

RECHT, FEIT EN CASSATIEMIDDEL

door J. H. HERBOTS

Hoogleraar aan de Universiteit te Leuven

1. Dit artikel beoogt op overzichtelijke wijze uit te leggen waaruit een *ontvankelijk cassatiemiddel* bestaat. Eerst zullen de twee betekenissen van de procesrechtsterm *middel* aangegeven worden, en het gebruikelijk onderscheid tussen middel in feite, middel in rechte en argument (§ 1). In een cassatiemiddel mag, op straf van onontvankelijkheid, de rechter ten gronde niet in de rug aangevallen worden; er mag hem niets verweten worden waarvan hij geen weet had. Dit is het probleem van het *novum* in cassatie (§ 2). Bij het formuleren van het cassatiemiddel is de eiser op straf van onontvankelijkheid gebonden aan hetgeen in de bestreden uitspraak omtrent de feiten van het geding is vastgesteld. Maar procedurale feiten, algemeen bekende feiten, feiten die nodig zijn voor de kennis van het recht, ervaringsregels en rechtsregels die uit andere bronnen afkomstig zijn dan de interne wet in ruime zin, zijn niet — zoals soms gedacht wordt — *a priori* taboe. Hier raakt men aan de beruchte en opgeschroefde theorie van het onderscheid tussen het feit en het recht (§ 3). Op straf van onontvankelijkheid zal het cassatiemiddel onder een *cassatiegrond* moeten vallen. Alleen de rechtspraak zelf van het hof van cassatie kan ons openbaren welke de cassatiegronden zijn (§ 4). Tenslotte wordt samenvattend aangestipt welke de lotsbestemmingen van een cassatiemiddel kunnen zijn (§ 5).

§ 1. Het cassatiemiddel

2. *Het cassatiemiddel in de structuur van een cassatiearrest.* Een arrest van het hof van cassatie is voor een oningewijde moeilijk te begrijpen (1). Zijn structuur kan als volgt in schema gebracht worden (2).

(1) Veel moeilijker nog is het interpreteren van een arrest van het hof van cassatie. Zie : VOULET, J., *L'interprétation des arrêts de la cour de cassation*, J.C.P., 18 februari 1970, 2305; — Zie verder, nr. 24.

(2) Het toevallig als voorbeeld uitgepikt arrest is : Cass., 2 januari 1969, *Arr. cass.*, 1969, 409.

a) *De identificering van de bestreden uitspraak*

Bijvoorbeeld: „Gelet op het bestreden vonnis, op ... in hoger beroep gewezen door de rechtbank van eerste aanleg te ...”.

Iedereen weet zonder twijfel dat ons opperste gerechtshof geen derde trap bij de berechting van een zaak vormt (1). Het oordeelt niet over de zaak, maar over de in laatste instantie gedane uitspraak die aangevochten wordt. Laatstgenoemde uitspraak wordt geïdentificeerd heel in het begin van het arrest van het hof van cassatie.

b) *De uiteenzetting van het cassatiemiddel*

1^o de aanduiding van de wetsartikelen (beter ware *de lege ferenda* (2) : de aanduiding van de rechtsregels) waarvan de schending door de rechter ten gronde ingeroepen wordt door de eiser in cassatie;

2^o de aanduiding van de bestreden passus uit de motivering van de aangevochten uitspraak;

3^o de opgave van de redenen waarom volgens de eiser in cassatie die aldus gemotiveerde uitspraak betwist wordt.

Bijvoorbeeld:

„1^o) Gelet op het eerste onderdeel van het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 2219, 2251, 2257 en 2277 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet (3),

2^o) *doordat (en ce que)*, het bestreden vonnis verklaart dat de verjaring bereikt werd, en aldus het middel verwerpt dat door de eiser afgeleid werd uit het feit dat hij zich in de wettelijke onmogelijkheid bevond te handelen ...

3^o) *terwijl (alors que)* de verjaring niet loopt tegen hem die wettelijk in de onmogelijkheid verkeert om in rechte op te treden ...”.

c) *De argumentatie van het hof van cassatie om het middel al dan niet aan te nemen (accueillir le moyen)*, d.w.z. om het niet ontvankelijk te

(1) Zie verder, nr. 13.

(2) Zie de mercuriale van procureur-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH van september 1970, Arr. cass., 1970, 125-129. In Nederland heeft de uitbreiding van de voornaamste cassatiegrond tot schending van het ongeschreven recht tot gevolg gehad dat het vereiste van aanhaling van de geschonden artikelen in het cassatiemiddel vervallen is. Aanhaling van wetsartikelen zal nochtans steeds haar nut behouden omdat bij voorbeeld nummers als 1382 en 2279 B.W. verstaanbare symbolen zijn voor de daarin neergelegde complexe rechtsregels. Ongeschreven regels moeten of worden omschreven of duidelijk geïmpliceerd zijn in de formulering van de grief.

(3) Als er in een voorziening in een strafzaak geen wetsartikelen aangehaald worden, luidt de formule: „Over het eerste middel, *hieruit* afgeleid dat — bijvoorbeeld — het bestreden arrest niet vaststelt dat de jachtwachter die het proces-verbaal opstelde bevoegd was om dit te doen op de openbare weg, terwijl eiser zulks steeds heeft betwist” (zie bv. : Cass., 18 september 1967, Arr. cass., 1968, 90).

verklaren, om het gegrond of ongegrond te bevinden, zoals verder zal gezegd worden in § 5.

Bijvoorbeeld: „Wat het eerste onderdeel van het middel betreft : overwegende dat de verjaring van een rechtsvordering niet loopt tegen degene die in de onmogelijkheid verkeert om deze vordering in te stellen ten gevolge van een uit de wet voortvloeiend beletsel; overwegende dat het vonnis niet onderzoekt of de door de eiser aangevoerde omstandigheden al dan niet een wettelijk beletsel waren; overwegende derhalve dat door alleen te steunen op artikel 2251 van het Burgerlijk Wetboek om de toepassing te verwerpen van het beginsel volgens hetwelk een wettelijk beletsel de loop van de verjaring schorst, de rechter zijn beslissing niet wettelijk rechtvaardigt; dat het eerste onderdeel van het middel gegrond is”.

d) *Het beschikkend gedeelte van het arrest van het hof van cassatie*
Bijvoorbeeld:

„Om die redenen, vernietigt het bestreden vonnis”.

Het beschikkend gedeelte kan slechts hetzij de vernietiging van het bestreden vonnis of arrest bevatten na gegrondbevinding van een middel, hetzij de verwerping van de voorziening.

Men weet dat bij vernietiging van een rechterlijke uitspraak het hof van cassatie de zaak niet ten gronde afdoet. We zullen deze regel verder nog ontmoeten en daarom zal hier terloops even op ingegaan worden.

3. Afdoening ten gronde en vaststelling van de feiten. De zojuist gebruikte uitdrukking *de zaak ten gronde afdoen* (in de beoordeling van de zaak treden, *connaître du fond* (1), volgens de woorden van artikel 95 G.W.) mag niet verward worden met de uitdrukking *de feiten van het geding vaststellen* (*connaître du fait*). Op laatstgenoemde uitdrukking die preciezer uitgedrukt betekent dat het hof van cassatie

(1) De uitdrukking *connaître du fond* is ontstaan tijdens de Franse revolutionaire periode. De wet van 27 november-1 december 1790 bepaalde dat „*sous aucun prétexte et en aucun cas, le tribunal (de cassation) ne pourra connaître du fond des affaires*” (art. 3) en de regel werd grondwettelijk in de constitutie van 3-14 september 1791 (Titel III, hoofdstuk V, art. 20). De grondwettelijke akte van 24 juni 1793 herhaalde dat het cassatietribunaal „*ne connaît point du fond des affaires*” (art. 99); het beginsel werd weergegeven in de grondwet van 5 fructidor jaar III (22 oogst 1795) (art. 255), en in die van 22 frimaire jaar VIII (13 december 1799) (art. 66). We vinden het weer in artikel 95 van de Belgische grondwet : „Er bestaat voor geheel België een Hof van cassatie. Dit Hof treedt niet in de beoordeling van de zaken zelf, behalve bij het berechten van ministers”. De Belgische constituanten ontleende het aan andere teksten : artikel 7, derde lid W. 20 april 1810 en artikel 35 van het besluit van 15 maart 1815. Het werd hernomen door artikel 17, eerste lid, W. 4 augustus

— en de opsteller van een cassatiemiddel — gebonden is aan hetgeen in de bestreden uitspraak omtrent de feiten van het geding is vastgesteld, wordt verder in § 3 teruggekomen.

Het moet onderstreept worden dat het verbod van afdoening ten gronde of, anders gezegd, het gebod om de uitspraak over de rechten en verplichtingen der gedingvoerende partijen over te laten aan de natuurlijke rechters, *niet in causale betrekking* staat tot dat andere verbod — dat echter niet expliciet in een tekst weer te vinden is —, namelijk het verbod de feiten van het geding vast te stellen. Die laatste formule geeft uitdrukking aan een louter jurisprudentiële regel (1), die logisch gezien onafhankelijk is van de regel vervat in

1832. Er werd aan herinnerd in het begin van artikel 609 van het ontwerp voor het nieuwe Belgische gerechtelijk wetboek, maar het werd weggelaten uit het artikel 608 omdat de verenigde commissies dit rappel nutteloos achtten (*Parlem. Besch.*, Senaat, zitt. 1964-65, nr. 170, blz. 104).

Over de juiste draagwijdte van dit beginsel schreef SCHEYVEN : „De sérieuses difficultés se présentent lorsqu'il s'agit d'assigner à ce principe sa véritable portée, distinguer ce qu'il renferme de ce qui n'en est pas la conséquence nécessaire” (cursivering door auteur van dit artikel). „Le fond de l'affaire, dit Dalloz, V^o Cassation, nr. 1199, c'est ce qui fait l'objet des conclusions des parties, la contestation qui les divise et l'incertitude sur le point de savoir de quel côté est le droit et la légitimité des prétentions”. C'est en quoi la Cour ne peut s'immiscer; l'objet de la demande ne peut être par elle ni adjugée ni abjuguée; elle ne peut donc juger un procès en appliquant aux faits de la cause les principes du droit et de la loi; ce qu'elle juge, c'est la sentence même qui en dernier ressort a tranché le litige. Il n'y a à ce principe qu'une véritable exception, c'est le jugement des ministres” (SCHEYVEN, C., *Traité pratique des pourvois en cassation*, Brussel, 1866, blz. 115).

De toelichting op de wet van 7 juli 1865 over een hervorming van het hof van cassatie — in navolging van de Franse wet van 1 april 1837 werd het *référé législatif* afgeschaft — besloot in dezelfde zin dat de woorden : *connaître du fond des affaires* steeds betekend hadden : het recht op de feiten toepassen.

„Le jugement du point de droit, quoique définitif, est donc toujours en dehors du jugement du fond. Etre investi du pouvoir de porter un pareil jugement, ce n'est point être investi du pouvoir de connaître du fond; ce dernier pouvoir n'appartient qu'à l'application au fait du point de droit souverainement jugé” (*Pasin.*, 1865, 217; — zie ook : HAYOIT DE TERMICOURT, R., *Propos sur l'article 95 de la Constitution*, J.T., 1954, 509 en 510).

(1) We staan voor een ontwikkeling van publiekrechtelijk gewoonterecht. De vraag moet inderdaad gesteld worden : „hoe vat het hoogste gerechtshof zijn taak op?” en niet „wat zeggen de enkele bestaande wettelijke bepalingen hierover?” „Avant tout, il n'est peut-être pas sans intérêt d'observer”, schrijft Géný „qu'en fait tout ce qui concerne l'étude des pouvoirs de la Cour suprême dépend essentiellement de cette juridiction seule et que, n'étant soumise elle-même à aucun contrôle (sauf, évidemment, une intervention législative en cas d'abus), elle se trouve absolument maîtresse de sa compétence et de l'exercice de son pouvoir. Cela ne veut pas dire, assurément, qu'elle soit soustraite à toutes les règles supérieures. Mais son appréciation subjective de ces règles ne comporte pas, dans le for extérieur, de limites matériellement infranchissables à son action; à défaut de loi précise, la souveraineté du pouvoir régulateur de la Cour suprême, dans toute la sphère juridique (réserve faite du domaine administratif), me paraît reposer inébranlablement sur une coutume qui, ayant à sa base les empiètements successifs de la Cour de cassation elle-même, a déterminé une conviction juridique ...” (GÉNÝ, *Méthodes d'interprétation et sources en droit positif*, II, blz. 196).

„L'imprécision des termes de la loi”, stelt Marty vast, „notamment celle des expressions de violation de la loi ou du fond des affaires, laisse la plus large liberté au travail des interprètes et il n'est pas douteux que, parmi ces derniers, il faut mettre hors pair la Cour suprême elle-même. Celle-ci est, en effet, de façon à peu près absolue, libre de préciser

artikel 95 G.W. Een wetgeving op de cassatie is inderdaad logisch denkbaar waarin uitzonderlijk (indien nl. de zaak in staat is een definitieve oplossing te krijgen) toelating wordt gegeven aan het hof van cassatie om in de vernietigingsuitspraak op positieve wijze een oplossing te geven aan het geschil door concreet het recht op de aangebrachte en door de lagere rechter geapprecieerde feiten toe te passen (1). Dit zou echter niet *per se* aan het hof van cassatie de bevoegdheid geven om te vernietigen omdat het op de feiten een andere visie heeft dan de lagere rechter. Dat het hof de zaak ten gronde mag afdoen, geeft het niet noodzakelijk het recht, in eigen beschouwingen over de feitelijke toedracht van de zaak redenen tot vernietiging te vinden.

Het verbod van afdoening ten gronde is eveneens te onderscheiden van het verwijzingsgebod. Inderdaad bestaan er in ons recht na beroep in cassatie geen uitzonderingen op het eerste verbod. Maar in sommige gevallen laat de wet wel vernietiging zonder verwijzing toe (2).

4. *Het begrip middel.* Het is de aandachtige lezer niet ontgaan dat in het aangehaalde voorbeeld (onder nr. 2, b.) de term *middel* gebruikt wordt in twee betekenissen. Die term heeft inderdaad twee verschillende betekenissen in de rechtspleging.

a) In een eerste betekenis beduidt hij : de stelling die een *noodzakelijke steun* vormt voor een vordering of een verweer gedurende het geding ten gronde. Hij is geen synoniem voor *oorzaak* van de vordering,

comme elle l'entend l'étendue de son pouvoir de contrôle; ... la réglementation législative, fragmentaire, imprécise, vieillie, fournit une base fragile à la définition de l'étendue du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation. Pour cette définition, le rôle essentiel et un pouvoir presque absolu appartiennent à cette dernière lorsqu'elle délimite dans sa pratique quotidienne le domaine dans lequel elle entend exercer son contrôle et les questions qu'elle se refuse à examiner" (MARTY, *La distinction du fait et du droit*, blz. 23 en 78). Ook Lewald meent : „Tandis qu'en France l'étendue actuelle du contrôle de la Cour suprême est le résultat d'une évolution jurisprudentielle et pour ainsi dire coutumière, en d'autres pays la sphère du contrôle de la juridiction suprême se détermine en vertu de dispositions législatives qui délimitent la *revisio in jure* dont la juridiction suprême est investie" (LEWALD, H., *Le contrôle des Cours Suprêmes sur l'application des lois étrangères*, Rec. Ac., 1936, III, 228).

(1) Zie bij voorbeeld artikel 45 van de Kameroense verordening van 17 december 1959 op het hoogste gerechtshof : „si l'affaire est reconnue en état au fond". Afdoening ten gronde vindt men eveneens in Madagascar en in de Centraalafrikaanse Republiek. De Nederlandse Hoge Raad is gerechtigd de zaak zelf af te doen, ten principale recht te doen, wanneer de zaak in staat is om gewezen te worden en het gaat om schending van het recht. Vernietiging dus zonder verwijzing wanneer dit mogelijk is zonder onderzoek naar de feiten van het geding, wanneer het m.a.w. om een zuivere rechtskwestie gaat. Zie hierover : DE VREESE, A., *De taak van het hof van cassatie*, T.P.R., 1967, 577.

(2) Zie : DE VREESE, l.c., 569-571; — RIGAUX, o.c., nr. 20 en 22.

althoewel het soms delicaat is de oorzaak van het middel te onderscheiden.

De middelen waarop de vordering steunt, zijn de feitelijke of juridische elementen die de oorzaak van een vordering schragen en er de werkelijkheid van bewijzen. De oorzaak grondt op haar beurt het voorwerp van de vordering.

