond hun 45ste jaar geestesgestoord zouden geweest zijn, hoewel niemand van de familie zulks weet en het nergens uit blijkt ; dat eiser zelf zou verklaard hebben dat hij vroeger een hele reeks diefstallen had gepleegd, maar er hem slechts twee werden ten laste gelegd, en dat hij bij één dezer diefstallen een revolverschot zou gelost hebben in de richting van een slachtoffer, dit alles hoewel eiser nooit iets dergelijks verklaarde en de twee bedoelde feiten steeds ten stelligste ontkend had ; dat in verband met het beweerd revolverschot, feit waarvoor eiser vroeger toch geïnterneerd werd, er twee daders waren, waarvan de andere nooit geïdentificeerd werd, zodat nooit uitgemaakt werd wie het schot had afgevuurd ; dat eiser eens bij onderzoeksverrichtingen geboeid in een kanaal sprong, en dokter Lefebvre dit feit als een zelfmoordpoging beschouwt, hoewel het om een poging tot ontvluchting ging :

Overwegende dat het arrest de redenen aangeeft waarom de rechters de zienswijze van de dokters Lefebvre en Sévery bijtreden en deze van de geneesheren Bartier en Pairon verwerpen ; dat het hof van beroep beslist niet in te gaan op eisers verzoek tot aanstelling van het college van deskundigen, "van oordeel zijnde dat het aan de hand van de bestaande gegevens voldoende ingelicht is ; dat inderdaad noch het oppervlakkig attest van dr. Bartier van 6 maart 1973, noch het verslag van dr. Pairon van 16 november 1974 van aard zijn de besluiten van de gerechtsdeskundige dr. Lefebvre van 16 februari 1973 en van dr. Sévery van 11 maart 1974 te ontzenuwen" ;

Overwegende dat de feitenrechter soeverein de noodzaak of de raadzaamheid van een aanvullend onderzoek beoordeelt, en wanneer hij een verzoek daartoe verwerpt omdat hij zodanige maatregel niet nodig acht om tot zijn overtuiging te komen, de rechten van de verdediging niet schendt ;

Dat het middel in deze maat niet kan worden aangenomen ;

Overwegende dat het middel voor het overige kritiek uitbrengt op het verslag van één der deskundigen, zodat, volgens eiser, de rechter er niet had mogen op steunen ;

Overwegende dat uit geen stukken waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat eiser voor de feitenrechter heeft beweerd dat het verslag van dr. Lefebvre onjuiste vaststellingen inhield ; dat hij zulks thans niet voor de eerste maal voor het Hof kan doen gelden ; dat in deze mate het middel niet ontvankelijk is ;

En overwegende dat de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen werden nageleefd en dat de beslissing overeenkomstig de wet is ;

Om die redenen,

Verwerpt de voorzieningen.

NOOT—Zie ook Cass., 22 augustus 1973, R.W., 1973-74, 1094.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 18 APRIL 1975

Voorzitter : de h. Delahaye

Raadsheer-rapporteur : de h. Van Leckwyck

Advocaat-generaal : de h. Colard

Advocaten : mrs. A. Houtekier en J. Fally

Echtscheiding—Erfrecht—Uitkering van art. 301 B.W. na overlijden van de debiteur.

Daar de uitkering van art. 301 B.W. een vergoeding uitmaakt, is zij, onder voorbehoud van de door die wetsbepaling bedoelde intrekking ingeval zij niet verder noodzakelijk mocht zijn, passief overdraagbaar en maakt zij een schuld van de nalatenschap van de schuldige echtgenoot uit.

C. en De R. t/ De P.

Gelet op het bestreden vonnis, op 21 mei 1974 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van eerste aanleg te Mechelen ;

Over het middel afgeleid uit de schending van de artikelen 205, 301, 745 en 767 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het vonnis de eiseressen hoofdelijk veroordeelt tot betaling van een som van 51.000 frank, verschuldigd wegens onderhoudsgeld, en voor recht zegt dat de eiseressen gehouden zijn maandelijks een onderhoudsgeld van 1.500 frank aan verweerster te betalen om de reden dat het onderhoudsgeld bepaald bij artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek een vergoeding is die verschuldigd is aan de onschuldige echtgenoot ; dat bijgevolg dit onderhoudsgeld passief overdraagbaar is en een schuld is van de nalatenschap van de schuldige echtgenoot,

terwijl het aan verweerster verschuldigde alimentatiegeld niet alleen de aard heeft van een schadevergoeding, maar ook van een onderhoudsgeld, zodanig dat het passief niet overdraagbaar is en geen schuld uitmaakt van de nalatenschap van de erflater van de eiseressen ; dat verweerster geen erfrechten heeft ten aanzien van de de cuius daar zij echt gescheiden is en zij geen familiale banden met de eiseressen heeft, zodat het vonnis de in het middel aangewezen wetsbepalingen schendt:

Overwegende dat het vonnis vaststelt dat de rechtsvordering van verweerster strekt tot opvordering van de achterstallige onderhoudsgelden en tot voortzetting van de betaling van het onderhoudsgeld dat haar ten laste van haar gewezen echtgenoot, ingevolge het toestaan van de echtscheiding in haar voordeel, gerechtelijk toegekend werd ;

Dat de vordering derhalve als rechtsgrond had noch erfrechten van verweerster ten aanzien van haar gewezen echtgenoot, noch persoonlijke verplichtingen van de eiseressen ingevolge familiebanden tussen haar en verweerster ;

Overwegende dat de in artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde uitkering tegelijk het karakter heeft van een levensonderhoud en van een vergoeding ;

Overwegende dat nu voormelde uitkering een vergoeding uitmaakt, zij, onder voorbehoud van de door gezegde wetsbepaling bedoelde intrekking ingeval zij niet verder noodzakelijk mocht zijn, passief overdraagbaar is en een schuld van de nalatenschap van de schuldige echtgenoot uitmaakt ;

Dat het middel naar recht faalt ;

Om die redenen,

Verwerpt de voorziening ;

Veroordeelt de eiseressen in de kosten.

NOOT—Zie Hof Gent, 24 december 1953, R.W., 1954-55, 170, met advies van de advocaat-generaal DUMON ; Cass., 22 oktober 1954, R.W., 1954-55, 1007, met noot van R. Nys, Pas., 1955, I, 153, met noot van R.H., R.C.J.B., 1955, 202, met noot van SPILMAN, T. Not., 1954, 221, met conclusie van de procureur-generaal HAYOIT DE TERMICOURT ; Cass., 13 januari 1967, Arr. Cass., 1967, 577, Pas., 1967, I, 571. Zie ook de in R.W., 1975-76, 53 besproken Wet van 9 juli 1975.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 7 MEI 1975

Voorzitter-rapporteur : de h. Naulaerts

Advocaat-generaal : de h. Lenaerts

Advocaten : mrs. Bayart en Fally

**Arbeidsovereenkomst bedienden—Dringende reden—
Kennisgeving—Niet ondertekende aangetekende brief—
Rechten van wederpartij—Geldige kennisgeving.**

Ter beëindiging van een arbeidsovereenkomst om dringende redenen mag de bij de wet voorgeschreven aangetekende brief vervangen worden door een gelijkwaardig stuk mits het de rechten niet schaadt van de partij tegen wie dringende redenen worden aangevoerd.

Een niet ondertekende aangetekende brief kan als een gelijkwaardig stuk beschouwd worden mits in concreto de rechten van de wederpartij er niet door geschaad worden.

Henin en Croquey t/ P.v.b.a. Robyn en Zoon

Gelet op het bestreden arrest, op 20 juni 1973 door het Arbeidshof te Gent gewezen ;

Over het middel afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet en 18, meer bepaald lid 3, van de bij koninklijk besluit van 20 juli 1955 gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract, gewijzigd bij artikel 34 van de wet van 10 december 1962, doordat, na geconstateerd te hebben dat eiseres op 7 december 1970 zonder opzegging door verweerder werd ontslagen, dat de redenen van dit ontslag haar ter kennis werden gebracht door een aangetekende brief van 8 december 1970, die echter getypt en niet ondertekend was, en dat op 14 december 1970 eiseres in een aangetekende brief de aangevoerde redenen weerlegde, het arrest beslist, ten eerste, dat eiseres de bescherming die zij krachtens voormeld artikel 18, derde lid, genoot, had verzaakt en dat deze verzaking voortvloeide uit het feit dat zij de in de niet ondertekende brief opgegeven redenen had weerlegd zonder zich op de ongeldigheid van de brief te beroepen, en ten tweede, dat eiseres door haar brief van 14 december 1970 bekend had dat de redenen van het ontslag haar op een voldoende nauwkeurige wijze binnen drie dagen ter kennis werden gebracht, dat derhalve het doel van de wetgever bij het uitvaardigen van voormeld artikel 18, derde lid, ten deze volledig bereikt was, dat gezegd artikel geen vormvoorschrift uitmaakt en dat de in gezegd artikel bedoelde aangetekende brief vervangen kan worden door een gelijkwaardige akte,

terwijl, eerste onderdeel, een getypte, niet ondertekende brief niet als gelijkwaardig kan beschouwd worden aan de in voormeld artikel 18, lid 3, bedoelde aangetekende brief, daar, ongeacht of de bediende door een dergelijke niet ondertekende brief voldoende is ingelicht, de bediende hierdoor niet in het bezit wordt gesteld van een schriftelijk bewijs van de redenen die de werkgever inroept en later in een eventueel geding zal kunnen inroepen,

tweede onderdeel, uit het loutere feit dat eiseres de niet ondertekende brief heeft beantwoord zonder de gel-

digheid ervan te betwisten, weliswaar afgeleid kan worden dat eiseres voldoende was ingelicht, doch niet logisch afgeleid kan worden dat eiseres de bescherming had verzaakt die zij krachtens voormeld artikel 18, lid 3, genoot, welk gebrek aan logica in de beschouwingen van het arrest gelijkstaat met een gebrek aan de door artikel 97 van de Grondwet vereiste motivering :

Wat het eerste onderdeel betreft :

Overwegende dat, luidens artikel 18, derde lid, van de bij koninklijk besluit van 20 juli 1955 gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract, zoals gewijzigd bij artikel 34 van de wet van 10 december 1962, alleen de redenen waarvan kennis wordt gegeven bij aangetekende brief, gezonden binnen drie dagen na het ontslag, kunnen worden aangewend tot rechtvaardiging van het ontslag zonder opzegging of vóór het verstrijken van de termijn ;

