

RECHTERLIJKE RECHTSVINDING EN DE PERSOON VAN DE RECHTER

HOE VERLOOPT HET BESLISSINGSPROCES VAN RECHTERS IN
DE MOEILIJKE GEVALLEN EN WAT IS DE RELEVANTIE VAN DE
PERSOON VAN DE RECHTER DAARBIJ?

Aantal woorden: 39240

Loise Waithira

Studentennummer: 01507365

Promotor(en): Prof. dr. Piet Taelman

Masterproef voorgelegd voor het behalen van de graad master in de rechten

Academiejaar: 2019 – 2020

VERTROUWENSCLAUSULE

Ondergetekende verklaart dat de inhoud van deze masterproef mag geraadpleegd en/of gereproduceerd worden, mits bronvermelding.

Loise Waithira

DANKWOORD

Aan mijn promotor Piet Taelman, ik zal u voor eeuwig dankbaar zijn om mij er vooral aan te herinneren dat ik mijn eigen stem mag laten horen.

Aan de rechters die ik mocht interviewen, het was een eer om te ervaren dat Vrouwe Justitia uiteindelijk niet zo blind is. Indien alle rechters zoals jullie zijn, dan heb ik meer hoop in justitie.

Aan mijn mama, mijn dankbaarheid voor jouw onvoorwaardelijke steun gedurende de voorbije maanden en jaren is niet vatbaar voor woorden.

INHOUDSTABEL

INLEIDING	8
SYNTHESE	8
METHODOLOGIE	9
DEEL I: RECHTERLIJKE RECHTSVINDING	10
HOOFDSTUK 1: HET BELEID VAN DE RECHTER	11
1.1 <i>Definitie</i>	11
1.2 <i>De rechter en de (rechts)regel</i>	12
1.3 <i>Het proces van rechtsvinding – Een beredeneerde waardeoordeel</i>	12
HOOFDSTUK 2: DE DRIE STATEN VOLGENS MONTESQUIEU	16
2.1 <i>Definitie</i>	16
2.2 <i>De rechter en de (rechts)regel</i>	16
2.3 <i>Het proces van rechtsvinding – De vergelijkingsmethode</i>	17
HOOFDSTUK 3: RECHTSPREKEN IS KIEZEN	21
3.1 <i>Definitie</i>	21
3.2 <i>De rechter en de (rechts)regel</i>	21
3.3 <i>Het proces van rechtsvinding - De kwadratuur van de cirkel</i>	22
HOOFDSTUK 4: DRIE IJSBERGEN SAMENGESMOLTEN	26
HOOFDSTUK 5: RECHTSVINDING IN DE PRAKTIJK.....	28
5.1 <i>Rechtsvinding, rechtstoepassing en rechtsschepping</i>	28
5.2 <i>De strijd voor de rechter</i>	29
5.3 <i>De creatieve rechter</i>	30
5.4 <i>De technische en de empathische rechter</i>	33
5.5 <i>Van rechtseenheid gesproken</i>	36
HOOFDSTUK 6: LAW IN THE BOOKS VS. LAW IN ACTION	39
6.1 <i>De theorie klopt, maar</i>	39
6.2 <i>De rechter heeft het laatste woord</i>	41
DEEL II: DE PERSOON VAN DE RECHTER	45
HOOFDSTUK 1: EXTERNE INVLOEDEN OP HET BESLISSINGSPROCES	45
HOOFDSTUK 2: DE RECHTER DENKT ZOALS IEDER VAN ONS	47
2.1 <i>Thinking, fast and slow</i>	47
2.2 <i>Blinking on the bench: How judges decide cases</i>	48
HOOFDSTUK 3: DE RECHTER DENKT ANDERS	50
3.1 <i>Judging the judiciary by numbers</i>	50
3.2 <i>Bias & judging</i>	51
HOOFDSTUK 4: PRAKTISCHE TOEPASSING - DE ALLEENZETELLENDE RECHTER	53
4.1 <i>Drie zijn beter dan één?</i>	53

DEEL III: ALGEMEEN BESLUIT	57
HOOFDSTUK 1: SLOTSOM	57
HOOFDSTUK 2: AANBEVELINGEN.....	60
BIJLAGEN	62
BIJLAGE 1: INTERVIEWS	62
<i>Rechter A (M – 1^e aanleg - BZ)</i>	62
<i>Rechter B (M – 1^e aanleg - SZ)</i>	67
<i>Rechter C (V – 1^e aanleg - BZ)</i>	70
<i>Rechter D (V – Vrederecht)</i>	72
<i>Rechter E (V – HVB – BZ)</i>	75
<i>Rechter F (M – 1^e aanleg – SZ)</i>	78
BIJLAGE 2: INFORMATIEFORMULIER	82
BIJLAGE 3: TOESTEMMINGSFORMULIER	83
BIJLAGE 4: FRAMING AND THE JUDICIARY (SAMENGEVAT).....	84
BIJLAGE 5: INSIDE THE JUDICIAL MIND (SAMENGEVAT)	86
BIBLIOGRAFIE (AFGEKORTE BRONNEN)	87
WETGEVING.....	87
RECHTSPRAAK.....	87
<i>Interne rechtspraak</i>	87
<i>Buitenlandse rechtspraak</i>	88
RECHTSLEER	89
<i>Boeken</i>	89
<i>Bijdragen in tijdschriften</i>	90
<i>Masterproeven</i>	92
ONLINE BRONNEN	92

Lijst van belangrijke afkortingen en symbolen

AG = Advocaat-generaal

CEPEJ = European Commission for the Efficiency of Justice

EHRM = Europees Hof voor de rechten van de Mens

HRJ = Hoge Raad voor Justitie

Cass./HvC = Hof van Cassatie

HvJ = Hof van Justitie

§ = randnummer

The Lord raised up judges, who saved them out of the hand of those who plundered them.

Judges 2:16

INLEIDING

SYNTHESE

“.. This has been no easy matter to resolve. I have given due weight to A’s age, to the respect due to faith, and to the dignity of the individual embedded in the right to refuse treatment. In my judgement, his life is more precious than his dignity. Consequently, I overrule the wishes of A and his parents. My direction and declaration are as follows: that the agreement to blood transfusion of the first and second respondents, who are the parents, and the agreement to blood transfusions of the third respondent, who is A himself are set aside. Therefore it will be lawful for the applicant hospital to pursue medical treatments of A they regard necessary..”¹

1. Het bovenstaand citaat geeft in essentie de inhoud van deze masterproef weer. Het gaat immers over een controversiële rechtszaak waarin morele, religieuze en juridische factoren een rol spelen. Hieruit rijzen een aantal vragen: Hoe verloopt het beslissingsproces van rechters bij zulke moeilijke, controversiële gevallen? Welke factoren spelen een rol en wat zijn de waarborgen bij het beslissingsproces? Kortom, in het 1^e deel van de masterproef wordt het beslissingsproces van rechters geanalyseerd op basis van een aantal klassieke theorieën over rechtsvinding.
2. Naast de analyse van de theorie is het relevant om te onderzoeken of *the law in the books* overeenstemt met *the law in action*. De klassieke theorieën worden daarom bijkomend getoetst aan actuele, controversiële rechtszaken en aan de visies van een aantal rechters. Het doel is om de validiteit van die theorieën voor de complexe hedendaagse maatschappij na te gaan.
3. De rechter uit de roman (Fiona) is zelf geen Jehovah-getuige in tegenstelling tot A en zijn ouders. Om die reden wordt er in het 2^e deel verkend of, en in welke mate dat de persoon van de rechter van belang is bij het beslissingsproces. Speelt bijvoorbeeld de religie of het gender van de rechter een rol bij het rechtspreken? En indien ja, komt de objectiviteit van de rechter daardoor in het gedrang? De antwoorden op deze vragen worden onder meer gezocht in recente Amerikaanse empirische onderzoeken. Daarenboven, Fiona beslist over de toestemming voor de bloedtransfusie van A alleen. Het is een hoogdringend geval waarbij een beslissing binnen 48u moet worden genomen. Dit doet de vraag rijzen naar de mogelijke invloed van de persoon van de rechter gelet op de veralgemening van alleenzettelende rechter in burgerlijke zaken.

In beide onderdelen van de masterproef zal tevens de rijke praktijkervaring van magistraten zoals gebleken uit interviews te lezen zijn. Ten slotte, deel 3 omvat een algemene conclusie en een aantal aanbevelingen die relevant kunnen zijn voor de praktijk.

¹ MCEWAN 2014, p. 123-124.

METHODOLOGIE

4. Mijn promotor heeft mij gedurende het onderzoek meermaals aan 2 elementen herinnerd: creatief en kritisch zijn. Of dit mij gelukt is laat ik uiteraard aan uw oordeel over.
5. Het 1^e deel is gebaseerd op een klassiek bureauonderzoek. Daarin wordt de kern van 3 klassieke theorieën over rechtsvinding beschreven. Het resulteert uit een dynamisch proces van lezen, reflecteren, schrijven, herlezen, herschrijven en uiteindelijk de knoop doorhakken. In feite is dit hetgeen rechters ook doen tijdens het beslissen. Zij zullen lezen, reflecteren, herlezen en uiteindelijk keuzes maken. Een vonnis of arrest is derhalve het resultaat van *keuzes* of *beleid*. Naast de 3 gekozen theorieën worden andere relevante theorieën betrokken bij de analyses.

Daarnaast heb ik een aantal uitspraken bestudeerd. De keuze van de uitspraken gebeurde bewust want de voorbereidende fase had aangetoond dat bepaalde rechtszaken het beslissingsproces beter zouden weergeven. De methode voor dit theorie-toetsend luik was tweeledig: soms las ik de uitspraak eerst om vervolgens na te gaan of de theorie herkenbaar was. Op andere momenten begon ik met de theorie om dan overeenstemmingen en verschillen met de uitspraak te zoeken. Bij alle rechtszaken heb ik ook een methode gebruikt die door Marcel Storme werd gehanteerd waarbij je je moet afvragen of je een (on)behaaglijk gevoel krijgt bij het lezen van de uitspraak. Het doel was echter niet om de uitspraken te annoteren. Het was eerder een poging om het beslissingsproces van de rechters te ontleden.

6. Deel 2 bestaat uit een combinatie van een bureauonderzoek en een beperkt empirisch gedeelte. Eerst werden de conclusies uit een aantal Amerikaanse empirische onderzoeken over de persoon van de rechter beschreven. In de Belgische databanken waren er immers weinig onderzoeken te vinden hieromtrent. Als we over de persoon van de rechter spreken is, dan is de Verenigde Staten wel ideaal om aan te refereren omdat de diversiteit in de rechtbanken daar groter is. De conclusies uit deze onderzoeken werden vervolgens voorzichtig doorgetrokken naar Belgische rechters, en dit in de context van de veralgemening van de alleenzettelende rechter in burgerlijke zaken.

De laatste en meest interessante fase was het afnemen van interviews bij een aantal rechters. Ik heb de rechters eerst gecontacteerd via e-mail om te polsen naar hun bereidwilligheid tot deelname. Daarna stelde ik een informatieformulier (Bijlage 4) op met een uitgebreider uitleg over het onderzoek. Vervolgens stuurde ik ook een toestemmingsformulier (Bijlage 5) en de interviewvragen naar hen en samen legden wij een interviewdatum vast. Het interview zelf was vooral een creativiteitsoefening, zeker omdat het informeel werd afgenomen. De interviewvragen werden grotendeels op basis van de bevindingen uit deel 1 en deel 2 opgesteld. Het informele karakter was noodzakelijk om boeiende, open gesprekken te realiseren. Om die reden blijven de betrokken rechters anoniem.

DEEL I: RECHTERLIJKE RECHTSVINDING

7. Toen ik aan mijn medestudenten vroeg wat rechtsvinding betekent, hadden ze niet meteen een antwoord. Dit is verbazend omdat rechtenstudenten vanaf het eerste jaar aan de universiteit overspoeld worden met termen zoals ‘de taak van de rechter’ of ‘rechtspreken’. Het annoteren en bespreken van rechterlijke uitspraken is tevens een belangrijke onderdeel van de rechtenopleiding. Echter wordt er zelden gevraagd: wat heeft de rechter in feite gedaan in deze zaak? Hoe is deze tot de beslissing in kwestie gekomen? Waar heeft men het recht gevonden?

8. Beeldt u zich eens in: U zoekt voor het kerstfeest een kleed of kostuum. U gaat daarvoor naar H&M of ZARA. De stukken bij H&M en ZARA zijn echter standaard terwijl u iets wilt wat gepersonaliseerd en uniek is. U gaat daarom naar een gespecialiseerde kleermaker die rekening zal houden met uw concrete wensen. Deze specialist zal voor rechterlijke rechtsvinding de rechter zijn. De stappen die hij of zij volgt tot aan de *custom made* beslissing (het uniek kleed of kostuum) is de rechterlijke rechtsvinding. De rechter heeft echter geen ongebonden beslissingsvrijheid. Er zijn immers factoren die diens vrijheid kunnen beperken zoals het procesrecht. De kleermaker zal wel proberen om exact hetgeen gevraagd werd te maken. Bij een rechter daarentegen zal u niet altijd een beslissing krijgen die 100% past bij wat u wenst (het voorwerp van de vordering) want uw specifieke wensen zijn niet doorslaggevend. De rechter moet immers rekening houden met andere, soms hogere belangen. Gelukkig kan u in bepaalde gevallen nog naar een hogere kleermaker die de beslissing kan herzien. De rechter en kleermaker verrichten beiden wel mensenwerk waardoor fouten soms onvermijdelijk zijn.

Voor de volgende hoofdstukken kan de bovenstaande vergelijking gebruikt worden als een kapstok want rechtsvinding is een complexe materie, ondanks de vele geschriften daaromtrent. Het is immers onmogelijk om het denkproces van rechters vanaf het begin van de zaak tot aan de uitspraak volledig te doorgronden. Elke rechter bestudeert tenslotte de zaak met een eigen bril.² De volgende 3 hoofdstukken omvatten de theorie over rechtsvinding volgens respectievelijk Walter Van Gerven, Gerard Wiarda en Jan Vranken. Daarnaast zullen andere relevante auteurs zoals Marcel Storme en Richard Posner ter sprake komen. Het vierde hoofdstuk zal een synthese vormen en hoofdstuk 5 is een theorie-toetsend luik waarbij een aantal actuele rechtszaken aan bod komen.

² CARDOZO 1921, p. 13.

HOOFDSTUK 1: Het beleid van de rechter³

1.1 Definitie

9. Walter Van Gerven omschrijft rechtsvinding als een activiteit waar elke jurist mee bezig is. Het speelt zich immers af op alle vlakken van het juridisch redeneren. Rechtsvinding is derhalve ruimer dan het louter toepassen van regels op concrete feiten door rechters.⁴
10. Inhoudelijk staat rechtsvinding voor het zoeken naar een oplossing voor een bepaald conflict.⁵ De jurist zal in dit kader eerst proberen om inzicht te krijgen in het concrete geval. Dit gebeurt door middel van algemene regels. Het vertrekpunt kan de concrete situatie zijn waaraan vervolgens een algemene regel wordt gekoppeld. De algemene regel kan ook het startpunt vormen waaraan het concrete geval achteraf wordt gebonden.⁶ Niettemin veronderstellen beide methodes het maken van keuzes uit alternatieven binnen het systeem.⁷ De jurist zal bij die zoektocht naar een oplossing in feite regels vormen want bestaande algemene regels worden verder uitgebouwd. Bijgevolg gebruikt Van Gerven regelvorming als een synoniem voor rechtsvinding. De grondslag voor deze rechtsvorming is een waardeoordeel, een keuze of beleid.⁸
11. Als de bovenstaande beschrijving van rechtsvinding naar analogie wordt toegepast op rechters, dan staat rechterlijke rechtsvinding voor het zoeken naar een oplossing voor een geschil door een rechter. Er dient voor die zoektocht een onderscheid te worden gemaakt tussen gemakkelijke en moeilijke gevallen. De meeste gevallen zijn eenvoudig en dan volstaat de eenvoudige toepassing van de regel op de feiten. Dit veronderstelt in feite dat het rechtsgevolg beschreven in de wet eenvoudigweg aan het concrete geval wordt gebonden.

