

DE INVLOED VAN DE DOCTRINE OP DE RECHTSPRAAK(*)

door

Ivan VEROUGSTRAETE

Raadsheer in het Hof van Beroep te Brussel

I. INLEIDING

A. *De onmogelijke kwantitatieve analyse*

1. U hebt mij gevraagd te onderzoeken of de rechtsleer enige invloed uitoefent op de rechtspraak, wellicht met de bedoeling dat een rechter een overtuigend antwoord zou geven op de vraag of de geleerde auteurs die in deze zaal aanwezig zijn daadwerkelijk het Belgisch recht beïnvloeden. Een rechter kan moeilijk die vraag beantwoorden. Een beroemde Amerikaanse rechter Cardozo, een van de zeldzame rechters die over rechtsvinding heeft geschreven, stelt in het begin van *The nature of judicial process* een aantal vragen die hij zelf onoplosbaar vindt: „What is it I do when I decide a case? To what sources of information do I appeal for guidance? In what proportion ought they to contribute?”(1).

Zolang het aanbod van rechtsboeken, commentaren en dgl. klein is kan aan de hand van vermoedens de invloed van bepaalde werken geschat worden. Abraham Lincoln reed te paard van het ene vredege-recht naar het andere in Illinois met Blackstone's commentaar als enige gids: logischerwijze hadden Blackstone's opvattingen een door-slaggevend belang.

In Vlaanderen is de beschikbare literatuur omvangrijker. Dit bete-kent echter nog niet dat zij effectief de magistratuur bereikt: de bibliotheken van de rechtbanken zijn niet bepaald indrukwekkend, de persoonlijke bibliotheken van de magistraten zijn meestal eerder

(*) Rede uitgesproken op 16 maart 1984 ter gelegenheid van het twintigjarig bestaan van het T.P.R.

(1) *The nature of judicial process*, Yale 1965, p. 10.

beperkt, de partijen leggen zelf relatief weinig rechtsleer neer in hun dossiers(2).

2. De veelvuldigheid waarmede auteurs worden genoemd in de vonnissen en arresten is geen deugdelijke maatstaf van de invloed van de rechtsleer. Het Hof van Cassatie citeert niet (tenzij in de voetnoten van de „Arresten” en van de „Pasicrisie”) en de andere rechtscolleges hebben een duidelijke tendens het voorbeeld van het Hof, ook wat de stijl betreft, na te volgen.

De Franse auteur Mimin — een Franse magistraat die een wereldbekend boek schreef over *Le style des Jugements* — keurt formeel het citeren van auteurs af(3). Cardozo, die ik daarnet reeds noemde, heeft weinig achting voor hetgeen hij noemt, vrij vertaald, de hutspot stijl: „the dreary succession of quotations closes with a brief paragraph expressing a firm conviction that judgment for the plaintiff or defendant, as the case may be, follows as an inevitable conclusion”(4).

Het is daarom misleidend de invloedsgraad te meten aan de hand van het aantal citaten in gepubliceerde beslissingen. Een peiling uitgevoerd in de tien belangrijkste Belgische tijdschriften in 1983 geeft volgend resultaat: de enige auteur die een beduidend aantal keren wordt geciteerd is De Page. Op het „De Page-effect” kom ik nog terug.

De rechters zelf ondervragen geeft evenmin een duidelijk beeld van de invloed van de auteurs. De vraag die voor Cardozo onopgelost was bleek evenzeer onopgelost aan ondervraagde collega's.

B. De historische achtergrond

3. Het gezag van de rechtsleer stoelt niet op enige uitdrukkelijke wets- of rechtsbepaling doch meer op traditie en psychologische factoren.

(2) Eerste Voorzitter Châtel omschreef op zeer kenschetsende wijze wat de rechter moet lezen: „van elke magistraat wordt verwacht dat hij een soliede rechtskennis zou bezitten. Ondanks de „marées législatives” is het onontbeerlijk dat de magistraat de grote wetboeken en vooral de grondwet zou kennen. Van het overige moet hij weten „dat er iets bestaat” en waar hij het kan vinden („Magistraat vandaag”, in *Liber Amicorum Dumon*, Kluwer, 1983, 655).

(3) MIMIN, P., *Le style des jugements*, Parijs 1936, 237.

(4) CARDOZO, B., „Law and literature”, *Essays on Jurisprudence of the Columbia Law Review*, 1964, 323.

Zelfs zou een expliciete bepaling bestaan die *toelaat* zich te laten inspireren door de doctrine — zoals in het Zwitsers recht(5) — dan is het nog niet zeker dat een dergelijke bepaling een ingrijpende invloed zou hebben.

In de rechtsgeschiedenis is het uitzonderlijk dat de wet de rechter *verplicht* te verwijzen naar rechtsleer in de oplossing van concrete gevallen. Een dergelijk voorbeeld is de *lex citandi* van 426 die aan Papinianus (de „*excellentissimus*”), Paulus, Ulpianus, Gaius en Modestinus een bevoorrechte positie gaf. De *lex citandi* had voor gevolg dat die rechtsgeleerden rechtstreeks het recht hebben beïnvloed(6).

In België in het algemeen en Vlaanderen in het bijzonder is de rechtsleer geen directe rechtsbron. De Page kent in zijn *Gouvernement des Juges* slechts een zeer bescheiden plaats toe aan de rechtsleer(7). Weliswaar schreef hij dit werkje toen hij nog rechter was...

In 1902 schrijft Esmein, over rechtsleer en rechtspraak: „C'étaient presque deux sœurs rivales, jalouses l'une de l'autre. La doctrine en particulier, surtout dans les chaires de l'École, faisait un peu la fière, ne se compromettait pas volontiers dans le commerce de la jurisprudence. Ne possédait-elle pas la vérité désintéressée, la pureté des principes, la rigueur de la méthode? Que lui fallait-il de plus? Le monde du Palais, tout en témoignant aux professeurs et aux écrivains dogmatiques estime et respect, les considérait comme formant une classe spéciale de juristes, un peu rêveurs, un peu pédants et ignorants de la pratique”(8).

Van Dievoet spreekt in 1940 nogal minachtend over de kamerjuristen die rechtsconstructies uitdokteren welke alleen voor de uitvinder ervan enige waarde hebben(9).

De laatste jaren is het gezag van de magister in de universiteiten toenemend aangevallen en heeft de trend alleen voltijdse opdrachten

(5) Art. 1 par. 3 ZGB bepaalt dat hij zich hierbij moet oriënteren op de doctrine en de rechtspraak. Voor een commentaar op die bepaling: zie ESSER, J., „Rechtsprechung und Lehre als Rechtsquellen”, *Deutsche Landesberichte zum IX Int. Kongress für Rechtsvergleichung*, Brussel 1977.

(6) Zie hierover DERINE, R., *Schets van het Romeins privaatrecht*, Kluwer 1983, 101-102.

(7) Brussel 1925.

(8) ESMEIN, P., „La jurisprudence et la doctrine”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, 1.

(9) VAN DIEVOET, E., *Het burgerlijk recht in België en Nederland van 1800 tot 1940. De rechtsbronnen*, Antwerpen 1943, nr. 73; een meer positieve klank vindt men bij ATIAS, „Réflexions sur les méthodes de sciences du droit”, *Rec. D.S.*, 1983, 145.

toe te vertrouwen aan de hoogleraren zich verder gezet, wat een gevaar inhoudt voor de oriëntering van het rechtsonderwijs. Daartegenover staat dat de rechtsleer een toenemende belangstelling heeft voor de rechtspraak, wat de psychologische kloof tussen paleis en universiteit opnieuw kan dichten.