Overwegende dat de kennisgeving bij aangetekende brief beoogt de betrokken partij nauwkeurig in te lichten omtrent de tegen haar aangevoerde grieven en te vermijden dat naderhand andere grieven aangewend worden ; dat een aangetekende brief niet op straffe van nietigheid opgelegd wordt doch mag vervangen worden door een gelijkwaardig stuk, mits het de rechten van genoemde partij niet schaadt ;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de redenen van het ontslag op een voldoende nauwkeurige wijze aan eiseres binnen drie dagen na het ontslag werden betekend "bij een aangetekende brief die niet ondertekend was", maar waarvan eiseres onmiddellijk begreep dat hij van verweerder uitging en waarop zij heeft geantwoord zonder zich op de ongeldigheid van de kennisgeving te beroepen ;

Dat eruit volgt dat, zelfs indien bedoeld schrijven bij gebrek aan handtekening niet als een aangetekende brief in de zin van voormelde wetsbepaling kan worden beschouwd, hij niettemin als een gelijkwaardig stuk dient te worden aangemerkt, nu het arrest vaststelt dat het de rechten van eiseres niet heeft geschaad ;

Dat het onderdeel naar recht faalt ;

Wat het tweede onderdeel betreft :

Overwegende dat de beslissing wettelijk gerechtvaardigd is door de vaststelling van het arrest dat de redenen van het ontslag aan eiseres op een voldoende nauwkeurige wijze binnen drie dagen ter kennis werden gebracht ;

Dat het onderdeel, dat een overtollige reden van het arrest bekritiseert, bij gebrek aan belang niet ontvanke-lijk is ;

Om die redenen,

Verwerpt de voorziening ;

Veroordeelt de eisers in de kosten.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

4e KAMER — 9 APRIL 1975

Voorzitter : de h. J. Blockx

Raadsheren : de hh. E. Boon en J. Spaas

Advocaten : mrs. W. Gonthier en L. Naudts

Boetebeding—Verhogingsbeding—Verwerping.

Op het in de algemene verkoopsvoorwaarden van een factuur voorkomend verhogingsbeding, waarvan de tekst luidt: "Bovendien zal, bij het onregelmatig en onaannemelijk uitblijven van betaling op de vervalldag, onverminderd de verschuldigde verwijsinteressen, automatisch het totaal van het verschuldigd bedrag forfaitair met 10 %, met een minimum van 500 fr., worden vermeerderd, zonder dat enige voorafgaande ingebrekestelling vereist is", kan niet worden ingegaan, daar het een essentiële en door de wet noodzakelijk vereiste vergoedende functie mist.

Mega t/ Elimas

Gezien het eensluidend afschrift van het vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen van 29 juni 1973 ;

Aangezien er tussen partijen geen betwisting bestaat nopens het verschuldigd zijn van het bedrag van 4.926 fr., saldo van een hoofdsom groot 118.036 fr., en van een bedrag van 6.188 fr. verwijlinteressen, zodat de eerste rechter terecht geïntimeerde veroordeeld heeft om deze beide bedragen aan appellante te betalen ;

Aangezien het vonnis enkel bestreden wordt omdat de eerste rechter de door appellante ingestelde aanspraak op 10.204 fr., volgens conventioneel bedongen verhogingsbeding, niet heeft ingewilligd ;

Aangezien de algemene verkoopsvoorwaarden van appellante, waarvan de tekst weergegeven wordt op de door de geïntimeerde aanvaarde facturen, in dat verband bepalen : "Bovendien zal, bij het onregelmatig en onaannemelijk uitblijven van betaling op de vervalldag, onverminderd de verschuldigde verwijlinteressen, automatisch het totaal van het verschuldigd bedrag forfaitair met 10 %, met een minimum van 500 fr., worden vermeerderd, zonder dat enige voorafgaande ingebrekestelling vereist is" ;

Aangezien de eerste rechter met goed recht niet ingegaan is op de vraag om vermeld verhogingsbeding toe te passen ; dat immers, welke vergoedende doelstellingen partijen ook mogen nagestreefd hebben met het in algemene bewoordingen uitgedrukte verhogingsbeding, in ieder der hierna vermelde mogelijke hypothesen dient vastgesteld dat het beding een essentiële en door de wet noodzakelijke vereiste vergoedende functie mist ;

Aangezien in concreto dient vastgesteld dat :

1. in de hypothese dat het verhogingsbeding de vergoeding nastreeft van de onkosten, veroorzaakt door het instellen van een rechtsvordering, het beding formeel in strijd is met art. 1023 van het Gerechtelijk Wetboek en als niet geschreven dient beschouwd te worden, omdat het de beperking inhoudt van het recht van een ieder om zich in rechte te verdedigen ;

2. in de hypothese dat het verhogingsbeding de vergoeding nastreeft van de immobilisatie van het geld van appellante ingevolge laatijdige betaling, deze schade reeds vergoed wordt door de, in dezelfde verkoopsvoorwaarden bedongen verwijlinteressen die, in casu, in het bestreden vonnis aan appellante werden toegekend, zodat er klaarblijkelijk dubbel gebruik zou bestaan tussen beide schadeanspraken ;

3. in de hypothese dat het verhogingsbeding de ver-

goeding nastreeft van het nadeel dat appellante lijdt ten gevolge van de veroorzaakte hogere administratiekosten bij het beheer van de achterstallige rekeningen en de noodzakelijke briefwisseling ter bevordering van de inning der achterstallen, het bedongen automatisme bij de niet beperkte percentsgewijze berekening van de schadeaanspraak, in concreto, als noodzakelijk gevolg heeft dat een totale wanverhouding ontstaat tussen, enerzijds de gevraagde vergoeding, en anderzijds de reëel geringe schadeomvang, zodat de beoogde schade-loosstelling elk vergoedend karakter verliest en in feite een, op geen rechtsgronden gebaseerde verrijking van appellante nastreeft, hetgeen in strijd is met de artt. 6 en 1226 van het Burgerlijk Wetboek ;

Aangezien, buiten de voormelde hypothesen nopens de beoogde vergoedende functie van het bedongen verhogingsbeding, geen andere mogelijke hypothesen ontwaard worden, noch door partijen voorgehouden ;

Aangezien aldus het bestreden vonnis voor bevestiging vatbaar is ;
(...)

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

Se KAMER — 12 MEI 1975

Voorzitter : de h. Meers

Raadsheren : de hh. Janssens en van Gelder

Openbaar ministerie : de h. Vandeplas

Advocaten : mrs. Peeters loco Bouveroux en Stryckers

Arbeidsovereenkomst werklieden—Willekeurige afdanking—Begrip—Beslag op machines en faillissement.

De willekeurige afdanking veronderstelt, dat de werkgever vanuit zijn machtspositie het initiatief neemt om de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

Dat is ten deze niet het geval nu blijkt dat de onderneming ten onder is gegaan (beslag op de machines en faillissement), waardoor onvermijdelijk aan de bestaande arbeidsovereenkomst met de werklieden een einde moest komen.

Het feit dat de werkgever zijn werklieden niet op de hoogte bracht van de slechte economische toestand van het bedrijf is geen grond om art. 24ter van de Wet op de arbeidsovereenkomsten voor werklieden toe te passen.

X. t/ Faill. Hasselbaink

Overwegende dat het faillissement Hasselbaink Harold werd uitgesproken door de Rechtbank van Koophandel te Hasselt op 25 januari 1973 ;

Overwegende dat niet betwist wordt dat de minderjarige dochter van appellanten bij aangetekend schrijven van 19 januari 1973 aan de heer H. Hasselbaink liet weten dat zij zijn houding aanzag als contractbreuk tegenover haar, door de niet-betaling van het loon sinds geruime tijd en door het feit dat op 18 januari 1973 de machines werden weggehaald zodat verder werk onmogelijk was geworden ;

Overwegende dat geen betwisting bestaat nopens de aan de minderjarige dochter van appellanten toekomende

de opzeggingsvergoeding ;

Overwegende dat appellanten zich beroepen op artikel 24ter van de Wet op de arbeidsovereenkomsten voor werklieden om een bijkomende schadevergoeding te vorderen wegens willekeurige afdanking ;

Overwegende dat appellanten deze vordering doen steunen op de overweging dat de gefailleerde de minderjarige dochter van appellanten (alsmede trouwens andere werknemers) voor een voldongen feit heeft gesteld en de nakende stopzetting van het bedrijf niet heeft laten doorschemeren ;

Overwegende dat appellanten niet betwisten dat de machines van de gefailleerde door een gerechtsdeurwaarder in beslag werden genomen en werden weggevoerd voor verkoop zodat uiteraard het bedrijf niet verder meer kon produceren en dat er uiteraard voor de werknemers geen werk meer was ;

Overwegende dat de tekst van artikel 24ter van de Arbeidsovereenkomstenwet ondubbelzinnig is en de hypothese vooropstelt van een werkgever die een werkmán afdankt, wat veronderstelt dat hij het uitdrukkelijk initiatief heeft genomen om een einde aan een arbeidsovereenkomst te maken ; dat de bedoeling van de wetgever van 21 november 1969 (artikel 24ter in de Arbeidsovereenkomstenwet) is geweest in zekere mate een aanvang te maken met de vastheid van betrekking voor de werklieden en een einde te stellen aan een onaanvaardbare machtspositie van de werkgever (Kamer van Volksvertegenwoordigers, 270/nr. 7, zitting van 21 mei 1969, verslag M. Verhenne, p. 47, alinea 6) ;

Overwegende dat in de huidige betwisting geenszins sprake kan zijn van het optreden van de werkgever vanuit een machtspositie aangezien blijkt dat zijn bedrijf in mekaar is gestuikt (beslag op de machines en faillissement) waardoor onvermijdelijk aan de bestaande arbeidsovereenkomsten met de werklieden een einde moest komen ;

Overwegende dat het feit dat in casu de werkgever zijn werklieden niet op de hoogte bracht van de slechte economische toestand van het bedrijf geen grond is om de toepassing te bekomen van artikel 24ter van de Wet op de arbeidsovereenkomsten voor werklieden ;

Overwegende dat het bestreden vonnis dan ook terecht de vordering wegens willekeurige afdanking heeft afgewezen ;

Om die redenen,

Het Hof, rechtdoende op tegenspraak,

Gelet op artikel 24 der Wet van 15 juni 1935 ;

Gehoord, in openbare zitting, het eensluidend advies van de heer substituut-procureur-generaal Vandeplas ;

Ontvangt het beroep ;

Verklaart het ongegrond ;

Bevestigt het bestreden vonnis in al zijn beschikkingen.

ARBEIDSHOF BRUSSEL
AFDELING ANTWERPEN

3e KAMER — 8 APRIL 1974

Voorzitter : de h. Verougstraete

Advocaat-generaal : de h. De Leye

Advocaten : mrs. Dumez q.q. en Naeyaert

Arbeidsovereenkomstbedienden—Bestaan—Benzinestation.

