

# De rol van de cassatierechtspraak binnen de ontwikkeling van de rechtsvindingstheorieën, een historische evaluatie.

Peter Flamey

## HOOFDSTUK I: HET HOF PROMOVEERT VAN WACHTER TOT COORDINATOR.

Zoals vele van onze hedendaagse instellingen, is het Hof van Cassatie ontsproten uit de Franse Revolutie: in een poging om het Ancien Régime voorgoed te vergeten, wilden de eerste constituenten de nieuwe staat schoeien op een splinternieuwe leest: de - op filosofisch gebied reeds geruime tijd voorbereide en uitgewerkte '*gescheiden machtenleer*' - werd strikter toegepast naarmate het klimaat meer revolutionair was. Dit principe zou de nefaste gevolgen van een koninklijk absolutisme voorkomen doordat elke macht de andere controleert en elke machtsoverschrijding sanctioneert.

Nu gold dergelijke redenering evenzeer voor de Franse Parlementen, die, tijdens de periode der Lodewijks met wisselend succes, een niet geringe macht hadden verkregen door hun tweevoudige invloed op het wetgevende werk van die tijd: enerzijds stuurden zij remonstrances naar de koning naar aanleiding van een door hem uitgevaardigde ordonnantie - stilaan beschouwden zij dit als een bekrachtiging (1) -; anderzijds waren deze rechtbanken in staat arresten te vellen met algemene geldingskracht (*arrêts de règlement*) (2).

(1) De remonstrances werden gaandeweg een geducht wapen in handen van de parlementen. Deze (per rechtsgebied) hoogste rechterlijke instanties (te vergelijken met onze hoven van beroep) hadden zich - naast hun judiciale bevoegdheid - een belangrijk deel van 's konings macht toegeëigend. Na Lodewijk XIV, symbool van het koninklijk absolutisme, drukten de parlementen steeds meer autoritair hun stempel op de ordonnanties van de koning: via de techniek van de remonstrances waren de parlementen in staat opmerkingen te formuleren op alle nieuwe wetgeving. Wanneer de publikatie van de ordonnanties slechts plaats vond na het sturen der remonstrances, was het voor deze hoven nog een klein kunstje om hun tussenkomst als een bekrachtiging te interpreteren.

(2) Naast het beslechten van geschillen, konden de parlementen arresten vellen *erga omnes*, wat hoogst ongewoon is in een systeem van machtscheiding, maar in die tijd een logische voortgang van een evolutie die zou uitlopen op de Franse Revolutie, met alle staatsrechtelijke gevolgen van dien. Machtscheiding was een onbestaand begrip: met de Lodewijks begon een tijd van autocratische monarchie. Al wie - traditioneel adel en clerus - enigszins macht bezat, nam dit natuurlijk niet in dank af en knaagde, waar dit ook kon, aan de stilaan terug tanende macht van de heerser. Zo redeneerden de parlementen ook: hun tussenkomst in de wetgevingstechniek was hen ingegeven eerder uit eigenbelang dan uit bekommernis om het algemeen welzijn.

Het spreekt vanzelf dat de eerste grondwetgevers weigerig stonden tegenover ruime bevoegdheden van de hoven en rechtbanken, nu de nieuwe machthebber niet meer de koning maar de natie was. Vandaar dat de wetgevende macht, soeverein en vertegenwoordiger van de natie, gevrijwaard moest blijven van elke inmenging in haar machtsuitoefening. De stelling 'le pouvoir arrête le pouvoir' also tot het uiterste doorvoerend, richtte de grondwetgever het 'Tribunal de Cassation' op en gaf haar, als agent in dienst van de wetgevende macht, de taak mee de rechterlijke orde zorgvuldig te controleren.

Een dergelijke controlemaatregel lijkt alleen gerechtvaardigd als men de wetgevende macht ook als de *prioritaire* macht erkent; alleen dan is een waakhond niet overbodig. Bovendien was de tijdssfeer bijzonder gunstig voor het aannemen van zulke vooronderstelling: met het opstellen van de Code Civil groeide het vertrouwen in de wet, zo sterk, dat men het recht ging vereenzelvigen met de wet (legalisme) en het uitsluitend ging verklaren vanuit de wet (exegese).

De vraag hier aan de orde is: heeft het Belgische Hof van Cassatie een gelijkaardige taak te vervullen, nl. het ten alle prijze bewaken van de wet (nomofilachische opvatting), door constant na te gaan of de rechter ten gronde zich wel heeft beperkt tot het louter toepassen van de wet.

