

DE RECHTER IN ONZE SAMENLEVING EEN COLLOQUIUM EN EEN CONFRONTATIE

1. In samenwerking met Professor van Gerven werd door Professor Storme een besloten colloquium georganiseerd te Gent op 6 februari 1976 ter gelegenheid van het bezoek van Professor J. Esser, eredoctor van de Rechtsfaculteiten te Leuven (K.U.L.) en te Gent. Hierna volgt een verslag van dit colloquium (1).

I. INLEIDING EN VERANTWOORDING

2. Het is niet zonder belang de genesis van dit colloquium even toe te lichten.

In de eerste plaats moet onderstreept worden dat sinds de laatste jaren een bijzondere belangstelling aan de dag is getreden voor een analyse van de rechterlijke taak. Dit is niet alleen in het buitenland geschied doch ook in eigen land, waarbij moge herinnerd worden aan het werk van Professor Van Gerven over het beleid van de rechter en aan een studie over het mens- en maatschappijbeeld van de rechter aan de hand van een onderzoek van de rechtspraak van het hof van beroep te Gent.

Vervolgens is het een unieke gelegenheid om gebruik te maken van de aanwezigheid van Professor Esser ter gelegenheid van zijn eredoctoraat aan de universiteit te Leuven om samen met hem van gedachten te wisselen over de grondslagen van de rechterlijke functie.

3. Het uitgangspunt in dit alles blijft immers het baanbrekend werk dat verricht werd door Professor Jozef Esser met zijn 2 werken: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (1956) en *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1970). Beide werken hebben aan de auteur de titel gegeven van Darwin van het juridisch denken in de 20ste eeuw.

Ter herinnering moge onderstreept worden dat Esser in zijn eerste boek het belang van de rechterlijke beslissing heeft ontleed en dit niet alleen voor de oplossing van het concrete geval, doch eveneens

(1) Inleiding en verantwoording werden uitgesproken door M. Storme; het verslag van het colloquium werd opgesteld door J. Steenbergen en Ph. Vanavermaete. Deelnemers aan het colloquium waren magistraten, professoren, advocaten en assistenten: W. Bijl, H. Bocken, A. Boehlé, B. Bouckaert, J. Broekman, J. Declerck, R. De Corte, J. Delva, J. Erauw, J. Esser, R. Focqué, A. Heyvaert, R. Janssens, E. Krings, E. Langerwerf, Ph. Leroy, H. E. Ras, F. Reyntjens, R. Soetaert, E. Spanoghe, J. Steenbergen, M. Storme, H. Swennen, Ph. Vanavermaete, M. Vandekerckhove, W. van Gerven, M. Van Hoecke, G. Van Waerebeek, J. Verbeke, Y. Verougstraete.

voor de algehele rechtsontwikkeling. Deze gedachte sluit aan bij een idee die mij dierbaar is n.l. dat het recht ter gelegenheid van de rechtspraak verderschrijdt in de etymologische betekenis van het woord „*procedere*”.

De rechter moet volgens Esser bij dit alles een beslissing nemen, die zo ze niet in de wet gedictieerd staat, toch verdienen zou zich tot een rechtsregel te ontwikkelen.

In zijn tweede boek onderzoekt Esser hoe de rechter tot een dergelijke oordeelsvorming komt: het in zich opnemen van het verwachtingspatroon der partijen; onderzoeken of deze verwachtingen kaderen in een bepaalde consensus (vergelijk met het criterium van het „onbehagen” bij Schoordijk); deze verwachtingen toetsen aan de waarden die in de rechtsorde of in de sociaal etnische orde geborgen liggen; de daaruit voortvloeiende beslissing opnieuw toetsen en controleren om eventueel een *feedback* te doen, zo de oplossing niet rechtmatig mocht zijn bijvoorbeeld als in strijd met de gulden regel van Langemeijer: de gelijken moeten op een gelijke wijze worden behandeld.

De organisatoren van dit colloquium zijn uitermate verheugd Professor Esser vandaag als *doctor honoris causa* van Leuven en van Gent in hun midden te mogen begroeten en hem te mogen aanhoren.

4. Er moge van deze gelegenheid gebruik gemaakt worden om even een stuk van onze persoonlijke gedachtengang — dit kan meteen een inleiding zijn tot het debat — samen te vatten omdat soms het gevoel ontstaat dat magistraten en juristen auteurs die over de rechterlijke taak publiceren inderdaad als „misleiders” beschouwen.

5. In een rechtssysteem, hoe dit ook mogen worden beoordeeld, is de rechterlijke macht één van de onontbeerlijke schakels. Zij is één van de drie grondmachten, niet ondergeschikt, maar gelijkwaardig — geen derde macht zoals wijlen de eerste voorzitter De Clippele destijds placht te onderstrepen.