Als de overeenkomst de taken van de houder van een benzinestation nauwkeurig zowel naar de aard ervan als naar de wijze van uitvoering en naar de tijd bepaalt, en als deze taken bovendien onder strenge controle worden uitgevoerd, zodat de stationshouder over geen enkele vrijheid beschikt in de uitvoering van zijn verplichtingen, wijzen al deze bestanddelen op een gezagsverhouding met een nauwgezette leiding en toezicht. Zulke overeenkomst maakt een arbeidsovereenkomst voor bedienden uit.

Faill. Massart t/ De Maesschalck

De eerste rechter heeft de vordering van De Maesschalck, die strekte tot betaling van 180.000 fr. opzeggingsvergoeding gelijk aan 6 maanden loon ad 30.000 fr., en 43.200 fr. vakantiegeld, gegrond verklaard en zijn vordering tot betaling van 100.000 fr. ongegrond, heeft de tegenvordering van Massart tot betaling van 12.395 fr. openstaande facturen gegrond verklaard, en zijn vordering tot ontbinding van de overeenkomst ten laste van De Maesschalck ongegrond.

Massart dreef handel onder de benaming Titan Oil.

Meester Dumez beweert dat er tussen Massart en De Maesschalck geen band van ondergeschiktheid, dus geen arbeidsovereenkomst voor bedienden bestond, daar De Maesschalck niet werkte onder het gezag van Massart.

Terecht merkt hij op dat het al of niet bestaan der gezagsverhouding niet kan worden afgeleid van een enkel element of feitelijk gegeven, doch wel van het geheel der aanwezige elementen of criteria.

Het geheel van deze elementen moet dus worden onderzocht.

Zoals het openbaar ministerie opmerkt wordt De Maesschalck in de geschreven overeenkomst, tussen partijen gesloten op 1 april 1971, "uitbater" genoemd, maar hebben partijen de juridische hoedanigheid van "uitbater" niet bepaald, noch als zijnde een werknemer, noch als zijnde een zelfstandige, en wordt de overeenkomst niet in dat verband gedefinieerd, maar genoemd "overeenkomst voor de uitbating van een benzinestation". Massart wordt genoemd "eigenaar" van dit station.

Uit deze overeenkomst blijkt o.a. dat De Maesschalck zich ertoe verbindt de service tot de cliënteel volgens de gebruiken en modaliteiten aangenomen door Massart uit te voeren (art. 1), alleen de produkten te koop gesteld door Titan Oil te verkopen in naam en voor rekening van Massart, en deze bij te houden volgens de afzet, alle dagen de waarde van het verkochte aantal liters brandstof af te rekenen door middel van contanten, en zijn totale behoeften aan smeeroliën en vetten uitsluitend bij Titan Oil te kopen tegen contante betaling bij aflevering hiervan, en voortdurend een voorraad te hebben (art. 2), bewaker en verantwoordelijke te zijn voor de roerende en onroerende installaties en van het materiaal van Titan Oil, en dit materiaal te onderhouden (art. 4), stoffassen, overalls en hoofddekseks te dragen die hij uitsluitend bij Titan Oil zal aankopen ten einde

een uniformiteit te bekomen onder al de stations (art. 7), het station dagelijks te bedienen en het als zodanig niet te sluiten, in de zomer van 15 april tot 15 september van 7 tot 21 uur en in de winter van 16 september tot 14 april van 7 tot 20 uur (art. 13).

Ook behield Massart zich het recht voor te beslissen over de belangrijkheid van de voorraad der produkten in het station (art. 2), op ieder ogenblik zowel de voorraad als de kas te controleren en in het algemeen alle maatregelen te nemen die hij nuttig zou achten ten einde de goede gang van het benzinestation te waarborgen, op ieder ogenblik peilingen uit te voeren in de vergaarbakken, opmetingen te verrichten bij de pompen, controle te verrichten van de smeeroïlen en andere produkten waar deze zich ook zouden kunnen bevinden, zonder enige beperking (art. 3), de verkoop der toegestane produkten te allen tijde in te trekken of onderdelen voor zijn eigen rekening terug te nemen zonder schadeloosstelling.

De Maesschalck had recht op een commissieloon van 0,20 fr. per liter benzine en gasolie en, voor andere produkten, op de gebruikelijke vergoeding.

De overeenkomst bepaalt ook dat De Maesschalck voor zijn rekening het nodige personeel zal aanwerven dat onder zijn enkele afhankelijkheid en verantwoordelijkheid zal staan. Er werd echter geen gebruik gemaakt van deze contractuele mogelijkheid, en er moet worden vastgesteld dat de persoonlijke verplichtingen van De Maesschalck door deze bepaling niet gewijzigd waren, ook indien hij van deze mogelijkheid gebruik had gemaakt.

Massart beweert ook dat De Maesschalck zich zonder enige toelating van zijnentwege kon laten vervangen, hetgeen hij zou hebben gedaan tijdens enkele maanden. Dit blijkt niet uit de overeenkomst, en integendeel werd bedongen dat de exploitant het station niet mocht verlaten.

Een toelating tot vervanging is trouwens niet onverenigbaar met een arbeidsovereenkomst.

Luidens de overeenkomst worden de taken van De Maesschalck aldus nauwkeurig bepaald, zowel naar hun aard (kopen bij Titan Oil en verkopen in naam en voor rekening van Massart, voorraad bijhouden en wel bepaalde hoeveelheden vastgesteld door Massart, bewaken, onderhouden, herstellen) als naar de wijze van uitvoering (volgens gebruiken en modaliteiten aangenomen door Massart, afrekening in contanten, voorgeschreven kleding persoonlijk dragen) en naar de tijd (van 7 uur tot 20 uur of 21 uur volgens seizoen).

Deze taken worden bovendien uitgevoerd onder strenge controle (van voorraad, kas, verkochte produkten waar zij zich ook kunnen bevinden, met peilingen en opmetingen op ieder ogenblik), zodat De Maesschalck over geen enkele vrijheid beschikte in de uitvoering van zijn verplichtingen.

Al deze bestanddelen wijzen op een gezagsverhouding gekenmerkt door een nauwgezette leiding en toezicht, met de bedongen mogelijkheid dit toezicht op onbeperkte wijze te verscherpen of uit te breiden.

De verplichting aangegaan door De Maesschalck de inschrijving in het handelsregister na te streven, de mogelijkheid personeel aan te werven (die niet werd gerealiseerd en praktisch onmogelijk was gezien de inkom-

sten), het feit dat Massart geen R.M.Z.-bijdragen stortte, dat De Maesschalck aangesloten was bij een verzekeringskas voor zelfstandigen en dat zijn inkomsten afhankelijk waren van de verkoop, al deze bestanddelen aangevoerd door Massart, zijn niet beslissend om een arbeidsovereenkomst uit te sluiten.

Deze bestanddelen vermogen niet te beletten dat de gezagsverhouding haar wettelijke gevolgen draagt.

Evenmin vermag dit de nevenactiviteit uitgeoefend door De Maesschalck die erin bestond andere produkten te verkopen en kleine herstellingen uit te voeren, daar deze nevenactiviteit zeer bijkomstig was.

De eerste rechter heeft dus terecht geoordeeld dat de overeenkomst van 1 april 1971 een arbeidsovereenkomst voor bedienden was.

Ten onrechte beweert Massart dat de eerste rechter niet bevoegd was om kennis te nemen van de vordering.

Zoals geadviseerd door het openbaar ministerie steunt de vordering op het bestaan van een arbeidsovereenkomst en was de arbeidsrechtbank derhalve bevoegd ratione materiae, ook indien mocht blijken dat de aangevoerde rechtsgrond niet bewezen is. In dat geval zou de vordering ongegrond zijn (Cass., 21 februari 1944, *Pas.*, 1944, I, 219; Hof Brussel, 5 mei 1934, *Pas.*, 1934, II, 115).

(...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE TONGEREN

23 MEI 1975

Voorzitter : de h. A. Schiepers

Rechters : de h. J. Byvoet en mevr. K. Jadoul

Openbaar ministerie : de h. G. Pierlet

Advocaten : mrs. D. Ruiters, E. Jageneau en G. Miermans

Echtscheiding—Gronden—Duurzame ontwrichting van het huwelijk—Bewijs.

Een feitelijke scheiding gedurende 26 jaar houdt een duurzame ontwrichting van het huwelijk in.

Dat in casu partijen minstens sedert 1949 feitelijk gescheiden leven, wordt bewezen door officiële stukken van de burgerlijke stand.

D. t/ C.

Overwegende dat aanleggers eis gebaseerd is op de artikelen 231 en 232, lid 1, van het Burgerlijk Wetboek ;

Overwegende dat verweerster de rechtbank verzoekt de echtscheiding tussen partijen uit te spreken overeenkomstig artikel 232, lid 1, van het Burgerlijk Wetboek ;

Overwegende dat art. 232, lid 1, van het Burgerlijk Wetboek bepaalt : "Ieder der echtgenoten kan echtscheiding vorderen op grond van feitelijke scheiding van meer dan tien jaar, indien daaruit de duurzame ontwrichting van het huwelijk blijkt en het toekennen van de echtscheiding op deze grond de materiële toestand van de minderjarige kinderen uit het huwelijk van de echtgenoten geboren of door hen geadopteerd niet op gevoelige wijze verslecht" ;

Overwegende dat uit de door aanlegger bijgebrachte officiële stukken van de burgerlijke stand blijkt dat partijen minstens sedert 1949 feitelijk gescheiden leven ;

Overwegende dat de rechtbank van oordeel is dat deze feitelijke scheiding gedurende 26 jaar een duurzame ont-wrichting van het huwelijk inhoudt ;

Overwegende dat aanlegger voorhoudt dat de kinde-ren uit het huwelijk van partijen geboren thans meerder-jarig zijn ;

Dat dit door verweerster niet betwist wordt ;

Overwegende dat de rechtbank van oordeel is dat de scheiding hic et nunc kan toegestaan worden ;
(...)

ARBEIDSRECHTBANK TE HASSELT

1e KAMER — 4 FEBRUARI 1975

Voorzitter : de h. Panier

Openbaar ministerie : de h. Daniels

Advocaat : mr. Molenaers loco Byvoet

Arbeidsongeval—Blijvende arbeidsongeschiktheid—Herziening—Economische toestand—Evaluatie van econo-mische factoren.

Aangezien arbeidsongeschiktheid een relatie is tussen een menselijke situatie en een arbeidssituatie, is het evi-dent dat het globaal beeld ervan varieert wanneer in een van deze elementen een verandering optreedt. Her-ziening is dus mogelijk wanneer de verandering zich voordoet hetzij in de menselijke factor, hetzij in de factor arbeidsmarkt.

