

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 (slot)

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

Maar onder voorwendsel van evolutie mogen vanzelfsprekend de rechtsregels niet van hun aard afgewend of miskend worden.

De jurisprudentie heeft destijds terecht het begrip "echtelijke woning" in verband met het misdrijf van onderhoud van bijzit aangepast om, in de mate van het mogelijke, rekening te houden met de gelijkheid tussen man en vrouw, waartoe de sociale evolutie leidde. De jurisprudentie heeft nooit gepoogd het begrip "onderhoud van bijzit" te vervangen door "overspel" en de medeplichtige van de vrouw als niet strafbaar te beschouwen omdat de bijzit van de gehuwde man niet strafbaar was. Een beslissing van de wetgever was daartoe noodzakelijk¹⁶³. De jurisprudentie heeft, uitgaande van een bepaalde sociale en economische evolutie, beslist dat inzake hinder een compensatie diende betaald te worden. Maar zij kon de civielrechtelijke aansprakelijkheid niet baseren b.v. op het risico en het schuldbegrip dientengevolge doen verdwijnen. Een z.g. "evolutie" zet thans sommige personen ertoe aan hun sekse te wijzigen; de rechterlijke macht is nochtans, zo overwoog op 13 december 1973 de Hoge Raad der Nederlanden, zonder macht om in strijd met de wet een met die wijziging overeenstemmende verbetering in de registers van de burgerlijke stand te bevelen¹⁶⁴.

De hoven en rechtbanken zijn trouw aan de opdracht die de Natie hun — via de Grondwet — toevertrouwd heeft, wanneer zij beslissen dat een bepaalde wet of gewoonte niet hoeft toegepast

te worden ofwel omdat b.v. een andere wet of andere regels, voortvloeiende uit één of meer wetsbepalingen, of nog een algemeen rechtsbeginsel¹⁶⁵, de toestand regelen¹⁶⁶ ofwel omdat de "wet" (verordening... ministerieel of koninklijk besluit, decreet, wet) waarvan zij de toepassing uitsluiten, strijdig is met een hogere rechtsnorm of een norm die moet prevaleren.

Overigens moeten de magistraten rekening houden met de grote diversiteit der feitelijke toestanden, die, noodzakelijk, "evolueren" — sociale, economische, administratieve, ja zelfs technische — wanneer zij juridische begrippen hanteren zoals b.v. "band van ondergeschiktheid" inzake arbeidsovereenkomsten, "wettige reden" die een rol speelt o.a. zowel in het sociaal recht (b.v. inzake arbeidsongevallen op de weg van en naar het werk) als in het familierecht (keuze van de echtelijke verblijfplaats — art. 213 van het Burgerlijk Wetboek), het "beheer" van de gemeenschap door de man (art. 1421 van het Burgerlijk Wetboek)¹⁶⁷, het schuldbegrip (art. 1382 van het Burgerlijk Wetboek) of de "on-

¹⁶⁵ Voorbeeld : artikel 757 van het Gerechtelijk Wetboek dat bepaalt dat "... de vonnissen openbaar zijn", wordt in tuchtzaken, ingevolge een andersluidend rechtsbeginsel, niet toegepast (Cass., 22 september 1972, Arr. Cass., 1973, 89, en Bull. en Pas., 1973, I, 82).

¹⁶⁶ Het komt me, natuurlijk, overbodig voor gevallen te vermelden waarin een wetsbepaling niet wordt toegepast omdat een overeenkomst of een gewoonte van die bepaling, die slechts "aanvullend" of "aanwijzend" is, is afgeweken ofwel omdat de toepassing ervan niet wordt voorgeschreven op straffe van nietigheid...

¹⁶⁷ Raadpl. dienaangaande G. BAETEMAN, "De bekwaamheid en de bevoegdheid van de gehuwden" in Gezinsrecht, op. cit. en T.P.R., 1975, 105-115.

¹⁶³ Zie de Wet van 28 oktober 1974.

¹⁶⁴ Hoge Raad, 13 december 1973, N.J., 1975, nr. 130.

rechtmatigheid" (art. 1401 van het Burgerlijk Wetboek van Nederland) die aanleiding geeft tot "afweging, door de rechter, van de betrokken belangen", "het in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur", een begrip van het Nederlands recht¹⁶⁸, somtijds door de Belgische Raad van State toegepast¹⁶⁹, de "schade" in de zin zowel van artikel 1382 als van de artikelen 1146 en volgende van het Burgerlijk Wetboek, in het Europees recht "heffing of maatregel van gelijke werking", als b.v. een douanerecht (artikelen 9 en 13 E.E.G.-Verdrag).

Het Hof heeft op 27 juni 1974 beslist¹⁷⁰, dat, om de werkelijk geleden schade te herstellen, de rechter rekening mag houden met de economische waarde van de munt op het ogenblik van de beslissing, zoals het op 27 februari¹⁷¹ en 21 maart 1975¹⁷² ook aangenomen heeft, dat het bedrag van de uitkering tot levensonderhoud waarin artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek voorziet, door een indexering mag aangepast worden.

Het is, meen ik, in deze gedachtengang van bijzondere interesse hier op te merken dat het Hof, de grenzen van de machten der rechters bepalende, op 10 februari 1975 beslist heeft dat de wetgever en niet de rechter evengenoemd artikel 301 kan wijzigen door te beslissen dat de uitkering een einde neemt wanneer de inkomsten van de schuldenaar dit noodzakelijk maakt^{173 174}. Deze beslissing

werd door de Wet van 9 juli 1975 genomen¹⁷⁵.

Ook is het niet alleen interessant, maar van wezenlijk belang, als men de opdracht van de hoven en rechtbanken nader poogt te omschrijven, acht te slaan op de zeer talrijke arresten en vonnissen, uitgesproken in aangelegenheden waarvoor de wetten maar weinig of zelfs helemaal geen nauwkeurige of volledige regels bieden. Ik denk hierbij inzonderheid aan de zowel ten onzent als elders bijzonder belangrijke jurisprudentie, met betrekking vooral tot de rechten der persoonlijkheid, de eerbiediging van het privé-leven, de auteursrechten...

Gelijk voorzitter *Rutsaert* schreef in een opmerkelijke studie over de eerbiediging van de privé levenssfeer, verschenen in het *Journal des Tribunaux* van 15 september 1973: het zou verkeerd zijn te menen dat de werking der rechtbanken beperkt is tot een louter passief en stijf interpreteren van de wet, zonder de geringste creativiteit. Er rijzen nieuwe problemen waaraan de wetgever niet heeft kunnen denken en waarop de rechtbanken niettemin, binnen de grenzen der hun verleende bevoegdheden, de plicht hebben te antwoorden¹⁷⁶.

De moderne techniek verschaft middelen om in de eigen levenssfeer der individuen binnen te dringen of om ook anderszins de persoonlijkheid te schaden, evengoed als zij de mogelijkheid schenkt om aan de gedachte, het scheppend, wetenschappelijk of artistiek werk een verspreiding te geven die een van de rijkdommen onzer huidige beschaving is.

De rechtbanken mochten er zich gewis niet toe beperken wetsteksten toe te passen. Zij hebben — zodoende een jurisprudentie uitbouwend — de geschillen op een zo gecoördineerde en harmonieuze manier mogelijk opgelost, daarbij lettend op bedoelde technische vindingen, op de gevaren en weldaden die deze mogelijk opleveren en onder ontdekking van de normen welke dienen toegepast te worden in de uit internationale verdragen en talrijke wetten voortvloeiende beginselen. Zeker is dit een rijke, moeilijke en complexe taak, maar die vanzelfsprekend niet willekeurig of "vrij" is, nu zij op de gegevens van ons positief recht rust. Uiteraard is zij tevens onvolledig. Zoals verscheidene nationale wetgevers en, bij ons, de indieners van

de burgerlijke aansprakelijkheid van de commissie fundeert o.a. op de overweging dat een verordening ingetrokken werd toen "een beslissend algemeen belang" niet aanwezig was.

¹⁷⁵ *Staatsblad*, 23 juli 1975.

¹⁷⁶ "Ce serait une erreur de croire l'action des tribunaux limitée à une interprétation purement passive et figée de la loi dépourvue de toute créativité. Des problèmes nouveaux surgissent auxquels n'a pu penser le législateur et auxquels les tribunaux n'en ont pas moins, dans les limites des pouvoirs qui leur sont reconnus, le devoir de répondre" ("Le système jurisprudentiel du droit au respect de la vie privée", *J.T.*, 1973, 489).

¹⁶⁸ Zie de Wetten van 16 september 1954 — administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie — en 20 juni 1963 houdende voorziening bij de Kroon tegen administratieve beschikkingen (Wet beroep administratieve beschikkingen).

G.J. WIARDA, "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Nederlands recht", *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en Publiek recht*, 1970, 368, Jubileumnummer.

¹⁶⁹ Raad van State, 22 december 1971, *R.W.*, 1972-73, 310, en 17 april 1974, *ib.*, 1974-75, 308.

Raadpl. L.P. SUETENS, "Algemene rechtsbeginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht", *T.B.P.*, 1970, 379-396.

¹⁷⁰ Cass., 27 juni 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1222, en *Bull. en Pas.*, 1974, I, 1128.

Zie ook Cass. fr., 6 november 1974, *R.G.A.R.* 1975, nr. 9417.

¹⁷¹ Cass., 27 februari 1975, *J.T.*, 1975, 396, *R.W.*, 1974-75, 2521.

¹⁷² Cass., 21 maart 1975, *R.W.*, 1974-75, 2523.

¹⁷³ Cass., 10 februari 1975, *R.W.*, 1974-75, 2131.

¹⁷⁴ Nog andere veelomvattende juridische begrippen zouden kunnen of dienen vermeld te worden. Een bijzondere studie zou kunnen worden gewijd aan het begrip "algemeen belang". Principeel rust het op de wetgevende of de administratieve overheid zich daarover uit te spreken. Maar het lijkt dat soms ook de rechters ingevolge bestaande rechtsregels verplicht worden zich daarover uit te spreken. Raadpl. a) M. DUMONT, "Le Conseil d'Etat, juge de l'intérêt général", in *Le fait et le droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, 1961, p. 191 e.v.; b) Conseil d'Etat de France, 18 juli 1973, *D.* 1975, 49, en 24 januari 1975, *Revue de droit public et de science politique*, 1975, 286. Zie ook het K.B. van 7 november 1973, *Staatsblad*, 9 november 1973.

Raadpl. ook het arrest van 14 mei 1975, zaak 74/74, van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen dat

wetsontwerpen en -voorstellen reeds hebben ingezien, moet de wet de leemten van het positief recht aanvullen, wat de jurisprudentie institutioneel niet zelf zou kunnen doen, o.m. omdat "creaties" en "opties" noodzakelijk zijn. De advocaat-generaal *Velu* schreef onlangs, dat het tijd is dat de wetgever deze taak ter hand neemt¹⁷⁷.

Somtijds wordt door rechtsregels of ingevolge rechtsregels een nog ruimere, moeilijker of alleszins kiesere beoordelingsmacht aan de magistraten toegekend. Ik haal drie reeksen gevallen aan.

Ten eerste de noodzakelijkheid te beslissen, ingevolge o.a. de artikelen 10 en 11 van het Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens, of formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties i.v.m. de rechten van vrije meningsuiting en van vereniging, "noodzakelijke maatregelen" zijn in een "democratische gemeenschap" ... o.a. ter handhaving van de openbare orde of van de openbare gezondheid¹⁷⁸. Uiteraard wordt aldus aan de magistraten niet opgedragen de opportuniteit van de genomen "maatregelen" te beoordelen, maar wel of de bevoegde overheid heeft kunnen beslissen, zonder bedoelde begrippen ("democratische gemeenschap", "openbare orde", "openbare gezondheid") te schenden, dat deze maatregelen vereist waren. Het geldt hier louter een marginaal toetsingsrecht.

Ten tweede, de gevallen waarin de grondwetgever of de wetgever zich ertoe beperkt normen die zeer vaag en louter "richtlijnen" zijn uit te vaardigen. Te vermelden is het Franse recht, dat tot op het ogenblik van de inwerkingtreding van de Wet van 31 juli 1963 geen andere rechtsregel, betreffende het stakingsrecht van de ambtenaren, bevatte dan een vage norm uit de préambule van de Grondwet^{179 180}. Gewezen moge ook worden op de vage aanduidingen van de fundamentele wet van de Duitse Bondsrepubliek, waarop de rechters dienden te steunen, inzake huwelijksvermogenstelsels, totdat de Wet van 18 juni 1958 van kracht werd ... en op hetgeen het Franse Hof van Cassatie "le vide législatif" heet^{181 182}.

177 " ... il est temps que le législateur s'applique à cette tâche" (*Le droit au respect de la vie privée*, Presses universitaires de Namur, p. 119).

178 Raadpl. Cass., 3 mei en 25 juni 1974, Arr. Cass., 1974, 967 en 1196, Bull. en Pas., 1974, I, 910 en 1114, R.W., 1974-75, 77 en 108; Cass., 6 september 1974, Arr. Cass., 1975, 21, Bull. en Pas., 1975, I, 15, R.W., 1974-75, 692.

179 Franse Conseil d'Etat, 7 juli 1950, *Revue du droit public et de la science politique*, 1950, 210 e.v.

180 De rechter mag niet door een extensieve interpretatie van zijn bevoegdheid "op de stoel van het Bestuur gaan zitten", een in de Nederlandse rechtsliteratuur graag gebezigde beeldspraak (J. VAN DER HOEVEN, *Themis*, 1974, 659 e.v.).

181 *Rapport de la Cour de cassation de France — année 1971-1972*, La Documentation française, pp. 19 en 24. "Vide juridique et réglementaire (...) notions légales devant être

Ten derde: de gevallen waarin de wetgever de rechter gelast "naar billijkheid uitspraak te doen", hetgeen meestal maar niet steeds in de Belgische wetten¹⁸³ betekent dat hij de eigen toestanden en omstandigheden der betrokken partijen in zijn oordeel moet betrekken¹⁸⁴.

Het ontwerp van nieuw Burgerlijk Wetboek voor Nederland (zesde boek) bevat een groot aantal bepalingen waarin aan de rechter de opdracht wordt gegeven te beslissen op grond van "redelijkheid en billijkheid"¹⁸⁵. "Het verbintenissenrecht", schrijft president *Wiarda*, "is uit zijn aard het meest dynamische deel van het burgerlijk recht en regelt een rechtsstof die voor een wetgever bijzonder moeilijk valt te overzien"¹⁸⁶.

Nochtans, "de wetgever (dient) de normen die hij stelt, waar mogelijk, te concretiseren en tot vage normstellingen niet te spoedig zijn toevlucht te nemen"¹⁸⁷.

Gewis wegens, enerzijds, de steeds toenemende complexiteit van het sociaal leven en, anderzijds, het — naar het schijnt — onstuitbaar doordringen

précisées par la loi ou le décret et ne l'étant pas (...) la pensée du législateur est indiscernable". En het verslag citeert "le problème des tickets modérateurs en matière sociale" — vier arresten van 18 november 1971 en 13 januari 1972. Niet-tegenstaande dit "vide législatif" steunde het Hof van Cassatie natuurlijk op rechtsregels i.h.b. algemene rechtsbeginselen van het sociaal recht.

182 Een auteur schrijft ook, dat de Zwitserse Federale Rechtbank i.v.m. de grondwettelijke regel dat "(un citoyen) ne peut être imposé à double", "fit acte de législateur et créa du néant petit à petit, les principes de rattachement fiscal" (E. WOLF, "Les lacunes du droit et leur solution en droit suisse", in *Le problème des lacunes en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, p. 115 e.v.). Maar: 1° de rechtbank diende een grondwettelijk beginsel te preciseren: zij behoefde derhalve niet rechtsregels ex nihilo te scheppen; 2° een uitdrukkelijke opdracht was door een rechtsregel aan de rechtbank verleend.

183 Zie de gevallen opgesomd in F. DUMON, "Billijkheid en recht", R.W., 1957-58, 1477 e.v.

Zie ook artikel 3 van de Wet van 30 mei 1961 houdende bepaalde uitzonderlijke maatregelen inzake uitstel en schorsing wegens de sociale woelinge in België, artikel 3 van de Wet van 31 mei 1961 houdende bepaalde uitzonderlijke maatregelen inzake uitstel en schorsing wegens de gebeurtenissen in Kongo en artikel 2, § 2, van de Wet van 10 april 1975 betreffende de huurprijzen van woningen.

Raadpl. ook J. RENAULD, "L'équité en droit belge", in *Rapports belges au VIII^e Congrès international de droit comparé*, — août-septembre 1970, Centre interuniversitaire de droit comparé, pp. 61-113.

184 Art. 4 van het Zwitsers Burgerlijk Wetboek bepaalt: "Le juge applique les règles de droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte des circonstances ou de justes motifs".

185 Zo b.v. "wordt aan de rechter bij intreden van onvoorziene omstandigheden bevoegdheid gegeven de overeenkomst te wijzigen of geheel of gedeeltelijk te ontbinden ... wanneer de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde ... overeenkomst niet mag verwachten" (G.J. WIARDA, *Drie typen van rechtsvinding*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1972, p. 34).

186 G.J. WARDA, *op. cit.*, p. 29.

187 G.J. WIARDA, *op. cit.*, p. 51 e.v. Zie ook de voordracht gehouden te Brussel door dezelfde hoge magistraat, R.W. 1973-1974, 218 e.v., i.h.b. 221.

van de staatkundige ordening op alle gebieden van het leven, kan men begrijpen dat de wetgeving af en toe noodgedwongen louter met aanduidingen moet volstaan, rekenende op de medewerking van de rechter. Maar de gelijkheid van behandeling en de rechtszekerheid kunnen aldus in het gedrang geraken. Professor *Enschedé* wees onlangs op de moeilijkheden en de gevaren van wettelijke "inhoudarme delictsomschrijvingen" waarmee "een stuk strafwetgeving naar de strafrechter (wordt) verplaatst"¹⁸⁸.

Een commissaris van de regering verklaarde voor de Franse Conseil d'Etat: "Lorsque dans un Etat l'autorité constituante est volontairement équivoque, l'autorité législative systématiquement défailante, l'autorité gouvernementale perpétuellement hésitante, ce n'est pas le juge à lui seul qui peut redresser la situation"¹⁸⁹.

Ziedaar gevallen waarin de *rechtsregels* aan de magistraten ruime machten *toekennen*. Maar dezen maken zich waarlijk schuldig aan machtoverschrijding wanneer zij, ofwel wegens een beweerde evolutie ofwel wegens hun eigen zienswijze, zelfs zo zij menen de opvatting van een gedeelte, ja zelfs van de meerderheid der openbare opinie te mogen vertolken, de toepassing van de bestaande rechtsregels verwerpen of ze zodanig interpreteren dat zij ze van hun aard afwenden en zodoende schenden. (In buitengewone situaties optredende uitzonderlijke omstandigheden of gevallen laat ik hier buiten beschouwing)¹⁹⁰.

De magistraten, zowel in België, Frankrijk, Nederland¹⁹¹ als in Groot-Brittannië¹⁹² zijn zich bewust van de perken die bij de interpretatie, rechts-

vinding, rechtsverfijning, rechtscoördinering aan de rechters institutioneel zijn gesteld en zij zien gemakkelijk, wanneer zij hun bevoegdheden en opdrachten kennen, de grenslijnen welke zij niet mogen overschrijden. Herhaaldelijk werd dit in conclusies van de procureurs-generaal of in arresten duidelijk gemaakt¹⁹³.

Het ligt voor de hand, dat de jurisprudentie op grond van het algemeen rechtsprincipe "rechtsmisbruik" bepaalde eisen van een eigenaar kan afwijzen maar dat zij niet kan weigeren toepassing te maken van artikel 11 van de Grondwet inzake ont-eigening te algemenen nutte of van de regel betreffende de gelijkheid voor de wet. De rechter kon niet weigeren, bij ontstentenis van een bijzondere wetsbepaling, toepassing te maken van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek inzake arbeidsongevallen en de forfaitaire schadeloosstelling in te voeren en later uit te breiden tot de ongevallen op de weg naar of van het werk¹⁹⁴.

Hij kan gewis niet weigeren toepassing te maken van de belastingwetten omdat zijn billijkheidsgevoel hem dit zou voorschrijven ofwel omdat hij meent op economisch en fiscaal gebied andere opvattingen te mogen hebben. Voorzeker zijn, zoals *Savatier* met brio geschreven heeft, de rijkdommen en de verhoudingen tussen kapitaal, onderneming en arbeid, niet meer dezelfde als enkele jaren geleden¹⁹⁵. De rechter had nochtans niet, zonder het optreden van de wetgever, toepassing van zekere vigerende wetsbepalingen achterwege kunnen laten om principes in toepassing te brengen die thans door de wetgeving inzake handelshuur en pacht-overeenkomsten en ook ondernemingsraden gehuldigd worden...

De verjaring is een instituut dat rechtszekerheid en voorspelbaarheid ten doel heeft. De rechter mag i.h.b. in burgerlijke en administratieve zaken, de rechtsregels die de verjaring invoeren niet misken-

¹⁸⁸ CH. J. ENSCHEDÉ, "De grenzen van de functie van de strafrechter", *Themis*, bijzonder nummer, 1974, 612.

¹⁸⁹ Conclusie vóór arrest van 7 juli 1950, R.D.P., 1950, 691, geciteerd door D. LOSCHAK, *op. cit.*, p. 90, voetnoot 32.

¹⁹⁰ Prof. J.C.M. LEYTEN noemt o.a. de volgende gevallen: "g. de beslissing in strijd met de wet moet, na globale uiteenzetting van de situatie, voor de niet bij de beslissing betrokken gewone man (the reasonable man) zo vanzelfsprekend zijn, dat hij een beslissing secundum legem als onbegrijpelijk, hoogst onredelijk of absurd zou afwijzen. h. de wetgevende instanties moeten het geval in zijn bijzondere aspecten niet duidelijk onder ogen hebben gezien" (*Themis*, bijzonder nummer, 1974, 730).

In landen waar de instellingen niet democratisch zijn, doet de toestand zich heel anders voor. Het kan voor de rechter een gewetensplicht zijn toepassing van bepaalde wetten te weigeren.

¹⁹¹ Raadpl. Hoge Raad der Nederlanden, 9 november 1973, N.J., 1974, nr. 199, geciteerd door prof. LEYTEN in *Themis*, bijzonder nummer, 1974, 724.

¹⁹² Arrest van het House of Lords (1965) A.C. — 1175 — 1231 — 1233. "Judges may decide cases according to established rules. Judges may point out to Parliament those aspects in which those rules are unsatisfactory. Judges should not, themselves, take steps to change the law through judicial interpretation" (FRED. L. MORRISON, *Courts and the Political Process in England*, Sage publication, Vol. III, Sage Series on Politics and the Legal Order, pp. 151-152).

¹⁹³ Raadpl. o.m. de conclusies van de procureur-generaal L. CORNIL, toen advocaat-generaal, vóór de arresten van 16 en 30 april 1934, B.J., 1934, i.h.b. kol. 402 e.v.; de conclusie van de procureur L. CORNIL vóór Cass., 16 november 1944, *Bull. en Pas.*, 1945, I, 34; Cass., 16 mei 1952, *Bull. en Pas.*, 1952, I, 589, en de conclusie van de procureur-generaal R. HAYOIT DE TERMICOURT; Cass., 16 februari 1955, *ib.*, 1955, I, 647, en de conclusie van de procureur-generaal R. HAYOIT DE TERMICOURT in J.T., 1955, 249; de conclusie van de procureur-generaal R. HAYOIT DE TERMICOURT vóór Cass., 30 oktober 1947, *Bull. en Pas.*, 1947, I, 447, i.h.b. p. 452, en vóór Cass., 18 november 1960, *ib.*, 1961, I, 299, i.h.b. p. 302. DE PAGE heeft in zijn *De l'interprétation des lois* merkwaaardige — misschien ietwat ingewikkelde — pogingen gedaan om de grenslijn tussen de machten van de wetgever en die van de rechter te bepalen (zie de recensie in J.T., 1925, 606-608).

¹⁹⁴ Betreffende de toestand in Frankrijk, raadpleeg *Encyclopédie Dalloz, Droit social*, I - A - F, *Accidents du travail*, nrs. 923 e.v.

¹⁹⁵ R. SAVATIER, "Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation", in *Le problème des lacunes en droit*, Centre national de recherches de logique, p. 527 e.v.

nen. Omgekeerd mag hij niet beslissen dat een verjaring bestaat wanneer dit uit geen enkele rechtsregel afgeleid kan worden¹⁹⁶. Voorrechten werden door de wetten (artikelen 12 en volgende van de Wet van 16 december 1851) ingesteld, nadat een onderzoek was gedaan naar welbepaalde sociale en economische toestanden. De rechter die deze wetsbepalingen niet naleeft, verdraait en schaadt, zonder zich rekenschap ervan te geven, de sociale en economische betrekkingen waarop de wetgever acht had geslagen.

Zonder dat zij willen inzien, dat de verantwoordelijkheid en de opdracht regels aan de gemeenschap voor te schrijven en rechten en plichten in het leven te roepen uiteraard aan de rechter niet ten deel vallen, om redenen opgelegd én door onze instellingen én door het feit dat de magistraten daarvoor noch bevoegd noch ingelicht zijn en ook zonder dat zij oog hebben voor de veelvuldigheid van de formele bronnen van het recht en de complexe en genuanceerde taak van de rechtscollages in het hanteren ervan, schrijven of zeggen sommigen dat de rechter ten opzichte van de wetten over een volledige vrijheid beschikt, dat hij de "waarden" die in botsing komen in de hem voorgelegde geschillen vrijelijk beoordeelt en op grond daarvan de gepaste regel schept of uitkiest en toepast.

Voor de theorieën der vrije rechtsvinding¹⁹⁷ of de Freirechtslehre¹⁹⁸ wordt alles overgelaten aan het subjectieve inzicht van de rechter, geschillen hoeven niet meer op grond van algemene normen beslecht te worden en voor de Nederlandse socioloog *ter Heide* is uitsluitend de vraag aan de orde, hoe in een bepaalde situatie de oplossing kan worden gevonden die het best aansluit bij de behoeften van de samenleving en bij de verwachtingen die onder de rechtsgenoten leven ten aanzien van het door "spelregels" beheerste "maatschappelijke spel". Het recht wordt slechts in en voor het concrete geval gevormd, de wet is voor de rechter geen abstracte en bindende norm ... maar een oriëntatiemiddel waardoor zijn planmatige ingreep in het maatschappelijk speelveld mogelijk wordt¹⁹⁹. Dezelfde auteur schrijft elders: "De analyse van het beslissingsproces leert dat beslissen niet het resultaat is van toepassing van regels op voorhanden feiten

maar dat de feiten worden "gemaakt" en de regels worden "gekozen". De rechter is geen "automaat" maar een "rechtsvormer"²⁰⁰. Een Nederlands jurist, prof. *Leyten*, heeft onlangs aan de hand van kenschetsende voorbeelden aangetoond dat "de wet (dan) geen eigen betekenis heeft want deze hangt af van en valt samen met die welke een redelijke oplossing eist ... (volgens) ... Essers zienswijze: geeft de wet, hoe ruim ook opgevat, maar een onbevredigende oplossing (maar volgens welk criterium? F.D.) voor het conflict, dan moet een oplossing gevonden worden volgens de (voorlopige) regels die de 'Lebensordnung' vereist..."²⁰¹.