Wie dan de rechterlijke taak ontleedt, haar kritisch beoordeelt, van een beleid door de rechter gewaagt, doet dit precies vanuit zijn hooggespannen verwachtingen in de rechter bij het rechtsvindings- en zelfs bij het rechtsscheppingsproces.

6. Wij behoren tot die rij van juristen, die — misschien ten onrechte — in bepaalde aangelegenheden meer vertrouwen stellen in de rechter dan in de wetgever. Dit vertrouwen is vooral gegroeid onder invloed

van omstandigheden die de laatste jaren op de voorgrond zijn getreden.

Zo is het o.m. duidelijk dat wetgeving een uitdrukking is van macht en vooral van welbepaalde machtsgroepen, dan wanneer het uiteraard de dringende opdracht is van de jurist de macht te wantrouwen.

Ook moet worden vastgesteld dat de wetgever niet alles kan regelen of niet alles goed kan regelen en dat hij vandaag het tempo van de maatschappelijke ontwikkeling niet meer kan bijhouden.

Tenslotte moge eraan herinnerd worden dat de wetgever zelf heel dikwijls veel aan de rechter overlaat door een aantal leemten en dubbelzinnigheden in de wet te laten, door vage rechtsnormen te hanteren of door geen afbreuk te doen aan de steeds bestaande interpretatievrijheid van de rechter (zie bijvoorbeeld marginale toetsing; algemene beginselen van behoorlijk bestuur).

7. Tegenover dit verwachtingspatroon van een aantal juristen staan dan twee fenomenen nl. de attitudes van de rechtzoekenden en van de magistratuur.

De rechtzoekende is, hoezeer hij ook moge doordrenkt zijn van het rechtvaardigheidsgevoel, meestal een persoon die schrik heeft voor de juristen, de advocaten en de rechters en dit om verschillende redenen: vereenzelviging van het strafrecht met rechter en jurist; juristen die apart staan in de samenleving door hun taal en voorkomen; juristen waarvan men beweert, hoewel dit helemaal niet bewezen blijkt te zijn, dat zij tot een bepaalde sociale laag zouden behoren met alle zogeheten consequenties vandien; de rechter wordt vereenzelvigd met het slechte imago van het gerecht dat wij allen, juristen, daarvan hebben gemaakt.

Daarnaast staat de rechter zelf die nog teveel de indruk wekt begane paden te willen bewandelen, dan wanneer sommige mijlpaalarresten als een bevrijding uit een oud keurslijf worden toegejuicht.

8. In deze gedachtengang hebben collega Van Gerven en ikzelf gedacht dat het nuttig kon zijn deze ideeën, naast vele andere, te toetsen aan de praktijk, waarbij uiteraard de kernvraag zal zijn: aan welke waarden moet de rechter zich bij zijn oordeelsvorming optrekken?

Wij stellen voor dat de aanwezige magistraten, professoren, advocaten, assistenten en wetenschappelijke vorsers zich vandaag vrijmoedig over dit alles zouden bezinnen in een open en constructief, doch ook kritisch gesprek. Dit colloquium kan dan de aanloop worden

voor een verdere en zuimere bespreking. Daartoe nodigen wij u allen uit en danken u hiervoor bij voorbaat.

II. VOORDRACHT VAN PROFESSOR ESSER

9. Professor Esser ging uit van de vraag hoe de zelfstandige opdracht van de rechter tot rechtsvinding en rechtsschepping — een zelfstandigheid die hij zich niet gewent heeft — te verenigen is met de traditie van wetsgetrouwheid, rechtszekerheid en gehoorzaamheid. Bij het onderzoek naar de aanwijzingen die de rechter heeft bij het vervullen van zijn opdracht, werd de vraag gesteld of de dogmatiek hem daarbij nog voldoende steunt, of daarentegen gezocht moet worden naar nieuwe zekerheden en legitimaties.

10. De opdracht van de rechter verschilt duidelijk van die van de wetgever. De rechter ontwerpt niet alleen een constructieve planning, maar beslecht op de eerste plaats conflicten. Zijn beslissing in een concreet geschil zal evenwel de oplossing van andere geschillen beïnvloeden. De rechter verbindt casuïstiek met doctrinevorming. Zijn beslissing moet daarom ook ten overstaan van toekomstige situaties te verantwoorden zijn, maar hij kan moeilijk voorzien welke deze situaties zullen zijn, en hoe zijn beslissingen hen zullen beïnvloeden. Dit impliceert dat hij zal uitspreken naar gehypostaseerde maatstaven.