Het feit dat de verrekening van de economische fac-tor niet met accuraatheid gebeurt, betekent niet dat slechts een louter fysiologische arbeidsongeschiktheid wordt erkend.

Bij de evaluatie van bestendige arbeidsongeschiktheid moet, voor het bepalen van de economische elementen daarin, gezocht worden naar de structurele trends in de economie en niet naar toevallige conjuncturele inci-denten.

T. t/ De Luikse Verzekering

1. Uiteenzetting der feiten

Op 10 mei 1967 werd eiser het slachtoffer van een ar-beidsongeval. Bij arrest van 19 juni 1972 van het Ar-beidshof te Luik, afdeling Hasselt, werd aangenomen dat voor de bepaling van de aan eiser toekomende jaar-vergoeding een bestendige arbeidsongeschiktheid van 25 % in aanmerking kwam.

Bij exploit van 1 maart 1974 stelde eiser dat zijn lichamelijke toestand was verergerd, zodat herziening noodzakelijk was.

In de verdere loop van de rechtspleging stelde eiser dat hij zijn eis tot herziening fundeerde op een ver-slechting van de economische toestand, waardoor het economisch impact van de letsels (d.i. de arbeidsonge-schiktheid) verzwaarde.

De aldus hergeformuleerde vordering stelde een be-langrijk principieel probleem, dermate dat het de ar-beidsauditeur bij deze zetel ertoe aanzette het advies van

professor Viaene, auteur van het werk *De Evaluatie van de Economische Arbeidsongeschiktheid bij Werkne-mers*, in te winnen.

Bij tussenvonnis van 25 juni 1974 heeft de rechtbank een heropening van debatten bevolen ten einde partijen in de gelegenheid te stellen met kennis van het ant-woord van professor Viaene over de zaak te conclude-ren.

In die stand van zaken komt de zaak terug ter zit-ting.

2. Ten gronde

a) Beginselen

Gebrekkig is de mens waarvan de psychosomatische toestand om een of andere reden bestendig afwijkt van hetgeen in het algemeen geacht wordt een normale mens te kenmerken.

Het gebrek kan een diverse oorsprong hebben : het kan aangeboren of het gevolg van een ongeval of van een ziekte zijn.

Of de gebrekkige geschikt is voor een of andere op-dracht (arbeid, sport, spel), is niet alleen een kwestie van psychosomatische toestand, maar ook functie van de door de opdracht gestelde eisen.

Wanneer de opdracht een arbeidstaak is, moet wor-den nagegaan of een adequate toestand bestaat tussen een be-paalde psychosomatische toestand en de noodwendig-heden van de betreffende arbeidstaak.

In de arbeidsongevallenwetgeving bestaat de regel, dat voor de beoordeling van de tijdelijke arbeidsongeschikt-heid wordt onderzocht of er adequate toestand is tussen de eigen specifieke arbeidstaak van het slachtoffer en de toestand van de getroffene.

Wat de bestendige arbeidsongeschiktheid betreft, wordt de adequate toestand gezien tussen de toestand van de getroffene en het geheel van de arbeidsmogelijkheden die voor belanghebbende openstaan, met andere woor-den, wordt de positie van de getroffene op de arbeids-markt onderzocht.

De positie van een door een arbeidsongeval getroffen werknemer op de arbeidsmarkt wordt, zoals geleerd in het geciteerde werk van professor Viaene, bepaald door: 1) de ernst van het bij het slachtoffer bestaande letsel ; 2) de status van bediende of werkmans van het slacht-offer ; 3) de genoten opleiding ; 4) het geslacht ; 5) de leeftijd van de belanghebbende.

Al deze factoren wegen min of meer door, al naar gelang van de algemene economische toestand ; het is evident dat bij laagconjunctuur de voor de werkgever minder goede krachten worden afgestoten en bij hoog-conjunctuur onverschillig wie wordt aangeworven.

Waar aldus arbeids(on)geschiktheid fine finali een relatie is tussen een menselijke situatie en een arbeids-situatie, is evident dat het globaal beeld arbeids(on)ge-schiktheid varieert als in een der variabelen in de ade-quatie een verandering optreedt. Die verandering kan zich voordoen, zowel in de menselijke factor als in de factor arbeidsmarkt, die bij bestendige arbeidsongeschikt-heid, zoals betoogd, in aanmerking komt.

Daar de economische toestand bepalend is voor de beschrijving van de arbeidsmarkt, is a priori aanvaard-baar dat herziening ter zake van een arbeidsongeval, toelaatbaar is bij evolutie in de economische toestand.

Het is echter evident dat ook hier de criteria van noviteit en onvoorzienbaarheid spelen.

In functie hiervan dient genoteerd dat een leeftijds-wijziging zeker geen aanleiding kan geven tot herziening, daar veroudering absoluut voorzienbaar is. De ernst van het opgelopen letsel, als determinerend voor de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt, gaat terug tot de medevariabele "psychosomatische toestand". Het aspect "opleiding", mede het aspect "status van arbeider of bediende", kunnen aanleiding geven tot problemen, wanneer het arbeidsslachtoffer tijdens de herzieningstermijn zijn opleiding verbeterde, of wanneer in die tijd verspringing van status is. Over de factor "geslacht" is geen commentaar.

De factor "economische toestand" stelt in het aangehaalde verband diverse problemen, onder meer wat betreft het onderscheid tussen conjuncturele en structurele trends.

b) *Bespreking der middelen van verweerster*

§ 1. *Herziening is slechts mogelijk bij evolutie der gebrekkigheden*

De stellingname van verweerster, gefundeerd op oudere commentaren, gaat terug op de formulering van de voorwaarden der herziening, in artikel 28 der voormalige arbeidsongevallenwetgeving.

In die wet was uitdrukkelijk sprake van een verbetering of verslechtering der gebrekkigheden, d.i. van een verbetering of verslechtering van de psychosomatische toestand.

Artikel 72 Wet 10 april 1971 spreekt thans van een evolutie van de arbeidsongeschiktheid. En zoals hierboven aangetoond, is arbeidsongeschiktheid een bipolaire notie, een resultante van het samenspel van diverse variabelen, die evolueert zodra één dezer variabelen gewijzigd wordt.

Vroegere rechtspraak en rechtsleer kunnen niet meer adequaat worden ingeroepen.

§ 2. *Bij het consolidatieonderzoek werden geen economische factoren verrekend; dit kan fout zijn, doch een herziening strekt niet tot rechtzetting van de fouten*

De opmerking dat slechts een louter fysiologische arbeidsongeschiktheid werd erkend, is totaal verkeerd. Inderdaad, de toepassing van de arbeidsongevallenwetgeving vereist, dat erkend wordt dat een bepaalde ongeschiktheid economische weerslag heeft; en dat erkend wordt, dat het vermogen tot verdienen of de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt, wordt aangetast.

Door de Arbeidsongevallenwet toepasselijk te achten, heeft men noodzakelijkerwijze economische factoren in de ruime zin van het woord verrekend.

Dat die verrekening misschien niet met accuraatheid gebeurde, die thans mogelijk is geworden door het beschikbaar worden van betere appreciatiemethodes (men denke aan het reeds geciteerde werk van Viaene), is spijtig en bemoeilijkt de concrete uitwerking van het door de rechtbank aangehouden principe, doch tast in geen dele de waarde van dit principe aan.

In het beschikkende gedeelte zal de rechtbank partijen trouwens aanzoeken, bij wijze van heropening van

de debatten, inlichtingen te verstrekken om de ideeën in dit vonnis gesteld, concreet uit te werken.

§ 3. *Nieuwheid van het feit*

In de rubriek "beginselen" heeft de rechtbank stelling genomen over de noodzakelijkheid "noviteit en onvoorzienbaarheid van de evolutie" aan te houden. Ter zake van een economische toestand dient, naar de mening van de rechtbank, aangesloten met de visie van verweerster, dat bij bestendige ongeschiktheid moet gezocht worden naar de structurele trends van de economie en niet naar de toevallige conjuncturele incidenten hierin.

c) *Besluit*

Om de principes in het vonnis vooropgesteld te concretiseren, dienen partijen de rechtbank aanvullend en uitgebreid te informeren. De rechtbank moet inderdaad constateren dat partijen alsnog over de beginselen ter zake hebben stelling genomen.

Een heropening van de debatten is aangewezen. De rechtbank wenst naar aanleiding hiervan de expertise, waarop het vonnis van het vredegerecht en het arrest steunen, te ontvangen. Zij wenst ook in het bezit te komen van een afschrift van het vonnis en arrest.

Zij wenst geïnformeerd te worden over de ware toedracht van de expertise, waarvan kwestie (globale raming van lichamelijke en socio-economische factoren, waartussen ventilatie mogelijk is of aanvaarding van de idee dat 25 % lichamelijke invaliditeit bestaat, waarvan de economische weerslag echter op die waarde wordt gesteld).

Gelet op de voorschriften van de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, welke werden nageleefd;

Om die redenen, (...)

Beveelt dat de debatten heropend zullen worden ten einde partijen in de gelegenheid te stellen te voldoen aan hetgeen in motieven van huidig vonnis is gevraagd (...)

NOOT—1. Deze beslissing vertrekt van een definitie van arbeidsongeschiktheid die in de jongste juridische en medische literatuur met recht wordt verdedigd: arbeidsongeschiktheid is de uitdrukking van een relatie tussen de mens en zijn arbeidstaak. In de Arbeidsongevallenwet drukt het de (on)geschiktheid van het slachtoffer uit voor de (hem toegewezen) arbeidsmarkt. Daarmee keert de literatuur onder meer terug naar de voorbereiding van de eerste wet van 1903, waar de arbeidsongeschiktheid al wordt beschreven als een economisch begrip, ja zelfs als een loonkundig begrip. De krachtens de Arbeidsongevallenwet vergoedbare schade werd daar vastgesteld als het verschil tussen het basisloon en het loon dat het slachtoffer nog zou kunnen verdienen.

Daarmee zitten we bij de kern van het schadebegrip zoals dit in de Arbeidsongevallenwet wordt gehanteerd. Deze wet heeft inderdaad tot doel — zoals vele andere sociale zekerheidswetten — een loonvervangend inkomen te verschaffen. De vraag is natuurlijk hoe het loonverlies moet worden berekend. In het kader van art. 1382 B.W. gebeurde dit in principe door een berekening van het verschil tussen het loon dat het slachtoffer zou kunnen hebben verdiend indien er geen ongeval was geweest, en het loon dat hij nog zou kunnen verdienen na het ongeval. Arbeidsongeschiktheidsschade was dus een verschil tussen twee *hypothetische lonen*. De wet van 1903 week daar alleen van af door de eerste hypo-

these te vervangen door een forfaitair berekend basisloon.