Logisch lijkt mij de werkwijze waarbij nagegaan wordt in welke *omstandigheden* het Hof tot stand is gekomen, om zo haar rol - in oorsprong - te kunnen aflijnen. Tevens vormt de mercuriale rede (1925) van procureur-generaal Paul Leclercq een interessant aanknopingspunt.

Hierin vertolkt Leclercq de mening dat het Hof, in navolging van het Franse Tribunal, eigenlijk niets anders is dan vertegenwoordiger van de wetgevende macht, in de gedaante van agent, spion, binnen het netwerk der rechterlijke macht (3).

In zijn rede van 1948 beklemtoont Leon Cornil standvastig dat hij zich op dit punt niet kan aansluiten bij zijn illustere voorganger. Het Hof is een zelfstandig orgaan van de rechterlijke macht (4), met specifieke bevoegdheden, nl. de evolutie van het recht in gezaghebbende en unifor-

(3) "(...) le Tribunal de Cassation de France de 1790 était un agent du pouvoir législatif et son héritière, la cour de cassation de Belgique, représentait, comme lui, le pouvoir législatif auprès du pouvoir judiciaire. (...) elle était chargée de surveiller l'oeuvre du pouvoir judiciaire et de ramener, le cas échéant, celui-ci au respect de la loi." CORNIL, L., *La Cour de Cassation. Ses origines et sa nature*, Brussel, 1948, 11; waar hij resumeert: LECLERCQ, P., *La Cour de Cassation*, Brussel, 1925, 36, 41 en 54-56.

(4) "C'est un tribunal, un organe du pouvoir judiciaire, que la Constituante a institué par la loi des 27 novembre - 1er décembre 1790. La cour de cassation de Belgique est, comme lui, un organe du pouvoir judiciaire; elle ne participe pas plus que les juridictions du fond du pouvoir législatif." CORNIL, L., *op. cit.*, 11.

merende banen leiden naar aanleiding van de schending van een wetsbepaling (5). De rechtspraak evolueert en wordt inzake een specifiek rechtsprobleem vaak pas constant wanneer zij de weldoende stem van het Hof gehoord heeft. Rechtspraak verrijkt aldus het recht, in zoverre het Hof hierin coördineert.

Wat betreft de plaats van het Hof, is Cornil formeel: *van in den beginne* kreeg het Hof een autonome taak, zonder plichtplegingen tegenover de wetgevende macht. Hierover, vindt hij - m.i. terecht -, neemt de grondwet en de organieke wet van 4 augustus 1832 alle twijfels weg (6): beide beklemtonen impliciet de rechterlijke aard van het Hof.

Art. 95 GW (installatie van het Hof) staat onder hfdst. III (De rechterlijke macht) van titel III (De Machten); de organisatie werd geregeld in titel I van de organieke wet inzake de rechterlijke orde, vóór titel II en III, handelend over respectievelijk de hoven en rechtbanken. Niet alleen vinden zowel de grondwet als deze belangrijke wet de plaats van het Hof evident, tevens lijken zij de belangrijkheid van haar taak te willen onderlijnen.

De wet moest - vanuit die eigentijdse visie - beschermd worden, de rechtbanken hierop gecontroleerd; en om dit te verwezenlijken beging de grondwetgever niet de fout deze censuur aan wetgevende of uitvoerende macht toe te vertrouwen, maar aan de rechterlijke orde zelf (7). Een tikkeltje ironisch wijst Cornil erop dat "wanneer de teksten duidelijk zijn - in casu de grondwet en de organieke wet -, het beroep op de voorbereidende werken wegvault", waarop Leclercq steunt om het Hof het karakter van agent toe te schrijven (8). Leclercq verdedigde immers zelf met brio deze - typisch exegetische - hermeneutiek!

Een vergelijking van de houding der constituenten in Frankrijk en België t.o.v. de rechterlijke macht leidt tot een interessante vaststelling: waar de constituanten van 1789, de vroegere macht der parlementen uit het Ancien Régime indachtig, reeds wantrouwig stond t.o.v. de rechterlijke macht, kende België deze historische factor niet. Het Nationaal Congres had dan ook het grootste vertrouwen in de kersverse instellingen der rechterlijke macht (9). Waarom dan nog spioneren?

(5) "(...) il est socialement indispensable que nous conservions (cette autorité morale) pour nous acquitter de notre tâche de conducteurs de l'évolution du droit." CORNIL, L., *a.w.*, 43.

(6) "Depuis lors, la loi du 18 juin 1869 a codifié l'organisation judiciaire belge: l'intégration de la cour de cassation dans le pouvoir judiciaire y apparaît avec la force d'un dogme échappant à toute discussion." CORNIL, L., *a.w.*, 12.