Het voorwerp van het proces is : wat geëist wordt. De oorzaak is de juridische grond waarvan het (met behulp van de middelen vastgesteld) bestaan, de vordering als gegronddoet beschouwen. Aldus fundeert de oorzaak het voorwerp, en het middel de oorzaak.

Men kent bij voorbeeld de geschiedenis van Pythius, die om Cannius te doen geloven dat de villa die hij hem wilde verkopen gelegen was bij een visrijk meer, een hele vloot vissersboten in de omgeving had doen patrouilleren. Nadat het koopcontract was afgesloten, gaf Cannius er zich te laat rekenschap van, hoe oneerlijk de andere was geweest. Hij wilde de nietigheid van het contract laten uitspreken : dit vormt het voorwerp van de vordering. De oorzaak waarop als grond voor de vordering in nietigheid een beroep gedaan wordt, is het bedrog.

De middelen zijn eensdeels de feitelijke elementen die gehaald worden uit de omstandigheden van de zaak (de voorstelling van de fictieve visvangst om Cannius aan te zetten tot de koop), en anderdeels de bepalende elementen van het rechtsbegrip bedrog (de bedrieglijke intentie ten eerste, de kunstgrepen ten tweede).

b) In een tweede betekenis wil middel zeggen : een precieze grief tegen een beslissing van een rechter ten gronde aangevoerd voor het hof van cassatie; het is, meer nauwkeurig uitgedrukt, een cassatiemiddel (bv. een bepaalde plaatsopneming gebeurde niet op tegenspraak). De term is geen synoniem voor cassatiegrond. De cassatiegrond is een *algemene categorie* van ontvankelijke grieven voor het hof van cassatie (bv. de schending van substantiële vormen).

De kritiek die door een eiser in cassatie geformuleerd wordt tegen een uitspraak ten gronde wordt in één of meer middelen verdeeld, en elk middel kan opgesplitst worden in één of meer grieven, onderdelen genoemd (*branches*), elk beginnend met de woorden *terwijl* (*alors que*).

5. *Het hof is gebonden aan de cassatiemiddelen in privaatrechtelijke zaken.* Men vergeet soms dat het opperste rechtscollege zich in het geding in cassatie slechts uitspreekt over de middelen die aangevoerd werden door de eiser in cassatie, en in beginsel niet verder kan gaan.

In privaatrechtelijke zaken gebeurt het nooit dat een middel ambtshalve wordt opgeworpen (1). Men mag er zich niet over verwonderen dat het hof geen gebruik maakt van de gelegenheid dat een zaak aan zijn toezicht wordt onderworpen om een rechtsvraag in haar geheel op te lossen; zijn rol bestaat erin de perken van het debat te eerbiedigen en te wachten om een vraag op te lossen tot men haar voorlegt. Daarbij is de cassatierechter streng aan de middelen gebonden (2). Volgens een veelvuldig gebruikte formule onderzoekt het hof van cassatie *het middel, gans het middel en niets anders dan het middel*. Men moet er zich dan ook niet over verwonderen dat bijvoorbeeld een arrest van een hof van beroep dat klaarblijkelijk een rechtsfout bevat, aan de censuur ontsnapte: als men de moeite doet aandachtig de middelen te lezen, bemerkt men dat ze de fout niet bekritisieren; het hof van cassatie bevindt zich dan ook in de onmogelijkheid om te vernietigen op grond van die rechtsfout. Dit legt een zware verantwoordelijkheid op de advocaten bij het hof van cassatie; de rechtsontwikkeling kan geen stap vorderen, zolang niet een daartoe strekkend middel wordt voorgedragen.

(1) In strafzaken werpt het hof van cassatie ambtshalve alle middelen op (SCHEYVEN, C., *Traité pratique des pourvois en cassation*, Brussel, 1866, blz. 541). Hetzelfde beginsel geldt voor de gedingen betreffende de provinciale en gemeentelijke belastingen, waarvoor de bestendige deputatie bevoegd is. In militiezaken wierp het hof tot het van kracht worden van de wet van 15 juni 1951 ambtshalve alle middelen in rechte op die door de eiser niet ingeroepen werden, en namelijk alle vormgebreken (Cass., 6 november 1950, *Arr. cass.*, 1951, 95; — Cass., 17 september 1951, *Arr. cass.*, 1952, 3; — Cass., 19 november 1951, *Pas.*, 1952, I, 144, met noot. Deze rechtspraak werd nu verlaten wegens de termen van artikel 52 van de wet).

In burgerlijke zaken daarentegen worden door het hof geen middelen ambtshalve opgeworpen. Dezelfde regel is van toepassing ten aanzien der arresten van de Hoven van beroep inzake inkomstenbelastingen en accijnsrechten.

Het hof van cassatie beperkt zich in burgerlijke zaken tot de middelen waarop het cassatieberoep steunt (VEEGENS, D. G., *Cassatie in burgerlijke zaken*, Zwolle, 1959, nr. 130; — BESSON, A., *Répertoire de procédure civile Dalloz*, I, *Cassation*, 1955, nr. 1126; — RIGAUX, F., *La nature du contrôle de la cour de cassation*, Brussel, 1966, nr. 95). Het doet op het eerste gezicht zonderling aan, dat het hof van cassatie, zoals de Hoge Raad, in straf- en belastingzaken ambtshalve mag en moet vernietigen, maar niet in civiele zaken, ook al is daar de openbare orde in het gedrang. Het gevolg van het viëren van de teugels zou echter zijn dat de taak van de civiele kamer zeer zou verzaamd worden; immers de eiser zou desgewenst kunnen volstaan met het uitbrengen van een dagvaarding zonder enige materiële inhoud, zoals de dagvaarding in hoger beroep en het vragen van recht op de stukken. Bovendien zou men geneigd worden in ieder arrest meer te lezen dan bedoeld is.

In Frankrijk kent men daarentegen *les moyens relevés d'office*. Ook in burgerlijke zaken mag het hof van cassatie bepaalde middelen van openbare orde opwerpen, maar dit blijft toch uitzonderlijk (FAYE, *La cour de cassation*, 1903, nr. 127 en blz. 146, noot 2; — BESSON, o.c., nr. 1126).

(2) Volgens § 559 Z.P.O. is het *Reichsgericht* slechts gebonden aan de *Anträge* van de eisende partij, d.w.z. aan haar opgave in hoever zij de uitspraak *a quo* bestrijdt en vernietigd wil zien (de conclusie dus), maar, bij klachten over materieel recht, niet aan de aangevoerde gronden. Deze vormen slechts een aansporing voor de rechter.

6. *Middel in feite. Middel in rechte. Argument.* Een middel kan een middel in feite of in rechte zijn.

a) *Een middel in feite*: is een bewering die steunt op de omstandigheden van het geschil (de feiten van het geding (1), *les faits de la cause*), die de appreciatie van een gebeurtenis inhoudt, of een discussie van het ter tafel liggend concrete evenement.

Het middel in feite moet bewezen worden en kan niet ambtshalve opgeworpen worden door de rechter ten gronde. Omdat het hof van cassatie gebonden is aan hetgeen in de bestreden uitspraak omtrent de feiten van het geding is vastgesteld, kan een middel in feite niet ontvankelijk zijn voor het hof van cassatie (2). Het onderscheid tussen middel in feite en in rechte is evenwel niet altijd nauwkeurig te trekken, — zoals verder onderstreept zal worden — omdat het woord feit een verwarringzaaiend dubbelzinnig begrip dekt.

b) *Het middel in rechte* (3) : is een bewering die steunt op een argumentatie en afgeleid wordt uit een rechtsregel. Het *mag* ambtshalve opgeworpen worden door de rechter ten gronde en moet niet bewezen worden (4).

Een cassatiemiddel is steeds een middel in rechte. Maar om ontvankelijk te zijn voor het hof van cassatie moet een middel tot de gronden tot cassatie behoren. Verder zal in § 4 gezien worden welke die cassatiegronden zijn.

Een middel kan de vorm betreffen, of de grond van de zaak; het kan van privaat belang of van openbare orde zijn. Een middel van openbare orde is gebaseerd op een niet in acht nemen van een regel van openbare orde. Laatstgenoemd middel *moet* ambtshalve door de rechter ten gronde opgeworpen worden. (Bij privaatrechtelijke gedingen echter niet door het Belgische hof van cassatie.)

Van het middel moet het argument worden onderscheiden.

(1) Zie verder, nr. 9.

(2) Zie verder, nr. 13.

(3) De term *rechtsmiddel* beduidt : elke procedure om een rechterlijke beslissing aan te vechten (*voie de recours*).

(4) Hier moet echter een opmerking gemaakt worden betreffende het buitenlands recht en de niet notoire rechtsgewoonten.

De kennis van het buitenlands recht en van rechtsgewoonten wordt *gemeenzaam* opgebouwd door de rechter en de partijen. De rechter ten gronde mag van de partijen verwachten dat zij hem kennis geven van het buitenlands recht en van de niet notoire rechtsgewoonten. Dat beduidt niet dat die rechtsregels als feiten van het geding dienen beschouwd te worden.

Het beginsel van het recht op tegenspraak verzet er zich anderzijds tegen dat de rechter het buitenlands recht of gewoonterecht *ambtshalve* zou toepassen, zonder vooraf de partijen verzocht te hebben conclusies te wisselen over de inhoud of de gelding van buitenlands recht of gewoonterecht.

c) *Het argument*: is een redenering (*in casu* van juridische aard) aan de hand waarvan men een gevolg kan trekken, dat nochtans niet de noodzakelijke steun biedt aan een vordering ten gronde. (Indien dit wel het geval was zou men deze redenering een *middel* noemen.)

De rechter ten gronde moet als antwoord op de conclusie van de partijen, elk aangevoerd *middel* onderzoeken, maar hij is niet verplicht een antwoord te geven op elk van de gebruikte *argumenten* (1).

Zoals we zullen zien is een nieuw *argument* ontvankelijk voor het hof van cassatie, maar een nieuw *middel* is dit niet. Het onderscheid is in elk geval moeilijk aan te duiden en hangt af van de waardering van het hof van cassatie.

7. *Middel in feite, feitelijke grond, uitspraak over de feiten*. Merken we nog op dat het onderscheid tussen middel in feite en middel in rechte overeenkomt met het onderscheid tussen de feitelijke en juridische gronden van het vonnis.

De feitelijke *gronden* van een vonnis steunen op de overeenstemmende beweringen van de partijen of op de wettelijk geleverde bewijzen indien de partijen het oneens zijn over de wedersamenstelling van de feiten van het geding.

De juridische *gronden* van een vonnis vloeien voort uit de kennissen waarvan de rechter gebruik mag maken, zijn kennis van het positief recht eerst en vooral, maar ook van de ervaringsregels, zonder welke hij noch over het bestaan van de feiten van het geding zou kunnen beslissen, noch de rechtsbeslissingen zou kunnen nemen.

Met behulp van de elementen die aldus voorgekomen zijn, kan de rechter een dubbel *beschikkend gedeelte* uitwerken : hij beslist dat de feiten van het geding zus of zo zijn (*uitspraak over de feiten*); hij verbindt aan de aldus vastgestelde situatie de gevolgen die voorgeschreven zijn in de wet (*uitspraak over het recht*).

§ 2. Het novum in cassatie

8. *Middel waarin feiten en recht vermengd zijn. Nieuw middel. Middel van zuiver recht*. Het geding in cassatie is een *nieuw* geding, dat erin bestaat zeer bijzondere grieven te doen gelden, nl. aan te voeren dat de wet overtreden werd, of dat een wezenlijke vorm geschonden werd door de aangevochten rechterlijke beslissing.

(1) HERBOTS, J. H., *Cassatie wegens motiveringsgebreken*, T.P.R., 1971, 9, nr. 7.

In dat geding gaat het dus om een vonnis over het vonnis. Het zal dus te laat zijn om voor het hof van cassatie nog zijn beklag te doen over het overtreden van de wet, indien die vraag *niet opgeworpen werd* voor de rechter ten gronde. Indien die vraag *wel opgeworpen werd*, maar niet in beschouwing genomen door de rechter ten gronde, dan zal de beslissing van laatstgenoemde vernietigd worden wegens *gebrekkige motivering* (1). Sprak de rechter zich anderzijds uit in een zin waarmee niet akkoord gegaan wordt, dan kan het opperste gerechtshof er bij middel van een ontvankelijk cassatiemiddel toe gebracht worden over de waarde van die uitspraak een oordeel te vellen.

Werd het proces ten gronde gepleit door een onhandige advocaat die de kwestie niet heeft opgeworpen, dan is het voor de advocaat die voor het hof van cassatie optreedt, te laat om die kwestie nog op te werpen. Het zou immers niet billijk zijn de rechter ten gronde het verwijt toe te sturen, dat hij een regel zou hebben geschonden waarvan niemand had aangevoerd dat hij in het geding moest toegepast worden.

a) Het komt voor dat bij het ingeroepen middel tot cassatie *feit en recht vermengd* worden.

De ware zin van die eigenaardige uitdrukking is de volgende : Het is een cassatiemiddel gesteund op een *nieuw feit*, d.i. een feit waarover er voor de rechter ten gronde niet gehandeld werd. Zulk middel is onontvankelijk (2). Men kan de rechter ten gronde geen vergissing verwijten die hij niet heeft kunnen begaan, omdat hij geen kennis had van het feit, waarover er voor het eerst sprake is voor het hof van cassatie om er een rechtsmiddel uitdrukkelijk of impliciet op te gronden. De feitelijke grondslag der middelen kan alleen worden gevonden in de bestreden uitspraak.

Maar een bepaalde categorie van nieuwe feiten zal noodzakelijkerwijze voor het hof van cassatie aanvaard worden, namelijk : procedure-aangelegenheden waarbij de rechter ten gronde zou gefaald hebben.

(1) HERBOTS, J. H., *ibidem*, nr. 7 en nr. 11.

(2) Hierover schrijft de Nederlander VEEGENS, D. J., in zijn voortreffelijk boek *Cassatie in burgerlijke zaken*, Zwolle, 1959, nr. 112 : „Is de juridische stelling van het middel tevoren niet te berde gebracht, dan zal iedere poging daartoe volgens vaste rechtspraak vruchteloos zijn, indien de gegrondheid van eisers klacht afhankelijk is van feiten, die in de vorige instanties niet hetzij zijn vastgesteld, hetzij door den eiser in cassatie zijn gesteld, doch buiten onderzoek zijn gebleven. Een dergelijk middel *mélange de fait et de droit* mist feitelijke grondslag”.

Naar Belgisch recht is een middel waarin feiten en recht zijn gemengd *onontvankelijk*, en dus niet *ongegrond* omdat het feitelijke grondslag mist (zie verder, nr. 24). Zie ook : RIGAUX, o.c., nr. 114, 116 en 117 e.v.

Voorbeeld:

De stad Antwerpen werd aansprakelijk geacht, overeenkomstig het decreet van 10 *vendemiaire* jaar IV, voor de plundering van de woningen in augustus 1914. Het cassatiemiddel bestond erin aan te voeren dat het decreet niet van toepassing was, omdat er staat van beleg was. De datum waarop de staat van beleg ingegaan was, is een alombekend feit, daar die datum op officiële wijze wordt bekend gemaakt. Maar *de datum waarop de schade geleden werd*, was niet aangeduid geworden, noch in het vonnis waarvan cassatie gevorderd werd, noch door een of andere partij in geschil in geen enkel der stukken die volgens de wet aan het hof van cassatie overgelegd werden. Het aangevoerde middel in rechte — het decreet van 10 *vendemiaire* jaar IV kan niet van toepassing zijn voor de schade geleden *tijdens de staat van beleg* — veronderstelt dat een feit bewezen is : namelijk dat de schade toegebracht werd *na* het koninklijk besluit waarbij de staat van beleg afgekondigd werd. Men kan het de rechter ten gronde niet euvel duiden dat hij de toepassing verzuimde van een rechtsregel die hij, enkel op grond van de feiten die hem voorgebracht waren, niet mocht toepassen (1).

b) Het *nieuwe middel* is een cassatiemiddel dat een nieuwe betwisting uitlokt, d.i. een *rechtskwestie opwerpt* waarover er voor de rechter ten gronde geen geschil gerezen was. Zulk middel (*novum* in cassatie) is onontvankelijk, tenware het een rechtskwestie betreft, die de rechter zelf ambtshalve moet opwerpen (2).

Maar indien in dit middel, dat gesteund is op de openbare orde, feiten en recht vermengd zijn, d.i. wanneer in de juridische redenering een *nieuw feit* ingebracht wordt (een feit dat niet aan het oordeel van de rechter ten gronde onderworpen werd) zal het middel eveneens onontvankelijk zijn (3).