Er is, m.a.w., geen voor de hand liggend antwoord op de vraag of de rechtsleer de rechtspraak beïnvloedt, wat noopt meer systematisch de plaats van de rechtsleer in de rechtsopbouw te onderzoeken.

C. Begrip rechtsleer en inhoud van de uiteenzetting

4. Rechtsleer is geen enkelvoudig begrip. Om haar invloed te meten moeten haar functies onderscheiden worden⁽¹⁰⁾. Zij werkt eerst en vooral informatief of pedagogisch. Zij is echter ook kritisch en rechtscheppend en dit laatste aspect van haar taak heeft vooral de aandacht weerhouden van de auteurs.

De invloed van de doctrine varieert ook in functie van de persoonlijkheid van de auteur. In deze uiteenzetting wordt zij in de meer algemene zin van het woord begrepen en omvat aldus de geschriften van de universiteitsprofessoren, van rechtspractici-auteurs, van wetgevingsambtenaren en dgl.

In een eerste deel van mijn uiteenzetting zal ik onderzoeken of ons rechtsstelsel ruimte laat voor beïnvloeding door de rechtsleer waarbij ik, hierop aansluitend, zal nagaan of de denk- en werkmethode van de rechter hem openstelt voor die beïnvloeding.

In een tweede en laatste deel zal ik pogen te evalueren of de litteratuur en inzonderheid de Nederlandstalige litteratuur zowel haar informatieve als haar kritische en opbouwende taak heeft vervuld.

II. DE BEÏNVLOEDING VAN DE RECHTER

A. Het rechtsstelsel

5. De aard van het rechtsstelsel is niet neutraal voor het besproken thema. J.C. Gray vindt zelfs dat het meest opvallend onderscheid

(10) Over de diverse functies van de rechtsleer: zie DE LA MARNIÈRE, E.S., *Éléments de méthodologie juridique*, Parijs 1976, p. 120.

tussen „Civil Law” en „Common Law” het relatief gewicht is dat wordt toegekend aan de doctrine („*The nature and sources of the law*”, p. 268). In een precedentensysteem waarin de rechter op inductieve wijze werkt vanaf vroegere rechtsbeslissingen (die geacht worden juist te zijn) is er minder speelruimte voor de rechtsleer. Hetzelfde geldt *a fortiori* voor een rechtssysteem — zoals het Russische — waar de rechterlijke macht volledig ondergeschikt is aan de combinatie uitvoerende-wetgevende macht: de rechtsleer zal amper enige discrete variaties kunnen componeren op de symfonie van de wetgeving, afgestemd op het verlangen van de machthebber.

6. In het europees continentaal stelsel heeft de rechter grondwettelijk een ruime mate van onafhankelijkheid en kan hij relatief vrij de wetten uitleggen(11).

De evolutie van de maatschappij en van de aard van wetgeving heeft zijn taak daarbij nog aanzienlijk verruimd en zelfs gewijzigd. Storme heeft erop gewezen dat in onze hedendaagse bureaucratische maatschappij, de rechter het laatste bolwerk was van de individuele vrijheid en dat dit een nieuwe ingesteldheid vergt van de rechter(12). Of de Leviathan die onze moderne staten zijn geworden nog kan getemd worden is voor mij een vraag: de rechter heeft alleszins in dit verband een taak te vervullen.

De rechter mag echter in het vervullen van zijn opdracht niet subjectief handelen. Het maatschappelijk en economisch leven vereist vandaag een grote mate aan voorspelbaarheid en rationaliteit die onverzoenbaar zijn met een arbitraire, willekeurige of subjectieve rechtspraak, ook al is zij ingegeven door ideeën van rechtvaardigheid en billijkheid(13). De opdracht van de rechter is het maatschappelijk geheel te ordenen en harmonisch te maken: in die poging ontkent de rechter dat hij normen schept doch houdt hij voor dat hij normen vindt(14).

Met andere woorden, de rechter zoekt aansluiting bij hetgeen Wiarda noemt de heteronome elementen, d.i. de gegevens die zich buiten zijn

(11) Zie hierover KELSEY, H., *Reine Rechtslehre*, p. 349 e.v. Wien 1967; VAN HOECKE, M., *Interpretatievrijheid van de rechter*, Kluwer 1979.

(12) *Rechtspraak in opspraak*, Gent 1980, 46.

(13) WEBER, M., *Gesamte politische Schrifte*, München 1921, 140.

(14) In die zin: DUMON, F., *De opdracht van hoven en rechtbanken*, Bruylant 1975, p. 32 e.v.; MAHILLON, R., „Le rôle du juge dans l'interprétation: tension ou extension”, in VAN DE KERCHOVE, M. (ed.), *L'interprétation en droit*, Brussel, 1978, 576.

eigen persoonlijkheid bevinden. In het middelpunt van die elementen staat de wil van de wetgever: in de meeste gevallen bestaat de taak van de rechter in de praktijk gewoon hierin de wettekst zo getrouw mogelijk toe te passen(15).

7. De wet is echter noodzakelijk onvolledig, omdat de wetgever niet alles kan overzien en nog minder voorzien(16). Portalis, wiens opvattingen bijzonder modern lijken en een steun betekenden voor de scholen van de vrije rechtspraak, stelde: „Comment enchaîner l'action du temps? Comment s'opposer à la pente insensible des mœurs? Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent se poser au magistrat”(17). Sommige van die hiaten worden door de rechter zelf gemaakt: Perelman wijst erop dat door een beperkende uitlegging de rechter leemten kan creëren, *contra legem*(18).

Het Hof van Justitie van de E.G. heeft aldus door een merkwaardige inkrimping „gevonden” dat het gemeenschapsrecht niets zegt over de werking in de tijd van zijn uitspraken over nietigheid of interpretatie van gemeenschapsregelingen. Dit liet het Hof toe in Defrenne II de gelding van het arrest vanaf de dag van de uitspraak te doen lopen(19).

8. Ook al is de wet onvolledig toch zal de rechter een oplossing moeten vinden. Hierbij verwijst hij systematisch naar de „wil van de wetgever” als de enige bron van het recht(20): de uitleggingsmethodes worden cumulatief aangewend om tot een (21) resultaat te komen met als *ultima ratio* het zoeken naar een toch vrij abstracte „*ratio legis*”. Dit abstraheren ledigt de wettelijke regels van hun vroegere

(15) WIARDA, G.J., *Drie typen van rechtsvinding*, p. 10.

(16) *Ibidem*.

(17) PORTALIS, *Discours préliminaire*, in Loqué, 1, 156.

(18) *Logique juridique*, nr. 30, p. 48; 74bis, p. 143. Zie ook MAHILLON, P., *o.c.*, p. 574.

(19) Zie SCHERMERS, noot, *S.E.W.*, 1983, 517.

(20) STONE, J., *Legal system and lawyer's reasoning*, Sydney 1968, 215.

(21) KELSEN, in zijn *Reine Rechtslehre* (Wien 1967) stelt zeer terecht: „Es gibt schlechthin keine — als positivrechtliche charakterisierbare — Methode nach der von mehreren sprachlichen Bedeutungen eine Norm nur die eine als „richtig” ausgezeichnet werden könnte... Alle interpretationsmethoden führen stets zu einem möglichen, niemals zu einen einzig richtigen Resultat” (349).

De keuze van de uitleggingsmethode is een beleidsdaad stelt Kelsen vast en wetenschappelijk kan de rechtsleer nooit komen tot de vaststelling dat er maar één mogelijkheid de juiste is: dit is de taak van degene die het recht toepast (p. 351).

inhoud en laat toe een nieuwe inhoud te injecteren in de rechtsregel, hetgeen Stone in het zopas genoemd boek noemt „fertilising the organism of the law”.