(7) "Cette censure des tribunaux, la Constituante ne l'a confié ni au pouvoir exécutif ni, ce qui aurait pu davantage la séduire, au pouvoir législatif, dont elle assurait la prédominance: elle a eu la sagesse - et c'est là un de ses titres de gloire - de vouloir que se soit le pouvoir judiciaire qui se censure lui-même (...)" CORNIL, L., *a.w.*, 26.

(8) CORNIL, L., *a.w.*, 13.

(9) "A l'opposé des Constituants de 1789, les membres de notre congrès national et de nos premières chambres avaient la plus grande confiance dans le pouvoir judiciaire (...)"

Een consequentere toepassing van het beginsel van de scheiding der machten - fundament van onze grondwet - leidde overigens in 1865 (10) tot de afschaffing van het systeem waarbij de wetgevende macht tussenkwam ingeval van blijvende onenigheid tussen het Hof en de jurisdicties ten gronde.

Over één punt mag men het reeds eens zijn: het Hof heeft *nooit* de *vermeende* taak van agent van de wetgevende macht meegekregen. Zelfs voor het Tribunal de Cassation in Fr. heeft Cornil hieromtrent zijn twijfels. Rijst derhalve de vraag: vanwaar dan deze taaktoewijzing?

Zoals reeds aangestipt, verraadt een tijdsbeeld veel: in de prille beginjaren van het Koninkrijk België kende de 'exegetische school' haar gouden decennia (11). De euforie na de uitvaardiging van de Code Civil was groot, de toekomst van de wet veelbelovend. En toch werden de verwachtingen niet ingelost; de wet bleek meer deficiënties te bezitten dan ze ooit had laten vermoeden. De karige taak die de hoven en rechtbanken was toegevoegd - het mechanische toepassen van de wet - bleek stilaan onvoldoende en bijgevolg inefficiënt om de groei van het recht te verzekeren. Een dergelijke denksfeer liet een - eerder geschetste - visie omtrent het Hof toe. Wanneer een aantal rechtstheoretische vooroordelen (o.a. het recht in de wet; de rechter is 'la bouche de la loi'; prioritaire positie van de wetgevende macht) (12) echter minder stellig komen te staan, verliest zulke opvatting tenslotte haar bestaansvoorwaarde.

En zoals een nieuwe rechtsdogmatiek steeds de oude vervangt, ruimde het exegetische denken veld voor een meer functioneelgericht rechtsdenken, waar het doel van het recht, nl. het bereiken van belangen en waarden, centraal staat (13). Toch was Leclercq nog zodanig doordrongen van dit diep gewortelde rechtstheoretische model (bijna een eeuw lang!), dat hij zich blijkbaar niet bewust was van het anachronisme én de (rechtstheoretische) tegenstrijdigheid die zijn stelling verborg. Ook Rigaux kan moeilijk aannemen dat Leclercq op dit punt nog zo dacht (14). Heel scherp komt

(...) ils n'ont plus songé à faire surveiller la cour de cassation par le pouvoir législatif; (...)"  
CORNIL, L., *a.w.*, 19.

(10) Wet van 7 juli 1865 inzake 'dubbele cassatie'.

(11) PERELMAN, C., *Juridische logica als leer van de argumentatie*, Antwerpen, 1979, 43.

(12) Cornil spreekt van een "prédominance de fait du pouvoir législatif", CORNIL, L., *a.w.*, 14.

(13) Perelman merkt zeer terecht op dat - in zijn poging om de verschillende fases in het juridische redeneren in het continentale recht af te lijnen - een indeling steeds aan een vrij schematische visie op de werkelijkheid beantwoordt, derhalve zeer vereenvoudigd en alleen voor een beter methodologisch begrip bruikbaar is. PERELMAN, C., *a.w.*, 41.

(14) "Bien qu'elle (visie van Mathieu Leclercq inzake de controle van het Hof) ait été reproduite par Paul Leclercq dans sa mercuriale de 1925, on ne peut croire qu'il se soit approprié cette conception exégétique du contrôle de légalité." RIGAUX, F., *La nature du contrôle de la Cour de Cassation*, Brussel, 1966, 364.

hier naar voor dat de procureur-generaal dacht en sprak onder 'dogmatische druk', zoals elke jurist dit vrijwel onbewust doet (15).

Het Hof werd in haar omschrijving rechtstreeks bepaald door het gangbare juridische model. Pas wanneer een nieuw model ingang vindt en uiteindelijk algemeen aanvaard is, dringt een aanpassing van het Hof zich op. Maar de impact van zo'n model is ongemeen groot, en het was dan voor Leclercq ook onwaarschijnlijk moeilijk om uit haar greep te geraken. Hij was het zichzelf gewoon verplicht het Hof aldus te tekenen.