Aan deze ingreep, die gebeurde om een reeks discussies over hypothetische situaties uit de toepassing van de Arbeidsongevallenwet uit te schakelen, heeft deze sector zijn forfaitair karakter te danken. Dit forfaitair karakter moet echter juist begrepen worden: de *schadevergoeding* werd forfaitair, aangezien ze berekend werd in functie van een forfaitair basisloon; maar de *schadebepaling*, nl. de evaluatie van de arbeidsongeschiktheid, werd dit niet, aangezien deze nog steeds werd vastgesteld aan de hand van het loon dat nog kon verdiend worden!

Essentieel bij dit alles is dat het bij de vaststelling van arbeidsongeschiktheid moet gaan om een *loonvergelijking*. Het is derhalve een economisch begrip. Het loon ontstaat door vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Het is de economische uitdrukking van de geschiktheid van de arbeidende mens op deze arbeidsmarkt.

De aanleiding tot vele moeilijkheden i.v.m. de evaluatie van de arbeidsongeschiktheid moet worden gezocht in het feit dat in de praktijk het vaststellen van die schade aan geneesheren werd overgelaten. Ten gevolge van hun vorming waren medische experts helemaal niet vertrouwd met economische begrippen zoals loonvorming, arbeidsmarkt, e.d.m. Het was dan ook niet te vermijden dat de medische factor in de evaluatie steeds belangrijker werd. Er werden schalen opgesteld als handleiding voor medische experts, met als gevolg dat voor dezelfde letsels steeds dezelfde arbeidsongeschiktheidsvergoedingen werden toegekend.

Het is natuurlijk onzin te beweren dat een bepaald letsel bij verschillende personen steeds dezelfde economische gevolgen heeft. Hoe kan men immers uit medische gegevens loonkundige conclusies trekken? De rechtbanken hebben dit uiteraard meestal wel aangevoeld. Vandaar dat men dikwijls het arbeidsongeschiktheidspercentage, dat door de medische expert werd voorgesteld na een verslag over de letsels en de invloeden daarvan op het arbeidsvermogen van het slachtoffer, aanpaste. Deze aanpassing gebeurde dan op grond van de leeftijd, de promotiekansen, de herscholing, de nog in aanmerking komende beroepen, e.d.m. Dat gebeurde bij gebrek aan duidelijke gegevens veelal "ex aequo et bono", en doorgaans om het percentage op te drijven wanneer men aanvoelde dat het onvoldoende de echte schade uitdrukte. Wanneer de rechtbank daarover uitdrukkelijk meer informatie vroeg, werden daarover vragen gesteld... aan de medische expert.

Het spreekt vanzelf dat de rechters bij het zoeken naar economische schadebepaling en naar loonverlies, naast de medische expert, minstens zoveel redenen heeft om arbeidskundige of economische experts om hun mening te vragen. De Arbeidsrechtbank te Hasselt nam de gelegenheid te baat om op dit punt baanbrekend werk te verrichten.

2. De rechtbank past dit arbeidsongeschiktheidsbegrip toe op de *herziening*. De herzieningstermijn van drie jaar zoals bepaald in de Arbeidsongevallenwet heeft tot doel aan de partijen een kans te bieden de schadevergoeding zoveel mogelijk af te stemmen op de werkelijk te verwachten evolutie en nadien elke mogelijke discussie over de schade uit te schakelen, althans tussen verzekeringsinstelling en slachtoffer. Het voorwerp van de herziening is dus zeer duidelijk de *schadebepaling* zelf en niet de eventuele *oorzaak* ervan. In art. 28 van de wet van 1903 bestond daarover inderdaad — zoals het vonnis terecht opmerkt — enige verwarring, aangezien er sprake was van verbetering of verslechtering van de *gebrekigheden*. De herziening moest dus gebaseerd zijn op wijzigingen in de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid i.p.v. in de arbeidsongeschiktheid zelf. In 1903 was dergelijke verwarring echter begrijpelijk omdat op de toenmalige arbeidsmarkt elke wijziging in de fysieke toestand van het slachtoffer bijna automatisch een gelijkaardige wijziging in zijn arbeidsgeschiktheid tot gevolg had. De algemene arbeidsmarkt werd sindsdien echter veel gedifferentieerder en strakker gereguleerd, zodat de vrije aanpassing van de economische waarde aan de handicap niet meer mogelijk was. Het is dan ook logisch dat er in de wet van 1971 (art. 72), niet meer geredeneerd wordt zoals vroeger.

De verwarring over het voorwerp van de herziening was (en is) gedeeltelijk ook te wijten aan de verwarring rond het voorwerp van de *consolidatie*, het ogenblik vanaf hetwelk er in de toestand van het slachtoffer geen verandering meer verwacht wordt. In tegenstelling met wat dikwijls wordt ge-

dacht is dit een begrip van juridische oorsprong. De geneesheren stonden er aanvankelijk zeer onwennig tegenover en wisten er zelfs niet goed raad mee. De jurist had een dergelijk moment echter nodig om de forfaitaire herzieningstermijn te kunnen vaststellen. Het vaststellen van een ogenblik waarop er geen medische evolutie in de gezondheidstoestand van het slachtoffer meer te verwachten viel, is echter in het louter medisch denken vaak een contradictio in terminis daar niemands gezondheidstoestand gegarandeerd stabiel blijft. Gezondheid is essentieel een dynamisch gegeven.

3. Zodra men aanvaardt dat herziening het gevolg is van een wijziging in de arbeidsongeschiktheid, en de vergoedbare arbeidsongeschiktheid een relatie uitdrukt van het slachtoffer met de hem toewijsbare arbeidsmarkt, moet men ook logisch aanvaarden dat herziening mogelijk is zowel in geval van verandering in de psychofysieke toestand van het slachtoffer als in geval van wijzigingen in de arbeidsmarkt. Het enige vereiste is telkens dat de geschiktheid van het slachtoffer op de arbeidsmarkt merkbaar verandert. Meteen rijst de vraag: welke economische veranderingen kunnen daarvoor in aanmerking komen? Het vonnis maakt op dit punt een onderscheid tussen structurele trends en conjunctuurele incidenten in de economische toestand.

Inzake arbeidsongevallen komt het erop aan de economische waardevermindering van het slachtoffer te berekenen zoals die er zal uitzien voor de rest van zijn leven. Het zou dan ook onlogisch zijn dit te doen op grond van een toevallige gunstige of ongunstige conjunctuur. Dit beginsel geldt trouwens ook voor de fysieke toestand van het slachtoffer: herziening op grond van een louter toevallige gunstige of ongunstige gezondheidssituatie zou ook foutief zijn.

4. Sommigen zullen de vraag stellen of men met dit alles niet een zeer gevaarlijke weg inslaat. Veel van de moeilijkheden worden echter veroorzaakt door de oude gewoonte om een essentieel dynamische realiteit (gezondheid en economie) op een statische wijze te willen benaderen. Toekomstige schade — en schade slaat altijd op de toekomst — evalueren is een van de moeilijkste opdrachten voor de jurist. De enige mogelijke ontspanning voor deze moeilijkheden van over- of onderwaardering van de toekomstige economische schade zit in een periodieke uitkering met periodieke evaluaties. Dit is niet alleen waar voor de arbeidsongevallensector maar ook voor het burgerlijk recht. Sommigen zullen antwoorden dat men in het vergoedingssysteem aldus een anti-revaliderende werking inbouwt (wie periodiek moet herzien worden wordt niet aangespoord tot readaptatie en herscholing). Maar ook hier zijn nieuwe wegen mogelijk zoals het aanbieden van interessante reclasseringsmogelijkheden die beletten dat men zich in de vergoedingen gaat "installeren".

5. Wat ons in de uitspraak van de Arbeidsrechtbank te Hasselt verheugt, is haar wil om af te rekenen met een totaal verouderd mensbeeld. Er wordt aanvaard dat de mens geen van de wereld (in casu van de arbeid, arbeidsomstandigheden, arbeidsmarkt) geïsoleerd wezen is, wiens economische waarde kan gemeten worden met zuiver medische parameters. Dit alles is reeds uiterst belangrijk. We zijn benieuwd of deze nieuwe visie, die vroeg of laat toch haar weg zal vinden, het nu reeds halen kan voor het Arbeidshof.

Josse Van Steenberge
U.I.A.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE OUDENAARDE

10 JUNI 1975

Voorzitter: de h. Heyvaert
Advocaat: mr. A. De Buyst

Bevoegdheid—Rechtbank van koophandel—Art. 574, 2°, Ger.W.—Wet van 24 maart 1975—Werking in de tijd.

Als een betwiste schuldvordering geldig vóór 24 mei 1975, datum van inwerkingtreding van de Wet van 24

maart 1975, is ingediend bij de rechtbank van koophandel die het faillissement van de schuldenaar heeft uitgesproken, blijft deze rechtbank ingevolge art. 3 Ger.W. bevoegd om uitspraak te doen over de betwisting die niet rechtstreeks uit het faillissement is ontstaan en buiten de gewone bevoegdheid van de rechtbank van koophandel valt.

Faill. Anc. Ets. Jean Pessemier t/ Geerinck

De vordering strekt tot de betaling van een som van 14.873 fr., uit hoofde van onbetaald gebleven facturen voor verf- en/of veredelingswerken door de N.V. Anciens Etablissements Jean Pessemier te Ronse, nog vóór de datum van haar faillietverklaring uitgevoerd.

De verweerder betwist het gevorderde bedrag verschuldigd te zijn daar er gebreken in de uitvoering zijn.

Ofschoon het bedrag van de vordering 25.000 fr. niet overschrijdt, de vordering of het geschil niet rechtstreeks ontstaan is uit het faillissement en de gegevens voor de oplossing ervan zich ook niet bevinden in het bijzonder recht dat het faillissement beheerst, toch blijft deze rechtbank ingevolge de bepalingen van artikel 3 van het Gerechtelijk Wetboek bevoegd om uitspraak te doen over de vordering daar zij vóór 24 mei 1975 overeenkomstig het alsdan nog van kracht zijnde artikel 574, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek, vóór haar op regelmatige wijze aanhangig werd gemaakt.

Met de voorhanden zijnde gegevens is het thans niet mogelijk het geschil op te lossen en dienen de partijen, in een persoonlijke verschijning, nadere uitleg te verstrekken omtrent hun wederzijdse standpunten.
(...)

NOOT—Zie hieronder het vonnis van 24 juni 1975 van de Rechtbank van Koophandel te Gent.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE GENT

3e KAMER — 24 JUNI 1975

Voorzitter : de h. Matthys

Openbaar ministerie : de h. Vandeputte

Advocaten : mrs. L. Moens, W. Moens en M. Vanden Daelen

Bevoegdheid—Rechtbank van koophandel—Art. 574, 2°, Ger.W.—Wet van 24 maart 1975—Werking in de tijd.