Andere auteurs, zoals *S. Belaid*²⁰², geven aan de lezers, door de titel van hun werk of door sommige van hun overwegingen, de indruk dat een echte normatieve vrijheid aan de rechters toebehoort en zelfs dat zij daarvan voorstander zijn. Een grondige en volledige raadpleging van hun werken toont nochtans aan dat zij normatieve en jurisdictionele functies niet met elkaar verwarren.

Na overwogen te hebben dat "à l'occasion de chaque litige (...) le juge prend en considération la nature propre et le contexte juridique et social dans lequel ce litige est né, et dégage la solution appropriée et valable pour ce litige et pour cette époque", stelt *S. Belaid* geheel terecht vast dat, zo "le juge doit être libre dans la recherche des normes et rester maître de son choix; ne doit-on pas craindre (...) que le juge (s'écarte du droit) et (suive) son bon plaisir et ses penchants personnels? (...) Dès lors, il ne peut pour remplir correctement sa mission porter atteinte à ces principes de base (sur lesquels l'ensemble de l'édifice social est fondé) (...) aux principes généraux de l'organisation juridique de l'Etat".

Prof. mr. *M. J.P. Verburgh* deelde onlangs mee²⁰³ dat de preadviseurs van een colloquium van de Nederlandse juristen dat op 20 en 21 juni 1975 plaats had de volgende onderwerpen — die nauw verband houden met de verreikende verwarringen die ik poog recht te zetten — behandelen:

- a) Is de rechter (ook) een therapeut of (alleen) rechtsbeschermer?
- b) In hoeverre mag (de rechter) zijn eigen inzicht stellen boven wettelijke regels?
- c) Mag de rechter, in de gevallen dat hij van

¹⁹⁶ Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen besliste op 14 juli 1972 (zaak 48/69), dat er geen verjaringstermijn bestond inzake concurrentie (artt. 85 en 86 E.E.G.). Daartoe was een "wet" nodig. De verordening van 26 november 1974 (*Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 29 november 1974) van de Raad van Ministers heeft een verjaring ingevoerd.

¹⁹⁷ Geciteerd door G.J. WIARDA, *op. cit.*, p. 25.

¹⁹⁸ Raadpl. P. ZONDERLAND, *Methode van het privaatrecht*, p. 155, voetnoot 194.

¹⁹⁹ J. TER HEIDE, Preadvies voor de Ver. van wijsbegeerte des rechts 1965; zie ook *Ars Aequi*, 1967, 3, geciteerd door G.J. WIARDA, *op. cit.*, p. 26.

²⁰⁰ J. TER HEIDE, "Enige opmerkingen over het juridisch onderwijs en de rechtspraak als sociale functie. Namelijk de productie van bindende beslissingen in de samenleving van mensen", gestencilde tekst van een preadvies rondgedeeld aan de leden van een colloquium dat plaats had te Gent op 9 en 10 november 1972. Een omstandiger tekst werd gepubliceerd in *T.P.R.*, 1973, 323 e.v.

²⁰¹ Prof. J.C.M. LEYTEN, "Wie komt daar uit zijn hokje? Over civiele rechtspraak en haar grenzen", *Themis*, bijzonder nummer, 1974, 707-708.

²⁰² S. BELAID, *op. cit.*, pp. 275-276.

²⁰³ "De rechterlijke Macht ter discussie". *N.J.B.*, 1975, 741 e.v.

de wettelijke regels mag afwijken en ook in de gevallen dat er geen wettelijke regels voor het geval in kwestie bestaan ... achter-, vóór- of gelijklopen t.o.v. de opvattingen van de meerderheid van het Nederlandse volk?

d) Is de rechter vrij ... om zelfs tegen de wet in uitspraak te doen in politieke conflicten, d.w.z. "conflicten over waarden en overtuigingen die in de samenleving (fel) omstreden zijn"?

Onlangs werd in een studie verschenen in het *Rechtskundig Weekblad*²⁰⁴ verweten aan de rechter "zich nog onvoldoende zijn rechtscheppende taak bewust" te zijn en i.h.b. aan het Hof van Cassatie in zijn arresten van 16 februari 1955²⁰⁵ en 2 mei 1969²⁰⁶ niet in de plaats te zijn getreden van de wetgever en derhalve niet zelf de beslissingen te hebben genomen die zijn neergelegd, enerzijds in de Wet van 27 juni 1960 op de toelaatbaarheid van de echtscheiding wanneer ten minste één van de echtgenoten een vreemdeling is, en anderzijds in de Wet van 21 november 1969 tot wijziging van de wetgeving betreffende de arbeidsovereenkomsten.

Wanneer men wil aantonen dat een rechter een wet geschonden heeft of ze niet heeft willen toepassen beroept men zich dikwijls op het vage, subjectieve begrip "billijkheid" of hierop dat de wet in onbruik geraakt is²⁰⁷.

In een zeer verdienstelijk boek²⁰⁸ dat echter, naar mijn bescheiden mening, enige gevaarlijke passages inhoudt daar zij aanleiding kunnen geven tot verwarring tussen de taken van de wetgever en die van de rechters, schrijft de auteur van de merkwaardige verhandeling *Beginnselen van Belgisch privaatrecht - Algemeen deel*: "De jurist (welke jurist? F.D.) mag zich in zijn opties door de regel, door de wet niet onwrikbaar laten vastzetten maar moet er integendeel afstand, kritische onafhankelijkheid tegenover bewaren" ... "De keuze nu van een bepaalde regel liever dan een andere als *richtsnoer* voor het geval is evenmin het resultaat van een noodzakelijkheidsoordeel". Verder schrijft hij dat talrijke geschillen de juristen brengen tot het beoordelen van de betrokken belangen en waarden, hetgeen de keuze van een regel zal aanwijzen²⁰⁹. Ik ben ervan

overtuigd dat hier duidelijk verwarring is begaan tussen de opdracht van de wetgever en die van de magistraten. Het afwegen van de betrokken belangen kan voor de beslissing van de rechter een rol spelen in het hanteren van welbepaalde — o.a. veelomvattende — juridische begrippen of wanneer de rechter uitdrukkelijk van de wet de opdracht ontvangen heeft "naar billijkheid uitspraak te doen". Maar daarvan een algemene gedragsregel voor de rechter te willen maken is de jurisdictionele functie van haar aard afwenden. In zijn naschrift overweegt evenbedoelde schrijver: "(Ik) heb er de nadruk op gelegd dat elke jurist, ook de rechter (soms onbewust) een beleid voert in de zin dat hij, wanneer hij recht bedrijft, een *keuze* doet tussen alternatieve waarden (...). (Hij) moet zich zoveel mogelijk laten leiden door een in de samenleving bestaande waardenconsensus". De schrijver concludeert met een zekere voorzichtigheid dat "(een) waarschuwing niet ongepast (is) (...) dat met dit alles nog niet de wenselijkheid vaststaat van de aan de gang zijnde evolutie die, zo wordt algemeen aangenomen, een verschuiving te zien geeft van de normerende bevoegdheid van de wetgever naar de rechter toe"^{210 211}.

Ik citeer vanzelfsprekend niet de talrijke uitingen die niet als wetenschappelijk zijn aan te merken. Evenmin²¹² de doctrine van Duitse, Britse en Amerikaanse auteurs die in de toepassing van de juridische normen voor de rechters grote soepelheid en zelfs vrijheid eisen. Immers, hun politieke, jurisdictionele en juridische instellingen waren niet steeds of zijn niet dezelfde als de onze. In Duitsland stond jarenlang een wetgever aan het roer van de Staat die de elementaire democratische principes en rechten van de individuen met voeten trad. In Groot-Brittannië en Noord-Amerika moeten de rechters de somtijds uiterst vage regels van

wegens een ongeval veroorzaakt door de dief van dat voertuig — zijn werkelijk niet afdoende en de zienswijze van deze auteur vindt m.i. geen steun in de door hem ingeroepen rechtspraak.

²¹⁰ W. VAN GERVEN. *Het beleid van de rechter*, pp. 130, 133, 134, 140-144, 147, 148 en 161.

²¹¹ Zie het antwoord van prof. J.C.M. LEYTEN op de opvattingen van prof. VAN GERVEN i.v.m. het waardeoordeel in "Wie komt daar uit zijn hokje? Over civiele rechtspraak en haar grenzen", *Themis*, 1974, 695.

²¹² Sommige andere doctrines die m.i. volledig verkeerd en voor de magistraten zelfs beledigend zijn, zouden ook dienen weerlegd te worden ... hetgeen overigens gemakkelijk kan. Zo b.v. de stelling in de *Leçons de droit civil* van H., L. en J. MAZEAUD (t. 1er, 4e édition, p. 25, n° 12 in fine: "Bien souvent ils (les juges) auront aussi la ressource, en statuant en fait, d'éviter l'application de la règle de droit qu'ils veulent écarter"!).

Zo ook DE PAGE die schreef in zijn *De l'interprétation de la loi* (t. II, pp. 245-246, Brussel, Librairie des sciences juridiques A. Vandeveld, en Parijs, Librairie du Recueil Sirey): "L'obligation s'impose (au juge) de pourvoir à la carence des codes par l'emploi d'une multitude de procédés détournés (?), de ruses (?), de biais (?) qui lui permettent de créer lui-même la règle adéquate".

²⁰⁴ R.W., 1973-74, 455-456.

²⁰⁵ *Bull. en Pas.*, 1955, I, 647.

²⁰⁶ *Bull. en Pas.*, 1969, I, 781. Zie ook Cass., 16 september 1969, *Bull. en Pas.*, 1970, I, 46 en de conclusie van het openbaar ministerie in R.W., 1968-69, 1929 e.v., en 1969-70, 989 e.v.

²⁰⁷ Wetten kunnen vanzelfsprekend in onbruik raken ... maar daartoe moeten welbepaalde omstandigheden aanwezig zijn. Dit was het geval in de toestand die geleid heeft tot het arrest van de Hoge Raad der Nederlanden van 3 maart 1972, *N.J.*, 1972, nr. 333.

²⁰⁸ WALTER VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Standaard wetenschappelijke uitgeverij en N.V. Uitgeverij W.E.J. Tjeenk Willink, 1973.

²⁰⁹ De voorbeelden die door VAN GERVEN worden gegeven — o.a. de verhouding lifter-autobestuurder, en aansprakelijkheid van de eigenaar van een motorvoertuig

de *common law* opsporen en zij zijn overigens, in-gevolge het principe van het *stare decisis*, dikwijls verplicht het keurslijf van een oude jurisprudentie te verbreken. Overigens worden in de Verenigde Staten de meeste rechters rechtstreeks door het volk, voor een beperkte periode, verkozen en zijn zij derhalve aan een toezicht van de Natie onderworpen dat gelijkenissen vertoont met dat van de volksver-teenwoordigers.

Het is natuurlijk niet genoeg te zeggen dat de magistraat niet in de plaats van de wetgever mag treden²¹³; dit beginsel moet ook gerechtvaardigd worden. De redenen en justificatie zijn voor ons allen hier duidelijk ... doch velen zien ze niet eens of willen ze niet meer zien.

Wij hebben instellingen die de Natie, haar wil door de grondwetgevende macht uitdrukkelijk, op-gericht heeft; zij moeten geëerbiedigd worden door allen en inzonderheid door de rechterlijke macht die onder meer tot taak heeft de ons aldus gegeven regels te doen naleven.

Deze regels leggen de normerende opdracht in handen van de wetgevende macht en, binnen be-paalde grenzen, ook van de uitvoerende macht, of zelfs van andere autoriteiten of instellingen.

Zij verlenen die opdracht zeker niet aan de hoven en rechtbanken wier taken en verantwoordelijk-heid van geheel andere aard zijn.

Er wordt weliswaar heel dikwijls gezegd en ge-schreven dat de rechter ook wetgever is, en deze stelling vloeit inzonderheid voort uit de leer van de wetenschappelijke school op het stuk van uitleg-ging van de rechtsregels, die, zeer terecht, reageer-de tegen de strekking in de rechtspraak en rechts-leer om enkel de "wet" als formele bron van het recht te erkennen, zonder rekening te houden met de andere bronnen en vooral zonder te letten of nauwelijks lettend op de ontzaglijke delicate en moeilijke werkzaamheid van de rechter die ik heb trachten te beschrijven; het zoeken naar de draag-wijde, het doel, de geest van de rechtsregels die in elkaar grijpen, elkaar aanvullen, gewijzigd wor-den in-gevolge nieuwe wetten, internationale over-eenkomsten, algemene rechtsbeginselen die ont-staan, veranderen en worden verfijnd.

Deze werkzaamheid die de zin en de strekking van de talloze en bewegende regels van het posi-tief recht aan het licht brengt, laat gewis een "wet-gevende" of "normatieve"²¹⁴ activiteit vermoeden...

²¹³ Met "wetgever" wordt natuurlijk bedoeld elke auto-riteit die de macht heeft tot het uitvaardigen van wetten in de materiële zin, d.w.z. algemene en onpersoonlijke nor-men: grondwetgever, wetgevende macht, samenwerkende Staten (internationale verdragen), supra-nationale autori-teiten, uitvoerende macht, enz.

²¹⁴ Onlangs publiceerde S. BELAID een *Essai sur le pou-voir créateur et normatif du juge*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974.

doch ze is natuurlijk essentieel verschillend van de activiteit van de wetgever. Deze innoveert — schept een regel — op basis van feiten, omstan-digheden, vereisten, behoeften. De rechter past op de feiten en omstandigheden de regel toe die voort-vloeit uit het positief recht, zoals ik gepoogd heb het, in zijn immense ingewikkeldheid, nader te be-palen, doch die hij niet gemachtigd is te scheppen.

"Scheppende" rol of macht; ja maar "subsidi-air" en afhankelijk ten opzichte van de diverse formele bronnen van het recht. Wij hebben dit aangetoond toen een poging om het verschijnsel "jurisprudentie" te omschrijven gedaan werd. *Zulke* scheppende rol is inherent aan de jurisdictionele functie.

"Normatieve" rol, in deze mate: een stelling die ook correct is.

Rechter "wetgever"; een begrip dat, integendeel, verwarring sticht daar de wetgever en de rechter machten en opdrachten hebben die uiteraard ver-schillen van elkaar en daar het gezag en de bin-dende kracht van de jurisprudentie en van de "wet" niet kunnen worden gelijkgesteld²¹⁵.

Men zal wel opwerpen dat krachtens artikel 4 van het Burgerlijk Wetboek — thans artikel 5 van het Gerechtelijk Wetboek — de rechter verplicht is recht te spreken zelfs in geval van "onvolledigheid van de wet", waaruit dan wordt afgeleid dat hij rechtsregels moet scheppen, en i.h.b. de leemten moet aanvullen. Hoeveel studies en commentaren heeft men niet geschreven in verband met deze wet-telijke bepaling^{216 217}!

²¹⁵ S. BELAID, *op. cit.*, p. 301, schrijft nochtans: "Le pouvoir juridictionnel doit être constaté comme un organe créateur et ordonnateur de l'ordre juridique, en un mot un véritable pouvoir politique".

²¹⁶ Enkele tamelijk recente werken en studies: LOUIS FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Biblio-thèque de droit public, Parijs, Librairie générale du droit, 1965; YVES-LOUIS HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Presses uni-versitaires de France, 1965; Dalloz, *Répertoire de droit civil*, t. IV, 1973, v° *Jurisprudence*, nr. 28; CHARLES HUBERLANT, "Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi", *Les problèmes de lacunes en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, *op. cit.*, p. 31-66; A. BAYART, "L'article 4 du Code civil et la mission de la Cour de cassation", *J.T.*, 1956, 353-355; E. GUTT, *R.C.J.B.*, 1973, 94-96.

²¹⁷ Men zou uit bepaalde rechterlijke beslissingen kunnen afleiden dat de rechters zich een echte normatieve functie, een scheppende rol aanmatigen.

Dit wordt o.a. gedaan door S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, p. 267, die zich op een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeen-schappen beroept. In zijn arrest van 12 juli 1957 (zaken 7/56 en 3 tot 7/57) besliste het Hof: "La Cour sous peine de commettre un déni de justice est donc obligée (het Verdrag dienaangaande niets beslissende) de résoudre (le problème) en s'inspirant des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays mem-bres".

Het beroep op de doctrine zou gewis misleidend kunnen zijn.

Maar de rechtsregels die door het Europees Hof dienen toegepast te worden en welke het derhalve niet "schept" zijn

Wees gerust, ik zal ze niet eens citeren, daar ik niet van plan ben langer bij dit interessant instituut te verwijlen. Ik wil alleen zeggen, enerzijds, dat genoemd artikel 4 niet tot doel had aan de rechter een wetgevende taak te verlenen, die trouwens in strijd zou geweest zijn met onze grondwettelijke instellingen, anderzijds, dat deze bepaling alleen doelt op de onvolledigheid van de wet, hetgeen hem verplicht om te voorzien, niet in de leemten van het *recht* — wat de taak van de wetgever is — doch in die van de wet door zich te wenden tot de andere formele rechtsbronnen (gewoonten, algemene rechtsbeginselen...), en tenslotte dat deze venerabele wettelijke bepaling kennelijk niet kan betekenen, dat de rechter steeds een regel moet ontdekken, onverschillig waar, al zou het zijn in de "billijkheid" of de "gerechtigheid" waaraan hij, door toepassing ervan bij zijn rechtspreking, de waarde en de kracht van een positiefrechtelijke regel zou toekennen. Door te beslissen dat, in casu, geen enkele regel van het positief recht toepassing vindt wordt voldaan aan het voorschrift van artikel 4²¹⁸.

Zwitserland heeft blijkbaar aan zijn rechters een echte scheppende rol, een wetgevende taak toegekend door in artikel 1 van zijn Burgerlijk Wetboek te bepalen: "A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce, selon le droit coutumier et à défaut d'une coutume selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur".

Professor Wolf schrijft dienaangaande, met wijsheid en werkelijkheidszin: "Ainsi le juge qui comble une lacune n'a pas la liberté du législateur qui peut repartir à neuf en dérogeant aux lois antérieures; le juge devra toujours respecter l'ensemble de la législation en vigueur, les valeurs et les principes qui en découlent"²¹⁹.

In een merkwaardige studie betreffende de "leemten" schrijft Ch. Huberlant in verband met deze bepaling van het Zwitserse recht: "Si l'article 1er (...) est fort audacieux, l'application qui en a été faite est très prudente (...) les tribunaux veillent à s'inspirer (...) des prescriptions (de la loi) et ils recourent à des procédés semblables à ceux que révèle l'analyse de la jurisprudence belge et

niet enkel de bepalingen van de verdragen maar ook algemene rechtsbeginselen die in de "Europese juridische orde" gelden en die aan de dag treden in rechtsregels van de Lid-Staten zoals zij door de nationale jurisprudentie worden toegepast en dikwijls door de doctrine toegelicht.

²¹⁸ P. FORTIERS schrijft het voortreffelijk: "La disposition de l'article 4 du Code civil français et belge n'oblige nullement à combler les lacunes du droit mais fait au juge une obligation de juger. Ce sont là deux choses différentes (...) le législateur a voulu que le juge institué pour juger, juge mais ne lui impose nullement de créer une norme là où il n'y en a pas" (*Les lacunes du droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, p. 11-12).

²¹⁹ E. WOLF, "Les lacunes de droit et leur solution en droit suisse", in *Le problème des lacunes en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, p. 118.

française (...) le Tribunal fédéral (...) répugne à introduire dans le système juridique des règles qui dérogent (aux principes (...) mis à la base du Code (...)), estimant que seul le législateur est habilité pour le faire"²²⁰.

Artikel 20-3 van de fundamentele wet der Duitse Bondsrepubliek bepaalt duidelijk: "De wetgevende macht is onderworpen aan de grondwettelijke orde; de uitvoerende en rechterlijke machten zijn onderworpen aan het recht".

Het institutioneel argument is dus beslissend... doch bewust of onbewust leggen sommigen er zich niet bij neer, daar zij van oordeel zijn dat de rechter in de plaats moet treden van de in gebreke zijnde, nalatige, onbekwame wetgever...; ter rechtvaardiging gebruiken ze een vaak pedante taal die volgens hen doorslaggevend moet zijn maar meestal vaag en ongenueanceerd is.

Inhakend op de woorden en slagzinnen — "slogans" — die in zwang zijn, schrijft men dat de wet haar heilig karakter heeft verloren of moet gedesacraliseerd worden, of dat "la population se soumet à la loi et à son application judiciaire par une espèce de civisme conformiste alors que les transformations sociales rapides ont créé des distorsions entre la norme juridique et les aspirations de la plupart des justiciables"²²¹.

Uit het oog verliezende dat de rechter zowel de algemene rechtsbeginselen als de wetten — die hem worden opgelegd — moet eerbiedigen en toepassen, meent men de wetgever tekortkomingen te mogen verwijten en derhalve voor te stellen dat de rechtscollages in zijn plaats zouden treden: "La loi n'est pas en mesure d'assurer la stabilité et la continuité du Droit (...) l'expression et la défense (des principes fondamentaux de l'ordre juridique) ne peut être le fait du Législateur. Elles ne peuvent être que le fait du juge"²²².

Laten wij die literatuur niet teveel eer aandoen door ze te willen beantwoorden. Het volstaat erop te wijzen dat wij niet van oordeel zijn en nooit zijn geweest, dat de wet met religieuze eerbied moet worden benaderd, doch dat wij, zoals de overige burgers, gehecht zijn aan waarden die de wet zelf of beginselen waarvan zij uitgaat huldigen en die onze beschaving ons oplegt. Wetten en andere regels van het positief recht zijn mensenwerk, dus onvolmaakt en vatbaar voor vervolmaking. Doch ze zullen noodzakelijk zijn zolang de maatschappij blijft als zij is. Het is nutteloos hierop door te hameren. Deze burgerzin waartegen zich een belachelijke

²²⁰ CH. HUBERLANT, *Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi*, op. cit., pp. 61, 62, 63.

²²¹ Raadpl. S.C. VERSELE, "Juges et justiciables", Internationaal colloquium over de functie van de jurist in de maatschappij, Leuven, 23/24 maart 1973, *Justice et opinion*, p. 6.

²²² S. BELAID, op. cit., p. 307.

kritiek richt is de voorwaarde voor het voortbestaan van het leven in gemeenschap ... hetgeen al te vaak vergeten wordt met een lichtzinnigheid waarin de grootste gevaren verborgen zitten.

De wetgever heeft zeker gebreken en zwakheden ... doch welke reuzetaak wordt er van hem niet verwacht in onze hedendaagse maatschappijen!

G. Ripert heeft misschien gelijk gehad te schrijven, zij het met enige overdrijving: "Il faut découvrir (la) défaillance (du pouvoir politique) dans son ignorance et sa faiblesse (...). Les juristes trop facilement l'encouragent ou l'excusent (...). Je ne saurais admettre que des juristes bornent volontairement leur tâche à enregistrer des lois comme si elles étaient toujours l'expression du droit"²²³.

Sommigen zijn gewis ook onder de indruk gekomen van de leer van Herbert Marcuse die, in zijn *Unidimensionale mens*, zijn afkeuring uitspreekt voor onze "maatschappij die elk in de pas doet lopen en alle dimensies van het bestaan, particuliere en publieke, integreert (...) en die zich daartoe bedient van ... de regels van het positief recht".

Laten wij echter niet verwarren tussen plicht en opdracht, enerzijds, van de juristen, universiteitsprofessoren of anderen en, anderzijds, die van de rechters. Hoewel dezen, op voorwaarde zich te gedragen naar de wetten en reglementen, met discretie en mate kunnen wijzen op de gepastheid van bepaalde legislatieve hervormingen, zoals de procureurs-generaal of het Franse Hof van Cassatie, in zijn jaarverslagen, onder dezelfde voorwaarden ook wijzigingen kunnen voorstellen.

Dikwijls wordt lichtzinnig en met een schreeuwend gebrek aan informatie en kennis van de werkelijke toestand kritiek uitgebracht op de inmenging van de "bureaus", d.w.z. van het bestuur, in de wetgeving of reglementering.

Weten degenen die van de rechter een wetgever willen maken dat, zoals Burdeau voortreffelijk schrijft, de jacobijnse staat is vervangen door de staat-beheerder die "renonce à être une puissance et abdique sa souveraineté pour s'abaisser au rang de partenaire de ceux dont la collaboration lui est nécessaire pour agir"²²⁴. "La vie politique belge est dominée par les tensions que provoque l'existence de ce que l'on pourrait appeler plusieurs couples de forces", schrijft A. Molitor²²⁵. In deze

hedendaagse Staat zijn de wetgeving en de reglementering, die uiteraard op de kennis van de gezamenlijke situatie berusten, het resultaat van overleg, samenwerking, akkoorden tussen de betrokken maatschappelijke krachten en wordt bovendien de reglementeringsmacht — ten onzent als elders — tussen diverse autoriteiten en paritaire organisaties verdeeld. Zelfs de wetgever doet een beroep op ruime raadplegingen; de instelling bestaat reeds in Zweden en elders wint deze gedachte meer en meer veld.

Gaat het op de rechters in de plaats te willen doen treden van dit geheel van bronnen van "normen" of hen ertoe aan te zetten deze niet meer in acht te nemen?

Men kan betreuren dat de "wet" niet meer de uitdrukking van de nationale wil of van het collectief belang zou zijn ... dat bureaus, "lobbies", druk uitoefenen op de wetgeving en de reglementering²²⁶ ²²⁷ ... Doch is dit verschijnsel niet van alle tijden? Het is voorts niet de taak van de rechter de toestand recht te zetten. Er bestaan veelvormige bronnen van rechtsregels die onder meer het gevolg zijn van de participatie. Dachten de voorstanders van de Freiheitslehre even na, dan zouden zij moeten vaststellen dat de rechter ongetwijfeld zich minder dan ooit kan veranderen in een schepper of censor van de normen!

Hoe zou hij ingelicht worden? "Wat onze parlementaire democratie reeds zo gebrekkig doet, ondanks haar inrichting daartoe (...) dat zou de rechter, zonder enig organisatorisch apparaat, bij iedere beslissing moeten doen", schrijft prof. Leyten²²⁸.

Hoe zou men deze opdracht tot maatschappelijke ordening toevertrouwd aan een bij ons onafzetbare rechter kunnen rechtvaardigen t.a.v. het elementaire beginsel van elke democratie volgens hetwelk controle noodzakelijk is?

Hoe zou men kunnen rechtvaardigen dat de rechter in de plaats zou treden van de uitvoerende macht, verordenend handelend onder toezicht van de Natie of van de parlementaire meerderheid die de wetten maakt?

Hoe zou men kunnen toestaan dat de hoven en rechtbanken de fundamentele regels van de Grondwet zouden versmaden wanneer om het even welke overheid ze moet eerbiedigen, nu alleen de grondwetgevende macht het recht heeft ze te wijzigen of aan te vullen?