Tenslotte moeten we nog even terugkomen op de specifieke taak die het Hof overhoudt, wanneer wij de 'spion-theorie' verlaten. In het besluit van zijn rede is Cornil overduidelijk: vanuit een nieuwe opvatting over recht en rechter, werken de rechtbanken volmondig mee aan de uitbouw van het recht. Hierin functioneert het Hof richtinggevend (16).

Nog uitdrukkelijker wijst Rigaux op de *accentverschuiving* in de taak van het Hof: niet meer het quasi-passioneel beschermen van de wet, maar de eenheid van de rechtspraak en uiteindelijk het recht, *naar aanleiding van* een schending, staat centraal (17). De dieperliggende 'modelverschuiving' is hier niet vreemd aan: het exegetische tijdperk moet wel definitief tot het verleden behoren.

Het verschil voor een outsider lijkt gering, maar is het niet: het Hof heeft - zij het wellicht vertraagd - terug voeling met de evolutie in de rechtsvinding.

## HOOFDSTUK II: HET HOF IN DE BRANDING VAN HET TOPISCHE DENKEN.

Het einde van de tweede wereldoorlog betekende opnieuw een ommekeer in de opvattingen over recht en rechter, veel radikaler dan de zwenking die de eeuwwisseling kende met de intrede van het functionele denken. De teleologische, meer sociologisch gerichte visie had het juridisch - en

(15) BROEKMAN, J., *Mens en mensbeeld van ons recht*, I, Leuven, 1979, 69.

(16) "De la participation des tribunaux à l'élaboration du droit, que nous étions destinés à empêcher, nous avons pris la direction (...)" CORNIL, L., *a.w.*, 42.

(17) "Au contraire, loin de concevoir le contrôle de légalité comme une protection de la loi, les auteurs soucieux de voir la Cour de Cassation se consacrer à sa mission essentielle, le maintien de l'unité de jurisprudence, engagent la juridiction suprême à unifier et, le cas échéant, à redresser les solutions que les cours et tribunaux élaborent soit pour interpréter la loi, soit pour en combler les lacunes. Consistant à dire le droit et non seulement à appliquer la loi, l'oeuvre juridictionnelle s'accomplit sous la direction et la coordination de la Cour de Cassation, organe suprême du pouvoir judiciaire." RIGAUX, F., *a.w.*, 365.

tegelijkertijd filosofisch (1) - positivisme met het juridische denken gemeen. Inzoverre de 'letter van de wet' en de 'wil van de wetgever' nog een toepassing inhielden van een zuiver positivistisch rechtsdenken, kunnen beide visies aan elkaar verwant genoemd worden, in hun gezamenlijke stellingname tegenover een universele rechtsleer. Het juridische denken na 1945 - waarbij het proces van Neurenberg een niet te onderschatten rol heeft gespeeld (2) - rekende echter definitief af met het positivisme en rehabiliteerde het *verbannen rechtvaardigheidsbegrip*.

Op de vraag of deze reactie een herleving van het natuurrecht en een terugkeer tot de universele rechtsleer uit de 17de en 18de eeuw betekende, antwoordt Perelman genuanceerd: wanneer hiermee de positivistische rechtsopvatting, uitdrukking van de willekeurige wil van de soeverein, verworpen wordt, kan men spreken van een terugkeer naar een waardenfilosofie, vervat in het natuurrecht van eertijds (3).

Maar het klassieke, rationalistische natuurrecht had een ambitieus programma, nl. het opstellen van éénduidige principes met universele draagwijdte. De praktijk van Neurenberg had hiermee nog weinig gemeen: het beroep op algemene rechtsbeginselen had een specifiek doel: de leemte die het wets- en later het rechtspositivisme vertoonde, opvullen.

Zo werden deze ongeschreven beginselen een nieuw element in de rechtsvinding. En zoals steeds, heeft een evolutie in het denken omtrent het recht een aanpassing van de rechterlijke taaktoewijzing voor gevolg.

Stelt zich de vraag: sluit het Hof van Cassatie zich aan bij deze evolutie in de rechtsvindingstechniek, waarbij het gebruik van *juridische topica* als juridische factor (4) in de besluitvorming het rechtvaardigheidsgehalte van de beslissing poot te vergroten?

Een verduidelijking der begrippen is hier vooreerst op zijn plaats.

In de titel van zijn werk toont Struck duidelijk de dubbele functie van de juridische topica aan: standpunt, én argument om de aangekleefde stelling te verdedigen (5). Zijn catalogus bevat 64 'topoi': algemene rechtsbeginselen, maximes (6) en fundamentele waarden.