Die denktrant van de rechter weerspiegelt het vertrouwen in een postulaat dat het rechtssysteem af is. In de woorden van Huberlant, „un système juridique n'est pas seulement un ensemble de règles, c'est un ensemble cohérent de règles. Et ce caractère de cohérence implique que les contradictions qui viendraient à se présenter entre les dispositions énoncées dans les textes doivent être éliminées”(22).

De wetstoepasser zal hiervoor het ganse arsenaal aanwenden van de uitleggingsmethodes(23). „Bij de interpretatie van de wet grammaticaal, historisch, systematisch, restrictief en rechtsverfijnd of extensief en analogisch, al naar gelang de toestand het voorschrijft, en zelfs bij het zoeken naar oplossingen voor niet in de wet geregelde gevallen, wordt aansluiting gezocht naar een heteronoom gegeven zoals dat in een wettekst, in een wetsgeschiedenis, in de wetssystematiek in de beginselen waardoor de wetgever zich heeft laten leiden, de strekking die hij heeft willen verwezenlijken, is neergelegd”(24).

9. De rechter zoekt in feite een atemporele wetgever die geacht wordt volkomen rationeel te zijn, alles te hebben voorzien en overzien, steeds rechtvaardig handelt in een optiek van algemeen welzijn(25). Dat die wetgever een fictie is, doet er weinig toe(26): wat telt is dat de rechter, wars van alle eigen subjectiviteit, oordeelt op grond van waarden die uit het systeem zelf rationeel kunnen afgeleid worden. Het Hof van Cassatie houdt streng de hand aan de plicht tot redengeving: elke valse noot — d.i. een eigen waardeoordeel — wordt geweerd. Alleen de waarden die in de partituur zelf voorkomen

(22) HUBERLANT, Ch., *Les antinomies en droit*, p. 211 e.v.; zie ook een verdere verantwoording en nuancering: „Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi” in *Les problèmes des lacunes en droit*, Brussel 1968, p. 34-35.

(23) De rechter zal geen voorkeur geven aan één bepaalde methode tenzij eventueel de systematische uitlegging die spontaan opkomt. Zie hierover, DUMON, F. en VEROUGSTRÆTE, Y., *De uitleggingsmethodes*, Luxemburg 1976, p. 135 e.v.

(24) WIARDA, *Drie typen van rechtsvinding*, p. 17.

(25) OST, F., „L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur”, in VAN DE KERCHOVE, M. (ed.), *L'interprétation en droit*, p. 79.

(26) Ganshof VAN DER MEERSCH schrijft: „Le juge agira comme s'il n'y avait pas de lacune. Il y a là dans une large mesure fiction” (*Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, Bruylant 1970, p. 16).

— d.i. uit het systeem zelf kunnen worden afgeleid — zijn toegelaten(27).

Het gerechtelijk wetboek bevestigt de juistheid van die optiek. Volgens artikel 5 bestaat er rechtsweigering „wanneer de rechter weigert recht te spreken onder enig voorwendsel, zelfs van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid van de wet”.

Dit artikel moet samen gelezen worden met artikel 6: „De rechters mogen in de zaken die aan hun oordeel zijn onderworpen geen uitspraak doen bij wege van algemene en als regel geldende beschikking”. Uit beide artikelen kan worden afgeleid dat de rechter moet onderstellen dat de wetgever voor elk probleem een rationele oplossing heeft voorzien ook al kan die oplossing niet rechtstreeks uit de tekst zelf van de wet worden afgeleid.

10. Wat is nu de rol van de doctrine in een systeem van geschreven recht waarin de vermeende wil van de wetgever zo belangrijk is? Kanselier d'Aguesseau verwees reeds in 1704 naar de rechtsleer waar hij schreef: „Quelle règle pourra suivre celui qui fait profession de ne point apprendre? et faudra-t-il s'étonner si la légèreté préside souvent à ses jugements, si le hasard les dicte quelquefois et presque toujours le tempérament?”.

Locré schrijft in zijn uitgave van de voorbereidende werken van de Code civil dat „le Code civil n'a donc pas détrôné ni les lois romaines ni ces fameux docteurs qu'on n'ouvre presque plus: les Pandectes et Pothier n'ont pas pali devant la législation nouvelle”(28). Uit de onvolmaaktheid van de wetten leidt Portalis af dat „quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel. Tout ceci suppose des compilations, des recueils de travaux, de nombreux volumes de recherche et de dissertation”(29).

De uitlegging van de rechter zal dus, in de woorden van Ganshof van der Meersch, „de doctrine tot richtsnoer nemen(30). De rechtsleer heeft drie hoofdtaken te vervullen.

(27) OST, F., o.c., l.c.

(28) LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, p. 72.

(29) PORTALIS, o.c., l.c.

(30) Ganshof VAN DER MEERSCH, *Overwegingen omtrent de kunst recht te spreken en de uitoefening van het rechterlijk ambt*, Brussel, Bruylant 1973, p. 7.

Het doorslaggevend belang van de wetgeving heeft ook voor gevolg dat auteurs die nauw betrokken waren bij de totstandkoming van de nieuwe wet, meer gezag zullen hebben.

11. Vooreerst moet de doctrine de weg effenen voor de *rationalisatie en het ordenen van de diverse normen*. De rechter zal niet vaststellen dat er een leemte is in het rechtsstelsel en naar eigen oordeel de hiaten vullen. Hij moet het casusgeval oplossen aan de hand van een abstract beginsel dat desgevallend uit het geheel van de wetten kan worden afgeleid. In die zoektocht naar de grootste gemene deler is de rechtsleer de gids, terwijl de rechter zoveel mogelijk moet vermijden *in abstracto* te redeneren.

De constructies die de rechter moet opbouwen om te komen tot een concrete oplossing zijn niet altijd gewone deducties van bestaande wetteksten. Vóór Wiarda, Van Gerven en Storme de nadruk legden in België op de aard van het rechtsvindingsproces was de eerbied van de Belgische rechter voor het dogma van de alles voorziende en overziende wetgever zo groot, dat de rechter soms moeite had in te zien dat hij een zekere rechtscheppende activiteit ontwikkelde. Het is wel zo dat de constitutioneel aangewezen wetstoepasser de negatie van de rechtsregel niet mag uitspreken: anders valt het systeem als een kaartenhuisje in mekaar(31). Ook de „onrechtvaardige” wet moet worden toegepast als zij niet kan worden weggeïnterpreteerd(32). Er is echter een gevaar dat indien het mythe van de feilloze wetgever te sterk doorweegt, de rechter onvoldoende bewust wordt dat hij in zijn fabricaten bepaalde waarden distilleert: die bewustwording heeft voor positief gevolg gehad dat de rechter minder kunstmatig onverzoenbare normen poogde als dusdanig te verzoenen doch meer systematisch en uiteindelijk minder arbitrair de normen uitlegde aan de hand van hogere beginselen.

Het stelsel kan inderdaad coherent worden gemaakt — en tevens ook maatschappelijk aanvaardbaar — door het aanwenden van algemene beginselen, d.i. die beginselen die met zo grote kracht naar voor treden uit het bestaand recht dat zij niet kunnen genegeerd worden. Een voorbeeld hiervan is de regeling op de burenhinder die op grond van het beginsel van de gelijkheid van de rechten van eigenaars of van de gelijkheid van de lasten die eenieder in de maatschappij moet dragen wordt uitgelegd. Een vruchtbare toepassing van dit beginsel

(31) LEYTEN, J., „Wie komt er uit zijn hokje?”, *R.M. Themis*, 1974-75, 679-737.