Er zijn echter moeilijkere, zeldzame gevallen die een waardeoordeel vereisen omdat er een potentieel en actueel waardenconflict aanwezig is. Het is in deze gevallen dat nieuwe regels worden gevormd en waar rechterlijke rechtsvinding duidelijker te zien zal zijn. Het beleid van de rechter betreft rechtsvinding in deze moeilijke gevallen.⁹ De persoonskenmerken komen hier tevens meer tot uiting en daarom is voorzichtigheid geboden.¹⁰

³ W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen: N.v. Scriptoria, 1973. Van Gerven was een Belgisch advocaat, hoogleraar en advocaat-generaal bij het Europees Hof van Justitie.

⁴ VAN GERVEN 1973, p. 9-10.

⁵ VAN GERVEN 1973, p. 11.

⁶ VAN GERVEN 1973, p. 10.

⁷ VAN GERVEN 1973, p. 11.

⁸ VAN GERVEN 1973, p. 10.

⁹ VAN GERVEN 1973, p. 10-11.

¹⁰ VAN GERVEN 1973, p. 156.

1.2 De rechter en de (rechts)regel

12. Een rechtsregel is ruimer dan de wet alleen. Elke rechtsregel bevat bovendien speelruimte voor de rechter en wordt verder uitgebouwd bij de toepassing ervan.¹¹ De rechter voelt zich gebonden door de regel, doch zonder dat de oplossing voor het concrete geval gedicteerd wordt. In ieder geval is een kritische houding ten aanzien van de rechtsregel steeds vereist.¹²

1.3 Het proces van rechtsvinding – Een beredeneerde waardeoordeel

13. Het rechterlijk beslissingsproces verloopt in twee stappen. De eerste stap is het voorbereidend werk dat aanvangt wanneer een zaak voor de rechter komt. De rechter zal vervolgens twee tussenstappen volgen die afhankelijk zijn van mekaar maar geen chronologische toepassing vereisen. Men zal zich in eerste instantie proberen in te leven in het concrete geval. Dit gebeurt door de feiten af te bakenen en deze vervolgens chronologisch te ordenen. De betrokken partijen, hun gedragingen, verwachtingen en eisen worden eveneens in kaart gebracht. Op die wijze kunnen die concrete belangen in een volgende stap worden uitgeklaard binnen een breder maatschappelijk kader. Kortom, de relevante feiten en relevante partijen worden bepaald. De volgende tussenstap is het kiezen van rechtsregels die -op het eerste gezicht- toepasbaar zijn in gelijkaardige gevallen.¹³

De tweede stap is het verbinden van de gekozen regels aan het concrete geval. Rechtsvinding voor het concrete geval betekent dat een rechtsregel uitgebouwd, gepreciseerd, aangevuld en/of omgevormd wordt naar dat geval toe.¹⁴ Van Gerven gebruikt hier de vergelijking met een kledingstuk dat aangemeten wordt op de koper. Het verschil met rechtsvinding is echter dat er geen standaardmaten bestaan om rechtsregels te matchen aan feiten. Er zijn immers verscheidene determinerende factoren bij het zoeken naar de passende regels voor het concrete geval. Deze factoren veronderstellen grotendeels een subjectieve beoordeling.¹⁵

1.3.1 Determinerende factoren

14. De belangrijkste factor is de aard van de zaak. Deze factor is het minst tegenstelbaar aan een subjectieve beoordeling.¹⁶ De maatschappelijke context waarin het concrete geval moet worden gesitueerd is hierbij van belang. Deze context zal immers een belangrijke rol spelen bij de juiste kwalificatie van het concreet geschil. Het bepalen van de aard van de zaak kan vreemde oplossingen

¹¹ VAN GERVEN 1973, p. 129-130.

¹² VAN GERVEN 1973, p. 129.

¹³ VAN GERVEN 1973, p. 130.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ VAN GERVEN 1973, p. 131.

¹⁶ *Ibid.*

helpen voorkomen en betere oplossingen naar voor schuiven. De aard van de zaak is in eenvoudige gevallen voldoende als determinerende factor.¹⁷

15. Naast de aard van de zaak zijn de belangen en waarden cruciaal. Dit is vooral zo bij de moeilijkere gevallen waar de aard van de zaak niet volstaat als determinerende factor. Belangen zijn de eisen van of de baten voor de betrokken partijen in het geschil. Waarden zijn ruimer en omvatten de baten of belangen die het geding overstijgen zoals het algemeen belang.¹⁸

1.3.2 Actuele ontwikkelingen

16. De moeilijke gevallen betreffen vaak een actueel waardenconflict waarbij de rechter een afweging tussen belangen én waarden moet maken. De belangen en waarden in een bepaald geding kunnen immers gelijklopend of tegenstrijdig zijn.¹⁹ Niettemin leiden belangen zelden tot controverses in tegenstelling tot waarden. Deze controverses komen vooral tot uiting in zaken waar fundamentele waarden op het spel staan zoals in geschillen met betrekking tot abortus, euthanasie of mededingingsbeperkingen.²⁰

Van Gerven meent wel dat elke rechterlijke beslissing betrekking zal hebben op een waardenconflict waarover latente of actuele meningsverschillen bestaan.²¹ De waarden in kwestie zijn vaak gelijkwaardig maar kunnen niet altijd tegelijk worden verwezenlijkt. De rechter moet daarom een evenwicht trachten te bereiken tussen de diverse waarden en dit vereist keuzes. De gemaakte keuzes zijn niet zuiver irrationeel want er wordt een waardeschaal van de onderliggende waarden vastgesteld volgens het grens-nut principe.²² Zodoende wordt het oordeel van de rechter geobjectiveerd door de toetsing aan andere visies.²³

Bij die evenwichtsoefening moet er zoveel mogelijk gestreefd worden naar een consensus. De rechter moet nagaan of er in de maatschappij eensgezindheid of een meerderheid te vinden is voor een bepaalde waardenprioriteit.²⁴ Een rechter die een bepaald standpunt, en meer nog: zijn of haar persoonlijke standpunt favoriseert zonder eerst overeenstemming te zoeken tussen de verschillende mogelijke standpunten, doet aan partijpolitiek.²⁵

¹⁷ VAN GERVEN 1973, p. 132-133.

¹⁸ VAN GERVEN 1973, p. 133 en 135.

¹⁹ VAN GERVEN 1973, p. 133.

²⁰ VAN GERVEN 1973, p. 135.

²¹ VAN GERVEN 1973, p. 149.

²² VAN GERVEN 1973, p. 142. Het grensnut principe betekent hier dat als een bijkomende maat van waarde A minder belangrijk is volgens de rechter dan een bijkomende maat van waarde B, dan zal waarde B prioriteit krijgen.

²³ VAN GERVEN 1973, p. 143.

²⁴ VAN GERVEN 1973, p. 146.

²⁵ VAN GERVEN 1973, p. 145.

17. De zoektocht naar een maatschappelijke consensus gebeurt in principe door zich te baseren op de waardenprioriteiten die reeds door de wetgever zijn gesteld. Niettemin kan men daarvan afwijken wanneer de meerderheidsconsensus in de samenleving een verschuiving heeft gekend tegenover de consensus die bestond bij de totstandkoming van de wet. Een actueel waarderingsplan wordt dan in de plaats gesteld van een historisch waarderingsplan.²⁶

Als er geen consensus is, dan mag de meerderheidsopvatting worden gekozen.²⁷ De rechter mag echter verder gaan en opteren voor een minderheidsopvatting. Deze mag met andere woorden beleid voeren door de minderheidswaarde boven de meerderheidswaarde te verkiezen. Dit is gerechtigd want de oplossing geldt slechts voor het concrete geval. Bovendien verdienen valabele minderheidsopvattingen af en toe steun in een democratie. Zo wordt de dienstbare functie van een rechter vervuld en kan men tevens vooruitlopen op toekomstige ontwikkelingen.²⁸ Rechter mogen eveneens uitzonderlijk politiek gekleurde vragen oplossen.²⁹

18. Tot nu toe heeft de rechter een keuze gemaakt uit verschillende regels (§13), uit belangen en uit waarden (§16). Daarbovenop wordt er gekozen voor een meerderheids- of minderheidsopvatting (§17). Deze keuzes uit alternatieven zijn hetgeen bedoeld wordt met rechterlijk beleid.³⁰

1.3.3 *Waarborgen en grenzen bij het proces van rechtsvinding*

19. Om een dictatuur van bepaalde waarden bij het rechterlijk beleid te beletten zijn er een aantal garanties. De eerste is het vigerende regelensysteem. Een rechter mag een bepaalde waarde prioritair stellen indien er in het systeem aanknopingspunten (zoals wetten en rechtspraak) gevonden kunnen worden om de beslissing te rechtvaardigen. In de meeste gevallen is dit mogelijk omdat er in het systeem veelal grondslagen bestaan voor de tegenstrijdige waardeprioriteiten.³¹ Een aanknopingspunt in het vigerend regelensysteem is noodzakelijk om de beslissing werfkracht te geven. Zo ontstaat een marginale controle voor arbitraire beslissingen. In dit kader stelt Van Gerven de casuïstische of vergelijkingsmethode van Wiarda (§24) voor als hulpmiddel of nuttige methode voor rechters.³² Daarnaast dient de beslissing zowel in rechte als in waarden gemotiveerd te worden. Hierbij zijn *concurring* en *dissenting opinions* belangrijk omdat ze nuttige alternatieven kunnen bieden voor latere ontwikkelingen.³³

²⁶ VAN GERVEN 1973, p. 147.

²⁷ VAN GERVEN 1973, p. 149.

²⁸ VAN GERVEN 1973, p. 152.

²⁹ VAN GERVEN 1973, p. 156.

³⁰ VAN GERVEN 1973, p. 9 en 161.

³¹ VAN GERVEN 1973, p. 153.

³² VAN GERVEN 1973, p. 154. In VAN GERVEN & LIERMAN 2010, p. 269-270 haalt Van Gerven tevens topisch rechtsdenken aan als een bijkomende methode van rechtsvinding die behulpzaam kan zijn bij het zoeken naar een oplossing voor de moeilijke gevallen.

³³ VAN GERVEN 1973, p. 155; VAN GERVEN & LEYTEN 1978, p. 24.

De tweede garantie is de rechter zelf. Bij het kiezen van een bepaalde waarde boven de andere moet er steeds voorzichtigheid en terughoudendheid zijn. Die keuze is immers het resultaat van een evenwichtsgevoel, wijsheid, persoonlijke smaak, eigen geweten en temperament. Het temperament bepaalt onder meer de mate van conservatisme of progressiviteit in een bepaalde beslissing. De voorgenoemde persoonskenmerken verklaren waarom een rechter niet vervangbaar is door een computer.³⁴ De persoon van de rechter zal derhalve meer tot uiting komen in die moeilijke gevallen die een beredeneerd waardeoordeel vereisen.

³⁴ VAN GERVEN 1973, p. 156.

HOOFDSTUK 2: De drie staten volgens Montesquieu³⁵

2.1 Definitie

20. Rechtsvinding is het denkproces waardoor een rechter tot zijn of haar beslissing komt.³⁶

2.2 De rechter en de (rechts)regel

21. Er zijn drie types van rechtsvinding die gebaseerd zijn op de 3 staatsinrichtingen beschreven door Montesquieu in *l'esprit des lois*. De staatsinrichtingen vertegenwoordigen elk een rechtsvindingsmethode en het daarbij horende type rechter.

Eerst is er *la république* dat gekenmerkt wordt door perfecte wetten. De wetten worden strikt nageleefd door de rechter om rechtszekerheid te garanderen. Rechtsvinding is hier volledig heteronoom aangezien de rechters louter spreekbuizen zijn van de wetten.³⁷

Vervolgens is er een staat zonder wetten waar rechters voor elk geval persoonlijk en arbitrair kunnen oordelen. Ze hebben een volledige autonomie. Dit is *l'état despotique*.³⁸

Ten slotte is er *l'état monarchique* dat een mengvorm is van de twee eerdergenoemde staten. In deze staat zijn er zowel precieze als minder precieze wetten te vinden. De precieze kunnen eenvoudig worden toegepast, maar de minder precieze vereisen interpretatie. De rechter kan dus fungeren als een spreekbuis van de wet, maar ook als een vertolker ervan.³⁹

22. In de praktijk zijn de meeste gevallen duidelijk en levert de toepassing van de wet weinig problemen op. Deze gevallen betreffen uitsluitend feitelijke geschilpunten. Daarom zal rechtsvinding vaak beantwoorden aan de ideale staat, namelijk *la république*.⁴⁰

Er is wel een merkbare evolutie van lijdzame rechters of '*bouches de la loi*' naar rechters die meer autonomie hebben. Rechtsvinding leunt derhalve steeds meer aan bij *l'état despotique*.⁴¹

³⁵ G.J. WIARDA & T. KOOPMANS, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1999. Gerard Wiarda was een Nederlandse rechter en is ook rechter geweest bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Thijmen Koopmans was een rechter bij het Hof van Justitie.

³⁶ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 19.

³⁷ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 13.

³⁸ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 14.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 13 en 19.

⁴¹ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 77.

2.3 Het proces van rechtsvinding – De vergelijkingsmethode

23. Voor de gevallen die enkel feitelijke geschilpunten bevatten zal de rechter de wet zonder meer toepassen. Heteronome rechtsvinding kan echter uitzonderlijk tot onaanvaardbare oplossingen leiden waardoor interpretatie toch vereist is. Niettemin zal de rechter in deze gevallen zich beperken tot het achterhalen van de wil van de wetgever door middel van grammaticale, wethistorische of systematische interpretatie.⁴²
24. Daarnaast is er een beperkt aantal gevallen die de rechtsvinding bemoeilijken⁴³ omdat er gestreden wordt over het recht naast een feitenkwesie.⁴⁴ Het gaat over gevallen waarvoor geen aanknopingspunt te vinden is (wettelijk leemte) of waar de beschikbare wettelijke voorschriften onduidelijk/onvolledig zijn. De eerste stap van een gebonden naar een vrije rechtsvinding zal de bewerking, vertolking of interpretatie zijn van die wettelijke voorschriften. Deze bewerking kan beperkt zijn, maar in sommige gevallen is het zodanig ingrijpend dat de rechter de positie van wetgever-plaatsvervanger benadert.⁴⁵ Wiarda's theorie betreft principieel deze atypische gevallen.⁴⁶

Voor deze gevallen stelt Wiarda de vergelijkingsmethode voorop.⁴⁷ Deze methode kan in principe nuttig zijn zowel bij gevallen waar de norm vaag is als bij de interpretatie van concretere regels.⁴⁸ De eerste stap is om het concrete geval aan één of meer rechtsregels of rechtsbeginselen te koppelen. Indien zulke rechtsregels ontbreken, dan moet men zoeken naar een reeks hypothetische, vergelijkbare gevallen waarvan de oplossing evidentier is. Daarna wordt het concrete geval ingepast bij die vergelijkbare gevallen. Dat inpassen is weliswaar een persoonlijke appreciatie van de rechter, de vergelijkingsmethode belet echter dat diens autonomie overheerst.⁴⁹ De verschillen met de vergelijkbare gevallen kunnen tot een gulden middenweg leiden die als mogelijke oplossing kan dienen.⁵⁰

Een poging om de ratio van potentiële bruikbare wettelijke voorschriften te achterhalen kan eveneens relevant zijn voor de gevallen waarvoor geen rechtstreeks antwoord te vinden is in de wet. Deze oefening kan leiden tot een extensieve of analogische interpretatie waarbij het wettelijk voorschrift al dan niet wordt toegepast op andere gevallen dan wat de wetgever principieel beoogde.⁵¹

⁴² WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 20.