²²³ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, Parijs, Librairie génér. de droit et de jurisprudence, 1949, — Voorwoord en p. 35; zie ook pp. 30, 52 tot 60, 92, 93, 98, 104, 108. In deze laatste bladzijden komen zeker interessante beschouwingen voor — doch ze gaan te ver, daar zij niet genoegzaam met de veranderingen van onze instellingen rekening houden ... en de revolte van de rechter tegen de wetten zeker niet wettigen.

²²⁴ BURDEAU, *Traité de science politique*, dl. VIII, 2e druk, nr. 165, p. 418.

²²⁵ A. MOLITOR, *L'Administration de la Belgique*, Uitg. C.R.I.S.P., 1974, p. 47.

²²⁶ CARBONNIER, *Sociologie juridique*, p. 271.

²²⁷ DANIELE LOSCHAK meent: "... aujourd'hui on est revenu à une conception plus réaliste de la loi qui apparaît beaucoup plus comme l'expression du rapport des forces existantes à un moment donné au sein des assemblées parlementaires, que comme l'expression de la volonté générale" (op. cit., p. 169, voetnoot 34).

²²⁸ Op. cit., p. 695.

Men verliest te gemakkelijk uit het oog, dat de Natie in dit fundamentele handvest met wijsheid en voorzichtigheid beslist heeft dat de constitutionele normen slechts kunnen gewijzigd — ja zelfs authentiek uitgelegd worden — met de samenwerking van alle burgers (verkiezingen die de verklaring van grondwetsherziening opvolgen) en ingevolge een beslissing genomen met ten minste twee derde der stemmen van de leden der Wetgevende Kamers, d.w.z. normaal met niet enkel de parlementaire meerderheid die de regering steunt maar ook een gedeelte van de oppositie.

Hoe zou men de verscheidenheid in de beslissingen kunnen voorkomen en de noodzakelijke rechtszekerheid en voorspelbaarheid handhaven²²⁹? Ongetwijfeld denkt men aan een coördinatie door de opperste gerechtshoven. Als zulks mogelijk was zouden zij een absolute wetgevende en reglementerende macht worden zonder controle van de Natie.

Professor Enschedé schreef onlangs in welgekozen bewoordingen: "In (een) kamer (van de Hoge Raad) zitten vijf mensen die, hoe maatschappelijk geïnteresseerd zij ook mogen zijn of niet zijn, in elk geval niemand anders dan zichzelf vertegenwoordigen. Die kamer kan — ook als zij ooit een 'politieke' samenstelling zou krijgen — nimmer een afspiegeling zijn van de politieke en machtsverhoudingen binnen ons volk. Politiek — en rechtsvorming is een stuk politiek — is niet de zaak van die vijf, maar van de 225 parlementariërs een deur verder, op het Binnenhof"²³⁰.

De h. Wiarda, president van het Benelux-Gerechtshof en van de Hoge Raad der Nederlanden, schreef onlangs, met wijsheid, voornaamheid, kennis en ervaring: "De volstrekt onafhankelijke en daarom uitzonderlijke positie, welke de rechter in ons staatsbestel inneemt, kan hem worden toevertrouwd, juist omdat hij in de staat de in beginsel objectieve rechtsorde vertegenwoordigt, zijn taak in beginsel niet naar eigen inzicht, politiek, sociaal of economisch bepaalde voorkeur uitoefent, maar overeenkomstig de in beginsel objectief bepaalde maatstaven van het recht. Volstrekt onafhankelijke rechters die op het terrein van hun werkzaamheid tevens als wetgevers optreden, met overheidsmacht uitgeruste arbiters, die als goede mannen naar billijkheid oordelen, zijn daarom figuren, die in de

met onze staatsvorm verbonden ordening der machten moeilijk aanvaardbaar schijnen"²³¹.

De politiek is immers niet de opdracht van de rechter.

Maar wat betekent dit begrip dan toch?

Opdracht van de rechter en politiek. Hoe dikwijls worden beide begrippen niet met elkaar verbonden! Voor sommigen mag de rechter niet aan politiek doen en doet hij het niet, voor anderen doet hij aan politiek of moet eraan doen, voor nog anderen sluiten bepaalde beslissingen noodzakelijk een politieke houding of inmenging van een politiek standpunt in.

Wat betekenen evenwel de begrippen "de politiek" of "het politieke"?

Georges Cornil wees erop, dat "les mots le plus communément employés ne sont pas toujours ceux que nous comprenons le plus exactement. Il en est ainsi du mot Droit. Ce mot est sur les lèvres de tout le monde, cependant que nous assistons au spectacle un peu déconcertant des savants éminents qui, après avoir consacré une longue et laborieuse carrière à l'étude et l'enseignement du droit, s'avisent de couronner leur oeuvre par la découverte d'une définition du droit. Faut-il ajouter que ces définitions, fruit de toute une vie de méditations, concordent rarement"²³².

In een recent werk vindt men dezelfde vaststelling in verband met het "politieke"; "Chaque auteur ou presque avance (sa définition) tant le politique est insaisissable"²³³.

²³¹ G.J. WIARDA, *Drie typen van rechtsvinding*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1972, p. 50, en de hoge magistraat gaat verder: "Tegen de volstrekt vrije rechtsvinding is nog een derde bezwaar aan te voeren dat met het laatstgenoemde ten nauwste samenhangt. Van de rechter wordt juist als politiek onafhankelijk en strikt onpartijdig orgaan dat geen ander belang dan dat van de handhaving van de geldende rechtsorde heeft te behartigen, verwacht dat hij bij de vorming van zijn oordeel niet alleen zijn eigen belangen, maar ook zijn politiek, sociaal en economisch bepaalde voorkeur zover mogelijk zal trachten uit te schakelen. Het is juist deze eis die de aard van de rechterlijke rechtsvinding van die van anderen onderscheidt; want al is de rechtsvinding niet het monopolie van de rechter, het is wél zo dat slechts de taak van de rechter meebrengt dat hij het recht te vinden heeft buiten het kader van de behartiging van enig ander hem toevertrouwd belang" (p. 50-51).

CH. PERELMAN schreef ook pertinent en oordeelkundig: "Normalement, c'est le législateur et non le juge qui est l'élu de la Nation, c'est lui qui en démocratie est son porte-parole. Permettre au juge de décider de la règle juste, c'est supposer qu'il y a d'autres normes dont il doit s'inspirer dans ses décisions que celles du système juridique, c'est subordonner le droit positif à la conscience individuelle du juge, à sa philosophie politique, à ses convictions religieuses, à un droit naturel quelconque. L'opposition au droit positif en vigueur est parfaitement admissible, mais pas de la part du juge dans l'exercice de ses fonctions" (*Justice et raison*, Edit. de l'Université de Bruxelles, 2e édit., 1972, p. 161).

²³² GEORGES CORNIL, *Le droit privé — Essai de sociologie juridique simplifiée*, Parijs, Edit. Giard, 1924, p. 1.

²³³ J.P. COT en J.P. MOUNIER, *Pour une sociologie politique*, Parijs, 1974, dl. I, p. 19.

²²⁹ "L'impressionisme juridique, le jugement rendu au seul vu de l'ambiance d'une affaire, aboutissent à la mort du Droit (...) ferait reprendre au droit le chemin des sanctuaires et le ramènerait à sa forme première: l'ésotérisme aristocratique" (JACQUES CHEVALLIER, *Le service public*, Dossier Themis, Presses universitaires de France, document 34).

"La stabilité des catégories juridiques c'est la possibilité pour l'homme, de connaître la règle et de prévoir les effets de ses actes" (J. RIVERO, *Apologie pour les faiseurs de systèmes*, D., 1951, Chron, 99 e.v.).

²³⁰ CH. J. ENSCHEDÉ, "De grenzen van de functie van de strafrechter", *Themis*, bijzonder nummer, 1974, 617.

Begrip dat niet vast omlijnd kan worden, want zoals M. Duverger schrijft: "Tout ou presque tout est partiellement politique"²³⁴.

Ontelbaar zijn de substantieven, adjectieven, werkwoorden, begrippen, waardeoordelen waar het woord "politiek" naast gezet wordt. Het wint daarbij zeker niet aan duidelijkheid. Onlangs heeft men zelfs geschreven, dat een bepaalde "domheid" politiek was²³⁵, dat de petroleum verpolitiekt is²³⁶ of dat een politiek al dan niet partijpolitisch is ("est ou non politicienne")²³⁷ in de zin van een gedraging die betrekking heeft op de politieke partijen.

Een burger doet al dan niet aan politiek, een dagblad heeft een bepaalde politieke kleur, een toneelstuk, een film worden politiek geheten wanneer ze handelen over gebeurtenissen i.v.m. het politieke regime of met de conflicten van maatschappelijke groepen of zelfs met betrekkingen of problemen tussen Staten.

Een staking²³⁸ of rellen, terrorisme of lucht- of zeepiraterij²³⁹ worden "politiek" genoemd.

Een politieke revolutie wordt een sociale, schrijft men, d.w.z. dat zij, na de instellingen van de Staat in betwisting te hebben gebracht, de toestanden van de maatschappelijke groepen op de korrel neemt.

Een denker, een regering, een grondwet, een partij hebben een politieke filosofie, d.w.z. een opvatting onder meer over de organisatie van de Staat.

Diverse wetenschappen worden als politiek be-

stempeld²⁴⁰. De rechtswetenschappen onderscheiden de juridische politiek, de juridische techniek, zelfs de politieke rekenkunde.

Uit handboeken over geschiedenis leren wij dat huwelijken politiek zijn en dat militaire operaties enkel politieke doeleinden hebben gehad. Regeringen²⁴¹, parlementen, partijen, auteurs hebben of zijn voorstanders van een fiscale, financiële²⁴², economische, sociale, criminele²⁴³, taalkundige, Europese, wereld-, institutionele politiek... en zelfs van gezins- en geboortepanning²⁴⁴. Een onderneming voert ook een commerciële, economische, financiële, budgettaire politiek.

Zeer vaak wordt er de jongste jaren gesproken van een politieke wil om een politiek Europa tot stand te brengen²⁴⁵ of om het bestaan van de Europese Gemeenschappen kracht bij te zetten²⁴⁶!

Ongetwijfeld doelt men aldus op de wil van de regeringen om dat bepaalde "politieke" Europa tot stand te brengen en om aan de Gemeenschappen die het moeten voorbereiden gezag te geven.

Politiek Europa, wat wil dat zeggen?

Een echt parlement dat zijn wil uitspreekt en o.a. wetten maakt, een organisatie van machten waaraan, meer dan thans het geval is, de Staten onderworpen zijn, en waarbij Europa de buitenlandse betrekkingen, het muntwezen, de begrotingen, de defensie, de sociale wetgeving... ter hand neemt^{247 248}.

Politiek betekent hier organisatie, optie, gedragslijnen op al deze gebieden.

De Staten worden beheerst door verschillende politieke stelsels of regimes en men onderscheidt in dit verband onder meer dictaturen, "assembleestelsels", volks- en andere democratieën, parlementarisme, presidentieel stelsel...²⁴⁹.

Men onderscheidt de jurisdictionele en juridi-

²³⁴ M. DUVERGER, *Sociologie de la politique*, Presses universitaires de France, 1re édit., 1973, p. 22.

²³⁵ J. REY, "Et voici la démocratie de retour à Athènes", *Le Soir*, 2 augustus 1974.

²³⁶ H. SIMONET, *Le Soir*, 30 november 1973.

²³⁷ *Le Monde*, 9 juni 1973 en 31 januari 1975: "une politique politicienne..."

²³⁸ Een staking of rellen zijn politiek wanneer ze niet wezenlijk of uitsluitend worden veroorzaakt door eisen voor grotere materiële welvaart, doch wel door de aard of de werkwijze van instellingen of nog door de organisatie van de maatschappij of door heftige tegenstellingen tussen politieke fracties, d.w.z. groeperingen met verschillende ideologieën en doelstellingen. Raadpl. over de aard van de politieke staking o.m.: a) *Le Brésil, ses institutions politiques et judiciaires*, Institut de sociologie Solvay, blz. 135 e.v.; b) "Des grèves plus politiques", *Le Monde*, 4 december 1973.

²³⁹ Terrorisme of lucht- of andere piraterij zijn "politiek" wanneer ze als oorzaak hebben, niet het najagen van een persoonlijk voordeel of profijt, doch het protesteren tegen een nationale of internationale, institutionele of sociale toestand, het uitoefenen van druk op diegenen die beslissen of hun bevolking, of zelfs tot doel hebben de materiële middelen te krijgen om een strijd aan te binden of te doen voortduren. Het terrorisme, en met name de luchtpiraterij, zoals die thans beoefend worden, verdelen de nationale kanselarijen of veroorzaken verschillende reacties dezerzijds, en hebben dus een weerslag op de buitenlandse betrekkingen, op de buitenlandse politiek. Over het mislukken van de Organisatie voor de internationale burgerluchtvaart in haar poging, tijdens de vergadering te Rome in september 1973, om de instemming van twee derde van haar leden te verkrijgen voor een ontwerp of een resolutie om bij te dragen tot het beëindigen van de luchtpiraterij, zie men *Le Monde*, 23-24 september 1973, een kwestie die "bij uitstek politiek" werd genoemd.

²⁴⁰ Politieke wetenschap, politieke sociologie, politieke anthropologie.

²⁴¹ Gemeenschappelijk beleid op het gebied van wetenschap en techniek, Resolutie van de Raad van de Ministers van de Europese Gemeenschappen van 14 januari 1974 (P.B., 29 januari 1974, nr. C.7/2).

²⁴² Raadpl. onder meer J. KENNETH GALBRAIGHT, *Science politique et intérêt général*.

²⁴³ G. LEVASSEUR, *La politique criminelle*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1971, p. 131 e.v.

²⁴⁴ *Parl. Besch., Senaat*, 1972-73, nr. 407.

²⁴⁵ Verklaringen van minister Rey tijdens het eerbetoen aan P. H. Spaak, Interview op de R.T.B., 4 december 1973.

²⁴⁶ Europese Gemeenschappen — Europees Parlement, Stukken van de vergadering 1973-74, nr. 5/73, 28 mei 1973; *Ib.* 1973-74, stuk nr. 259/73, 5 december 1973.

²⁴⁷ Raadpl. met name ET. DAVIGNON, *Politiek-economisch rapport — Europa en de Atlantische solidariteit*, Assemblée de l'association atlantique, Brussel, 10 tot 14 september 1973, Publikatie van de Belgische afdeling.

²⁴⁸ Raadpl. het verslag van de commissie van de Europese Gemeenschappen "Pour un gouvernement européen" in 30 *jours d'Europe*, juli-augustus 1975, bijlage.

²⁴⁹ Sedert jaren geeft MARCEL GREGOIRE om de veertien dagen in *Le Soir* een inhoudrijke politieke bibliografie.

sche rechtsmiddelen en verantwoordelijkheden²⁵⁰ en ook, de politieke; de eerste worden beoordeeld door rechters op grond van rechtsregels, terwijl dit voor de tweede gebeurt door autoriteiten die normaal belast zijn met het wetten maken, regeren of besturen en die hun beslissing kunnen baseren op opportuniteits-, nuttigheids-, gepastheids- en doeltreffendheidsoverwegingen.

Over de regeringen of parlementen — doorgaans politieke autoriteiten geheten omdat zij de civitas (polis) regeren of beheren of haar gedragsregels voorschrijven — zegt men of schrijft men dat zij hun politiek veranderen of behouden^{251 252}, dat een wijziging van de regering geen politieke betekenis heeft of alleen om technische redenen plaatsheeft²⁵³, dat er in het Parlement een politieke strijd geleverd werd omdat twee of meer partijen of fracties ervan in een fel conflict zijn geraakt²⁵⁴, dat een minister niet aan politiek doet²⁵⁵, dat een beslissing van de regering politiek is of niet²⁵⁶.

Economische, sociale, religieuze en zelfs familiale kracht of macht wordt tegenover politieke kracht of macht gesteld²⁵⁷.

Een maatschappij heeft een dominerende ideologie, dus schrijft men, een politieke cultuur²⁵⁸, en, wegens de complexiteit en de verscheidenheid van de problemen, zou er bij de politici een "politieke ontreding"²⁵⁹ ontstaan.

De individuen hebben "politieke verplichtingen"²⁶⁰ en de staatsmachten hebben een "politieke moraal"²⁶¹ of moeten deze hebben. Het godsgeloof wordt met politiek verbonden of daarvan losge-

maakt²⁶²; men beroept zich op een "politieke theologie"²⁶³.

Is van dit begrip "politiek" in de wetenschappelijke werken, encyclopedieën of woordenboeken een synthese te vinden, die een zo uitgebreide materie zou omgrijpen? De opzoekingen stellen erg teleur... en dit is onvermijdelijk, gezien de enorme omvang die het begrip gekregen heeft. Ik zal dan ook de auteurs niet vermelden die men zou moeten raadplegen^{264 265}.

Laten wij enkel met *Batiffol*, *Duverger*, *Burdeau* en *Dabin* de volgende overwegingen maken.

Enerzijds heeft de politiek — een te bereiken doel — ²⁶⁶ niet noodzakelijk betrekking op het leven van de Staat en de gemeenschap alleen, want o.a. de ondernemingen of de vakbonden voeren ook een politiek door zich bepaalde doelen te stellen of door bepaalde gedragslijnen aan te nemen²⁶⁷.

Anderzijds, terwijl bepaalde feiten op zichzelf, objectief, van politieke aard zijn, zoals de verkiezing van de vertegenwoordigers van de Natie²⁶⁸, of de meeste beslissingen van de politieke partijen, zijn andere dit slechts wegens de betekenis die de geest daaraan toekent; zo is een opvoering van Coriolanus, van de Stomme van Portici, of van andere toneelwerken onder bepaalde omstandigheden een politiek feit²⁶⁹, in deze zin dat zij reacties of gevoelens kan veroorzaken jegens de machthebbers of de instellingen.

De eigenlijke politieke opdracht (van de Staat) bestaat erin het algemeen welzijn te bevorderen²⁷⁰,

²⁵⁰ B.v. de juridische verantwoordelijkheid van de ministers (artikel 90 van de Grondwet) en hun politieke verantwoordelijkheid voor het Parlement, de Natie, de publieke opinie.

²⁵¹ D.w.z. dat zij een andere gedragslijn volgen of niet.
²⁵² Men zegt ook dat zij politieke benoemingen doen of niet.

²⁵³ Wijziging van de regering-Heath in Groot-Brittannië (*Le Monde*, 7 juni 1973).

²⁵⁴ Wijziging van de Tunesische regering (*Le Monde*, 16 januari 1974).

²⁵⁵ Wijzigingen die niet de vertegenwoordiging van strekkingen in de partijen of in de Natie tot doel hebben.

²⁵⁶ In 1972 te Westminster betreffende de toetreding tot de Europese Gemeenschappen.

²⁵⁷ RAYMOND BARILLON, "Le régime à l'épreuve", *Le Monde*, 3 oktober 1972. Betekenis: hij bestuurt, onafhankelijk van de pressie van een partij.

²⁵⁸ Vliegtuigen kopen bij de leveranciers uit een land veeleer dan bij die uit een ander, bij gelijke hoedanigheden (artikel van M. GREGOIRE, *Le Soir*, 26 mei 1974).

²⁵⁹ Een gebeurtenis zou politiek zijn wanneer zij verband heeft met de centrale, plaatselijke, zelfs sociale instellingen of met de betrekkingen tussen de Staten of tussen de staat en organisaties op wereldvlak of op regionaal vlak.

²⁶⁰ J.P. COT en J.P. MOUNIER, *Pour une sociologie politique*, Edit. du Seuil, 1974, t. 2, pp. 57-67.

²⁶¹ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, Parijs, Libr. gén. de droit et de jurispr., t. VIII, 1974, section I van het inleidend hoofdstuk.

²⁶² R. POLIN, *L'obligation politique*, Presses universitaires de France, 1971, inzonderheid pp. 37-38.

²⁶³ J. DABIN, *L'Etat ou la politique*, Dalloz, Parijs, 1957, pp. 268-270.

²⁶² Raadpl. o.a. FRANCIS HARDY, *Unir la foi à la politique: non à Mgr Motogrin, non à Mgr Riobé*, Aurillac, Editions la Hetraie.

²⁶³ *La pratique de la théologie politique*, Doornik, Casterman.

²⁶⁴ J.P. COT en J.P. MOUNIER, *op. cit.*, t. I, pp. 14-20 en 57, wijzen erop, dat het politieke kan worden bepaald noch door de Staat noch door de macht, noch door de ambten, noch door de middelen, en zij stellen voor aan te nemen, dat politiek is een groep van overheersende krachten waarvan de bevelen op een gegeven grondgebied uitgevoerd worden door een administratieve organisatie die beschikt over de "la menace et la violence physique". Men betreurt dat de aard van de groep en van de bevelen evenals de manier waarop de bevelen ontstaan niet nader worden omschreven.

²⁶⁵ Voor G. BURDEAU streeft de politiek naar de rationalisatie van het maatschappelijk leven, en staat de politisering gelijk met het onderwerpen van alle aspecten van het maatschappelijk leven aan de beslissingen genomen onder invloed van "de politieke strevingen" inzake sociale gerechtigheid, planning en welzijn (*Traité de science politique*, t. I, 2e druk, nr. 114, p. 173 e.v.).

"Le politique est ce par quoi tient une société, mais l'outillage est solidaire des éléments qu'il relie, il en épouse les mouvements, il s'inscrit dans les institutions (qui) en procurent une image mais son essence la transcende (...). La politique maintient ensemble les hommes en vue d'une certaine ... par ailleurs (la politique est) ce qui divise le plus" (*ib.*, nr. 93, p. 137 en nr. 84, p. 119).

²⁶⁶ BATIFFOL, *Problème des frontières — Droit et politique*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1971, pp. 1-14.

²⁶⁷ DUVERGER, *Sociologie de la politique*, pp. 180-181.

²⁶⁸ G. BURDEAU, *op. cit.*, nr. 88, p. 124.

²⁶⁹ G. BURDEAU, *ib.*

de politieke functies van de Staat "die altijd bepaald worden (...) ten aanzien van de behoeften van het sociale stelsel in zijn geheel" zijn inherent aan alle politieke systemen²⁷¹ ...; de uitdrukking "politiek systeem" duidt wel op de soorten van organisatie en werking van talrijke gehelen, zoals het stelsel der politieke partijen, maar slaat toch inzonderheid op de onderscheiden categorieën of bestaanswijzen van de instellingen, de machten van de Staat^{272 273}.

Het opleggen van een norm die aan een eis van de maatschappij tegemoetkomt, een ideologisch, sociaal, economisch institutioneel geschil beslecht, dat de maatschappelijke groepen verdeelt ... betekent "kiezen" "opteren" en derhalve, in se, een "politieke" beslissing nemen, die in de bevoegdheid ligt van hen die vóór de Natie verantwoordelijk zijn.

Onlangs heeft men zeer ad rem gepreciseerd²⁷⁴, dat de politiek in wezen het beleid is van de regeringen of zelfs van de administraties²⁷⁵ die, vrij van de dwang van de rechtsregels, of *bij afwezigheid* van zulke regels, beslissen, handelen, o.a. op grondslag van wat "behoort", "opportuun" is of volgens hen dient te gebeuren²⁷⁶.

Tenslotte dient met nadruk te worden gewezen op het essentieel verschil tussen politieke beslissing of houding en partijdige beslissing of houding; een benoeming kan b.v. politiek zijn of partijdig.

Om het begrip "politiek" zo dicht mogelijk te benaderen behoeft hier zeker niet de nadruk te worden gelegd op de betekenis ervan in de uitdruk-

kingen "politieke" misdrijven of "politieke" rechten.

De algemene rechtswetenschappelijke werken maken, zoals U weet, een onderscheid tussen juridische politiek en juridische techniek; de eerste is een opdracht aan de grondwetgevers, wetgevers en andere met normatieve macht beklede autoriteiten toegekend, die, lettend op het te bereiken doel en de beschikbare middelen, hun keuze doen van het voorwerp van de regels of de aard en de opdrachten van de instellingen die zij zullen voorschrijven; de tweede wordt inzonderheid toevertrouwd aan de juristen, optredend als helpers van genoemde autoriteiten om die "politieke" beslissingen bruikbaar, gecoördineerd en helder in de rechtsorde in te bouwen²⁷⁷.

De aldus bedoelde juristen zijn niet de magistraten in de uitoefening van hun jurisdictioneel ambt.

Maar men kan een "juridische politiek" zien in de omzichtigheid en het streven naar veralgemeening waarvan de rechtbanken moeten blijken geven wanneer zij de betekenis en de draagwijdte van de regels preciseren of deze coördineren en harmoniseren²⁷⁸.

Tot de juridische politiek behoren ongetwijfeld ook de gedragslijnen die de parketten zichzelf stellen of de beslissingen die de strafrechtbanken, binnen het kader van de wetten, nemen inzake de keuze van de maatregelen en de sancties²⁷⁹.

Deze overwegingen en vaststellingen — die ik hier niet tot een geheel behoef te ordenen²⁸⁰ — zijn bedoeld als een poging om coherente visies te

ling, huisvesting, volksgezondheid" d.i. het leiden, besturen, beheren.

²⁷⁷ Raadpl. onder meer J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Brussel, Ets. Bruylant, en Parijs, Libr. Rec. Sirey, 1935; CL. DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Delachaux et Niestlé, Neuchâtel, 1948, 3e édit., pp. 173-175.

²⁷⁸ In dezelfde zin: a) DABIN, *Théorie générale du droit*, Parijs, Dalloz, 1969, p. 37; b) LOSCHAK, *op. cit.*, p. 103.

²⁷⁹ R. QUINNEY, "The Administration of Criminal Justice", in *American Government*, 4th edition, Peter Woll, p. 509.

²⁸⁰ Men zou de begrippen "de politiek" en "het politieke" als volgt nader kunnen omschrijven. De instellingen van de Staat, voornamelijk de regeringen en de parlementen, evenals de bemoeiingen, verrichtingen of handelingen betreffende hun vorming zijn *van politieke aard*. Zodanig zijn ook de theorieën, doctrines, opvattingen, eisen, opties en beslissingen betreffende de gedragsregels in de gemeenschap die de Staat overkoepelt, en betreffende dezes instellingen, andere beslissingen van het Parlement en wat eraan voorafgaat, die van de regeringen die een keuze vormen i.v.m. de verhoudingen met andere landen, met wereld- of regionale organisaties of betreffende de sociale of economische verhoudingen in de gemeenschap. Van *politieke aard* zijn eveneens de verenigingen of partijen opgericht om de macht te veroveren, aan de machtsuitoefening deel te nemen, ze te behouden, hun bemoeiingen en tussenkomsten om de instellingen te beïnvloeden, het behoren tot die partijen en de activiteit in hun boezem. Een *politiek* doel of een *politieke* activiteit hebben de andere maatschappelijke groepen die hervormingen, wetten of instellingen of regeringsbeslissingen eisen ...

²⁷⁰ J. DABIN, *L'Etat ou le politique*, pp. 77-103 en pp. 188-190.