De Wet van 24 maart 1975, die art. 574, 2°, Ger.W. wijzigt, is geen interpretatieve wet.

Als een betwiste schuldvordering, voortvloeiend uit een arbeidscontract, geldig vóór de inwerkingtreding van die wet is ingediend bij de rechtbank van koophandel die het faillissement van de schuldenaar heeft uitgesproken, blijft deze rechtbank ingevolge art. 3 Ger.W. bevoegd om over de betwisting uitspraak te doen.

Barbier t/ Faill. Mortier-De Dapper

Overwegende dat eiseres die als arbeidster in dienst was van de gefailleerde vennootschap, de opname vor-

dert in het chirografair passief van een sluitingspremie volgens anciënniteit van 16.200 fr., en in het bevoorrecht passief van :

- 1) een tegoed van 638 fr. aan feestdag (15/8/1974),
- 2) een opzeggingsvergoeding van 12.752 fr.,
- 3) een vergoeding van 12.752 fr. beschermingsperiode wegens zwangerschap.

Overwegende dat verweerders q.q. enkel de opname van de vergoeding beschermingsperiode betwisten ;

Overwegende dat onderhavig geschil dat zijn oorzaak vindt in een arbeidsovereenkomst, zonder faillissement denkbaar was en, mitsdien, het faillissement er slechts de aanleiding van is ;

Dat derhalve, de rechtbank haar volstreckte bevoegdheid dient te onderzoeken ;

Overwegende dat waar het Hof van Cassatie in meerdere arresten (3 mei 1973, 29 november 1973, 8 maart 1974 en andere) heeft verkondigd dat de rechtbank van koophandel kennis neemt van alles wat het faillissement betreft zonder dat de artt. 574, 2°, en 631, lid 2, Ger.W. zoals zij werden ingevoerd bij de Wet van 10 oktober 1967 een onderscheid maken tussen de rechtsvorderingen die uit het faillissement ontstaan en de rechtsvorderingen waartoe het faillissement slechts de aanleiding is, de Wet van 24 maart 1975 tot wijziging van art. 574, 2°, Ger.W., die op 24 mei 1975 in werking is getreden, bepaalt dat enkel de vorderingen en geschillen rechtstreeks ontstaan o.m. uit het faillissement en waarvan de gegevens voor de oplossing zich bevinden in het bijzonder recht dat het stelsel van het faillissement beheerst tot de volstreckte bevoegdheid van de rechtbank van koophandel behoren ;

Dat aldus, ondanks het bestaan van o.m. een faillissement de wetgever van 24 maart 1975 alle geschillen aan hun natuurlijke rechter overlaat ;

Overwegende dat ten deze de Wet van 24 maart 1975 niets afdoet aan de volstreckte bevoegdheid van de rechtbank van koophandel ;

Overwegende inderdaad, dat ofschoon evengemelde wet, die geen interpretatieve wet is, maar een wet die een andersluidende bevoegdheidsregeling invoert, naar luid van art. 3 Ger.W. onmiddellijk van toepassing is zowel op de reeds aanhangig gemaakte gedingen als op die welke sedert de bekendmaking van de wet zijn ontstaan, hetzelfde art. 3 Ger.W. evenwel bepaalt dat een wet die de bevoegdheidsregelen wijzigt de hangende rechtsgedingen niet onttrekt aan de instantie van het gerecht waarvoor zij op *geldige* wijze aanhangig zijn en behoudens de uitzonderingen bij de wet bepaald (Hof Luik, 27 mei 1971, *Pas.*, 1971, II, 286 (motivering) ; Arbh. Luik, 23 juni 1971, *Pas.*, 1971, II, 336 (motivering) ; A. Duquesne, "La solution des conflits de lois dans le temps et le droit transitoire dans le Code Judiciaire", *J.T.*, 1969, blz. 4, nr. 15 ; R. De Corte, "Intertemporaal recht en het Gerechtelijk Wetboek", *R.W.*, 1970-1971, 398) ; Cass. 10 februari 1972, *Pas.*, 1972, I, 532 met noot van adv.-gen. Mahaux) ;

Dat nu de "ratio legis" van de Wet van 24 maart 1975 erkend heeft dat de bovenaangehaalde door het Hof van Cassatie gemaakte wetsinterpretatie van de artt. 574, 2°, en 631, lid 2, Ger.W. met de tekst van deze bij de Wet van 10 oktober 1967 ingevoerde wetsbepalingen overeenkwam (*Parl. Besch.*, *Senaat*, 1974-75, nr.

365/2, verslag nopens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Cooreman op 12 december 1974, blz. 2), en tenslotte deze nieuwe wet op het door art. 3 Ger.W. bepaald behoud van de oude bevoegdheidsregeling voor de op geldige wijze aanhangig gemaakte hangende rechtsgedingen, in geen uitzonderingen heeft voorzien, onderhavige vordering vóór 24 mei 1975 overeenkomstig het alsdan nog van kracht zijnde art. 574, 2°, Ger.W. vóór de rechtbank van koophandel op regelmatige wijze aanhangig werd gemaakt, te weten op 12 november 1974, datum van verificatie der schuldvorderingen, waarop de rechter-commissaris bij eenvoudige beschikking die als dagvaarding geldt, deze betwiste schuldvordering voor de rechtbank heeft gebracht;

Dat derhalve, de rechtbank van koophandel volstrekt bevoegd blijft om over deze betwiste schuldvordering uitspraak te doen; (...)

NOOT—Zie hierboven het vonnis van 10 juni 1975 van de Rechtbank van Koophandel te Oudenaarde.

VREDEGERECHT TE DEURNE

27 JUNI 1975

Rechter : de h. W. De Messemaeker

Advocaat : mr. A. Goossens

Deskundige—Aansprakelijkheid—Aard—Deskundige reageert niet op brieven waarbij een partij hem zijn opdracht wil ter kennis brengen.

Een fout van een door de rechter benoemde deskundige moet worden onderzocht in het kader van art. 1382 B.W.

Een fout wordt begaan door de deskundige die, na zijn opdracht te hebben aanvaard, zonder geldige reden weigert ze te vervullen of ze beëindigt met een niet te rechtvaardigen vertraging.

Ten deze kan geen fout ten laste worden gelegd van de deskundige die de uitvoering van zijn opdracht niet heeft aangevat, nu geen van de partijen de toepassing van art. 965 Ger.W. heeft gevorderd, en niet bewezen is dat hij op deugdelijke wijze van zijn opdracht in kennis werd gesteld of dat hij ze aanvaard heeft.

V. t. /V.

Overwegende dat de eis strekt tot veroordeling van verweerder tot betaling der som van 12.603 frank uit hoofde van schadevergoeding;

Overwegende dat verweerder, in hoedanigheid van deskundige, bij ons vonnis van 8 juni 1973 in het geding inzake Vernailen René tegen Jans Leopold (A.R. nr. 3521) werd aangesteld met als opdracht: "in aanwezigheid van partijen of deze behoorlijk geroepen, de centrale verwarmingsinstallatie in het eigendom van eiser te Wijnegem, Stokerijstraat 72a, te bezichtigen en te beschrijven, en in een met redenen omkleed verslag, schriftelijk onder eed bevestigd, de gebreken vast te stellen die zich nog aan deze installatie voordoen, de herstellingswijze, herstellingskosten en herstellingsduur of de eventuele minderwaarde te ramen, en te antwoor-

den op alle vragen door partijen te stellen die kunnen bijdragen tot de oplossing van hun geschil, om na de nederlegging van het verslag door partijen te concluderen en door ons te vonnissen zoals in rechte zal behoren";

Overwegende dat dit geding nog steeds hangende is vóór onze zetel, daar geen der partijen, na het vonnis van aanstelling van deskundige, een vaststelling heeft gevraagd;

Overwegende dat eiser thans stelt dat verweerder verzuimd heeft de hem verleende opdracht te vervullen, en zulks niertegenstaande herinneringen van 22 oktober, 20 november en 10 december 1973; dat, na het laatste herinneringsschrijven, het expansievat der centrale verwarming is ontploft en de pomp blokkeerde, waardoor ernstige schade werd toegebracht, die dringend diende hersteld; dat verweerder, bij aangetekend schrijven van 4 januari 1974 van de gewijzigde toestand op de hoogte gesteld, nochtans weer niet reageerde; dat, gezien de uitvoering der dringende herstellingen ten gevolge van het springen van het expansievat en het blokkeren der pomp, geen deskundige vaststellingen meer mogelijk zijn, zodat eiser zijn rechten niet meer kan laten gelden tegen verweerder Jans in de zaak A.R. 3521;

Overwegende dat eiser voorts stelt dat hij, door de nalatigheid van verweerder, de volgende schade heeft geleden, waarvoor hij verweerder aansprakelijk stelt:

— factuur voorlopige herstellingen van	
16.04.73 :	1.452 fr.
— factuur herstellingen van 14.01.1974 :	6.564 fr.
— kosten dagvaarding Jans inzake	
A.R. 3521 :	1.337 fr.
— rechtsplegingsvergoeding inzake	
A.R. 3521 :	750 fr.
— morele schade :	2.500 fr.
	12.603 fr.