11. Zoals Esser in *Grundsatz und Norm* stelde, vindt men dergelijke maatstaven in de onderling zeer verschillende gelaagdheden van de algemene rechtsprincipes, waarin zowel louter pragmatische als gepositiveerde aanwijzingen worden gevonden. In het positief recht zoekt de rechter meestal steun in grondwettelijke beginselen die een directe beslissingvormende betekenis zouden hebben. Deze betekenis blijft nochtans vooral die van een programmaverklaring. Zij moeten niet alleen geconcretiseerd worden, maar ook aangevuld of geïnterpreteerd vanuit de dieptestructuren van de verschillende rechtstakken en rechtsgebieden. De meest gebruikelijke werkwijze daartoe is het syllogistische redeneringsmodel, aangevuld met de analogische interpretatie (die heel ons denken kenmerkt), indien het regelsysteem lacunes vertoont. Esser concludeert hieruit dat de rechter niet tot opdracht heeft de *bouche de la loi* te zijn, maar dat hij in samenwerking met de wetgever bij het beslechten van een conflict het positiveringsproces van de rechtsregels voltooit dat voordien nog niet beëindigd was.

12. Daarbij rijst de vraag wanneer sprake kan zijn van een positief-rechtelijke regeling wanneer de jurisprudentie in een bepaalde materie nog in volle ontwikkeling is. De rechtszekerheid vindt dan geen steun in een strikte continuïteit van de rechtsvorming, waardoor de aandacht opnieuw wordt gevestigd op het belang van elk individueel geval.

13. De rechtsvindingsanalyse bij de oplossing van een concreet geval wijst er (vooral in die gevallen) duidelijk op dat niet alleen gezocht moet worden naar de juridische formulering van een oplossing, maar dat het om meningsvorming gaat. Dit leidt tot de vraag in hoeverre de rol van de consensus bij de rechtsvinding gelijkgesteld mag worden met de rol van consensus in de vorming van de openbare mening. Esser herinnert er aan dat meningen *gemaakt* worden. In vakwetenschappen speelt daarbij het gezag van de expert. Het vakwetenschappelijke kennen en de vakwetenschappelijke consensus staan anders tegenover de wensen en de vooroordelen van het publiek. Dat geldt *a fortiori* voor een normatieve discipline die een consensus voorstelt of zelfs aanvoert of gebruikt, zonder te wachten tot er zich reeds een algemene consensus heeft gevormd. De vraag naar de zekerheden en de maatstaven bij de rechterlijke beslissing is zo volgens Professor Esser aangevuld door de idee dat ook een geanticipeerde consensus een actieve factor is bij het tot stand komen van een beslissing.

III. VRAAGPUNTEN

1. De taak van de rechter in ons rechtsbestel. Verhouding wetgeving, uitvoering, rechtspraak.
2. a) Doet de rechter c.q. mag (moet) hij doen, alleen aan rechtsvinding of ook aan rechtsschepping?
b) Welke leidraad kan hem gegeven worden bij het vinden c.q. scheppen van recht?
3. a) Doet de rechter, c.q. mag (moet) hij doen aan systeemdenken en/of probleemdenken?
b) Welke rol moet het beginsel van de rechtszekerheid en/of billijkheid spelen?
4. a) Doet de rechter c.q. mag (moet) hij doen aan waardedenken?
b) Welk referentiekader dient hij bij waardedenken (zo toelaatbaar) te hanteren? De *consensus communis* zoals die blijkt uit het vigerend rechtssysteem? Of uit de in de samenleving levende opvatting? De meerderheidsopvatting? Eventueel

- (soms) een minderheidsopvatting? De eigen opvatting?
- c) Doet de rechter aan beleid? kan, mag of moet hij aan beleid doen?
5. Weerslag van het voorgaande op:
- a) de wijze van rechtspreken (motivering ook naar de onderliggende waarden toe? *Concurring en dissenting opinions*? Terugwerkende kracht van rechterlijke regels).
- b) de organisatie en functionering van het gerecht (verzoeningsrechtspraak, alleen zetelend magistraat, lekenrechters, ...)
- c) de opleiding en recrutering van magistraten
- d) de opleiding van de jurist aan de universiteit en elders.

