

## DE INVLOED VAN DE DOCTRINE OP DE WETGEVING

door

Johan DESMET  
Advokaat te Gent

### *Stelling 1*

*Aan de voorafgaande controle van de wetgeving, wordt door de doctrine niet altijd voldoende aandacht besteed. Kritiek op een reeds totstandgekomen wet is niet altijd (meer) functioneel.*

Weliswaar onderkent men op vandaag geen spoor meer van de zekere sacraliteit waarmee de totstandkoming en afkondiging der wetgeving eertijds was verweven, doch men kan zich niet aan de bedenking onttrekken dat het proces van normgeving, de samenleving dermate moduleert, en zo sterk op de menselijke persoon inwerkt, dat ernstige overweging daaraan steeds dient vooraf te gaan.

Niet helemaal ten onrechte stelde Burckhardt: „Es is nicht eigentlich Aufgabe der Wissenschaft, weder der Rechts- noch der Gesellschaftswissenschaft, neues Recht zu schaffen, sondern der Persönlichkeit (...) Die Wissenschaft mag ihr vorarbeiten, die Wege bereiten; volbringen kann sie nur die Persönlichkeit. Nicht weil die Aufgabe zu gering wäre für die Wissenschaft, sondern weil sie zu hoch ist”(1). De praktijk van een zich voortdurend wijzigende, in vele gevallen zelfs retroactieve wetgeving, mag dan wel inspelen op de behoefte aan een flexibele maatschappelijke ordening, toch doet zij in vele gevallen afbreuk aan de rechtszekerheid, derhalve aan het rechtsvertrouwen, in hoofde van de adressaten, en draagt zij er tevens ontegensprekelijk toe bij aan de wetgeving haar normatief karakter te ontnemen.

Afgezien daarvan, wordt het normatief karakter van de wet zo mogelijk nog sterker ondergraven, indien deze wet zelf hiaten, kwaliteitsgebreken, tegenstrijdigheden e.d.m. vertoont. Het wordt eenieder duidelijk dat de wetgever zich omzeggens dagelijks „vergist”.

---

(1) BURCKHARDT, W., *Die Aufgabe des Juristen und die Gesetze der Gesellschaft*, Zürich, 1937, p. 39.

Een greep uit de vele voorbeelden: door de wet van 14 juli 1976 werd het Belgisch huwelijksvermogensrecht ten gronde gewijzigd, nadat doctrine en rechtswetenschap daarop reeds meermaals en voortdurend hadden aangedrongen(2). Genoemde wet voorzag tevens in een aantal transitoire maatregelen, teneinde in een regeling te voorzien, van toepassing op de huwelijken afgesloten voor de totstandkoming van de nieuwe wet. Men ziet geredelijk in dat precies déze maatregelen zeer belastend konden zijn voor de echtgenoten — en dat waren de meesten onder hen - die tot op dat ogenblik een geheel verschillende huwelijksvermogensregeling hadden gekend. Pas nadat de wet goed en wel in werking was getreden, heeft de doctrine moeten vaststellen dat dit hoofdstuk behoorlijk wat leemten, duisterheden en tegenstrijdigheden bevatte. Met het oog op een coherente toepassing en uitwerking van deze overgangsmaatregelen, zag de doctrine zich genoopt niet minder dan drie verschillende, diametraal tegenover elkaar staande theorieën te ontwerpen, de zgn. continuïteitstheorie, de retroactiviteitstheorie en de ontbindingstheorie(3). Het hoeft geen betoog dat deze doctrinaire arbeid in genen dele van aard was de kwestie duidelijker te maken, laat staan op te lossen.

Zelfs het zoeken naar de „zekere en onbetwistbare wil van de wetgever”, zoals die door sommige auteurs werd voorgestaan, kon geen soelaas bieden, vermits uit de commissieverslagen bleek dat de Kamer enerzijds, en de Senaat anderzijds, er kennelijk van elkaar verschillende visies hadden op nagehouden... overigens zonder dat dit punt duidelijk uit de debatten was gebleken(4).

Uit dit alles kon A. Heyvaert terecht besluiten: „Uit wat voorafgaat moge blijken dat geen enkele interpretatie volledig voldoening geeft. De reden daarvan is heel eenvoudig hierin gelegen dat de wetgever

(2) Zie bijvoorbeeld: DELVA, W., „Opties voor een moreel verantwoord huwelijksrecht”, in: *Recht in beweging. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ridder R. Victor*, Antwerpen, 1973, p. 309 e.v.; DELVA, W., „Het civielrecht inzonderheid het familierrecht gisteren, vandaag en morgen”, *R.W.*, 1973-1974, 561-590.

(3) Zie in het algemeen: WEYTS, L., „Enkele praktische aanwijzingen en bedenkingen m.b.t. de overgangsbepalingen van het nieuw huwelijksvermogensrecht”, *R.W.*, 1976-1977, 941 e.v.; HEYVAERT, A., „Het overgangsrecht, de rommelzolder van de wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels”, *R.W.*, 1976-1977, 961 e.v.; en voorts: DILLEMANS, R., *Huwelijksvermogensrecht*, Leuven, Gent, 1977 (continuïteitstheorie); BAERT, F., „Nog over de terugwerkende kracht van de overgangsbepalingen van de wet van 14 juli 1976”, *R.W.*, 1976-1977, 2241 e.v. (retroactiviteitstheorie); HEYVAERT, A., „Het overgangsrecht. De situatie na 28 september 1977”, in: DELVA, W., et al., *Het nieuwe huwelijksvermogensrecht. Postuniversitaire lessenreeks*, Gent, 1978, p. 460 (ontbindingstheorie).

(4) HEYVAERT, A., o.c., p. 472.

voor een verkeerde oplossing heeft gekozen (...) Doch eenmaal deze verkeerde weg ingeslagen, had de wetgever duidelijk moeten zijn. Het is niet verantwoord dat een wettekst op zo een belangrijk punt, de mogelijkheid tot dergelijke uiteenlopende interpretaties openlaat. Indien niet dringend wetgevend wordt opgetreden, gaat men een jarenlange onzekerheid tegemoet”(5).

Met uitzondering van een aantal parlementaire initiatieven, zowel in de Kamer als in de Senaat(6), die allen uiteindelijk gestrand zijn op een kennelijk gebrek aan overeenstemming tussen beide kamers, heeft de wetgever sindsdien niets meer van zich laten horen.

Dit voorbeeld moge aantonen dat de wetgever niet steeds op een uitgesproken kiese en behoorlijke wijze, met zijn normatieve bevoegdheden omspringt.

Het voorbeeld toont tevens aan dat veel fouten zouden kunnen worden verholpen, indien de doctrine tijdig bij de redactie van de wetsvoorstellen en -ontwerpen zou worden betrokken.

Naar ons gevoel kan men er evenwel voor vrezen dat de rechtsgeleerden zelf daarvoor niet altijd even sterk gemotiveerd zijn. De opvatting dat de doctrine zich voornamelijk dient toe te leggen op de exegeze van de eenmaal totstandgekomen teksten, lijkt wijd verbreid. Uitgaand van de overweging „Vorabkontrolle müsste vorgezogene Nachkontrolle sein”, werd door meerdere auteurs, waaronder Werner Hugger, een begin van methodologie uitgewerkt(7), welke met vrucht door de rechtswetenschap kan worden verfijnd en toegepast, met het oog op de voorafgaande controle van wetgeving. Deze controle dient zowel op het inhoudelijk, als op het formeel vlak te worden doorgevoerd, en dient tevens vraagstellingen te omvatten omtrent de opportuniteit van de nieuwe wet, de graad van overeenstemming met vroegere wetten e.d.m. We komen daar verder nog uitgebreider op terug.

De ons inziens voornaamste reden voor een voorafgaande controle van de wetgeving, ligt in de handhaving van het normatief gehalte van de wet. Zonder afbreuk te willen doen aan de onmiskenbare

(5) HEYVAERT, A., *o.c.*, p. 462.

(6) Zie o.m. het wetsvoorstel COOREMAN, E., et al., *Parl. Besch. Senaat*, B.Z. 1977, nr. 33-1, en verslag: *Parl. Besch. Senaat*, B.Z. 1977, nr. 33-2, zitting van 23 juni 1977.