Overwegende dat het past de aansprakelijkheid van verweerder, als expert door ons aangesteld, nader te onderzoeken;

Overwegende dat, vooreerst, dient gesteld dat een onderscheid dient gemaakt tussen de fout, als dusdanig, en de vergissing in de appreciatie der feiten die het voorwerp uitmaken van de opdracht; dat dit in casu niet ter sprake komt, daar niet betwist wordt dat verweerder de hem opgedragen taak zelfs niet heeft aangevat;

Overwegende dat de fout van de deskundige, die aanleiding zou kunnen geven tot schadevergoeding, dient onderzocht in het kader der bepalingen van art. 1382 B.W.; dat, in dier voege, een fout pleegt de deskundige die, na zijn opdracht te hebben aanvaard, zonder geldige reden weigert deze opdracht te vervullen of ze beëindigt met een niet te rechtvaardigen vertraging (zie: Paul Lurquin, *Précis de l'expertise du Code Judiciaire*, Bruylant, 1970, nrs. 131 en 132);

Overwegende dat het probleem rijst der al of niet aanvaarding door verweerder van de hem gegeven opdracht;

Overwegende dat, in dit verband, art. 965 Ger.W. bepaalt dat "op verzoek van de meest gereede partij de griffier bij gerechtsbrief aan de deskundige een eensluidend verklaard afschrift van het vonnis zendt" en dat

"binnen dezelfde termijn de deskundigen per brief aan de rechter en de partijen kennis geven van de plaats, de dag en het uur waarop zij hun werkzaamheden zullen aanvangen";

Overwegende dat wij terloops doen opmerken dat, in het ontwerp van wet houdende het Gerechtelijk Wetboek, art. 965 een bijkomende paragraaf omvatte, die luidde als volgt: "hij (de griffier) verzoekt met dezelfde post de deskundigen hem binnen acht dagen een gedagtekend en ondertekend schrijven te doen toekomen, waarin zij verklaren hun opdracht te aanvaarden en waarin zij melding maken van hun als volgt gestelde eed: ... (zonder belang ter zake)"; dat deze paragraaf evenwel niet meer voortkomt in de tekst van het Gerechtelijk Wetboek zoals deze werd uitgevaardigd bij de wet van 10 oktober 1967;

Overwegende dat uit de tekst zelve van art. 965 Ger.W. volgt dat deze beschikkingen slechts toepasselijk zijn voor zover de meest gerede partij de toepassing ervan vordert;

Overwegende dat, indien de meest gerede partij de toepassing van art. 965 Ger.W. vordert, er bezwaarlijk nog betwisting kan bestaan nopens het feit of de deskundige zijn opdracht al dan niet heeft ontvangen, aangezien hij hiervan wordt verwittigd door middel van gerechtsbrief, die ofwel door de deskundige voor ontvangst wordt afgetekend, ofwel onbesteld of geweigerd terugkomt, in welk geval wij, na kennisgeving aan partijen en op hun verzoek, kunnen overgaan tot aanstelling van een andere deskundige;

Overwegende, evenwel, dat in casu geen der in het geding betrokken partijen de toepassing van art. 965 Ger.W. heeft gevorderd; dat daarentegen, de opdracht aan verweerder werd medegedeeld bij eenvoudig schrijven van 12 juni 1973, uitgaande van de raadsman van eiser; dat niets bewijst dat verweerder hetzij dit schrijven heeft ontvangen, hetzij de hem verstrekte opdracht heeft aanvaard;

Overwegende dat verweerder in dit opzicht doet gelden — wat wij als waarheid willen aanvaarden — dat hij reeds vóór ons vonnis van 8 juni 1973 inzake A.R. 3521 wegens een zeer zware en levensgevaarlijke ziekte in het buitenland in een kliniek verbleef, waar hij gedurende 21 maanden vertoefde en dat hij alzo hoege-naamd geen kennis kreeg van de hem verleende opdracht, noch van de verschillende herinneringsbrieven op zijn adres toegezonden door de raadsman van eiser; dat verweerder in dit opzicht, zeer terecht, er zich over verwondert waarom eiser, geen reactie bekomen noch op zijn brief van 12 juni 1973, noch op zijn latere herinneringen, geen tijdige maatregelen heeft getroffen om in de vervanging van deskundige (wiens opdracht uiteraard toch een dringend karakter vertoont) te voorzien;

Overwegende dat alzo geen fout in hoofde van verweerder bewezen wordt, en hij derhalve niet tot schadevergoeding kan gehouden zijn, daar niet bewezen is noch dat hij op deugdelijke wijze van zijn opdracht werd in kennis gesteld, noch dat hij deze opdracht op enigerlei wijze aanvaard heeft;

Om die redenen (...)

Verklaren de eis ontvankelijk doch ongegrond;

Wijzen eiser ervan af, en veroordelen hem tot de gerechtskosten.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 11 april 1975

Hoger beroep—Akte—Termijn voor de verschijning—Vermelding.

Eisers tot cassatie hadden bij verzoekschrift hoger beroep ingesteld met de vermelding van de plaats waar de geïntimeerde akte moest laten nemen van haar verklaring van verschijning "binnen de door de wet bepaalde termijn, zijnde acht dagen, te 9 uur 's morgens". Het bestreden arrest (Hof Brussel, 14 februari 1974), dat het op die wijze ingestelde hoger beroep niet ontvankelijk verklaarde, wordt vernietigd;

"Overwegende dat krachtens artikel 707 van het Gerechtelijk Wetboek de termijn waarover de gedaagde moet beschikken vooraleer te moeten verschijnen of zijn verklaring van verschijning te moeten doen, minstens acht dagen zal bedragen en dat krachtens artikel 1057, 7°, van hetzelfde wetboek de akte van hoger beroep die minimumtermijn moet vermelden;

"Overwegende dat het arrest uit de toevoeging in de akte van hoger beroep van de woorden 'te 9 uur 's morgens' afleidt dat aan verweerder hoogstens 7 dagen en 9 uur werd gelaten om te verschijnen en haar verklaring van verschijning te doen;

"Overwegende dat die vermelding, die door de wet niet wordt voorgeschreven, overbodig is en niet tot gevolg heeft de vermelding van de in de akte aangeduide wettelijke termijn van 8 dagen niet rechtsgeldig te maken of de erin bepaalde termijn te verkorten."

(Voorzitter: de h. Delahaye—Raadsheer-rapporteur: ridder de Schaetzen—Advocaat-generaal: de h. Duchatelet—Advocaat: mr. A. Houtekier—In de zaak: Van Vaerenbergh en Nerings t/ Crockaert).

NOOT—Zie ook Cass., 8 februari 1974, R.W., 1973-74, 2264.

Hof Antwerpen (7e Kamer), 9 mei 1975

Verkeer—Bloedproef—Bloed afgenomen met een venule die niet door de opvorderende overheid is overhandigd—Nietigheid van het deskundig onderzoek.

Beklaagde wordt vervolgd wegens overtreding van de artt. 34, 1°, en 35 van de Wet betreffende de politie over het wegverkeer (intoxicatie en dronkenschap).

"Overwegende dat, wat de telasteleggingen B en C betreft, de inlichtingen van de rijkswacht vermelden, dat het bloedstaal genomen werd door een persoonlijk instrument van de opgeroepen geneesheer en vervolgens overgeheveld werd in een veinotube door de rijkswacht verstrekt; dat deze handelwijze strijdig is met die welke is opgelegd door art. 3 van het K.B. van 10 juni 1959; dat het aldus bekomen bloedstaal niet dienstig kan zijn om op wettelijke wijze het alcoholgehalte in het bloed te bepalen noch om aanduidingen te geven nopens de staat van dronkenschap van een persoon; dat het deskundig onderzoek op dit bloedstaal uitgevoerd dan ook nietig is en uit de debatten dient geweerd te worden; dat de veroordeling, die ten dele op dit deskundig onderzoek gebaseerd is, nietig dient verklaard te worden."

De staat van dronkenschap kan weliswaar uit andere elementen blijken, maar daar dit ten deze niet het geval is, spreekt het hof de beklaagde vrij.

(Voorzitter-rapporteur: de h. P. Weyens—Raadsheer: de hh. J. Lebeer en J. De Peuter—Advocaat-generaal: de h. L. Vervliet—Advocaten: mrs. Van Heupen loco De Vel, Van de

Castele loco Van Deur en Vanderhaeghen loco Van Damme—
In de zaak : Vervoort t/ Philippen).

NOOT—Tot bewijs van het tegendeel wordt in principe alleen de door de overheid aan de geneesheer overhandigde venule geacht te beantwoorden aan de reglementaire voorschriften, zodat bij gebreke van elementen die aantonen dat de gebruikte venule aan die voorschriften beantwoordde, de rechter wettelijk beslist, dat geen bewijskracht heeft de proef op bloed dat afgenomen werd door middel van een niet door de opvorderende overheid aan de geneesheer overhandigde venule (Cas., 10 mei 1965, *Pas.*, 1965, I, 952).

EUROPEES RECHT

Weekoverzicht van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
(Week van 7 - 11 juli 1975)

I. Arresten

Zaak 4/74
Rewe-Zentralfinanz en Landwirtschaftskammer Bonn

In Duitsland is ingevolge een decreet betreffende de fyto-sanitaire keuring een officiële keuring van bepaalde soorten geïmporteerde groenten en fruit bij grensoverschrijding verplicht.

In oktober 1973 weigerde de firma Rewe een partij uit Frankrijk afkomstige appels aan de fyto-sanitaire keuring te doen onderwerpen op grond dat een dergelijke keuring door het Verdrag is verboden als maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking. De Duitse douane gaf geen vergunning om de betrokken produkten in te voeren en de firma Rewe stelde tegen deze weigering beroep in. Het Verwaltungsgericht Keulen verwees de zaak naar het Hof van Justitie voor de volgende vragen: moet onder "kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking" in de zin van artikel 30 E.E.G.-Verdrag ook worden verstaan de verplichting om plantaardige produkten (in casu appels) bij invoer op kosten van de importeur te laten onderzoeken op bepaalde schadelijke organismen, wanneer de waar bij weigering van het fyto-sanitaire onderzoek niet voor invoer wordt toegelaten? Moet artikel 36, eerste zin, E.E.G.-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat een door het nationale recht voorgeschreven fyto-sanitair onderzoek aan de grens, bedoeld om het overbrengen van de San José-schildluis te voorkomen, ook na de vaststelling van de richtlijnen van de Raad van 8-12-1969 betreffende de bestrijding van de San José-schildluis (69/466/EEG; P.B. L 323 van 24-12-1969) nog "gerechtvaardigd" is in de zin van artikel 36, eerste zin, E.E.G.-Verdrag? Is de algemene fyto-sanitaire controle bij invoer van buitenlandse appels reeds dan "willekeurig discriminerend" in de zin van artikel 36, tweede zin, E.E.G.-Verdrag, wanneer een zelfde onderzoek niet verplicht is bij verzending binnenlands van in de Bondsrepubliek Duitsland geteelde appels? Het Hof verklaarde voor recht dat de verplichting tot een fyto-sanitair onderzoek voor uit een andere Lid-Staat afkomstige produkten een maatregel vormt van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen in de zin van artikel 30 van het Verdrag, die in deze bepaling worden verboden onder voorbehoud van uitzonderingen ex artikel 36 van het Verdrag. De strengere bepalingen die nodig zijn voor de bestrijding van de preventie van de San José-schildluis maken het de Lid-Staten mogelijk op ingevoerde produkten fyto-sanitaire keuringen toe te passen, indien doeltreffende maatregelen worden genomen tegen besmette nationale produkten en indien kan worden aangenomen dat bij ontbreken van keuringen bij de invoer gevaar bestaat voor verspreiding van het schadelijk organisme.

Zaak 21/75
Schroeder/Köln

Op een prejudicieel verzoek van het Verwaltungsgericht Keulen heeft het Hof eveneens arrest gewezen in een zaak betreffende de uitlegging van artikel 17 van verordening no. 121/67 (markt in varkensvlees) en van artikel 20 van verordening no. 805/68 (markt in rundvlees).