Er moet hier gewezen worden op een verschil met de procedure in hoger beroep. In hoger beroep is een *nieuwe vordering* onontvankelijk. Maar de middelen tot beroep kunnen nieuw zijn. Bij hoger beroep wordt

(1) Cass., 24 december 1925, *Pas.*, 1926, I, 147; — vgl. : RIGAUX, o.c., nr. 177. — Zie ook bv. : Cass., 10 juli 1930, *Pas.*, 1930, I, 301; — Cass., 22 januari 1948, *Arr. cass.*, 1955, 35; *Pas.*, 5 mei 1955, *Arr. cass.*, 1955, 739.

(2) RIGAUX, o.c., nr. 125. Is niet nieuw het middel waarbij de schending wordt aangevoerd van een wetsbepaling *die door de bestreden beslissing ambtshalve wordt toegepast* (Raadpl. Cass., 24 september 1953, *Arr. cass.*, 1954, 28 en conclusie van advocaat-generaal Mahaux, *Pas.*, 1954, I, 36; — Cass., 24 februari 1967, *Arr. cass.*, 1967, 809). Zie : VEEGENS, nr. 111.

(3) RIGAUX, o.c., nr. 125.

een vordering slechts nieuw, wanneer haar voorwerp nieuw is, en niet wanneer alleen de middelen nieuw zijn.

Voorbeeld:

Een beambte van de N.M.B.S. waarop het statuut van de rijksambtenaar werd toegepast, mag niet bij het hof van cassatie voor de eerste maal betwisten dat zulk statuut op hem toepasselijk is, indien hij voor de rechter ten gronde geen enkele conclusie in die zin neergelegd heeft (1).

c) Er moet onderscheid gemaakt worden tussen het nieuw middel, waarover juist gehandeld werd, en het *nieuw argument*, d.i. een juridische bewijsreden, die voor het eerst voor het opperste gerechtshof aangevoerd wordt, tot staving van de rechtsthesis die aan de rechter ten gronde onderworpen werd. Hoewel het nieuw argument eigenlijk geen waar middel in rechte is, spreekt men hier van een *middel van zuiver recht*. Anders dan het nieuw middel, is zulk middel dat een zuivere rechtsvraag aan de orde stelt wel ontvankelijk (2).

Voorbeeld:

De rechter ten gronde had gevonnis dat de verweerder in cassatie, een gebuur van de eiser, bepaalde met de wet strijdige openingen in de scheidingsmuur mocht in stand houden omdat ze al meer dan 30 jaar bestonden, en dat hij een erfdienstbaarheid *non altius tollendi* verworven had waardoor hij de zichten op het naburig erf mocht bewaren. De eiser in cassatie had zijn vordering gesteund op zijn recht om een bouwwerk op te richten tegen de gemeen geworden muur waarin de openingen waren aangebracht die hij strijdig achtte met de wet. Het wordt de eiser in cassatie toegestaan het vonnis op dat laatste punt te betwisten : indien hij, zoals hij voorhield, zijn recht om te bouwen tegen de gemene muur niet verloren had, dan kon de verweerder tegen hem geen erfdienstbaarheid *non altius tollendi* verworven hebben; het aangevoerde middel, dat impliciet doch noodzakelijk voortvloeide uit de thesis die voor de rechter ten gronde verdedigd werd, was dus niet nieuw (3).

§ 3. Het feit in het cassatiegeding

9. *Het feit.* We hebben het woord feit reeds ontmoet bij de bespreking van de uitdrukkingen : afdoening ten gronde, middel in feite

(1) Cass., 30 maart 1933, *Pas.*, 1933, I, 194; — vgl. : RIGAUX, o.c., nr. 108.

(2) Zie : VEEGENS, o.c., nr. 112.

(3) Cass., 21 december 1939, *Arr. cass.*, 1939, 235; — vgl. : RIGAUX, o.c., nr. 113.

en middel waarin feiten en recht vermengd zijn. Het is een dubbelzinnig woord in het gerechtelijk recht, en het blijkt nodig er de verschillende betekenissen van aan te stippen.

In een eerste betekenis beduidt dit woord : een gebeurtenis die heeft plaats gehad op een bepaald ogenblik op een bepaalde plaats. Men kan de feiten van het geding, de algemeen bekende feiten, de procedurale feiten van het geding ten gronde, en de feiten die nodig zijn voor de kennis van het recht onderscheiden.

a) *De feiten van het geding*: zijn de gebeurtenissen die aan de basis liggen van de eisen van de partijen, en waarover de rechter ingelicht wordt door de woorden waarmee de partijen ze in hun middelen beschrijven (1). De partijen moeten ze bewijzen en de rechter mag er niet ambtshalve een beroep op doen.

Da mihi factum, dabo tibi jus. Bij de bespreking van het middel waarin feiten en recht zijn gemengd, werd slechts aan *de feiten van het geding* gedacht.

b) *Algemeen bekende feiten*: zijn de gebeurtenissen die alle mensen aanbelangen en die dan ook gekend zijn door de doorsnee-man in de straat. Algemeen bekend zijn o.a. de historische feiten, zoals bv. de verklaring van de staat van beleg in 1914. In tegenstelling tot de feiten van het geding moeten de algemeen bekende feiten niet bewezen worden. De rechter ten gronde mag er op eigen initiatief een beroep op doen, op voorwaarde de tegenspraak door de partijen mogelijk te maken (2).

c) *De procedurale feiten van het geding ten gronde*: bestaan — van uit het standpunt van het hof van cassatie — uit een handeling of uit een verzuim van de rechter ten gronde. De schending van substantiële vormen hoort tot de cassatiegronden, en een proceduraal feit kan dus een ontvankelijk (feitelijk) cassatiemiddel gronden in tegenstelling tot foutieve beslissingen over het bestaan van de feiten van het geding of de algemeen bekende feiten. Al is een instructie met betrekking tot de feiten van het geding onmogelijk voor het hof van cassatie, toch is een onderzoek naar een proceduraal feit theoretisch denkbaar (3).

(1) SCHOLTEN, *Algemeen Deel*, blz. 160 e.v.; — VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, blz. 16.

(2) CHEVALLIER, J., *Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1962, 5-19; — HEBRAUD en RAYNAUD, *ibidem*, 380.

(3) De Franse en Belgische hoven van cassatie bevelen heden nooit meer een onderzoek naar de procedurale feiten, alhoewel ze dit in het verleden ooit wel gedaan hebben. Zie : HERBOTS, *art. cit.*, *T.P.R.*, 1971, 11, voetnoten (4) en (5).

d) *De feiten die nodig zijn voor de kennis van het recht*: zijn de gebeurtenissen die behoren tot de geschiedenis en voorwerp van kennis zijn, en die een formele bron van recht zijn : bv. de afkondiging en bekendmaking van een wet (in de ruime zin van het woord); het feit dat een verdrag door de regering opgezegd wordt (1); de materiële feiten die samen met de *opinio necessitatis* het ontstaan geven van een gewoonte (2). In het Kongolese recht is een onderzoek naar de feiten die aan de basis liggen van een gewoonte voor het hof van cassatie (de judiciale afdeling van het Hoogste Gerechtshof) mogelijk, ook al is een onderzoek naar de feiten van het geding, zoals reeds gezegd ondenkbaar (3).

10. *Het feit. Tweede betekenis.* In een tweede betekenis, verstaat men onder *feiten*: algemene regels, en zelfs juridische normen, waarvan de schending geen cassatiemiddel kan gronden. De samenstelling van deze categorie hangt af van de aangenomen theorie van de cassatiegronden. Men onderscheidt : *ervaringsregels* en *normatieve feiten*.

a) *De ervaringsregel*: is een algemeen geldende deductie uit gebeurtenissen, m.a.w. een niet-juridische algemene regel. Vooreerst komt hij tussen beide bij het ontstaan van de uitspraak van de rechter ten gronde over de feiten door het spel van de vermoedens. De ervaringsregels helpen in de tweede plaats ook mee aan de vorming van de *maior* van het syllogisme en maken aldus deel uit van de rechtsvraag. Ze komen op de derde plaats ook tussen bij de verrichtingen van de rechter ten gronde die erin bestaan een aan-de-feiten-van-het-geding aangepast juridisch gevolg te *brouwen*, dit is aan de correct gekwalificeerde feiten het juridisch gevolg te koppelen dat erbij hoort krachtens de toe te passen regel (4).

Het overtreden van een ervaringsregel kan grond zijn tot cassatie in het Italiaans en Duits recht (5). Als grond tot cassatie merkt Rigaux in de Belgische rechtspraak slechts de overtreding van ervaringsregels aan die constant door de rechtspraak bevestigd zijn (6).

(1) RIGAUX, o.c., nr. 124.

(2) Zie hierover echter verder, nr. 11 (e).

(3) Artikel 7 van de verordening nr. 2/69 van de eerste voorzitter van het Hoogste Gerechtshof betreffende het reglement van inwendige orde van het hof.

(4) RIGAUX, o.c., nr. 76.

(5) VEEGENS, o.c., nr. 86 en 89; — RIGAUX, o.c., nr. 79.

(6) RIGAUX, o.c., nr. 79, 142 en 143.

b) *Een normatief feit* (1) : is een rechtsregel die niet in een wettekst vervat ligt (gewoonterechtsregel, algemeen rechtsbeginsel, door de rechtspraak geschapen regel, regel van buitenlands recht, volkenrechtelijke norm). Er was een tijd dat het overtreden van om het even welke norm van die aard geen ontvankelijk cassatiemiddel kon gronden. De rechtspraak van de hoven van cassatie evolueerde echter en evolueert nog op dit punt zoals hieronder aangestipt zal worden.

11. *Het normatieve feit.* Vastgesteld kan worden dat sinds kort het hof van cassatie zijn rechtspraak opgeeft met betrekking tot het toezicht op de schending van het geschreven vreemd recht, zelfs van ongeschreven pretoriaans vreemd recht, van ongeschreven regels van conflictueel recht, van algemene en minder algemene rechtsbeginselen.

a) *Buitenlands recht*

Sinds 1839, het jaar waarin het Belgische hof zich voor de eerste maal over dit punt moest uitspreken, heeft het hof de uitlegging van het vreemde recht door de rechter ten gronde *niet altijd* voor soeverein gehouden (2). Het jaar 1882 wordt gekenmerkt door een ommekeer in deze rechtspraak : procureur-generaal Mesdach de ter Kiele volgt de zienswijze van Laurent, die zich in zijn toen pas verschenen *Droit civil international* op de Franse rechtspraak inspireerde, en wordt door het hof gevolgd :

„attendu qu'en supposant que l'arrêt ait donné une interprétation erronée du droit anglais et ait admis à tort que ce droit permet à la loi du domicile de régler les causes du divorce, cette interprétation, dépouillée de toute contravention à une loi belge, n'est plus qu'une appréciation souveraine de fait”.

Afgezien van enkele niet-conforme arresten (3), werd die houding gehandhaafd tot in 1961. Het arrest van 29 mei 1961 gooit het roer om : het verklaart dat de waardering door de rechter ten gronde van de draagwijdte van de vreemde wet slechts in zover soeverein is, dat *ze de termen van die wet niet miskent* (4). Dit blijkt volgens procureur-generaal Hayoit de Termicourt een terugkeer te zijn tot de houding van de eerste jaren.

(1) Rigaux gebruikt de term *normatief feit* om het fenomeen te beduiden van de rechtspraak die de waarde van een norm aanneemt alhoewel ze geen formele rechtsbron is (RIGAUX, o.c., nr. 71). Dabin vindt die uitdrukking slecht gekozen (voorwoord tot RIGAUX, blz. XI). Reeds Bobbio sprak van de gewoonte als normatief feit (BOBBIO, *La consuetudine comme fatto normativo*, Padua, 1942).

(2) HAYOIT DE TERMICOURT, J.T., 1962, nr. 4371.

(3) Arresten van 16 juli 1906, 11 juni 1914, 12 november 1935, aangehaald door HAYOIT DE TERMICOURT, *ibidem*, noot 36.

(4) Cass., 29 mei 1961, *Pas.*, 1961, I, 1037.

Enkele maanden na dat arrest betrad ook het Franse hof van cassatie nieuwe paden, maar het formuleerde het anders : het heet daar dat de rechter ten gronde niet mag „*méconnaître et dénaturer le sens clair et précis d'un document législatif versé aux débats*”. Met *denaturatie* wordt een grove verkeerde interpretatie bedoeld, maar niemand weet waar de grens ligt tussen een uitlegging die nog juist door de beugel kan en een andere (1). Dit is in elk geval een belangrijke inbreuk op het van meetaf aangenomen beginsel volgens hetwelk het hof weigert de interpretatie van de lagere rechtbanken te controleren (2). Deze minimumcontrole omtrent de *denaturatie* is trouwens niet de enige uitzondering die de Franse rechtspraak aannam : er wordt ten eerste een onderscheid gemaakt tussen de schending of verkeerde toepassing en de niet-toepassing; in dit geval is er schending van de collisie-regels en is vernietiging mogelijk. Vernietiging werd gedurende een zekere tijd eveneens mogelijk geacht, „*pour autant que la contravention à la loi étrangère soit devenue le principe d'une contravention à la loi française*” (3); men vindt dezelfde uitzondering in enkele Belgische arresten. Een derde uitzondering, die onder invloed van raadsheer Audibert in zijn merkwaardig verslag aan de voltallige vergadering van het hof van cassatie op 20 december 1950 werd aangenomen, speelt in geval het probleem dat door de uitlegging van het vreemde recht gesteld wordt *een algemene draagwijdte heeft*. In België volgden na het arrest van 1961 in dezelfde zin de arresten van 27 november en 10 december 1964, en van 12 november 1965 (4). De volledige ommekeer greep plaats in 1966 : het arrest van 15 december 1966 verwierp de voorziening omdat de beschikkingen van de vreemde wet als dusdanig („*en tant que fondé sur la violation*”) niet geschonden werden (5).

Zover is de Franse rechtspraak niet gegaan. De schending van een vreemde wet kan op zichzelf geen ontvankelijk cassatiemiddel gronden. In Nederland neemt de Hoge Raad sinds een arrest van 4 juni 1915 (6) in vaste rechtspraak aan dat het vreemde recht in processen, die in

(1) HERBOTS, J. H., *De cassatiegrond: miskenning van de bewijskracht van geschreven stukken*, R.W., 1971, 930.

(2) BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, 1959, blz. 393.

(3) MARTY, o.c., blz. 129. België : Cass., 11 mei 1855, *Pas.*, 1855, I, 256; — Cass., 9 maart 1871, *Pas.*, 1871, I, 30; — Cass. lux., 12 juni 1888, *Pas. lux.*, 1888, II, 539; — vgl. : J. dr. int., 1874, 12; — ZAJTAY, I., *Contribution à l'étude de la condition de la loi étrangère en droit international privé français*, Paris, 1958, blz. 81.

(4) Cass., 27 november 1964, *Pas.*, 1965, I, 364; — Cass., 10 december 1964, *Pas.*, 1966, I, 336; — Cass., 12 november 1965, *Pas.*, 1966, I, 336.

(5) Cass., 15 december 1966, *Arr. cass.*, 1967, 479.

(6) W. 9871; N.J., 1915, 865; — VERGENS, o.c., nr. 73.

Nederland worden gevoerd, niet moet worden behandeld als een feit dat door de belanghebbende partij moet worden gesteld en bewezen. Het vormt een *rechtsgrond* in de zin van artikel 48 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering, die de rechter zo nodig ambtshalve moet aanvullen. (Deze bepaling komt in de Franse en Belgische wetboeken niet voor.) In het oorspronkelijke ontwerp van de nieuwe Nederlandse wet op de cassatie van 1963 was op initiatief van de Hoge Raad zelf voorgesteld ook cassatie wegens schending van vreemd recht mogelijk te maken :

„Wegens schending van vreemd recht kan vernietiging slechts volgen, indien de Hoge Raad bestaan en inhoud van de rechtsregel zonder nadere bewijslevering met voldoende zekerheid vermag vast te stellen”. Bij de memorie van antwoord heeft de minister van justitie dit voorstel ingetrokken. Een amendement uit de Tweede Kamer tot herstel van de oorspronkelijke redactie is ingetrokken na mondeling overleg in de vaste Commissie voor justitie, waaraan ook een delegatie uit de Hoge Raad en zijn parket heeft deelgenomen, een staatsrechtelijk *novum*.