(32) Dit wetinterpreteren kan zelfs gaan tot de negatie van de duidelijke wettekst die een volledig andere betekenis krijgt dan de duidelijke tekst het wel bedoelde: een opvallend voorbeeld was het arrest van het Hof van Beroep te Brussel in de zaak *Le Ski* die later aanleiding zou geven tot het meer bekend Cassatiearrest van 27 mei 1971 (Brussel, 4 maart 1970, *Revue trimestrielle de droit européen* 1970, 374).

werd gemaakt, na een passende doctrinale voorbereiding, op de burenhinder. Artikel 544 B.W. definieert alleen de rechten van de eigenaar. Hieruit kan niet afgeleid worden dat een eigenaar van een gebouw zijn gebuur niet mag hinderen door het gebruik van zijn eigendom. Wel heeft het Hof van Cassatie in het arrest van 6 april 1960(33) het zopas genoemd algemeen beginsel „gevonden”, nadat de rechtsleer herhaalde malen had gewezen op de onvolmaaktheid van het vroeger recht(34).

Aldus bereidt de rechtsleer de kwalitatieve sprong gemaakt door de rechter, die, gebonden door een casuspositie, niet graag de stap zet naar een volledig nieuw systeem waarvan de diverse gevolgen in alle mogelijke gevallen nog niet zijn overwogen en besproken in de literatuur.

Niet alleen algemene rechtsbeginselen, doch ook analoge rechtsfiguren laten toe een zekere orde te scheppen en het bestaand recht te verzoenen met te beschermen waarden, die in een nieuwe sociaal economische kontekst op de voorgrond treden. Een voorbeeld van een dergelijke rechtsfiguur wordt gegeven door het evenredigheidsbeginsel(35).

Het evenredigheidsbeginsel (ook genoemd het beginsel van de minste pijn, volgens hetwelk de overheid aan de rechtsonderhorigen, gelet op het nagestreefde doel van algemeen belang, geen onevenredige grote lasten of beperkingen mag opleggen) is wellicht geen algemeen rechtsbeginsel(36). Het laat toe op objectief voorspelbare wijze de belangen van de betrokken partijen af te wegen.

Een ander voorbeeld is dit van de leer van de derde medeplichtigheid aan contractbreuk(37) duidelijk geïnspireerd door de opvatting van

(33) *Pas.*, 1960, I, 915.

(34) DELVAUX en DE HARVEN, *J.T.*, 1949, 507, 508; PIRET, R., „Les troubles de voisinage et l'arrêt de cassation du 7 avril 1949”, *R.G.A.R.*, 1949, 4432; DABIN, noot *R.C.J.B.*, 1949, 69.

(35) Het grootjes-arrest van 4 maart 1976 (*Arr. Cass.*, 767) kent aldus een bezoekrecht toe aan de grootouders van een kind dat gewettigd werd door adoptie en dit alhoewel de wet formeel bepaalt dat de kinderen ophouden tot hun oorspronkelijke familie te behoren (art. 370 par. 1 B.W.). *Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt*, schijnt het Hof te zeggen, in een arrest, dat niet gemakkelijk verzoenbaar schijnt met de wet en aan de natuurlijke afstamming een waarde toekent die uitsteekt boven de afstamming van de liefde en genegenheid.

(36) Brussel, 17 september 1981, *J.T.*, 1982, 413 is een typische toepassing van dit beginsel.

(37) Cass., 22 april 1982, *R.W.*, 1983-84, noot DIRIX.

Kruithof(38); of nog de leer van de gekwalificeerde benadeling(39) ingegeven door de Bersaques.

Wieacker(40) ziet in de creatie van dergelijke rechtsdogmatische figuren de hoofdinbreng van de creatieve rechtsleer.

12. Een tweede taak die weggelegd is voor de doctrine raakt de inhoud die moet worden gegeven aan de onbestemde of vage normen. „Die Flucht in die Generalklausel” is een voldoende bekend fenomeen: door dergelijke normen delegeert de wetgever een reeks bevoegdheden aan de rechter. Het ontstaan van nieuwe rechten — zoals recht op arbeid, op gezondheidszorg — kon niet gepaard gaan met het heel precies vaststellen van de draagwijdte van die rechten. Vandaar ook die bevoegdheidsdelegatie aan de rechter.

Als de rechter vage rechtsnormen moet toepassen moet hij pogen de algemeen aanvaarde standpunten van de maatschappij te vertolken: hij mag noch vooraan noch achteraan bengelen(41). Hij moet de waarden vertolken die deze zijn van de redelijk vooruitziende gemiddelde burger van zijn land. Met andere woorden moet hij, in het gebruikelijk vocabularium van de rechtsfilozofen, topisch denken. Hier is de rol van de rechtsleer onmisbaar om te vermijden dat de beslissingen zouden bepaald worden door humeur of toeval.

Een klassiek voorbeeld is dit van de pornografie. Amerikaanse rechters hebben af en toe gepoogd pornografie te bepalen vanuit een eigen gezichtshoek. Justice Stewart, een rechter van het Amerikaanse opperste gerechtshof, heeft ooit gezegd: „I shall not attempt to define hard core pornography. But I know it when I see it”(42).

Een dergelijke benadering is in België moeilijk verdedigbaar. A. de Nauw(43) onderstreepte hoe wegens de maatschappelijke evolutie de strafbaarstelling van openbare zedenschennis aan verfijning en aan

(38) O.m. in zijn annotatie in *R.C.J.B.*, 1980, 93.

(39) Cass., 22 september 1961, *Pas.*, 1962, I, 92.

(40) WIEACKER, F., *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik in Hermeneutik und Dialektik*, Tübingen 1970, 311.

(41) Aldus ROSCOE POUND, A., *Justice According to law*, New York 1973, p. 278: The judges may not in reason be asked to head in the present transition. They must go with the main body, not with the advance guard and with the main body only when it has attained reasonably fixed and settled conceptions”; in dezelfde zin: DUMON, F., *De rechterlijke macht onbekend en onbeminnd*, Brussel, *R.W.*, 1981-82, 513.

(42) *Jacobellis v. Ohio*, 378 US 184 (1984).

(43) „Bedenkingen over de hiërarchie van de waarden in het bijzonder strafrecht”, *R.W.*, 1978-79, 624).

herziening toe was. In afwachting hiervan poogt de rechtspraak de maatschappelijke evolutie te volgen. De rechtsleer toont hier ook vaak de weg: de familielevens exceptie voor openbare zedenschennis die het Hof van Cassatie aanvaardde op 20 december 1976(44) was reeds herhaalde malen in de rechtsleer gesuggereerd(45).

In het familierecht waar de rechter ook zowel voor de relatie tussen man en vrouw als voor de relatie ouders-kinderen moet oordelen met als enige richtsnoer het belang van het kind of van de huisvrede komen waardeoordelen aan de oppervlakte. In een boekje met meer dan een tintje humor geschreven omschrijft M. Van Hoecke het beeld van de rechter over het gezinsleven: „Het beeld van de man is dat van de stoere vader, voor wie vooral de werkkraft belang heeft en niet het uiterlijke, wat niet het geval is bij de vrouw voor wie het esthetische niet te verwaarlozen is, maar vooral tedere moederlijke gevoelens de belangrijkste kwaliteit uitmaken”(46). Of dit beeld al dan niet juist is laat ik over aan de Gentse rechter: hetgeen telt is dat de inbreng van de rechtsleer de rechter doet nadenken over de impliciete waardeoordelen die hij aldus uitspreekt en die eventueel aan eigen opvattingen zouden gebonden zijn.