(1) "Het juridisch positivisme stelt zich op tegen elke natuurrechtstheorie en is verbonden met het wijsgerig positivisme, de afwijzing van elke waardenfilosofie." PERELMAN, C., *a.w.*, 101.

(2) De zwarte herinneringen aan de criminele, nationaal-socialistische staat en de weerzinwekkende misdaden van de Nazi's deden blijkbaar vele positivisten de ogen opengaan: de wet is geen wet meer, indien ze niet rechtvaardig is. Algemeen nam men aan dat het Nazi-regime meer weerstand zou ondervonden hebben, vanuit een steviger natuurrechtsdenken. De eis tot gerechtigheid was dan ook tijdens het proces van Neurenberg de belangrijkste - en totaal nieuwe - drijfveer om de leiders van Hitler-Duitsland te berechten.

(3) PERELMAN, C., *a.w.*, 106.

(4) VAN GERVEN, W., *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. Algemeen Deel*, Antwerpen, 1973, 16.

(5) STRUCK, G., *Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit*, Frankfurt, 1971.

(6) "Alhoewel zij uiteraard verschillen van algemene rechtsbeginselen, vertegenwoordigen

Ook Leyten onderlijnt onomwonden de specifieke aard en hiermee automatisch het belang van topiek in het rechtsvindingsproces: de topos is een gezichtspunt van algemene aard, met waarschijnlijkheidswaarde (omwille van de cultuurhistorische bepaaldheid), en is tevens - hier zit het eigenaardige van de topos - probleemgebonden (7).

Kan het Hof nu casseren wegens schending van een algemeen rechtsbeginsel?

Een aanwijzing vinden we in art. 9 van de wet van 25 februari 1925 (inzake de rechtspleging in verbreking in burgerlijke zaken) (8): het cassatiemiddel moet de vermelding bevatten van de -volgens de eiser - geschonden 'wetbepalingen'. De aard van de rechtskwesties, bij het Hof aanhangig, is hier ondubbelzinnig bepaald: alleen schending van de wet vormt een grond tot cassatie.

In 1952 kon het wetsontwerp tot wijziging van de rechtspleging in verbreking hier iets aan veranderen: het C.E.R.E. (9) had immers voorgesteld 'wetsbepalingen' te vervangen door 'rechtsregels'.

Ter motivatie wees het centrum op de evolutie in de begrippen als wet, recht en rechtspraak (10). Het voorstel werd niet aanvaard. Toch wel tekenend voor de denkeconomie van de jurist is de uitleg die Cornil hiervoor gaf: een dergelijke - wezenlijke - verandering in de rechtspleging van het Hof had ellenlange discussies in het Parlement uitgelokt en paste

de maximes standpunten, waarmee de juridische traditie rekening houdt en leveren zij argumenten, die de nieuwe methodologie niet naast zich kan neerleggen. Zij zoekt immers naar een verzoening van trouw aan het systeem met het redelijke en aanvaardbare karakter van de beslissing." PERELMAN, C., *a.w.*, 126.

Over maximes zegt Ganshof van der Meersch, De Page citerend, het volgende: "Maximes in het recht zijn rechtsspreuken. De oudsten, die men ook 'adagia' noemt, behoren tot het «corpus iuris». Het zijn bondige formules, korte synthese, die het resultaat zijn van ervaring en traditie. Ze halen hun krediet uit hun ouderdom en hun lapidaire vorm. Vanuit een vormelijk standpunt zijn het briljante, bondige en treffende formules, meestal in het Latijn. Vanuit een inhoudelijk standpunt zijn het algemene waarheden, die geen oog hebben voor uitzonderingen en ook niet voor de evolutie van het recht. Heel wat maximes zijn dus onvolledig, meestal onzeker, ja zelfs onjuist, en soms volledig tegenstrijdig met de wet. (...)" GANSHOF VAN DER MEERSCH, W., *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, Bruxelles, 1970, 51, 52.

(7) De contradictie die de juridische topica bij hun ontleding vertonen, wordt op een originele manier verhelderd: "(...) Wel kan ik mij voorstellen, dat zo'n topos, dat als algemene niet toegepaste uitspraak met waarschijnlijkheidswaarde weinig te betekenen heeft, aan en door het probleem een scherpe betekenis kreeg en op zijn beurt het probleem verhelderde. Het heeft mij moeite gekost in te zien, dat die verscherping en verheldering nu juist in the heart of the matter stonden, omdat hun wederkerige beïnvloeding minstens kon leiden tot het vinden van een nieuwe wel algemene, maar toch meer gedetailleerde regel, die ook voor toekomstige gevallen een redelijke oplossing zou bieden." LEYTEN, J., *Theorie en praktijk van de rechtsvinding. Rechtspraak en topiek*. Antwerpen, 1977, 40.