IV. TOELICHTING DOOR PROFESSOR W. VAN GERVEN

15. In een korte inleiding bij de vraagpunten, die aan de congresdeelnemers waren voorgelegd wees Professor W. van Gerven er vooreerst op dat de auteurs die de taak van de rechter hebben ontleed niet kunnen ondergebracht worden in twee strikt afgelijnde groepen, waarin resp. de voorstanders en de tegenstanders van een meer geëngageerde rechtspraak zouden thuishoren. Z.i. staan de verschillende standpunten meestal niet diametraal tegenover elkaar en hij illustreerde zulks aan de hand van een kleine bloemlezing uit de mercuriale van advocaat-generaal F. Dumon (1). Alhoewel, aldus Van Gerven, Dumon ons rechtssysteem als zeer gesloten ervaart en beschrijft, komt er toch een zeer grote openheid te voorschijn uit zijn betoog. Zo o.m. wanneer hij opmerkt dat de tekst van de wet niet meer is dan een — vaak gebrekkig en onvolledig — middel om de bedoeling van de wetgever te vertolken en daarbij procureur-generaal P. Leclercq citeert: „Le texte n'enchaîne pas l'interprète, il n'enchaîne que l'ouvrier imprimeur et le premier ne doit pas être confondu avec le second. Le texte est l'enveloppe de la chose essentielle; la pensée que l'auteur du texte a par celui-ci voulu exprimer. C'est la pensée, le contenu qui enchaîne l'interprète, et non le texte, le contenant” (2). Dezelfde openheid blijkt bijvoorbeeld ook uit de volgende zinsnede: „Oude wetteksten vragen, onbetwistbaar, wanneer de verdeling van de machten en bevoegdheden tussen enerzijds de wetgever, of zelfs de Natie (die de gewoonte scheidt) en anderzijds de gerechten het toelaat, een evolutieve interpretatie... maar de magistraten dienen slechts bij uitzondering dergelijke teksten aan te passen” (3)

(1) R.W., 1975-1976, 193-230 en 257.-292

(2) O.c., 210.

(3) O.c., 227.

evenals uit zijn opmerking: „Ten opzichte i.h.b. van veelomvattende of „vage” begrippen kan de evolutieve interpretatie dus juridisch verantwoord worden en zelfs geboden zijn” (1).

Na deze opmerking met meer algemene draagwijdte ging Van Gerven wat dieper in op enkele van de gestelde vraagpunten.

16. De problemen die zich stellen i.v.m. de taak van de rechter en de verhouding tussen de drie machten — wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht — tonen aan dat de trias politica-gedachte van Montesquieu, heden ten dage niet meer aan de werkelijkheid beantwoordt. De wetgever beperkt er zich veelal toe om brede kaderwetten uit te vaardigen, waarvan de nadere precisering en uitvoering overgelaten wordt aan de executieve, die aldus een belangrijke wetgevende macht toegespeeld krijgt. Dit fenomeen wordt nog versterkt omwille van het feit dat de wetten die door het Parlement worden gestemd in de meeste gevallen ontsproten zijn aan ontwerpen van wet, voorbereid binnen de administratie of het kabinet van de betrokken minister(s). Maar niet alleen de executieve is er toe gekomen om een groot aandeel te krijgen in de wetgevende bevoegdheid: ook de rechterlijke macht beweegt zich — weliswaar in mindere mate — op dit terrein, meestal omwille van het stilstaan van de eigenlijke wetgever. Zulks kan overvloedig geïllustreerd worden aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, dat op velerlei gebieden oorspronkelijke regelvorming heeft moeten verrichten, omdat het daartoe aangestelde orgaan zijn taak niet naar behoren kan vervullen. Deze regelvormende activiteit komt echter ook op nationaal vlak naar voor: als voorbeeld kan gedacht worden aan het fameuze smeltkaas-arrest van het hof van cassatie, 27 mei 1971 (2) waarin een regel werd vastgesteld — en toegepast — die ook door de grondwetgever kon geformuleerd worden.

17. Een en ander leidt er toe dat de activiteit van de rechter zich niet alleen beperkt tot zuivere rechtstoepassing bestaande in een syllogistisch proces, maar dat hij ook aan rechtsvinding en rechtschepping doet. Het onderscheid tussen deze twee laatste begrippen is moeilijk precies te omschrijven, alhoewel men er kan vanuit gaan dat rechtsvinding vertrekt van een breder patroon van bestaande regels, waaronder de rechter een keuze maakt, terwijl rechtschepping

(1) *O.c.*, 228-229.

(2) *O.m.* verschenen in *S.E.W.*, 1972, 42 e.v., met noot J. Mertens de Wilmars.

in grotere mate een subjectief element in het rechtspreken brengt. Het weze evenwel herhaald dat dit theoretisch wellicht mooi uit elkaar te houden is, maar dat in de praktijk rechtstoepassing, -vinding en -schepping innig met elkaar verweven zijn.

18. De vraag rijst dan welke leidraad aan de rechter kan meegegeven worden, éénmaal hij het domein van de zuivere rechtstoepassing verlaat: moet die gezocht worden in het positieve recht (wet-rechtspraak-gewoonte-algemene rechtsbeginselen) of daarbuiten (natuurrecht-intuïtie-sociale verhoudingen, enz...).