²⁷¹ DUVERGER, *Sociologie politique*, pp. 278-284.

²⁷² DUVERGER, *op. cit.*, pp. 375-377.

²⁷³ Voor de *Grote Winkler Prins* betekent "Politiek" eenvoudigweg, overeenkomstig Aristoteles trouwens, de Staatskunst — de stad of de Staat betreffende" (Deel 15, v° "Politiek", p. 532); de *Grand Larousse Encyclopédique* (v° "Politique") geeft een gelijkaardige definitie.

De *Dictionnaire de la langue française* van PIERRE ROBERT heeft de grote verdienste rekening te houden met de veelvuldige domeinen van handelingen, feiten of omstandigheden die men "politiek" heet, en te verduidelijken, dat politiek nu eens een adjectief en dan weer een substantief is. De politiek — gesubstantiveerd — is in het woordenboek van de Académie française al wat verband houdt met het besturen van een Staat en de leiding van de betrekkingen daarvan met andere Staten.

²⁷⁴ P. FORIERS, *Le droit investi par la politique*, toespraak op de plechtige openingszitting van de Universiteit de Brussel op 4 oktober 1974.

²⁷⁵ In recente, voortreffelijke werken is beklemtoond hoe verkeerd het is de politieke en administratieve functies volledig van elkaar los te willen maken. Zie ANDRÉ MOLITOR, *L'Administration de la Belgique*, p. 39 e.v. Raadpl. ook F. DELPEREE, "Politique et administration", *Res Publica* 1973, p. 429 e.v.

²⁷⁶ In de Franse tekst van de Wet van 1 augustus 1974 tot oprichting van gewestelijke instellingen worden aan de instellingen opdrachten gegeven in "la politique d'expansion, de l'emploi, du logement, de la santé publique", hetgeen de Nederlandse tekst met meer nauwkeurigheid omschrijft als zijnde "het beleid inzake expansie, tewerkstel-

geven i.v.m. de stellingen aangaande de verhouding tussen de politiek en de jurisdictionele functie.

Ik bedoel enkel te handelen over de jurisdictionele functie en niet over alle problemen i.v.m. de rechter en de politiek. Nochtans wijs ik er terloops op, ook omdat de pers hier te lande het bericht heeft, dat enkele magistraten in een buurland, door in het openbaar bepaalde houdingen en resoluties te verdedigen, het voor de publieke opinie misleidende en haar vertrouwen in de justitie schokkende, ja vernietigende schouwspel hebben gegeven van een schadelijk door elkaar halen, enerzijds van de taak van de rechter, die uiteraard onpartijdig en neutraal is tegenover de ideologische, economische of institutionele conflicten en opties, en anderzijds de "politieke" opdracht van de grondwetgevers, parlementen en regeringen op wie het rust tot de oplossing, de keuze, de beslissing te komen. Wegens de aard van zijn ambt mag een magistraat publiekelijk geen stelling nemen voor of tegen dergelijke opties²⁸¹ ²⁸².

De hoven en rechtbanken behoren vanzelfsprekend tot de instellingen van de Staat; in de ruime betekenis zijn zij een deel van de regering der civitas; zij participeren zodoende aan het gezag van de Staat en oefenen dus een "politieke" functie uit²⁸³ ²⁸⁴. "The judicial system is (also) a part of the political system"²⁸⁵.

"On parvient si peu à définir la justice politique", schrijft de h. *Lindon*, eerste advocaat-generaal bij het Franse Hof van Cassatie, "que beaucoup persistent à se demander si l'accouplement des deux termes n'est pas contraire à la nature des

²⁸¹ "Congrès des magistrats du Syndicat de la magistrature", op 24, 25, 26 november 1972 te Parijs gehouden, waar een motie gestemd werd luidens welke "le juge doit faire céder les prérogatives de la propriété devant la défense des droits des travailleurs" (*Le Monde*, 28 november 1972). Mededeling van hetzelfde syndicaat betreffende de zaak Lyr (*Le Monde*, 28 augustus 1973). De polemiek tussen de balie van Rijsel en het syndicaat over dezes aanwezigheid op een persconferentie op touw gezet door de partijen in een aan een gerecht onderworpen zaak (*Le Monde*, 6-7 oktober 1974).

²⁸² AYDALOT, eerste voorzitter van het Franse Hof van Cassatie, heeft, toen hij zekere van die afwijkende houdingen brandmerkte, zeer oordeelkundig gezegd: "Quand il s'agit de revendiquer ou de défendre notre indépendance, nous invoquons la séparation des pouvoirs. Mais ce principe n'est pas en sens unique. S'il veut que son indépendance ne soit pas remise en cause, le judiciaire ne doit pas s'immiscer dans le législatif (...). Au surplus, une prise de position publique contre la loi priverait le juge de ce capital irremplaçable d'impartialité et de neutralité qui fait sa force (...). Si le juge a proclamé son hostilité à la loi, le plaideur sera tenté de la récuser. Alors ce sera la fin de la justice" (toespraak van 2 oktober 1974 op de plechtige openingszitting, *Le Monde*, 4 oktober 1973).

²⁸³ J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, p. 37.

²⁸⁴ A.J. CNOOP KOOPMANS, "Rechter en politiek", *N.J.B.*, 1973, 630-638.

²⁸⁵ FRED. L. MORRISSON, *Courts and the political process in England*, Sage Series on politics and the legal order, volume III, p. 18.

choses"²⁸⁶ ²⁸⁷.

Een constitutioneel hof dat zou bestaan uit door het parlement verkozen "rechters", en ten doel zou hebben, zoals door sommigen²⁸⁸ voorgesteld werd, te beslissen over *wijzigingen* in de betekenis en de draagwijdte van de grondwettelijke normen, waarvan het aannemen of tolereren opportuun zou blijken, zou geen rechtscollege meer zijn maar een politieke autoriteit want het zou de plaats van de grondwetgevende macht innemen.

Geen "politieke autoriteit" of rechtscollege is integendeel de instelling gevormd door onafhankelijke, de rechten der verdediging eerbiedigende rechters, die abstract is aangewezen om kennis te nemen van misdrijven, bepaald door op allen toepasselijke wetten, zelfs indien zij politieke misdrijven geheten worden, hetzij omdat zij aan de interne of externe "politieke" instellingen afbreuk doen, hetzij omdat zij met een politieke beweegreden begaan worden²⁸⁹.

Een dergelijk rechtscollege is evenmin politiek als het gespecialiseerde rechtscollege uitspraak doende over het administratief contentieux, "administratief" is, d.w.z. deel uitmakend van de hiërarchie van het bestuur.

Sommige auteurs, zoals A.W. *Green*²⁹⁰, heten ook een aantal louter jurisdictionele bevoegdheden van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen ten onrechte en verkeerdelijk van "politieke aard"²⁹¹.

²⁸⁶ R. LINDON, *Justice — Un magistrat dépose*, Presses universitaires de France, 1975, p. 64. Raadpl. ook BENJAMIN CONSTANT, *De la justice politique*, druk 1973, Presses Université de Laval; R. CHARVIN, *Justice et politique*, Parijs, 1968.

²⁸⁷ Geen rechtscollege is de hof of rechtbank geheten autoriteit die ofwel bestaat uit door de regering of het parlement — een politieke autoriteit — om hun persoon gekozen rechters tot berechting van persoonlijk geïndividualiseerde beklaagden, ofwel uitspraak moet doen over "beschuldigingen" die enkel slaan op de manier waarop ministers, officieren of ambtenaren, zonder een overtreding van de strafwet of een door een andere rechtsregel strafbaar gesteld feit te begaan, de opdrachten waarmede zij belast waren, uitgevoerd hebben, ofwel nog aan de richtlijnen van de regering moeten gehoorzamen. (R. LINDON citeert o.m. op p. 73, de vervolgingen, voor het Hof te Rijsel, tijdens de tweede wereldoorlog ingesteld tegen Léon Blum, Daladier, generaal Gamelin en Pierre Cot, die als de verantwoordelijken voor de Franse nederlaag in 1940, aangewezen waren).

²⁸⁸ Raadpl. o.m. het voorstel van professor PAUL DE VISSCHER in zijn artikelen in *La Libre Belgique* van 9 tot 12 december 1963.

²⁸⁹ P.H. BAKKER SCHUT, bestempelt, in een artikel verschenen in het *Nederlands Juristenblad* 1975, 203-212, "Politieke justitie in de Bondsrepubliek Duitsland", m.i. ten onrechte als politiek de rechtspreking over de gemeenrechtelijke misdrijven die door de R.A.F./Rote Armee Fraktion zouden gepleegd zijn bij wijze van protest tegen de Amerikaanse inmenging in Vietnam.

²⁹⁰ A.W. GREEN, *Political integration by jurisprudence — The Work of the Court of Justice of the European Communities in European Political Integration*, A.W. Sijthoff, Leiden 1969.

²⁹¹ Raadpl. de commentaar bij voormeld werk van A.W. GREEN in *J.T.*, 1972, 216 e.v.

Steeds maar dezelfde verwarringen; leken kunnen of willen niet begrijpen dat de rechter abstractie maakt van zijn persoonlijke "politieke" opinies, en zij verwarren rechtspreking met het voorwerp van de betwisting of het probleem waarover uitspraak moet worden gedaan²⁹².

Maar hoe dikwijls nog hoort men niet beweren in algemene en onduidelijke bewoordingen dat de rechters doen aan politiek — "politiek" zonder meer, of nu eens economische dan aan sociale politiek — of hierdoor beïnvloed of geleid worden. Zulke beweringen vindt men zelfs in geschriften van de hand van de beste auteurs, b.v. bij *Van Gerven*, die schrijft²⁹³, dat de rechters nolens et volens aan politiek doen en een standpunt innemen omtrent waardebeoordelingen. Een vooraanstaand politiek bibliograaf schrijft in een commentaar bij een Frans werk, dat "de rechters zich onvermijdelijk door hun politieke opinies laten leiden"²⁹⁴.

In de titels van zeer talrijke, inzonderheid Amerikaanse publikaties worden de begrippen rechtspreking en politiek tezamen genoemd²⁹⁵, wat onvermijdelijk een gevaarlijke verwarring sticht²⁹⁶.

²⁹² Evenmin politiek is de rechtsbedeling van het uiteraard onafhankelijke en de rechten der verdediging eerbiedigende Hof van Cassatie, dat met toepassing van artikel 90 van de Grondwet uitspraak doet omtrent een inbeschuldigingstelling, terwijl deze toch beslist wordt door een politieke overheid — de kamer van volksvertegenwoordigers — en gegrond is op een in algemene en onpersoonlijke bepalingen omschreven misdrijf, waarbij de bezwaren bovendien op onafhankelijke wijze tijdens een door magistraten verricht vooronderzoek of onderzoek kunnen worden nagegaan.

²⁹³ W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, p. 138.

²⁹⁴ Politieke bibliografie, verschenen in *Le Soir* van 11 februari 1973.

²⁹⁵ a) Voorbeelden hiervan zijn: GEORGES F. COLE, University of Connecticut, *Politics and the Administration of Justice*, en FRED. L. MORRISON, University of Minnesota, *Courts and the Political Process in England*, Sage Series on Politics and Legal Order, Beverly Hills, London.

b) Zie de bibliografie bij het document betreffende "sentencing", in 1974 gepubliceerd door de Raad van Europa, Europees Comité voor strafrechtelijke vraagstukken, waarin talrijke werken worden vermeld met titels als: "sentencing policy of Criminal Courts"; "the prosecutor: an inquiry into the exercise of discretion"; "some aspects of judicial sentencing policy"; "magisterial policy in the London juvenile Courts".

²⁹⁶ Dienaangaande zij alleen vermeld:

a) dat deze werken vooral handelen, hetzij over de wijze waarop de keuze geschiedt van de Amerikaanse rechters en attorneys, die meestal worden aangewezen door verkiezingen waarin de politieke partijen met elkaar in het strijdperk treden, hetzij over de wijze waarop de "attorneys general", leden van de regeringen en hun medewerkers, het instellen van de strafvordering opvatten, hetzij over de onderwerping van sommige Europese parketten, die niet de onze zijn, aan de richtlijnen van de regeringen om al dan niet een vervolging in te stellen, hetzij, tenslotte, op een geheel ander gebied, over de door de strafrechters gemaakte keuze om aan de delinquenten, echter binnen de door de regels van het positief recht vastgestelde grenzen, de meest geschikte straffen of maatregelen op te leggen. Omdat het woord "keuze" valt, spreekt men van politiek, strafrechtelijke politiek. Het is duidelijk dat het hier niet gaat om een partijdig handelen of om een stellingneming op terreinen die niet in het jurisdictionele liggen;

Over het algemeen immers worden de noodzakelijke correcties niet aangebracht: de Amerikaanse instellingen en de onze zijn niet dezelfde, onze rechters hebben tradities en plichten, die verschillen van die welke men i.h.b. aan de Amerikaanse rechters toeschrijft²⁹⁷.

Kan bij ons het behoren tot een politieke of ideologische strekking bij benoemingen al een rol spelen, het komt zelden of zelfs uitzonderlijk voor, in strijd met wat in de meeste kringen wordt geloofd, dat zulks in de beslissingen van de hoven en rechtbanken *doorwerkt*. Enige invloed is eventueel mogelijk, met betrekking tot de vage, evolutieve of ruime begrippen, maar hij kan niet verder reiken, anders zou onze rechtspreking politiek partiaal of partijdig zijn, m.a.w. niet meer bestaan.

Andere oorzaken van dwalingen in de opinie: de gemeengoed geworden bewering dat onze rechtbanken een klassejustitie bedrijven²⁹⁸ en dat onze rechters conservatief zijn.

Er zij terloops aan herinnerd dat thans de magistraten uit alle sociale lagen gerecruteerd worden, en dat alle burgers het gerechtelijk ambt kunnen bekleden.

Volgens lichtvaardige, onbevoegde en kwaadwillige beweringen^{299 300 301} begunstigen de rechtban-

b) dat werken die gewijd zijn aan het Amerikaanse rechtswezen, met name aan de "Supreme Court", het curriculum vitae van de rechters opgeven, inzonderheid hun vroegere activiteiten in politieke partijen, vakbonden, regeringen ... en vervolgens in de uitspraken welke door die magistraten werden gewezen of door hen in hun "dissenting opinions" werden aangevochten, de invloed trachten terug te vinden van hun persoonlijke opinies of die van het milieu waaruit zij voortkomen.

Raadpl. P. VIALLE, *La Cour Suprême et la représentation politique aux Etats-Unis*, p. 209 e.v. Deze auteur vermeldt o.m. de werken van de "Schubert School", die zich ten doel stelden de variabelen te meten die de houdingen van de leden van de "Supreme Court" onder het voorzitterschap van Chief Justice Warren hebben bepaald.

²⁹⁷ In de best ingeliche pers meent men ook te mogen beweren, en zij die dit doen beschouwen het verschijnsel als volkomen normaal, dat de rechters, o.a. die van het Constitutioneel Hof van de Duitse Bondsrepubliek, zich in hun beslissingen laten leiden door de goed- of afkeuring van de regeringspolitiek (*Le Monde* van 7 juni 1973 berichtte, dat omtrent het met Oost-Duitsland gesloten verdrag de rechters van het Bundesverfassungsgericht in twee kampen zouden uiteengevallen zijn: zij die de regeringspolitiek inzake betrekkingen met het Oosten gunstig waren gestemd en zij die de oppositie wilde helpen).

²⁹⁸ M. STORME, "De achterkant van het gerecht — Kanttekeningen bij een openingsrede", *R.W.*, 1973-74, 449 e.v. Zie ook A.J. CNOOP KOOPMANS, "Rechter en politiek", *N.J.B.*, 1973, 633-634.

²⁹⁹ A.J. ARNAUD, een Italiaanse auteur aanhalend, durft het aan in een publikatie van zeer hoog wetenschappelijk gehalte te schrijven, dat de jurist in wezen een in de dienst van de overheersende klasse geïntegreerd wezen dus een actief medewerker in de klassenoverheersing is (*Archives de philosophie du droit*, nr. 17, 1972).

J. FAUVET denkt te mogen schrijven in *Le Monde* in een artikel dat wordt genoemd in het werk van R. LINDON, *La justice, un magistrat dépose*, p. 87, "dat de rechtsbedeling altijd de weerspiegeling van een klasse of althans van een maatschappij is. Een feit is dat daarin de doodstraf gemakkelijker wordt gevorderd tegen een communist dan

ken de bezittende of invloedrijke klassen. De rechters verdedigen zeker de rechten die uit de eigendom voortvloeien en laten niet toe, o.a. dat tijdens sociale rellen eigendommen worden vernield, beschadigd of bezet³⁰² ... maar zij passen zodoende louter de normen van het positief recht toe die de rechten van ieder rechtssubject, zowel uit de minder gegoede standen als uit de andere, beschermen en zij mogen geenszins, op straffe dan aan klassejustitie te gaan doen, sancties uitspreken wegens schending van het recht van eigendom van de enen en niet wegens schending van hetzelfde recht der anderen. Moet het recht van de ene minder ruim zijn dan dat van de andere, dan staat het aan de wetgever en niet aan de rechter daarover te beslissen.

Indien, wegens een sociale evolutie, bezettingen van de lokalen implicerende rechten op de bedrijven, aan de stakeholders toegekend moeten worden ... dan dient dit, na raadpleging van de bevoegde sociale groepen en met eerbiediging van de vrijheden van al de werknemers door de vertegenwoordigers van de Natie, beslist te worden.

De rechters zouden, althans vandaag, geen elementen in het geldend positief recht kunnen inroepen om dergelijke rechten te kunnen verlenen³⁰³.

De rechter is behoudsgezind, zegt men, wat nogmaals zou bewijzen dat hij aan politiek doet, aangezien hij zou beslissen op grond van een voor-

tegen een activist ... tegen een adjudant dan tegen een generaal"!!!

³⁰⁰ In een referaat voor het XIe Congres van de Association internationale de droit pénal, gepatroneerd door een "centrum" van het Instituut voor Sociologie van de Universiteit Brussel, aan het opstellen waarvan twee magistraten hebben deelgenomen, staat de volgende lichtvaardige en ergerlijke uitspraak te lezen: "Men lette op de omvang van de werkzaamheden die objectief en streng wetenschappelijk (!!!) aantonen, hoezeer de strafrechtspreking varieert naargelang van de economische positie van de justitiabelen, hetgeen bewijst dat La Fontaine nog steeds gelijik heeft, waar hij zegt 'selon que vous serez puissant ou misérable'..."

³⁰¹ De rechtbanken veroordelen weliswaar niet strafrechtelijk alle belastingplichtigen die de belastingwet ontduiken of alle zakenlieden of eigenaars die verduisteringen, valsheden, oplichtingen of omkoppingen zouden hebben gepleegd ... , maar vraagt men zich wel met de vereiste ernst af, of de feiten steeds, zoals zou moeten gebeuren, door de private of openbare instellingen en door de getroffen ondernemingen bij de parketten worden aangegeven of hun ter kennis worden gebracht?

In onze democratieën beschikken de parketten gelukkig niet over onbegrensde bevoegdheden van opsporing, onderzoek en initiatief. Er werd eveneens geschreven — en ik zal de vooraanstaande hoogleraar niet noemen die dit onlangs deed — dat de rechtbanken de burgerrechtelijke geschillen betreffende minder gegoeden minder zorgvuldig behandelen dan die waarin de bezittende klassen betrokken zijn. Het moge volstaan hier te betreuren dat dergelijke onwaarheden aan onze jeugd kunnen worden onderwezen.

³⁰² Raadpl. Arbh. Brussel, 5 februari 1973, *J.T.* 1973, 125, en 12 februari 1973, *Revue de droit social*, 1973, 294.

³⁰³ Raadpl. o.a. "A propos des occupations d'usines", *Gaz. Pal.*, 1974, Doctrine p. 887 e.v., "L'occupation des lieux de travail accessoirement à la grève", *D.*, 1974, Chron. XXVI.

keur voor de bestaande instellingen of maatschappelijke ordening³⁰⁴.

Conservativisme van de rechter ... onoverdachte bewering van iemand die slecht is ingelicht of geen ervaring heeft, of in elk geval van iemand die de aan de rechter toevertrouwde opdracht misprijst. Moet deze rekening houden en houdt hij rekening, zoals wij er reeds de nadruk op legden, met de evolutie van sommige ruime begrippen, zoals b.v. openbare orde, goede zeden, gelijkheid, rechtsmisbruik ... en van bepaalde regels die veranderen door de uitwerking van de nieuwe wetten en de evoluerende algemene beginselen, hij kan de instellingen en de regels, die het thans vigerend positief recht vormen, niet wijzigen of negeren, ook al acht hijzelf ze onaangepast of achterhaald³⁰⁵.

Alleen de grondwetgever, de wetgever en andere autoriteiten die met de normatieve macht zijn bekleed en beslissen volgens nauwkeurige regels welke een ieder de mogelijkheid moeten bieden zich te uiten of controle op de beslissing uit te oefenen, hebben de macht om die instellingen en regels te wijzigen, aan te vullen of op te heffen. Zolang zij dit niet hebben gedaan, moet de rechter ze nakomen en, inderdaad, in deze zin "behoudt" hij, is hij conservatief. Maar is dit niet de opdracht die hem door de Grondwet is verleend?

De geleerdste juristen onderhouden of stichten soms een verwarring of dubbelzinnigheid. Zo schrijft *Danièle Loschak* o.m. dat bij de bestudering van de rechtspraak van de Franse Conseil d'Etat het illusoir karakter van de onpartijdigheid van de rechter blijkt, — dat "de traagheid waarmee de evolutie van het Frans maatschappelijk leven in zijn rechtspraak doorwerkt, (...) wel wijst op het resultaat van een politieke keuze en dat zijn conservatisme hand in hand gaat met zijn gehechtheid aan de liberale denkwijze"³⁰⁶. "(Men kan) spreken

³⁰⁴ Bepaalde beweringen zijn bijzonder schadelijk, omdat zij geuit worden met een oppervlakkige kennis van de jurisdictionele functie zonder enig inzicht zowel in de noodzaak van rechtszekerheid als in het onderscheid tussen wetgevende en rechtsprekende opdrachten. Aldus CH. LA-ROCHE-FLAVIN in een beoordeling van het Franse Hof van Cassatie, in *La machine judiciaire*, Edition du Seuil, 1968, p. 8.

³⁰⁵ Inzonderheid in geschillen of opvattingen over staking en recht van eigendom konden onlangs de evidentste dwalingen worden vastgesteld.

CROMBAG, DE WYKERSLOOTH en COHEN melden in hun uitstekende studie, *Het rechterlijk oordeel*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1973, p. 23, dat de president van de Amsterdamse Rechtbank, die met betrekking tot het recht van staking op de rechtspraak van de Hoge Raad had gesteund (arrest van 15 januari 1960, *N.J.*, 1960, 84), beschouwd werd als een conservatief rechter die geen oog heeft voor nieuwe gedachten ("een conservatief man is en daarom maar zijn ogen (sluit) voor de nieuwe denkbeelden") daar hij zich niet had laten leiden door een recent wetontwerp dat echter weinig kans maakte om te worden goedgekeurd omdat "de verschillende belangengroeperingen daar verschillend over denken".

³⁰⁶ D. LOSCHAK, *op. cit.*, pp. 318, 322 en 244; zie ook p. 317.

— nog steeds volgens dezelfde studie — van een verzet van de administratieve rechter tegen de institutionele veranderingen, hoewel deze veranderingen het eindpunt vormen (...) van een langzaam gegrijpte, door de meerderheid van het kiezerskorps aanvaarde evolutie”³⁰⁷.

Niet onpartijdig is gewis de rechter die bij zijn uitspraak een bepaalde klasse van de maatschappij wil begunstigen en zich voegen naar haar opvattingen, die weigert zich te onderwerpen aan de wil van de meerderheid van het kiezerskorps, *voor zover deze wil neergelegd is in de rechtsregels en de instellingen*, beslist door de representatieve machten der Natie. In dat geval doet hij aan politiek omdat hij aldus zijn eigen opvattingen over de maatschappelijke ordening stelt in de plaats van de regels en beginsels van het positief recht die hij zou moeten toepassen, meteen opties makend, wat een kenmerk van de politiek is.

Echter lijken de verwarring stichtende stellingen van voornoemde briljante academica, mij te worden tegengesproken door een grondig kritisch onderzoek van haar merkwaardig betoog.

D. Loschak beklemtoont trouwens zelf, dat de van kracht zijnde grondwet, wetten en rechtsbeginselen de opvattingen of de structuren, waaraan de rechter zich onderwerpt, in stand houden^{308 309}.

Het is zonneklaar, dat dergelijke onderwerping die is welke de rechter moet betrachten. Hem dit verwijten is buiten kijf de duidelijke uiting van de te ver grijpende en vlijtig onderhouden verwarring met betrekking tot de plichten van de rechter die trouw moet blijven aan de instellingen en regels welke de vertegenwoordigers van de Natie beslissen of in stand houden. Men schijnt uit het oog te verliezen, dat, zo de rechter aldus niet aan politiek doet, hij daarentegen wel die weg zou opgaan indien hij zijn beslissingen steunde op opvattingen, die, al zouden zij de goedkeuring van belangrijke opiniegroepen vinden, met de bestaande instellingen en rechtsregels strijdig zijn.

Wanneer problemen waarop o.m. publieke eisen en spanningen betrekking hebben, aan de rechtbanken worden voorgelegd, worden hun beslissingen vaak als politieke beslissingen bestempeld: aldus in de Verenigde Staten de gelijkheid tussen enkelingen³¹⁰, inzonderheid die tussen de verschil-

lende rassen, in onze landen o.m. de gelijkheid in rechten van man en vrouw die gelijk dienen te zijn³¹¹.

Er wordt eveneens gezegd, dat bepaalde andere beslissingen noodzakelijk politiek zijn. Dergelijke beslissingen zouden zijn de vonnissen en arresten, waarbij wordt beschikt dat een handeling of een niet-handelen van de Regering, de administratie of zelfs de wetgevende macht strookt met het recht of niet en moet leiden of niet tot een sanctie, een maatregel, een bepaalde gedraging³¹². Deze beslissingen hebben *betrekking* op "politieke" conflicten of instellingen, maar zijn desondanks daarom nog *geen* politieke beslissingen. Het is dus verkeerd te zeggen en te schrijven, dat in dergelijke gevallen het aan het gerecht onderworpen geschilpunt "meer van politieke dan van juridische aard is"³¹³. Onder zijn politiek aspect bekeken, gaat dit noch de hoven, noch de rechtbanken aan³¹⁴.

De jurisdictionele toetsing van de normen, o.a.

³¹¹ Het arrest van 24 januari 1973 van het Hof van Cassatie (*Arr. Cass.*, 1973, 534, *Bull. en Pas.* 1973, I, 509) heeft enkel en alleen kunnen beslissen, dat de toekenning, bij de artikelen 154 en 157 van het Koninklijk Besluit van 20 december 1963, van werkloosheidsuitkeringen aan mannen en vrouwen de regel van de gelijkheid niet heeft kunnen schenden, daar die toekenningswijze berustte op de in werkelijkheid getrokken lonen die verschillend waren voor mannen en vrouwen. De beslissing of die verschillende bezoldigingen al dan niet schending van genoemde gelijkheid opleverden was een ander, aan de beoordeling van het Hof niet onderworpen punt.