(7) HUGGER, W., „Methodische Möglichkeiten zur Vorabkontrolle von Gesetzentwürfen”, in: *Sozialintegrierte Gesetzgebung. Wege zum guten und verständlichen Gesetz*, Wien, 1979, p. 287-320.

waarde en de noodzaak van latere kritiek, wil het ons toch voorkomen dat precies dit soort kritiek van aard is het vertrouwen in de regelgevende autoriteit, en dus in het normatief karakter van de wet zelf, te verminderen. Men kan bezwaarlijk de eventuele tekortkomingen in de wetgeving ten laste leggen van de doctrine. Anderzijds lijkt het ons evenzeer duidelijk dat doctrinaire kritiek na het totstandkomen van de wet, in vele gevallen van aard is de coherente toepassing van de norm verder te bemoeilijken.

Bovendien is dergelijke kritiek in vele gevallen eigenlijk vruchteloos, vermits de wetgever eerder zelden, ten gevolge daarvan, de norm opnieuw aanpast.

Vanuit deze optiek bevestigen wij geheel de eerste stelling van J.M. Polak omtrent de „begeleiding” van de wetgever door de doctrine, doch zouden we een zeker voorbehoud formuleren t.a.v. zijn tweede stelling m.b.t. de negatieve, destructieve kritiek, zoals hij het zelf heet. Dit houdt uiteraard niet in dat een „slechte” wet niet als zodanig zou mogen worden aangemerkt, doch wel dat deze kritiek ons inziens beter geleverd wordt alvorens het ontwerp of voorstel wet is geworden.

### *Stelling 2*

*De stijgende complexiteit van de wetgeving, brengt grotere specialisatie met zich, doch maakt terzelfdertijd een meer globaliserende aanpak van de wetgevende arbeid noodzakelijk. Ook de doctrine kan aan deze noodzaak niet voorbijgaan.*

Julius Stone heeft op een merkwaardige, doch in feite slechts ogenschijnlijke tegenspraak in de huidige rechtsontwikkeling gewezen: „Denn wir stehen hier vor dem seltsamen Widerspruch, dass zur selben Zeit, in der immer engere Spezialisierung nötig wird, die Fähigkeit verlangt wird, die innere Abhängigkeit und Wechselwirkung aller der vielen Vorschriften und viele Gebiete betreffenden Vorschriften zu erkennen, die auf jegliche wichtigere Betätigung des einzelnen oder der Verbände wirken”(8).

De wetgeving wordt dermate complex, dat de rechtswetenschap

(8) STONE, J., *Recht und Gesellschaftsformen, Lehrbuch der Rechtssoziologie*, Band I, Freiburg 1976, p. 79-80.

steeds meer behoefte heeft aan specialisten, die zich buiten de grenzen van hun eigen juridische discipline, nog nauwelijks thuisvoelen. Gezien de maatschappelijke ontwikkeling in de richting van een voortschrijdende complexiteit, kan deze evolutie in de rechtswetenschap als welhaast onomkeerbaar worden aangemerkt.

Zo zien we bijvoorbeeld, op het vlak van het bestuur, wetgevingsdiensten ontstaan in elk van de ministeriële departementen. Deze diensten opereren relatief onafhankelijk, zelfs onwetend van elkaar. Binnen hun eigen departement zijn ze geïntegreerd, doch van enige horizontale — interdepartementale — integratie is nauwelijks sprake. De tijd is lang voorbij dat de Dienst Wetgeving, ressorterend onder het Ministerie van Justitie, een centrale legistische rol speelde. Vermits de wetgeving, omwille van functionele imperatieven, wordt opgedeeld in diverse, zich vrijwel onafhankelijk ontwikkelende sectoren, stelt men steeds meer vast dat er — tegen de drang naar specialisatie in — grote behoefte ontstaat aan „globale” juristen, met inzicht in het gehele systeem; juristen die in staat zijn de voorschriften te coördineren, op elkaar af te stemmen, en desgevallend ook aan te passen indien zij onderling met elkaar in strijd komen. Dit is niet enkel waar op het inhoudelijk vlak, doch tevens op het vlak van de formele legistiek. Dezelfde juridische begrippen worden vaak in verschillende konteksten en in verschillende betekenissen gebruikt, naargelang zij in deze of gene sector van de wetgeving worden gehanteerd.

Ook andere problemen doen zich steeds veelvuldiger voor<sup>(9)</sup>. Zo is er het bedenkelijk verschijnsel der „leges fugitivae”: wijziging van meerdere voorschriften onder een niet altijd doelmatige, gezamenlijke titel. Bedenkelijker wordt het nog, wanneer wijzigingen voorkomen in een legistische samenhang die men volstrekt niet kon verwachten. Het wordt later uiterst moeilijk om deze wijzigingen terug te vinden.

Zo is er ook het probleem van de zgn. „materiële derogatie”. Soms wijzigt de normgevende autoriteit, langs materiële opheffing of wijziging, vroegere normen, zonder zich daarvan altijd bewust te zijn. Dit leidt uiteraard tot interpretatieproblemen, zeker wanneer daarbij nog eens de problematiek van de verhouding tussen lex

---

(9) ADAMOVICH, L., *Typische Mängel der Gesetze und ihre Ursachen*, in *Sozialintegrierte Gesetzgebung. Wege zum guten und verständlichen Gesetz*, Wien, 1979, p. 8 e.v.

generalis en lex specialis aan de orde komt. Ook de hiërarchie der rechtsbronnen komt hier ter sprake, zeker met de huidige praktijk van bevoegdheidsdelegatie.

Al deze problemen hebben goeddeels te maken met wat Eberhard Baden kernachtig omschreef als de „mangelnden Identität des Gesetzgebers mit dem Gesetzemacher”(10). Ongeveer in dezelfde lijn spreekt J.M. Polak van 14 wetsfamilies, terwijl M. Storme, op goede gronden, in België zelfs 75 wetsfamilies onderkent(11). Men ziet geredelijk in dat er heel wat nodig is om al deze „families” min of meer op hetzelfde wetgevingspad te houden.

Een centrale dienst voor de wetgeving, met een op zijn minst coördinerende en integrerende bevoegdheid en opdracht, behoort wellicht tot de oplossingen.

Bij wet van 23 december 1946 tot instelling van de Raad van State, werd — als samenstellend deel van deze Raad — een Coördinatiebureau in het leven geroepen, dat ondermeer tot taak heeft de wetten, de organieke koninklijke besluiten en de verschillende algemene verordenende teksten te coördineren (art. 77 W.R.v.S.). Krachtens de wet van 13 juni 1961, die aan de Koning een algemene bevoegdheid heeft verleend tot coördinatie en codificatie van wetgevende teksten, kunnen de Ministers, langs de Eerste Voorzitter van de Raad van State om, het Coördinatiebureau met dergelijke ontwerpen belasten(12). Er is derhalve niet enkel een positiefrechtelijke grondslag voor, doch tevens een formele opdracht van de wetgever aan de uitvoerende macht tot coördinatie en codificatie van de wetgevende teksten.

Probleem hierbij is evenwel dat tot op heden de administratie niet helemaal ten volle van deze mogelijkheid gebruik heeft gemaakt. Bovendien blijft de kwestie van interdepartementale of horizontale integratie nauwelijks aangeroerd, vermits de opdracht tot coördinatie uitgaat van individuele kabinetten. Het instellen van een centrale dienst voor de wetgeving, ressorterend hetzij onder één der Kamers, hetzij onder de uitvoerende macht, blijft derhalve aangewezen.

(10) BADEN, E., *Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozess. Studien zur juristischen Hermeneutik und zur Gesetzgebungslehre*, Baden-Baden, 1977, p. 58 e.v.

(11) STORME, M., *Rechtspraak in opspraak. Liber discipulis et amicis*, Antwerpen, 1980, p. 30, met verwijzing naar J.M. Polak, p. 145.

(12) Zie MAST, A., *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, 1975, p. 179; MAST, A., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Gent, 1977, p. 486-487.

Wat de doctrine betreft, wil het ons voorkomen dat deze, voornamelijk om twee redenen, kan bijdragen in de richting van coördinatie en integratie van wetgevende teksten.

Vooreerst is er de vaststelling dat een dergelijke „Rechtsbereining” nauwelijks of geen onmiddellijk politiek belang sorteert. De onderscheiden Ministers en kabinetten zijn derhalve eerder moeilijk voor dergelijke initiatieven gewonnen. Dit is nog duidelijker het geval, wanneer interdepartementale coördinatie en integratie van wetteksten en uitvoeringsbesluiten wordt overwogen. In heel wat gevallen wordt dit laatste, ten onrechte, aangevoeld als een bedreiging van wat we zouden kunnen noemen de „departementale soevereiniteit”.