⁴³ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 19.

⁴⁴ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 20.

⁴⁵ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 21.

⁴⁶ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 6 en 28.

⁴⁷ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 107.

⁴⁸ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 113.

⁴⁹ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 114 en 115.

⁵⁰ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 108.

⁵¹ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 23 en 25.

2.3.3 Determinerende factoren

25. Volgens Wiarda zijn er een aantal elementen die de rechtsvinding van de rechter zullen beïnvloeden. In eerste instantie dient de rechter zonder vooringenomenheid te beslissen. Dit is meestal voldoende voor de gevallen waarbij de rechter enkel de wil van de wetgever tracht te achterhalen. De rechter zal daarnaast veelal een interpretatiemethode van de wettekst moeten kiezen. De autonome factor zal bij interpretatie vaak een belangrijke rol spelen omdat de rechter veelal een keuze moet maken tussen diverse argumenten.⁵² In bepaalde gevallen zal het mogelijk zijn om een sterker argument uit te halen, doch zal de voorkeur van de rechter bepalend zijn in geval van een evenwicht.⁵³ Daarbovenop kunnen de veranderde rechtsopvattingen na de aanname van de wettekst (evolutionaire interpretatie) en de verwachte wetswijzigingen (anticiperende interpretatie) van belang zijn.⁵⁴ Bovendien kan de rechtspraak van de administratieve rechter de burgerlijke rechter beïnvloeden. De onderliggende waarden van een wet kunnen ook een invloed hebben op de autonomie van de rechter. Dit zal het geval zijn wanneer als de wet geen duidelijke aanknopingspunten biedt en extensieve of analogische interpretatie niet volstaan.⁵⁵

Ten slotte is de beslissingsvrijheid van de rechter van belang. Er zijn gevallen waar de wetgever zelf vrijheid toekent aan de rechter. Het betreft vage of open normen, normen waar de rechter naar billijkheid moet oordelen,⁵⁶ of waar men een discretionaire bevoegdheid heeft. Bij deze laatste gevallen is de autonomie van de rechter het grootst.⁵⁷ Rechtsvinding zal hier door heteronome én autonome factoren worden bepaald.⁵⁸

26. Koopmans voegt een aantal factoren bij. Ten eerste is tijdsdimensie van belang. Op lange termijn is er vaak een evolutie van heteronome naar autonome rechtsvinding merkbaar. Ten tweede is het type regel van belang. Een strafrechter bijvoorbeeld zal bij de beoordeling over de toelaatbaarheid van bewijs meer heteronoom werken dan een burgerlijke rechter die naar billijkheid moet oordelen. Ten slotte is het soort gerecht bepalend voor de mate waarin men al dan niet autonoom werkt. Zo zal een cassatierechter eerder geneigd zijn om aan autonome rechtsvinding te doen vergeleken met een kortgedingrechter.⁵⁹

⁵² WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 22.

⁵³ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 23.

⁵⁴ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 24.

⁵⁵ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 25.

⁵⁶ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 27.

⁵⁷ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 28-29.

⁵⁸ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 116.

⁵⁹ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 119.

2.3.5 Actuele ontwikkelingen

27. De veranderingen en complexiteiten in de samenleving hebben ertoe geleid dat de wetgever steeds meer vage normen gaat gebruiken en discretionaire bevoegdheden aan rechters gaat toekennen. Het opzet daarbij is om oplossingen te kunnen bieden voor de moeilijke, onvoorzienbare gevallen.⁶⁰ Rechters moeten zich in deze gevallen baseren op de aanknopingspunten in het rechtsstelsel en dienen steeds te streven naar objectivering.⁶¹
28. De evolutie naar rechters met meer autonomie (§22) is er mede dankzij de rechtspraak die een grotere invloed is gaan toekennen aan maatschappelijke behoeften bij wetteksten. Daarnaast hebben de rechtsleer, de wetgever (§27) en het verdragsrecht deze evolutie bewerkstelligd. Wiarda waarschuwt evenwel voor een aantal gevaren bij deze evolutie. Vooreerst is er een risico op willekeur en rechtsonzekerheid. De rechter heeft tevens niet altijd voldoende *tools* om bv. de wil de van meerderheid in de samenleving te achterhalen.⁶² Bovendien dreigt de onafhankelijke positie in het gedrang te komen wanneer rechters regelvormend optreden.⁶³ Ten slotte is het niet uitgesloten dat men zich laat leiden door een bepaalde politieke, sociale of economische voorkeur.⁶⁴

2.3.4 Waarborgen en grenzen bij het proces van rechtsvinding

29. Men kan de bovenstaande gevaren inperken door enerzijds de normen concreter op te stellen. Anderzijds is het ondenkbaar dat de wetgever niet meer met open normen zou werken gelet op de nood om in te spelen op toekomstige evoluties. Daarom dient de rechter de beslissing steeds te baseren op objectieve normen, beginselen en rechtsovertuigingen van de maatschappij.⁶⁵ De beslissing moet met andere woorden een trans-subjectieve inslag te krijgen.⁶⁶ Het is daarbovenop essentieel dat rechters belangeloos en zonder vooringenomenheid handelen. Voor de gevallen die slechts een beperkte interpretatie vereisen volstaat deze onpartijdigheid. De rechter hanteert immers een heteronome werkwijze waarbij men principieel de wil van de wetgever tracht te gehoorzamen.⁶⁷
30. Voor de atypische gevallen zijn er bijkomende, specifieke hulpmiddelen gezien de grotere autonomie. Vooreerst kan men zich altijd baseren op algemene rechtsbeginselen. Dit vereist een onderzoek naar de grondslagen van de wettelijke voorschriften, en ruimer gesteld, naar de grondslagen in een bepaalde

⁶⁰ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 71-72.

⁶¹ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 76 en 83.

⁶² WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 77.

⁶³ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 50, 79.

⁶⁴ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 52.

⁶⁵ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 52 en 148.

⁶⁶ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 84.

⁶⁷ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 22.

rechtsorde. Deze algemene rechtsbeginselen zijn richtlijnen die gevolgd kunnen worden, doch hun werkingskracht is veelal slechts relatief van aard.⁶⁸

Daarnaast is de rechter op een marginale toetsing aangewezen. Dit geldt onder meer voor de gevallen waar de rechter in redelijkheid en billijkheid moet oordelen. Indien de wet niet verder concretiseert hoe men deze beoordeling moet doen, dan is het aangewezen om zich geen te grote beoordelingsmarge voor te behouden.⁶⁹

De rechter moet zich niet alleen baseren op algemene/objectieve gezichtspunten, maar motivering is tevens noodzakelijk. Dit geldt zelfs indien de wet louter verwijst naar aanknopingspunten zoals billijkheid. De motivering hoeft echter niet enkel op het concrete geval te worden afgestemd.⁷⁰

De vergelijkingsmethode (§24) kan tevens behulpzaam zijn voor de gevallen waar de algemene rechtsbeginselen en de marginale toetsing geen bevredigende oplossing bieden.⁷¹ Hiermee wordt de autonomie van de rechter binnen aanvaardbare grenzen gehouden.

31. Ten slotte is de cassatierechter een bijkomende, algemene waarborg voor de correcte toepassing van rechtsregels door de rechters.⁷²

⁶⁸ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 89.

⁶⁹ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 93-94.

⁷⁰ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 32. Wiarda erkent wel dat dit eerder een verlangen is gelet op mogelijke wettelijke grenzen. Bij ons is art. 6 Ger.W. een voorbeeld van een beperking waardoor rechters geen uitspraak mogen doen bij wijze van een algemene beschikking.

⁷¹ WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 107.

⁷² WIARDA & KOOPMANS 1999, p. 32.

HOOFDSTUK 3: Rechtspreken is kiezen⁷³

3.1 Definitie

32. Volgens Vranken is rechtsvinding geen proces waarbij de rechter de feiten eerst vaststelt om vervolgens een passende norm te zoeken. Het is daarentegen een continu proces van beginnen, bijstellen, toespitsen en opnieuw bekijken van de relevante feiten en de toepasselijke rechtsnormen. Dit leidt tot het doorhakken van de knoop, m.a.w. tot een uitspraak.⁷⁴ Om die redenen kan rechtspreken het best omschreven worden als ‘kiezen’.⁷⁵ De toepasselijke norm krijgt dan vanwege dat proces betekenis en inhoud.⁷⁶ Soms gaat de rechter verder tot rechtsvorming door het ontwikkelen van nieuwe regels, het aanscherpen van bestaande regels of het opvullen van leemtes.⁷⁷

3.2 De rechter en de (rechts)regel

33. Rechters hebben geen ongebonden beslissingsvrijheid in tegenstelling tot rechter Magnaud.⁷⁸ Ze zijn gebonden door rechtsnormen en dienen zich telkens daarop te baseren bij de beslissing.⁷⁹
34. Vranken merkt echter op dat er een verschuiving is van een lijdzame naar een actieve rechter. Dit is zowel op procesrechtelijk vlak als bij de rechtsvormende takken. Hij meent dat de rechter een voortrekkersrol mag hebben, doch dient men steeds rekening te houden met de grenzen van het systeem (zoals het recht op hoor en wederhoor)⁸⁰ en een terughoudende houding is geboden.⁸¹

De auteur geeft enerzijds toe dat de mate van progressiviteit van een rechter vanuit de 3 staten volgens Montesquieu kan worden bestudeerd. Anderzijds erkent hij dat rechtspreken getypeerd kan worden als het resultaat van een belangenafweging, wat vergelijkbaar is met het waardeoordeel beschreven door Van Gerven. Evenwel meent Vranken dat de verhouding tussen de rechter en de wet vooral door het rechtersbeeld wordt bepaald. Het is met andere woorden belangrijker om de taakopvatting van de rechter zelf en de verwachtingen vanuit het juridische forum na te gaan.⁸²

De inzetbaarheid van de rechtsnormen in een concreet geval zal bovendien afhangen van de persoonlijke opvattingen van de rechter. Daar bestaan immers geen vaste regels of rangorde voor.

⁷³ J.B.M. VRANKEN, *Algemeen deel **** in Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 2005. Vranken is advocaat en heeft tevens privaatrecht en burgerlijk procesrecht gedoceerd aan de Tilburgse Universiteit.

⁷⁴ VRANKEN 2005, p. 73.

⁷⁵ VRANKEN 2005, p. 141.

⁷⁶ VRANKEN 2005, p. 57.

⁷⁷ VRANKEN 2005, p. 47.

⁷⁸ W. VAN GERVEN 1973, p. 95. Président Magnaud was een Franse voorzitter die zich zoals een wetgever gedroeg. Hij toetste zijn oordeel immers niet aan de wet, doctrine of rechtspraak, maar aan zijn eigen, persoonlijke oordeel.

⁷⁹ VRANKEN 2005, p. 45 en 52.

⁸⁰ VRANKEN 2005, p. 25.

⁸¹ VRANKEN 2005, p. 146.

⁸² VRANKEN 2005, p. 144-145.

Daarom is de verantwoording achteraf cruciaal.⁸³ Hierbij stelt Vranken een gedifferentieerde motivering voor, die afhankelijk is van de aard van het recht, het rechtsgebied, de procesrechtelijke context en de stand van de discussie in de literatuur en rechtspraak.⁸⁴ De motiveringsverplichting zal het zwaarst zijn in de gevallen die voor grote discussies zorgen in de literatuur, rechtspraak en maatschappij.⁸⁵

3.3 Het proces van rechtsvinding - De kwadratuur van de cirkel

35. Net zoals Van Gerven maakt Vranken een onderscheid tussen eenvoudige en moeilijke gevallen. Bij de eenvoudige zijn de feiten duidelijk en verloopt de toepassing van de normen soepel. Voor deze gevallen volstaat het dat er inzicht in de maatschappelijke verhoudingen en kennis van het vigerend recht is. Daarnaast is er een beperkt aantal moeilijkere gevallen die meer creativiteit vereisen en die in vijf categorieën kunnen worden ingedeeld.⁸⁶

De eerste categorie betreft situaties waarvoor een toepasselijke norm aanwezig is. De toepassing ervan is echter in het concrete geval niet geschikt. De rechter moet dan nagaan of er ruimte is om de norm extensief/restrictief te interpreteren of om de norm buiten toepassing te laten.⁸⁷

Daarnaast zijn er gevallen waar de normale interpretatie van de norm achterhaald is door de veranderende maatschappelijke opvattingen. De rechter moet hier eveneens nagaan of de norm ruimte biedt om in te spelen op deze veranderingen.⁸⁸

Vervolgens zijn er normen die aangetast zijn door ontwikkelingen op andere rechtsdomeinen. De invloed van Europese normen of rechtspraak is hier belangrijk. Een illustratie is de enorme impact van artikel 8 EVRM binnen het familierecht.⁸⁹

Een volgende categorie behelst atypische situaties. Deze situaties vereisen een afweging van concurrerende waarden, bijvoorbeeld de zekerheidsfunctie van het hypotheekrecht tegenover de bescherming van huurders in geval van een faillissement, of de causaliteitstoets bij vorderingen op schadevergoeding.⁹⁰

⁸³ VRANKEN 2005, p. 141.

⁸⁴ VRANKEN 2005, p. 148-153. In deze pagina's worden de benoemde determinerende factoren uitgebreider toegelicht.

⁸⁵ VRANKEN 2005, p. 156.

⁸⁶ VRANKEN 2005, p. 54 en 57.

⁸⁷ VRANKEN 2005, p. 58-60.

⁸⁸ VRANKEN 2005, p. 60-63.

⁸⁹ VRANKEN 2005, p. 63-64.

⁹⁰ VRANKEN 2005, p. 64-65.