In andere termen geformuleerd kunnen deze problemen ook benaderd worden vanuit de vraag of de rechter aan systeem- dan wel aan probleemdenken moet doen, waarbij terug de tegenstelling naar voor komt tussen een rechtssprekingsproces van het deductieve en van het inductieve type. In het algemeen kan hierbij wél de vraag rijzen of wij binnen ons rechtssysteem niet te véér afgedwaald zijn van de gedachte dat de werkelijkheid zichzelf regelt; zetten wij de zaken niet enigszins op hun kop door éérst over de regels en pas dan over de feiten te praten? Moet niet meer aandacht geschonken worden aan de feiten zelf, waarin toch steeds een zekere zelfregulatie naar voor komt, en minder aan min of meer kunstmatig opgestelde of toegepaste regels, die van buitenuit aan de werkelijkheid worden opgedrongen? Problemen als rechtszekerheid en billijkheid moeten in dezelfde context gesitueerd worden. Er is immers niet alleen behoefte aan formele rechtvaardigheid (gelijken worden op gelijke, ongelijken op ongelijke wijze behandeld) maar ook aan materiële rechtvaardigheid. Dit kan de rechter ertoe brengen om eerder aan waardedenken te gaan doen, maar velen staan huiverig tegenover een dergelijke evolutie omdat zij menen dat men aldus het houvast verliest dat nodig is voor een goede rechtsbedeling, met name de rechtszekerheid. Indien men evenwel opteert voor een waardedenken dan moet ook uitgemaakt worden waarop de rechter zich daarbij kan steunen: moet hij aansluiting zoeken bij de meerderheidsopvatting in de maatschappij of moet hij ook oog hebben voor minderheidsopvattingen en in welke mate?

V. SAMENVATTING VAN DE BESPREKING

19. Daarna ontwikkelde zich een discussie rond de volgende themata:
— de verhouding tussen rechter en wet(gever) (vraag 1);
— het belang van de rechtszekerheid en de billijkheid (vraag 3 b);
— het referentiekader van de rechter (vraag 4 b);

- het publiceren van concurring of dissenting opinions (vraag 5 a);
- de opleiding van magistraten (vraag 5 c).

1) *De verhouding tussen rechter en wetgever*

20. Deze verhouding, en vooral de vraag of de rechter een wet terzijde mag schuiven om zelf een oplossing uit te werken voor het geschil dat hem werd voorgelegd, domineerde de hele dag de besprekingen.

Er waren duidelijk twee fundamenteel verschillende strekkingen.

Ten eerste, een grote groep, vooral magistraten, die oordeelde dat een rechter nooit tegen een duidelijke wettekst in mag oordelen. Zij achtten zulks onverenigbaar met ons staatsbestel, omdat een loslaten van de ondergeschiktheid van de rechter aan de wet, de rechter als niet democratisch gecontroleerde instantie, de bevoegdheid geeft om de macht van de democratisch verkozen wetgever volledig te ondergraven. Daarbij werd er tevens op gewezen dat de rechtstoepassing door de rechter eigenlijk maar de punt van een ijsberg is: de meeste rechtsonderhorigen passen de wet immers toe zonder dat dit ooit aanleiding geeft tot een gerechtelijke procedure. Daarom wordt het oppoortuun geacht dat de rechter gebonden zou zijn aan de wet opdat het vertrouwen in de wet van de justiciabelen niet zou beschaamd worden. Bij ongebondenheid van de rechter zou de gelijkheid van de rechtsonderhorigen doorbroken worden vermits op éénzelfde situatie (dan) verschillende regels van toepassing kunnen zijn: de wet, en de rechterlijke regels.

Ten tweede, een kleinere groep, met enkele leden van de balie en de universiteiten, die menen dat een rechter zich vooral dient af te vragen welke oplossing hem voor een probleem de beste lijkt. Die oplossing kan dan, waar mogelijk, door de motivering ingepast worden in het regelsysteem. Maar wanneer de oplossing onverenigbaar is met de geldende wetgeving, moet de rechter die volgens hen terzijde kunnen schuiven, omdat de partijen in het te beoordelen geschil niet het slachtoffer mogen worden van het nalaten van de wetgever om de wetgeving aan te passen aan de ontwikkeling van het rechtsgevoel.

21. Praktisch lagen deze twee strekkingen nochtans niet zo ver uit elkaar als het verschil in uitgangspunt laat vermoeden. Zij leiden eigenlijk alleen tot verschillende uitspraken wanneer de geprefereerde oplossing indruist tegen al de bepalingen die op het probleem van toepassing kunnen zijn, en waarvan niet kan worden betwist dat zij

tot een andere oplossing leiden. Het werd immers niet tegengesproken dat:

1. De rechter altijd kan onderzoeken welke oplossing, ongeacht de geldende wetgeving, het meest wenselijk voorkomt; het meningsverschil betrof alleen de vraag of die oplossing kan worden weerhouden wanneer een bepaling die op het geschil van toepassing is, en waarvan door de partijen niet werd afgeweken of niet kon worden afgeweken, een andere oplossing voorhoudt;