Een laatste meer economisch voorbeeld kan geput worden uit het begrip „eerlijke handelsgebruiken” van de wet van 14 juli 1971. Een constante wisselwerking tussen rechtsleer en rechtspraak heeft hier aan het begrip een nieuwe inhoud gegeven: waar de wet van 1971 essentieel bestemd was om de KMO tot een redelijk gedrag aan te manen, is de wet onder impuls van de rechtsleer een tenslotte ook van de wetgever (wet van 4 augustus 1978) gegroeid tot een ware wet van economische ordening, dank zij de verstrekkende draagwijdte gegeven aan het begrip eerlijke gebruiken in handelszaken.

13. Tenslotte zie ik als derde taak van de doctrine in het rechtstelsel de voorbereiding van een omkeer van rechtspraak.

De rechtbanken en hoven zijn sterk gehecht aan de rechtszeker-

(44) *R. W.*, 1977-78, 451.

(45) O.m. door DE WILDE, L., noot *R. W.*, 1973-64, 2045-2046; en DE ZEEGER, „Openbare zedenschennis”, *R. W.*, 1977-78, 453.

(46) *Mens en maatschappijbeeld van de rechter*, p. 49.

heid(47) m.i. volkomen terecht. De hiërarchische opbouw zorgt voor sereniteit in de maatschappelijke verhoudingen, dank zij de stabiliteit van de rechtspraak die alleen mogelijk is doordat de rechters ten gronde quasi altijd met intellectuele eerbied de arresten van het Hof van Cassatie volgen en doordat het Hof zelf slechts uitzonderlijk zijn rechtspraak wijzigt.

Een omkeer van rechtspraak van het Hof van Cassatie veronderstelt dat de rechtsvrede niet is bereikt of dat de maatschappelijke evolutie zonneklaar een nieuwe rechtspraak eist. Het Hof van Cassatie hecht een zeer groot belang aan de geschriften van auteurs(48). Doch ook voor de rechter ten gronde is de mening van de literatuur van zeer groot belang: geen enkele rechter zou eraan denken tegen een vaste rechtspraak in van Cassatie te beslissen, tenzij hij in de rug wordt gesteund door rechtsleer. Dit laat toe aan de rechter — die per definitie wantrouwig is voor eigen creaties die als subjectief zouden kunnen overkomen — op aanvaardbare wijze de rechtsvrede in gevaar te brengen.

Voor een voldoende overtuigend argument zal het Hof van Cassatie graag bezwijken, ook al heeft het Hof soms honderd en meer jaren in tegenovergestelde zin beslist,

Het betere voorbeeld is, meen ik, dit van de toetsing van de wet aan de grondwet. Talentvolle rechters ten gronde — bv. de rechter van Mons die op 30 mei 1928(49) nogmaals de argumenten voor de toetsing op een rijtje zette — hebben af en toe gepoogd de wet aan de grondwet te toetsen, tegen de jarenlange wil van het Hof van Cassatie. In de jaren 1970 is de drang naar toetsing nog groter geworden, nu de Belgische wetgever een systeem uitdacht waarin de diverse spelers van het orkest om ter hardst mogen spelen zonder door enige partituur te zijn gebonden.

(47) Een heilige koe die prof. Storme graag zou zien slachten („Taak en opleiding van de magistratuur”, *T.P.R.*, 1973, 297) tot groot ongenoegen van procureur generaal Dumon (*De opdracht van hoven en rechtbanken*, Bruylant 1975, p. 8). Hierop merkte van Gerven op dat een koe een nuttig en waardevol dier is, ook als het geslacht wordt (*Taak van de rechter in een West Europese democratie*, Kluwer 1977, 5).

Over de rechtszekerheid, zie ook: RUTSAERT, J., „Hof van Cassatie en ideaal Opperste gerechtshof”, *R.W.*, 1980-81, 2089.

(48) Procureur-generaal Leclercq heeft in Voetnoten van de Pasicrisie (*Pas.*, 1928, I, 64-65 en 1935, I, 254) de voorwaarden ontleed voor een wijziging van rechtspraak van het Hof: de afwezigheid van rechtsvrede doch ook — zeer opvallend — de *communis opinio* van enkele met naam genoemde auteurs.

(49) *Pas.*, 1928, III, 200.

Bepaalde rechtsleer(50) is erin geslaagd het Hof van Cassatie tot een begin van koerswijziging te bewegen, ook al is de juiste aard van die koerswijziging niet meteen duidelijk. Zonder een voorafgaandelijk openbaar intellectueel debat was een dergelijke koerswijziging moeilijk denkbaar.

Een tweede meer praktisch voorbeeld is de leer van het Hof van Cassatie over de vermindering van het loon van de bezoldigde tussenpersoon(51). De rechtsleer had er geen enkel goed woord voor over en het resultaat liet niet op zich wachten: de rechtsvrede is zeker niet hersteld.

Een laatste voorbeeld kan geput worden uit een Cassatiearrest van 9 maart 1984 dat poneert dat „de vaststelling dat een uitgave of prestatie een contractuele verplichting als rechtsgrond heeft niet voldoende is om het oorzakelijk verband tussen een onrechtmatige daad van een derde en die uitgave of prestatie te ontkennen”. Hiermede werd de leer van het arrest van 28 april 1978(52) over boord gegooid, duidelijk onder invloed van de kritiek van de rechtsleer(53).

B. De rechtsleer en de denk- en werkmethode van de rechter

14. Het rechtsstelsel biedt dus in zekere mate de mogelijkheid van een beïnvloeding door de doctrine. Nu wil ik onderzoeken hoe de rechter er concreet toe komt, in zijn denkschemas en werkmethodes, rechtsleer te gebruiken.

15. „Onwaarschijnlijk veel vonnissen en arresten wekken de suggestie dat de beslissing probleemloos voortvloeit uit een voor de hand liggende regel. De gegevens zijn vaak zo gerangschikt, dat ter rechtvaardiging voor de beslissing niet meer nodig is dan een simpele subsumptie. De rechter lijkt bij het formuleren van zijn uitspraak als ideaal na te streven dat degene die de uitspraak leest zich met

(50) Het punt wordt nog steeds heftig besproken. Zie o.m. nog laatst ALEN, A., „De raadsels van art. 107 van de grondwet”, *R.W.*, 1983-84, 1729 e.v. De grote stuwkracht die de voorstanders van de toetsing een hart onder de riem heeft gestoken kwam van twee eminente procureurs generaal (Ganshof van der Meersch en Dumon) die weliswaar met de nodige reserve die bij hun ambt paste, de toetsing actief hebben verdedigd. Zie VAN WELKENHUYZEN, A., *J.T.*, 1980, 613-614; MOUREAU, *Adm. Pub.*, 1976, 19-20.

(51) Cass., 8 maart 1980, *B.R.H.*, 1980, 308.

(52) *Pas.*, 1978, I, 994; *R.W.*, 1978-79, 1695.

(53) O.m. MALHERBE, *R.G.A.R.*, 1979, 10101; DALCQ, „Examen”, *R.C.J.B.*, 1981, 100-102.

verbazing afvraagt hoe het mogelijk was dat partijen over desbetreffende kwestie ooit een conflict hebben kunnen krijgen”(54). Die indruk wordt nog versterkt doordat er niet alleen geen *dissenting opinions* zijn maar ook doordat de verworpen stelling slechts zeer lapidair aan bod komt in de mate vereist voor de redengeving.