³¹² FRED L. MORRISON, *Courts and political process in England*; GOLDMAN, *The federal judicial system*, p. 37.

Op een colloquium betreffende het jurisdictioneel toezicht over de grondwettigheid van de wetten zou prof. MOUREAU hebben verklaard: "Les juges répugnent à s'avancer sur un terrain "qui a des conséquences politiques" (*J.T.*, 1975, 214).

Wat betekent dit? Als zulks het geval is, dan zouden de zaken waarin de rechters zich liever zouden onthouden van elke uitspraak, zeer talrijk zijn... dit natuurlijk ten nadele van de doeltreffendheid, het nut en de verplichtingen van de rechtsprekende functie.

³¹³ Commentaar bij een arrest van 19 juni 1970 van de Franse Conseil constitutionnel in *Cahiers de droit européen*, 1972, 219.

D. LOSCHAK, *op. cit.*, p. 126, die vaststelt dat de Conseil d'Etat in zijn arrest omtrent de staking der ambtenaren rekening moest houden met de regel van "de continuïteit der openbare diensten", schrijft dat dit rechtscollege dus "un choix éminemment politique" te maken had, daar "stakingsrecht en continuïteit politiek gekleurd zijn". Waarom toch?

³¹⁴ Sommigen zijn de mening toegedaan (raadpl. referaat — in fine — van prof. WAELBROECK aan het internationaal congres dat door de F.I.D.E. te Luxemburg in mei 1973 werd gehouden), dat de nationale gerechten niet de verplichting hebben zich tot het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen te wenden wanneer zij van zins zijn aan een gemeenschapsnorm of handeling een interpretatie te geven die gunstig is voor de Europese integratie, terwijl zij wel daartoe verplicht zouden zijn in het tegenovergestelde geval. Daarbij verliest men uit het oog dat noch de nationale rechterlijke instanties, noch het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de bevoegdheid of de opdracht hebben deze integratie in de hand of tegen te werken — wat het bedrijven van politiek zou wezen. Hun plicht is de interpretatie te geven die uit de tekst en de geest der verdragen naar voren komt, of deze nu voor die integratie gunstig is of niet.

³⁰⁷ D. LOSCHAK, *op. cit.*, p. 312.

³⁰⁸ D. LOSCHAK, *op. cit.*, p. 163, 186 en 238.

³⁰⁹ De Conseil d'Etat kan geen politiek rechter geheten worden, omdat hij wettig verklaart de interventies van de overheid, geschied overeenkomstig de rechtsregels en die ten doel hebben de staatsinstellingen te vrijwaren. Dat college zou daarentegen die benaming wel verdienen, indien juist zou zijn dat, zoals de auteur meent te mogen beweren, het pressies van de zijde der regering toelaat (zie *op. cit.*, pp. 243, 245, 273 en 324).

³¹⁰ Men raadplege de uitvoerige en interessante rechtspraak van de Zwitserse Federale Rechtbank in ANDRÉ FABRE, *Droit constitutionnel suisse*, Editions universitaires Fribourg, 1970, pp. 256-272.

van de wetten, brengt dikwijls uitlatingen van dezelfde aard tewegg. Zo schrijft men dat, bij het verrichten van een dergelijke taak, de rechter ofwel noodzakelijk een standpunt inneemt omtrent een politieke kwestie of een politiek vraagstuk³¹⁵, ofwel wordt betrokken "in een politieke strijd waarin hij met het oog op zijn positie niet thuishoort", ofwel "van zeer nabij de politiek raakt"³¹⁶.

Men voert ook aan, en ditmaal volkomen terecht, dat de opdracht van de rechter niet is een oordeel te vellen over de politieke keuze die wordt gerechtvaardigd of opgelegd door nationale of in-

ternationale vereisten. Maar deze evidentie brengt natuurlijk niet met zich dat de rechter zijn bevoegdheden te buiten zou gaan, door te beslissen dat een bepaalde norm — reglement, ministerieel of koninklijk besluit ... wet — door het vastleggen van een dergelijke optie, een hogere norm van het nationale of het internationale recht heeft geschonden.

Er bestaat niet het minste verband tussen de vaststelling van zulke schending en een beoordeling van de gemaakte politieke keuze.

Het zou tenslotte wenselijk zijn dat men duidelijk het verschil ziet dat moet worden gemaakt tussen "politieke beslissing" en de "politieke repercussies" van een arrest of van een vonnis.

Talrijk zijn de rechterlijke beslissingen, die gewezen worden met toepassing van de rechtsregels welke de rechter verplicht is in acht te nemen, maar die ten onrechte of terecht politieke reacties wekken of een politieke terugslag hebben. De rechter die zulke beslissing neemt, doet natuurlijk niet aan politiek ... maar hij zou dit wel doen, zo hij zijn vonnis of arrest ging modelleren of zo hij wegens die mogelijke of waarschijnlijke politieke terugslag zou weigeren uitspraak te doen.

³¹⁵ Vermelden wij een recente uitspraak van prof. A. VRANCKX, gewezen minister van Justitie. Hij verklaart dat de rechter, die zou beslissen dat een wet artikel 23 van de Grondwet schendt, zulks alleen zou kunnen doen met in-neming van een politiek standpunt (*Volksgazet*, 23 december 1974). Dit is moeilijk te vatten: de rechter die deze naam waardig is, moet zijn persoonlijke overtuiging m.b.t. de al dan niet gegrondheid van het bestaan van taalvrijheid het zwijgen opleggen en zich ertoe beperken de wet-telijke norm te toetsen aan die van de Grondwet.

³¹⁶ RITTERPACH, rechter in het Bundesverfassungsgericht van de Duitse Bondsrepubliek, "De taak van het grondwet-telijk federaal Hof in de politieke en rechterlijke inrichting van de Duitse Bondsrepubliek", *Belgisch Bulletin van de In-ternationale Unie van Magistraten*, december 1969, p. 10.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 25 APRIL 1975

Voorzitter : de h. Delahaye

Raadsheer-rapporteur : de h. de Vreese

Advocaat-generaal : de h. Tillekaerts

Advocaten : mrs. A. Houtekier en H. De Bruyn

Geneeskunst—1. Uitoefening—Verplichte inschrijving op de lijst van de Orde der Geneesheren—Vrijheid van vereniging—Rechten van de mens—2. Tuchtrecht—a) Tuchtmaatregel—Gelijkheid van alle Belgen—b) Een enkele straf voor verscheidene inbreuken—Cassatiemiddel betreffende één inbreuk—c) Gebruik maken van een recht zonder enig misbruik—Geen fout.

1. De verplichting zich op de lijst van de Orde der Geneesheren te laten inschrijven om de geneeskunde in België te mogen uitoefenen gaat de grenzen niet te buiten van de voor de bescherming van de gezondheid nodige beperkingen van de vrijheid van vereniging, die door art. 11, lid 2, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens worden toegestaan.

2. a) De regel van de door art. 6 Grondwet gewaarborgde gelijkheid van alle Belgen voor de wet belet de tuchtrechter niet om, rekening houdend met de aan elk individueel geval eigen omstandigheden, voor dezelfde inbreuk verschillende sancties of voor verschillende in-

breuken een zelfde sanctie op te leggen. Binnen de bij de wet gestelde perken bepaalt de rechter in feite en derhalve soeverein de sanctie die hij voor iedere beklaagde in verhouding acht met de zwaarte van de bewezen verklaarde inbreuken.

b) Niet ontvankelijk is het cassatiemiddel tegen een beslissing die in een tuchtzaak een enkele straf voor verscheidene inbreuken uitspreekt, als het middel slechts op één inbreuk betrekking heeft en de straf door de andere gerechtvaardigd is.

c) Het gebruik maken van een recht, met name het uitoefenen van de geneeskunde tegen terugbetalingsta-rieven, wordt geen fout door het systematisch uitoefe-nen van dit recht en/of door een ruchtbaarheid die enkel "uiteraard en onvermijdelijk" ontstaat, als niet enig be-paald misbruik van dat recht wordt vastgesteld.

V. e.a. t/ Orde der Geneesheren

Gelet op de bestreden beslissing, op 24 juni 1974 ge-wezen door de Raad van Beroep met het Nederlands als voertaal van de Orde der Geneesheren ;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 20 en 107 van de Grondwet, 11 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950, goedgekeurd door de wet van 13 mei 1955.

doordat de raad van beroep zich bevoegd verklaart

om van de ingestelde tuchtrechtelijke vervolgingen kennis te nemen en aan de eisers een schorsing oplegt van vijftien dagen van het recht de geneeskunde uit te oefenen om de reden dat de instelling van de Orde der Geneesheren en het verplichte lidmaatschap van deze orde om de geneeskunde in België te mogen uitoefenen de grenzen niet overschrijden van de door artikel 11, lid 2, van voormeld verdrag toegestane beperkingen,

terwijl de opdracht van de orde, te waken over de naleving van de plichtenleer en over de instandhouding van de eer, de discretie, de eerlijkheid en de waardigheid van de geneesheren, vreemd is aan de bescherming van de gezondheid en de grenzen van de door artikel 11 van voormeld verdrag erkende beperkingen op de vrijheid van vereniging wel overschrijdt, zodat de beslissing de in het middel aangewezen wetsbepalingen schendt :

Overwegende dat artikel 11, lid 2, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden bepaalt dat de uitoefening van het recht op vrijheid van vereniging kan worden onderworpen aan de beperkingen die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving nodig zijn, onder meer voor de bescherming van de gezondheid ;

Overwegende dat, luidens artikel 2, lid 2, van het koninklijk besluit nummer 79 van 10 november 1967 betreffende de Orde der Geneesheren, ieder geneesheer, om de geneeskunde in België te mogen uitoefenen, op de lijst van de orde moet ingeschreven zijn ;

Overwegende dat de Orde der Geneesheren een publiekrechtelijke instelling is welke als opdracht heeft te waken over de naleving van de plichtenleer en de instandhouding van de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid en de waardigheid van haar leden ;

Overwegende dat die opdracht geenszins vreemd is aan de bescherming van de gezondheid en voormelde verplichte inschrijving op de lijst van zulke orde de beperkingen van de vrijheid van vereniging die voor de bescherming van de gezondheid nodig zijn, niet te buiten gaat ;

Overwegende dat het middel niet aanduidt waardoor de artikelen 20 en 107 van de Grondwet zouden zijn geschonden ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van artikel 6 van de Grondwet, 16, lid 1, van het koninklijk besluit nummer 79 van 10 november 1967 betreffende de Orde der Geneesheren en van het algemeen rechtsbeginsel van de evenredigheid,

doordat de beslissing aan eerste en derde eiser wegens de feiten A, B en C vermengd en aan eiseres wegens het feit A alleen, één zelfde schorsing oplegt van vijftien dagen van het recht de geneeskunde uit te oefenen,

terwijl het in aanmerking nemen, enerzijds van de drie telastleggingen A, B en C ten laste van de eerste en derde eisers en van slechts de ene telastlegging A ten laste van eiseres en het opleggen, anderzijds van een zelfde straf, de regel van de gelijke behandeling voor de wet schendt en tevens aantoonde dat de uitgesproken straf niet evenredig is met de telastleggingen, zodat de beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en voormeld algemeen rechtsbeginsel schendt :

Overwegende dat de door artikel 6 van de Grondwet gewaarborgde gelijkheid van alle Belgen voor de wet, alleen betekent dat al degenen die zich in een identieke feitelijke toestand bevinden op gelijke wijze moeten behandeld worden ;

Dat die regel de rechter niet belet, rekening houdend met de omstandigheden eigen aan elk individueel geval, aan verschillende overtreders, voor dezelfde inbreuk verschillende sancties of voor verschillende inbreuken een zelfde sanctie op te leggen ;

Dat het middel, in zoverre het schending aanvoert van voormeld artikel 6 of van het "algemeen beginsel van de evenredigheid", naar recht faalt ;

Overwegende dat de tuchtrechter, binnen de bij de wet gestelde perken, in feite en derhalve soeverein de sanctie bepaalt die hij voor iedere beklaagde in verhouding acht met de zwaarte van de bewezen verklaarde inbreuken ;

Dat het middel, in zoverre het stelt dat de uitgesproken sancties niet evenredig zijn met de telastleggingen, erop neerkomt de feitelijke beoordeling te kritiseren en derhalve niet ontvankelijk is ;

Over het derde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 6, 2°, van het koninklijk besluit nummer 79 van 10 november 1967 betreffende de Orde der Geneesheren, 23, 1°, 25, §§ 1 en 7, 34, §§ 4 en 7, van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, zoals gewijzigd door de wetten van 24 december 1963, 6 juli 1964, 8 april 1965, 7 juli 1966, 27 december 1967, 27 juni 1969, 26 maart 1970, 18 april 1970, 9 juni 1970 en door de koninklijke besluiten van 30 juli 1964, 22 maart 1965, 17 juli 1967, 10 november 1967, 28 juni 1969 en 22 december 1969, 1134 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat de beslissing aan de eerste en derde eisers wegens de feiten A, B en C vermengd en aan eiseres wegens het feit A alleen, één zelfde schorsing oplegt van vijftien dagen van het recht de geneeskunde uit te oefenen, om de reden dat de eisers systematisch de geneeskunde beoefenen tegen de terugbetalingstarieven, zonder remgeld te eisen, voor al hun patiënten zonder onderscheid, en in Merelbeke en omstreken praktisch gans het geneesherenkorps dit remgeld overeenkomstig de wet en de overeenkomst wel eist, hetgeen dan onvermijdelijk bij de bevolking de indruk verwekt van baatzucht van de andere geneesheren, zodat de eisers daardoor storend hebben ingewerkt op de geneeskundige praktijk van hun collega's en in strijd met de medische plichtenleer en met de bescheidenheid en waardigheid van de leden van de orde hebben gehandeld,

terwijl, eerste onderdeel, de eisers het recht hebben hun geneeskundige prestaties uit te oefenen tegen de terugbetalingstarieven zonder remgeld en het uit wetelijk oogpunt onverschillig is of zij dit te gelegener tijd of stelselmatig doen ; bij gebreke aan bepaalde karakterisering van enige foutieve gedraging, de beslissing niet passend rechtvaardigt dat deze met de wet overeenkomende handelwijze tegen de plichtenleer, de waardigheid en de bescheidenheid van de geneesheren zou indruisen ; noch het feit dat de eisers stelselmatig geen remgeld vragen noch het feit dat zulks storend zou inwerken op de praktijk van de meeste geneesheren, die wel een

remgeld vragen, van aard is een disciplinaire fout te kenmerken (schending van de artikelen 6, 2°, van het koninklijk besluit nummer 79 van 10 november 1967, 23, 1°, 25, §§ 4 en 7, van de wet van 9 augustus 1963, 97 van de Grondwet en 1382 van het Burgerlijk Wetboek),

tweede onderdeel, de beslissing enerzijds erkent dat het uitoefenen van geneeskundige prestaties tegen terugbetalingstarieven zonder remgeld een inbreuk is noch op de wet, noch op de conventie en het eisen van remgeld door deze geenszins verplicht is gesteld, maar anderzijds de eisers, louter wegens deze uitoefening, uit hoofde van feit A tuchtrechtelijk veroordeelt, waardoor het eisen van het remgeld ten onrechte toch verplicht wordt gesteld en deze motieven niet van die aard zijn dat zij de beslissing rechtvaardigen (schending van de artikelen 6, 2°, van het koninklijk besluit nummer 79 van 10 november 1967, 23, 1°, 25, §§ 1 en 7, 34, §§ 4 en 7, van de wet van 9 augustus 1963, 1134 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet) :

A. Wat de eerste en derde eisers betreft :

Overwegende dat het middel enkel betrekking heeft op het uitspreken van een tuchtstraf wegens het feit A met name het systematisch werken tegen terugbetalingstarieven ;

Overwegende dat de raad van beroep door de tegen de eerste en derde eisers uitgesproken tuchtstraf niet alleen het systematisch werken tegen terugbetalingstarieven beteugelt maar ook andere tuchtrechtelijke inbreuken ;

Dat, nu de uitgesproken tuchtmaatregel gerechtvaardigd is door de laatstbedoelde inbreuken het middel, bij gebrek aan belang, niet ontvankelijk is ;

B. Wat eiseres betreft :

Overwegende dat de beslissing vaststelt dat eiseres, althans buiten de wachtdienst, op systematische wijze, voor al haar patiënten zonder onderscheid, zich ervan onthoudt het remgeld te eisen, dan wanneer in de streek van Merelbeke, waar eiseres de geneeskunde beoefent, praktisch gans het geneesherenkorps dit remgeld, overeenkomstig de wet en het akkoord, wel eist ;

Overwegende dat de beslissing, na te hebben beschouwd dat het louter feit te werken tegen terugbetalingstarieven op zichzelf niet strijdig is met de wet van 9 augustus 1963 noch met het akkoord geneesheren-ziekenfondsen van 10 (lees 14) januari 1970, beslist dat het systematisch werken tegen terugbetalingstarieven onvermijdelijk ruchtbaarheid verkrijgt onder de bevolking en van die aard is dat het bij de bevolking de ongerechtvaardigde indruk verwekt van baatzuchtigheid van de geneesheren die overeenkomstig de wet het remgeld wel eisen, en dat, door in de gegeven omstandigheden op een dergelijke wijze de geneeskunde uit te oefenen, eiseres storend heeft ingewerkt op de geneeskundige praktijk van haar collega's uit die streek ;

Overwegende dat het gebruik maken van een recht, met name het uitoefenen van de geneeskunde tegen terugbetalingstarieven, geen fout wordt door het systematisch uitoefenen van dit recht en/of door een ruchtbaarheid die enkel "uiteraard en onvermijdelijk" ontstaat, wanneer niet enig bepaald misbruik van dat recht wordt vastgesteld ;

Dat het middel gegrond is ;

Om die redenen,

Verwerpt de voorziening van de eerste en derde eisers ;

Vernietigt de bestreden beslissing in zoverre ze eiseres tuchtrechtelijk veroordeelt tot een schorsing van vijftien dagen wegens feit A ;

Zegt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van de gedeeltelijk vernietigde beslissing ;

Veroordeelt de eerste en derde eisers in de kosten van hun voorziening ; houdt de overige kosten aan opdat erover door het college van verwijzing zou worden beslist ;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar de andere samengestelde raad van beroep met het Nederlands als voertaal van de Orde der geneesheren.

NOOT—Drie huisartsen besluiten in de loop van 1972 een uiteengevallen ruimer groepspraktijkopzet toch verder te zetten. Hun bedoeling, door groepsgeneeskunde betere huisartsgeneeskunde te leveren, concretiseren zij o.m. in de volgende opties : tijd maken om naar de patiënt te luisteren (dus op consultatie hoogstens een viertal patiënten per uur ontvangen) en de patiënt niet (financieel) bestraffen voor zijn ziekte. Deze laatste optie doet hen besluiten principieel geen persoonlijk aandeel (remgeld) van de patiënten te vragen en dus "tegen Z.I.V.-terugbetalingstarieven" te werken. Zij staan zeer positief tegenover een in dezelfde gemeente ontstaan patiënteninitiatief, de patiëntenraad, en publiceren dan ook af en toe een artikel in het tijdschrift van die patiëntenraad.

Op 20 januari 1973 dienen dertien huisartsen uit de omgeving tegen de drie een aanklacht in bij de Provinciale Raad van de Orde der Geneesheren wegens het werken tegen terugbetalingstarief en wegens een zgn. voor de collega's kwetsende medewerking in het patiëntentijdschrift. Tijdens het verschijnen voor het bureau van de Provinciale Raad doet zich een incident met een van de drie voor. Over het feit van de oproeping hangen de geneesheren bovendien een bericht uit in hun praktijkgebouw.

Op 24 oktober 1973 veroordeelt de Provinciale Raad van de Orde der Geneesheren twee van de drie tot één maand schorsing en berispt bovendien nog de incidentenmaker. Als grond van de veroordeling van de twee worden de twee aanklachtmotieven overgenomen en het tuchtcollege voegt hieraan zelf de "ondeontologische aanplakking" toe. De derde geneesheer, een vrouw, loopt een censuur op.

De geneesheren tekenen tegen deze tuchtsancties hoger beroep aan. Ze worden allen op 24 juni 1974 door de Raad van Beroep tot vijftien dagen schorsing veroordeeld. Tegen één onder hen, de vrouw, wordt nochtans slechts één grond aanvaard, m.n. het werken tegen terugbetalingstarief. Dit wordt niet als onwettig gekwalificeerd, maar toch wordt hierover volgende redenering gemaakt : "Overwegende dat het systematisch werken tegen terugbetalingstarieven uiteraard en onvermijdelijk ruchtbaarheid verkrijgt onder de bevolking en van aard is bij haar de ongerechtvaardigde indruk te verwekken van baatzuchtigheid in hoofde van de geneesheren die overeenkomstig de wet het remgeld wel eisen ; dat, — zo het louter feit te werken aan terugbetalingstarieven op zichzelf niet strijdig is met de Wet van 9 augustus 1963 noch met het akkoord geneesheren-ziekenfondsen van 10 januari 1970 — evenwel alieen reeds door, in de gegeven omstandigheden, op een dergelijke manier de geneeskunde te beoefenen de appellanten storend hebben ingewerkt op de geneeskundige praktijk van hun collega's uit die streek ; dat (...) er moet besloten worden dat zij hebben gehandeld in strijd met de medische plichtenleer en met de bescheidenheid en de waardigheid van de leden van de Orde (...)".

Tegen de twee anderen worden de twee overige gronden (tijdschriftartikelen en aanplakking) ook behouden. Het incident vóór het bureau wordt echter niet bewezen geacht.

De drie huisartsen tekenen tegen deze uitspraak cassatieberoep aan met drie middelen.

In het *eerste middel* pleiten zij dat deze uitspraak ten onrechte zegt dat het verplichte lidmaatschap van de Orde der Geneesheren een toegestane uitzondering is op de vrijheid van vereniging, gewaarborgd in artikel 11 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Volgens hen staat de opdracht van de Orde buiten de bescherming van de gezondheid (een van de uitzonderingen in art. 11, tweede lid). Het Hof van Cassatie ontkent deze bewering kortweg en rondt zijn overwegingen over dit middel af door niet te antwoorden op de beweerde strijdigheid van dit verplicht lidmaatschap met de Grondwet, aangezien deze zonder enige toelichting werd aangevoerd. Een grondiger doorlichting van de conformiteit van het verplichte lidmaatschap van de Orde der Geneesheren met de Grondwet en het Europees Verdrag werd door het Hof reeds gemaakt in zijn arresten van 3 mei 1974 (R.W., 1974-75, 77 e.v.) en (nog beter) van 25 juni 1974 (R.W., 1974-75, 108 e.v.).

In het *tweede middel* pogen de eisers in cassatie de uitzondering van de regel van de gelijke behandeling voor de wet aan te tonen (art. 6 G.W.), op grond dat zij met een zelfde straf worden bestraft hoewel zij niet elk dezelfde feiten hadden gepleegd. Ook hier verwerpt het Hof nogal kort dit argument door het invoeren van de concrete "omstandigheden eigen aan elk individueel geval". Het tweede argument om deze gelijke bestraffing van ongelijke telastleggingen te laten vernietigen, m.n. de strijdigheid met een — overigens niet verder omschreven — algemeen rechtsbeginsel van de evenredigheid wordt als een onontvankelijke kritiek van de feitelijke beoordeling verworpen.

In het *derde middel* — in dit concreet geval overigens veruit het interessantste — bestrijden eisers de stelling dat zij zich door het systematisch werken tegen terugbetalingstarief ondeontologisch zouden hebben gedragen. Zij oordelen dat de beslissing van de tuchtrechter in beroep "bij gebrek aan bepaalde karakterisering van enige foutieve gedraging" niet aanduidt *waarom* hun "met de wet overeenkomende handelwijze" toch in strijd zou zijn met de plichtenleer, de waardigheid en de bescheidenheid van de geneesheren en dat door deze beslissing een wettelijk recht in feite onmogelijk wordt gemaakt.

Het Hof verklaart dit middel onontvankelijk bij gebrek aan belang voor de twee geneesheren die nog op andere gronden een tuchtstraf opliepen. Voor de vrouwelijke geneesheer die alleen op deze grond werd gestraft diende het Hof toch tot een nadere analyse over te gaan. Ook deze analyse wordt echter uitermate kort gehouden: het middel wordt aanvaard omdat de tuchtrechter geen misbruik van een *recht* (werken tegen terugbetalingstarieven) vaststelde. Het Hof oordeelt inderdaad dat het systematisch uitvoeren van een recht en/of het "uiteraard en onvermijdelijk" doen ontstaan van ruchtbaarheid geen foutief gebruik is van dat recht. Het geeft echter geen evaluatie van het al dan niet "foutief" karakter van het storend inwerken op de geneeskundige praktijk van collega's uit de streek. Het motiveert overigens helemaal niet zijn interessante, maar slechts impliciete redenering als zou het uitvoeren van een recht slechts een (*deontologische*!) fout zijn wanneer dit recht wordt misbruikt. Het tweede onderdeel van dit middel laat het Hof zonder meer vallen. Het antwoordt niet op de late bewering van de eisers dat het uitvoeren van een recht (in casu het niet-eisen van remgeld) "ten onrechte" wordt onmogelijk gemaakt. De zeer actuele vraag of de deontologie strenger kan zijn dat de wet en een wettelijk handelend tuchtrechtsonderhorige toch kan sanctioneren, wordt dus op een — voor het hoogste rechtscollege betreurenswaardige — lapidaire wijze afgedaan.

Dit is overigens een kritiek die op heel het arrest slaat, het is uiterst kort van stof en vooral zwak gemotiveerd en ook de zojuist gestelde vraag blijft aldus spijtig genoeg onbeantwoord. Voorreest echter een zich opdringende beschouwing over het gebeuren zelf: drie huisartsen nemen de optie geneeskunde uit te oefenen op zo'n sociaal en kwalitatief hoogstaand mogelijke wijze, en komen hierdoor in een ware Kafka-situatie terecht. Ze worden aangeklaagd door collega's die dit minder traditioneel optreden niet aanvaardden en het zelfs voor hun eigen praktijkomvang een bedreiging vinden. Vóór de tuchtraad vinden de drie "huns gelijken" niet, maar

blijkbaar enkel de gelijken van hun aanklagers. De sociale optie van deze geneesheren krijgt bij deze tuchtraad geen woord van waardering, het is slechts een reden tot onhoofse behandeling en zeer harde bestraffing (één maand schorsing is inderdaad een zeer zware sanctie). Op een aan sarcasme grenzende toon wordt het werken tegen terugbetalingstarief gekwalificeerd als een handeling die o.m. in strijd is met de *bescheidenheid* van de leden van de Orde! Terloops kan hierbij worden opgemerkt dat men er zich na de lezing van deze tuchtingsteksten niet over hoeft te verwonderen dat de thans in omloop zijnde voorontwerpen van de Code van medische plichtenleer nergens een uitvoering bevatten van art. 15, § 1, vierde lid, K.B. nr. 79: "In de code worden de beginselen geformuleerd, op grond waarvan de sociale verplichtingen van de geneesheer worden vastgesteld". Men ontsnapt bij dit alles niet aan de vraag hoeveel sociaal engagement van (jonge) geneesheren aan dergelijke deontologische(?) druk reeds bezweken is. Hoeveel hebben voldoende tijd, durf en overtuiging om zich een weg naar cassatie te vechten? Hoeveel willen vanwege deze verbetering tot op het hoogste niveau (met onbegrip?) worden gegipt? De minister van Volksgezondheid De Saeger antwoordde op 13 februari 1975 inderdaad in de senaat op een interpellatie van senator Coppieters (*Parl. Hand., Senaat, 1974-75, 1281*): "Iets anders is dat rond deze sociale houding zoveel ruchtbaarheid wordt gewekt dat het op publiciteit gaat gelijken. En dan loopt het beslist fout wat betreft de collegiale verhoudingen en de waardigheid van het beroep. Met sociaal gevoel loopt men niet te koop. Er is een ander aspect waaraan te weinig aandacht wordt besteed: als het gunstarief niet beperkt blijft tot individuele gevallen maar systeem wordt dan raakt men aan een der mechanismen van de ziekteverzekering. Maar het zou ons te ver leiden daar verder op in te gaan".