Alles wel beschouwd moet de gevallen beslissing, ook volgens Veegens (in een voordracht aan de Nederlandse vereniging voor rechtspraak van 8 mei 1964), worden betreurd : „Zij gaat in tegen de ontwikkeling in de ons omringende landen, waar de hoogste rechtscolleges meer en meer zijn overgegaan tot toetsing van buitenlands recht. Een bepaling, die cassatie zou hebben opengesteld in geval van klaarblijkelijke miskennis van buitenlands recht, zou ruimte hebben gelaten voor een verdere ontwikkeling, zonder de Hoge Raad te zeer aan banden te leggen”.

b) *Jurisprudentieel recht*

Sinds het arrest van 15 december 1966 kan gezegd dat het hof zeer waarschijnlijk toezicht gaat uitoefenen op pretoriaans recht. In zijn conclusie schreef advocaat-generaal Mahaux : „Indien men de ene (bepalingen van het Belgisch burgerlijk wetboek) en de andere (bepalingen van het Franse burgerlijk wetboek) tegenover mekaar plaatst, kan men vaststellen dat ze in gelijke bewoordingen zijn opgesteld en dat ze geen enkele wijziging ondergingen sinds de publikatie van het burgerlijk wetboek van de Fransen en van het Napoleontisch wetboek. Een onderzoek van de rechtsleer en van de rechtspraak, in België zowel als in Frankrijk, laat trouwens blijken dat ze dezelfde uitleg kregen”. En het hof gaat in op die gedachte : „Overwegende dat de bepalingen van het Belgische en van het Franse burgerlijk wetboek, op de schending waarvan een beroep werd gedaan ... in gelijke be-

woordingen opgesteld zijn en op dezelfde wijze uitgelegd worden, en dat het middel dus onontvankelijk is bij gebrek aan belang". De uitlegging van de tekst door de Franse rechtspraak werd dus door het hof nagekeken.

Men mag zich dus afvragen wat er zou gebeurd zijn indien die in identieke termen opgestelde tekst op verschillende wijze in Frankrijk en België uitgelegd ware geweest (1)? *A contrario* redenerend mag besloten worden dat het middel ontvangen had kunnen worden, uitsluitend op grond van de verschillende uitleg, vermits het verworpen werd wegens de overeenstemmende uitleg.

Vóór dit arrest bleek dat niet duidelijk, omdat cassatie op grond van pretoriaans recht technisch gegrond wordt op de tekst waarin volgens een fictie de uitlegging van de rechtspraak versmolten werd.

Hoewel beweerd wordt dat een rechtbank niet door gerechtelijke precedënten gebonden is, wordt dank zij deze fictie door het hof van cassatie de hand gehouden aan de door haar gewenste uitlegging. In Spanje gebeurt dit openlijker; er kan vernietigd worden op grond van de *doctrina legal*. Een rechtsregel die geformuleerd wordt in twee gelijkkluidende beslissingen van de cassatierechter, heeft op grond van een oude traditie kracht van wet, zodat over schending daarvan in cassatie kan worden geklaagd. Het cassatiehof zelf kan op een *doctrina legal* terugkomen. Zodoende is een tussenvorm geschapen tussen de continentale gevestigde rechtspraak en het Angelsaksische precedent (2).

Die fictie blijkt niet bruikbaar, indien een zelfde tekst anders uitgelegd wordt in het buitenland dan door de inlandse rechtspraak. Het arrest van 15 december 1966 laat veronderstellen dat vernietigd kan worden op grond van een gelijkkluidend Frans en Belgisch wetsvoorschrift, dat echter door de respectieve rechtspraak anders uitgelegd wordt. Men zou dan m.a.w. staan voor een in dezelfde be-

(1) De Nederlandse, Franse en Belgische rechtspraak over dezelfde codeartikelen kan uiteen lopen. Aldus is de opvatting over de aansprakelijkheid voor zaken, artikel 1384, eerste lid B.W., verschillend naargelang Belgisch dan wel Frans recht van toepassing is: in beide gevallen afwijkend van de in Nederland heersende leer die een risico-aansprakelijkheid op grond van het gelijkkluidende artikel 1403, eerste lid Ned. B.W. afwijst. Zie in het algemeen MEIJERS, *Uitlegging en toepassing in Nederland van aan den Code civil ontleende wetsvoorschriften*, *Verz. Priv. Opst.*, I, blz. 45; — VAN DIEVOET, *Het Burgerlijk recht in België en Nederland van 1800 tot 1940*, blz. 377-386; — WIARDA, J., *Enige opmerkingen over rechtsvergelijking in het algemeen*, *W.P.N.R.*, 4172-4. Voor een concreet probleem: artikel 1970 B.W., Beroep Douai, 7 mei 1901, *J. dr. int.*, 1901, 810, en 2 november 1933, *Revue int. dr. int. priv.*, 1935, 126; — PLANIOL-RIPERT, VI, nr. 612; — MAZEAUD, II⁴, nr. 1139-1141; — DE PAGE, II², nr. 1002; — ASSER-RUTTEN, III², blz. 573.

(2) HERZOG, J.B., *Le droit jurisprudentiel et le tribunal suprême en Espagne*, Toulouse, 1942, blz. 121 en 427.

woordingen opgestelde tekst, maar voor verschillende ongeschreven rechtsregels, — want een bestaande rechtsregel wijzigen door eraan toe te voegen, of ervan af te nemen, omdat men hem juist wil toepassen, is in werkelijkheid niets anders dan een rechtsregel maken (1).

c) *Ongeschreven conflictueel recht*

Een voorziening kon evenmin op een ongeschreven regel van conflictueel recht gegrond worden (2), maar die technische klip werd omzeild door in de voorziening artikel 3 van het burgerlijk wetboek aan te halen. Soms blijkt nochtans uit een meer expliciete uitspraak dat het hof er niet meer voor terugschrikt (zij het samen met een tekst, maar zonder het eraan te verbinden), een beginsel of een ongeschreven verwijzingsregel in te roepen, en de schending ervan te bestraffen. Aldus in het bekende door de verenigde kamers uitgesproken arrest van 16 februari 1955, dat verbreekt wegens schending van „artikel 3 van het burgerlijk wetboek alsmede van de in België aanvaarde regels van internationaal privaatrecht” (3). In Nederland is de doorbraak van het ongeschreven recht voldongen door het arrest van 20 januari 1961 (4), waarbij werd aangenomen dat de werking van het beruchte artikel 992 B.W. over het testament van een Nederlander in het buitenland kan worden ingeperkt door een ongeschreven regel van internationaal privaatrecht, in geval van nationaliteitswisseling tussen het maken van het testament en het overlijden, en het arrest van 17 mei 1962, waarbij de Hoge Raad casseerde, omdat de rechtbank een wettelijke leemte (betreffende de voogdijvoorziening over Nederlandse minderjarigen na een echtscheiding in het buitenland) niet op een juiste wijze had aangevuld (5).

d) *Algemene rechtsbeginselen*

Het hof kan een uitspraak heden eveneens vernietigen door zich te steunen op algemene rechtsbeginselen. In zijn mercuriale van september 1970 schreef procureur-generaal Ganshof van der Meersch die uitvoerig over dit onderwerp uitweidde :

(1) Men denkt hierbij aan het woord van Carnot : „(si les termes de la loi sont clairs, il ne faut pas en rechercher l'esprit pour s'autoriser à rechercher le moyen de nullité qui est invoqué. Si les termes de la loi ne sont pas clairs, il n'y en a pas violation ouverte ni conséquemment matière à cassation. Il n'y a aucun milieu entre ces deux propositions). Il n'est pas dans le domaine de la cour de cassation de faire les lois; et c'est réellement en faire que de modifier celles qui existent, soit en y ajoutant, soit en y retranchant, sous le prétexte d'en faire une juste application” (DALLOZ, *Jurisprudence générale*, VII, *Cassation*, 1360).

(2) Cass., 26 november 1908, *Pas.*, 1909, I, 25.

(3) *Arr. cass.*, 1955, 497; *J.T.*, 1955, 249, met noot Foriers.

(4) *W.v.h.R.*, 1962, afd. 4; — vgl. : VEEGENS, o.c., nr. 69.

(5) *Ibidem*, afd. 17.

„Si vous persistez, à juste titre, en raison de son caractère incertain, à décider que la règle qui n'est affirmée que dans une maxime ne saurait donner ouverture à cassation, ... Vous avez, dans de nombreux arrêts, contrôlé la conformité des jugements aux principes généraux du droit" (1).

Ik beperk me hier tot de opmerking dat het verschil me onduidelijk lijkt tussen de *adagia* en de algemene rechtsbeginselen. Het is waar dat met *adagia* voorzichtigheid steeds geboden is met betrekking tot de vraag of ze nog positief recht bevatten. In bevestigend geval echter, — en dat maakt ten slotte het hof van cassatie uit, bijvoorbeeld voor *Nemo auditur* in 1966 (2) en voor *Contra non valentem agere* in 1969 (3) —, bevat zulk *adagium* in een snedige vorm steeds een traditioneel rechtsbeginsel. Zoals Carbonnier schrijft, ligt het verschil tussen een traditioneel rechtsbeginsel en een rechtsspreuk slechts in de vorm (4). Elk algemeen rechtsbeginsel is niet vervat in de samengebalde formule van een rechtsspreuk, maar elke rechtsspreuk waarvan de geldigheid aanvaard wordt, bevat een traditioneel rechtsbeginsel. Wat de *moderne* — d.i. de na de grote codificaties ontstane — algemene rechtsbeginselen betreft, heeft men eenvoudig met pretoriaanse rechtsregels te doen (5). Alleen gaat het om een bijzondere soort (autonome) jurisprudentiële regels, omdat ze meer zijn dan een glosse op een bepaalde wettekst.

e) Gewoonterecht (6)

Men moet zelfs verder gaan en zich afvragen waarom dan het gewoonterecht niet in volle omvang onder de controle van de cassatierechter geplaatst kan worden. Deze verdere stap is niet moeilijk als het om *notoire* gewoonten gaat die met pretoriaans recht gelijkgesteld kunnen worden, vermits ze ambtshalve door de rechter ten gronde toegepast worden (7). Er wordt *judicial notice* van genomen. Maar waarom niet tevens de *niet-notoire* gewoonten binnen de gezichtskring van de cassatierechter brengen? De Nederlandse wetgever is terecht zo ver gegaan, op voor deze laatste categorie een later te bespreken beperking van het bewijs na.

(1) Arr. cass., 1970, 67. Voor Nederland, zie : VEEGENS, o.c., nr. 69.

(2) Cass., 8 december 1966, Arr. cass., 1967, 450; R.C.J.B., 1967, 5, met noot Dabin.

(3) Cass., 2 januari 1969, Arr. cass., 1969, 409; R.C.J.B., 1969, 91.

(4) CARBONNIER, J., *Droit, civil*, I, nr. 29.

(5) MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, nr. 35.

(6) Het onderscheid tussen gewoonte en gebruik is te verwerpen. Vgl. : HERBOTS, J. H., *Afrikaans gewoonterecht en cassatie*, Koninklijke Academie voor Overzeese Wetenschappen, N.R.-XL-1, Brussel, 1970, nr. 215.

(7) *Ibidem*, nr. 238.

In Nederland ontsnapte, tot voor de nieuwe wet op de cassatie van 20 juni 1963, de vraag naar inhoud en bindende kracht van een beroeps-gewoonte aan het toezicht van de Hoge Raad; men kon zich in cassatie niet beroepen op schending van een gewoonterechtsregel, maar wel op niet-toepassing ervan wanneer dat hoorde (1). In Frankrijk en België wordt nog steeds de bepaling van de inhoud van de gewoonte beschouwd als een feitenkwestie die aan de controle van het hof van cassatie ontsnapt; wie een gewoonte inroept, moet ze met vaste en voortdurende feiten staven; of hij daarin slaagt, wordt uitsluitend door de rechter ten gronde, niet door het hof van cassatie, beslist (2).

In Nederland heeft de wetgever zoals gezegd het nationale gewoonterecht nu binnen de gezichtskring van de Hoge Raad gebracht (3). „Als in de toekomst in cassatie kan worden geklaagd over schending van gewoonterecht”, aldus de toelichting tot de wet, „zal het tot de taak van de Hoge Raad gaan behoren in geval van betwisting onderzoek te doen naar bestaan en inhoud van beweerd gewoonterecht. Deze taak sluit in beginsel mede in een zelfstandig onderzoek naar de feiten en omstandigheden, waarvan gelding en draagwijdte van de omstreden regel afhangen”. Net zoals de Hoge Raad of het hof van cassatie tot een dergelijk onderzoek kan worden geroepen met betrekking tot de vraag of het voorschrift over wiens schending werd geklaagd, bestaat. Zonder nadere voorziening zou de verruiming van de cassatie op dit gebied tot gevolg gehad hebben dat de Hoge Raad voor de noodzakelijkheid van een omvangrijk feitelijk onderzoek zou geplaatst worden. Met dergelijk onderzoek wilde de minister van justitie de Hoge Raad niet belasten; daarvoor achtte hij de lagere rechters meer geschikt, tot wier taak nu eenmaal de vaststelling van de feiten behoort. De bepaling van het derde lid van artikel 99 R.O. houdt, blijkens de toelichting op artikel 405 R.V., een beperking in van de taak van de Hoge Raad, met betrekking tot het onderzoek van de feiten op grond waarvan het bestaan van een gewoonterechtsregel wordt beweerd of bestreden. *Is te dien einde bewijsvoering nodig*, dan kunnen de feiten alleen op grond van de bestreden uitspraak als vaststaand worden aangenomen. Voor de cassatierechter blijft daarbij

(1) VEEGENS, o.c., nr. 82.

(2) Cass., 29 mei 1947, *Arr. cass.*, 1947, 171; — Cass., 25 september 1947, *Arr. cass.*, 1947, 290; — Cass., 19 februari 1953, *Arr. cass.*, 1953, 427; — Cass., 15 maart 1965, *Pas.*, 1965, I, 734.

(3) VEEGENS, o.c., nr. 82.

de taak over te toetsen, of al dan niet in de vastgestelde feiten gewoonterecht besloten ligt (1).

De nieuwe bepaling wil voor de Hoge Raad nochtans niet een volstrekte gebondenheid scheppen aan de vaststellingen in de bestreden uitspraak omtrent de feiten waaruit het bestaan of niet-bestaan van een regel van gewoonterecht is afgeleid, die te vergelijken zou zijn met de beperking van de feitelijke grondslag in cassatie. Zij laat de mogelijkheid open dat de Hoge Raad, oordelende dat er geen bewijsvoering nodig is, de vaststelling van de lagere rechter verbetert op grond van algemene bekendheid of algemene ervaringskennis. Op daaraan ontleende nieuwe feiten zal in cassatie met vrucht een beroep kunnen worden gedaan. Behoort de beweerde of bestreden regel dus tot het gewoonterecht, dan valt de nadruk op de gelding. De feiten op grond waarvan het *bestaan of niet-bestaan* van een gebruik in de bestreden uitspraak is aangenomen, worden geacht vast te staan, behoudens een mogelijkheid van verbetering op grond van eigen

(1) Algemeen wordt door de Italiaanse rechtspraak en de rechtsleer aanvaard dat een voorziening gegrond kan zijn op de schending van een gewoonterechtsregel. Het Italiaanse hof van cassatie toetst de rechtskracht van de gewoonte, de omvang van haar werking en de verhouding tussen plaatselijk en algemeen gebruik, maar onthoudt zich eveneens van onderzoek naar de ontstaansfeiten.

In Oostenrijk is de onjuiste juridische beoordeling van de zaak grond tot cassatie en die grond wordt door de rechtspraak ruim opgevat ook gewoonterecht. In Noorwegen behoort de toetsing van het bestaan en de inhoud van gewoonterecht eveneens tot de taak van het hoogste gerechtshof, evenals in het Griekse ontwerp-wetboek van rechtsvordering (artikel 610).

Zowel bij het *Reichsgericht* als bij het *Bundesgericht* kan worden geklaagd over schending van gewoonterecht. Het Duitse recht kent slechts een controle in volle omvang van het *Reichsgericht* op de toepassing van algemeen geldend gewoonterecht. Deze strekt zich mede uit tot de feitelijke grondslagen van de vaststelling. Paragraaf 1549 Z.P.O. laat revisie slechts toe wegens schending van rechtsvoorschriften waarvan de gelding zich uitstrekt buiten het ambtsgebied van de beroepsrechter. Daarmee is het plaatselijke gewoonterecht uitgebannen. Het *Reichsgericht* ging echter na of de lagere rechter de voor het gehele rijk geldende algemene rechtsbeginselen, die de vorming van gewoonterecht beheersen, had geschonden. Handelsgebruiken worden in de Duitse leer niet beschouwd als gewoonterecht, maar als ervaringsregels voor uitleg en aanvulling van overeenkomsten en worden tot de revisibele rechtsregels gerekend.