2. De rechter in veel gevallen de gekozen oplossing zal kunnen inpassen in het wettelijk kader omdat:

a) het dikwijls niet duidelijk is welke regel vooral op een probleem van toepassing is, en de rechter dus kiezen kan tussen verschillende alternatieve oplossingen waarvan één geheel of gedeeltelijk samenvalt met de oplossing die hij het meest geschikt acht;

b) de toe te passen regel of regels dikwijls voor uiteenlopende interpretatie vatbaar zijn, waardoor de rechter doot wetsverfijning dikwijls de door hem voorgestane oplossing kan motiveren waardoor het onderscheid tussen rechtstoepassing, rechtsvinding en rechtsschepping vage contouren krijgt;

c) ook een eenduidige wettelijke bepaling in veel gevallen overeenstemt met het overheersend rechtsgevoel, of het probleem vooral een duidelijke en voor iedereen kenbare oplossing vraagt, waarbij het van ondergeschikt belang is welke oplossing gekozen werd (bijv. links rijden of rechts rijden).

3. De rechter bij ontbreken van een wettelijke regeling, verplicht is zelf een oplossing aan het probleem te geven. De rechter is immers verplicht recht te spreken.

22. Ongeacht de stellingname van de sprekers in de geschetste discussie, werd ook vastgesteld dat de polemiek vooral is ontstaan door een in gebreke blijven van de wetgevende macht die geen gelijke tred kan houden met de veranderende economische en maatschappelijke werkelijkheid. Dit leidde ertoe dat de rechtsonderhorigen steeds meer bij de rechterlijke macht bescherming zoeken tegen de groeiende macht van een executieve die onvoldoende richtlijnen ontvangt en daarom zelf het initiatief neemt, en daarbij onvoldoende door het parlement wordt gecontroleerd.

Volgens verschillende sprekers dient de rechter deze vraag naar rechtsbescherming tegen een „anachronistische” wetgeving te beantwoorden door op de onbillijke gevolgen van de toepassing van deze wetgeving te wijzen. Dit kan hij doen ofwel door zich zeer strak

te houden aan de geldende wet, ofwel door deze naast zich neer te leggen om het belang van partijen te vrijwaren. In beide gevallen bevat zijn uitspraak een prikkel voor de wetgever om de achterstand op de werkelijkheid in te halen.

23. Om deze moeilijkheden te vermijden werd een typologie van situaties voorgesteld waarbij naar de aard van de gestelde vragen en de mate waarin daarover een consensus kan worden vastgesteld, het regeltype wordt aangeduid dat de voorkeur verdient:

— vergt het probleem vooral een ordelijke en eenduidige oplossing waarbij de inhoud van de oplossing minder belangrijk is, dan kan de wetgever een algemeen geldende dwingende bepaling vastleggen waarvan de rechter niet mag afwijken;

— bestaat een brede en stabiele consensus over de waardenkeuze die moet worden gemaakt bij het bepalen van een gedragslijn inzake de te regelen materie maar niet over de modaliteiten van die keuze dan kan die waardenkeuze door de wetgever worden vastgelegd terwijl de regeling van de modaliteiten aan de rechter kan worden overgelaten;

— wanneer die consensus ontbreekt, of de problemen wegens hun aard individueel moeten worden beoordeeld, dan verdient het de voorkeur door de rechtspraak oplossingen te laten zoeken, waaruit misschien geleidelijk een consensus kan groeien, veeleer dan nadien de wetgever te laten optreden.

Verschillende deelnemers betwijfelden evenwel of een dergelijke typologie toegepast kan worden door een rechter om zijn houding tegenover een wet te bepalen, omdat dikwijls de discussie verschoven zal worden naar de qualificatie van het te beslechten geschil. Een dergelijke typologie kan in ieder geval wel de wetgever leiden bij het kiezen van materies die voor een wettelijke regeling in aanmerking komen, waarbij de vraag open blijft of een typologie kan worden opgesteld van de *bestaande* wetgeving om de rechter te laten bepalen of hij er al dan niet van af kan wijken.

Het kan immers moeilijk worden ontkend dat de rechter, zoals verschillende deelnemers opmerkten, soms wel tégen de wet in uitspreekt, en daarbij een *gewoonte contra legem* erkent en vorm geeft. Op deze gewoonten, en de vraag of en wanneer zij door een rechterlijke beslissing kunnen worden bekrachtigd, werd nochtans niet verder ingegaan.

24. Tenslotte wezen verschillende deelnemers er op dat het beslechten van veel geschillen in de praktijk wegens hun frequentie tot een routine is geworden.

2) *De rol van de rechtszekerheid en de billijkheid*

25. De discussie over de rechtszekerheid en de billijkheid verliep volgens parallelle lijnen, en werd helemaal door de vorige gedomineerd.