Het zou derhalve bijzonder zinvol en stimulerend zijn, indien de rechtswetenschap zelf, in eigen beheer, ontwerpen strekkend tot coördinatie en integratie — ook op horizontaal vlak — ter tafel zou leggen.

Voorts zou de rechtswetenschap tot een gunstige ontwikkeling kunnen bijdragen, indien zij minstens zélf bereid zou zijn tot „omscholing”. Er is niet enkel voelbare nood aan juristen die zich, op het vlak van de wetenschap, met de legistiek inhouden. Tevens zou de rechtswetenschap haar opdeling in gespecialiseerde rechtstakken, ter geleger tijd moeten kunnen overstijgen, of zou zij zich minstens niet tot deze gespecialiseerde arbeid mogen beperken.

### *Stelling 3*

*De vraag naar de opportuniteit van een in te voeren rechtsregel is minstens even belangrijk als de vraag naar zijn kwaliteit. Het is zaak van de doctrine opportuniteitscriteria te ontwerpen.*

Zeer terecht schrijft J.M. Polak: „Wil men de organisatie kunnen beoordelen, dan moet men niet alleen weten hoe de machine loopt, maar tevens onder welke impulsen zij in werking treedt”(13)De doctrine schijnt een overwegend belang te hechten aan het resultaat van het wetgevingsproces. Eerder zelden besteedt zij voldoende aandacht aan de bepalende elementen van het proces zélf. Een

---

(13) POLAK, J.M. „Dient verandering te worden gebracht in de wijze van totstandkoming van wetgeving?”, *Handelingen van de Nederlandse Juristenvereniging*, Groningen, 1979, p. 11-12.

daarvan is de opportuniteitsbeslissing bij het totstandkomen van wetgeving, afgezien van de feitelijke inhoud van de in te voeren regel. De impulsen tot het scheppen van nieuwe wetgeving, c.q. het wijzigen van oude wetgeving, zijn velerlei. In gelijke tred met onze maatschappelijke ontwikkeling, neemt het aantal dezer impulsen zienderogen toe. Een overzicht van de aanleidingen tot wetgevend werk, werd o.m. geleverd door J.M. Polak(14) en M. Storme(15).

Het is eigenlijk slechts vooral sinds de tweede wereldoorlog dat de wetgever zich geplaatst ziet voor een aantal reële *aanspraken* van rechtsonderhorigen. De wetgever, geconfronteerd met deze ontzaglijke verscheidenheid aan appèls, tevens geconfronteerd met de steeds groter wordende complexiteit van maatschappelijke én persoonsgebonden relaties, kan schijnbaar geen andere weg op dan deze van een „verwoede” wetgeving.

Nochtans is het zonder meer duidelijk dat de wetgever, al dan niet uitgaand van een voor ogen gehouden beleid, zekere prioriteitscriteria aanlegt, bij de keuze van het te regelen probleemveld. Niet alle aanspraken leiden tot wetgevend werk. Dat daarbij niet alle impulsen even sterk naar waarde worden geschat, moge blijken uit het antwoord van de Minister van Justitie aan Senator M. Storme, i.v.m. de toepassing van art. 1121 Gerechtelijk wetboek, dat na dubbele cassatie de verwittiging van de Minister van Justitie, en het verslag van deze laatste aan de Kamers voorschrijft. Het gaat hier om een van de weinige in het Belgisch recht opgenomen terugkoppelingsmechanismen tussen rechtspraak en wetgeving. Het verslag aan de Kamers, zo deelde de Minister mee, was sinds 1969 „per vergissing” niet gebeurd, al moet daaraan wel worden toegevoegd dat het geval zich slechts eenmaal had voorgedaan(16).

Niet enkel schijnen zekere impulsen nauwelijks of niet tot de wetgever door te dringen, tevens wordt een probleemveld niet altijd juridisch-systematisch afgebakend. Als voorbeeld moge hier de recente huurwet van 29 december 1983 worden aangehaald.

Sinds de wet van 10 april 1975 betreffende de huurprijzen van woningen, de „herstelwet” van 30 maart 1976 en de „zachte herstelwet” van 24 december 1976, werd de hele huurproblematiek, voorna-

(14) STORME, M., *Rechtspraak in opspraak. Liber discipulis et amicis*, Antwerpen, 1980, p. 30-31; POLAK, J.M., *o.c.*, p. 13 e.v.

(15) POLAK, J.M., *o.c.*, p. 13 e.v.

(16) *Vragen en antwoorden Senaat*, 1979-1980, 24-26, 977.



melijk wat de woonzekerheid en de huurprijzen betreft, geregeld door een reeks van 6 tijdelijke huurwetten, waarvan de laatste afliep per 31 december 1983. De door deze tijdelijke huurwetten in het leven geroepen rechtsproblematiek bleek bijzonder complex(17). Daarenboven werd de legistische accuratesse van deze wetten door de doctrine, daarin vaak gevolgd door de rechtspraak, meermaals terecht in vraag gesteld(18).

Een globale herziening van de huurwetgeving drong zich derhalve op. Met het oog hierop diende de regering reeds op 30 mei 1978 haar wetsontwerp betreffende de huurovereenkomsten bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers in. Het ontwerp was zeer omvattend, en beoogde niet enkel de woonhuur, doch tevens de onroerende huur in het algemeen, de leasing, de roerende huur, de rechtspleging inzake onroerende huur, en zekere aspecten van de handelshuur en de landpacht, in één enkele wet te regelen(19).

Op heden, bijna zes jaar later, dient men vast te stellen dat er van deze ambitieuze onderneming, weinig is terechtgekomen. De uiteindelijk totstandgekomen huurwet regelt enkel de woonhuur, en zelfs op dat vlak zijn vele noodzakelijke bepalingen blijkbaar in de vergetelheid geraakt. De impuls tot het scheppen van nieuwe wetgeving werd derhalve, zij het laattijdig, door de wetgever beantwoord. De afgrenzing van het probleem, een der hoofdmomenten in de opportuniteitsbeslissing, is o.i. evenwel fout gebeurd. Het probleemveld werd, om welke redenen dan ook, zeer aanzienlijk vernauwd. De diverse probleemvelden die in het eerste regeringsontwerp zeer terecht voor wetgevende tussenkomst vatbaar werden geacht, en die bovendien in één wettelijke akte gemakkelijk, en in overeenstemming met de juridische logica, konden worden samengebracht, zijn aan de wetgeving „ontsnapt”, en wellicht zullen zij nog jaren op een regeling dienen te wachten.

De verenging van juridische probleemvelden schijnt helaas meer en meer voor te komen. De voorbeelden zijn legio. Zo kan men zich bijvoorbeeld nog steeds de vraag stellen waarom de wetgever eens-

---

(17) HUBEAU, B., et al., „Overzicht van rechtspraak tijdelijke huurwetgeving”, *T.R.D. Dossier*, 1983-3; VAN OEVELEN, A., „Krachtlijnen van de recente tijdelijke huurwetgeving”, in HERBOTS, J.H., (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Actuele problemen*, Antwerpen, 1980, p. 161-182.

(18) Zie bijvoorbeeld STORME, M., *o.c.*, p. 38 en 146.

(19) Cfr. het uitgebreid verslag van STORME, M. en JANSSENS, M.C., „Huurwetkuren”, in HERBOTS, J.H. (ed.), *o.c.*, p. 145-160.

klaps bij wet van 10 maart 1980 het art. 3bis betreffende tewerkgestelde apothekers in de Arbeidsovereenkomstenwet heeft ingevoegd, terwijl de daarbij zeer nauw aansluitende en delicate problematiek van de arbeidsovereenkomsten van medici en para-medici als dusdanig werd ontweken.

Naar ons gevoel is het o.m. dit beslissingsmoment in de opportuniteitsbeoordeling, dat door de rechtswetenschap meer expliciet naar voor dient gebracht. De validiteit van de wetgeving berust in belangrijke mate op de eigenschap dat de selectie en de afgrenzing van de aan de wet ten grondslag liggende probleemstelling, volgens juiste en niet-arbitraire criteria is gebeurd.

In essentie gaat het hier eigenlijk om een puur „economisch” principe: de wetgever dient met zo weinig mogelijk middelen, een zo goed mogelijk resultaat te bereiken. Versnippering van probleemvelden, en derhalve van het wetgevend werk, is niet enkel energieverlies in hoofde van de wetgever, doch tevens in hoofde van de rechtszoekende, vermits de opsporing van de normen aanzienlijk wordt bemoeilijkt.