Ten slotte zijn er gevallen waarbij het onduidelijk is of een ingeroepen norm tot het rechtssysteem behoort. Dit is onder meer het geval bij vorderingen tot schadevergoeding op basis van rechtmatige daad. In deze categorie behoren ook de gevallen waar een duidelijke toepasselijke norm ontbreekt. Dit zijn de gevallen die vaak discussies aanwakkeren over de rechtsvormende taak van de rechter en de scheiding der machten.⁹¹

36. In alle bovenstaande gevallen dient de rechter steeds te beslissen aan de hand van rechtsnormen. Deze normen liggen echter niet altijd vast en moeten soms ‘gemaakt’ worden. De rechter heeft daarvoor geen eenduidige criteria, doch dienen de grenzen van het rechtssysteem nageleefd te worden. Dit is de 1^e cirkel in het proces van rechtsvinding. De 2^e cirkel bestaat uit het selecteren, vaststellen en waarderen van de relevante feiten. Het rechterlijke beslissingsproces veronderstelt bijgevolg een continue wisselwerking tussen normen en feiten.⁹²

3.3.1 *Determinerende factoren*

37. Er zijn vier belangrijke elementen die het kader beïnvloeden waarin de rechter de feiten selecteert, interpreteert en vaststelt. In eerste instantie wordt de vordering steeds door de partijen bepaald. De rechter mag zelf geen aanvullingen of wijzigingen aanbrengen. Daarnaast speelt het materieel recht een rol. De relevante feiten zullen immers deel uitmaken van de toepasselijke materiële norm. Die norm zal als het ware vorm geven aan die feiten⁹³ bijvoorbeeld bij de kwalificatie als een onrechtmatige daad onder artikel 1382 BW of een contractuele wanprestatie onder artikel 1134 BW. Vervolgens is er de beslissing zelf, die de sturende kracht is in het beslissingsproces. De rechter zal de voorgenomen beslissing continu voor zich houden naarmate het proces vorm krijgt.⁹⁴ Tenslotte is de persoon van de rechter essentieel bij het beslissingsproces.⁹⁵ De mate van bedrijvigheid of activisme van de rechter hangt immers af van de roloppvatting (zelfbeeld) van de rechter want in de meeste gevallen is er geen verplichting om de mogelijkheden geboden door de wet te gebruiken.⁹⁶
38. Vranken besteedt daarbovenop uitvoerig aandacht aan een determinerende factor die door de meeste auteurs van rechtsvinding niet wordt besproken, namelijk het procesrecht. Het procesrechtelijk kader bepaalt de mate waarin rechters hun beslissingen kunnen baseren op een volledig inzicht in de relevante feiten. Hij bespreekt daarbij de volgende elementen: Vooreerst, de kans op onduidelijkheden en misverstanden is beperkter in een mondelinge procedure dan in een schriftelijke procedure. De

⁹¹ VRANKEN 2005, p. 66-68.

⁹² VRANKEN 2005, p. 71 en 73.

⁹³ VRANKEN 2014, p. 82-84.

⁹⁴ VRANKEN 2005, p. 85.

⁹⁵ VRANKEN 2005, p. 89.

⁹⁶ VRANKEN 2005, p. 22.

rechter kan mondeling meer inzicht krijgen in de relevante feiten, zeker als rechtstreekse communicatie met de partijen mogelijk is.⁹⁷

Daarnaast is de informatieplicht van de partijen relevant. De verplichting van de partijen om de informatie en bewijzen waarover zij beschikken mee te delen leidt tot meer efficiëntie. De rechter krijgt immers een vollediger beeld van de feiten en de partijen kunnen hun proceskansen beter inschatten.⁹⁸

Een derde procesrechtelijk factor betreft de mate waarin de rechter formaliteiten op straffe van nietigheid of niet-ontvankelijkheid kan handhaven. Vranken stelt een deformalisering vast waarbij men onder meer het gebruik van de nietigheidssanctie zoveel mogelijk wilt beperken.⁹⁹ De vrijheid van de rechter om deze formaliteiten te handhaven verschilt echter naargelang het om een procedure op dagvaarding of een procedure bij verzoekschrift gaat.¹⁰⁰

39. Samengevat: de mate waarin de rechter zich actief of terughoudend zal opstellen hangt af van factoren zoals de traditie van het procesrecht, de verwachtingspatroon van het juridisch forum, maatschappelijke veranderingen, staatkundige overwegingen, de organisatie van de rechterlijke macht en de persoonlijkheid van de rechter.¹⁰¹ De uiteindelijke uitspraak zal derhalve beïnvloed worden door juridische en niet-juridische factoren.

3.3.2 Actuele ontwikkelingen

40. De tweede categorie van moeilijke gevallen is deze waar de normale interpretatie van een norm achterhaald is of betwist wordt omdat de maatschappelijke opvattingen gewijzigd zijn. De rechter moet dan nagaan of er ruimte is om op deze veranderingen in te spelen. In bepaalde gevallen zal dit lukken maar als het niet mogelijk is, dan moet de wetgever optreden.¹⁰²

Daarnaast zijn er gevallen waar een geschikte norm voor het concreet geval ontbreekt terwijl de rechter verplicht is om recht te spreken. In deze gevallen zal er soms een groter terughoudendheid zijn bij het rechtspreken onder meer vanwege de plicht om aanknopingspunt(en) te vinden zoals de algemene beginselen in verdragen. Op andere momenten zijn rechters echter actiever en wordt de

⁹⁷ VRANKEN 2005, p. 10-11.

⁹⁸ VRANKEN 2005, p. 13.

⁹⁹ VRANKEN 2005, p. 19.

¹⁰⁰ VRANKEN 2005, p. 20-21.

¹⁰¹ VRANKEN 2005, p. 146-147.

¹⁰² VRANKEN 2005, p. 60-61.

wetgever voorbijgestoken.¹⁰³ Zoals reeds werd vermeld (§34) is deze voortrekkersrol aanvaardbaar zolang de grenzen van het vigerend regelsysteem worden nageleefd.

3.3.3 *Waarborgen en grenzen bij het proces van rechtsvinding*

41. Bij het proces van rechtsvinding is objectivering steeds geboden. Hiervoor beschikt de rechter over een gereedschapskist met een aantal richtlijnen. Deze richtlijnen zijn een leidraad bij de bewerking van de feiten en normen vooraleer men de eindbeslissing neemt. Niet-limitatieve voorbeelden van richtlijnen zijn rechtsbeginselen, rechtspraak, literatuur, rechtsvergelijking en verdragsconforme interpretatie.¹⁰⁴
42. Vranken benoemt daarnaast een aantal procesrechtelijke beperkingen op de bedrijvigheid van de rechter. Men is onder meer gebonden aan de door de partijen bepaalde grenzen en het petitum beginsel.¹⁰⁵ De rechter mag bovendien niet zelfstandig gegevens verzamelen bij derden tenzij er bijkomende onderzoeksbevoegdheden zijn. In die zin kan het procesrechtelijke kader als een waarborg én determinerende factor bij het rechterlijk beslissingsproces worden beschouwd. Het is enerzijds determinerend omdat het kader waarin de rechter feiten vaststelt mede daardoor wordt bepaald (§38). Anderzijds kan de bedrijvigheid van de rechter daardoor worden begrensd.

In elk geval dienen rechterlijke beslissingen steeds te worden gemotiveerd (§34). Ten slotte legt artikel 6 EVRM een aantal verplichtingen op zoals de onpartijdigheid en het beginsel van hoor en wederhoor¹⁰⁶ die principieel het risico op subjectiviteit kunnen beperken.

¹⁰³ VRANKEN 2005, p. 66-68.

¹⁰⁴ VRANKEN 2005, p. 75-76.

¹⁰⁵ VRANKEN 2005, p. 24 en 28.

¹⁰⁶ VRANKEN 2005, p. 25.

HOOFDSTUK 4: Drie ijsbergen samengesmolten

44. Op basis van de drie theorieën kan rechterlijke rechtsvinding gedefinieerd worden als een (eerder) dynamisch denkproces waarbij de rechter naar een oplossing zoekt voor een concreet geschil. Er is immers geen enkele auteur die rechtsvinding in de moeilijke gevallen uitsluitend gelijkstelt aan een rechtlijnig, mechanisch proces waar rechtsregels zonder meer op feiten worden toegepast (§9, §11, §22 en §32). Dit is positief want rechtsvinding wordt vaak onterecht als de loutere, eenvoudige, mechanische toepassing van rechtsregels op feiten beschouwd.
45. Het proces van rechtsvinding begint wanneer de rechter de zaak krijgt. Van Gerven stelt dat er daarna twee stappen volgen. Eerst worden de relevante partijen, relevante feiten en relevante rechtsnormen bepaald. Daarna worden de uiteindelijk gekozen rechtsnormen gekoppeld aan het concrete geval. De twee stappen moeten niet chronologisch worden gevolgd, doch ze zijn afhankelijk van mekaar (§13). Rechtsvinding is derhalve een dynamisch proces waarbij er een wisselwerking is tussen normen en feiten en dat proces eindigt bij de beslissing of uitspraak (§32 en §36). Het proces van rechtsvinding eindigt bij de beslissing, die in feite het resultaat is van afwegingen of keuzes (§18, §25 en §32). De eindbeslissing moet in elk geval op objectieve aanknopingspunten worden gebaseerd en een motivering is vereist om subjectiviteit en willekeur te beperken (§19, §28, §30, §34 en §41).
46. Van Gerven en Vranken maken daarenboven een onderscheid tussen eenvoudige en moeilijke zaken. Bij eenvoudige zaken volstaat de simpele toepassing van de wet. Er is evenwel een beperkt aantal moeilijke gevallen waarvoor de oplossing minder evident is. Het proces van rechtsvinding is duidelijker te zien bij deze controversiële gevallen waar er veelal een actueel waardenconflict is (§11). Vranken gaat echter verder dan Van Gerven en onderscheidt vijf categorieën van moeilijke gevallen waaronder de atypische gevallen (§35). Wiarda gebruikt op zijn beurt atypische gevallen als synoniem voor de moeilijke gevallen (§24). Het is in deze moeilijke gevallen dat de autonomie van de rechter het grootst zal zijn (§11 en §25).
47. Wiarda baseert zijn theorie op de drie staten volgens Montesquieu (§21). Hij stelt bovendien een evolutie vast van heteronome naar autonome rechtsvinding (§22 en §28). Vranken (§34) en Van Gerven¹⁰⁷ bevestigen dat de rechter wel degelijk steeds actiever optreedt. De mate van dit activisme wordt mede door de persoon van de rechter bepaald (§19, §25, §34 en §39). Het is wel opmerkelijk dat Van Gerven de verhouding tussen de rechter en de wet zeer ruim interpreteert in die zin dat elke regel speelruimte zou bevatten. Dit veronderstelt dat elke rechtsregel voor interpretatie vatbaar is.

¹⁰⁷ VAN GERVEN & LIERMAN 2010, p. 223.

De eerdergenoemde rechtsregel is tevens slechts een richtsnoer en geen dictaat (§12). Bovendien zijn rechters gerechtigd om soms tegen de meerderheidsopvatting in te gaan en om uitzonderlijk vragen met een politieke inslag te behandelen (§17). In het algemeen hebben de auteurs dus een positieve houding tegenover een rechter met een grotere autonomie jegens de wet én de wetgever. Ze waarschuwen wel voor gevaren zoals vooringenomenheid en willekeur bij die toegenomen rechterlijke vrijheid. Daarom moeten rechters steeds een aanknopingspunt in het systeem (bijvoorbeeld algemene rechtsbeginselen) vinden voor de beslissing (§19, §28 en §41).

48. Met betrekking tot de eenvoudige gevallen wordt verduidelijkt dat de rechter de wet eenvoudigweg zal kunnen toepassen. Evenwel verschillen de visies over de methode van rechtsvinding bij de moeilijke gevallen, doch in beperkte mate. Het gaat hier in essentie over de vraag hoe de rechter van de beginfase tot aan de eindbeslissing komt. Van Gerven ziet elke rechterlijke beslissing als een keuze voor een bepaald alternatief. Die keuze is het resultaat van een beredeneerd waardeoordeel en is in feite niet zuiver irrationeel. De rechter gaat immers een waardeschaal van de onderliggende waarden opstellen en baseert zich daarvoor op de consensus in de maatschappij (§16). Als er geen consensus is, dan mag men beleid voeren door een meerderheids- of minderheidsopvatting te verkiezen (§17). Het rechterlijk beleid betreft principieel de keuzes die gedurende het beslissingsproces worden gemaakt. Dit beleid is toelaatbaar omdat het slechts voor het concrete geval geldt (§17 en §18).

Wiarda stelt de vergelijkingsmethode voorop waarbij het toepasselijk recht wordt gezocht door een reeks hypothetische gevallen te vergelijken (§24). Van Gerven is ook een voorstander van deze methode omdat het een marginale controle voor arbitraire beslissingen kan zijn (§19). Vranken meent op zijn beurt dat rechtsvinding een circulair of dynamisch proces is waarbij de rechter zal interageren tussen normen en feiten. Dit proces kan best getypeerd worden als ‘kiezen’ (§32) en dit is in zekere mate hetgeen wat Van Gerven aangeeft met het beleid van de rechter (§18).

49. Het rechterlijke beslissingsproces wordt in ieder geval steeds door juridische (zoals de aard van de zaak, de rechtspraak, het type regels, het procesrecht) en niet-juridische factoren (zoals belangen en waarden, het temperament en de voorkeur van de rechter) beïnvloed. Het zijn vooral die niet-juridische factoren die tevens een impact kunnen hebben op de mate van activisme bij de rechter (§19, §25, §34 en §39). Ten slotte zijn er een aantal waarborgen en grenzen bij het beslissingsproces zoals het procesrecht, cassatie en het zelfinzicht van de rechter (§19, §§29-31 en §§41-42).

HOOFDSTUK 5: Rechtsvinding in de praktijk

5.1 Rechtsvinding, rechtstoepassing en rechtsschepping

50. In dit hoofdstuk wordt de theorie getoetst aan een aantal actuele rechterlijke uitspraken. Het doel is om na te gaan of er elementen zijn die verschillen of overeenstemmen met de 3 besproken theorieën. De synthese in hoofdstuk 4 zal hierbij de leidraad zijn.
51. Er dient eerst nog een onderscheid te worden gemaakt tussen rechtsvinding, rechtstoepassing en rechtsvorming. De drie auteurs maken dit onderscheid niet steeds. Van Gerven gebruikt zelfs rechtsvinding en rechtsvorming als synoniemen.¹⁰⁸ Dit klopt in zekere zin want rechtsvinding wordt algemeen gebruikt als de benaming van het rechterlijk beslissingsproces. De reden om het onderscheid wel te maken is om de verschillende gradaties van rechtsvinding te illustreren. Deze gradaties worden wel door Wiarda gemaakt met de 3 types van rechtsvinding (§21).

Volgens Marcel Storme betekent rechtsvinding dat het recht er is maar de rechter moet het nog vinden. Hij illustreert dit met de schoorsteen- en kanaalarresten van 6 april 1960. De rechter werd in die rechtszaken geconfronteerd met een nieuwe, niet-gereguleerde problematiek. Met een zekere mate aan creativiteit werd de oplossing gevonden in de combinatie van artikel 544 BW en artikel 11 GW.¹⁰⁹ De aangehaalde definitie over rechtsvinding is eigenlijk beperkt want er is tevens een algemenere betekenis, namelijk het algemeen proces waarbij de rechter tot een beslissing komt (§44).

Rechtsschepping daarentegen komt ter sprake in geval van leemten in de wet. In deze gevallen zal rechter, vanwege het verbod tot rechtsweigeren in artikel 5 Ger.W., geen andere keuze hebben dan het recht te scheppen. Een bekende illustratie hiervan is het Smeerkaasarrest waarin het Hof van Cassatie de voorrang van Europese normen in de Belgische rechtsorde erkent.¹¹⁰

Ten slotte is er bij rechtstoepassing een bestaande, duidelijke en ondubbelzinnige regel die bij wijze van een syllogisme wordt toegepast. Denk aan de strafrechter die voor het doorrijden bij rood licht een overtreding van de wet moet vaststellen. Dit rechtsgevolg of deze rechtsbeslissing wordt rechtstreeks uit de wet afgeleid.¹¹¹

¹⁰⁸ VAN GERVEN 1973, p. 10.