Sommige deelnemers benadrukten het overheersend belang van de rechtszekerheid, omdat zij de voorspelbaarheid van rechterlijke uitspraken mogelijk maakt die noodzakelijk is om de partijen in een geschil te kunnen adviseren, en die in veel gevallen geschillen kan helpen voorkomen omdat de betrokkenen weten aan welke regels zij zich dienen te houden. Daarbij werd herhaald dat het vertrouwen niet mag worden beschaamd van hen die het recht toepassen zonder de tussenkomst van de rechter te vragen. Het kiezen voor de rechtszekerheid was volgens deze deelnemers niet strijdig met de billijkheid, maar in de billijkheid dient volgens hen juist naar rechtszekerheid te worden gestreefd!

Talrijke deelnemers, vooral leden van de balies, wezen er nochtans op dat volgens hun ervaring die voorspelbaarheid goeddeels ontbreekt. Daarvoor werden verschillende verklaringen gegeven. Op de eerste plaats worden betwiste en dus in principe vooral betwistbare zaken aan de rechter voorgelegd, problemen dus waarvoor de oplossing bij hypothese moeilijk voorspelbaar is. Bovendien kunnen niet alleen dikwijls verschillende juridische oplossingen voor eenzelfde probleem worden verdedigd, maar wordt deze onzekerheid in belangrijke mate verscherpt door betwistingen over de feiten van het te beoordelen geschil. Omdat de rechtszekerheid wegens het ontbreken van voorspelbaarheid in de praktijk geen geschillen helpt voorkomen, mag het nastreven van rechtszekerheid volgens deze deelnemers dan ook nooit een reden zijn om niet de meest billijke oplossing te kiezen. Ook deze deelnemers beoordeelden de billijkheid en de rechtszekerheid eigenlijk niet als twee tegenstrijdige motieven. Volgens hen vergt rechtszekerheid evenwel op de eerste plaats dat de rechtsonderhorigen er op kunnen betrouwen dat de meest billijke oplossing zal worden gekozen.

Wel waren velen het er over eens dat er een beperkte mate van rechtszekerheid bestaat die toelaat te voorspellen welke oplossingen zeker niet weerhouden zullen worden. Deze rechtszekerheid helpt de partijen bij het opbouwen van hun argumentatie.

3) *Het referentiekader van de rechter*

26. In die gevallen waar de rechter zich niet laat leiden of kan laten leiden door een ondubbelzinnige wettekst, dient uiteraard onderzocht

te worden waardoor hij zich dan wél laat inspireren. Het bleek niet mogelijk op dit punt algemene regels te formuleren.

Veel deelnemers wezen erop dat een rechter nooit helemaal abstractie kan maken van zijn eigen opvattingen en achtergrond, maar dat hij dat wel moet proberen.

Dit geeft nooit aanleiding tot moeilijkheden op punten waarover in grote groepen van de samenleving een voldoende duidelijke consensus bestaat. Daarbij werd opgemerkt dat ook die consensus — althans onder juristen — nog over heel wat onderwerpen bestaat, al lopen op een aantal andere punten de opvattingen scherp uit elkaar, terwijl over weer andere vraagpunten, of in andere middens vooral een groot relativisme kan worden vastgesteld. Soms vormen trouwens ook tegengestelde opvattingen geen onoverkomelijke hinderpaal voor het nemen van in brede kringen aanvaardbare beslissingen, bijvoorbeeld omdat de ene optie de voorstanders van andere opvattingen minder belemmert dan een andere.

27. Professor Esser merkte op dat daarbij telkens beter gesproken kan worden over een belangenafweging dan over een waardenafweging. Het blijft immers moeilijk een onderscheid te maken tussen beide. Bij het beperken van een besluitvormingsproces tot een waardenafweging ontsnapt de keuze van de waarden aan de controle op de uitspraak, en volgens de meeste deelnemers kan alleen een effectieve controle een evenwichtige besluitvorming bevorderen. Zij waren daarom van oordeel dat het accent moet worden gelegd op de motiveringsplicht, en de wenselijkheid ook de onderliggende belangen en waardenbeoordelingen in de motivering weer te geven.

4) Vermelden van *concurring* en *dissenting opinions* in de motivering

28. Bij het zoeken naar betere motiveringsregels of technieken werd de vraag onderzocht naar de wenselijkheid van het weergeven van de motivering van de rechters die op andere gronden dan de motieven die thans worden opgenomen in de uitspraak tot eenzelfde resultaat kwamen (*concurring opinions*), en van hen die aan een ander resultaat de voorkeur geven (*dissenting opinions*). Enigszins verrassend bleek een grote eensgezindheid over de wenselijkheid van het weergeven van *concurring opinions*, en zelfs van *dissenting opinions*. De meeste deelnemers waren van oordeel dat dit het gezag van een uitspraak niet zou ondermijnen. Zij meenden dat het de uitspraak integendeel aanvaardbaarder zou maken voor de verliezende partij, omdat hij dan kan weten dat zijn standpunt ernstig werd overwogen. Het