Opportuniteitscriteria worden derhalve gevonden in de afweging van wets- en bestuurseconomie. Zaruba omschrijft de wetseconomie als „die Frage nach der Notwendigkeit von Gesetzen, das heisst nach der Rechtsbedürfnissen der Gesetzadressaten”(20). Daartegenover staat de bestuurseconomie, die bij uitstek middelengebonden is, en waarvan als belangrijkste criterium wordt aangegeven: „Die Verwaltungsökonomie soll dazu beitragen ein gewünschtes Ergebnis unter Minimisierung der eingesetzten Ressourcen zu erreichen oder bei gleich bleibenden Ressourcen eine Optimierung der Ergebnisse anzustreben”(21).

De doctrine kan er in zeer grote mate toe bijdragen, op het vlak van de onderscheiden rechtstakken, deze beide „economieën” met elkaar in vergelijk te brengen, met als grondcriterium de rechtsnood van de adressaten. In dezelfde zin schrijft Peter Noll: „Die Notwendigkeit eines neuen Erlasses beurteilt sich nach den elementaren Rechtsbe-

---

(20) ZARUBA, E., „Gesetzgebungslehre und Verwaltungslehre”, in *Sozialintegrierte Gesetzgebung. Wege zum guten und verständlichen Gesetz*, Wien, 1979, p. 14.

(21) ZARUBA, E., *ibidem*.

dürfnissen der Gesetzesadressaten, wie und soweit sie den Grundprinzipien der rechtsstaatlichen Demokratie entsprechen”(22).

Twee problemen verdienen in dit verband nog de aandacht. Vooreerst stelt men de steeds grotere inbreng vast van andere dan de juridische wetenschappen, m.n. van de sociologie en de economie, bij de selectie van de probleemvelden. Op het eerste gezicht stelt men zich dan ook de vraag of deze evolutie de rechtswetenschap niet min of meer buiten spel zet, o.m. bij het formuleren van zgn. opportu-  
niteitscriteria.

Afgezien van het feit dat deze evolutie onomkeerbaar lijkt, nu de wetgever hoe dan ook begint op te treden als „sociale ingenieur”, dient er ten deze toch op gewezen dat o.i. de opportu-  
niteitscriteria uitsluitend binnen de juridische discipline kunnen worden gevonden. We gaan er met name van uit dat de probleemvelden een systematische *juridische* afbakening behoeven. Het is duidelijk dat de oppor-  
tuniteitscriteria in grote mate bepaald worden door de rechtstak waarin zij worden toegepast. Men kan er bijvoorbeeld niet onderuit dat het fiscaal recht andere behoeften dient dan het burgerlijk recht. De hele kwestie heeft uiteraard sociologische en economische rele-  
vantie, doch dit kan worden gezegd van het hele juridische bedrijf dat, gezien zijn normatief karakter, een bedrijf *sui generis* blijft. We menen dat Schweizer de kern van de zaak raakt waar hij stelt: „Die Hauptgrunde für die Ueberprüfung der Notwendigkeit sind nun rechtlicher Natur. Das neu gesetzte Recht muss der Aufnahme-  
fähigkeit und der Belastbarkeit der betroffenen Bürger und der mit der Rechtsverwirklichung betrauten Rechtsstäbe Rechnung tragen”(23). Het tweede probleem is te weten of de hier opgeworpen vragen nog wel uitstaans hebben met de kwestie die ons hier dient bezig te houden: de invloed van de doctrine op de wetgeving. Het hier ingenomen standpunt is inderdaad zo formeel, dat men zich kan afvragen of de doctrine, middels het ontwerpen van juridische oppor-  
tuniteitscriteria, wel enige invloed zal verwerven, c.q. behouden op het inhoudelijk aspect der wetgeving. Het antwoord lijkt ons zonder twijfel bevestigend. De mate immers waarin men de grenzen van een — *in casu* juridisch — systeem volgens overeenstemmende criteria

(22) NOLL, P., „Prinzipien der Gesetzgebungstechnik”, in NOLL, P. und STRATENWERTH, G., (Hrsg), *Rechtsfindung. Beiträge zur juristischen Methodenlehre*, Bern, 1969, p. 165.

(23) SCHWEIZER, R.J., „Die prüfung der Notwendigkeit neuer Erlasse”, in KLUG, U., et al. (Hrsg), *Gesetzgebungstheorie, juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht*, Berlin, 1978, p. 69.

vastlegt, is grotendeels bepalend voor het aantal, doch tevens voor de aard der oplossingen, welke door het systeem kunnen worden voortgebracht. Indien bijvoorbeeld een bepaalde probleemstelling in publiekrechtelijke termen wordt omschreven, is enkel een wetgevend inbreng van publiekrechtelijke aard nog mogelijk. Het is precies dit mechanisme dat, binnen onze moderne wetgeving, de grote verschuiving met zich heeft gebracht in de richting van het publiekrecht; verschuiving waarvan J. Mertens de Wilmars de vraag heeft gesteld of men niet eerder van een „eenrichtingsverkeer van privaataar naar publiekrecht” diende te gewagen(24). Zonder uitspraak te doen over de merites van deze verschuiving zelf, zal niemand ontkennen dat zij het inhoudelijk aspect der wetgeving grondig heeft gewijzigd en beïnvloed.

De te regelen problemen kunnen dan vaak wel in sociologische of economische termen worden omschreven, doch de juridische kwalificatie ervan is niet zonder belang om de aard van het noodzakelijk bevonden wetgevend ingrijpen te bepalen. Het wil ons voorkomen dat het vastleggen van opportuniteitscriteria, en het „kwalificeren” van de aangebrachte problemen en voorgestelde oplossingen, een zaak van de doctrine is en blijft.

#### *Stelling 4*

*De marginale waarde van een toegevoegde rechtsregel, weegt niet noodzakelijk op tegen de marginale kost om de regel behoorlijk in het rechtssysteem te integreren. Het is zaak van de doctrine inflatoire wetgeving te bestrijden.*

Een der meest spectaculaire en in het oog springende kenmerken van de naoorlogse wetgeving, is niet enkel haar verscheidenheid, doch vooral haar omvang. In de ogen van sommigen staan we zelfs voor een „hypertrofie van wetten”(25). Niet helemaal ten onrechte heeft men dit verschijnsel als „wetgevingsinflatie” bestempeld(26), en

(24) MERTENS DE WILMARS, J., „Van privaataar naar publiekrecht: eenrichtingsverkeer?” in *Publiekrecht vandaag*, Gent, 1981, p. 7-13.

(25) NOLL, P., *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg, 1973, p. 113.

(26) Cfr. „L'inflation législative et l'indigestion du corps social”, *Rec. Dall. Sir.*, 1977, Chron. V, cit. STORME, M., o.c., p. 146; HUBER, K., „Gesetzesinflation”, *S.J.Z.*, 1977, p. 1 e.v.; VAN GERVEN, W., *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, Zwolle, 1973, p. 163.

heeft men dienvolgens de vraag gesteld: is er geen „overmaat aan rechtsstaat”?(27).

Tot op zekere hoogte is het duidelijk dat vanwege de toenemende technische complexiteit van de te regelen materies, de uitgevaardigde normen zélf een voorheen ongekeende complexiteit bereiken(28).

Niettemin mag men aannemen dat ook en vooral de wetgevingspolitiek „an sich” zich heeft gewijzigd. Sommige maatschappelijke omstandigheden, welke op heden worden gereguleerd, zijn niet noodzakelijk complexer dan deze van voor honderd jaar. Er is onmiskenbaar een behoefte aan reglementering en normering ontstaan, een zgn. „Verrechtlichung” van de samenleving, welke niet volledig op rationele gronden te verklaren is(29). J. Hagen stelt het duidelijk: „Grundsätzlich ist kein Bereich, weder der intimste noch der technischste vor der Normierung aufs Gesetz sicher”(30).

Voor dit fenomeen geplaatst, kan men zich moeilijk onttrekken aan de negatieve aspecten van deze ontwikkeling, en dient men Ludwig Adamovich bij te treden, waar deze schrijft: „Im Hinblick auf das heute so lautstark beklagte Phänomen der „Gesetzesflut” ist die Tendenz unverkennbar, in diesem Phänomen an sich schon einen Mangel unseren heutigen Gesetzgebung zu sehen”(31).