¹⁰⁹ STORME & CAPPELLETTI 1980, p. 42.

¹¹⁰ STORME & CAPPELLETTI 1980, p. 43.

¹¹¹ VAN GERVEN 1973, p. 10; VAN GERVEN & LEYTEN 1977, p. 38.

5.2 De strijd voor de rechter

“Ik laat daarom af en toe elementen uit de motivering indien ze ertoe zouden leiden dat het conflict blijft voortduren. Mensen blijven immers strijden, zeker in familiezaken, en mijn doel is om dat te beperken.” Rechter E

52. Procesvoering is een vorm van geciviliseerd geweld.¹¹² De rechter zal dit geweld, kwaad of conflict trachten te vatten aan de hand van rechtsregels (§10). De oplossing door de rechter is echter niet altijd definitief gelet op de hogere rechtsmiddelen die achteraf ingesteld kunnen worden. Bovendien houden de strijdkrachten vaak littekens over, ongeacht of er nadien procedures volgen.¹¹³ Denk aan de ouders van de slachtoffers van Marc Dutroux die tot op heden ijveren voor gerechtigheid,¹¹⁴ de gedupeerden van de Fortiscrisis,¹¹⁵ of de slachtoffers van het misbruik door de kerk die op muren stoten als ze schadevergoeding willen voor de onmiskenbare schade die zij hebben geleden.¹¹⁶
53. Deze conflicten gaan soms over moeilijke topics binnen onze maatschappij. Er is het kind met het downsyndroom wiens ouders hopen dat hij net als andere kinderen normaal onderwijs zal kunnen volgen; er zijn appartementseigenaars die het beu zijn dat hun huurders onderverhuren op Airbnb; de moslima's die het onterecht vinden dat zij geen burkini's mogen dragen in zwembaden; de klimaatactivisten die vinden dat de rechter moet ingrijpen, om te beletten dat de komende generaties de nefaste gevolgen van de lakse houding van de wetgever moeten dragen. Dit zijn maar enkele voorbeelden die verder besproken zullen worden.

Rechters zullen ongetwijfeld met diverse moeilijkheden geconfronteerd blijven. We leven immers in een snel evoluerende maatschappij met onder meer de technologie, het klimaat, migratie, terrorisme en globalisering als belangrijke uitdagingen. Rechters vinden vaak geen pasklare oplossingen in de wet voor deze uitdagingen wanneer zij tot actuele rechtsconflicten leiden. De wetgever anticipeert tevens vaak op toekomstige evoluties door het gebruik van open normen (§27). Bovendien creëert de meergelaagde rechtsorde bijkomende complexiteiten inzake rechtsbronnen en rechtssystemen.¹¹⁷ Deze elementen leiden ertoe dat de taak van de rechter om de kloof tussen recht en maatschappij te dichten gewichtiger wordt.¹¹⁸ Een reflexwerking van de rechter is dan ook onontbeerlijk¹¹⁹ want rechters moeten creatief, menselijk en moedig¹²⁰ zijn om toch enig soelaas te bieden aan die actuele problemen.

¹¹² STORME & CAPPELLETTI 1980, p. 87.

¹¹³ STORME & CAPPELLETTI 1980, p. 97-98.

¹¹⁴ X, *Het Laatste Nieuws* 2 januari 2020 (www.hln.be/nieuws/binnenland/papa-deelt-oude-videobeelden-van-dutroux-slachtoffer-melissa-russo-ab19de85/?referer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F).

¹¹⁵ GÉRARD, *De Tijd* 22 december 2018 (www.tijd.be/ondernemen/banken/ex-fortis-ceo-tien-jaar-van-leven-door-fortis-crisis-geplunderd/10081635.html).

¹¹⁶ MUSSCHE 2015 (<http://vansteenbrugge-advocaten.be/misbruik-in-de-kerk/>).

¹¹⁷ VAN GERVEN & LIERMAN 2010, p. 224.

¹¹⁸ VAN GERVEN & LIERMAN 2010, p. 229-230.

¹¹⁹ LOTH & VAN GESTEL, *NJB* 2015, p. 2604.

¹²⁰ HRJ, *Gids voor de magistraten* 2012, p. 19 en 21.

5.3 De creatieve rechter

“Er zijn echter gevallen waar je ondanks het toepassen van de wet en de bestaande principes, nog steeds met een gewrongen gevoel achterblijft. Je probeert dan creatief te zoeken naar een evenwicht.” Rechter C

54. De theorie suggereert dat rechters af en toe geconfronteerd worden met gevallen waarvoor geen pasklare oplossingen te vinden zijn in de bestaande regels. Soms gaat het over nieuwe situaties waarvoor een toepasselijke norm ontbreekt (§35). De rechter kan in deze gevallen genoodzaakt om creatief te zijn. Rechterlijke creativiteit betreft in principe de vrijheid die een rechter zich toekent ten aanzien van de wettekst bij het zoeken naar het toepasselijke recht.¹²¹ Creativiteit wordt vaak geassocieerd met rechterlijk activisme en rechtsvorming. Een creatieve rechter is immers bereid om, op een objectieve wijze, het bestaande recht te hervormen of nieuw recht te creëren als het moet.¹²²
55. Een illustratie van een nieuw geval is de problematiek rond onderverhuring op Airbnb.¹²³ Bij de berechting van de eerste Belgische zaak hierover is het onduidelijk of onderverhuring op Airbnb legaal is. Er is ook geen expliciete wetgeving over de problematiek. Bovendien: moet de onderverhuring als aanneming of huur worden gekwalificeerd? De huur wordt uiteindelijk gekwalificeerd als een verboden onderverhuring op basis van artikel 4 § 2 Woninghuurwet. De huurder mag volgens de rechter enkel onderverhuren op Airbnb indien het wettelijk noch contractueel verboden is. Omdat deze verbintenis niet is nageleefd gaat de rechter over tot de ontbinding van de huurovereenkomst vanwege een ‘zwaarwichtige, systematische en schuldige wanprestatie’. De ontbinding is echter op uitstel.¹²⁴ Intussen is de wetgever wel opgetreden¹²⁵ maar de kwestie van de deeleconomie blijft vragen oproepen bijvoorbeeld over de rol van het platform¹²⁶ en intussen gaat de strijd verder.¹²⁷

Dit is geen geval van rechtstoepassing want bij de berechting van de zaak is er een wettelijke leemte over de Airbnb-problematiek. Heeft de rechter dan het recht gevonden of recht geschapen? Volgens een rechter vertrouwd met deze materie is er geen andere optie dan creatief te zoeken naar een oplossing.¹²⁸ De rechter vindt uiteindelijk een aanknopingspunt in de bestaande huurwet om de huurovereenkomst te ontbinden. De creativiteit die daarmee gepaard gaat, is wel opmerkelijk, wetend dat de verhouding tussen de Airbnb verstrekker en afnemer principieel niet onder de overeenkomsten geregeld in het Burgerlijk Wetboek valt.¹²⁹ Daarom neigt de balans door te wegen op rechtsschepping.

¹²¹ VAN GERVEN, *RW* 1997-98, p. 209.

¹²² VAN GERVEN & LIERMAN 2010, p. 224.

¹²³ Vred. Brugge 4 februari 2016, *Huur* 2016/2, 88-91.

¹²⁴ Vred. Brugge 4 februari 2016, *Huur* 2016/2, 90.

¹²⁵ In Vlaanderen geldt onder meer het Decreet houdende toeristische logies van 5 februari 2016 sinds 1 april 2017.

¹²⁶ DEVOLDER, *RW* 2015-16, p. 1322.

¹²⁷ Rb. Antwerpen 21 december 2017, *T.Vred.* 2019, afl. 1-2, (91); Vred. Antwerpen 27 september 2018, *RABG* 2019/11, (947);

Arrest van 19 december 2019, Airbnb Ireland, C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112.

¹²⁸ Bijlage 1: Rechter D, vraag 3 en vraag 6.2.

¹²⁹ TIMMERMANS, *Huur* 2016/2, p. 59.

56. Een ander domein waar rechters creatief zijn is binnen het milieurecht. De milieuproblematiek raakt ons allemaal en dit weerspiegelt zich in de uiteenlopende vorderingen over de wereld heen.¹³⁰ De veroordeling van de Nederlandse staat in 2015¹³¹ is echter revolutionair en cruciaal vanwege de mogelijke invloed op de lopende Belgische klimaatzaak.¹³² In de Urgenda-zaak wordt de Nederlandse staat verplicht om de CO² uitstoot te reduceren met minstens 25% tegen 2020. Later wordt het vonnis bevestigd in hoger beroep en in cassatie.¹³³
57. Een belangrijke kritiek op klimaatzaken betreft de scheiding der machten en het activisme van rechters.¹³⁴ De rechterlijke macht dwingt tenslotte de uitvoerende macht tot handelen. De verschillende auteurs staan echter positief tegenover rechterlijk activisme (§47). Van Gerven blijkt zelfs geen argwaan te hebben voor de behandeling van vragen met politieke inslag wanneer er geen andere oplossing is. De rechter dient echter het ultimatum remedium te blijven.¹³⁵ De auteurs zijn dus unaniem dat de rechter activistisch mag zijn, zeker als er geen andere oplossing is, maar dit moet voorzichtig gebeuren. En ze hebben gelijk want rechters hebben een dienstbare functie ter bescherming van de maatschappij, wat betekent dat ze af en toe leidinggevend moeten zijn.¹³⁶ De Haagse rechter is wellicht op de stoel van de wetgever gaan zitten. Maar als de wetgever niet ageert bij dringende maatschappelijke problemen, dan is een dergelijk optreden door de behoeder van de rechtstaat noodzakelijk.¹³⁷

De rechter ter zake kwalificeert de zaak als een moeilijke zaak of ‘een geschil met lastige en veelomvattende “klimaattechnische” vragen’.¹³⁸ Daarnaast wordt het belang van internationale en supranationale rechtsnormen geïllustreerd. De rechter verwijst meermaals naar hogere normen om de beslissing te steunen¹³⁹ en cruciaal is de zorgplicht vervat in artikelen 2 en 8 EVRM. Een verwijzing naar mensenrechten ter bescherming van de huidige én toekomstige generaties is ongetwijfeld evolutionair.¹⁴⁰ Ondanks het gebrek aan directe werking besluit de rechter dat de staat een zorgplicht heeft krachtens de volkenrechtelijke plichten en dit vanwege de ernst van het gevaar.¹⁴¹ In de theorie zijn die normen beschreven onder richtlijnen of aanknopingspunten voor de rechter (§19, §30, §41).¹⁴²

¹³⁰ U.S. CLIMATE CHANGE LITIGATION DATABASES 2020 (<http://climatecasechart.com/>). Hier zijn alle definitieve en lopende rechtszaken wereldwijd te vinden, waaronder de lopende Belgische Klimaatzaak.

¹³¹ Rb. Den Haag (NL) 24 juni 2015 (Stichting Urgenda/De staat der Nederlanden).

¹³² SOETE & SCHOUKENS, *NJW* 2016, p. 187 (abstract).

¹³³ Gerechtshof Den Haag 9 oktober 2018 (De staat der Nederlanden/Stichting Urgenda); Hoge Raad (NL) 20 december 2019 (De staat der Nederlanden/Stichting Urgenda).

¹³⁴ LOTH & VAN GESTEL, *NJB* 2015, p. 2598; SOETE & SCHOUKENS, *NJW* 2016, p. 193, §26; GILLAERTS, *Juristenkrant* 2018, p. 15.

¹³⁵ VAN GERVEN 1973, p. 156.

¹³⁶ STORME & CAPPELLETTI 1980 p. 46; SCHOORDIJK 1972, p. 45.

¹³⁷ LOTH & VAN GESTEL, *NJB* 2015, p. 2605.

¹³⁸ Rb. Den Haag (NL) 24 juni 2015 (Stichting Urgenda/De staat der Nederlanden), §4.3.

¹³⁹ Rb. Den Haag (NL) 24 juni 2015 (Stichting Urgenda/De staat der Nederlanden), §4.8.

¹⁴⁰ Rb. Den Haag (NL) 24 juni 2015 (Stichting Urgenda/De staat der Nederlanden), §4.52; SOETE & SCHOUKENS, *NJW* 2016, p. 195, §36-§37.

¹⁴¹ Rb. Den Haag (NL) 24 juni 2015 (Stichting Urgenda/De staat der Nederlanden), §4.65.

¹⁴² Zie ook VAN GERVEN & LIERMAN 2010, p. 220 en 268 over het toenemend belang van Europese normen voor interne rechtspraak.

58. Hoe komt deze rechter in feite tot de eerdergenoemde beslissing? Hij omschrijft onder meer de bestaande nationale en internationaalrechtelijke verplichtingen van de staat waaronder het Kyoto-protocol. Hij laat zich tevens inspireren op de rechtspraak van het EHRM omtrent milieuzaken.¹⁴³ Daarnaast worden de emissies van CO² over verschillende jaren en de reeds genomen maatregelen geanalyseerd.¹⁴⁴ Op een vergelijkbare wijze wordt het bestaan en de omvang van de verplichting die op de staat rust vastgesteld. De wetenschappelijke consensus over het gevaar van CO²-uitstoot speelt hierbij een belangrijke rol.¹⁴⁵ De vergelijkingsmethode van Wiarda is derhalve in zekere mate herkenbaar. Daarbovenop doet de rechter op verschillende plaatsen in de uitspraak een waardeoordeel, bijvoorbeeld over *onrechtmatig* handelen, een *onevenredige* zware last, de *zorgvuldigheid* van de staat, een *passende* maatregel en een *veilig* leefklimaat. Ten slotte: ik ben het eens met Lefranc dat het rechterlijk beleid hier gelegen is in de duidelijke keuze voor het recht op leven boven andere ingeroepen of mogelijke fundamentele rechten.¹⁴⁶

Bijzonder is ook dat de rechter de scheiding der machten bespreekt. Hij herinnert eraan dat de verhouding tussen de staatsmachten horizontaal is en geënt is op een evenwicht.¹⁴⁷ Bovendien heeft de rechter de taak om burgers te beschermen tegen de staat. De potentiële politieke gevolgen van de uitspraak zijn daarvoor geen beletsel.¹⁴⁸ Tot slot: de beleidsruimte van de overheid inzake klimaatproblemen wordt beknot in geval van ernstige, levensbedreigende gevolgen voor de mens en het milieu. Dan is de staat verplicht ‘om zijn burgers daartegen te beschermen door het treffen van passende en effectieve maatregelen’.¹⁴⁹ Om die redenen meen ik dat deze uitspraak terecht is en geen overschrijding vormt van de *trias politica*. Rechter hebben immers steeds een speelruimte bij rechtsregels (§47), en die ruimte moet soms benut worden om bv. een burgerlijk ongehoorzame minderheid te beschermen.¹⁵⁰

59. Deze zaak bewijst dat rechters wel degelijk soms worden geconfronteerd met complexe, soms grensoverschrijdende rechtsvragen die belangrijke gevolgen hebben voor de hele maatschappij. Rechtsvinding 3.0 (de taak van de rechter in een meerlagige rechtsorde) of rechtsvorming?¹⁵¹ Volgens mij zijn beide geldig. Het recht wordt immers onder meer in supranationale normen gevonden, maar de uitspraak creëert een eerder ongeziene verplichting op de staat. Hoe het ook zij, Van Gerven zou deze behandeling van een politiek gekleurde rechtsvraag goedkeuren (§17). De rechter blijkt wel te beseffen hoe verre gaand de beslissing is gezien de behandeling van de problematiek over de scheiding der machten en de opvallende uitgebreide motivering.