Het deductief schema gevolgd door de rechter is het resultaat van een meer complexe voorredenering. In zijn „Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung” schrijft Esser terecht dat de rechter vooreerst op grond van zijn ervaring als rechter en zijn rechtskennis onmiddellijk een voorbeslissing neemt die hij later zal uittesten en objectiveren. Maar Esser overtrekt de zaak waar hij stelt dat de argumenten die de rechter in zijn redengeving aanvoert van weinig betekenis zijn: in werkelijkheid laten zij aan de rechter toe zijn intuïtieve oplossing te toetsen aan het rechtssysteem. De rechter zal vaak afwijken van zijn eerste intuïtieve redenering(55).

16. In die intuïtieve redenering speelt de ervaring van de rechter en de informatie die hij constant beheerst een grote rol.

Bij de gegevens die de rechter aldus voor ogen houdt wordt een bijzondere plaats ingenomen door de systematiseringen van het recht die precies wegens hun eenvoud en hanteerbaarheid zo vaak worden toegepast.

Het schoolvoorbeeld is de marginale toetsing. Professor Ronse die de rechtsfiguur in het Belgisch recht bekendheid gaf kende zich in dit verband een bijbelse rol toe. In een bijdrage geschreven in *T.P.R.* in 1977(56) onderstreept hij hoe belangrijk het was, zoals in de Genesis, aan de zaken een naam te geven. Het geven van een naam maakt de rechtsfiguur plots helder. Het komt er in feite weinig op aan of bij haar introductie in het Belgisch recht de rechtsfiguur enigszins werd vertekend: hetgeen telt is dat een naam werd gegeven en een begrip gecreëerd dat toeliet een groot aantal praktische problemen op te lossen. In de voorkennis van de Belgische rechter speelt de marginale toetsing een beslissende rol.

(54) CROMBAG, H.F., DE WIJCKERSLOOTH, J.L. en COHEN, M.J., *Een theorie over de rechterlijke beslissingen*, Zwolle 1977, 12.

(55) Zie hierover o.m. de kritiek van Dumon op de vereenvoudiging van Esser: „De opdracht...”, o.c., p. 39 (Bruylant 1975).

(56) RONSE, J., „Marginale toetsing”, *T.P.R.*, 1977, 207.

17. De rechter denkt niet alleen intuïtief: hij denkt ook syllogistisch. Hij is constant op zoek naar premissen of naar een maior die een voldoende graad heeft van abstractie en eenvoud, en niet meer hoeft bewezen te worden.

Voor dat abstraheren zorgt de rechtsleer. Hiervan het volgend voorbeeld. Iedere rechter voelt aan dat wie een aanbod doet, erdoor gebonden is. Een praktische wijze om dit te motiveren is als algemeen begrip te poneren dat eenieder zich door een eenzijdige wilsuiting kan verbinden: dit beginsel werd door Van Ommeslaghe o.m. gedistilleerd uit een Cassatiearrest van 18 december 1974 dat bijna „en passant” dit beginsel aanvaardde(57).

Typisch vindt Van Ryn dat het Hof van Cassatie zich wellicht beter had onthouden van een dergelijke redenering daar „c'est plutôt à la doctrine qu'il appartient de formuler pareille théorie, dont la conformité aux réalités sociales sera ensuite vérifiée par la jurisprudence, selon les circonstances propres à l'espèce”(58).

Hiermede geeft Van Ryn blijk van een zekere *hubris* maar heeft toch wel gelijk in die zin dat een algemene theorie wellicht beter eerst wordt geformuleerd en bruikbaar gemaakt door de doctrine. Hiervoor zorgde trouwens *in casu* Van Ommeslaghe die de theorie in haar logische gevolgen uitwerkte en later door een quasi eensgezinde rechtspraak werd gevolgd.

Van dezelfde auteur kwam ook een systematisering van het begrip rechtsverwerking. In het tijdschrift waarvan wij het lustrum vieren heeft Van Ommeslaghe van een eerder verward begrip een bruikbaar instrument gemaakt(59).

De invloed van dergelijke goed gebouwde constructies in het Belgisch recht is zo groot omdat het deductief denkschema van de rechter en het deductief denken van de doctrine samenvallen: paleis en universiteit spreken dezelfde taal en nemen elkaars denkschemas dan ook gemakkelijk over.

18. Zoals elk redelijk man zal de rechter, in de „Vorverständnis” van de zaak zijn rechtvaardigheidsgevoelen laten spelen. Bij de

(57) Cass., 18 december 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 460; zie ook Cass., 9 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1970, 1182; *Pas.*, 1980, 1, 1120.

(58) „L'engagement par déclaration unilatérale de volonté”, *J.T.*, 1984, 131.

(59) *T.P.R.*, 1980, 735.

regressieve redenering die hij later zal volgen — m.a.w. bij de verificatie of verificaties die hij doet van zijn eerste intuïtieve benadering — zal hij aangewezen zijn op denkschemas die hem toelaten én axiomatisch deductief te denken én tegelijkertijd zijn rechtvaardigheidsgevoelen te laten spelen.

Vandaar de sterke invloed die is uitgegaan van de formules die dergelijke combinaties mogelijk maken.

Drie voorbeelden. Het eerste betreft de theorie van de abstracte wisselverbintenis. De rol gespeeld door Ronse bij het totstandkomen van de arresten van het Hof van Cassatie van 12 november 1976(60) en 30 september 1977(61) is voldoende gekend(62). Door de abstractie beperkend uit te leggen kon beter rekening worden gehouden met de rechtmatige belangen van de betrokkene van de wisselbrief, wat het onmiddellijk succes uitlegt van de leer van Ronse zodra het Cassatiearrest was uitgesproken, zelfs in de meest „abstraherende” rechtbanken en spijts de achterhoedegevechten van bepaalde rechtsleer.

Mijn tweede voorbeeld is de wijze waarop het kort geding thans evolueert. Het beginsel dat de rechter in kort geding „de grond van de zaak niet mocht raken”, afgeleid uit de regel dat hij bij voorraad uitspraak doet, was een van de steenvaste beginselen van het kort geding. Die benadering en wetsuitlegging was in feite niet houdbaar omdat zij de rechter voor een dilemma plaatste: hetzij voortdurend de vorderingen verwerpen, hetzij een pseudoredengeving uitvinden die geen enkele partij kon voldoen.

Wanneer een merkhouders dagvaardde voor de rechter in kort geding wegens merkinbreuk had hij dikwijls met die moeilijkheid te kampen. Kort geding is soms de enige aangewezen weg omdat een merkinbreuk vaak een *hit and run* operatie is: er moet dus onmiddellijk worden ingegrepen. Maar de rechter in kort geding mag slechts uitspraak doen bij voorraad. In dergelijke gevallen heeft de rechtspraak lange jaren als pseudoredengeving ingeroepen — om te verbergen dat zij de grond van de zaak raakte — dat er een „feitelijkheid” was of een krenking van evidente rechten, die zo evident waren dat zij in feite niet betwist waren.

(60) *R.W.*, 1977-78, 1641.

(61) *R.W.*, 1977-78, 832.

(62) Cfr., *Wissel en wisselverbintenis*, in *A.P.R.*, I, 839.

Dit schema wordt thans practisch overal over boord gegooid dank zij de overname van de leer van Meijers over het kort geding. Een nieuwe premisse wordt thans aanvaard: de rechter in kort geding doet uitspraak bij voorraad in alle spoedeisende zaken in de zin dat zijn uitspraak de rechter ten gronde niet bindt maar dit belet hem niet de rechten van partijen te onderzoeken. Het heeft wel enige jaren geduurd vooraleer Meijers' leer vanuit de rechtbanken van koophandel (van het ganse land) is opgeklommen naar de Hoven van Beroep en uiteindelijk in oktober 1982 is overgenomen door het Hof van Cassatie(63). De rechter in kort geding mag aldus uitspraak doen over de vermoedelijke rechten van partijen na hun belangen te hebben afgewogen.