Anderzijds dient men voor ogen te houden dat navolging van de meeste, weliswaar goedgemeende voorstellen tot vermindering van het normenbestand, wellicht minder en kortere wetten tot gevolg zou hebben, maar dat er anderzijds wellicht een stijging zou zijn waar te nemen van niet bekendgemaakte, interne bestuursverordeningen, waarmede de burger al evenmin, zoniet nog minder is gediend(32).

Vanuit dezelfde gedachtengang dient tevens opgemerkt dat de rechts-adressaat niet gediend is met een onoverzichtelijke casuïstische wetgeving, maar evenmin met algemene machtigingsnormen aan de

(27) STARCK, C., „Uebermass an Rechtsstaat?”, *Z.R.P.*, 1979, 9, p. 209 e.v.

(28) BADEN, E., „Kasustik und Kommunikation”, in *Sozialintegrierte Gesetzgebung. Wege zum guten und verständlichen Gesetz*, Wien, 1979, p. 96.

(29) In de Duitse literatuur heeft men het in dit verband over een „perfektionslüsternen Gesetzgeber”, over „Hang zum Perfektionismus”, en een „Sucht zu differenzieren”, cfr.: VERSCHRAEGEN, B., „Der gesellschaftliche Stellenwert der Gesetzessprache”, in *Sozialintegrierte Gesetzgebung. Wege zum guten und verständlichen Gesetz*, Wien, 1979, p. 150; SENDLER, H., „Normenflut und Richter”, *Z.P.P.*, 1979, p. 227 e.v.

(30) HAGEN, J.J., *Soziologie und Jurisprudenz. Zur Dialektik von Gesellschaft und Recht*, München, 1973, p. 95.

(31) ADAMOVICH, L., *o.c.*, p. 5.

(32) ADAMOVICH, L., *o.c.*, p. 5-6.

administratie, die hun weerslag vinden in nog casuïstischer en vaak niet gepubliceerde besluiten, noch met een niet te overziene, en voor niet-juristen niet te interpreteren rechtspraak(33).

Men ziet zich ten deze derhalve geplaagd voor een dichotome probleemstelling. Ofwel grijpt de wetgever in op even zovele maatschappelijke terreinen als hij heden ten dage doet, en dan kan het normenbestand slechts worden ingedijkt door de wetgeving zelf minder casuïstisch, en dus algemener te maken, wat uiteindelijk inhoudt: het veralgemeend gebruik van vagere rechtsnormen, ook wel blanco-normen geheten.

Een tweede mogelijkheid tot indijking van het normenbestand ligt daarin dat de wetgever zich uit een aantal maatschappelijke verhoudingen zou „terugtrekken”, dat hij m.a.w. een aantal verschijnselen niet langer zou reglementeren. Op de keper beschouwd is deze oplossing, althans in theorie, de enige die de voortschrijdende „Verrechtliching” van de samenleving kan tegengaan.

De eerste oplossing — vagere rechtsnormen — zou ongetwijfeld tot gevolg hebben dat de bestuurspraktijk, bezorgd om een doelmatig en rechtmatig bestuur, het ontstaan zal geven aan een opeenstapeling van reglementaire en organieke uitvoeringsbesluiten, met een onmiskenbaar normatief karakter. Daarnaast zou de administratie zich genoodzaakt zien, op het vlak van de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheden, meer nog dan voorheen, bepaalde gedragslijnen en beleidsnormen uit te stippelen, op heden aangeduid met de rechtsfiguur der „pseudo-wetgeving”(34).

Anderzijds is het evenzeer duidelijk dat de rechterlijke macht in niet onaanzienlijke mate tot de rechtsvorming zou bijdragen, aangezien de wetgever haar daartoe een grotere beleidsruimte zou overlaten. Onder omstandigheden komt de blanco-norm neer op een door de wetgever aan de rechter gegeven delegatie(35).

Te oordelen naar de overvloedige rechtsliteratuur, die sinds Josef Essers baanbrekend werk *Grundsatz und Norm in der rechtlichen Fortbildung des Privatrechts* (1956), ook in Nederland en België daaromtrent is totstandgekomen, mag men aannemen dat een derge-

(33) ZARUBA, E., o.c., p. 15-16.

(34) Cfr.: VAN DER HOEVEN, J. en DEBAEDTS, F., „Preadvies over pseudowetgeving”, *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland*, Zwolle, 1966.

(35) BAERT, K., „De rechter en de overheid”, in *Publiekrecht vandaag*, Gent, 1981, p. 46.

lijke ontwikkeling door heel wat juristen met genoegen zou worden tegemoet gezien(36).

In de sector van het privaatrecht, en tot op zekere hoogte zelfs in een aantal sectoren van het publiekrecht(37), kan men zich een grotere beleidsvrijheid van de rechter zeer wel indenken. In de sector van het strafrecht, waar men hoe dan ook veel scherper met het legaliteitsbeginsel geconfronteerd wordt, ligt de kwestie reeds beduidend moeilijker. Dit is tevens het geval in de sector van het fiscaal recht, en in de steeds breder wordende sector van het recht, welke vanuit een functioneel standpunt kan worden aangeduid als deze der „verdeling van sociale voordelen en lasten”(38).

De tweede oplossing — de eigenlijke de-normering van behoorlijk wat maatschappelijke verschijnselen — zal, meer nog dan de eerste oplossing, tot gevolg hebben dat de rechtsvorming aan de rechterlijke macht wordt toevertrouwd. Het is duidelijk dat de inactiviteit van de wetgever, een stimulerend effect heeft op de regulerende activiteit van de rechtbanken(39). Deze zullen dan, o.m. bij wijze van analogie, en met toepassing van diverse rechtsvindingsmethodes, voor elke concrete casus waaromtrent geen rechtstreeks toepasselijke normen voorhanden zijn, normen toepasselijk op andere of gelijkaardige casussen dienen toe te passen. Alsdan kan niet ten onrechte aan de rechter een normatieve functie, een echt beleid worden toegeschreven(40).

Dat een en ander niet noodzakelijk nefaste gevolgen dient te hebben, kan worden geïllustreerd a.d.h.v. bijvoorbeeld de evolutie die het leerstuk van de aquilische aansprakelijkheid in België heeft ondergaan. Steunend op de nochtans vrij summiere bepalingen van de artikelen 1382-1386 B.W., hebben de doctrine en rechtspraak een leerstuk uitgewerkt, met verregaande invloed op alle domeinen van

(36) Zie o.m.: STORME, M., et al., *Taak en opleiding van de magistraat*, Gent, 1973; VAN GERVEN, W., *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, Zwolle, 1973; LEYTEN, J.C.M., *De rechter op de schopstoel*, Deventer, 1970.

(37) Zie o.m. SUTENS, L.P., „Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de rechtspraak van de Raad van State”, in *Publiekrecht vandaag*, Gent, 1981, p. 81-89, en SUTENS, L.P., „Preventieve rechtsbescherming bij overheidsop treden”, in *Publiekrecht vandaag*, Gent, 1981, p. 59-69.

(38) FARRAR, J., *Introduction to legal method*, London, 1977, p. 148-160.

(39) VAN GERVEN, W., „Plaats en functie van regelgeving, rechtspraak en rechtsleer in het kader van de rechtsvorming”, in VAN GERVEN, W. en LEYTEN, J.C.M., *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle, Antwerpen, 1977, p. 13.

(40) VAN GERVEN, W., *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, Zwolle, 1973.

het maatschappelijk leven, jazelfs tot het overheidsoptreden toe, hoewel het hier, naar oorsprong en essentie, om zuiver privaatrechtelijke bepalingen gaat(41).

Alles wel beschouwd, zou de beschreven de-normering van het maatschappelijk bestel, derhalve niet noodzakelijk een verminderd aantal „normen” tot gevolg hebben. Wel zou er een verschuiving in de aard der normen optreden.

In de eerste oplossing zouden de normen voornamelijk een bestuursrechtelijk, en in vele gevallen „pseudo-legistisch” karakter krijgen. Men mag geredelijk aannemen dat, op heden, zich reeds zekere verschuivingen in die richting voordoen(42).

In de tweede oplossing zouden vele normen hun karakter „*erga omnes*” verliezen, en in de plaats daarvan slechts „*inter partes*” gelden. Vanuit juridisch oogpunt is dit inderdaad een der consequenties van het gedeeltelijk toevertrouwen der normerende functie aan de rechterlijke macht.