¹⁴³ Rb. Den Haag (NL) 24 juni 2015 (Stichting Urgenda/De staat der Nederlanden), §4.66 en §4.46-§4.49.

¹⁴⁴ Rb. Den Haag (NL) 24 juni 2015 (Stichting Urgenda/De staat der Nederlanden), §4.69-§4.72.

¹⁴⁵ Rb. Den Haag (NL) 24 juni 2015 (Stichting Urgenda/De staat der Nederlanden), §4.29.

¹⁴⁶ LEFRANC, *TMR* 2018, p. 705, §32.

¹⁴⁷ Rb. Den Haag (NL) 24 juni 2015 (Stichting Urgenda/De staat der Nederlanden), §4.95.

¹⁴⁸ Rb. Den Haag (NL) 24 juni 2015 (Stichting Urgenda/De staat der Nederlanden), §4.97-§4.98.

¹⁴⁹ Rb. Den Haag (NL) 24 juni 2015 (Stichting Urgenda/De staat der Nederlanden), §4.74-§4.76.

¹⁵⁰ LEFRANC, *TMR* 2018, p. 705, §34.

¹⁵¹ LOTH & GESTEL, *NJB* 2015, p. 2604.

5.4 De technische en de empathische rechter

“Er zijn rechters die heel technisch te werk gaan, en die zelden buiten de marges van de wet zullen kleuren. Ik kleur daarentegen af en toe daarbuiten in het belang van het kind.” Rechter A

60. Kunnen de ouders van een kind geboren met een ernstige handicap door een medische fout schadevergoeding vorderen namens het kind voor het ‘ongewenst leven’? Deze vraag wordt negatief beantwoord door het Hof van Cassatie (‘HvC’) in 2014.¹⁵² De *wrongful life*-vordering werd eerder al toegekend in eerste aanleg en in hoger beroep.¹⁵³ Deze rechters werden echter door sommigen aanzien als activistische beleidmakers. Het HvC streeft daarom wellicht rechtszekerheid na met deze beslissing.¹⁵⁴
61. Bij de eerste kennismaking met deze zaak kreeg ik een ‘onbehaaglijk’ gevoel.¹⁵⁵ Het voelde onbillijk dat de ouders wel het recht op schadevergoeding hebben in tegenstelling tot het kind zelf. Dat gevoel verdween echter naarmate ik het arrest grondiger las. Wellicht komt dit door mijn persoonlijke overtuiging dat élk leven waardevol is. Maar misschien is het gewoon omdat het arrest juridisch technisch correct is.¹⁵⁶ Dit valt echter niet meteen af te leiden uit de kale motivering van het hof dan wel uit een analyse van de conclusie van de advocaat-generaal (‘AG’)¹⁵⁷ en de rechtsleer. Het is dan ook begrijpelijk indien een doorsnee burger op basis van het arrest alleen een ‘onbehaaglijk’ gevoel weerhoudt. Daarom is een uitvoerige motivatie essentieel bij zulke controversiële gevallen die voor grote discussies zorgen in de maatschappij (§19 en §34). Het arrest van de Hoge Raad in de zaak Baby Kelly is daarentegen wel uitvoerig gemotiveerd.¹⁵⁸

De AG verschaft bovendien het inzicht dat de beslissing gebaseerd is op een rechtsvergelijking tussen Duitsland, Frankrijk, Nederland en het Verenigd Koninkrijk.¹⁵⁹ Vranken heeft externe rechtsvergelijking omschreven als één van de richtlijnen voor rechters in zulke moeilijke gevallen (§41) en het belang ervan blijft toenemen.¹⁶⁰ De rechtsleer verduidelijkt tevens dat artikel 1382 BW en de principes voor schadebegroting strikt werden toegepast.¹⁶¹ Er is echter geen sprake van uitsluitend heteronome rechtsvinding (§21) waar de oplossing rechtstreeks uit de wet wordt afgeleid. De

¹⁵² Cass. (voltallige zitting) 14 november 2014, C.13.0441.N.

¹⁵³ Rb. 18 februari 2010, *T.Gez.* 2011-12, 198; Gent 3 november 2011, *T.Gez.* 2011-12, afl. 3, 205; Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl. 8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE; Rb. Brussel 7 juni 2002, *TBBR* 2002, afl. 7, 483.

¹⁵⁴ HUYGENS, *T.Gez.* 2014-15, p. 201 en VAN GERVEN & LIERMAN 2010, p. 225.

¹⁵⁵ STORME & CAPPELLETTI 1980, p. 61. Marcel Storme gebruikt deze ‘eerste indruk’ als een behulpzame startpunt bij de analyse van het proces van rechtsvinding.

¹⁵⁶ VAN DE SYPE, *RW* 2014-15, p. 1621.

¹⁵⁷ Concl. A. VAN INGELGEM bij Cass. (voltallige zitting) 14 november 2014, *RW* 2014-15, p. 1611-1617.

¹⁵⁸ HR (NL) 18 maart 2005 (Baby Kelly), §4.11-§4.20.

¹⁵⁹ CASS. JAARVERSLAG 2018, p. 188, §24; Concl. A. VAN INGELGEM bij Cass. (voltallige zitting) 14 november 2014, *RW* 2014-15, p. 1613.

¹⁶⁰ DIRIX, *TPR* 2019, p. 23.

¹⁶¹ VAN DE SYPE, *RW* 2014-15, p. 1622.

interpretatie van het hof had immers tot dezelfde soepele conclusie als die van de Hoge Raad¹⁶² kunnen leiden. De rechters hebben echter het recht elders gevonden, wellicht in Duitsland. De beslissing is derhalve een combinatie van heteronome en autonome rechtsvinding (§25). De zaak Baby Kelly is wel een illustratie van de vergelijkende methode volgens Wiarda. Middels een vergelijking van reeds beslechte gevallen komt de Hoge Raad tot het besluit omtrent het recht op de vergoeding voor de ouders (*wrongfulbirth*) en de zorgplicht van de behandelaar tegenover het ongeborn kind.¹⁶³

62. Deze zaak is een voorbeeld van een moeilijk geval waarbij het HvC voor het eerst een belangrijke discussie beslecht. Het gaat hier bovendien om een ethische kwestie waar een beredeneerd waardeoordeel over een *fout* en *schade* onmiskenbaar is. Het beleid van het hof wordt achteraf nog bevestigd¹⁶⁴: vandaag zijn *wrongfulbirth*-vorderingen toelaatbaar in België in tegenstelling tot *wrongful life*-vorderingen. Er wordt soms gezegd dat de rechtspraak van het HvC een *persuasive* precedentenwerking heeft.¹⁶⁵ De kans is immers groot dat lagere rechters zich zullen schikken naar deze rechtspraak. In elk geval heeft het hof recht gevormd want het gebrek aan duidelijke standpunt omtrent dergelijke kwesties in onze rechtsorde leidde tot activisme bij sommige lagere rechters.¹⁶⁶
63. Is het HvC minder empathisch door de *wrongful life*-vordering niet toe te laten? De weigering is in feite deels gebaseerd op de juridisch-technische houding bij de interpretatie van het schadebegrip. De gehanteerde strikte interpretatie leidt tot een onmogelijkheid om de actuele toestand ‘leven’ en de hypothetische toestand ‘niet leven’ naar waarde te schatten, en bijgevolg om de schade te begroten.¹⁶⁷ Het Franse Hof van Cassatie¹⁶⁸ en de Hoge Raad vinden wel met wat creativiteit deze vordering gerechtigd. De reden waarom ons HvC opteert om *wrongful life*-vorderingen als ontoelaatbaar te verklaren is wellicht een keuze of beleid waar de onschatbare waarde van het leven de voorrang krijgt.

Volgens mij is het hof net wel empathisch door zich te verplaatsen in de positie van een kind dat destijds wellicht nog geen onafhankelijke en onderbouwde mening kon vormen over het leven. Het bestaan van *wrongful life*-vorderingen is immers een impliciete bevestiging dat het leven van het kind onwaardig is. Bovendien: wat moet het kind denken wanneer het jaren later ontdekt dat er procedures waren omdat hij of zij zozegd geen levenswens gehad zou hebben?

64. Diezelfde techniciteit is herkenbaar in de bevestigende uitspraak over de dagvaarding van de Heilige stoel voor de ‘doofpotschade’. De uitspraak lijkt onbillijk, toch is het juridisch correct, zeker in de

¹⁶² HR (NL) 18 maart 2005 (Baby Kelly), §4.20.

¹⁶³ HR (NL) 18 maart 2005 (Baby Kelly), §4.6 en §4.12-§4.13.

¹⁶⁴ Cass. 21 april 2016, C.15.0286.N; Cass. (3e k.) 17 oktober 2016, C.11.0062.F; Cass. (1e k.) 13 april 2018, AR C.13.0302.F.

¹⁶⁵ STORME & CAPPELLETTI 1980, p. 43. Zie Bv. Rb. Brussel 11 december 2019, p. 12, §3.3.1. (www.rechtbanken-tribunaux.be/sites/default/files/nieuwsartikels/IS111219.pdf).

¹⁶⁶ HUYGENS, *T.Gez.* 2014-15, p. 201.

¹⁶⁷ VAN DE SYPE, *RW* 2014-15, p. 1622.

¹⁶⁸ Cass. (FR) 17 november 2000 (Perruche), *Revue Juridique de l'Ouest* 2001, p. 471-472.

context van scheiding der machten.¹⁶⁹ Als het over staatsimmuniteten en soevereiniteit gaat, dan zijn rechters wellicht terughoudender. Dit hoeft echter niet want wie moet de burgers anders beschermen in hun disproportionele machtsverhouding ten aanzien van de staat? Rechters zijn de ultieme bescherming van de burger en dit vereist het lef om soms onpopulair te zijn, en zelfs tegen de wet in te gaan.¹⁷⁰ Marcel Storme drukt het beter uit: ‘De wetgever beschermt de minderheden niet; dit is de eminente taak van de rechter.’¹⁷¹

65. De erkenning van het recht op inclusief onderwijs¹⁷² is een duidelijkere illustratie van empathische rechtspraak. In deze zaak wordt een Antwerpse basisschool veroordeeld voor discriminatie omdat er onvoldoende redelijke aanpassingen zijn gedaan om een jongen met het downsyndroom te integreren. Niettemin is de erkenning van het recht op inclusief onderwijs hetgeen controversie wekt. Het bestaan van dit recht wordt immers onder meer in de rechtsleer betwist.¹⁷³
66. De rechter heeft dus in zekere zin recht gevormd door dit recht zonder meer te erkennen. Er is echter geen sprake van een arbitraire beslissing. Zowel het Gelijkekansendecreet als het M-decreet¹⁷⁴ hebben tenslotte inclusie als voornaamste doel.¹⁷⁵ Bovendien beroept de rechter zich op de rechtsleer om bijvoorbeeld de verplichting om redelijke aanpassingen door te voeren te verhelderen.¹⁷⁶ Kortom, de rechter baseert zich op aanknopingspunten in het systeem. Het is echter evident dat het hebben van inclusie als uitgangspunt niet hetzelfde is als een principieel recht op inclusief onderwijs.

De controverse van de beslissing is tevens begrijpelijk want de uiteindelijke keuze voor het ene belang of de ene waarde wordt niet voldoende gemotiveerd.¹⁷⁷ Er wordt met andere woorden niet gezegd wat het belang is om bv. het recht op redelijke aanpassingen en inclusief onderwijs boven de beoordelingsvrijheid van de school te verkiezen. De rechter duidt ook niet aan welke concrete onderliggende conflicterende waarden een rol spelen.¹⁷⁸ Het is tevens onduidelijk waarom in dit specifieke geval gekozen werd om het recht op inclusief onderwijs te erkennen. Heeft deze rechter zich misschien gebaseerd op de internationale consensus die het belang van inclusief onderwijs steeds meer bepleit?¹⁷⁹

¹⁶⁹ Het arrest Gent 26 februari 2016, nr. 2013/AR/2889, onuitg. verwijst in p. 7-9 naar het bestreden vonnis Rb. Gent 1 oktober 2013. In beide beslissingen verklaren de rechters zich zonder rechtsmacht omdat de Heilige Stoel staatsimmunitet heeft. Zie ook: SOBRIE, *Juristenkrant* 2016, p. 3.

¹⁷⁰ SCHOORDIJK 1972, p. 45.

¹⁷¹ STORME & CAPPELLETTI 1980, p. 46.

¹⁷² Rb. Antwerpen 7 november 2018, *RW* 2019-20, p. 29.

¹⁷³ Rb. Antwerpen 7 november 2018, *RW* 2019-20, p. 35, noot D. CUYPERS; HEMELOET & CARREIN, *TJK* 2016/4, p. 322.

¹⁷⁴ Vlaamse Gelijkekansendecreet (2008) en het M-Decreet (2014).

¹⁷⁵ Zie Rb. Antwerpen 7 november 2018, *RW* 2019-20, p. 29 over de doelstelling tot inclusie van het M-Decreet en Artikel 5 Vlaamse Gelijkekansendecreet.

¹⁷⁶ Rb. Antwerpen 7 november 2018, *RW* 2019-20, p. 29.

¹⁷⁷ VAN GERVEN, *RW* 1997-98, p. 213.

¹⁷⁸ In VAN GERVEN 1997, p. 222 pleit de auteur voor meer waarden-georiënteerde en transparante rechtspraak. In VAN HOECKE, 1975, p. 41 wordt gesteld dat rechters zelden de alternatieve keuzes weergeven omdat zij niet van oordeel zijn dat zij een waardeoordeel vellen.

¹⁷⁹ Rb. Antwerpen 7 november 2018, *RW* 2019-20, p. 33 en 35, noot D. CUYPERS.

67. De theorie is in deze zaak herkenbaar. Eerst worden de relevante feiten, partijen en de aard van de zaak bepaald. Daarna worden de toepasselijke regels geïnterpreteerd en gekoppeld aan de feiten. De zaak vereist ook een beredeneerd waardeoordeel. Bij wijze van een simpel voorbeeld: de rechter moet beslissen of er *redelijke* aanpassingen werden gedaan. Over de inhoud daarvan bestaan reeds niet-limitatieve criteria en indicatoren maar de rechter heeft nog steeds een beoordelingsmarge.¹⁸⁰ Een persoonlijk waardeoordeel is derhalve onvermijdelijk want wat redelijk is voor één iemand is dat niet altijd voor een ander. Deze rechter concludeert dat de school gefaald heeft in deze verplichting. Het valt soms ook te zien hoe dat de rechter teruggrijpt naar de relevante feiten bij de interpretatie van de normen.¹⁸¹ Daarom spreekt Vranken over een wisselwerking tussen feiten en normen (§36).