(8) Later overgenomen in art. 1080 Ger.W.

(9) Centre d'Etudes pour la Réforme de l'Etat.

(10) C.E.R.E., *Réforme de la procédure*, III, 276, 288, 293.

trouwens niet in het kader van het wetsontwerp. Het ging immers om 'lichte' wijzigingen van meer praktische aard (11)... Zonder het te weten begaat Cornil hier omzeggens de zelfde fout als diegene die hij 4 jaar geleden Leclercq verweet: waar hij toen ijverde voor een hoognodige taakherschrijving van het Hof, acht hij die nu totaal overbodig. Een wellicht interessante en revelerende dialoog in de Kamers werd angstvallig vermeden doordat de ontwerptekst hen die kans niet gaf.

Een keerpunt vormt de mercuriale rede (1970) van procureur-generaal Ganshof van der Meersch: vertrekkend vanuit een karakteromschrijving en plaatsbepaling van de algemene rechtsbeginselen binnen het geheel der rechtsvinding (12), pleit hij voor een ontvankelijkheidsverklaring vanwege het Hof bij de schending van een algemeen rechtsbeginsel, ondanks de strikte bepaling van art. 1080 Ger.W.

Niet alleen doen de rechtsleer en de rechtspraak van onze landen steeds meer beroep op dergelijke beginselen, tevens heeft het Hof zich reeds verschillende malen uitgesproken over de draagwijdte - en aldus het positiefrechtelijk karakter - van een aantal algemene rechtsbeginselen (13).

Waar ligt tenslotte het unieke belang van een dergelijke houding vanwege het Hof?

Het dwingende, positiefrechtelijke karakter van algemene rechtsbeginselen doet de tegenstelling tussen legalistisch recht en natuurrecht vervagen. Zij vormen het precaire evenwicht tussen legaliteit en gerechtigheid

(11) "De doctrinale waarde van de suggestie van het C.E.R.E. is de opstellers van de tekst - die het ontwerp is geworden - niet ontgaan, doch zou ik durven zeggen dat het misschien deze doctrinale draagwijdte is die hen er toe gebracht heeft ze te verwerpen. Zij wilden zodra mogelijk een reeks hervormingen van praktisch nut gestemd zien waarover de partijen akkoord waren en zij hebben die verwezenlijking niet in gevaar willen brengen door innovaties in te voeren waarvan de bespreking zeker de susceptibiliteit van het Parlement zou gewekt hebben en aanleiding zou gegeven hebben tot lange en theoretische gedachtenwisselingen over de respectieve perken van de Wetgevende Macht en de Rechterlijke Macht." CORNIL, L., *Het Hof van Verbreking. Lichte wijzigingen aan de rechtspleging*, Brussel, 1952, 22.

(12) "Algemene beginselen, die zelfs bij afwezigheid van een tekst van toepassing zijn, zijn geen schepping van de rechtspraak en mogen niet verward worden met eenvoudige overwegingen van billijkheid. Het zijn ook geen gewonterechtelijke regels: de rechter verwijst niet naar de standvastigheid van hun toepassing, wanneer hij ze toepast of hun toepassing controleert. Zij hebben de waarde van positief recht; hun gezag en hun kracht is niet aan een geschreven regel gebonden. Zij bestaan buiten de textuele vorm, wanneer de tekst ernaar verwijst; de rechter spreekt ze uit, hij stelt hun bestaan vast..Dit betekent dat het vaststellen van algemene rechtsbeginselen geen vrij wetenschappelijk onderzoek toelaat. Zij vormen zich buiten de rechter om, maar eenmaal gevormd, dringen zij zich aan hem op. De rechter moet hun eerbiediging verzekeren." GANSHOF VAN DER MEERSCH, W., *a.w.*, 43, 44.

(13) Cass., 2 mei 1961, *Pas.*, 1961, I, 926-928; Cass., 21 mei 1963, *Pas.*, 1963, I, 1010 (beide inzake het recht op verdediging); Cass., 16 november 1961, *Pas.*, 1962, I, 333 (inzake de theorie van het rechtsmisbruik).



(14). Maar om een regel van positief recht te worden, moet een algemeen beginsel door een rechterlijke instantie bekendgemaakt (15), gepreciseerd en begrensd worden.

Zal het Hof, dat tot dan toe (1970) eerder *fictief* een beroep op een wettekst deed, deze omweg niet meer gebruiken en rechtstreeks het bestreden arrest vernietigen ingeval van schending van een rechtsbeginsel?