Maar keren we terug naar de door het arrest opengelaten vraag: wat is de verhouding tussen deontologie en recht? Het Hof komt tijdens een — bovendien slechts gedeeltelijke — evaluatie van de (feitelijke?) beoordeling van de tuchtrechter in beroep tot de overtuiging dat een geneesheer bij de uitoefening van een recht slechts ondeontologisch handelt, wanneer bewezen wordt dat hij dit recht misbruikt. Zoals reeds gezegd motiveert het Hof deze stelling niet. Maar, afgezien van dit motiveringsgebrek doet deze stelling toch vragen rijzen. De traditionele opvatting over de deontologie is dat zij andere (bv. strengere, meer collegiale ... of asociale) normen dan de wettelijke kan opleggen aan de erdoor gebonden beroepsbeoefenaren. In een systeem waarin de deontologie niet juridisch wordt geconfirmeerd (bv. de ethiek van de Nederlandse Koninklijke Maatschappij ter bevordering van de geneeskunst) levert dit geen directe *rechtsconflicten* op. In een systeem waarin de deontologiecreatie en -bewaking een (publiek)rechtelijke aangelegenheid wordt, kan dit echter wel gebeuren. Dit is in ons land het geval. Een geneesheer is hier traditioneel inderdaad, zoals ik overigens in mijn proefschrift (*De geneeskundige controle in de sociale zekerheid*, 1973, blz. 265) verdedigde, deontologisch disciplineerbaar wanneer hij gebruik maakt van een recht (bv. spreken als getuige voor een rechtbank over zaken tijdens de uitoefening van zijn beroep vastgesteld) en zonder dit recht te misbruiken. Maar in zo'n systeem kan een publiekrechtelijk orgaan zodanige juridisch afdwingbare deontologische regelen creëren dat andere buiten de medewerking of tegen het advies van dit orgaan in ontstane rechtsregels onuitvoerbaar of ten zeerste bemoeilijkt worden.

Indien het Hof van Cassatie door zijn arrest aan de traditionele opvatting over de deontologie een diepgaande wijziging wilde brengen, was dit zeker een diepgaande motivering waard geweest. Hoe dan ook, het probleem is gesteld en het Hof zelf heeft zich moeten lenen tot het bewijs dat men het met de theorie van het rechtsmisbruik niet volledig kan oplossen. Twee van de drie geneesheren die fundamenteel waren aangeklaagd wegens het niet-eisen van het remgeld werden via bijkomende beschuldigingen, die eigenlijk slechts tot "la petite déontologie" behoren, toch zwaar getuigt. Of hadden de verdedigers der geneesheren om cassatie van deze getuigtigde handelingen (tijdschriftartikelen en aanplakking) moeten verzoeken met als motivering dat ze geen misbruik uitmaakten van grondwettelijke rechten (persvrijheid, vrije meningsuiting)?

In de huidige stand van zaken lijkt het er sterk op dat

niet alleen vragen dienen gesteld over het al dan niet deontologisch gedrag van sommige geneesheren maar bovendien... en vooreerst over de al dan niet sociale aanvaardbaarheid van een aantal deontologische regelen en zeker van de toepassing ervan. Dringt zich in elk geval geen bepaalde wettelijkheidstoetsing van de deontologische normen (en niet alleen van de tuchtbeslissingen) op in cassatie? Is zo'n toetsing niet des te meer geboden wanneer het deontologische regelen betreft die bv. uiteindelijk in een wet beslechte medico-sociale geschillen (on)rechtstreeks tot voorwerp hebben? Kan hierdoor een mogelijke machtsafwendings vanwege de Orde worden gesanctioneerd? Deze toetsing is de minimale oefening die best ook door de ministerraad wordt gedaan alvorens hij de Code van medische plichtenleer of erin aangebrachte aanpassingen voor bindend verklaring aan de Koning voorlegt (art. 15, § 1, tweede lid, K.B. nr. 79).

Minimaal omdat van de ministerraad ook kan worden verwacht dat hij deze code niet alleen op zijn wettelijkheid maar eveneens op zijn sociale aanvaardbaarheid zou toetsen.

Maar hier komt men onvermijdelijk bij de vraag die in alle tumult en opspraak rond de Orde — en ook in het arrest — niet aan bod komt. Wat is in de context van de huidige wetgeving op de Orde der Geneesheren de waarde van deontologische regelen en tradities, waaraan door de Koning tot nog toe geen bindende kracht werd verleend? In een recent artikel ("De Orde der Geneesheren en de ziekenhuizen", *Hospitalia*, 1974, 187 e.v.) heb ik verdedigd — en ik blijf bij deze stelling — dat men op dit ogenblik in een vacuüm verkeert. Zolang de Koning de Code van de medische plichtenleer niet heeft bindend verklaard (en wel voor de geneesheren) hebben de deontologische regelen *geen juridisch effect*. De Raad van State poneerde dit terecht op 18 januari 1974 (*J.T.*, 1974, 302). Dit vacuüm kan men juridisch niet opvullen door de blote bewering van Y. RYCKMANS en A. MEERT-VAN DE PUT dat "la déontologie existe indépendamment d'un code régulièrement promulgué et elle s'impose au praticien, avant même que les organes de l'Ordre auquel il appartient aient dégagé une jurisprudence" (*Les droits et les obligations des médecins*, II, nr. 962). Dit ging wel op voor de oude wet van 1938 die het vestigen van de deontologie als een opdracht zag voor de rechtsprekende provinciale raden (vandaar trouwens de vernietiging van de Code van 1950 door de Raad van State). Hieraan kwam definitief een einde op 1 april 1969, op welke datum het K.B. van 25 maart 1969 in werking trad. Dit K.B. dat o.m. art. 32, derde lid, K.B. nr. 79 uitvoert, heft de wet van 1938 op en draagt alle daarin aan de verschillende organen van de Orde gegeven bevoegdheden over aan de nieuwe gecreëerde organen volgens de taakverdeling die door het K.B. nr. 79 wordt bepaald. Het zou juridisch normaler zijn geweest dat het K.B. van 25 maart 1969 een uitdrukkelijke regeling had bevat voor de periode dat er nog geen Code zou zijn. Bv. de ruimere bevoegdheid van de provinciale raden voorlopig laten bestaan, zodat ze verder deontologie konden blijven creëren.

De enige mogelijke oplossing is te aanvaarden dat de vóór 1 april 1969 door de provinciale raden (en de overlevering?) gecreëerde deontologie juridisch bindend blijft, wat wel elke innovatie door de provinciale raden uitsluit. Hoewel ik dit zelf in bovengenoemd artikel vooropstelde, vind ik de redenering niet zo overtuigend. Ik zou thans eerder durven concluderen dat de publiekrechtelijke organen van de Orde sinds 1 april 1969 over geen (publiek)rechtelijke afdwingbare deontologische regels beschikken op basis waarvan zij hun leden kunnen tuchtigen. De deontologie heeft zeker niet opgehouden te bestaan en zich verder te ontwikkelen, maar sinds 1 april 1969 heeft ze haar publiekrechtelijk karakter verloren, zolang de Koning er geen bindende kracht aan verleent. Men zou kunnen zeggen dat ze juridisch tot de waarde van de deontologische regelen van de Nederlandse Koninklijke Maatschappij tot bevordering van de geneeskunst is vervallen, die geen dwingende regelen van publiekrecht zijn. Het vacuüm is hierdoor zeker niet kleiner geworden.

En zelfs indien men dit vacuüm niet wil onderkennen, dan is het toch ongetwijfeld zo dat er op dit gebied een grote onduidelijkheid heerst. Deze is geen unicum in het Belgisch gezondheidsrecht. Heel wat legislatieve teksten zijn in deze sector al te weinig juridisch-grondig uitgewerkt. Deze sector heeft nood aan degelijke wetgevers en "preventieve juristen".

Maar er is meer, deze sector heeft ook nood aan intellectuele eerlijkheid. Al te veel teksten zijn er tot nog toe het resultaat van wankelende compromissen die best alle duidelijkheid en juridische exactheid kunnen missen. Censeo legem esse melius ferendam.

Kris Schutyser

RAAD VAN STATE

7 JULI 1975 — 4e KAMER

Voorzitter : de h. A. Mast

Staatsraden : de hh. P. Vermeulen (rapporteur) en G. Baeteman

Eerste auditeur : de h. Nimmegeers (gedeeltelijk afwijkend advies)

1. Begraafplaatsen—Gemeentelijk politiereglement—Grafconcessies—Meerdere begraafplaatsen in uit fusie ontstane gemeente—Verschillend regime—Discriminatie—Graftekens—Eenvormigheid—Kruis als grafteken—Schending van de artt. 6bis en 14 Grondwet—2. Bestuurlijk toezicht—Vernietigingsbevoegdheid—Provinciegouverneur—Gedeeltelijke vernietiging van gemeentelijk politiereglement.

1. Het begraven van de doden is een openbare dienst. Bij de verzorging van de openbare dienst van de begravingen, moet de overheid nastreven de aanspraken van de nabestaanden, met inachtneming van de wettig uitgedrukte of vermoede wil van de overledene, op zijn minst in hun essentiële elementen, op gelijke wijze te voldoen.

Zowel het beginsel van de gelijke behandeling als het fusiebeginsel vergen dat, bij ontstentenis van een wettig motief, alle begraafplaatsen in een uit een fusie ontstane gemeente hetzelfde juridisch regime hebben, ook al was dat regime vóór de fusie niet gelijk.

Een dubbel regime voor begraafplaatsen — op vier begraafplaatsen kunnen grafconcessies worden verkregen, echter niet op de vijfde begraafplaats — is een regime dat leidt tot het inrichten van specifieke armenbegraafplaatsen en is niet met het gelijkheidsbeginsel te verenigen.

De opvatting dat eenvormige eenvoud in de gedenktekens voor de doden de enig passende is, kan door de overheid niet worden opgelegd; binnen de door het gemeentebestuur te bepalen grenzen, gemotiveerd door de omvang van de beschikbare ruimte, door de veiligheid, door het algemeen uitzicht van de begraafplaats, moet vrijheid worden gelaten in de wijze om door het plaatsen van een grafteken en binnen zijn mogelijkheden een afgestorvene te eren en te herdenken.

De artikelen 6bis en 14 van de Grondwet worden geschonden in de mate dat ook aan niet-christelijken wordt opgelegd als grafteken een kruis te plaatsen.

2. Wanneer geen onverbrekelijk verband bestaat tussen de bepalingen van twee artikelen van een gemeenteraadsbesluit en de bepalingen van de overige artikelen van dit besluit, en de vernietigingsmotieven die de provinciegouverneur inroept slechts dienstig zijn t.a.v. die twee artikelen, heeft het vernietigingsbesluit van de provinciegouverneur niet de vereiste grondslag om het gehele gemeenteraadsbesluit te vernietigen, doch enkel om

de bedoelde twee artikelen bij wijze van vernietiging uit het gemeenteraadsbesluit te lichten.

Gemeente Kinrooi t/ Gouverneur Provincie Limburg
Arrest nr. 17.114

Gezien het verzoekschrift dat het schepencollege van Kinrooi, daartoe op 16 februari 1972 gemachtigd door de gemeenteraad, op 15 maart 1972 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van een besluit van de gouverneur van Limburg van 14 januari 1972, waarbij een besluit van de gemeenteraad van Kinrooi van 28 oktober 1971, houdende politiereglement op de begraafplaatsen van de gemeente, vernietigd wordt ;
(...)

Over de gegevens van de zaak

Overwegende dat de huidige gemeente Kinrooi is ontstaan uit de fusie van de vroegere gemeenten Kinrooi, Kessenich, Molenbeersel en Ophoven die werden samengevoegd bij een Koninklijk Besluit van 8 december 1970 dat bij de Wet van 9 april 1971 werd bekrachtigd ; dat ieder van die opgeheven gemeenten vroeger een eigen begraafplaats had, — Ophoven zelfs twee, met name een te Ophoven zelf en een in het gehucht Geistingen — zodat, na de fusie, de nieuwe gemeente Kinrooi vijf begraafplaatsen heeft ; dat de gemeenteraad van Kinrooi op 28 oktober 1971 een «politiereglement op de begraafplaatsen» vaststelde met als rechtsgronden artikel 50 van het Decreet van 14 december 1789 betreffende de inrichting van de municipaliteiten, artikel 3 van titel XI van het Decreet van 16-24 augustus 1790 betreffende de gerechtelijke inrichting, artikel 77 van het Burgerlijk Wetboek en tenslotte de Wet van 20 juli 1971 op de begraafplaatsen en op de lijkbezorging ; dat het politiereglement van 28 oktober 1971 geldt voor alle begraafplaatsen maar sommige bepalingen bevat, met name de artikelen 6 en 8, waarin betreffende bepaalde materies, regelingen voorkomen die niet voor alle begraafplaatsen dezelfde zijn ; dat die artikelen luiden als volgt :

«Artikel 6. — Op de kerkhoven van Geistingen, Kessenich, Kinrooi en Ophoven kunnen tijdelijke grondvergunningen worden toegestaan met een duurtijd van 50 jaar. Het Schepencollege wordt belast met het verlenen van die vergunningen.

Op aanvraag van enig belanghebbende die erom verzoekt vóór het verstrijken van de bepaalde tijd kunnen opeenvolgende vernieuwingen worden toegestaan voor maximum dezelfde als de oorspronkelijke duurtijd.

Een zelfde concessie mag slechts dienen voor de aanvrager, zijn echtgenoot of bloed- en aanverwanten. Een concessieaanvraag mag worden ingediend ten behoeve van een derde en diens familie.

Bij sluiting van de huidige begraafplaats wordt een perceel van dezelfde grootte als de geconcedeerde op de nieuwe begraafplaats voorbehouden, als enig belanghebbende daartoe een aanvraag indient vóór de datum van de sluiting, bepaald door de gemeenteraad.

Het onderhoud van de graven op de geconcedeerde grond rust op de belanghebbenden. Verwaarlozing leverend onderhoudsverzuim kan een einde maken aan het recht op concessie, op de wijze en onder de voor-

waarden als in de wet bepaald.

Het tarief voor de grondconcessies zal door de raad bij afzonderlijke beslissing worden vastgesteld.

Artikel 8. — De plaatsing van graftekens is aan de volgende voorschriften onderworpen :

A. *Op de kerkhoven van Kessenich-Kinrooi en Ophoven* : de graftekens mogen een lengte van 1,80 m, een breedte van 0,80 m en een hoogte van 1,05 m niet overschrijden.

B. *Op de kerkhoven van Geistingen en Molenbeersel* : enkel *uniforme* kruisen zijn toegelaten, die voldoen aan de volgende technische vereisten :

— het kruis moet vervaardigd zijn uit in één vlak liggende, vierkante balken van 14 bij 14 cm, en de verticale balk moet 85 cm lang, de horizontale of dwarsbalk 52 cm lang zijn.

De bovenzijde van de dwarsbalk moet zich bevinden op 15 cm van de bovenzijde van het kruis (top).

Ornamenten of versiersels van welkdanige aard ook zijn verboden, enkel inscripties zijn toegelaten.

Het kruis dient geplaatst te worden op een door de gemeente daartoe aangebracht voetstuk.

De kruisen moeten vervaardigd zijn uit witte marmerkorrel, gebonden met dito cement en een polyesterverbinding, zuiver geslepen, en inwendig versterkt met een transportbewapening van 2 x 2 staven betonijzer Ø 8 mm.

C. *Op alle kerkhoven* : de graftekens moeten geplaatst worden in de richting en op de wijze door de Burgemeester aangegeven ;

Overwegende dat de vernietigingsmotieven van het bestreden gouverneursbesluit in de redengeving, in dezer voege onder woorden zijn gebracht :

«Overwegende dat volgens de bepaling van artikel 1, het politiereglement van toepassing is op alle kerkhoven van de gemeente, met name deze van Geistingen, Kessenich, Kinrooi, Molenbeersel en Ophoven ; dat evenwel in concreto een onderscheid wordt gemaakt ;

— in artikel 6 tussen de begraafplaatsen van Geistingen, Kessenich, Kinrooi en Ophoven en die van Molenbeersel anderzijds wat het verlenen van grafconcessies betreft,

— in artikel 8 tussen de begraafplaatsen van Kessenich, Kinrooi en Ophoven enerzijds en die van Geistingen en Molenbeersel anderzijds wat betreft de afmetingen en de te gebruiken materialen van de graftekens ;

Overwegende dat alhoewel in de motivering van het politiereglement wordt aangevoerd 'dat bij het vastleggen van voorschriften rekening moet gehouden worden met de toestanden en gebruiken op de plaatselijke kerkhoven wat betreft graftekens en concessies teneinde niet te schaden aan het algemeen uitzicht en de ingeankerde gebruiken', het evenwel niet gewenst is enig onderscheid te laten verder bestaan tussen de verschillende begraafplaatsen van de nieuwe gemeente Kinrooi, aangezien het van principieel belang is en inherent aan het fusiebeginsel dat de samenstellende bestanddelen van een nieuwe door fusie ontstane gemeente samensmelten en groeien naar een nieuwe entiteit ; dat het uitvaardigen van verschillende bepalingen na de fusie met betrekking tot de onderscheiden begraafplaatsen van de gefusioneerde gemeente, een zekere discriminatie inhoudt ten aanzien van de bewoners van de gemeente en de integratie

verlamt of vertraagt van de samenstellende elementen in een nieuwe uniforme entiteit en derhalve het algemeen belang schaadt ;

Overwegende dat artikel 6, eerste lid, bepaalt dat op de kerkhoven van Geistingen, Kessenich en Kinrooi tijdelijke grondvergunningen met een duurtijd van 50 jaar kunnen toegestaan worden ; dat bijgevolg grafconcessies uitgesloten zijn op de begraafplaats van Molenbeersel ;

Overwegende dat de bepaling van artikel 6, eerste lid :

a) een niet onaanzienlijke discriminatoire maatregel inhoudt, aangezien de inwoners van de nieuwe gemeente Kinrooi die wensen over te gaan tot een begraafplaats op de begraafplaats van Molenbeersel, geen grafconcessies kunnen verkrijgen op deze begraafplaats, terwijl daarentegen dit recht wel bestaat in hoofde van de inwoners van de gemeente Kinrooi die een begraafplaats wensen te verrichten op één van de vier overige begraafplaatsen van de gemeente ; dat bijgevolg deze bepaling het algemeen belang schaadt ;

b) principieel in strijd is met het fusiebeginsel ;

c) een schending inhoudt van artikel 6bis van de Grondwet dat bepaalt dat het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend zonder discriminatie moet verzekerd worden ;

Overwegende dat voor de verschillende voorschriften van artikel 8 in verband met de afmetingen en de te gebruiken materialen van de graftekens voor de begraafplaatsen van Kessenich, Kinrooi en Ophoven enerzijds en voor deze van Geistingen en Molenbeersel anderzijds, dezelfde opmerkingen gelden als voor de bepaling van artikel 6, eerste lid ;

Overwegende dat artikel 8 B bepaalt : 'Ornamenten of versiersels van welkdanige aard ook zijn verboden, enkel inscripties zijn toegelaten' ; dat evenwel deze bepaling enkel geldt voor de begraafplaatsen van Geistingen en Molenbeersel en niet voor deze van Kessenich, Kinrooi en Ophoven ; dat derhalve dezelfde opmerkingen gelden als voor de bepaling van artikel 6, eerste lid ; dat daarenboven de Wet van 20 juli 1971 op de begraafplaatsen en de lijkbezorging in artikel 25 een aanzienlijke bevoegdheid verleent aan de gemeenteraden wat de graftekens betreft, maar niets zegt over het plaatsen van ornamenten of versiersels op de graven, zodat derhalve de aloude gevestigde gebruiken aangesproken dienen te worden als rechtsbron ; dat bijgevolg deze bepaling strijdig is met gemeld oud gebruik en derhalve het algemeen belang schaadt ;

(...)

Ten aanzien van de grondslag van de vordering

Overwegende dat de verzoekende partij als eerste middel aanvoert de rechtsdwaling vervat in het motief van het bestreden vernietigingsbesluit, waarin wordt gesteld dat de differentiële regelingen, die in de artikelen 6 en 8 van het vernietigde politiereglement voorkomen, uitlopen op een discriminatie ten nadele van bepaalde inwoners van de nieuwe gemeente Kinrooi ; dat de verzoekende partij betoogt dat alle begraafplaatsen van de nieuwe gemeente Kinrooi «zonder onderscheid bestemd zijn voor alle inwoners ervan», zodat de differentiële regelingen voor de begraafplaatsen «geen discriminatie

tussen de inwoners doen ontstaan», en, bijgevolg, het gelijkheidsbeginsel, verwoord in artikel 6 van de Grondwet, door de artikelen 6 en 8 niet geschonden wordt ; dat de verzoekende partij daaruit het besluit trekt dat het op de korrel genomen motief geen grondslag voor het vernietigingsbesluit kan opleveren ;

Overwegende dat het begraven van de doden een openbare dienst is, bij de vervulling waarvan de overheid verplicht is rekening te houden met de wettige aanspraken van de verwanten of de vrienden van een overledene om het hun mogelijk te maken om, volgens hun opvattingen en mogelijkheden en met inachtneming van de wettig uitgedrukte of vermoede wil van de overledene, hun gehechtheid en eerbied voor de persoonlijkheid van de afgestorvene met waardigheid te betuigen zowel bij de begrafenis als nadien door het oprichten van een gedenkteken op het graf ; dat de overheid, bij de verzorging van de openbare dienst van de begravingen, moet betrachten om de aanspraken van de nabestaanden, op zijn minst in hun essentiële elementen, op gelijke wijze te voldoen ;

Overwegende dat het gemeentebestuur van Kinrooi ervan uitgaat dat indien de nabestaanden van een overleden inwoner van Kinrooi een gelijke juridische mogelijkheid hebben om de afgestorvene in een van de vijf gemeentelijke begraafplaatsen te doen begraven, de gelijke mate waarin de overheid met de aanspraken van de nabestaanden moet rekening houden en de gelijke verzorging waartoe de overheid gehouden is, verwezenlijkt zouden zijn, ook al verschilt het regime der begraafplaatsen onderling ; dat in het gouverneursbesluit daarentegen wordt gesteld dat de gelijkheid maar gewaarborgd is indien de nabestaanden, wat ook de begraafplaats is die ze kiezen, dezelfde mogelijkheden hebben in verband met de wijze waarop zij een laatste rustplaats aan hun overledene kunnen geven ;

Overwegende dat een fusiegemeente verplicht is alle inwoners van de nieuwe gemeente op gelijke wijze te behandelen en hun dezelfde diensten te bezorgen ; dat die gelijke verzorging kan gegeven worden door een enkele centrale dienst ; dat gelijke verzorging echter niet noodzakelijk in strijd komt met een in de fusiegemeente gedeconcentreerde verzorging, wel integendeel, aangezien gelijke verzorging ook betekent dat ernaar gestreefd moet worden dat geen al te grote onevenredigheid zou ontstaan in verband met de moeite die de inwoners van de verschillende delen van de gemeente ten gevolge van de verschillende verwijdering van het centrum van de gemeente moeten doen om verzorging te bekomen ; dat daaruit weliswaar niet volgt dat, in alle delen van de gemeente waar een verzorgingspunt bestaat, al die verzorgingspunten in feite precies evenwaardig moeten zijn — wat een gemeente bv. zou verplichten alle scholen op het laagste peil te brengen of alle scholen tot hetzelfde hoogste peil op te trekken —, maar dat zulks wel insluit dat die verzorgingspunten niet alleen maar verschillen ten gevolge van juridisch uiteenlopende regimes, waarvoor geen objectieve rechtvaardiging bestaat ;

Overwegende dat de vijf begraafplaatsen van de nieuwe gemeente Kinrooi kunnen worden beschouwd als vijf «verzorgingspunten» van de openbare dienst van de begravingen ; dat die begraafplaatsen verspreid liggen in

de nieuwe gemeente; dat zolang die begraafplaatsen bestaan, een inwoner rechtmatig kan wensen begraven te worden in de begraafplaats bij zijn woning, terwijl zijn nabestaanden indien zij daarover te beslissen hebben, ook rechtmatig de voorkeur kunnen geven aan de begraafplaats in de omgeving van het sterfhuis; dat geen enkel element van het aan de Raad van State overgelegd dossier een motief doet kennen waarom aan diegenen die de voorkeur geven aan een bepaalde begraafplaats, de mogelijkheden moeten onthouden worden die in andere begraafplaatsen van de gemeente bestaan; dat bijgevolg het beginsel van de gelijke behandeling in deze zaak vergt dat, bij ontstentenis van een gekend en wetmatig motief, alle begraafplaatsen hetzelfde juridisch regime hebben;

Overwegende bovendien dat het dubbele regime voor de begraafplaatsen dat uit de artikelen 6 en 8 met betrekking tot de concessies en monumenten voortspuit, tot gevolg moet hebben bepaalde begraafplaatsen te maken tot goedkope begraafplaatsen; dat niet met het gelijkheidsbeginsel te verenigen valt, een regime dat leidt tot het inrichten van specifieke armenbegraafplaatsen;

Overwegende dat de artikelen 6 en 8 van het vernietigd politiereglement derhalve wel degelijk een schending van het gelijkheidsbeginsel inhouden; dat het eerste aangevoerde vernietigingsmiddel niet gegrond is;

Overwegende dat de verzoekende partij als tweede vernietigingsgrond voorhoudt de rechtsdwaling die vervat ligt in het vernietigingsmotief waarin gesteld wordt dat een differentieel regime voor de verschillende begraafplaatsen onverenigbaar is met het fusiebeginsel, ook al is dat differentieel regime ingegeven door tradities die bestonden vóór de fusie; dat de verzoekende partij aanvoert dat, juist omdat het politiereglement de mogelijkheid biedt om hetzij gelijk welke overledene die inwoner was van hetzij gelijk welke gefusioneerde gemeente, in hetzij gelijk welke begraafplaats bij te zetten, het fusiebeginsel volledig verwezenlijkt wordt;