De rechter heeft wellicht geprobeerd om een evenwicht te vinden tussen het recht op redelijke aanpassingen en de discretionaire marge van de school. Desondanks wint het recht op redelijke aanpassingen hier duidelijk. Inclusief onderwijs vereist een mate aan inspanningen om redelijke aanpassingen door te voeren ondanks de discretionaire beleidsmarge van de school. Bovendien is er een zekere empathie impliciet af te leiden uit de uitspraak. Dit is o.m. het geval wanneer de rechter aangeeft dat het niet evident is voor de jongen om in een nieuwe school te starten vanwege zijn leeftijd en handicap.¹⁸² Evenwel is het beleid van deze rechter niet onopgemerkt gebleven zeker nu men besloten heeft om het M-decreet te vervangen door een minder verregaand begeleidingsdecreet.¹⁸³

5.5 Van rechtseenheid gesproken ..

“Op een bepaald moment kom je als rechter inderdaad op een onontgonnen juridisch terrein. Er is echter geen sprake van een politieke beslissing, wel van een beslissing met politieke impact.” Rechter B

68. Je hoeft de actualiteit niet dagelijks te volgen om te weten dat bepaalde onderwerpen onze maatschappij meer beroeren dan andere. De meningsverschillen vertolken zich vaak in de discussies van verschillende politieke partijen. Denk aan de moord op Julie van Espen,¹⁸⁴ of de saga rond verdoofd slachten¹⁸⁵ en recenter nog: de euthanasiekwestie.¹⁸⁶ Gelukkig komen deze kwesties soms voor onpartijdige en onafhankelijke rechters die zich niet door eigen politieke opvattingen laten leiden. Dit is het uitgangspunt dat de rechtszoekende zou moeten hebben althans. Helemaal anders is het in

¹⁸⁰ Protocol van 19 juli 2007 betreffende het begrip redelijke aanpassingen in België.

¹⁸¹ Rb. Antwerpen 7 november 2018, *RW* 2019-20, p. 29 en 30.

¹⁸² Rb. Antwerpen 7 november 2018, *RW* 2019-20, p. 32.

¹⁸³ ROELANDT, *De Morgen* 30 september 2019 (www.demorgen.be/politiek/m-decreet-in-het-onderwijs-wordt-afgeschaft-en-vervangen-door-begeleidingsdecreet~b7afa2d1/?referer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F).

¹⁸⁴ VAN DE VELDEN, *De Tijd* 10 mei 2019 (www.tijd.be/nieuws/archief/jambon-vindt-roep-vlaams-belang-om-ontslag-koen-geens-ongepast/10125489).

¹⁸⁵ X, *Knack* 4 februari 2018 (www.knack.be/nieuws/belgie/vijf-klachten-bij-grondwettelijk-hof-tegen-verbod-op-onverdoofd-slachten/article-normal-959861.html?cookie_check=1586078906).

¹⁸⁶ VAN CAUTER, *De Tijd* 5 februari 2020 (www.tijd.be/opinie/algemeen/euthanasieproces-verengd-tot-keuze-voor-of-tegen-de-wet/10205886.html).

een rechtssysteem waar rechters verkozen worden en waar de politieke opvattingen sneller een rol zouden spelen bij het beslissingsproces.¹⁸⁷ Niettemin moet deze stelling worden genuanceerd.¹⁸⁸

69. Wanneer u verschillende vonnissen leest met gelijkaardige vorderingen, dan verwacht u wellicht net als ik en Cardozo¹⁸⁹ gelijkaardige uitspraken. Het streven naar rechtseenheid en rechtszekerheid is immers essentieel voor het vertrouwen van de rechtszoekende.¹⁹⁰ De praktijk wijst echter anders uit. Een recent voorbeeld gaat over de beschikkingen van de Nederlandstalige en Franstalige kamer met betrekking tot de repatriëring van kinderen van IS-strijders. De Nederlandstalige kamer beslist in tegenstelling tot de Franstalige kamer dat België geen plicht heeft tot de repatriëring van de kinderen én hun moeders.¹⁹¹
70. Een andere illustratie zijn de ‘burkinizaken’ waar de eisers aanvoeren dat het verbod om burkini’s te dragen in zwembaden een discriminatie vormt op grond van geloof of levensbeschouwing. Dezelfde vorderingen, dezelfde problematiek maar andere uitspraken. Mijn eerste indruk is kortzinnig: de Antwerpse rechter is te conservatief. Een analyse van de vonnissen om het rechterlijk beslissingsproces te begrijpen leidt echter tot een andere conclusie.

In twee Gentse zwembaden verbieden de interne voorschriften burkini’s.¹⁹² In Antwerpen daarentegen is artikel 416 Politiecodex de rechtsbasis voor de kledijvoorschriften in het zwembad. Burkini’s worden niet expliciet verboden want er wordt voornamelijk aangepaste kledij vereist.¹⁹³ Dit is al een belangrijk verschil omdat de Antwerpse rechter in feite een ruimere interpretatiemarge heeft vanwege het open karakter van de norm. Deze rechter had dus, in tegenstelling tot gevelde uitspraak dat er geen discriminatie is, minstens indirecte discriminatie kunnen vaststellen. In Gent besluit de rechter wel dat er discriminatie is en de vorderingen tot staking van de burkini-verboden worden ingewilligd.

Cruciaal is dat de Gentse vonnissen door dezelfde rechter worden gevelde. Evenwel komt deze rechter tot verschillende conclusies. Misschien krijgt u net als ik een onbehaaglijk gevoel: dezelfde rechter, dezelfde aard van de zaak, maar verschillende uitspraken? Niettemin is het verschil gegrond, want de aangevochten voorschriften zijn niet gelijkaardig. In zwembad Ter Wallen worden burkini’s expliciet verboden wat tot het besluit van directe discriminatie leidt. De burkini’s zijn immers de enige expliciet vermelde vorm van religieuze zwemkledij.¹⁹⁴ Daarentegen vereist het reglement van zwembad Van Eyck ‘aangepaste kledij’. De rechter heeft hier een groter interpretatiemarge en concludeert dat er

¹⁸⁷ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 5.1.

¹⁸⁸ *Infra* p. 56, § 103.

¹⁸⁹ CARDOZO 1921, p. 33.

¹⁹⁰ *Ibid.*; VAN GERVEN & LIERMAN 2010, p. 225.

¹⁹¹ ROOMS & VERHAEGHE, *VRT NWS* 2019 (www.vrt.be/vrtnews/nl/2019/12/11/kortgedingrechter-beslist-belgie-moet-10-kinderen-van-is-strij/).

¹⁹² Rb. Gent 5 juli 2018, nr. 2018/8812, *TJK* 2019, p. 104-109 en Rb. Gent 5 juli 2018, nr. 2018/8813, *TJK* 2019, p. 110-115.

¹⁹³ Rb. Antwerpen 18 december 2018, nr. 17/4789/A, *TJK* 2019, p. 116.

¹⁹⁴ Rb. Gent 5 juli 2018, nr. 2018/8812, *TJK* 2019/1, p. 109.

indirecte discriminatie is. Een algemeen verbod op bedekkende kledij is tenslotte eerder in het nadeel van moslima's.¹⁹⁵ Daarenboven wordt eraan herinnerd dat het 'net de taak van de overheid is om de wederzijdse tolerantie tussen verschillende bevolkingsgroepen te bevorderen'.¹⁹⁶ De overheid wordt op het matje geroepen, maar de rechter is er uiteindelijk ook om de minderheden te beschermen.¹⁹⁷

Deze vonnissen bewijzen dat verschillen in beoordeling niet uitsluitend optreden bij verschillende rechters. De verschillen zijn meestal wel objectiveerbaar. De concrete feiten, de aard van de regels die door de rechter worden getoetst, de vordering zoals ingeleid door de partijen of de interpretatie door de rechter¹⁹⁸ zijn niet-limitatieve factoren die tot verschillende uitkomsten kunnen leiden.

71. De rechters uit de besproken rechtszaken in dit hoofdstuk hebben telkens keuzes gemaakt die door buitenstanders als verregaand of (on)rechtvaardig kunnen worden beschouwd. Maar misschien heeft Marcel Storme gelijk als hij zegt dat 'een rechter enkel recht kan spreken en geen onrecht'. Als men de uitspraak als onrecht ervaart, dan hebben we on-rechtspraak en geen onrecht-spraak want het is en blijft recht.¹⁹⁹ Daarnaast blijkt de interventie van de rechter als het laatste redmiddel van de burger noodzakelijk te zijn wanneer de wetgever stil blijft zitten.²⁰⁰

Ten slotte: het is duidelijk dat elke rechter nagenoeg moet interpreteren. Er zal derhalve zelden sprake zijn van eenvoudige rechtstoepassing, maar eerder van rechtsvinding en/of rechtsvorming (§55, §59, §62 en §66) volgens de definitie van Storme. Niettemin heb ik net als anderen²⁰¹ ondervonden dat het heel moeilijk is om rechtsvinding van rechtsvorming te onderscheiden omdat rechters enerzijds steeds een aanknopingspunt vinden in het systeem. Anderzijds vertonen ze een zekere moed of creativiteit om het recht te hervormen, of om minderheden te beschermen. Daarom stellen sommigen dat rechtsdenken een betere definitie is van juridisch redeneren dan rechtsvinding.²⁰² Ik volg echter Van Gerven dat rechtsvorming de essentie van de redenering van rechters duidelijker definieert (§10). Het is tenslotte evident dat elke toegepaste, geïnterpreteerde of ingevulde regel in feite verder wordt uitgebouwd/gevormd. Alle rechters vormen dus recht want bij elke beslissing krijgt het recht meer gestalte. Sommige rechters gaan wel verder en komen op de stoel van de wetgever terecht. Om deze reden is een onderscheid tussen rechtsvorming in de algemene (gestalte geven aan het recht) en in de strikte zin (creatie van rechtsregels) meer verhelderend. Dan heeft bv. het HvC recht gecreëerd (§62) terwijl de Gentse rechter (§70) aan algemene rechtsvorming heeft gedaan.

¹⁹⁵ Rb. Gent 5 juli 2018, nr. 2018/8813, *TJK* 2019/1, p. 113.

¹⁹⁶ Rb. Gent 5 juli 2018, nr. 2018/8813, p. 10, §4.7 ([www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/Rechtbank_van_eerste_aanleg_Gent_5_juli_2018_\(zwembad_Van_Eyck\).pdf](http://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/Rechtbank_van_eerste_aanleg_Gent_5_juli_2018_(zwembad_Van_Eyck).pdf)).

¹⁹⁷ VAN GERVEN 1973, p. 152; STORME & CAPPELLETTI 1980, p. 46.

¹⁹⁸ Zie ook *Supra* p. 33-34, §61.

¹⁹⁹ STORME & CAPPELLETTI 1980, p. 68.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 46.

²⁰¹ VAN GERVEN 1973, p. 10; WESTENBROEK, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie (IVOR nr. 108)* 2017/2.3.3.

²⁰² FLEERACKERS, *Juristenkrant* 2013, p. 12.

HOOFDSTUK 6: Law in the books vs. Law in action

6.1 De theorie klopt, maar...

72. Kunnen we op basis van de voorafgaande analyse concluderen dat de besproken theorieën over rechtsvinding valide zijn voor vandaag? Het antwoord is genuanceerd om de volgende redenen.

Ten eerste is het evident dat elke rechter begint met het bepalen van de relevante feiten, relevante partijen en relevante rechtsregels. De eerste stap volgens Van Gerven (§13) is ook telkens herkenbaar in de besproken uitspraken. De drie auteurs hebben tevens gelijk dat rechtsvinding ruimer is dan het louter toepassen van de wet.²⁰³ Er is uiteindelijk geen enkele rechter uit de besproken rechtszaken die de oplossing rechtstreeks uit de wet afleidt: het al dan niet bestaan van redelijke aanpassingen, discriminatie, buitencontractuele schade, een wanprestatie in hoofde van een huurder of een zorgplicht in hoofde van de overheid zijn elementen die interpretatie en afweging door de rechter vereisen. De gekozen interpretatiemethode kan echter tot verschillende conclusies leiden (§61 en §70). Dit werd reeds door Wiarda vastgesteld (§25).²⁰⁴ Op basis van de definities van Storme zal er derhalve veelal sprake zijn van rechtsvinding dan rechtstoepassing. Evenwel meen ik net als Van Gerven dat er telkens sprake is van (algemene) rechtsvorming (§71).

Het proces van rechtsvinding eindigt bij de beslissing, die in feite het resultaat is van vaak moeilijke keuzes.²⁰⁵ Die keuzes zijn zelf het gevolg van een wisselwerking tussen feiten en recht (§45). Rechtsvinding is dus een dynamisch proces waarbij de rechter streeft naar een evenwicht of balans om uiteindelijk in eigen eer en geweten de knoop door te hakken.²⁰⁶ Dat dynamisch karakter is wel niet af te leiden uit de uitspraken zelf.²⁰⁷ Niettemin vormt het feit dat interpretatie vereist is in de moeilijke gevallen op zich al een aanwijzing. Maar zelfs in gemakkelijke gevallen waar de normen duidelijk zijn hebben rechters vaak een (beperkte) interpretatiemarge.²⁰⁸ De initiële vaststelling van Wiarda van een evolutie naar eerder autonome rechtsvinding (§22 en §28) is derhalve niet volledig achterhaald.

Minder herkenbaar zijn de belangen en waarden in een concrete zaak. Het is hoogstwaarschijnlijk zo dat deze factoren een rol spelen bij de beslissing, maar de rechters pennen ze niet steeds neer.²⁰⁹ Het gevolg is dat de beredeneerde waardenbeoordeling moeilijk te achterhalen is. Het is wel mogelijk om

²⁰³ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 2; Rechter B, vraag 1; Rechter C, vraag 1; Rechter D, vragen 1 en 4; Rechter F, vraag 1.

²⁰⁴ In het onderzoek door VAN HOECKE 1975 p. 68-69, §109 en §111 werd reeds bevonden dat de gekozen interpretatiemethodes soms tot vreemde conclusies kunnen leiden. Dit geldt zelfs in de gevallen waar de wet als een syllogisme wordt toegepast zoals in het verkeersrecht.

²⁰⁵ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vragen 3.2 en 3.3; Rechter B, vraag 6.1; Rechter C, vraag 2; Rechter D, vragen 1, 2 en 4; Rechter E, vraag 5; Rechter F, vraag 2.

²⁰⁶ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vragen 2 en 3.3; Rechter C, vraag 2; Rechter D, vragen 6 en 9; Rechter F, vraag 8.

²⁰⁷ Dit werd wel aangehaald door de rechters o.a. Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 2; Rechter F, vraag 1.

²⁰⁸ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 2 en 3; Rechter B, vraag 1. Zie ook §12 en §23 waaruit blijkt dat interpretatie in feite steeds mogelijk is.

²⁰⁹ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 3.3; Rechter B, vraag 8; Rechter D, vraag 4; Rechter E, vraag 4.

hypotheses te maken van de waarden (of *topoi*'s)²¹⁰ die potentieel een rol hebben gespeeld. Op die basis kan er worden nagegaan welke waarde voorrang heeft gekregen en zodoende kan het beleid van de rechter in een concrete zaak worden aangewezen (§63, §66 en §67). In het vonnis van Urgenda zijn de waarden wel duidelijker te zien en de rechter werkt soms op een vergelijkende wijze (§58). Het arrest Baby Kelly is echter een betere illustratie van Wiarda's vergelijkende methode (§61).