Ook wat dit betreft, kan men aannemen dat er zich op heden reeds een zekere evolutie in die zin voltrekt. Zo kan men zich bijvoorbeeld niet onttrekken aan de vaststelling dat de, onder de tweede oplossing beschreven evolutie, meer dan één punt van overeenstemming vertoont met het beleid van de burgerlijke rechtscolleges t.a.v. een voor hen bestreden overheidsoptreden. Steeds duidelijker blijkt dat in vele gevallen waar de Raad van State — *erga omnes* — de onwettigheid zou kunnen vaststellen, en derhalve een vernietigingsbeslissing kan nemen, ook de gewone rechter deze bestuurshandeling — *inter partes* — kan sanctioneren, jazelfs in het kader van de presidentiële rechtsmacht in hoofde van de Voorzitters zetelend in kort geding(43).

Ten deze stelt zich nu voornamelijk de vraag naar de invloed van de doctrine op een eventueel de-normeringsproces.

Het wil ons voorkomen dat ook in dit verband de rechtswetenschap een wezenlijke signaalfunctie kan vervullen. Verder zullen we nog wijzen op de positieve werking daarvan, m.n. het signaleren van de

(41) Zie o.m.: LAMBRECHTS, W., „De overheidsaansprakelijkheid van 1963 tot 1980”, in *Publiekrecht vandaag*, Gent, 1981, pp. 114-126; BAERT, K., *o.c.*, p. 46-48; MERTENS DE WILMARS, J., *o.c.*, p. 12-13 (aangaande de equivalentie tussen „Vertrauensschutz” en art. 1134 BW).

(42) Zie bijvoorbeeld bij VAN SCHENDELEN, M.C.P.M., *Terugtrek van de wetgever*, Groningen, 1976, waar de rechtsfiguur der delegatie kwantitatief wordt onderzocht.

(43) BAERT, K., *o.c.*, p. 45-47.



noodzaak tot nieuwe of wijzigende wetgeving. De negatieve werking bestaat hierin, dat de doctrine de wetgever tijdig kan wijzen op het redundant, eventueel ook al te casuïstisch karakter van voorgenomen wetgeving. Niet in het minst behoort het o.i. tevens tot haar — eerder zelden in het licht gestelde — opdracht, de wetgever voortdurend te waarschuwen voor het op inflatoire wijze uitvaardigen van normen. Afgezien van de vraag of de rechtsregel inhoudelijk en formeel aan de vereiste kwaliteitscriteria voldoet, kan men zich niet onttrekken aan de vaststelling dat een overvloedig en disparaat normenbestand, op langere termijn dysfunctioneel wordt. Of in termen van kostenbaten analyse: de marginale waarde van elke toegevoegde rechtsregel, weegt niet noodzakelijk op tegen de marginale kost om de regel op behoorlijke wijze in het rechtssysteem te integreren, al was het slechts op het vlak van de uitvoerbaarheid.

Voornamelijk in de Duitse literatuur schijnt de idee steeds meer veld te winnen dat de wetgever tijdig moet worden afgeremd, en dat een gedeelte van zijn normerende functie door andere instanties, voornamelijk dan de rechtsprekende, zou kunnen worden overgenomen. Voornamelijk met het oog op de evenwichtige begeleiding van deze verschuiving, kan de rechtswetenschap criteria en beleidslijnen formuleren. De rechtswetenschap dient daarbij voor ogen te houden, dat deze ontwikkeling in géén geval mag leiden tot een herhaling van het zgn. „Phénomène Magnaud”, genoemd naar de welhaast berucht geworden Franse rechter die placht uitspraak te doen vanuit „les hauteurs de son propre esprit”(44). Zaruba formuleert de opdracht kernachtig: „Das bedeutet nicht eine Polarization zwischen totaler Verrechtlichung und extremen Ermessensspielraum (...) sondern eine vernünftige rechtsökonomische Aufgabenteilung und Normierung”(45).

### *Stelling 5*

*De sociografie, m.n. de raadpleging van burgers, voorafgaand aan de wetgeving, en bepaalde vormen van effectenonderzoek na de totstandkoming der wet, is, met het oog op de beoordeling der wetgeving, nauwelijks dienstig voor de doctrine.*

---

(44) VAN GERVEN, W., o.c., p. 93-96 en 143.

(45) ZARUBA, E., o.c., p. 20.

Men kan niet voorbijgaan aan de vaststelling dat de naoorlogse wetgever zich tot een soort „sociaal ingenieur” heeft ontpopt(46). Het oorspronkelijk wetsbegrip heeft een ontzaglijke evolutie doorgemaakt, en heeft op vandaag zijn typisch restrictief, confirmerend en stabiliserend karakter goeddeels verloren, in en door de ontwikkeling van de democratische sociale rechtsstaat. De wet heeft haar verheven karakter als „*ratio scripta*” verloren, en wordt in vele gevallen gereduceerd tot een juridisch instrument van sociaal-georiënteerd overheidsbeleid(47).

Met S.W. Couwenberg kan gesproken worden van een „instrumentalisering van de wetsidee”, wat verregaande gevolgen met zich heeft gebracht(48).

Niklas Luhmann heeft op o.i. goede gronden deze „folgenorientierte” ingesteldheid t.a.v. het recht bestreden, en heeft met name de klemtoon gelegd op de positie van de rechtsdogmatiek om hierin stelling te nemen(49).

Benevens het feit dat zelfs de sociale wetenschappen hun twijfels hebben over de mogelijkheid, door het uitvaardigen van rechtsregels, het maatschappelijk leven volkomen gericht en blijvend te wijzigen(50) — al was het slechts vanwege de ontzaglijke variabiliteit van het menselijk handelen dat de wetgever steeds één stap voorblijft —

---

(46) Zie daaromtrent: VANDEKERCKHOVE, L. en HUYSE, L., „De sociale ingenieur”, *T.S.W.*, 1978, 23, 3, 219-236; De aspiratie om het sociaal leven met juridische middelen onder controle te houden, bracht de Amerikaanse rechtstheoreticus Roscoe POUND begin deze eeuw tot het denkbeeld van de sociale ingenieur, wiens eerste bekommernis het is de sociale materie regelmatig, d.i. door het uitvaardigen en toepassen van bindende regels, te leren beheersen en in functie van een vooraf uitgestippeld beleid te kneden in de gewenste vorm. Deze gedachte werd meer recent in de Europese rechtssociologie hardnekkig verdedigd en verder ontwikkeld door de Poolse auteur Adam PODGORECKI (zie van hem: *Law and social engineering, Human Organization*, XXI, 3, 1962, 177 e.v., en: *Law and society*, London, 1974).

(47) KOOPMANS, T., „De rol van de wetgever”, in *Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse Juristenvereniging 1870-1970*, Zwolle, Deventer, 1970, p. 221-235.

(48) COUWENBERG, S.W., *De omstreden staat. Ontwikkeling en problematiek van de staatstheorie in de 20ste eeuw*, Alphen aan de Rijn, 1974 (vnl. p. 84-86) en COUWENBERG, S.W., *Westers staatsrecht als emancipatieproces. Ontwikkeling van de constitutionele emancipatiefunctie in de democratische rechtsstaat*, Alphen aan de Rijn, 1977 (vnl. pp. 39 e.v.).

(49) LUHMANN, N., *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, Berlin, 1974.

(50) Zie: VANDEKERCKHOVE, L. en HUYSE, L., „Stateways cannot change folkways. Summers en Myrdal over de wetgever als inleider van sociale verandering”, *T.S.W.*, 1977, 22, 2, pp. 103-117; SUMMERS, R.S., „Naive instrumentalism and the law”, in HACKER, P.M.S. and RAZ, J. (eds.), *Law, morality and society*, Oxford, 1977, p. 119-131; FARRAR, J., *Introduction to legal method*, London, 1977, p. 148-160; FREEMAN, M.D.A., *The legal structure*, London, 1974, p. 26-44; en zeer uitgebreid: FRIEDMAN, L.M., *The legal system. A social science perspective*, New York, 1975, p. 45-136.

dringt zich de onvermijdelijke gedachte op dat de cybernetica en de systeemsturing op dit ogenblik van de wetenschappelijke ontwikkeling, in staat blijken adequate oplossingen te leveren voor heel wat sociale problemen, in zoverre zij daartoe de nodige premissen én doelstellingen krijgen geprogrammeerd. Dat geen enkel sociaal ingenieur daarover denkt, komt eenvoudig door het feit dat het normgevingsproces méér componenten behoeft, dan die welke uit louter factische omstandigheden zijn te deduceren.