Mijn derde en laatste voorbeeld is meer controversieel. Het betreft de rechten van de natuurlijke kinderen. Zowel vóór als na het Marckx arrest waren er heel wat stemmen opgegaan om in het Belgisch recht het wettelijk statuut van het natuurlijk kind te verbeteren. Nu het parlement weinig belangstelling had voor dergelijke problemen kan ik aannemen dat heel wat rechters de wens hadden de rechtspositie van natuurlijke kinderen in de casusposities die voor hen werden uiteengezet te verbeteren. De sprong die gemaakt is door de rechter *contra legem*, nadat het Marckx arrest was gewezen door het Europees Hof — sprong die ik persoonlijk afkeur — bleek in feite alleen maar mogelijk nadat de rechtsleer op een zeer algemene wijze gewezen had op de gevolgen van dergelijke sprong en het kader had geschetst van een rechtersrecht van het natuurlijk kind(64).

19. De rechter poogt niet alleen rechtvaardig te zijn, logisch en eerbiedig voor de wetgever: hij wenst ook te overtuigen. In zekere mate ontlast de praktijk zich van een alleen gedragen beslissingsverantwoordelijkheid door de terugkoppeling met de theorie en erft tegelijkertijd rechtvaardigingsoordelen die de vakgenoten kunnen overtuigen(65).

Een steun bij de *communis opinio* van de rechtsgeleerden is dus welkom. Nu weet ik ook dat elke dwaasheid een voorvechter heeft om haar te verdedigen. Hiervan bewust zoekt de rechtspraktijk,

(63) Cass., 21 oktober 1982, niet uitg.

(64) Vgl. de noot BOSSUYT, *R.W.*, 1977-80, 929 e.v.; RIGAUX, *J.T.*, 1979, 513 e.v.; Rb. Gent, 20 november 1980, *R.W.*, 1980-81, 2328.

(65) DUBISCHAR, *Theorie en praktijk in de rechtswetenschap*, S.W.U., 1978, p. 112.

enigszins onrechtvaardig, liever inspiratie bij de auteurs die wegens hun functie in de maatschappij (wie een gezagsfunctie uitoefent in de rechterlijke organisatie heeft meer dan een voetje voor op een universiteitsassistent) hetzij wegens hun algemeen bekende waarde veilig kunnen worden geraadpleegd en geciteerd. Vandaar ook een zekere voorkeur voor de overleden auteurs die wegens dat enkele feit reeds een bijkomend prestige genieten. Hiervan getuigt het dialoog in de *Ion's case* (2 Den. C.C. 475, 488): Metcalfe: „Mr Welsly, who may be cited as an authority, comments on the words „utter or publish”. Pollock C.B., „Not yet an authority”. Metcalfe: „It is no doubt a rule that a writer on law is not to be considered an authority in his lifetime. The only exception to this rule is perhaps the case of Justice Story”. Coleridge: „J. Story is dead”.

Vandaar ook waarschijnlijk de invloed van de auteurs die in de jeugd van de rechter — toen hij zijn opleiding kreeg — als de „*excellentissimi*” werden aangezien, wat meteen een deel van de uitleg is van het De Page-effect(66).

20. Tenslotte, om die beschouwingen over de denk- en werkmethode van de rechter te beëindigen, kan niet genoeg benadrukt worden dat de hedendaagse rechter constant in tijdsnood verkeert en daarom de meest bruikbare auteur zal citeren. Swift stelde zich reeds de vraag of de rechtspractici van de XVIIe eeuw de lawine van rechtboeken en wetten zouden overleven. De toestand is niet merkkelijk verbeterd. Om te overleven is de rechter aangewezen op een beperkt aantal rechtsbronnen waaraan hij stilaan meer en meer vertrouwen hecht terwijl hij zich ongemerkt afkeert van het overige.

III. WAARDE VAN DE INBRENG VAN DE RECHTSLEER

A. *De doctrine als informatiebron*

21. Doctrine is in hoofdorde informatie aan de rechtspracticus en als dusdanig onmisbaar. Doctrine schept zelf in zekere zin de rechtspraak door die te publiceren. Zonder publicatie is de rechterlijke

(66) De tendens terug te grijpen naar de magister van zijn jeugd werd ook opgemerkt door WALKER, D.M., *The role of judicial decisions and doctrine*, Baton Rouge 1974, p. 217.

beslissing alleen nuttig voor de gedingvoerende partijen: zij is in feite geen rechtsbron zolang zij niet is toegeëigend door de rechtsleer⁽⁶⁷⁾. Daarom is die bepaalde vorm van rechtsleer die erin bestaat rechtstijdschriften uit te geven zo belangrijk: de selectie van vonnissen en arresten oriënteert het rechtsleven.

Dit geldt zelfs voor de cassatiearresten die thans alleen maar volledig worden gepubliceerd in weinig gelezen en peperdure uitgaven: een tijdschrift als Rechtskundig Weekblad heeft de invloed van de cassatiearresten op de andere rechtscolleges aanzienlijk verruimd. De tijdschriften hebben ook bijgedragen tot de invloed van de leer van het Hof van Cassatie doordat zij meestal geen beslissingen publiceren die indruisen tegen cassatiearresten tenzij er hiertoe evidente gronden bestaan.

22. De rechtsleer geeft niet alleen leven aan de rechtspraak: zij geeft er ook reliëf aan, door de *ratio decidendi* te distilleren uit de beslissingen. Elke rechter in deze zaal zal wel ooit aangenaam verrast geweest zijn bij het lezen van annotaties onder zijn beslissingen wanneer die annotaties, door de *ratio decidendi* in een mooi daglicht te stellen, aan de auteur van de beslissing de *aura* geven van een vooruitziend en verstandig magistraat.

23. Zeer concreet wil ik nu even stilstaan bij de informatieve waarde van zekere vormen van rechtslitteratuur.

Een bijzondere plaats wordt ingenomen door de kronieken en inzonderheid die van het T.P.R. die onmisbaar zijn geworden voor de rechtspractici.

Zij zijn een teken des tijds doordat de rechtspracticus als eerste reflex heeft, te gaan kijken naar een kroniek die meestal de toestand weerspiegelt van de rechtspraak meer dan van de wetgeving. Dit letterkundig genre stelt wel strenge eisen: een kroniek die door te veel auteurs wordt geschreven verliest haar homogeniteit en overtuigingswaarde; een kroniek die een loutere inventaris is van beslissingen mist haar doel; een kroniek die stellingen contra doodswijgt wordt geïrriteerd van de hand gewezen.

De nederlandstalige tijdschriften en tweetalige tijdschriften hebben ook een beslissende bijdrage geleverd aan de rechtscreatie in België,

(67) SCALFI en ROMAGNOLI, o.c., l.c.

waarbij T.P.R. een heel bijzondere plaats inneemt. Opvallend en verheugend is dat die tijdschriften nu veel meer dan vroeger zijn doorgedrongen en gelezen worden in de anderstalige kringen, zodat de positieve creaties in het Noorden ook gekend zijn in het Zuiden en de onderlinge afwijkingen van rechtspraak zeer miniem blijven. Een geringere invloed komt ongetwijfeld toe aan de monografieën en ander meer gespecialiseerde werken. Dit fenomeen is geen Belgisch verschijnsel maar wordt overal ter wereld vastgesteld(68).