Sinds het arrest van 13 januari 1970 (16) lijkt het die weg te zijn opgegaan. Het gebruik van deze fictie bewijst slechts nogmaals dat het Hof schoorvoetend haar positivistische denkwijze opgeeft. In de *branding* van een nieuw rechtsdenken is de dogmatische druk die uitgaat van een juridisch denkmodel steeds *maximaal*: de verdedigingsmechanismen weigeren pas dienst als het nieuwe model het bolwerk van het oude de genadeslag heeft toegebracht door een zo algemeen mogelijke acceptatie.

De rechtstheoretische fundamenten van het aktueel bestaande en toegepaste recht worden wel eens vergeten. De macht van de gewoonte kweekt immers altijd een geruststellende evidentie. Het lijkt wel een wezenskenmerk van de jurist te zijn - waarzonder zijn werkerterrein zienderogen inkrimpt -, dit niet bewust zijn omtrent aangenomen axioma's. Of gaat hij niet helemaal vrijuit, door dit stilzwijgen niet te willen doorbreken...

Daarom zijn juridische dissidenten nooit graag geziene gasten binnen het bestaande rechtstelsel, en halen zij aanvankelijk enkel Pyrrusoverwinningen: alleen de algemene rechtsbeginselen deden heel voorzichtig hun intrede in de cassatietechniek, wellicht omwille van hun nog juridisch-technische doelmatigheid.

### HOOFDSTUK III: HET HOF VAN GERECHTIGHEID. EEN BESLUIT.

Gerechtigheid ligt vaak in de mond van de jurist. Het recht pretendeert wel eens de samenleving te ordenen in rechtvaardigheid. En toch lijkt het verband tussen recht en gerechtigheid niet zo nauw te zijn als men meestal

(14) "Het grote voordeel van de juridische topica ligt in het feit, dat zij dogmatisch en praktisch niet tegenover elkaar plaatsen, maar integendeel toelaten een juridische methodologie te ontwerpen, die haar inspiratie vindt in de praktijk en richting geeft aan juridische redeneringen, die het recht niet tegenover de redelijkheid of de rechtvaardigheid stellen, maar integendeel zullen trachten ze tot eenheid te brengen." STRUCK, G., *a.w.*, 64, 65.

(15) Ganshof van der Meersch drukt erop dat "de rechter (hieromtrent) slechts een declaratieve taak heeft." GANSHOF VAN DER MEERSCH, W., *a.w.*, 97.

(16) Cass., 13 januari 1970, *Pas.*, 1970, I, 399.

uitroept (1). Daarvoor staat een lange periode van positivistisch denken borg.

Wanneer de rechtvaardigheidsidee niet langer uit de rechtswetenschap uitgesloten wordt - zoals Kelsen dit zag in zijn 'reine Rechtslehre' -, maar integendeel poogt het recht te doordringen, is de problematiek van de verhouding recht-rechtvaardigheid weer brandend nieuw. Het functionele denken beschouwde het recht als middel, instrument om bepaalde doeleinden te bereiken. Maar het gebruik van waarden in de besluitvorming, los van een wilsvaardigheid van de wetgever, was nog ondenkbaar. De textuele, formele en aldus positivistisch-beperkte visie op het recht liet geen vrij waardedenken toe. De brute feitelijkheid van de tweede wereldoorlog versnelde echter de 'renaissance van het natuurrecht'. Waarden, als ethische elementen in de besluitvorming, doorkruisen steeds intensiever het recht en bepalen er de kwaliteit van. Hoe sterk de ontpositivering in het recht is doorgedrongen, wordt duidelijk aan de hand van de inbreng van de gerechtvaardigheidsidee in de motivering van een vonnis.

Moet de beslissing van de rechter alleen maar passen binnen de wet, of ook binnen de luid verkondigde eis tot gerechtigheid? Een antwoord op deze vraag bepaalt tevens de draagwijdte van art. 97 GW als grond tot cassatie.

In zijn mercuriale rede (1978) verwerpt eerste advocaat-generaal Dumon elke meer dan formele interpretatie van de motiveringsplicht: de rechter moet zijn beslissing motiveren; hoe hij dit doet, is van ondergeschikt belang (2).