Dat de wetgeving weliswaar een instrument van maatschappelijke verandering is geworden, is een verklaarbare en niet per definitie ongunstige evolutie, welke tot op zekere hoogte verwacht mag worden onomkeerbaar te zijn(51).

De vraag die ons hier dient bezig te houden is evenwel, te weten of de doctrine een reële boodschap heeft aan de inbreng van de gedrags- en maatschappijwetenschappen in het wetgevingsproces. Onder een zeker voorbehoud, zouden we hierop ontkennend willen antwoorden. J.M. Polak heeft in zijn nota ter gelegenheid van dit symposium reeds een aantal plausibele redenen daarvoor opgegeven.

We zouden daaraan nog de volgende redenen willen toevoegen.

Vooreerst dient men op te merken dat raadpleging van de bevolking, zeker in zoverre dit procédé tot een wezenlijk onderdeel van het wetgevingsproces zou uitgroeien, niet onmiddellijk met de Belgische grondwettelijke orde in overeenstemming kan worden gebracht. In landen met zuiver parlementaire instellingen, wordt de beslissing van de volksvertegenwoordiging *juris et de jure* vermoed die te zijn van het kiezerskorps(52). Het blijkt t.a. dat het enige, ooit in België gehouden referendum (ingesteld bij wet van 11 februari 1950 naar aanleiding van de zgn. koningskwestie) nauwelijks of zelfs niet tot de oplossing van het aan de bevolking voorgelegd probleem heeft bijgedragen. Ook in landen waar de bevolking zich, onder zekere voorwaarden, rechtstreeks over een eigenlijk probleem van wetgeving kan uitspreken, blijkt het systeem verre van optimaal te werken,

---

(51) Zie: MOEDIKDO, P., *Sociologie en recht*, Meppel, 1975, vooral het hoofdstuk „Het functionele of instrumentalistische perspectief”, p. 28-43.

(52) Cfr. MAST, A., *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, 1975, p. 92-94.

ondermeer vanwege het gepolitiseerd „verkiezingskarakter” dat zich t.a.v. dergelijke raadplegingen heeft ontwikkeld(53).

Blijft er tevens nog de mogelijkheid van sociaalwetenschappelijk onderzoek naar de meningen en attitudes van de bevolking. Afgezien van de principiële opmerking, zoëven nog naar voren gebracht, dat de bevolking, in onze rechtsorde, geacht wordt parlementaire vertegenwoordigers, en niét beleidslijnen of bepaalde wetgevingen aan te wijzen, dient men ten deze bovendien rekening te houden met het feit dat de wetgever bij het uitvaardigen van normen niet noodzakelijk, of niet in de eerste plaats, de numerieke steun van de bevolking aan het ontwerp, als voornaamste criterium in overweging behoeft te nemen. Voornamelijk binnen onze democratische rechtsorde, dient bijzondere aandacht besteed aan het respect voor de privacy, de handhaving van de mensenrechten en de democratische rechten en vrijheden, de bescherming van de minderheden, etc. Deze factoren leiden ertoe dat de wetgever ertoe kan genoodzaakt worden, normen in te voeren die niet in overeenstemming zijn met de opvatting van een groot deel van het kiezerskorps. Het kan zeker als een der primordiale taken van een democratische wetgeving worden aangemerkt, naar het woord van M. Storme, het „eiland worden” van de rechtsonderhorigen, zoniet te bevorderen, dan toch minstens te beschermen, wars van elke numerieke meerderheid(54). Voor de doctrine is hier, alweer, een belangrijke taak weggelegd. Zonder daarom persé aan de resultaten van sociaal-wetenschappelijk onderzoek voorbij te gaan, wel integendeel, dient zij de wetgeving allereerst op haar intern-juridische merites te beoordelen, en dient zij desgevallend stelling te nemen tegen bepaalde ontwikkelingen, zo deze niet, of niet meer met de grondslagen van de democratische rechtsstaat in overeenstemming zijn te brengen. Het wil ons ook voorkomen dat dit laatste méér gebeurt, dan de numerieke meerderheid der bevolking zich realiseert.

Omtrent het onderzoek naar de effecten en gevolgen van wetgeving kan, *mutatis mutandis*, hetzelfde worden opgeworpen. Het is niet omdat een meerderheid der burgers niet (meer) een door de wet

---

(53) Zie o.m.: BRANDTNER, W. und MULLER, H., „Der Einfluss des Volkes und die Gesetzgebung des XXI. Vorarlberger Landtages”, in *Sozialintegrierte Gesetzgebung. Wege zum guten und verständlichen Gesetz*, Wien, 1979, p. 239-286, en ook: BUSER, W., „Die Organisation der Rechtssetzung”, in: *Probleme der Rechtssetzung. Referate zum Schweizerischen Juristentag 1974*, Basel, 1974, p. 377-456, vooral p. 442-456.

(54) STORME, M., *o.c.*, p. 69-82.

opgelegd of gewenst gedrag vertoont, of niet meer de onderliggende filosofie aanvaardt, dat de wetgeving noodzakelijkerwijze dient gewijzigd. Anderzijds kan deze overweging geen excuus vormen voor het behoud van een al te „populistische” wetgeving.

Toch dient o.i. in dit verband een zeker voorbehoud geformuleerd. Omwille van de complexiteit of de kwantiteit van de wetgeving, kan een zeker saturatiepunt worden bereikt, kan m.a.w. de „Aufnahmefähigkeit” van de rechtsadressaten (daarin begrepen de rechterlijke macht) worden overschreden. Sociaalwetenschappelijk onderzoek kan dit, met middelen en technieken waarover de doctrine geenszins beschikt, aan het licht brengen.

Tevens dient voorbehoud geformuleerd t.a.v. wetgeving die — voornamelijk op buitenjuridisch en technisch vlak — zeer resultaatgebonden is. In materies als prijzenreglementering, loonspolitiek, financieel beleid, etc. ligt het voor de hand dat effectonderzoek, rapportering, en andere middelen van *feed-back* noodzakelijk zijn. Tot slot zij er opgemerkt dat de rechtswetenschap geenszins kan worden beschouwd als een monolitische, buiten de maatschappij staande bedrijvigheid. Ook de doctrine bevindt zich voortdurend in een spanningsveld van disparate en soms tegengestelde maatschappelijke krachten. Zelfs indien zij de resultaten van sociaalwetenschappelijk onderzoek niet als eerste kenbron aanvaardt, is het anderzijds duidelijk dat zij, *de facto*, de diverse maatschappelijke opvattingen en krachten in haar bedrijvigheid weerspiegelt. Waarmee dan weer gezegd is dat de doctrine, bij haar beoordeling van de wetgeving, en bij haar bedrijvigheid in het totstandkomen ervan, geenszins aan de sociale gebondenheid van haar opdracht kan en zal voorbijgaan.

### *Stelling 6*

*Ook de wetgever is, naar het woord van Sartre, „gedoemd tot vrijheid”, doch deze vrijheid schijnt af te nemen. De doctrine kan ertoe bijdragen de wetgever (opnieuw) een welbegrepen inzicht van vrijheid bij te brengen.*

Terecht stelt K. Rimanque: „...indien men geheel of ten dele de fundamentele objectieven van het maatschappelijk leven gewijzigd wil zien, is het bijzonder ontmoedigend te moeten vaststellen dat, ten

## INVLOED OP WETGEVING

gevolge van de hoge techniciteit en complexiteit van de bewindsvoering, binnen het huidige bestel de speelruimte voor politieke keuze aanzienlijk is beperkt.,(55).

Men dient vast te stellen dat de wetgever, gegeven het historisch en sociaal-economisch kader, stapvoets beleidsopties heeft genomen waarover, ongeacht de opeenvolgende coalities, grotendeels overeenstemming is bereikt, zeker wat de basisopties en premissen aangaat. Op vandaag kan men er niet meer omheen dat de ontwikkeling van de zgn. „verzorgingsstaat” niet enkel een ware sociologische omwenteling met zich heeft gebracht, doch tevens het juridisch bestel diepgaand, en met een voorheen ongekende snelheid heeft gewijzigd en gemoduleerd.

De rechtswetenschap kan niet anders dan vaststellen dat de handhaving, en o.m. de financiering, van een dergelijk omvattend sociaal-economisch systeem, inhoudelijk bijzonder weinig beleidsopties overlaat.