Volgens artikel 43 van de Zwitserse wet levert alleen schending van bondsrecht grond tot cassatie op. Plaatselijke gebruiken worden tot het bondsrecht gerekend voor zover een federale wet ernaar verwijst. In die gevallen onderzoekt het *Bundesgericht* niet het bestaan van de door de lagere rechter vastgestelde gewoonterechtsregel. Het heeft zich echter het oordeel over de normatieve kracht van de vastgestelde feiten voorbehouden.

Samenvattend mag gezegd worden dat in moderne geschreven rechtsstelsels, zoals het Nederlandse, het Oostenrijkse, het Duitse en Zwitserse, het Italiaanse en het Noorse, en in het Griekse ontwerp-wetboek, een rechterlijke beslissing kan aangevochten worden wegens schending van een rechtsgewoonte. Van het *plaatselijk* gewoonterecht nochtans gebeurt in Duitsland en Zwitserland de toepassing buiten het toezicht van het hoogste gerechtshof. Slechts in Duitsland en in het Griekse ontwerp-wetboek strekt de controle zich mede uit tot de *feitelijke grondslagen* van de vaststelling en is onderzoek naar de ontstaansfeiten toegelaten; in Nederland is de cassatierechter vrij in de wijze waarop hij het bestaan van gewoonterechtsregels zal aanvaarden, zonder echter een getuigenverhoor te kunnen gelasten.

wetenschap van de Hoge Raad. De aangehaalde woorden beperken de taak van de cassatierechter tot een toetsing van de aldus gefixeerde ontstaansfeiten aan de criteria voor gewoonterecht. Zij zal voorts omvatten de controle op de uitlegging van de gevonden regel en op de toepassing die daarvan in de bestreden uitspraak is gegeven. Op deze punten legt de wet geen beperkingen aan.

Blijkens het voorlopig verslag van de vaste Commissie voor justitie hebben enige leden de vraag opgeworpen, of men de Hoge Raad niet beter geheel vrij zou laten in de wijze waarop hij gewoonterechtsregels zal aanvaarden, behoudens dat hij geen getuigenverhoor kan gelasten. Veegens meent dat dit resultaat door de nieuwe wet bereikt is. Enige andere leden hadden er geen bezwaar tegen de Hoge Raad de bevoegdheid te geven tot het onderzoek naar het bestaan van een gewoonte hetzij door het verstrekken van een rogatoire commissie aan een lagere rechter, hetzij door het gelasten van een onderzoek door een raadsheer-commissaris uit zijn midden.

f) *Ongeschreven regels van het volkenrecht*

Over de juiste interpretatie van internationale verdragen die door het parlement goedgekeurd werden, wordt door het hof van cassatie gewaakt : zulk verdrag is immers een aan de wet equivalente rechtshandeling (1). De schending van een verdrag dat geen parlementaire goedkeuring kreeg, — maar België niettemin bindt —, kan echter geen ontvankelijk cassatiemiddel gronden (2). Ook het niet in verdragen beschreven volkenrecht is voor de cassatierechter tot nog toe een gesloten boek gebleven (3). Het hof van cassatie houdt nochtans wel een kwalificatietoezicht op begrippen uit het volkenrecht die in Belgische wetten voorkomen, — bijvoorbeeld het begrip *annexatie* (4) of het begrip *schending van de wetten en de gewoonten van de oorlog* (5). Volgens de Nederlandse nieuwe wet op de cassatie van 20 juni 1963 zijn op ongeschreven internationale rechtsregels gegronde cassatie-

(1) Zie de conclusie van procureur-generaal HAYOIT DE TERMICOURT, vóór Cass., 27 november 1950, *Pas.*, 1951, I, 182; — RIGAUX, o.c., nr. 226.

(2) Cass., 27 november 1950, *Arr. cass.*, 1951, 142.

(3) Cass., 21 januari 1948, *Bull.* 277 (rechtsbeginsel); — Cass., 4 juli 1949, *Arr. cass.*, 1949, 456; — conclusies procureur-generaal JANSSENS, vóór Cass., 25 januari 1906, *Pas.*, 1906, I, 98. Veegens merkte op voor Nederland, waar hetzelfde beginsel gold: „De anomalie met de opdracht van alle geschillen in zake van prijzen en buit aan de Hoge Raad in eerste instantie (art. 89 R.O.) springt in het oog, evenals de onhoudbaarheid van deze beperking in de tegenwoordige tijd” (VEEGENS, o.c., nr. 69).

(4) Cass., 16 juni 1947, *Arr. cass.*, 1947, 206.

(5) Cass., 27 november 1950, *Arr. cass.*, 1951, 142; *Pas.*, 1951, I, 180.

middelen ontvankelijk, vermits cassatieberoep openstaat wegens schending van *het recht* (met uitzondering van het interne recht van vreemde staten, zoals boven gezegd).

12. *Het onderscheid tussen feit en recht* De traditionele terminologie stelt het feit tegenover het recht. Volgens Rigaux is ze te verwerpen in het procesrecht. Het criterium gesteund op het onderscheid tussen feit en recht is niet bruikbaar voor de rechtsgeleerde, schrijft hij, want ofwel gaat het louter om een tautologie, indien men alle kwesties die aan de censuur van het hof van cassatie kunnen onderworpen worden, als rechtskwesties beschouwt (1) (zeggen : „het cassatiemiddel werd niet ontvankelijk verklaard, omdat het een feitenkwestie opwierp” komt neer op verklaren : „het middel werd onontvankelijk verklaard, omdat het opperste gerechtshof geoordeeld heeft dat het onontvankelijk was”); ofwel steunt dat onderscheid op een valse tegenstelling tussen de *helder en onderscheiden geachte* begrippen van recht en van feit. De begrippen feit en recht hebben echter geen onderscheiden inhoud, die door de jurist zou kunnen gebruikt worden; bij de toepassing van het recht op het feit, doet de rechter inderdaad een beroep op intermediaire begrippen, zoals de voor de kennis van het recht vereiste feiten, de algemene bekende feiten en de ervaringsregels; al die begrippen kunnen niet voor het voorgestelde onderscheid in aanmerking komen. Ook lijkt het onaanvaardbaar de gewoonterechtsregels, de jurisprudentiële regels, de buitenlandse rechtsregels en de algemene rechtsbeginselen onder te brengen in de categorieën feit of recht.

13. *Een restrictieve taakomschrijving.* Waarom heeft men op hermetische wijze recht van feit willen scheiden, en waarom heeft men hierin een overkoepelende, allesomvattende indeling willen zien? Op cassatie-processueel vlak luidt het antwoord hierop : de noodzakelijke taakomschrijving van het hof van cassatie.

Het beroep tegen een in eerste aanleg gewezen vonnis kan leiden tot een nieuw onderzoek door een tweede instantie, zowel wat het recht als wat de feiten van het geding betreft; men zou van een tweede *eerste instantie* kunnen spreken. Dit is eveneens het geval in Frankrijk, Duitsland, Nederland bijvoorbeeld, doch niet in Oostenrijk, model-land der rechtspleging naar het heet. Daar is reeds in de beroepsinstantie niet het vorderingsrecht van de eiser, maar de uitspraak in

(1) RIGAUX, o.c., nr. 51.

eerste aanleg voorwerp van onderzoek; het is verboden nieuwe feitelijke of juridische stellingen aan te voeren. Het hoger beroep reeds dient er alleen tot verbetering van onjuiste beslissingen van de eerste rechter. Twee *feitelijke* instanties, zoals onze rechtspleging kent, worden echter nuttig en noodzakelijk bevonden door de rechtspraktizijnen; laatstgenoemden zijn het er anderdeels over eens dat een tweede beroep nutteloos zou zijn.

De cassatie daarentegen is geen tweede beroep, geen *final appeal*. Na twee instanties is de voorziening in cassatie slechts een middel om de eenheid in de liefst juiste rechtsinterpretatie te verzekeren (1), zonder de in elk geding opgeworpen feitelijke vragen terug in opspraak te brengen. Die functie beheerst de techniek van de cassatiemiddelen en het onderscheid tussen rechtsvragen en zogeheten feitelijke vragen. Het hof van cassatie, dat oordeelt over de conformiteit met de wet (*de lege ferenda* ware het wenselijk — gezien de in het vorig punt behandelde ontwikkeling in de cassatierechtspraak — dit ruimer te formuleren: met het recht) van de vonnissen en arresten die door de lagere jurisdicties werden uitgesproken, is het verboden in de feitelijke beoordeling van de zaak te treden. Het onderscheid tussen feit en recht blijkt voor het hof geen filosofie, doch een *beginsel van juridische techniek*: tussen het middel in rechte en het *feitelijk middel* loopt de grens van zijn bevoegdheid.

Aldus is het onjuist in een arrest van 1971 te verklaren dat Sofie 15 jaren geleden geboren en dus huwbaar is, indien het meisje in 1959 het daglicht zag; het is eveneens onjuist te verklaren dat zij met haar 12 jaren huwbaar wordt. Doch in het eerste geval vergist de rechter zich over het feit en in het tweede over het recht, en in het eerste geval staat het hoogste gerechtshof machteloos tegenover de vergissing, tenzij indien miskennen van de bewijskracht van een akte kan worden ingeroepen. Het hoort hem niet toe een vonnis te verbreken dat zich in de waardering van de feiten vergiste. De rechter ten gronde is soeverein zolang hij, zonder de procedureregels met de voeten te treden — hetgeen een *vitium in procedendo* uitmaakt die onderworpen is aan de censuur van het hoogste gerechtshof (tweede functie van de cassatie) — zich ertoe beperkt de feiten van het geding vast te stellen waaruit juridische gevolgen ontstaan.

De feiten van het geding zullen veel beter vastgesteld en juister gewaardeerd worden op grond van een rechtstreekse mondelinge rechts-

(1) Naast deze functie bestaat er ook een *disciplinaire* functie, zoals Marty het schrijft (MARTY, o.c., blz. 368).

pleging door de lagere rechters, die dichter bij de rechtsonderhorigen staan. Nutteloos is het dus deze feiten slechter dan voordien, dit is met meer kansen op onjuistheid, opnieuw te laten beoordelen. Vermits het hof van cassatie de feiten van het geding toch niet beter kan beoordelen dan de lagere rechters, vraagt het gezonde verstand — en ook het beginsel van gelijke rechtstoepassing op alle justiciabelen — een stap verder te zetten en het meteen bij algemene procesuele regel te verbieden dit te doen, om het toe te laten zich beter van zijn specifieke taak te kwijten. Het centraal rechtscollege mag inderdaad niet met werk overstelpt worden, omdat er wegens de vereiste kwaliteiten slechts een beperkt aantal cassatierechters kunnen zijn en omdat, zelfs als dit aantal verhoogd zou kunnen worden, dit niet gewenst is wegens de betrachting naar een zo beperkt mogelijk gehouden aantal kamers met het oog op de nagestreefde rechtseenheid. De functie van het hof van cassatie brengt met zich concentratie van jurisdictie in een zo gering mogelijk aantal kamers, opdat onderlinge afwijkingen zouden worden vermeden.

14. In belangrijke rechtsgebieden worden in hoogste instantie de gedingen nochtans in hun volle omvang beoordeeld. De opperste gerechtshoven zijn er niet beperkt tot een *revisio in jure*, maar kunnen worden geroepen tot een oordeel over de feiten : het Britse Rijk, de Verenigde Staten, de Sovjetunie, een aantal communistische staten en Scandinavië (1). Behalve in Denemarken en Noorwegen waar — boven een zekere som — een onbeperkt recht van appel gevonden wordt (er bestaan anderdeels slechts twee instanties), staat nochtans in alle andere landen van deze groep de toegang tot het hoogste rechtscollege *ter beoordeling van de rechter* (Zweden, Groot-Brittannië en de Verenigde Staten bij de *Certiorari* rechtspleging), of is het recht van beroep gelegd *in de handen van de rechter of van het openbaar ministerie* (de Sovjetunie en de Verenigde Staten bij de *Certification* rechtspleging). Beide vormen van beperking dwingen de autoriteit, die over de toelating van het beroep beslist, zich te bezinnen op *het criterium* dat daarbij moet worden aangelegd. Overal tekent zich een ontwikkeling in dezelfde richting af. De betekenis van de zaken waarvan de hoogste rechter kennis neemt, moet uitgaan boven die van het concrete geschil van de strijdende partijen. Telkens weer vindt men het gerezen zijn van een belangrijke rechtsvraag als een criterium voor de toelating genoemd, zij het niet als enig criterium. Ook de

(1) VEEGENS, o.c., nr. 22. Voor Zweden, zie : DANIELIUS, *De gerechtelijke inrichting in Zweden*, *Bulletin van de Belgische afdeling van de I.U.M.*, nr. 21, april 1971, 30-31.

stelsels van appel kunnen het niet stellen buiten een restrictieve taakomschrijving van het hoogste gerechtshof.

15. *Een scheefgetrokken opvatting over de rechtsvinding.* Men kan zich nu afvragen waarom de wetgever in de plaats van positief en op restrictieve wijze aan te geven op grond van welke gebreken een vonnis mag vernietigd worden, zich ertoe beperkte op algemene en onbevredigende wijze te gebieden dat slechts wegens schending van de wet, van het recht mocht vernietigd worden. Dit is het *corrolarium* van het jurisprudentiële verbod „niet in de feitelijke beoordeling van de zaak te treden — *ne pas connaître du fait*. Het antwoord is te vinden in de verkeerde opvattingen over de functie van de rechter ten gronde ten tijde van de instelling van het hof van cassatie.

Het bepalen van de bevoegdheid van de cassatierechter aan de hand van het rechtstheoretische onderscheid tussen feit en recht berust op een tot het uiterste vereenvoudigde voorstelling van de rechtsprekende functie. Impliciet werd aangenomen bij de instelling van het cassatieinstituut dat de bezigheid van de rechter ten gronde tot een syllogistische redenering te herleiden is. Iedere toepassing van een rechtsregel op een gegeven geval zou zijn terug te brengen tot de eenvoudigste logische figuur, een syllogisme waarvan de *maior* bestaat in de rechtsregel, de *minor* in de feiten en de *conclusio* in het rechtsgevolg (1).

Een rechtsontwikkeling van anderhalve eeuw heeft geleerd dat deze mechanische voorstelling niet met de werkelijkheid strookt. Zelden levert de rechtsorde een regel die geschikt is voor onmiddellijk gebruik. Aan de rechter ten gronde wordt slechts het ruwe materiaal geléverd dat hij moet bewerken tot dat het de — volgens de fictie, waarop alle rechtspraak berust, steeds latent aanwezige — norm heeft opgeleverd, die pasklaar is voor het te berechten geval. De rechtstheoretici zijn het er heden over eens dat de concrete rechtsverhouding niet alleen van regels afhangt, doch ook van beslissingen, en dat deze beslissingen op hun beurt niet alleen door subsumptie onder regels worden gevonden (2).

16. *Een syllogistische vormgeving.* We moeten hier even op ingaan. De taak van de rechter ten gronde bestaat erin het recht te vinden

(1) Zie ook : STONE, J., *Legal system and lawyers reasonings*, California, Stanford, 1964, blz. 235.

(2) Zie ook : STONE, J., o.c., blz. 333.

voor een concreet geschil dat hem voorgelegd wordt. Daarin is hij niet helemaal vrij. Hij is daarbij gebonden aan het beginsel van de beschikkingsmacht van de partijen, aan het beginsel van de mogelijke tegenspraak en aan het beginsel van de rechten van de verdediging. Langs de motiveringsvereisten om, werd hij uitgenodigd de binnen die perken gevonden oplossing te gieten in de vorm van een polysyllogisme, of in werkelijkheid ten minste de reconstructie van een polysyllogisme door de vernietigingsrechter mogelijk te maken (1). Het is nuttig deze vorm te vereisen, die *a posteriori* een logische controle toelaat; want het voorwerp van het toezicht van het hof van cassatie is precies toch de tekst waarin de rechter zijn wilsdaad uitdrukt.

Geplaatst voor een aanspraak of een aanklacht moet de rechter ten gronde de feiten vaststellen die de vordering rechtvaardigen, en de juridische gevolgen bepalen die er krachtens het van kracht zijnde rechtssysteem uit voortvloeien :

a) de toepasselijke norm bepaalt dat, in de veronderstelling dat dit gekwalificeerd feit vaststaat, dit gevolg eraan vastzit (bij voorbeeld : een gehuwde vrouw mag, op straf van boete of gevangenis, geen geslachtsbetrekkingen aanknopen met een andere man dan haar echtgenoot);

b) een bepaald feit van het geding, dat in overeenstemming met de veronderstelling van de toepasselijke norm gekwalificeerd behoort te worden, werd vastgesteld (bijvoorbeeld : verweerster had regelmatig platonische betrekkingen met een collega van haar man. Of bijvoorbeeld : verweerster onderwierp zich aan een *donor*-inseminatie zonder toestemming van haar man (2);

c) dat gevolg zal er dus uit voortvloeien.