Zuiver formeel is de motivering al niet: de rechter moet antwoorden op de door de partijen in hun conclusie opgeworpen middelen. En dan lijkt Dumon een onderscheid te willen maken tussen 'antwoorden op de eis' en 'goed, terzake dienend antwoord op de eis', waarbij de laatste formulering

(1) In dit verband wijst Tammelo op de in het oog springende discrepantie tussen het veelvuldige gebruik van het woord 'rechtvaardigheid' door de jurist (als terminologie om over het recht te spreken, in belangrijke juridische teksten en in de motivering van rechterlijke beslissingen) en het stilzwijgen omtrent de betekenis van het begrip binnen het recht. Hiervoor heeft hij een specifieke reden: "Zodoende heeft de terughoudendheid bij de juristen tegenover de gerechtigheid minder te maken met het feit, dat zij de populaire gemeenplaatsen en hoogdravende, uit de mond van de politici komende woorden over de gerechtigheid verachten, als wel, dat zij ongaarne de grenzen van hun traditioneel arbeids-terrein overschrijden en de bodem van de zuivere theorie of zelfs van de filosofie betreden, waarop zij zich wel vreemd moeten voelen." TAMMELO, I., *Theorie van de gerechtigheid*, Antwerpen, 1979, 57, 58.

(2) "Daarom brengen talloze arresten van uw Hof in herinnering - zulks is geregeld noodzakelijk - 'dat een arrest overeenkomstig artikel 97 GW met redenen is omkleed, wanneer de rechter duidelijk en ondubbelzinnig de redenen opgeeft, ook al zijn zij onjuist of onwettig, waarom hij derwijze heeft beslist'; dat 'de verplichting de vonnissen en arresten met redenen te omkleeden een vormvereiste is (...)'. " DUMON, F., *De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten*, R.W., 1978, 262.

een miskenning van de betekenis van art. 97 GW zou betekenen (3). Is het verschil wel relevant: een antwoord op de eis van de partijen is per definitie terzake, of is geen antwoord.

De recente evolutie in de terminologie van het cassatiemiddel (4) beschouwt Dumon als een 'onverantwoorde afwijking' die tot betreurenswaardige verwarring' leidt.

De behoefte om het recht te ontdoen van haar formele overlast, komt wel het duidelijkst tot uiting in de motiveringsplicht, meer specifiek in de verwachtingen die de justiciabele stelt t.a.v. de rechter, wanneer het erop aan komt de genomen beslissing aanvaardbaar te maken.

Naast de rechtszekerheid, als - traditionele - rode draad doorheen het recht, verschijnt nu, met steeds grotere aanmatiging, de eis tot rechtvaardigheid ten tonele. Maar beide waarden hebben blijkbaar nog te zeer het karakter van antipode om samen vreedzaam het recht te leiden. Dat motiveren niet slechts een zaak is van 'systeemcontrole', maar ook- en eigenlijk vooral- legitimatie t.o.v. de rechtsonderhorige, is uitgemaakt. Consequent deze lijn doortrekken a.h.v. een karakterherschrijving van de rechterlijke motivering, vraagt veel meer moeite en moed.

De uiteenzetting van Dumon betreffende de aard en omvang van de motiveringsvereiste geeft wellicht de kans om verder te illustreren wat stilaan zichtbaar wordt, nl. de *weerstand* die van een *juridisch denkmodel* uitgaat, telkens wanneer het Hof zich poogt aan te passen aan de evolutie in de heersende rechtsopvattingen.

De - mij althans - intrigerende vraag of het Belgische Hof van Cassatie geëvolueerd is (en indien zo, in hoeverre) onder impuls van de diepgaande ontwikkelingen die de rechtsvinding kende, leidde tot de geenszins verbazende vaststelling dat die aanpassing weliswaar altijd plaats vond, maar steeds vertraagd.

De overgang van het exegetische naar het functionele denken ging uiterst moeizaam; de inbreng van de topiek in het recht schreeuwt om erkenning. En een vaststelling vraagt een verklaring.

Die werd mij geleverd door de theorie van de dogmatische druk, de ontbrekende schakel in het noodzakelijke verband tussen een visie omtrent de taak van het Hof en het gangbare rechtstheoretische model.

(3) "Kon men aan de uitdrukking 'passend antwoord', die het Hof gebruikt, de betekenis geven van 'goed' antwoord of 'ter zake dienend' antwoord, dan zou dat betekenen dat ons hoogste gerechtshof, bij zijn controle op de inachtneming, door de feitenrechter, van het voorschrift van art. 97 GW, de betekenis en de draagwijdte, ja zelfs de aard zelf, van deze grondwetsbepaling zou miskennen!" DUMON, F., *a.w.*, 271.

(4) "Tijdens de laatste jaren werden aan het Hof veel middelen voorgedragen die zijn afgeleid uit de schending van art. 97 GW, 'doordat' de bestreden beslissing berust op 'een niet ter zake dienende motivering' of op 'niet passende gronden (...) zodat de beslissing dan ook niet naar behoren is gemotiveerd', het vonnis of het arrest 'niet genoegzaam', 'niet voldoende naar recht' is gemotiveerd of 'niet op overtuigende wijze is verantwoord'." DUMON, F., *a.w.*, 263.