Overwegende dat, aangenomen zijnde dat iedere inwoner gerechtigd is zijn wil te kennen te geven begraven te worden in een van de vijf begraafplaatsen van de gemeente en zijn nabestaanden bij afwezigheid van een dergelijke wilsbeschikking, eveneens tussen de vijf begraafplaatsen kunnen kiezen, het fusiebeginsel eist dat, behoudens objectieve redenen om het anders te doen, de vijf «verzorgingspunten» van de openbare dienst der begraafplaatsen hetzelfde juridisch regime moeten hebben, ook al was dat regime vóór de fusie niet gelijk; dat ook het tweede annulatiemiddel geen fout in het kritisch getoetste vernietigingsmotief heeft aangetoond en daarom verworpen moet worden;

Overwegende dat een derde annulatiemiddel wordt aangevoerd dat eveneens een rechtsdwaling in een vernietigingsmotief van het bestreden gouverneursbesluit tot grondslag heeft, een rechtsdwaling die erin zou bestaan dat de gouverneur ten onrechte heeft gesteld dat artikel 25, lid 2, van de Wet van 20 juli 1971 aan het gemeentebestuur van Kinrooi geen bevoegdheid geeft om te bepalen dat geen ornamenten of versiersels op de graven mogen worden aangebracht;

Overwegende dat de verplichting van de overheid om de verzorging van de openbare dienst der begravingen ten aanzien van een ieder in zijn essentiële elementen

op gelijke wijze te doen, voor de overheid niet het recht medebrengt een ieder een gelijke wijze voor het eren en herdenken van de doden op te leggen; dat een gemeentelijke begraafplaats geen militaire begraafplaats is; dat de opvatting dat eenvormige eenvoud in de gedenktekens voor de doden de enige passende is, vanuit allerlei standpunten kan verdedigd worden, maar door de overheid niet kan worden opgelegd omdat die opvatting uitgaat van waardeoordelen over hoogst persoonlijke, geestelijke aangelegenheden, waarover een ieder gerechtigd is zijn eigen opvattingen te hebben; dat derhalve binnen door het gemeentebestuur te bepalen grenzen, gemotiveerd door de omvang van de beschikbare ruimte, door de veiligheid, door het algemeen uitzicht van de begraafplaats, een vrijheid moet worden gelaten in de wijze om door het plaatsen van een grafteken en binnen zijn mogelijkheden een afgestorvene te eren en te herdenken; dat een persoon bovendien kan wensen, zoals ook zijn nabestaanden en vrienden, dat zijn gedenkteken met passende waardigheid zou getuigen voor de overtuigingen die hij tijdens zijn leven beleden heeft, wat uiteraard de mogelijkheid tot ongelijkvormigheid in de grafstenen impliceert;

Overwegende derhalve dat artikel 8 van het vernietigd politiereglement niet alleen de bevoegdheid van de gemeenteverheid te buiten gaat, in zover daarin het aanbrengen van versiersels en ornamenten op de grafstenen op absolute wijze verboden wordt, maar ook in de mate dat de zerken volkomen uniform van materiaal en vorm moeten zijn; dat bovendien artikel 6bis en artikel 14 van de Grondwet geschonden worden in de mate dat door artikel 8 B ook aan niet-christelijken wordt opgelegd als grafteken een kruis te plaatsen, aangezien niet kan worden aangenomen dat dat grafteken, om reden dat het traditioneel zo algemeen wordt gebruikt, zijn eigen godsdienstige betekenis zou verloren hebben;

Overwegende dat uit het voorgaande volgt dat ook de bezwaren, tegen het laatste vernietigingsmotief aangevoerd, niet gegrond zijn;

Ten aanzien van ambtshalve in aanmerking te nemen vernietigingsgronden

Overwegende dat de door het gouverneursbesluit aangevoerde vernietigingsgronden uitsluitend de onwettigheid van de artikelen 6 en 8 van het gemeenteraadsbesluit van 28 oktober 1971 aantonen; dat in dat gemeenteraadsbesluit een hele reeks regelingen zijn opgenomen die alle weliswaar de begraafplaatsen van Kinrooi betreffen, maar waarvan de draagwijdte in niets bepaald wordt door voormelde artikelen 6 en 8, zodat die artikelen zonder enige moeilijkheid hadden kunnen worden toegepast ook indien de artikelen 6 en 8 nooit in het gemeentereglement waren opgenomen; dat daaruit volgt, enerzijds, dat de vernietigingsmotieven, die de gouverneur in zijn besluit naar voren brengt, niet dienstig zijn om de mogelijke onwettigheid van die artikelen in aanmerking te kunnen nemen en dus op zichzelf ook niet om de vernietiging ervan te wettigen, terwijl, anderzijds, geen onverbrekelijk verband bestaat tussen die artikelen 6 en 8 en de overige artikelen van het gemeenteraadsbesluit; dat zulks betekent dat het gouverneursbesluit niet de vereiste grondslag heeft om het hele gemeenteraadsbesluit te vernietigen, doch enkel om de artikelen

6 en 8 bij wijze van vernietiging uit het gemeenteraadsbesluit te lichten ;

Overwegende dat de gouverneur in deze zaak als toezien overheid is opgetreden ter vervulling van een opdracht van algemeen bestuur, zodat de kosten veroorzaakt door dat optreden door het Rijk moeten worden gedragen,

Besluit :

Artikel 1.

Het besluit van de gouverneur van Limburg van 14 januari 1972, waarbij een besluit van de gemeenteraad van Kinrooi van 28 oktober 1971, houdende politiereglement op de begraafplaatsen van de gemeente vernietigd wordt, is ten dele vernietigd, met name in zover het de vernietiging heeft uitgesproken van de artikelen 1 tot 5, 7 en 9 tot 12.

Artikel 2

De kosten komen ten laste van de Belgische Staat.

NOOT—Dit arrest is vooral belangwekkend wegens zijn beginselmotivering :

1. Het gelijkheidsbeginsel vergt dat behoudens wettige, objectieve rechtvaardiging alle begraafplaatsen van een gemeente aan hetzelfde juridische regime onderworpen zijn ; over het gelijkheidsbeginsel in de rechtspraak van de Raad van State, zie R. ANDERSEN, «L'égalité des citoyens devant la loi dans la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux de l'annulation» (1962-1972), R.J.D.A., 1973, nr. 2, p. 81 e.v.

2. Een fusiegemeente is verplicht alle inwoners van de nieuwe gemeente op gelijke wijze te behandelen en hun dezelfde diensten te bezorgen. Het arrest voegt hieraan — zeer terecht — toe dat die gelijke verzorging niet noodzakelijk moet worden gegeven door een enkele centrale dienst, maar ook op gedeconcentreerde wijze kan worden opgezet, in zover de verschillende verzorgingspunten hetzelfde juridische regime genieten.

3. Artikel 25, tweede lid, van de Wet van 20 juli 1971, dat luidt : «De gemeenteraad regelt (...) alles wat betrekking heeft op de afmetingen van de graftekens en de aard van de te gebruiken materialen» verleent de gemeenteraad wel bevoegdheid t.a.v. het esthetisch uitzicht, die hij voordien niet bezat—(Zie Raad van State, arrest nr. 5228 van 21 juni 1956)—maar niet de macht om te bepalen dat alle grafmonumenten dezelfde vorm en afmetingen en hetzelfde model moeten hebben en in dezelfde materialen moeten worden gemaakt. Het is echter wel denkbaar dat de gemeente, wanneer de begraafplaats groot genoeg is, een perceel aanwijst waarop alleen identieke grafstenen mogen worden geplaatst, met dien verstande echter dat het de families vrij moet staan hun doden al dan niet op dat perceel te laten begraven» (Omzendbrief minister Binnenlandse Zaken van 25 juli 1973, *Staatsblad*, 13 oktober 1973).

4. De artikelen 6bis (bescherming van godsdienstige en agnostische minderheden) en 14 (vrijheid van meningsuiting en van erediens) van de Grondwet laten niet toe dat aan niet-christelijken het kruis, afbeelding van de kruisdood van Christus, als verplicht model van grafteken zou worden opgelegd. Het non-discriminatiebeginsel, neergelegd in artikel 6bis van de Grondwet, behelst een waarborg voor een maatschappelijk bestel gebaseerd op verdraagzaamheid en eerbied voor de verscheidenheid ; het is verheugend dat de Raad van State niet aarzelt dit beginsel, ingevoerd bij de grondwetsherziening van 24 december 1970, op strikte wijze toe te passen.

5. Wanneer een besluit van een gedecentraliseerd lichaam bestaat uit meerdere onderdelen, die op zichzelf een juridisch geheel vormen, mag het vernietigingsbesluit van de toezichthoudende overheid slechts de onderdelen treffen, die onwettig of met het algemeen belang strijdig zijn. In de

decentralisatie is de autonomie van de gedecentraliseerde organen de regel ; de uitoefening van het bestuurlijk toezicht is de uitzondering. Deze uitzonderingsbevoegdheid moet dan ook strikt worden geïnterpreteerd. Zie o.m. J. DEMBOUR, *Droit administratif*, 2e uitg., 1972, nr. 83, p. 127 ; meer algemeen, *id.*, *Les actes de la tutelle administrative en droit belge*, 1955.

L.P.S.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER — 3 MAART 1975

Voorzitter : de h. Alsteens

Raadsheren : de hh. Hernould en De Vocht

Advocaten : mrs. Herbosch en Verstraete loco Bastaens

1. Berusting en inwilliging—Zich op de rechter verlaten—2. Erfrecht—Toekenning van de gehele gemeenschap aan de langstlevende—Beperking tot kindsdeel—Onroerend goed—Toepassing van art. 866, lid 2, B.W.

1. De partij die verklaart zich naar de wijsheid van de rechter te gedragen, betwist in principe de eis van de tegenpartij. Het feit, dat zij, voor het geval de rechter die eis inwilligt, een bijkomende maatregel vordert, is geen bepaalde omstandigheid waaruit afgeleid moet worden, dat zij van alle rechtsmiddelen tegen de te vellen beslissing afziet.

2. In een huwelijkscontract is bedongen, dat alle van de gemeenschap afhangende goederen aan de langstlevende zullen toekomen.

Nu er kinderen uit een vorig huwelijk van de overledene zijn, geldt die beschikking als een gift die slechts gevolgen kan hebben voor een kindsdeel van de tot de nalatenschap behorende helft van het gemeenschappelijk onroerend goed.

Voor de toepassing van art. 866, lid 2, B.W. komt de niet geschonken helft van het onroerend goed, die de langstlevende buiten de erfenis bezit, niet in aanmerking als «gift van het onroerend goed».

Van Geel t/ De Jongh e.a.

Gezien de stukken van het geding en namelijk het eensluidend afschrift van het bestreden vonnis gewezen op 7 december 1972 door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen, waarvan geen betekening wordt voorgedragen en waartegen op 22 mei 1973 regelmatig hoger beroep werd ingesteld ;

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering, door geïntimeerden ingeleid, strekt tot vereffening en verdeling zo van de huwgemeenschap, bestaan hebbend tussen wijlen de heer Petrus Cornelius De Jongh en Cornelia Van Geel, als van de nalatenschap van eerstgenoemde, en tot de openbare verkoping van de goederen daarvan afhangend, zijnde wat de onroerende goederen betreft :

1) afhangend van de huwgemeenschap : een caféhuis op en met grond, Krekelberg 71 te Hoevenen, groot 21 a 74 ca ;

2) afhangend van de nalatenschap : een huis met magazijn en afhankelijkheden op en met grond te Wilrijk, St.-Sebastiaanstraat 47, groot 4 a 90 ca ;

Overwegende dat de eerste rechter deze vordering heeft ingewilligd ;

Overwegende dat het hoger beroep ertoe strekt de oorspronkelijke vordering, wat de verkoping van het onder 1) vermeld onroerend goed, te doen afwijzen ;

I. Ontvankelijkheid van het hoger beroep

Overwegende dat, door zich in haar conclusie voor de eerste rechter naar de wijsheid van de rechtbank te gedragen, appellante de oorspronkelijke vordering in beginsel heeft betwist ; dat het feit van daarenboven om de aanstelling van een bijgevoegd notaris te verzoeken, niet kan doorgaan als een bijzondere omstandigheid waaruit moet afgeleid worden dat appellante heeft willen afstand doen van rechtsmiddelen tegen de gevorderde beschikking ; dat zij hiertoe inderdaad slechts besloot «onder voorbehoud van alle rechten en ... indien de verdeling en vereffening door de rechtbank wordt bevoelen zoals gevraagd in het inleidend exploit» ;

II. Ten gronde

Overwegende dat partijen vooropstellen dat het onder 1) vermeld onroerend goed afhangt van de gemeenschap van aanwinsten, bestaan hebbend tussen appellante en wijlen Petrus Cornelius De Jongh ;

Overwegende dat in art. 6 van hun huwelijkscontract, verleden voor het ambt van notaris J. Van Roosbroeck te Ekeren, deze echtgenoten bedongen dat, bij ontbinding van het huwelijk door het overlijden van een van hen, van volle recht al de goederen en waarden die afhangen van die gemeenschap in volle eigendom aan de langstlevende zullen toebehoren ;

Overwegende dat uit de voorgelegde stukken blijkt dat Petrus Cornelius De Jongh zes kinderen, zijnde geïntimeerden, uit een vorig huwelijk had behouden ;

Overwegende dat, ingeval er kinderen zijn uit een vroeger huwelijk, elke overeenkomst die door haar gevolgen ertoe strekt om aan een van de echtgenoten meer te geven dan een deel gelijk aan dat van een wettig kind dat het minst ontvangt, zonder gevolg blijft voor alles wat dit gedeelte overschrijdt ;

Overwegende dat — waar de in voormelde huwelijksvoorwaarde besloten, wettelijk vermoede gift aldus slechts gevolgen kan hebben voor één zevende van de tot de nalatenschap behorende helft van het gemeenschappelijk onroerend goed — appellante niet kan volhouden dat zij, bij toepassing van art. 866, lid 2, van het Burgerlijk Wetboek, het onderwerpelijk onroerend goed, mits vergoeding van haar medeërfgenen, kan behouden ;

Overwegende dat de niet-geschenken helft ervan, die appellante buiten de erfenis bezit, inderdaad niet in aanmerking komt als «gift van het onroerend goed» dat, en dat alleen getroffen wordt door de regeling van art. 866, lid 2, van het Burgerlijk Wetboek ; dat, door het in deze wetsbepaling gesteld gedeelte te berekenen mede in functie van elementen die aan de nalatenschap vreemd zijn, de bij uitzondering door art. 866 van het Burgerlijk Wetboek toegestane aantasting van prerogatieven der reservataire erfgenamen wederrechtelijk zou uitgebreid worden ;

Overwegende ten overvloede, dat appellante niet beweert dat haar contractueel vrijstelling van inbreng werd verleend ; dat zij evenmin beweert dat er in de nala-

tenschap onroerende goederen aanwezig zijn waaruit men voor de andere medeërfgenen ongeveer gelijke kavels kan samenstellen, noch dat een gevoeglijke verdeling mogelijk is ;

Overwegende dat het besproken onroerend goed derhalve in natura moet ingebracht worden en openbaar verkocht ;

III. Kosten

Overwegende dat er, wegens de verwarringscheppende houding door de oorspronkelijke verweerster — appellante — voor de eerste rechter aangenomen, geen redenen zijn om, wat de kosten van hoger beroep betreft, af te wijken van de bepalingen van art. 1017 Ger.W. ;

Om die redenen,

Het Hof, rechtdoende op tegenspraak,
Gelet op artikel 24 van de Wet van 15 juni 1935 ;
Alle andere en strijdige conclusies verwerpende,
Ontvangt het hoger beroep, verklaart het ongegrond ;
Bevestigt het bestreden vonnis ;
Veroordeelt appellante tot de kosten van hoger beroep.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE HASSELT

KORT GEDING — 14 FEBRUARI 1975

Voorzitter : de h. J. Pexters

Advocaten : mrs. Th. van Schoubroeck en Byvoet

Handelspraktijken—Geschil over concurrentiebeding—Onbevoegdheid van de voorzitter—Verwijzing naar de rechtbank.

Het niet-nakomen van een concurrentiebeding is weliswaar een met de eerlijke handelspraktijken strijdige daad, maar valt niet onder art. 54 WHP.

De voorzitter van de rechtbank van koophandel, rechtdoende zoals in kort geding, bij wie het geschil desbetreffend aangebracht is, verklaart zich onbevoegd en verwijst de zaak naar de rechtbank van koophandel.

De Ketele t/ Goethals

Bij geregistreerde dagvaarding betekend bij akte van gerechtsdeurwaarder André Kesteloot van 3 december 1974, eist aanlegster dat aan gedaagden solidair verbod zou gegeven worden handel te drijven, gelijkaardig aan deze, destijds door aanlegster uitgebaat te Brugge, St. Kattelijnestraat, 59, binnen de honderd kilometer van Leuven.

Aanlegster baseert haar eis op art. 54 van de Wet van 14 juli 1971 op de handelspraktijken, ingevolge de overeenkomst tussen partijen tot stand gekomen te Turnhout op 27 december 1971 en waarbij wordt bepaald dat "partij enerzijds — in casu aanlegster — zich uitdrukkelijk het recht ontzegt om in de toekomst een soortgelijke handel op te richten, noch in eigen naam noch onder vorm van vennootschap, dit in een strook van honderd kilometer van Brugge. Partij anderzijds — in casu gedaagden — gaat dezelfde verbintenis aan dit

in een strook van honderd kilometer van Leuven”.

Aanlegster beweert dat gedaagden een zelfde handel als bedongen in de overeenkomst opgericht hebben te Hasselt, Demerstraat, 65, ingeschreven in het handelsregister te Hasselt onder nummer 46.675, met dezelfde benaming als de handel te Brugge nl. "Modecoupon".

Verweerders werden gedaagd om te verschijnen voor de voorzitter der rechtbank van koophandel in kort geding, terwijl dit dient te zijn : zitting houdend zoals in kort geding. De dagvaarding dient in die zin te worden verbeterd.

Aanlegster vordert van verweerders een schadevergoeding van 100.000 fr. te vermeerderen of te vermindere in de loop van het geding.

Verweerders werpen op dat de voorzitter der rechtbank van koophandel niet bevoegd is om van de eis kennis te nemen en het geschil dient te worden gebracht voor de rechtbank van koophandel, daar de zo beweerde daad van oneerlijke mededinging zou voortspuiten uit een contract.

Deze opwerping dient te worden aanvaard, daar het niet-naleven van een contract ontegensprekelijk in se een daad is strijdig met de eerlijke handelsgebruiken, maar deze daad echter niet onder toepassing valt van art. 54 van de Wet van 14 juli 1971 op de handelspraktijken zoals blijkt uit de besprekingen van de Senaatscommissie bij de behandeling van laatstgenoemde wet en waar deze commissie verwijst naar art. 10 van de Conventie van Parijs, hetgeen tot gevolg heeft dat ter zake de rechtstoestand blijft bestaan zoals in 1943 uitgelegd door het Hof van Cassatie in zijn arrest van 25 november 1943 waarbij werd beslist zoals voormeld (zie Cass., 25 november 1943, *Pas.*, 1944, I, 70 ; zie ook *Les pratiques du commerce*, door De Caluwé, Delcorde en Leurquin, I, p. 847, nr. 772).

De voorzitter der rechtbank van koophandel, zitting houdend op de wijze van het kort geding, is derhalve niet bevoegd om van de eis kennis te nemen en behoort de rechtszaak te verwijzen naar de rechtbank van koophandel te Hasselt.
(...)

VREDEGERECHT TE BRUGGE

3e KANTON — 11 APRIL 1975

Rechter : de h. A. De Ketelaere

Advocaten : mrs. Danneels loco Claes en Schramme

Handelshuur—Overdracht van huur en onderverhuuring—Betekening van het «ontwerp»—Bewijs van de overdracht der handelszaak.

Waar art. 10, lid 3, Handelshuurwet, gewaagt van betekening van het «ontwerp» van de akte van overdracht of onderverhuuring, wordt daarmee bedoeld dat die akte, uiteraard bindend tussen overdrager en overnemer, overeenkomstig art. 10, lid 1, slechts als ontwerp geldt ten opzichte van de verhuurder.

Hoewel voor de toepassing van art. 10 de betekening van de akte van overdracht der handelszaak overbodig is mits de huurder bij het betekenen van de akte van

huuroverdracht of onderverhuuring de verhuurder ervan op de hoogte brengt dat de handelszaak tegelijkertijd wordt afgestaan aan de overnemer van de huur, neemt dit niet weg dat, bij het debat over de rechtsgeldigheid van de overdracht van huur, de huurder het bewijs dient te leveren dat hij samen met de huur ook zijn handelszaak aan de overnemer van zijn huur heeft overgedaan.

Meert t/ Roersch-Meurein

A. Praeliminaria en wederzijdse vorderingen

Bij schriftelijke overeenkomst van 13 mei 1968 (geboekt te Knokke op 15 mei 1968, boek 2/6, blad 2, vak 132, ontvangen 1.350 frank, getekend De ontvanger De Wolf) heeft verweerster in huur gegeven aan eiser, vanaf 1 juli 1968, voor de duur van 3 - 6 - 9 jaar, een handelsgelijkvloers, gelegen Wielingenstraat, nr. 7 te Knokke-Heist, voor het houden van een bar-restaurant, met verbod van afstand van huur of onderverhuuring, behoudens bijzondere en schriftelijke instemming van de verhuurster-eigenares, deze zich het recht voorbehoudend zich ertegen te verzetten overeenkomstig artikel 10 van de Wet van 30 april 1951 op de handelshuurovereenkomsten.

Bij aangetekende brief van 14 september 1973 maakt eiser kenbaar aan verweerster dat hij de bedoeling heeft zijn huur, samen met zijn handelszaak, af te staan aan mejuffrouw Henriette Geets, wonende Zonnelaan te Knokke. Bij deze brief is gevoegd een exemplaar ener schriftelijke overeenkomst, gedagtekend 14 december 1973, aangegaan en ondertekend door eiser en Geets, inhoudend overdracht van huur vanaf 15 januari 1974 voor de resterende duur dezer, waarvan Geets erkent de voorwaarden te kennen, door een haar gedane afgifte van het huurcontract en de bijhorende staat van het huurgoed.

Bij brief, aangetekend verstuurd aan eiser op 7 januari 1974, verzet verweerster zich tegen deze huuroverdracht en doet zij daartoe gelden

1° in hoofddeorde : dat de aan haar gedane betekening niet in overeenstemming is met de wettelijke voorschriften desaangaande, daar

a) Geets nu reeds het huurgoed betreft, aldus, met medewerking van eiser, een feitelijkheid plegend, inhoudend miskennis van de door de wet voorgeschreven formaliteiten ;

b) volgens de termen van het contract van huuroverdracht, deze overeenkomst op onvoorwaardelijke wijze is aangegaan geworden, terwijl eiser geen verbintenis van huuroverdracht kon aangaan, tenzij onder voorbehoud van het akkoord van verweerster of de goedkeuring van de rechtbank ;

c) geen bewijs van overdracht van de handelszaak erbij gevoegd is, hoewel deze dient gepaard te gaan met de huuroverdracht ;

2° in ondergeschikte orde : dat haar geen waarborgen gegeven worden ten aanzien van de eerbaarheid en het betalingsvermogen van de overneemster.

De dagvaarding, door eiser betekend op 18 januari 1974, strekt ertoe "te horen zeggen voor recht dat het verzet, gevormd door gedaagde tegen de overlating van de huurceel betrekkelijk het gelijkvloers in het gebouw gelegen te Knokke-Heist, Wielingenstraat, nr. 7 niet

ontvankelijk of minstens ongegrond is" zodat eiser gemachtigd is zijn huur-rechten over te dragen volgens de akte van overdracht van 14 december 1973.

Bij conclusie, neergelegd op 24 mei 1975, besluit verweerster tot de afwijzing der vordering als ongegrond, en vordert zij, bij tegeneis, huurverbreking ten laste van eiser, met bevel tot ontruiming van het huurgoed en machtiging tot uitdrijving, alsook de veroordeling van eiser tot betaling van 50.625 frank als wederverhuring-vergoeding, met de gerechtelijke intresten en de gedingskosten, inbegrepen de wettelijke rechtsplegingsvergoeding.

B. Betwistingen tussen partijen

Verweerster brengt dezelfde verzetsgronden voor, waarop haar tegeneis steunt, als die vervat in haar aangekende brief van 7 januari 1974, zij het in andere volgorde :

1° de onwettelijkheid van de betekende huuroverdracht, op grond dat :

a) de akte van huuroverdracht niet gesteld werd onder opschortende voorwaarde van verweersters instemming of gerechtelijke machtiging ;

b) geen bewijs wordt voorgebracht van de medegaande volledige overdracht van de handelszaak ;

2° de gegrondheid van het verzet, op grond dat :

a) eiser de huuroverdracht onmiddellijk heeft uitgevoerd door het huurgoed te laten betrekken (vanaf 1 januari 1974) en exploiteren (vanaf 1 mei 1974) door de overneemster, aldus een feitelijkheid plegend, strijdig met zijn contractuele en wettelijke verplichtingen, waarvan de enige logische sanctie is de toekenning van de gevorderde huurverbreking en schadevergoeding ;

b) de overneemster geen waarborgen biedt noch ten aanzien van haar professionele moraliteit noch ten aanzien van haar solvabiliteit ;

Daartegen brengt eiser in :

1° dat de betekening van de huuroverdracht voldoet aan de wettelijke verplichtingen, aangezien :

a) de akte van huuroverdracht, ook al is zij definitief tussen de erbij betrokken partijen, uiteraard, uit kracht van de wet, geschiedt onder opschortende voorwaarde van de instemming van de eigenares-verhuurster of van gerechtelijke goedkeuring ;

b) de wet niet vereist dat de medegaande akte van overdracht van de handelszaak betekend wordt ;

2° Dat het verzet ongegrond is, aangezien

a) de aanwezigheid van de overneemster in het huurgoed, hetzij voor rekening van eiser (tot 1 mei 1974) hetzij voor eigen rekening (vanaf 1 mei 1974) een noodzaak is tot het in stand houden van de handelszaak tijdens de soms lange procedures ter bekrachtiging van de overdracht, en geen afbreuk doet aan de uiteindelijk gerechtelijke beslissing die ten hoogste zou kunnen leiden tot het niet-valideren van de huuroverdracht ;

b) er niets ongunstigs te zeggen valt over de professionele moraliteit van de overneemster, noch over haar solvabiliteit, wel integendeel.