Het uitzicht van het klassieke syllogisme waarin de gerechtelijke beslissing kan gegoten worden, is als volgt voor te stellen (3) :

abstracte norm	$H \rightarrow S$	Deze premisse kan het slot van een keten van redeneringen zijn :
geschil situatie	f is H	Zo er hierover betwisting bestaat, zal dit zelf de conclusie van een syllogisme uitmaken :
		$a + b + c = H$
	$f \rightarrow S$	$f = a + b + c$
		f is H .

(1) In een op 8 mei 1964 voor de Nederlandse vereniging voor rechtspraak gehouden voordracht merkte Veegens op : „Vaker dan wenselijk is moet de Hoge Raad zijn werk aanvangen met een reconstructie van de gedachtengang van de vorige rechter”.

(2) Geen overspel : ROOD, *N.J.B.*, 1954, blz. 1471; — wel overspel : ASSER-WIARDA, blz. 367 e.v.; — concl. HOOYKAAS, *H. R.*, 26 juni 1950, *N.J.*, 1950, 660.

(3) Zie : KALINOWSKI, G., *Introduction à la logique juridique*, Parijs, 1965; — RIGAUX, o.c., nr. 27-28.

- H : stelt de hypothese voor die op abstracte wijze in de regel uitgedrukt wordt;
- f : een feit in het geding, de geschilsituatie;
- S : de oplossing, het juridisch gevolg door de wet aan de hypothese gehecht;
- : drukt het *sollen* van de abstracte norm uit, en het bevel vervat in de rechterlijke uitspraak.

Men mag zich door die vorm echter niet laten misleiden. De rijke werkzaamheid van de rechter is meer dan louter besluit te trekken uit een rechtsregel en de door hem vastgestelde feiten. Slechts op mechanische wijze kan de juridische, dialectische redenering van de rechter tot zo'n klassiek syllogisme herleid worden.

17. *De maior*. Beschouwen we op de eerste plaats de *maior*. Het vinden van het toepasbare recht gebeurt reeds vóór het opbouwen van het syllogisme. *De rechter vertrekt van de feiten*, om daarna tot het recht te komen (1). Alleen een nauwkeurige ontleding van de feitelijke situatie laat hem toe de gepaste rechtsregel te vinden. In de praktijk zal de intuïtie, geoefend door de kennis van het recht, de rechter inspireren om rechtstreeks de regel te kiezen die aan het concrete gegeven aangepast lijkt. Er is een redelijke vooruitgang, maar die is niet voortgedreven door een strikt logische deductie. De keuze van de *maior* ontsnapt aan de syllogistische structuur. De rechter spoort in de concrete situatie de elementen op die haar doen vallen binnen de categorie van feiten waarop de rechtsregel doelt.

Het opstellen van die rechtsnorm in de *maior* kan een complexe arbeid noodzakelijk maken. Alhoewel de rechtsordening één systeem vormt, d.w.z. dat de verschillende regelingen samenhangen, dat de ene door de andere wordt bepaald, dat zij logisch kunnen worden gerangschikt, dat bijzonderheden tot algemene regels herleid worden totdat de beginselen zijn aangewezen, is het er verre van dat uit dit systeem door zuiver logische arbeid voor ieder voorkomend geval de beslissing kan worden afgeleid. Van een logische geslotenheid van het recht kan geen sprake zijn (2).

De rechter analyseert niet alleen; de hem toegewezen functie is bij te dragen tot de handhaving van de sociale vrede en bijgevolg tot de stabiliteit van het gevestigde juridische systeem. Hij is niet onge-

(1) VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, blz. 16-17 en 22-23.

(2) ASSER-SCHOLTEN, blz. 100.

voelig aan de gevolgen van zijn redenering. In dezelfde zin schrijft Calogero : „Il giureconsulto ... non è un contemplatore di teoremi, ma un organizzatore di volontà” (1).

18. *De minor.* Nemen we nu de *minor*. In werkelijkheid moet de ogenschijnlijk unitaire *minor* [zulk feit is (of is niet) H] in twee volledig gescheiden delen uiteenvallen :

- 1^o de beslissing of een bepaald feit vaststaat of niet, — en die beslissing is onderworpen aan bewijs- en procedureregels;
- 2^o het aldus vaststaande feit is H.

Om uit de premissen van het syllogisme een besluit te kunnen trekken, moeten die *een gemene term* hebben. De feiten in de *minor* moeten zodanig verwoord worden dat ze overeenstemmen met de bij het opstellen van de rechtsnorm in de *maior* gebruikte terminologie. Medium is hierbij de taal, zoals Rigaux het aan de hand van een fenomenologische *approach* duidelijk aantoonst : „*La construction syllogistique du raisonnement fait bien apparaître que la profonde unité du fait et du droit est l'œuvre du langage*” (2). Bij het bespreken van de *maior* werd daarnet gezegd dat de rechter een wilsdaad stelt. Ook hier moet worden opgemerkt dat door de rechter uiteindelijk een beslissing wordt genomen, nl. of de hypothese van de rechtsregel de door hem beschreven feiten van het geding dekt (3).

19. *De essentie van de rechtspraak ten gronde.* Het wezen van de rechtspraak dient aldus in het opstellen van de premissen zelf te worden gezocht, niet in de bezigheid van het concluderen. De weergave van een vonnis in de vorm van een sluitrede is slechts een opschik om *a posteriori* een logische controle door het hof van cassatie mogelijk te maken; maar het wezenlijke van de rechtspraak kan niet tot een syllogistische activiteit herleid worden. De deductie uit de premissen is zonder belang; de rechter heeft een meer intense bezigheid buiten de kaders van het syllogisme, op zoek naar de premissen. Om op het concluderen toezicht te houden mag het hof van cassatie zich niet ontfeggen op die dieperliggende werkzaamheid zelf toezicht te houden.

(1) CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padua, 1964^a, blz. 116.

(2) RIGAUX, o.c., nr. 54.

(3) Zie hierover verder, nr. 21 e.v.

§ 4. De cassatiegronden

20. *De gronden tot cassatie.* De cassatiegrond is een *algemene categorie* van fouten die door het opperste gerechtshof kunnen beteugeld worden. Een welbepaald verwijt tegen een rechterlijke beslissing die gewezen werd in laatste aanleg, wordt geformuleerd in een cassatiemiddel, dat ontvankelijk is of niet, al naar gelang het o.a. onder een grond tot cassatie valt.

Vanaf de oudste Franse wetteksten onderscheidt men twee gronden : de strijdigheid met de wet en het schenden van procedurevormen (1). De Italiaanse en Duitse rechtsleer onderscheiden de *error in judicando* en de *error in procedendo* (2). Zekere rechtsschrijvers zeggen dat alle cassatiegronden uiteindelijk toch op een overtreding van de wet neerkomen en dat dus de taak van het hof van cassatie beperkt is tot een controle op de naleving van de wet (3).

Indien laatstgenoemde formulering wel niet onjuist is, dan is ze toch nietszeggend om reden van haar te grote algemeenheid. Wat beduidt immers : *controle op de naleving van de wet*? Welke zijn er de grenzen van ? De student die zou willen weten tot hoever die controle op de naleving van de wet wel strekt, anders gezegd, tot waar de bevoegdheid van het hof van cassatie reikt, krijgt hiermee geen antwoord. De oorsprong van zulke te algemene en onduidelijke formulering moet gezocht in een te mechanische opvatting van de taak van de rechter ten gronde, zoals boven gezegd. Die taak zou zich beperken tot een sluitredkundige redenering. Maar de rechter beperkt er zich niet toe af te leiden; hij beslist. Hij beslist dat de feiten zo of anders zijn; hij beslist dat de regel, die zal toegepast worden zo is; hij beslist dat zulke feiten (tot een concept herleid vermits zij geformuleerd werden in begrijpelijke taal) deel uitmaken van zulk juridisch begrip (dit noemt men kwalificeren); hij werkt het beschikkend gedeelte uit aan de hand van ervaringsregels. Om zich van zijn taak te kwijten, om de naleving van de wet te controleren, moet het hof van cassatie dus de *genesis* van al die beslissingen nagaan, — al is het gebonden aan hetgeen in de bestaande uitspraak omtrent de feiten is vastgesteld. Een theorie over de cassatiegronden, die op rationele en samenhangende wijze zou willen omschrijven welke vergissingen in een

(1) Artikel 3 van het decreet van 27 november-1 december 1790 dat de cassatierechtbank opricht; — artikel 7 W. 20 april 1810; — artikel 7, W. 4 augustus 1832; — artikel 20, W. 25 maart 1876; — artikel 608 Ger. W.

(2) RIGAUX, o.c., nr. 16.

(3) MARTY, o.c., nr. 50; — GLASSON en TISSIER, , *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, III, nr. 947.

vonnis een grond leveren tot cassatieberoep, kan niet opgesloten worden in een zuiver formele opvatting van wettelijkheidscontrole, luidens welke het hof van cassatie zich slechts zou kunnen bezig houden met de wettelijke regels en niet met de feiten. De dubbelzinnigheid van het woord *feit* werd reeds aangestipt en men moet vermijden in een theoretische discussie te vallen over het onderscheid tussen *feit* en *recht* — een discussie die op haar plaats is in de algemene rechts-theorie, maar verwarrend en te verwerpen in het procesrecht. De taak van het hof van cassatie moet men derhalve niet op een negatieve wijze omschrijven : geen beslissing nemen over de feiten. De student zal er slechts klaar in zien als men op een positieve wijze aantoonst wat het hof kan en moet doen : het hof vernietigt om deze of gene reden en om geen enkele andere.

Voor de studie van de gronden tot cassatie kan men, in gezelschap van Rigaux (1) en op grond van de rechtspraak van het hof van cassatie, de verschillende dwalingen van de rechter ten gronde, groeperen als volgt :

a) De formele onwettelijkheid van de jurisdictionele uitspraak die aan het toezicht van het hof van cassatie wordt onderworpen.

Het betreft hier :

- het geval van een persoon zonder bevoegdheid om recht te spreken ;
- de onregelmatige samenstelling van de rechtbank ;
- de onbevoegdheid ;
- de overschrijding van rechtsmacht ;
- het uitspreken over zaken die niet werden gevraagd ;
- de inbreuk op het beginsel van de beschikkingsmacht der partijen ;
- de schending van een essentiële vorm in de procedure die leidt tot de uitspraak.

b) De intrinsieke onwettelijkheid van het aangevochten beschikkend gedeelte.

Het gaat over een beschikkend gedeelte van een vonnis of arrest waarvan de inhoud zelf strijdig is met de wet.

Bv. de uitspraak van een boete boven het wettelijk maximum.

c) De verkeerde toepassing van de wet.

Het betreft de volgende dwalingen :

- de inbreuk op het beginsel van de beschikkingsmacht der partijen, indien de lagere rechter de *niet-betwiste* rechtsoplossing uit de weg gaat ;

(1) RIGAUX, o.c., nr. 131-132.

- de overtreding van een *dwingende* bepaling, indien de lagere rechter de rechtsoplossing, aangenomen door de partijen, aanneemt;
- de kwalificatie-fout, door aan de op correcte wijze vastgestelde feiten hun wettelijk karakter niet te geven. De verkeerde kwalificatie is het meest kenmerkende fenomeen bij verkeerde toepassing van de wet, en het volgende nummer zal eraan gewijd worden. De verkeerde keus van de regel die toepasselijk is op het geschil is een fout die erg verschilt van de intrinsieke onwettelijkheid van het beschikkend gedeelte : in plaats van *naar zijn inhoud zelf* te zijn overtreden, wordt de regel toegepast op een feitelijke situatie die er niet zou moeten onder vallen.
- de overtreding van *ervaringsregels* (bv. de talrijke regels, uitgewerkt door de rechtspraak) die moeten aangewend worden om het beschikkend gedeelte van het vonnis of het arrest op te stellen.

d) De onwettelijkheid van de uitspraak over de feiten.

De rechter die wettelijk zijn macht uitoefent om recht te spreken over feiten die onder zijn bevoegdheid vallen op strafrechtelijk gebied, of over een privaat geschil dat bij hem aanhangig is gemaakt, moet vooreerst de feiten vaststellen. De mogelijke rechtsdwalingen zijn :

- de schending van het beginsel van de beschikkingsmacht der partijen dat het burgerlijk proces beheerst;
- de miskennis van de wettelijke regelingen over het bewijs, (o.a. de bewijskracht van de geschreven bewijsstukken (1);
- de gebreken van de motivering (2).

21. De kwalificatie en het toezicht erop. Nadat de rechter ten gronde over het bestaan van de feiten een oordeel heeft geveld, — en dit oordeel gaat aan de toepassing van de rechtsregel vooraf —, moet hij die regel kiezen. Bij gelegenheid van die keuze kan hij een fout begaan door aan de feiten die hij op correcte wijze heeft vastgesteld, hun wettelijk karakter niet te geven. Deze fout noemt men, zoals gezegd : kwalificatiefout.

Kwalificeren bestaat hierin : een *conceptueel* gegeven (3), genaamd *feit* — het gaat dus niet om een *Lebensverhältnis*, want de taal dient

(1) Zie boven, noot (1), blz. 16.

(2) Zie boven, noot (1), blz. 9.

(3) „Een conceptueel gegeven” : dus geen bruut existentieel feit. De taal dient tot middelaars tussen het brute feit en het recht. Dit vernietigt de opwerping van Calogero die de syllogistische vorm verwierp omdat de middenterm (H) in twee verschillende betekenissen kan genomen worden in de *maior* en de *minor*, nl. als juridisch en als feitelijk begrip, hetgeen als *duplicitato medii* de zwaarste fout uitmaakt in een syllogisme. Vgl. : RIGAUX, *o.c.*, nr. 30 en 54.

als medium tussen de *facts of life* en het recht —) vergelijken met de inhoud van de hypothese van een rechtsregel (1). Veel auteurs spreken in dit verband van een sprong (2), van een overgang van het concrete naar het abstracte.

„Donner au fait brut l'étiquette qui détermine sa place dans le monde du droit, le qualifier, l'insérer, ce faisant, dans la famille juridique à laquelle il appartient, c'est l'une des tâches essentielles du juriste; le zoologue, ainsi découvre, entre la baleine et le chien du salon, ces analogies qui permettent d'établir leur cousinage, et de les intégrer tous deux dans la famille des mammifères. (...) La qualification est une zone de passage; elle met le fait et le droit en communication" (3).

Rigaux onderstreept echter terecht het conceptueel karakter van de kwalificatiecontrole. Als de rechter ten gronde de omstandigheden van het geschil beschrijft met begrippen die vreemd zijn aan het wettelijk *vocabulary*, bestaat de kwalificatiecontrole daaruit, na te gaan of de abstracte noties die de concrete situatie beschrijven, beantwoorden aan de wettelijke definitie van de hypothese. De controle van de kwalificatie is zuiver conceptueel; er is geen overgang van het concrete naar het abstracte. Men blijft in hetzelfde vlak: ik gebruik graag het beeld van een kapstok, getekend op een bord; om er een hoed aan op te hangen moet deze noodzakelijk ook getekend zijn.

Door de kwalificatie van de rechter ten gronde te controleren, verrijkt en preciseert het hof van cassatie het juridisch *vocabulary*. De woorden — onderscheiden van de wettelijke terminologie —, die gebruikt werden door de rechter ten gronde om de feiten te beschrijven, stellen het hof van cassatie in de mogelijkheid begrippen te definiëren die de wetgever niet heeft gedefinieerd. Deze verruiming van een begrip vloeit voort uit een wilshandeling van het hof, gebaseerd op regels van de ervaring.

22. De verkeerde kwalificatie kan steeds een cassatiemiddel gronden. Wanneer de rechter ten gronde zich er toe beperkt, te beschrijven, zonder te kwalificeren, velt hij een vonnis *in feite*, zodat het hof van cassatie niet hoeft tussen te komen; het is het soeverein gebied van de rechter ten gronde. Wanneer de rechter ten gronde die feiten beschrijft en kwalificeert, dan geeft hij ze een zin, een kleur, een draag-

(1) Elke rechtsregel is inderdaad samengesteld uit twee delen, waarvan de ene de hypothese aanduidt, en de andere het rechtsgevolg. Vgl.: DABIN, J., *Théorie générale du droit*, 1969³, blz. 73, nr. 60.

(2) HALLEMANS, W., *Le fait et le droit, Etudes de logique juridique*, Brussel, 1961, blz. 82.