B. *De rechtsleer als kritische inbreng*

24. In mijn uiteenzetting heb ik pogen aan te tonen aan de hand van enkele voorbeelden dat de rechtsleer aan de oorsprong lag van een belangrijk aantal innovaties. Nu moet ik bij het naderen van mijn slot nagaan of die invloed positief en belangrijk is.

De doctrine geeft soms het hoofdthema aan, de rechtspraak de variaties, maar het hoofdthema is niet altijd erg bruikbaar. De rechter heeft een troef waarover de rechtsleer niet beschikt: het contact met de werkelijkheid die dag na dag de rechter tot realiteitszin dwingt terwijl de filosoof in zijn ivoren toren gevaar loopt de maatschappij van morgen te beschrijven doch die van vandaag te vergeten. De invloed van de Hamlets van de rechtslitteratuur die de koude mantel van de abstractie gooien op de rijkdom van het alledaagse leven is niet altijd even opmerkelijk.

Doctrine weerspiegelt daarenboven ook niet *per se* de volkswil. De auteur is een enkeling die zijn eigen opinie weergeeft die niet noodzakelijk overeenstemt met de „Volksgeschiedenis”: „the notion that the opinion of juristconsults are the developed opinion of the people is groundless”(69). De „Volksgeschiedenis” — steeds volgens Gray — draagt een stukje zwavel in zijn rechterbroekzak om reuma te bekampen en denkt dat beenhouwers niet mogen zetelen in een jury (*l.c.*, *o.c.*).

De auteur kan dus esthetisch mooi doch maatschappelijk pervers redeneren. Bepaalde buitenlandse voorbeelden tonen aan dat auteurs — wellicht nog veel meer dan rechters die concreet moeten beslissen over maatschappelijke conflicten — wat te vaak aansluiten bij af te keuren aspecten van het bewind of bij vooroordelen van de maat-

(68) Zie hierover, het algemeen rapport van SCALFI en ROMAGNOLI, in Rapport Association Capitaine, *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, p. 23.

(69) GRAY, J.C., *o.c.*, 91.

schappij. Zelfs in België durfde een geniale hoogleraar in 1891 het volgende schrijven: „Il n'est point pour l'organisation et l'avancement du droit de facteur plus puissant et plus décisif que la Race... Celle-ci doit être la base des réformes légales... Meyerbeer, Heine, Marx ne démentent pas l'étroitesse du cerveau Sémite... Qu'on envisage avec sang-froid la destruction des fortunes juives”(70).

Die waarschuwing heeft tot enig doel te bewijzen dat de auteur niet *per se* gelijk heeft en maatschappelijk nuttig denkt, ook al kan vastgesteld worden de laatste jaren, o.m. in de Nederlandstalige literatuur, dat de doctrine redelijk vooruitstrevend is geweest en wel in de lijn lag van de volksverwachtingen.

25. Dit negatief beeld is alleen de aanloop tot mijn positieve conclusie.

De wisselwerking tussen rechtscolleges en universiteiten is een van de positieve kenmerken geweest van ons rechtsstelsel. De rechters beslissen niet in het luchtledige: zij werken in een kontekst die uitgebouwd werd in universiteit en doctrine die op hun beurt de maatschappelijke en intellectuele ontwikkeling weerspiegelen. Daarenboven heeft de doctrine gezorgd voor de inbreng van buitenlandse rechtsinnovaties. Wellicht had dit laatste iets te maken met het feit dat België, een klein gebied in het hart van Europa, nooit de behoefte heeft gevoeld om voor alles een eigen oplossing te vinden waar de buurlanden betere oplossingen hadden gevonden. De inbreng van buitenlandse rechtsstelsels zowel op de wetgeving als op rechtspraak is indrukwekkend geweest en werd mogelijk gemaakt door de bemiddeling van de doctrine. In volledig autonome rechtsstelsels duurt het wel even voor buitenlandse ideeën doordringen: een afgeleid stelsel onthaalt beter de intellectuele rijkdom van anderen(71).

De specifieke inbreng van de nederlandstalige rechtsleer tot het hedendaags Belgisch recht situeer ik onder meer op dit gebied, en hiervoor is een korte terugkeer naar het verleden noodzakelijk; René Victor stelde zich de vraag in 1935 „wanneer op de Vlaamse akker de eerste vruchten zouden rijpen van de wetenschappelijke rechtsstudie”(72). Bij het lezen van „Een eeuw Vlaams rechtsleven” valt op

(70) *Pand. B.*, vol. 39, inl.

(71) SCALFI en ROMAGNOLI, *o.c.*, l.c.

(72) VICTOR, R., *Een eeuw Vlaams rechtsleven*, Brussel 1935.

hoe de zaken evolueerden. Wie dit boekje leest begrijpt beter hoe precair het Vlaams rechtsleven was in het begin van de eeuw. De Vlaamse cultuur (en zelfs in het algemeen de Belgische maatschappij) verschroeiide in de zon van de Parijse groepipool.

„Le flamand aurait pu disparaître comme le gaëlique” meent Risopoulos(73) en de verschuiving van de taalgrens naar het Noorden de laatste vier eeuwen die de Vlaamse entiteit tot bijna de helft deed inkrimpen wijst in dezelfde richting.

Wanneer het regende in Parijs druppelde het inderdaad in Brussel. Maar nadat het Hof van Cassatie — waarvan de Procureur Generaal nog in 1873 het Nederlands als een „idiôme incompréhensible” had gekwalificeerd — echt tweetalig was geworden, gebeurde er een ware explosie van rechtslitteratuur, in het spoor van een volwaardige taalemancipatie.

Twintig jaar geleden was de taal van de arresten en vonnissen in Vlaanderen enigszins opmerkelijk(74). Na twintig jaar T.P.R. zijn vonnissen en arresten leesbaar geworden.

Zij zijn niet alleen leesbaar: zij kunnen ook soms het vleugje humor hebben dat arresten en vonnissen genietbaar maakt. Hierin speelt wel de invloed van onze noorderburen door: van de plumpe ernst die opgedrongen werd aan de XIXe eeuwse rechter evolueert onze rechtstaal stilaan naar iets meer speelsheid en elegance.

Leesbaar en genietbaar: ook rijk aan inhoud. De rechtsleer in Vlaanderen heeft de deuren wijd open gegooid voor de nieuwe klanken van het Amerikaans, Duits en Engels recht. Het Belgisch recht heeft aldus een eigen aard gekregen en is beter voorbereid op de noodzakelijke integratie van de rechtsstelsels in Europa.

Wie thans het recht in België wil begrijpen zal aan de noodzaak de nederlandstalige rechtslitteratuur te lezen en te begrijpen niet voorbijgaan. Dit overtreft R. Victor's stoutste dromen van de jaren 30. Het wordt hoog tijd, dames en heren, dat na dit satisfecit aan de Vlaamse rechtsgemeenschap ik mijn toespraak beëindig, de raad indachtig die Eerste Voorzitter Chatel gaf aan zijn magistraten, onder verwijzing naar een artikel van Deprez dat de titel droeg: „Sois magistrat et tais-toi”(75). Dat ik die raad niet heb gevolgd is alleen

(73) *J.T.*, 1983, 50.

(74) Zie hierover de kritiek van LELIARD, J., *Het kleed van Temis*, Maarten Kluwer, 1979.

(75) *Revue trimestrielle de droit civil*, 1978, 515.

INVLOED OP RECHTSPRAAK

te wijten aan de bewondering die ik heb voor het tijdschrift dat wij vandaag vieren en voor het werk dat de Vlaamse rechtsleer heeft gepresteerd.