Die beleidsopties komen wél opnieuw ter sprake, indien men het systeem zelf wenst aan te passen of grondig wenst te wijzigen. Dit is vanzelfsprekend een politieke keuze. Nochtans komt het o.i. onder zekere voorwaarden ook aan de doctrine toe, de inhoudelijke grondslagen en premissen dezer ontwikkeling te beoordelen, en desgevallend aanpassing of vernieuwing te suggereren(56). De wetgever heeft anderzijds niet enkel zichzelf ingeperkt door de aaneenschakeling van genomen opties welke toekomstige keuzen beperken of zelfs onmogelijk maken, doch tevens, *de facto*, door het rechtssysteem dat hij dienovereenkomstig in het leven heeft geroepen. De ontelbare wetten, decreten, besluiten en verordeningen zijn langzamerhand een, zoal niet geïntegreerd, dan toch interdependent systeem gaan vormen, dat met grote hardnekkigheid overeind blijft. De wijziging van een aantal elementen in het systeem, kan grote gevolgen in andere deelsystemen met zich brengen. De rechtsorde laat zich m.a.w. niet, of slechts met bijzonder veel moeite wijzigen of aanpassen, laat staan vernieuwen.

Het laat zich aanzien dat de wetgever, en ten deze zeker de formele wetgever, d.i. de volksvertegenwoordiging, met grote omzichtigheid

---

(55) RIMANQUE, K., „Juridische vormgeving aan sociale actie”, *Preadvies Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland*, Zwolle, 1974, p. 4.

(56) Cfr. LIVER, P., „Begriff und System in der Rechtssetzung”, in *Probleme der Rechtssetzung. Referate zum Schweizerischen Juristentag 1974*, Basel, 1974, p. 181.

dit systeem benadert. Het systeem is m.a.w. een soort van „verzelfstandigd” bestaan gaan leiden. De schepper ervan trekt zich buiten schootsveld terug. Zonder de ruggesteun van een gespecialiseerde staf van juristen, kan men aanpassing of wijziging van dit systeem nauwelijks nog overwegen.

Geconfronteerd met deze twee beperkingen op de hem formeel toegemeten vrijheid — beperkte optiemogelijkheden én een complex rechtssysteem — lijkt de wetgever steeds meer zijn toevlucht te nemen tot een veelvoud van fragmentaire wettelijke oplossingen. De wetgever beperkt zich m.a.w. tot „retouches”. Daarbij kan men zich niet ontveinzen dat deze rechtspolitiek der „Kleine-Schrittchen-Philosophie”(57), het systeem steeds minder toegankelijk maakt, en op langere termijn tot een onoverzichtelijk, en volstrekt onhanteerbaar rechtssysteem moet leiden.

Zelfs in de minder „vluchtige” takken van het recht, zoals bijvoorbeeld in het strafprocesrecht, kan men dergelijke evolutie vaststellen. In een veelbesproken mercuriale van 1931 heeft Procureur-generaal Léon Cornil er reeds op gewezen dat het Belgisch Wetboek van Strafvordering (1808) achterhaald en buitentijds is, en dat het bovendien dermate veel hiaten vertoont, dat de rechtspraktijk zich voortdurend op de rand van de wettelijkheid bevindt, zoal niet erbuiten. Zo heeft hij, op nauwelijks weerlegbare gronden, het inmiddels gebruikelijk geworden informatie- of opsporingsonderzoek door de Procureur des Konings als ongrondwettig, en onwettig *tout court*, van de hand gewezen(58). Aangezien het legaliteitsbeginsel een der grondslagen van ons strafrecht uitmaakt, dient deze kritiek zeer ernstig te worden genomen.

Twintig jaar eerder had Procureur-generaal Callier in een mercuriale reeds dezelfde vernietigende diagnose gesteld(59).

Men kan nochtans niet aanvoeren dat de doctrine in deze materie in gebreke zou zijn gebleven. Nog tijdens de vorige eeuw werd, met het zgn. project Thonissen, een begin gemaakt met de studie van een diepgaande en alomvattende hervorming van het strafprocesrecht.

(57) BENDER, R., „Einige Aspekte zu einer allgemeinen Gesetzgebungslehre”, in *Sozialintegrierte Gesetzgebung. Wege zum guten und verständlichen Gesetz*, Wien, 1979, 82-87.

(58) CORNIL, L., „De la nécessité de rendre à l’instruction préparatoire, en matière pénale, le caractère légal qu’elle a perdu”, *R.D.P.*, 1931, p. 809-827.

(59) CALLIER, A., „Questions d’instruction criminelle”, *J.T.*, 1910, p. 957-970.

Tot voor de tweede wereldoorlog zagen niet minder dan 10 uitgewerkte voorstellen van nieuwe codificatie het levenslicht. Geen dezer voorstellen heeft het ooit verder gebracht dan een bespreking in de parlementaire commissies. Inmiddels kan men enkel vaststellen dat men, in de loop van de geschiedenis, en kennelijk in afwachting van een regeling ten gronde, een aantal lacunes in het Wetboek van Strafvordering heeft pogen in te vullen met gelegenheidswetten („lois de portée fragmentaire”), welke niet enkel een zeer beperkte werking hebben, doch bovendien niet steeds als pareltjes van legistische arbeid kunnen worden aangemerkt(60).

Op heden tenslotte, is de kwestie weliswaar niet geheel uit het oog verloren, doch de intentie tot grondige hervormingen blijkt omzeggens geheel verdwenen. Recente parlementaire initiatieven(61), voornamelijk ontstaan uit de onvrede met de rechtspraak in een aantal individuele gevallen, beperken zich tot zeer gedeeltelijke aanpassingen, en zijn soms in bijzonder ongelukkige bewoordingen gesteld. Het is duidelijk dat de wetgever nog nauwelijks weet heeft van de doctrinaire arbeid die in de loop van de geschiedenis omtrent dit onderwerp werd verricht. Men stelt zich de vraag of de wetgever hier zijn onmacht heeft toegegeven.

Het wil ons voorkomen dat de doctrine er in belangrijke mate kan toe bijdragen, aan de wetgever het welbegrepen inzicht van vrijheid (opnieuw?) bij te brengen.

Noch het relatief beperkte aantal beleidsmogelijkheden, althans in een aantal materies, noch het bestaan van een complex en eerder „hardnekkig” rechtssysteem, kunnen voor de wetgever voldoende redenen zijn, om zich aan zijn wetgevende opdracht te onttrekken. Zelfs in, op het eerste gezicht zeer uitgebreide en complexe materies, als arbeidsrecht en sociaal zekerheidsrecht, is op goede gronden o.m. door H. Lenaerts, aangetoond dat diepgaande wijzigingen, gepaard

---

(60) Voornamelijk worden hier bedoeld: wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis, wet van 17 april 1878 houdende voorafgaande titel Wetboek van Strafvordering en wet van 15 oktober 1919 op het contradictoir debat voor de raadkamer. De uitdrukking is afkomstig van L. CORNIL.

(61) MOUREAUX, S., et al., Voorstel van wet tot wijziging van de wet van 20 april 1874 betreffende de voorlopige hechtenis, *Parl. Doc. Senaat*, zitting 18.10.79, B.Z. 1979, 254 nr. 1; GLINNE, E., et al., Wetsvoorstel tot wijziging van sommige bepalingen van de wet van 20 april 1874 betreffende de voorlopige hechtenis, *Parl. Doc. Kamer*, 1979-1980, zitting van 5.12.79, 385 nr. 1; GILLET, L., et al., Voorstel van wet tot wijziging van bepaalde aspecten van de strafvordering, *Parl. Doc. Senaat*, 1979-1980, zitting 5.6.80, 448 nr. 1.



aan codificerend wetgevend werk niet enkel ten zeerste wenselijk, doch bovendien zeer wel mogelijk zijn(62).

De doctrine kan een veelheid van beleidsopties in het recht openbaren, en kan tevens metterdaad bewijs leveren dat „grote inhoudelijke en legistische hervormingen in de wetgeving wenselijk en mogelijk zijn.

Een goed wetgever kent, naar het woord van H. Cohen, zijn grenzen. Doch de doctrine kan er, naar omstandigheden, toe geroepen zijn, ze te (helpen) verleggen.

---

(62) LENAERTS, H., *Inleiding tot het sociaal recht*, Gent, Leuven, 1973, p. 484-522, vooral p. 510-522.