C. Bespreking in feite en in recht

1. Ten aanzien van de wettelijkheid der betekening van de huuroverdracht

a) Zo artikel 10, 3e lid van de Wetgeving op de Handelshuurovereenkomsten gewaagt van de betekening van een «ontwerp» van akte van huuroverdracht of onderverhuring, dan is daarmee bedoeld dat deze akte, uiteraard bindend tussen overdrager en overnemer overeenkomstig artikel 10, 1e lid, slechts als ontwerp geldt ten opzichte van de verhuurder, aangezien de uitwerking van de overdrachtsakte zal afhangen hetzij van zijn instemming hetzij van gerechtelijke bekrachtiging ;

Terecht betekende eiser aldus aan verweerster een huuroverdrachtsakte, welke bindend is tussen hem en de overneemster (Gustot, *De handelshuurovereenkomsten*, derde uitgave p. 66 met rechtspraak ; La Haye en Van Kerckhove, *Les baux commerciaux*, nr. 1691, met rechtspraak).

b) De huurder, die gebruik wil maken van het hem door artikel 10, 1e lid, toegekende recht tot onderverhuring of huuroverdracht, is, overeenkomstig de duidelijke termen van artikel 10, 3e lid, slechts gehouden tot betekening van de akte dezer huuroverdracht of onderverhuring, en niet tot betekening van de eventueel afzonderlijke akte van medegaande overdracht of verhuuring in het huurgoed gevestigde handelszaak (La Haye en Van Kerckhove, nr. 1694, lid 3 en 4 ; J.T., 1972, 333, onder nummer 76, 2e lid ; R.P.D.B. Complément I, Tw. *Baux commerciaux*, nr. 172).

Hoewel de betekening der akte van cessie der handelszaak overbodig is mits de huurder, bij het betekenen der akte van huuroverdracht of onderverhuring, de verhuurder ervan op de hoogte brengt dat de handelszaak tegelijkertijd afgestaan wordt aan de overnemer van de huur (Vred. Nijvel, 14 mei 1969, *Tijdschrift van de Vrederechters*, 1970, 132), dan neemt dit niet weg dat, bij het debat over de rechtsgeldigheid van de huuroverdracht ingevolge verzet door de verhuurder, het *bewijs* dient geleverd door de huurder dat hij, samen met de huur, ook zijn in het huurgoed gevestigde handelszaak heeft overgedaan aan de overnemer van zijn huur.

Deze *gezamenlijke* overdracht is immers een «conditio sine qua non» tot het uitoefenen van het recht van huuroverdracht of onderverhuring, toegekend aan de huurder in artikel 10, 1e lid, in weerwil van contractueel verbod daartoe.

Meestal zal dit geen aanleiding geven tot enige moeilijkheid, namelijk wanneer de medegaande overlating der handelszaak vaststaat door voorlegging van bewijsleverende bescheiden of de werkelijkheid ervan niet betwist wordt door de verhuurder of niet ernstig betwistbaar is.

Ter zake is dit evenwel niet het geval : enerzijds legt eiser geen enkel bewijs voor van de beweerde overlating der handelszaak (behoudens zijn niet als dusdanig dienstige eigen bewering) en anderzijds brengt verweerster elementen voor, waaruit twijfel ontstaat omtrent de werkelijkheid der gezamenlijke cessie van de handelszaak aan de overneemster van de huur.

Volgens door verweerster voorgelegde uittreksels uit het Handelsregister te Brugge, afgeleverd op 22 mei 1974, heeft de huuroverneemster pas vanaf 1 mei 1974 de handelszaak in het besproken huurgoed op zich genomen, dan nog met behoud van eisers eigen inschrijving betreffende dezelfde handelszaak.

Eiser antwoordt bovendien niet op de bewering van verweerster in haar op 18 november 1974 neergelegde

conclusie, dat eiser, na sinds oktober 1973 uitgeweken te zijn naar Tenerife, thans terug te Knokke-Heist zijn in-trek zou hebben genomen en zich zou inlaten met de ex-ploïtatie van de handelszaak in het huurgoed, aldus de schijn gevend van het bestaan van een feitelijke associa-tie.

Ten overstaan van de twijfel omtrent de werkelijkheid van de overdracht der handelszaak, lijkt het Ons aange-wezen te bevelen aan eiser de akte van overdracht der handelszaak voor te leggen (zoals ook Onze collega van Nijvel beval bij tussenvonnis van 26 maart 1969 : zie de overwegingen van voormeld vonnis van 14 mei 1969).

Bovendien moeten Wij in staat zijn te kunnen nagaan of de eventueel gecontracteerde overdracht van de han-delszaak beantwoordt aan de werkelijkheid.

2. Het onderzoek van de gegrondheid van de verzetsmo-tieven, en van de door verweerster gestelde tegeneis wordt uiteraard in beraad gehouden.

Vonnissend op tegenspraak,

Om alle voormelde en hierbij uitdrukkelijk bevestigde motieven ;

Verklaren de vordering en tegeneis ontvankelijk ;
En, vooraleer erop recht te doen ten gronde,

Bij tussenvonnis :

Bevelen aan eiser volgende stukken neer te leggen : de akte van overlating van zijn handelszaak in het be-sproken huurgoed aan mejuffer Henriette Geets, en welkdanige documenten ook ten bewijze van de werke-lijkheid dezer overdracht, bv. o.m. betreffende betalin-gen van overnameprijs of afkortingen erop, fiscale be-scheiden (aangiften, aanslagen), fakturaties betreffende de uitbating sinds één januari 1900 vierenzeventig, so-ciale bescheiden enz ... ;

Stellen de zaak (...)

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 13 maart 1975

Rente—Verzekeraar die zijn verzekerde de door brand aan een huis veroorzaakte schade vergoed heeft, vordert van de huurder en van dezen verzeke-raar betaling van het uitgekeerde bedrag.

Eiseres tot cassatie had een gebouw van een zekere D. te-gen brand verzekerd. De achterbouw van dit gebouw werd gehuurd door eerste verweerster, die het door tweede ver-weerster liet verzekeren, maar niet voldoende, tegen het huurrisico van de brand van het gehuurde goed. Na een brand werd bij een expertise tussen eiseres en haar verze-kerde het bedrag van de schade contradictoir op 323.175 fr. geraamd, welk bedrag eiseres aan haar verzekerde uitkeerde. Eiseres dagvaardde verweersters voor de rechtbank van koophandel, die tweede verweerster tot betaling van 323.175 fr. en eerste verweerster hoofdelijk met tweede verweerster tot betaling van 24.300 fr. veroordeelde. Het vonnis kende naast de gerechtelijke rente een vergoedingsrente toe vanaf de datum van de uitbetaling tot de dag van het exploit van rechtsingang. In hoger beroep (Hof Brussel, 13 februari 1973) werd de vergoedingsrente geweigerd ; hiertegen heeft eiseres zich in cassatie voorzien.

"Overwegende dat uit de regelmatig aan het Hof voorge-legde stukken blijkt dat, indien de door eiseres tegen de ver-weersters ingestelde rechtsvordering behoort tot de uit de verzekeringsovereenkomsten afgeleide rechtsvorderingen, het niettemin waar is dat genoemde rechtsvordering tot voor-werp heeft de uitvoering van een overeenkomst die enkel de betaling beoogt van een som van 323.175 frank, over wel-ke eiseres en haar verzekerde het eens geworden waren als zijnde de vergoeding welke aan die verzekerde ingevolge de brand van een deel van haar lokalen toekomt ;

"Dat het arrest derhalve wettelijk heeft kunnen beslissen dat, voor wat de schadevergoeding wegens de vertraging in de uitvoering betreft, eiseres, overeenkomstig de regel ver-vat in artikel 1153 van het Burgerlijk Wetboek, enkel op de wettelijke interest aanspraak kan maken ;

"Dat het middel niet kan worden aangenomen."

Voorzitter : de h. Perrichon—Raadsheer-rapporteur : de h. Ligot—Advocaat-generaal : de h. Colard—Advocaten : mrs. Bayart en Fally—In de zaak : De Verenigde Eigenaars t/ Cartobel en Belgische Maatschappij van Algemene Ver-zekerings).

Hof van Cassatie (1e Kamer), 18 april 1975

Handelshuur—Termijn voor aanvraag tot huurver-nieuwing—Nietigheid van afwijkend beding in de huurovereenkomst.

Het Hof vernietigt het vonnis (Rb. Antwerpen, 30 no-vember 1973) dat beslist, dat een van art. 14, lid 1, Han-delshuurwet afwijkende clause in de huurovereenkomst, waarbij bedongen wordt "dat het contract eindigt indien er zes maanden vóór het einde geen vraag tot huurvernieu-wing is", toegelaten en bijgevolg bindend is omdat van de dwingende bepalingen van art. 14 kan worden afgeweken in zoverre de rechten van de huurder niet ingekrompen en be-moeilijkt worden, terwijl een uitbreiding van die rechten en een vereenvoudiging van de formaliteiten steeds kan worden bedongen.

"Overwegende dat het vonnis vaststelt dat de verweerders nagelaten hebben binnen de termijnen bepaald door artikel 14, lid 1, van de wet van 30 april 1961 op de handelshuur een huurvernieuwing te vragen ;

"Overwegende dat het vonnis, hetwelk ook vaststelt dat de verweerders een vraag tot huurvernieuwing hebben ge-daan die tijdig is en in overeenstemming met artikel 18 van de tussen partijen gesloten huurovereenkomst, beslist dat van artikel 14, lid 1, van voormelde wet kan afgezien worden om de reden dat de bedongen clause de rechten van de huurder niet inkrimpt of bemoeilijkt ;

"Overwegende echter dat de bepalingen van bovenvermeld artikel 14, lid 1, hoewel zij niet van openbare orde zijn, een gebiedend karakter hebben en dat de ervan afwijkende overeenkomsten door nietigheid aangetast zijn ; dat die nie-tigheid tot bescherming van de rechten van de verhuurder ingevoerd werd ;

"Dat niet blijkt dat de eisers afstand hebben gedaan van hun recht om zich op die nietigheid te beroepen."

(Voorzitter : de h. de Vreese—Raadsheer-rapporteur : rid-der de Schaetzen—Advocaat-generaal : de h. Colard—Advo-caten : mrs. C. De Baeck en A. Bayart—In de zaak : Van Assche e.a. t/ Joosten e.a.).

NOOT—Zie Cass., 15 maart 1968, R.W., 1967-68, 2000 ; A.P.R., Tw. *Handelshuur*, door A. PAUWELS, nrs. 169 en 513 e.v., inz. 518.

Hof van Cassatie (3e kamer), 21 mei 1975

Hoger beroep—Conclusies—Wederantwoord—Toepas-sing van art. 751 Ger. W.

In hoger beroep had de geïntimeerde zijn conclusie op 8 oktober 1973 ingediend. Met toepassing van art. 751 Ger.

W. werd op 5 november 1973 aan de appellante een gerechtsbrief gericht met verwittiging om te verschijnen op 20 november 1973. Die dag legde de appellante een conclusie neer ter griffie, maar zij verscheen niet op de terechtzitting en de zaak werd in haar afwezigheid behandeld.

Tegen het daarna overeenkomstig art. 751 Ger.W. gewezen arrest (Arbh. Brussel, 15 januari 1974) brengt de appellante, thans eiseres tot cassatie, in dat het haar van de termijn van wederantwoord berooft en de rechten van de verdediging schendt en dat de gerechtsbrief niet tot gevolg kon hebben de termijn van wederantwoord af te schaffen of in te korten.

Dat middel faalt naar recht:

"Overwegende dat in het laatste lid van artikel 1064 van het Gerechtelijk Wetboek wordt bepaald dat in hoger beroep elke partij beschikt over vijftien dagen om van wederantwoord te dienen; dat uiteraard een wederantwoord van de geïntimeerde onderstelt dat eerst op zijn conclusie wordt geantwoord door de appelland;

"Overwegende dat vermits, zoals uit de vaststellingen van het bestreden arrest blijkt, verweerder op 8 oktober 1973 en eiseres op 20 november 1973 conclusie hadden ingediend, op deze laatste datum verweerder en niet eiseres over vijftien dagen beschikte om van wederantwoord te dienen;

"Overwegende dat vermits verweerder gevorderd heeft dat de zaak op 20 november 1973 behandeld zou worden, hij zijn recht tot wederantwoord verzaakt heeft;

"Dat de zaak op deze datum behandeld werd zonder dat aldus de artikelen 48 tot 51, 1042 en 1064 van het Gerechtelijk Wetboek of de rechten van de verdediging geschon- den werden."

(Voorzitter: de h. Naulaerts—Raadsheer-rapporteur: de h. Janssens—Eerste advocaat-generaal: de h. Dumon—Advocaat: mr. A. Houtekier—In de zaak: Matthys t/ Van Holder).

Hof Antwerpen (5e kamer), 30 juni 1975

Faillissement—Vonnis van faillietverklaring—Hoger beroep van de schuldenaar die het alleen tegen de schuldeiser richt die de faillietverklaring verkregen heeft—Vrijwillige tussenkomst van de curator—Niet-toelaatbaarheid van het hoger beroep—Veroordeling van de schuldenaar in de kosten.

Gedagvaard door de R.M.Z. is een schuldenaar op 22 mei 1974 failliet verklaard. Bij verzoekschrift van 24 mei 1974 stelt hij hoger beroep in, maar hij richt het alleen tegen de R.M.Z. Op 10 februari 1975 dient de curator een verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst in.

Het hoger beroep en de vordering tot tussenkomst voegend, beslist het hof op het door de geïntimeerde en de tussenkomende partij opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid:

"Overwegende dat het hoger beroep inderdaad moet gericht zijn zowel tegen de curator als tegen de schuldeiser die het faillissement heeft uitgelokt, een geschil inzake faillissement onsplitbaar zijnde (cfr. betreffende dit punt: Hof Brussel, 20 juni 1972, R.W., 1972-73, 1864, (bij analogie); W. Brosens, A.P.R., *Beroep in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel*; Hof Luik, 1 mei 1925, Pas., 1925, II, 184; Fredericq, *Handboek*, II, nr. 1530; Van Ryn, IV, nr. 2660);

"Overwegende dat het hoger beroep tegen de curator moet gericht zijn, daar deze de schuldeisers vertegenwoordigt en het lot van het vonnis hem in die hoedanigheid rechtstreeks aanbelangt."

Op eensluidend advies van het openbaar ministerie wordt het hoger beroep niet toelaatbaar verklaard en wordt de gefailleerde in de kosten van het hoger beroep en van de vrijwillige tussenkomst veroordeeld.

(Voorzitter: de h. Meers—Raadsheren: de hh. Janssens en van Gelder—Openbaar ministerie: de h. Vandeplass—Advocaten: mrs. Van Bergen loco Van Rooy, De Vel en Baten—In de zaak: Halen t/ R.M.Z.).

NOOT—Zie nog over het hoger beroep tegen het vonnis

van faillietverklaring: L. DE WILDE en L. GALAUDE, "Overzicht van rechtspraak (1969-1974) - Faillissement", nr. 18, T.P.R., 1974, 813-814.

Corr. Tongeren, 11 juli 1975

Schade en schadeloosstelling—Schade aan zaken—Toetaal verlies van een auto—B.T.W.

Heeft degene wiens wagen bij een ongeval wordt beschadigd of vernield, recht op een vergoeding die niet alleen het nettobedrag van de schade omvat, maar ook de B.T.W. op de kosten van herstelling of vervanging, zelfs indien de schadelijder de herstelling niet laat verrichten of zich geen andere wagen aanschaft? Het Franse Hof van Cassatie antwoordt bevestigend (Cass. fr., 20 oktober 1971, besproken door G. DURY in *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1972, 605; zie ook Rb. Duinkerke, 10 mei 1972, D., 1972, 491, en de noot van J.-R. K.).

In het onderhavige geval hervormt de rechtbank het vonnis van de politierechter (Pol. Tongeren, 19 februari 1975), dat aan de burgerlijke partij, een arbeider, met betrekking tot de vergoeding voor het totaal verlies van zijn auto, voor de B.T.W. slechts een voorbehoud verleent.

"Overwegende dat de burgerlijke partij terecht aanvoert, dat alle bij het ongeval ontstane schade dient te worden vergoed; dat het vernielde voertuig op het ogenblik van het ongeval in het patrimonium van de benadeelde vertegenwoordigde de waarde van het voertuig, vermeerderd met de B.T.W. op deze waarde; dat beklagde weliswaar staande houdt, dat de waardebepaling van een voertuig gebeurt op basis van de netto-waarde zonder B.T.W., dat de B.T.W. een eenmalige belasting vertegenwoordigt en deze B.T.W. bij verkoop van het voertuig niet gerecupereerd wordt; dat echter door het voortijdig verlies van het voertuig de burgerlijke partij eveneens het voordeel van de door hem betaalde B.T.W. verliest; dat de burgerlijke partij trouwens tot volledig herstel van zijn patrimonium zich slechts een gelijkwaardig voertuig van dezelfde waarde zou kunnen aanschaffen door betaling van de nettowaarde van het vernielde voertuig vermeerderd met de B.T.W. op deze waarde;

"Overwegende dat de eis van de burgerlijke partij tot betaling van 26.490 fr., zijnde 25 % B.T.W. op 105.960 fr. nettowaarde van het volledig vernielde voertuig, gegrond voorkomt."

(Voorzitter: de h. R. Dupain—Rechters: de hh. M. Colla (rapporteur) en J. Byvoet—Advocaten: mrs. D. Ruyters en P. Stas—In de zaak: Houbar t/ Deneucker).

BOEKBESPREKING

FR. HARTL, *Das Wiener Kriminalgericht. Strafrechtspflege vom Zeitalter der Aufklärung bis zu österreichischen Revolution* (Wiener Rechtsgeschichtliche Arbeiten. Band X). Böhlau Verlag, Wien, 1973, 464 blz., 68 DM.

Op het ogenblik dat een groep studenten van de derde licentie van het Departement Rechten van de U.I.A., zoals te Amsterdam, Parijs en Wenen gebeurt, de criminaliteit der 18e eeuw te Antwerpen gaan bewerken, willen wij de aandacht der Vlaamse juristen op bovenstaand werk trekken.

Na decennia pogingen is de redactie van een nieuw Oostenrijks strafwetboek in een nabije toekomst te verwachten. Vele moderne strafrechtelijke instellingen wortelen in het recht van de tijd van Jozef II, dat zelf nog met middeleeuwse opvattingen geconfronteerd werd. Het mooi geïllustreerd en rijk gedocumenteerd werk van "Oberlandesgerichtsrat am Landesgericht für Zivilrechtssachen" te Wenen, Friedrich Hartl, stelt de organische ontwikkeling van de Weense strafrechtspflege voor, op basis van een diepgaand onderzoek van de beslissende hervormingen van de jaren 1783 tot 1788 op het gebied van de wetgeving, op de rechtsleer en vooral op de strafrechtspraktijk, zonder dewelke een rechtspraak naar onze tijdsbegrippen nooit mogelijk ware geweest.

De meeste rechtshistorische handboeken gaan hoofdzakelijk van de juridische normen uit en brengen aldus een zeer eenzijdig beeld van de strafrechtspleging uit de Jozefinistische periode; zij verwaarlozen veelal de feitelijke toepassing van het recht. Aldus gezien is de optiek van dit werk meer sociologisch: elke strafprocedure, ook de inquisitoire, bezit een eigen leven, dat in zijn evolutie naar specifieke doelen leidt. Tegen van oudsher aangenomen opvattingen in, moet men aanvaarden dat de procedure wel niet openbaar, maar evenmin in het geheim gebeurde; evenmin zijn kentekenen van een "kabinetsjustitie" aan te wijzen. Gerechtelijke dwalingen kwamen er voorzeker niet veelvuldiger dan thans voor. Veeleer leidde de zogenaamde "absolutio ab instantia" bij niet-herstel van het juridisch bewijs meer dan eens tot een afstandname van een bestraffing, in gevallen, waar de vrije bewijsvoering tot een schulditspraak gekomen was. Uit de procedure van ambtswege uit ontwikkelden zich de eerste regels van een geordende rechtsmiddelenprocedure. Veel van deze instituten zijn tot in onze tijd bewaard gebleven.

Het hoofddoel van de auteur was niet de sensationele schildering van de kapitale misdaden (moord, zelfmoord, kindermoord, brandstichting, verkrachting, vergiftiging enzovoort); wel elke onwettige daad als een negatief cultuurverschijnsel van haar tijd, die de criminogene factoren in de persoonlijkheid van de dader en zijn omgeving bewijzen. Alleen vanuit dit gezichtspunt valt de strafmaat te verklaren, waarmee twee arbeiders, die wegens plaatsgebrek met twee in bed lagen, wegens homoseksualiteit werden bestraft, of wanneer men iemand zwaar veroordeelde, omdat hij door een primitieve vervalsing van kredietpapieren zijn catastrofale economische situatie had gepoogd te verbeteren. De strafexecutie was gruwelijk en ver van elke humanisering verwijderd: openbare terechtstellingen, die tot een volksfeest uitgroeiden, brandmerkingen, veroordelingen tot scheepstrekken of tot het vegeteren in troosteloze gevangenissen staan in krasse tegenspraak tot de opvatting van een "mooi verbeterende wereld", zoals deze in de werken van Ferdinand Waldmüller of van Moritz von Schwind tot uiting komt.

Het resultaat van dit werk, waarin de diskrepantie tussen de idealiseringseis van de wetgever en de nabij het volk staande rechtspraak van de rechtsconsument verduidelijkt wordt, is de over het algemeen niet verrassende erkenning dat rechtsnormen uit de verschillende rechtstelsels, gefilterd door de rechterlijke toepassing, een soortgelijke kleur verkrijgen, en dat de feitelijke toepassing van het formele en materiële strafrecht in de verschillende tijdperken op een grote overeenkomst of tenminste op een sterke continuïteit wijst. Want het middenpunt van het recht is de vormende, scheppende mens: dit is tezelfdertijd een troost en een verplichting.

L. Th. Maes

R. FEENSTRA en C.J.D. WAAL, *Seventeenth century Leyden Law Professors and their influence on the development of the Civil Law. A study of Bronchorst, Vinnius and Voet*. North Holland Publishing Company, Amsterdam, Oxford en New York, 1975. Fl. 55.

In mei 1975 vierde de Universiteit te Leiden haar vierde eeuwfeest en te dier gelegenheid verscheen een reeks studiën over de Universiteit in de 17de eeuw. Boven vermelde merkwaaardige bijdrage, die de rol van de Leidse rechtsprofessoren in de evolutie van de Europese wetenschap in het algemeen belicht, zou oorspronkelijk een deel hebben gevormd in deze bundel. Maar tijdens de voorbereiding werd het materiaal, vooral de nota's, zo aanzienlijk dat de auteurs besloten het via de Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen, afzonderlijk te publiceren.

Het werk begint met een overzicht van de evolutie van de Europese jurisprudentie zowel vóór de stichting der Leidse Universiteit als gedurende de eerste jaren van het rechtsonderwijs van deze instelling. De auteurs deelden daarna de 17de eeuw in drie delen in het begin, het midden en het einde van de 17de eeuw.

Om de invloed van de Leidse Rechtsfaculteit gedurende deze periode te evalueren werden drie der belangrijkste professoren geselecteerd, vooral doorheen een bibliografische

studie over de uitgaven van hun werken, die buiten de Verenigde Provinciën werden gepubliceerd. Deze drie professoren zijn: Everardus Bronchorst (1554-1627), Arnoldus Vinnius (1588-1657) en Johannes Voet (1647-1713). Bronchorst speelde een prominente rol tijdens de eerste periode van de faculteit en zijn invloed straalde tot in de 19de eeuw, hoewel deze niet zo belangrijk was als deze van Vinnius en Voet.

Het is duidelijk dat de betekenis van het onderwijs van rechtsprofessoren niet alleen door hun invloed op de wetenschap kan beoordeeld worden; in het geval van Voet ligt het belang op het vlak van de rechtspraktijk, terwijl de invloed van Vinnius eerst en vooral in het rechtsonderwijs is terug te vinden, en, in mindere mate, in de rechtspraktijk.

Om dit werk te kunnen realiseren, bezochten de auteurs de voornaamste bibliotheken in de Bundesrepubliek, in Bazel, in Italië, in Groot-Brittannië, in Brussel en in Parijs.

Uit het werk komt duidelijk de invloed naar voren van deze drie coryphaeën op de juristen van Schotland, Duitsland, de Zuidelijke Nederlanden, o.a. via de Leuvense professor Philippe-Joseph Roger (voor Vinnius), de Brusselse professor van de Ecole de Droit Charles-Lambert-Joseph de Maurissens (1751-1833) (voor Vinnius en Voet) en de Gentse advocaat Charles-Joseph Steur (1794-1881) (voor Vinnius), Frankrijk, Spanje, Italië, Engeland, de U.S.A. en Zuid-Afrika.

Het prachtig werk bevat 23 illustraties.

L. Th. Maes

MEDEDELINGEN EN BERICHTEN

Meer rechtsgelijkheid en rechtszekerheid m.b.t. uitkeringen tot levensonderhoud?

In Nederland is bij een beschikking van de Minister van Justitie van 26 augustus 1975 een Commissie Alimentatienormen ingesteld (Staatscourant 2 september 1975).

Voorzitter van de Commissie is prof. mr. J. de Ruiter, hoogleraar aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

De commissie was al aangekondigd in de regeringsnota van 15 april 1975 over het alimentatiebeleid met betrekking tot gescheiden vrouwen en haar gezinnen.

In deze nota werd er op gewezen dat bij het toekennen van een uitkering tot levensonderhoud en vooral bij het bepalen van de hoogte ervan de wet aan de rechter een grote vrijheid laat. Het voordeel daarvan is dat de rechter rekening kan houden met de omstandigheden van het individuele geval. Van de andere kant dreigt het gevaar dat er verschillen kunnen ontstaan in de wijze waarop de bedragen worden vastgesteld, zelfs bij dezelfde rechtbank.

De alimentatiebeslissingen zouden beter voorspelbaar en doorzichtiger moeten zijn. Met het oog daarop wil de regering een drietal mogelijkheden laten uitwerken. De bedoeling is tot meer rechtsgelijkheid en rechtszekerheid te komen. Aan de nu ingestelde commissie heeft ze de volgende vragen voorgelegd.

1. Is het mogelijk een systeem op te stellen waarin op grond van een bepaalde formule het alimentatiebedrag in beginsel wordt vastgesteld?

2. Verdient het aanbeveling om een aantal "vuistregels", in de praktijk door de rechtspraak gevormd, ook in de wet neer te leggen? In de nota zijn een paar voorbeelden hiervan genoemd, zoals: het bedrag van de alimentatie mag niet zodanig zijn dat aan de alimentatieplichtige alle levensmogelijkheden worden ontnomen. Ook kan de vraag spelen in hoever het inkomen van de tweede echtgenote van een alimentatieplichtige van invloed is op de bepaling van zijn draagkracht.

3. Verdient het aanbeveling, in de wet een opsomming te geven van een aantal factoren en omstandigheden waarvan de rechter zich rekenschap dient te geven bij een beslissing in een alimentatieprocedure? In de nota werden als zodanig onder andere vermeld: gezinssamenstelling, arbeidsmogelijkheden, woonkosten, opleiding en leeftijd van partijen, financiële verplichtingen jegens anderen, enz. De opsomming in de wet behoeft overigens niet limitatief te zijn, in die zin dat de rechter met andere factoren en omstandigheden geen rekening zou mogen houden.