Zaak 20/15
D'Amica en Landesversicherungsanstalt Rheinland/Pfalz

Deze zaak gaat over de samenstelling van tijdvakken van arbeid en werkloosheid van een Italiaanse migrerende werknemer in verscheidene Lid-Staten, nl. Frankrijk, Duitsland en Italië, ter verkrijging van vervroegd pensioen. D'Amico, in 1907 in Italië geboren, werkte van 1932 tot 1940 in Italië, van 1941 tot 1943 in het Duitse Rijk, daarna wederom in Italië en van 1948 tot 1968 in Frankrijk. Sedert 1968 was hij in Frankrijk werkloos. In 1971, dus voordat hij 65 jaar geworden was, diende hij in Frankrijk een verzoek om vervroegd pensioen in. De Franse Caisse zond het verzoek door naar Duitsland teneinde Duitse uitkeringen te verkrijgen. Het Duitse organisme wees het verzoek om vervroegd pensioen af op grond dat een voorwaarde van de Duitse wet niet was vervuld, namelijk een ononderbroken periode van werkloosheid van meer dan een jaar (hieraan voldeed hij wel) maar met de verplichting woonachtig te zijn in Duitsland opdat de werknemer ter beschikking staat van het Duitse arbeidsbureau. Aan dit laatste voldeed verzoeker niet daar hij in Frankrijk woonachtig was. De door het Bundessozialgericht gestelde prejudiciële vraag beoogt in het kort uitlegging der voorschriften van het Gemeenschapsrecht voor de verwerving van het recht op uitkeringen, in verband met de nationale voorschriften van de Bondsrepubliek Duitsland. Na een onderzoek van de bepalingen en onder verwijzing naar de grondslag en de begrenzings van de communautaire regeling op sociaal gebied in de artikelen 48 tot en met 51 van het Verdrag tot waarborging van het vrije verkeer van werknemers, heeft het Hof voor recht verklaard, dat de betrokken communautaire bepalingen zich niet verzetten tegen een nationale regel waarin wordt geëist dat voor een vervroegd recht op pensioen de betrokkene sedert bepaalde tijd werkloos is en zich ter beschikking van het arbeidsbureau van de betreffende Lid-Staat houdt.

II. Conclusies

Zaken 89/74 en 18-19/75 Procureur général e.a. tegen Arnaud

Verzoek van de Cour d'Appel te Bordeaux om een prejudiciële beslissing inzake de uitlegging der verordeningen nos. 816/70, 817/70 en 1538/71 (wijnmarkt).

Advocaat-generaal: A. Trabucchi.

Gevoegde zaken 10-14/75 Producteurs de vin de table tegen La Haille e.a.

Verzoek van de Cour d'Appel te Aix en Provence om een prejudiciële beslissing inzake de uitlegging van bijlage II van verordening no. 816/70 (wijnmarkt).

Advocaat-generaal: H. Mayras.

Zaak 27/75
Bonaffini tegen I.N.P.S.

Verzoek van de Pretore te Enna om een prejudiciële be-

slissing inzake de uitlegging van de artikelen 69 en 71 van verordening no. 1408/71 van de Raad betreffende sociale zekerheidsregelingen.

Advocaat-generaal: J.-P. Warner.

III. Mondelinge behandeling

Zaak 32/75

Christini tegen Chemins de Fer Français

Verzoek van de Cour d'Appel te Parijs om een prejudiciële beslissing inzake de uitlegging van artikel 7 van 's Raads verordening (EEG) no. 1612/68 van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap (P.B. 1968, no. L 257, blz. 2).

Zomerreces van 15 juli tot 15 september.

BOEKBESPREKING

W. KUNKEL, *Kleine Schriften. Zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte.* Hermann Bohlaus Nachfolger, Weimar, 1974.

Het wetenschappelijk werk van Wolfgang Kunkel omvat het Romeinse recht en zijn invloed sinds de Receptie in een zelden geziene dimensie. Het zwaartepunt ligt evenwel op het Romeinse privaatrecht. Zijn leerboek over het Romeinse privaatrecht is reeds een klassieker onder de Romanisten geworden. Tijdens de laatste decennia ging het interesse van Wolfgang Kunkel hoofdzakelijk naar het Romeinse staatsrecht en de strafprocedure. Daarom scheen het zijn jongere collegae noodzakelijk de talrijke verspreide artikelen over deze onderwerpen te bundelen en samen uit te geven.

De in het eerste hoofdstuk samengebrachte artikelen leiden tot een nieuw inzicht van de Romeinse strafprocedure en haar evolutie. Zij vervullen de essentiële punten de uitslagen van de in 1962 verschenen "Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit", en betrekken de laat-republikeinse gezworenenhoven, het keizergerecht en het Senaatsgerecht van de Principaatstijd. Het principieel referaat over de "Prinzipien des römischen Strafverfahrens" geeft een overzicht over de belangrijkste thesen van de auteur.

Het tweede deel van het boek bestaat uit vóórstudien tot een "Uiteenzetting over de Romeinse Institutionele geschiedenis". Het bevat bijdragen over het Romeins koningschap, over het wets- en gewoonterecht tijdens de Republiek en over het wezen van het principaat van Augustus, verder kritische uiteenzettingen over de literatuur, vooral over de vroeg-romeinse geschiedenis en over de politieke en ideologische structuur van het Principaat. In het artikel "Consilium, Consistorium" wordt de ontwikkeling geschetst van een voor het Romeins leven belangrijke instelling vanaf de Republiek tot in de late tijd van het Dominaat.

L. Th. Maes

MEDEDELINGEN EN BERICHTEN

Herdenking Paul Scholten

Op 29 augustus 1975 vond in de aula van de Universiteit van Amsterdam een herdenkingsbijeenkomst plaats ter gelegenheid van de 100e geboortedag (26 augustus 1875) van Paul Scholten, waarbij door prof. mr. J. Wiarda, hoogleraar te Groningen, een rede werd uitgesproken.

Prof. Scholten (overleden op 1 mei 1946) heeft tijdens zijn professoraat aan de Universiteit van Amsterdam grote invloed uitgeoefend op het toenmalige rechtsleven. Zijn bewerkingen van verschillende delen van de Asser-serie, waaronder het Algemeen Deel, zijn talrijke artikelen en annotaties in de

Nederlandse Jurisprudentie (meer dan vijfhonderd) genoten groot gezag.

De redactie van het *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* (WPNR), waarvan Scholten van 1907 tot 1930 redacteur was, stelde ter gelegenheid van zijn 100e geboortedag een speciaal herdenkingsnummer (nr. 5314 - 30 augustus 1975) samen, dat ook afzonderlijk verkrijgbaar is bij de Koninklijke Broederschap te 's Gravenhage (prijs f. 20).

Uit de inhoud citeren wij:

Prof. mr. E.M. Meijers: Herdenking van Paul Scholten (overgenomen uit het Jaarboek 1947-'48 der Koninklijke Nederlandsche Akademie van Wetenschappen); prof. mr. G.J. Scholten: Vader en leermeester; mr. Y. Scholten: Herinneringen aan mijn vader; prof. mr. G.J. Scholten en mr. Y. Scholten: Inleiding tot en § 21 uit het niet voltooide werk van Paul Scholten; mr. M.C. Blokhuis-Scholten en mr. A.G. Lubbers: Uit PS in NJ; prof. mr. drs. J. Th. Degenkamp: Anders dan Scholten; mr. H. Drion: Scholten en Meijers: een tegenstelling?; mr. C.W. Dubbink: Scholten en het internationaal privaatrecht; prof. mr. R. Feenstra: Scholten en de rechtsgeschiedenis; prof. mr. W.C.L. van der Grinten: Scholten en het rechtspersonenrecht; prof. mr. I. Kisch: Paul Scholten en de rechtsvinding; ds. F.H. Landsman: Het recht van de Kerk; mr. G.E. Langemeijer: Paul Scholten en de rechtsfilosofie; prof. mr. A. Pilo: Het notariaat in beweging; prof. mr. J. de Ruiter: Paul Scholten en het personen- en familierecht; prof. mr. H.C.F. Schoordijk: Paul Scholten, Meijers en de (her)codificatiegedachte; prof. mr. J. Valkhoff: Ingebed privaatrecht; prof. mr. J. Wiarda: Scholten's onderwijsmethode; prof. mr. J. Wiarda: Scholten vóór Scholten.

De vijftigste verjaardag van het Nederlands Juristenblad (N.J.B.)

Op 21 november 1925 verscheen de eerste aflevering van het Nederlands Juristenblad.

Redactie en uitgever willen deze vijftigste verjaardag vieren met de abonnees in een bijeenkomst in het Haagse Congresgebouw op vrijdag 28 november te 14 uur.

Na een inleiding door de ere-voorzitter, mr. G.E. Langemeijer, zal de redactie zich als forum opstellen om met de lezers te discussiëren over de plaats en functie van het NJB in de huidige samenleving.

Ook zal die middag de prijs worden uitgereikt aan de eventuele winnaar van de prijsvraag voor jonge juristen, die in het nummer van het NJB van 14 juni 1975 (75/29, p. 752) door de redactie werd aangekondigd. Aan de schrijver — geboren na 1 januari 1940 — van het beste hoofdartikel, dat niet langer is dan 10 bladzijden, zal een prijs van f. 1.000 worden toegekend. Het zal in het NJB worden opgenomen. De keuze van het onderwerp wordt vrij gelaten; wel wordt verwacht dat het onderwerp actueel is.

Nederlandse Juristenvereniging 1976

De 102e algemene vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging zal worden gehouden op vrijdag 18 en zaterdag 19 juni 1976 te Leeuwarden.

Op deze vergadering zullen de onderwerpen: "Dienen er wettelijke regelingen getroffen te worden — en zo ja, welke — met betrekking tot het behartigen van groeps- of algemene belangen door groepen van personen in civiel- en administratiefrechtelijke procedures?" en "Zijn er wettelijke regels van preventieve en/of repressieve aard nodig met betrekking tot in groter verband gepleegde strafbare feiten?" worden behandeld.

De aftredende voorzitter prof. mr. W. Duk wordt opgevolgd door mr. C.H.F. Polak.

Repertorium Bibliographicum

Al de wijzigingen en nieuwe publicaties op het gebied van de rechtshistorische verenigingen en centra bevinden zich in het *Supplementum 1969-1974, Repertorium bibliographicum* (E.J. Brill, Leiden, 1975 - 38 fl.). Hij die wil op de hoogte zijn van wat de rechtshistoricus dient te weten over wat er in het buitenland geschiedt, dient dit *Supplementum* te raadplegen.

L. Th. M.