weergeven van deze afwijkende meningen kan bovendien aanwijzingen geven over de kansen en de aan te voeren argumenten in een beroepsprocedure. Op vragen werd door magistraten geantwoord dat zij niet vreesden dat het weergeven van afwijkende opvattingen zou leiden tot spanningen binnen de rechtbanken, noch dat het beoordelingskansen van magistraten ongunstig zal beïnvloeden. Wel was er minder eenstemmigheid over de wenselijkheid om ook in eerste aanleg het weergeven van afwijkende opvattingen op te leggen.

5) *De opleiding en recrutering van magistraten*

29. Herhaaldelijk werd er in de loop van deze studiedag op gewezen dat aan de magistraten voortdurend hogere eisen worden gesteld, en dat daarom ook hun selectie en opleiding bijzondere aandacht verdient. Het werd vooral betreurd dat (in 1^o aanleg) in de rechtbanken zelf soms weinig aandacht kan worden geschonken aan het inwerken van jonge magistraten en dat er veel bekwame en ervaren magistraten deze rechtbanken verlaten om zitting te nemen in de hoven van beroep. Toch werd betwijfeld of een centraal opleidingsinstituut voor magistraten, zoals de Duitse Richterschule, of de Franse Ecole Nationale de la Magistrature, een goede oplossing kan brengen. Het laat toe de magistraten ook in andere disciplines dan het recht in te leiden, maar het kan leiden tot een grotere uniformiteit waardoor het contact met allerlei rechtsonderhorigen meer verstoord kan worden, dan door het huidige samenwerken van mensen met uiteenlopende achtergronden.

SOMMAIRE

LE JUGE DANS NOTRE SOCIÉTÉ

Cet article contient le résumé des discussions, tenues au colloque, organisé à Gand le 6 février 1976, sous le thème „Le juge dans notre société”.

La discussion fût introduite par le Professeur Josef Esser, qui traitait de la question comment la tâche indépendante du juge de trouver et de créer le droit peut être conciliée avec la tradition d'être *la bouche de la loi*, et avec la sécurité juridique.

La discussion même était consacrée aux thèmes suivants :

- la rapport entre le juge et le législateur; la majorité des participants se prononçait pour la prépondérance du législateur;
- l'importance de la sécurité juridique et l'équité;

- les points de référence du juge;
- la publication des *concurring* et *dissenting opinions*; selon l'opinion des participants ceci renforcerait l'autorité de la jurisprudence;
- la formation des magistrats; l'idée d'une école pour magistrats fut rejetée.

SUMMARY

THE JUDGE IN OUR SOCIETY

This article contains a summary account of a seminar which took place at Ghent on 6 February, the subject under discussion being „The Judge in our Society”.

The discussion commenced with a talk by Professor Josef Esser on the question as to whether the task allotted to the judge of administering justice impartially is consistent with his traditional role of being faithful to the law and ensuring legal security.

The debate itself with the following subjects :

- the relationship between judge and legislator; the majority of those taking part were in favour of the legislator having preponderance over the judge;
- the importance of legal security and equity;
- the frame of reference of the judge;
- the publishing of concurring and dissenting opinions; according to those taking part, this would make case law more authoritative;
- the training of magistrates : the idea of having a school for magistrates was rejected.

ZUSAMMENFASSUNG

DER RICHTER IN UNSERER GESELLSCHAFT

Dieser Beitrag enthält einen zusammenfassenden Bericht über ein Kolloquium in Gent am 6. Februar 1976. Das Thema war „Der Richter in unserer Gesellschaft”.

Die Diskussion wurde eingeleitet mit einem Vortrag von Herrn Professor Josef Esser, der handelte über die Frage wie die selbständige Aufgabe des Richters zur Rechtsfindung und Rechtsschöpfung mit der Tradition von Gesetzestreue, Rechtssicherheit und Gehorsam vereinbar sei.

Die Diskussion hatte Beziehung auf folgende Themata :

- Das Verhältnis zwischen Richter und Gesetzgeber; wobei die Mehrheit den Gesetzgeber bevorzugte;
- Die Wichtigkeit der Rechtssicherheit und der Billigkeit; zu welchem Thema aufgemerkt wurde dass die Billigkeit manchmal eine notwendige Bedingung für die Rechtssicherheit sei;
- Die Elemente auf die der Richter Bezug nehmen soll;
- Die Veröffentlichung von *concurring* oder *dissenting opinions*; der Meinung der Teilnehmer nach würde dies die Autorität der Rechtssprechung verstärken;
- Die Ausbildung des Richters; wobei eine zentrale Richterschule abgelehnt wurde.