(3) RIVERO, J., *ibidem*, blz. 142.

wijde; we zijn op het gebied van het recht, en het hof van cassatie zou zich steeds bevoegd moeten verklaren om hier toezicht uit te oefenen. Volgens Rigaux doet het Belgische hof van cassatie dit ook : „*La Cour de Cassation s'est, chaque fois qu'elle a eu l'occasion, reconnue compétente pour contrôler la qualification du juge du fond, toute erreur de qualification entraînant une „fausse application” de la disposition légale mise en œuvre par le juge du fond*” (1).

Moderne Franse schrijvers beschouwen eveneens iedere vraag van kwalificatie als een rechtskwestie, waarvan de oplossing in beginsel vatbaar is voor toetsing in cassatie. Hun hoofdargument is dat de overgang van het concrete naar het abstracte, van het bijzondere naar het algemene, in alle gevallen van dezelfde aard is. Door de identificatie van een gegeven feitelijke situatie met een rechtsbegrip, ligt in iedere kwalificatie een definitie van dit begrip opgesloten (2), in Duitsland werd de definitieve wending van wetenschap en rechtspraak naar volledige toetsing van de subsumptie, d.w.z. naar een ruime controle door het *Reichsgericht*, verwezenlijkt door Stein (3).

Er zijn nochtans juristen die menen dat *slechts vragen van algemene kwalificatie* aanleiding geven tot vernietiging, en niet vragen van bijzondere kwalificatie (4). Anderen menen dat het hof *niet systematisch* het toezicht op de kwalificatie uitoefent, maar, volgens een jurisprudentiële kwalificatiepolitiek, gebeurlijk de soevereine waardering van de kwalificatie overlaat aan de rechter ten gronde, zodat bepaalde kwalificaties als feitelijke kwesties, andere als rechtsvragen moeten beschouwd worden. Aldus Veegens :

„De vraag, of de Hoge Raad leiding moet geven dan wel de lagere rechtscolleges hun gang moet laten gaan, is van dezelfde orde als die, of de wetgever een meer of minder gedetailleerde regel moet uitvaardigen. Het irrationele element in het recht, dat zich in beide gevallen doet gelden, laat zich nu eenmaal niet in een formule vangen. Niemand denkt eraan begrippen als goede trouw, overmacht en schuld uit onze wetgeving te bannen, omdat wij ze beter vanuit onze intuïtie kunnen benaderen dan met onze rede bevatten. Dat geldt ook voor de schending van de wet (of het recht) in het 2e nummer van art. 99 R.O. Wil men deze opvatting van een etiket voorzien, dan zou men haar de functionele kunnen noemen. Zij verklaart een belangrijk deel van de inconsequenties, waaraan de Cour de cassation en het *Reichsgericht* zich volgens hun critici zouden hebben schuldig gemaakt. Deze colleges die zich door hun takt en praktisch inzicht hebben laten

(1) RIGAUX, o.c., nr. 157.

(2) MARTY, o.c., nr. 115; — vgl. : VEEGENS, o.c., nr. 85.

(3) STEIN, *Das private Wissen des Richters*, 1893; — vgl. : VEEGENS, o.c., nr. 86.

(4) BAYART, A., in : *Le fait et le droit. Etudes de logique juridique*, blz. 101-102.

leiden, hebben van meer wijsheid blijk gegeven dan de schrijvers, die te zeer naar rationalisatie hebben gestreefd" (1).

Aldus ook Ch. Perelman, P. Foriers en de Zwitser Deschenaux.

„L'opération intellectuelle consistant dans la détermination du sens et de la portée des termes de la loi se fonde, à la fois, sur des éléments théoriques et sur des considérations pratiques qui justifient la décision du juge d'interpréter la loi de l'une ou de l'autre façon. C'est en tenant compte surtout de considérations de cette dernière espèce que la Cour de cassation ou le Tribunal Fédéral limite sa propre compétence par la distinction du fait et du droit, et qualifie de jugements en fait les décisions du juge du fond qu'elle ne désire pas soumettre à son contrôle, et celles où elle ne voit pas de raisons de substituer son appréciation à celle du juge du fond" (2).

„(...) Sous cet angle, les expressions „fait" et „droit" sont moins liées à un contenu interne objectivement réductible à des critères qui les transcendent qu'à un problème d'autodétermination de compétence. C'est pourquoi nous pensons qu'il subsistera toujours à leur propos une certaine et nécessaire ambiguïté" (3).

„On constate, à cet égard, des divergences entre les réactions des Cours suprêmes, qui s'expliquent souvent par des considérations politiques et historiques, et qui dépendent, en définitive, de la plus ou moins grande confiance qu'elles peuvent avoir dans les juges du fond. Cette confiance, ou son absence, peut aussi se manifester par la plus ou moins grande exigence quant à la motivation des jugements (...). Pour le reste, en affirmant que le juge du fond a jugé en fait, elle (la Cour de cassation) signale uniquement aux intéressés qu'elle laisse à ce dernier la responsabilité de la qualification aussi longtemps qu'elle ne lui paraît pas aberrante" (4).

Zoals gezegd, verwerpt Rigaux die zienswijze — althans wat betreft het Belgische hof van cassatie. Nu moet gezegd worden dat alle arresten die hij bij zijn vaststelling aanhaalt, het vonnis *a quo vernietigd* hebben wegens een kwalificatievergissing. De verwerpingsarresten daarentegen verduidelijken niet met even veel kracht de toezichtsmacht door het hof uitgeoefend; het zijn nu precies dikwijls zulke verwerpingsarresten geweest die, slecht begrepen, werden aangehaald om aan te tonen dat het hof niet op *systematische wijze* toezicht hield op de kwalificatie. Het kwalificatietoezicht werd weliswaar vrijer, gereedelijker uitgeoefend in 1954 dan in 1906, maar alhoewel wat onhandig en terughoudend, was het er destijds niet minder doel-

(1) VEEGENS, o.c., blz. 157.

(2) PERELMAN, Ch., in : *Le fait et le droit*, blz. 278.

(3) FORIERS, P., in : *Le fait et le droit*, blz. 77.

(4) DESCHENAUX, H., *La distinction du fait et du droit dans la procédure de recours au tribunal fédéral, Etude critique de la jurisprudence*, Fribourg, 1948, blz. 60 en *Le fait et le droit*, blz. 276.

treffend om (1). Men mag hieruit niet besluiten dat het hof is overgegaan van verwerpingen tot uitoefening van het toezicht op de kwalificatie, meent Rigaux :

„Des explications qui précèdent, il résulte que le contrôle de la qualification n'a pas de frontières „naturelles" (le prétendu concret), qu'aucun concept qualificateur n'est, de par sa nature, soustrait au contrôle de légalité, et enfin que la Cour n'en a pas fixé les limites grâce à une prétendue „politique de qualifications" lui permettant de rejeter le contrôle de qualifications „trop" spécifiques. Abstraction faite de décisions aberrantes ou d'erreurs d'appréciation dont, pas plus que les juridictions de fond, la Cour de cassation n'est exempte, l'étendue de ce contrôle dépend essentiellement de la motivation de la décision attaquée" (2).

23. De motivering moet het kwalificatietoezicht mogelijk maken. De fout, die bij het kwalificeren werd begaan, is altijd een juridische fout, die zal gestraft worden door het hof van cassatie indien weliswaar de motivering van het aangevochten vonnis of arrest toelaat dat het op die fout geaxeerd cassatiemiddel, ontvankelijk is. Inderdaad is een vraag als bijvoorbeeld *maken de gelaakte feiten overspel uit?* op zichzelf noch een feitelijke kwestie, noch een rechtskwestie. *Dat hangt af van de bewoordingen waarin de rechter ten gronde zich heeft uitgedrukt;* dat hangt m.a.w. af van de motivering van zijn vonnis. Indien hij vaststelt dat de materiële feiten niet vaststaan, of indien hij ze als bewezen aanvaardt *in dezelfde termen als de strafwet* geeft hij geen enkele mogelijkheid om de kwalificatie te controleren. Daarentegen zal het hof van cassatie dit wel kunnen doen, indien de rechter ten gronde de feiten heeft vastgesteld *in andere bewoordingen dan die van de wet* (3). Het formeel voorwerp van het toezicht van het hof van cassatie is de motivering van de aangevochten uitspraak. De uitoefening van een kwalificatietoezicht is afhankelijk van de aard van de motivering van de aangevochten uitspraak, en dus uiteindelijk van de handigheid van de advocaat ten gronde, die in zijn conclusie de rechter ertoe kan brengen stelling te nemen ten opzichte van de te kwalificeren feiten van het geding.

(1) RIGAUX, o.c., nr. 158.

(2) RIGAUX, nr. 163. Zou het niet dezelfde verkeerde optiek zijn, die advocaat-generaal Lagrange ertoe gebracht heeft te zeggen dat een aanvraag van prejudiciële beslissing in de zin van artikel 177 van het E.E.G.-Verdrag beperkt wordt tot „une question d'interprétation abstraite"? Zo geformuleerd schijnt dat begrip te moeten geplaatst worden tegenover een concrete interpretatievraag. Het verschil tussen beide? Men valt weer op de verkeerde antinomie feit-recht (zie bv. de zaak nr. 26-62, N.V. Algemene Transport- en expeditie-onderneming van Gend en Loos tegen de Nederlandse fiscale administratie).

(3) RIGAUX, o.c., nr. 163-164; vgl. : HERBOTS, J. H., art. cit., T.P.R., 1971, 14.

§ 5. Hoe een dubbeltje rollen kan

24. In dit artikel werd gezien waaruit een cassatiemiddel kan bestaan. Tot slot wordt aangestipt welk lot het kan beschoren worden.

a) Afgezien van de onontvankelijkheid van de voorziening in cassatie zelf, wegens het niet in acht nemen van de zeer strikte regels van de procedure voor het hof van cassatie, kan een cassatiemiddel *onontvankelijk* verklaard worden, zoals gezegd, om de volgende redenen :

- de grief die in het middel wordt aangevoerd valt niet onder een cassatiegrond;
- in het middel zijn feiten en recht gemengd;
- het middel is nieuw.

Voegen wij er volledigheidshalve nog aan toe dat een middel eveneens onontvankelijk zal zijn bij gebrek aan belang (1).

b) Het ontvankelijk verklaarde middel kan *ongegrond* zijn, hetzij het faalt naar recht, hetzij het feitelijke grondslag mist.

1^o Het middel dat faalt naar recht, is het middel dat steunt op een verkeerde, of op een niet vastgestelde, of op een niet correct geïnterpreteerde rechtsregel (2). Het onderzoek van het middel verplicht het hof ertoe de door de eiser in cassatie aangeduide wettelijke bepaling uit te leggen. Het arrest waarin een cassatiemiddel niet aangenomen wordt om reden dat het faalt naar recht, geeft tenminste op impliciete wijze een oplossing aan de betwiste rechtsvraag. Wat betreft de betwiste kwestie, stelt het hof de rechter ten gronde in het gelijk.

2^o Het middel dat feitelijke grondslag mist, is het middel dat aan de rechter ten gronde een vergissing aanwrijft, die hij niet heeft begaan of een vergissing die hij misschien wel heeft begaan, maar waarvan het bewijs niet correct werd geleverd (3).

Alhoewel de eiser in cassatie een correcte interpretatie geeft van de aangeduide wettelijke bepaling, — een interpretatie die het hof zich eigen maakt of niet betwist —, slaagt hij er niet in aan te tonen dat de rechter ten gronde die bepaling heeft overtreden, door bv. te steunen op een bewijsstuk dat niet voorgelegd werd aan het hof, of op een feit dat niet voortvloeit uit de voor het hof regelmatig voorgelegde bewijsstukken, door de rechter ten gronde een vaststelling aan te wijven die hij niet heeft gedaan, of door een *error in procedendo*

(1) Zie hierover : RIGAUX, o.c., nr. 97-101. Bv. Cass., 7 september 1967, Arr. cass., 1968, 28; — Cass., 8 september 1967, Arr. cass., 1967, 33.

(2) RIGAUX, o.c., nr. 115.

(3) RIGAUX, o.c., nr. 116.

aan te voeren, waarvan het feitelijk bewijs niet werd voorgelegd, enz.
 c) Het middel kan tenslotte *gegrond* verklaard worden, d.w.z. dat het een correcte interpretatie geeft van de aangeduide wettelijke bepaling, — interpretatie die het hof zich eigen maakt — *en aantoon dat de rechter ten gronde die norm heeft geschonden*. In dat geval vernietigt het hof het vonnis of arrest en verzendt het de zaak naar een andere rechtbank of hof.

GLOSSARIUM

Argument

≠ middel

Cassatiegrond

Ervaringsregel

In de beoordeling treden van de feiten van het geding

≠ de zaak ten gronde afdoen

Feit

Feitelijke grond

Nieuw argument

≠ nieuw middel

= *middel dat een zuivere rechtsvraag aan de orde stelt*

Nieuwe eis

(in beroep = eis met een nieuw voorwerp
 (in beroep onontvankelijk)

Nieuw feit

= *grondt een cassatiemiddel waarin feiten en recht vermengd zijn*

≠ *maakt een nieuw middel*

Nieuw middel

≠ nieuw argument

= *voor het eerst in cassatie opgeworpen rechtsvraag*

Middel

1) *steunelement van de oorzaak van de vordering*

≠ *oorzaak van de vordering*

2) *cassatiemiddel, grief tegen een voor het Hof van cassatie aangevochten uitspraak*

≠ *cassatiegrond*

Middel dat de grond van de zaak betreft

Middel dat de vormen van rechtspleging betreft

Middel dat niet ontvankelijk is bij gebrek aan belang

Middel waarin feiten en recht vermengd zijn

= *middel dat steunt op een niet ten gronde vastgesteld feit*

GLOSSAIRE

Argument

Ouverture à cassation

Règle d'expérience

Connaître du fait

Statuer du fond

Fait

Motif de fait

Argument nouveau

Moyen de pur droit

Demande nouvelle

Fait nouveau

Moyen nouveau

Moyen

Cause

Moyen de cassation

Ouverture à cassation

Moyen de fond

Moyen de forme

Moyen non recevable à défaut d'intérêt

Moyen mélangé de fait et de droit

<i>Middel dat (on)gegrond is</i>	Moyen (non) fondé
<i>Middel dat feitelijke grondslag mist</i>	Moyen manquant en fait
<i>Middel dat naar recht faalt</i>	Moyen manquant en droit
<i>Middel in feite</i>	Moyen de fait
<i>Middel in rechte</i>	Moyen de droit
<i>Middel dat de openbare orde betreft</i>	Moyen d'ordre public
<i>Middel dat de openbare orde betreft maar waarin feiten en recht vermengd zijn</i>	Moyen d'ordre public mélange de fait et de droit
<i>Middel dat slechts private belangen betreft</i>	Moyen d'intérêt privé
<i>Rechtsgrond</i>	Motif de droit
<i>Rechter ten gronde</i>	Juge de fond
<i>Uitspraak over de feiten</i>	Jugement du fait
<i>Uitspraak over het recht</i>	Jugement du droit

SOMMAIRE

LE FAIT, LE DROIT ET LE MOYEN DE CASSATION

Le présent article vise à exposer de façon synoptique en quoi consiste un moyen de cassation recevable. Il donne en premier lieu les deux significations du terme de procédure *moyen* et la distinction usuelle entre moyen de fait, moyen de droit et argument (§ 1).

Pour trouver immédiatement le moyen de cassation à la lecture d'un arrêt, il faut se souvenir que l'arrêt de cassation est toujours structuré comme suit :

- a) identification de la décision attaquée;
- b) exposé du moyen de cassation :
 1. indication des articles de loi violés,
 2. indication (*en ce que*) du passage attaqué de la motivation de la décision attaquée,
 3. énoncé (*alors que*) des motifs pour lesquels, selon le demandeur en cassation, la décision ainsi motivée est contestée;
- c) argumentation de la cour de cassation pour recevoir ou écarter le moyen;
- d) dispositif de l'arrêt de la cour de cassation (dans lequel il ne peut jamais être statué au fond. Cette interdiction ne doit pas être confondue avec l'interdiction jurisprudentielle de constater les faits du procès; il n'y a pas de relation causale entre les deux. Elle doit également être distinguée de l'obligation de renvoi).

Le terme *moyen* a deux significations. Dans une première signification, il désigne : la thèse qui forme un soutien nécessaire d'une demande ou d'une défense durant le procès sur le fond (parfois la distinction avec la cause est délicate). Dans une seconde signification, *moyen* veut dire : un grief précis invoqué contre une décision du juge du fond devant la cour de cassation.

Un moyen peut être un moyen de droit ou de fait (un parallèle peut être établi entre le moyen de fait, le motif de fait et le jugement de fait).

Le moyen est à distinguer de l'argument.

Le moyen de cassation lie la cour de cassation dans les affaires de droit privé en ce sens qu'il ne peut jamais être soulevé d'office (par opposition aux affaires de

droit pénal et aux moyens pris d'office français). Il doit en être tenu compte dans l'interprétation d'un arrêt de cassation.

Dans un moyen de cassation, le juge du fond ne peut, à peine d'irrecevabilité, être pris à revers; il ne peut rien lui être reproché dont il n'a pas eu connaissance. C'est le problème du *novum* en cassation (§ 2).

Le moyen de cassation mélangé de fait et de droit est un moyen de cassation fondé sur un fait nouveau, c.-à-d. sur un fait dont il n'a pas été traité devant le juge de fond.

Le moyen nouveau est un moyen de cassation qui suscite une nouvelle contestation, c.-à-d. qui soulève une question de droit sur laquelle aucun litige n'avait surgi devant le juge du fond. Pareil moyen est irrecevable, sauf s'il s'agit d'une question de droit que le juge lui-même devait soulever d'office. Mais si ce moyen qui est fondé sur l'ordre public, est mélangé de fait et de droit, c.-à-d. si un fait nouveau est introduit dans le raisonnement juridique, le moyen sera également irrecevable.

Une distinction doit être faite entre le moyen nouveau et l'argument nouveau, c.-à-d. un argument juridique invoqué pour la première fois devant la cour de cassation pour justifier une thèse juridique qui a été soumise au juge de fond.

Dans la formulation du moyen de cassation, le demandeur est lié, à peine d'irrecevabilité, à ce qui a été constaté concernant les faits dans la décision attaquée. Mais les faits de procédure, les faits notoires, les faits nécessaires à la connaissance du droit, les règles d'expérience et les règles de droit découlant d'autres sources que la loi interne, ne sont pas — comme on le croit parfois — *a priori* tabous. On touche ici à la théorie fameuse et fumeuse de la distinction entre le fait et le droit (§ 3).

Nous avons déjà rencontré le terme *fait* dans l'examen des expressions statuer au fond, moyen de fait et moyen mélangé de fait et de droit. C'est un terme équivoque dans le droit judiciaire et il s'avère nécessaire d'en relever les diverses significations.

Les règles de droit découlant d'autres sources que la loi interne au sens large sont appelés *faits normatifs* par Rigaux et sont : a) le droit étranger, b) le droit jurisprudentiel, c) le droit non écrit des conflits, d) les principes généraux du droit, e) les coutumes juridiques, f) les règles non écrites du droit des gens.

Pourquoi a-t-on voulu séparer hermétiquement le droit du fait et pourquoi a-t-on voulu y voir une répartition suprême et universelle? Au plan de la procédure de cassation, la réponse à ces questions se trouve dans la définition nécessaire de la tâche de la cour de cassation.

On peut se demander pourquoi le législateur, au lieu d'indiquer de façon positive et restrictive sur base de quels vices un jugement peut être annulé, s'est limité à édicter de manière générale et insatisfaisante que l'annulation n'est possible que pour cause de violation de la loi. (Tel est le corollaire de l'interdiction *ne pas connaître du fait*.) La réponse peut se trouver dans les conceptions erronées de la fonction du juge du fond au temps de l'institution de la cour de cassation.

A peine d'irrecevabilité, le moyen de cassation devra se ranger sous une ouverture à cassation. Une ouverture à cassation est une catégorie générale de fautes qui peuvent être réprimées par la Cour suprême. Un grief donné contre une décision judiciaire rendue en dernière instance est formulé en un moyen de cassation qui

est recevable ou non suivant que ce moyen se range sous une ouverture à cassation. Certains auteurs disent que toutes les ouvertures à cassation se ramènent à une violation de la loi et que la tâche de la cour de cassation se limite donc à un contrôle du respect de la loi. Cette formule n'est pas inexacte mais elle est vide de sens en raison de sa trop grande généralité. Quelles sont, en effet, les limites du contrôle du respect de la loi? Seule la jurisprudence même de la cour de cassation peut nous révéler quelles sont les ouvertures à cassation (§ 4). Enfin, il est relevé en résumé quel peut être le sort d'un moyen de cassation : il peut être irrecevable, non fondé (soit qu'il manque en droit, soit qu'il manque en fait), fondé (§ 5).

ZUSAMMENFASSUNG

ÜBERSICHTLICHE BETRACHTUNGEN ÜBER DAS WESEN VON KASSATIONSMITTEL UND KASSATIONSGRUND

Dieser Beitrag beabsichtigt auf übersichtliche Weise auszulegen woraus ein zulässiger Kassationsgrund besteht. Erst werden die zwei Bedeutungen des Prozesausdrucks *Mittel* angegeben werden, und der gewöhnliche Unterschied zwischen Tatsachenmittel und Rechtsmittel (§ 1).

Um gleich das Kassationsmittel zu finden, bei den Durchlesung eines Kassationsurteils, muß man daran erinnern, daß das Urteil stets so strukturiert ist :

- a) Identifizierung des bestrittenen Urteils.
- b) Auseinandersetzung des Kassationsgrundes :
 1. Andeutung der verletzten Gesetzesartikeln
 2. Andeutung (*en ce que*) der bestrittenen Stelle aus der Motivierung des bestrittenen Urteils
 3. Aufgabe (*alors que*) der Gründen — dem Kläger nach — das also motivierte Urteil bestritten wird.
- c) Die Argumentation des Kassationshofs, auf Grund wovon das Mittel wohl oder nicht zu akzeptieren ist.
- d) Das Dispositiv des Urteils des Kassationshofs (in dem die Sache nie zu Grunde behandelt wird). Dieses Verbot darf nicht verwechselt werden mit dem jurisprudentiellen Verbot die Tatsachen des Streites festzustellen. Es gibt keine Kausalität zwischen beiden. Es muß aber auch vom Verweitzungsverbot unterschieden werden.

Der Ausdruck *Mittel* hat zwei Bedeutungen. In einer ersten Bedeutung, bedeutet dieser Ausdruck „Die These die ein notwendiger Halt ist für die Forderung oder für die Verteidigung während des Prozesses zugrunde“. (Manchmal ist der Unterschied zu der Ursache der Forderung besonders schwierig.) In einer zweiter Bedeutung heißt *Mittel* eine präzise Beschwerde gegen einen richterlichen Beschluß zu grunde, vorgebracht vor dem Kassationshof.

Ein Mittel kann ein Rechtsmittel oder ein Tatsachenmittel sein (hierbei kann eine Parallel gezogen werden zwischen dem Rechtsmittel, dem tatsächlichen Grund und der Aussprache über den Tatsachen).

Das Mittel muß vom Argument unterschieden werden.

Das Kassationsmittel verbindet den Kassationshof in privatrechtlichen Sachen, in diesem Sinn, daß es nie von Amtswegen aufgezwungen werden darf (in Gegensatz zu den Strafrechtssachen und zu dem französischen *moyen pris d'office*).

Dies muß Berücksichtigt werden bei der Interpretation eines Kassationsurteils. Bei den Revisionsgründen darf, bei Straf von Nichtigkeitserklärung der Richter zu Grunde, nicht im Rücken angegriffen werden; es darf ihm nichts vorgeworfen werden, wovon er nichts weiß. Das ist das Problem des *novum* in Kassation (§ 2).

Das Kassationsmittel wobei Tatsache und Recht gemischt werden ist ein Kassationsmittel, daß gegründet ist auf einer neuen Tatsache, das heißt eine Tatsache worüber der Richter zu Grunde nicht statuiert hat.

Das neue Mittel ist ein Kassationsmittel, daß einen neuen Streitpunkt herauslockt, das heißt eine Rechtsfrage aufwirft, worüber vor dem Richter zu Grunde nicht gehandelt wurde. Ein solches Mittel ist unzulässig, es sei denn, es handelt sich um eine Rechtsfrage, welche der Richter von Amtswegen hätte aufwerfen sollen. Wenn aber bei diesem Mittel daß auf der öffentlichen Ordnung gestützt ist, Recht und Tatsache vermischt sind, das heißt wenn in der juristischen Beweisführung eine neue Tatsache eingebracht wird, wird auch dieses Mittel unzulässig sein.

Es muß ein Unterschied gemacht werden zwischen dem neuen Mittel und dem neuen Argument, das ist ein juristischer Beweisgrund der fürs erste vor dem Kassationshof vorgebracht wird, zur Bestätigung der Rechtsthesis, welche dem Richter zu Grunde unterbreitet wurde.

Bei der Formulierung des Kassationsmittel ist der Kläger bei Strafe von Unzulässigkeit gebunden an dem, was im bestrittenen Urteil bezüglich der Tatsachen des Rechtsstreites, festgestellt wurde. Aber Prozeduraltatsachen, allgemein bekannte Tatsachen, Tatsachen die notwendig sind für die Kenntnis des Rechts, Erfahrungsregel und Rechtsregel aus anderen Quellen als dem internen Gesetz im breiten Sinn, sind nicht — wie oft gedacht — *a priori* tabu. Es handelt sich hier um dem verrufenen und übertriebenen Unterschied zwischen Tatsache und Recht (§ 3).

Wir haben das Wort *Tatsache* schon begegnet, bei der Besprechung von Ausdrücken *Tatsachenmittel*, *Mittel wobei Tatsachen und Recht vermischt sind*. Es ist ein doppelsinniges Wort in diesem Recht, und es ist notwendig die verschiedenen Bedeutungen zu erwähnen.

Die Rechtsregel, welche aus anderen Quellen stammen, als aus dem internen Gesetz im breiten Sinn, werden von Rigaux *Normativtatsachen* genannt und sind :

a) ausländisches Recht, b) jurisprudentielles Recht, c) ungeschriebenes Konfliktrecht, d) allgemeine Rechtsprinzipien, e) Rechtsgewohnheiten, f) ungeschriebene Regel des Völkerrechts.

Warum hat man das Recht hermetisch von der Tatsache trennen wollen, und warum hat man dies als eine alufassende Einteilung sehen wollen : die Antwort auf dieser Frage läutet : wegen der notwendigen Angabenumschreibung des Kassationshofs.

Man kann sich abfragen warum der Gesetzgeber statt positiv und restriktiv an zu deuten auf welchen Grund ein Urteil vernichtet werden darf, sich dazu beschränkt hat, auf allgemeiner und unbefriedigender Weise zu befehlen, daß nur wegen Verletzung des Gesetzes vernichtet werden darf (das ist ein Korrelat des Verbots *ne pas connaître du fait*). Die Antwort findet man in den falschen Auffassungen über die Funktion des Richters zu Grunde, zur Zeit der Einrichtung des Kassationshofs.

Bei Strafe von Unzulässigkeit wird das Kassationsmittel unter einen Kassationsgrund fallen müssen.

Ein Kassationsgrund ist eine allgemeine Kategorie von Fehlern welche vom höchsten Gerichtshof gezügelt werden können. Ein bestimmter Vorwurf gegen eine richterliche Bestimmung welche in letzter Instanz gewiesen wurde, wird formuliert in einem Kassationsmittel, daß zulässig ist oder nicht, je nach dem es unter einen Kassationsgrund fällt oder nicht.

Bestimmte Autoren meinen, daß alle Kassationsgründe schließlich alle auf eine Verletzung des Gesetzes zurückgeführt werden können, und daß die Aufgabe des Kassationshofs beschränkt ist auf einer Kontrolle der Befolgung des Gesetzes. Diese Formulierung, obwohl sie nicht falsch ist, ist nichtssagend, weil zu all gemein.

Denn, welche sind die Grenzen der Kontrolle auf der Befolgung des Gesetzes? Nur die Rechtsprechung des Kassationshofs selbst, kann andeuten welche die Kassationsgründe sind (§ 4).

Schließlich wird zusammenfassend angedeutet, welches das Schicksal eines Kassationsmittels sein kann : unzulässigkeit; Haltlosigkeit (weil es in Rechte fehlt, oder wegen des Fehlen einer tatsächlichen Grundlage); triftige Gründe.

SUMMARY

THE FACTS, THE LAW AND THE GROUNDS FOR RESCISSION OF JUDGMENT (MOYEN DE CASSATION)

This article tries to describe in a systematic way the conditions of admissibility of a ground for rescission of judgment. On the first place, this article explains the two meanings of the law term *ground* (*moyen*) and uses the traditional distinction between *practical ground*, *legal ground* and *argument*.

In order to find immediately the ground for rescission by reading a judgment from the *cour de cassation*, one has to remember that a judgment from this highest court always shows the following structure :

- a) identification of the judgment whose validity is disputed,
- b) statement of the ground for rescission :
 - 1) indication of the infringed statute sections,
 - 2) indication (beginning with „*en ce que*”) of the disputed part of the lower court's reasoning,
 - 3) statement of the reasons (*alors que*) why the plaintiff disputes the validity of the judgment;
- c) *cour de cassation*'s reasons for admitting or rejecting the ground for rescission;
- d) enacting terms of the highest court's decision. (In this part the court may never decide on the merits of a given case. This prohibition may not be mistaken for the prohibition to establish the facts of the case : there is no causal relation between these two prohibitions. It should also be distinguished from the obligation to transfer the case to another (lower) court.)

The term *ground* (*moyen*) has two meanings. On the first place it means the legal thesis grounding an action or a defence before a court deciding on the main issue (sometimes the distinction between *ground* and *reason* is hardly to

draw). A second meaning denotes a specific ground for complaint against the disputed decision, alleged before the *cour de cassation*.

The grounds may be legal or practical (one can draw a parallel between the practical ground, the practical reason and the judgment deciding upon the facts). The ground should be distinguished from the argument.

In private law cases, the ground for rescission is binding upon the *cour de cassation*; this means that such a ground may never be alleged *ex officio* by the court (which is possible in criminal cases and in French law). By interpreting a judgment from the *cour de cassation*, one should always be aware of this fact.

A ground for rescission is inadmissible when it raises objection to facts which were unknown to the court below. This is the problem of the *novum* before the *cour de cassation* (§ 2).

The ground for rescission which is as well legal as practical (*mixed ground*) is a ground based upon a new fact, i.e. a fact unknown to the judge below.

The *new ground* is a ground for rescission that raises a new dispute which has not been at issue before the judge below. Such a ground is inadmissible, excepted when it constitutes a legal question to be alleged *ex officio* by the judge below. This ground, which is based upon public policy, becomes inadmissible, however, if it is legal as well as practical (*mixed*).

A clear distinction has to be drawn between the new ground and the new argument, i.e. a new legal argument in support of a thesis at issue before the judge below, which is alleged before the *cour de cassation* for the first time.

In bringing forward his ground for rescission, the plaintiff is bound by the facts as established by the court below (otherwise his action is inadmissible). This does not mean, however, that facts occurring during the procedure, facts of common knowledge, facts that are necessary for the knowledge of the law, rules from own experience and rules from other legal sources than the national law, are *a priori* prohibited (what is sometimes believed). Here we come across to the well-known and confused distinction between law and fact (§ 3).

We have already mentioned the term *fact* by examining the expressions *to decide the main issue*, *practical ground*, and *mixed ground*. It is an ambiguous term in adjective law and it is quite necessary to give its different meanings.

The legal rules proceeding from other sources than the national law are : a) the foreign law, b) jurisprudence, c) the unwritten conflict law, d) the fundamental principles of law, e) the legal customs and f) the unwritten rules of the law of nations. Rigaux calls them normative facts (*faits normatifs*).

Why this air-tight distinction between law and fact and why have some tried to consider it as supreme and universal? As to the procedure before the *cour de cassation*, the answer can be found in the necessary definition of its tasks.

It may be wondered why the legislator, instead of indicating in a positive and restrictive way, for which irregularities a judgment may be annulled, just stated in very broad and unsatisfactory terms that a rescission should be possible in case of infringement of the law only (this is the counterpart of the prohibition to take cognizance of the facts).

The answer may be found in the wrong conceptions about the judge of the facts' tasks, that were current at the time of the *cour de cassation's* foundation.

In order to be admissible, a ground for rescission should range among a *ouverture à cassation*; this is a general category of all irregularities subject to censure by the highest court. A ground for complaint against a judgment by a court of last resort, is brought forward within a ground for rescission that is admissible if ranged among a *ouverture à cassation*.

Some legal writers state that all *ouvertures à cassation* can be reduced to an infringement of the law and that the highest court's only task is to control the preservation of the law. There is some truth in this statement, but it is meaningless because it is really sweeping. Where, in fact, can the limits to the control of the preservation of the law be set? The *cour de cassation*'s own decisions only can tell us what should be considered as a *ouverture à cassation*.

The last problem shortly dealt with, is the lot of a ground for rescission : it may be inadmissible, not founded (unsuccessful in an issue of law or of fact) or founded (§ 5).