Het belang van het systeem (o.a. wetten, rechtsprincipes en rechtsleer) is duidelijker aanwezig want de uitspraken hebben steeds een aanknopingspunt in het systeem. De rol van supranationale rechtspraak en normen is eveneens herkenbaar.²¹¹ Dit stemt overeen met de theorie waarbij een evolutie naar autonomer rechtsvinding wordt vastgesteld, en dit vooral vanwege de suprematie van het Europees recht.²¹² Bovendien kunnen waardenbeoordelingen vandaag gemakkelijker worden gemotiveerd omdat supranationale beginselen een betere grondslag bieden. Het proces van rechtsvinding speelt zich tevens steeds meer op supranationaal niveau, waar de creativiteit intensiever is.²¹³ Desalniettemin is de rol van rechtsvergelijking beperkt aanwezig, maar het hoeft geen verder betoog dat de determinerende factoren niet altijd af te leiden zijn uit de uitspraak zelf.²¹⁴ Om die reden alleen is de motivering bij die moeilijke gevallen aan verbetering toe. Denk aan het HvC dat in enkele woorden *wrongful life*-vorderingen afweert. Een uitvoerige motivering zal daarentegen meer inzicht bieden in de beslissing, de rechtsontwikkeling bevorderen (§19) en de beslissing legitimeren (§77).

73. De *wrongful life*- en burkini rechtszaken tonen aan dat er verschillen kunnen optreden bij beslissingen van eenzelfde rechter, maar ook van verschillende rechters. Deze verschillen zijn meestal objectiveerbaar bv. de keuze om de wet strikt of soepel te interpreteren. Ze zijn ook niet per se slecht voor de rechtseenheid want rechters blijven vaak binnen de aanvaardbare marges.²¹⁵

Daarnaast illustreren de burkini rechtszaken het verschil in rechterlijk activisme. De Gentse rechter gaat bijvoorbeeld de overheid terecht herinneren aan diens taak om tolerantie te bevorderen terwijl de Antwerpse rechter geen enkele vorm van discriminatie vaststelt. De oorzaak van dat verschil in activisme ligt onder meer in het zelfbeeld van de rechter (§37).²¹⁶ Rechtspraak die minder progressief is, is echter geen slechte rechtspraak. Schoordijk verwoordt het als volgt: 'Zo lang er geen revolutie plaatsvindt, vallen ook geen revolutionaire uitspraken te verwachten. Dit hoeft geenszins te betekenen

²¹⁰ In STORME & CAPPELLETTI p. 67 wordt er gesproken over een topische controle in plaats van een beredeneerde waardeoordeel. *Topoi*'s zijn algemene gezichtspunten die in een bepaalde tijdsperiode door de meerderheid van de burgers worden aanvaard en die de rechter richting zullen geven bij de beslissing.

²¹¹ Rb. Gent 5 juli 2018, nr. 2018/8813, *TJK* 2019, p. 113; Rb. Gent 5 juli 2018, nr. 2018/8812, *TJK* 2019, p. 107; Rb. Brussel 11 december 2019, §3.4.6., §3.5.3.2. en §3.5.6.3. (www.rechtbanken-tribunaux.be/sites/default/files/nieuwsartikels/IS111219.pdf).

²¹² VAN GERVEN & LIERMAN 2010, p. 230. Zie ook *supra*, p. 26, §47.

²¹³ VAN GERVEN & LIERMAN 2010, p. 268.

²¹⁴ GORLÉ, BOURGEOIS, BOCKEN, REYNTJENS, DE BONDT & LEMMENS 2007, p. 94. In het kader van rechtsvergelijking spreken de auteurs over een minder rechtstreekse invloed van vreemd recht in de Belgische rechtspraak; Zie ook CASS. JAARVERSLAG 2018, p. 180, §17.

²¹⁵ Bijlage 1: Interviews: Rechter B, vraag 6; Rechter C, vraag 7; Rechter D, vraag 1; Rechter F, vraag 1. Zie verder ook §101.

²¹⁶ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 1.

dat de rechter conservatief is.²¹⁷ Niettemin moeten rechters af en toe durven onpopulair te zijn vanwege hun dienstbare functie.²¹⁸ Deze moed valt wel te zien in de rechtszaken omtrent het klimaat, *wrongfulbirth* en het recht op inclusief onderwijs (§57, §63 en §65). De auteurs zouden in ieder geval de progressieve houding van de rechters beamen (§47). Het is wel opmerkelijk dat er tevens aandacht wordt besteed aan de scheiding der machten in die zaken met een belangrijke politieke impact (§58).²¹⁹

74. De besproken uitspraken vallen onder de moeilijke of atypische gevallen volgens de theorie. Ze betreffen immers nieuwe, soms controversiële problemen, en in bepaalde gevallen is er een wettelijke leemte. Bovendien moet de rechter telkens de rechtsregels interpreteren om een oplossing te vinden. Een nuance is wel dat het onderscheid tussen eenvoudige en moeilijke gevallen volgens de theorie niet altijd zal gelden in de praktijk.²²⁰ De klassieke theorie is dus tot op een zekere hoogte nog herkenbaar vandaag, doch is een uitgebreider onderzoek vereist om vaststaande conclusies te kunnen trekken.

6.2 De rechter heeft het laatste woord

75. Het voorgaande bewijst dat de theorie in zekere mate valide is. Niettemin is het onhaalbaar om het rechterlijk beslissingsproces voldoende te begrijpen op basis van de uitspraken alleen. Eén rechter benadrukt zelfs dat het onmogelijk is om het beslissingsproces in één enkele theorie te beschrijven. Rechters verschillen immers in hun manier van denken, net als ieder van ons. Om die reden alleen kan de theorie over het rechterlijk beslissingsproces niet worden veralgemeend, doch zouden de meeste rechters wellicht akkoord gaan met deze vaststelling.²²¹ Het is tevens onwaarschijnlijk dat rechters in elke zaak stilstaan bij de manier waarop ze tot de beslissing komen: *‘Any judge, one might suppose, would find it easy to describe the proces which he had followed a thousand times and more. Nothing could be farther from the truth’*, aldus Cardozo.²²² Daarbovenop is het wellicht zo dat de theorie, en de methodes beschreven daarin, zelden door rechters wordt toegepast in de praktijk.²²³ Een andere rechter die het beleid van de rechter wel gelezen heeft, stelt nog dat de theorieën eerder normatief zouden zijn.²²⁴ De theorie zou dus voornamelijk aangeven hoe dat het rechterlijk beslissingsproces zou moeten gebeuren. Kortom: indien het mogelijk was om het beslissingsproces van elke rechter te herleiden tot een bepaalde theorie, dan kunnen we rechters laten vervangen door robots. Mijn hoop is echter dat niemand daarop zit te wachten.

²¹⁷ SCHOORDIJK 1972, p. 37.

²¹⁸ SCHOORDIJK 1972, p. 45.

²¹⁹ Rb. Den Haag (NL) 24 juni 2015 (Stichting Urgenda/De staat der Nederlanden), §4.95; Rb. Brussel 11 december 2019, §3.5.6.7. (www.rechtbanken-tribunaux.be/sites/default/files/nieuwsartikels/IS111219.pdf).

²²⁰ Zie *infra* p. 42, §76.

²²¹ Bijlage 1: Interviews: Rechter F, vraag 1. De rechter wees aan dat het aantal ondervraagde rechters feitelijk weinig zou veranderen aan de vaststelling dat het beslissingsproces van dezelfde/verschillende rechters geen vaststaand, mechanisch gegeven is.

²²² CARDOZO 1921, p. 9; Zie ook Bijlage 1: Interviews: Rechter F vraag 1.

²²³ VAN GERVEN & LEYTEN 1976, p. 28; Zie ook Bijlage 1: Interviews: Rechter F vraag 1.

²²⁴ Bijlage 1: Interviews: Rechter B, vraag 1.

76. De rechters zijn het er wel unaniem over eens dat er eenvoudige en moeilijke gevallen zijn, waarvan de laatste een beperkte minderheid vormen.²²⁵ Ze geven wel aan dat het niet zo is dat wanneer een rechtszaak moeilijk lijkt, dat de behandeling moeilijk zal zijn in de praktijk. Het feit er een duidelijke rechtsregel aanwezig is maakt de zaak bovendien niet altijd eenvoudiger.²²⁶ Eén rechter stelt overigens dat: “Je kan een zaak hebben met een groot dossier maar de oplossing kan evident zijn. Daarentegen kan je een zaak van enkele pagina’s hebben die je toch een aantal nachten wakker zal houden.”²²⁷ Een moeilijk geval voor een buitenstaander/beginnende rechter kan bovendien een evidentie zijn voor een ervaren rechter en omgekeerd.

De rechters omschrijven moeilijke zaken als deze waarvoor een duidelijke regel ontbreekt of waar er meerdere toepasselijke regels zijn,²²⁸ schadebegrotingen,²²⁹ gevallen die interpretatie vereisen,²³⁰ zedenzaken waarvoor soms beperkte bewijzen aanwezig zijn,²³¹ fenomenen die nog niet wettelijk geregeld zijn zoals het draagmoederschap²³² en soms is men verheugd dat een kwestie zoals de repatriëring van de kinderen van de IS-strijders door een ander wordt behandeld.²³³ Samengevat: de omschrijving van moeilijke zaken volgens theorie stemt in zekere mate overeen met de praktijk, maar het blijft een nogal subjectief onderscheid. Een eenvoudige zaak daarentegen is simpelweg deze die snel vergeten wordt na de uitspraak.²³⁴ Het lijkt mij dus terecht om te concluderen dat het onderscheid tussen moeilijke en gemakkelijke zaken niet zomaar veralgemeend moet worden. Eén van de rechters stelt zelfs dat het onderscheid eerder tussen praktische en filosofische rechtsvragen zou moeten zijn.²³⁵

77. De rechters zijn het er tevens over eens dat objectivering steeds vereist is en daarom zullen rechtsregels (o.a. de wet) en rechtsprincipes een belangrijke basis vormen voor hun beslissingen.²³⁶ Een afdoende motivering is tevens essentieel, zeker in de moeilijke zaken want daarin ligt de legitimiteit van de rechterlijke macht.²³⁷ Daarnaast wordt er enerzijds gesuggereerd dat de meeste uitspraken in gelijkaardige zaken hetzelfde zullen zijn door de gebondenheid aan bepaalde principes van het recht en het gezag van de hogere rechtspraak.²³⁸ Rechters gaan dus ondanks hun beslissingsmarge niet veel afwijken van wat gangbaar is in een bepaalde rechtsmaterie omdat de

²²⁵ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 2; Rechter B, vraag 1; Rechter C, vraag 1; Rechter D, vraag 1; Rechter E, vraag 2; Rechter F, vraag 4.

²²⁶ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vragen 2 en 5.1; Rechter B, vraag 1; Rechter C, vraag 1, Rechter E, vraag 2; Rechter F, vraag 2.

²²⁷ Bijlage 1: Interviews: Rechter C, vraag 1.

²²⁸ Bijlage 1: Interviews: Rechter B, vraag 1.

²²⁹ Bijlage 1: Interviews: Rechter C, vraag 7; Rechter D, vraag 1.

²³⁰ Bijlage 1: Interviews: Rechter C, vraag 1; Rechter D, vraag 1.

²³¹ Bijlage 1: Interviews: Rechter B, vraag 7; Rechter F, vraag 4.

²³² Bijlage 1: Interviews: Rechter E, vraag 2.

²³³ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 3.3.

²³⁴ Bijlage 1: Interviews: Rechter C, vraag 2.

²³⁵ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 5.2.

²³⁶ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vragen 2 en 3; Rechter B, vragen 6 en 9; Rechter C, vragen 1 en 8; Rechter D, vragen 1 en 4; Rechter E, vraag 3; Rechter F, vragen 1 en 3.

²³⁷ Bijlage 1: Interviews: Rechter B, vragen 8.1 en 9; Rechter D, vragen 3 en 4.

²³⁸ Bijlage 1: Interviews: Rechter B, vraag 6; Rechter C, vraag 7.

uitspraak anders hervormd kan worden.²³⁹ Anderzijds kunnen discrepanties optreden zelfs in de gevallen waarvoor duidelijke criteria of richtlijnen bestaan.²⁴⁰ Hieruit kan geconcludeerd worden dat er minder eensgezindheid is over de mate waarin men gebonden is aan de rechtsregels. Eigenlijk is dit normaal want rechtsvinding bevat een zeker persoonlijk element, en dit werd reeds in de theorie beschreven (§37). Daarom zullen sommige rechters, indien nodig bij een concrete geval, gemakkelijker buiten de lijntjes van de wet kleuren dan andere.²⁴¹ Bovendien zouden in deze context andere elementen zoals de attitude van de rechter een rol spelen.²⁴² Het is echter duidelijk dat de wet een belangrijke leidraad is en dat rechters steeds een objectief aanknopingspunt moeten vinden in het systeem. Daarenboven zijn er naast de motiveringsplicht bijkomende garanties in het systeem om subjectiviteit te beperken zoals hogere rechtsmiddelen en de wrakingsprocedures.²⁴³

78. De vaststelling in de theorie van een zekere activisme bij rechters vandaag wordt tevens bevestigd.²⁴⁴ Dit activisme wordt gestimuleerd door onder meer de slechte kwaliteit van de rechtsregels, de complexiteit van de maatschappij²⁴⁵ en de meergelaagde rechtsorde (vooral het Europees recht).²⁴⁶ Vandaag is er tevens minder sprake van de eenvoudige, mechanische toepassing van de wet.²⁴⁷

Nochtans heerst er een onverdeeldheid betreffende het beleid van de rechter. Sommige rechters vinden dat zij niet zozeer beleid maken in de strikte zin van het woord.²⁴⁸ Andere rechters geven toe dat ze zeker beleid maken, maar dan voor een concrete zaak.²⁴⁹ Beleid is volgens het woordenboek Van Dale een ‘gedragslijn voor de verwezenlijking van bepaalde doelstellingen’. Is dit niet wat de rechter in feite doet, maar dan in een concreet geval? De rechter gaat immers een bepaald gedrag of een handeling opleggen om een concrete doelstelling te verwezenlijken. Denk aan de rechter die de Belgische staat verplicht om consulaire bijstand aan minderjarige kinderen in Syrië te verlenen onder verbeurte van een dwangsom van 5000 euro per dag opdat de kinderen in veiliger leefomstandigheden ondergebracht kunnen worden²⁵⁰ of de veroordeling tot een gevangenisstraf én een geldboete om de ernst van *hate crimes* te beklemtonen.²⁵¹

²³⁹ Bijlage 1: Interviews: Rechter B, vraag 6; Rechter D, vraag 1; Rechter F, vragen 1 en 3.

²⁴⁰ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 5; Rechter E, vraag 4; Rechter F, vraag 1.

²⁴¹ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 5.

²⁴² Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vragen 2, 5, 5.1 en 6; Rechter B, vraag 5; Rechter C, vraag 6; Rechter D, vraag 5; Rechter E, vragen 1 en 6, Rechter F, vraag 10.

²⁴³ Bijlage 1: Interviews: Rechter B, vraag 10; Rechter C, vraag 3; Rechter D, vraag 4; Rechter F, vraag 3.

²⁴⁴ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vragen 3, 3.1 en 5; Rechter D, vraag 4; Rechter F, vraag 5.

²⁴⁵ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 5; Rechter D, vragen 3 en 4.

²⁴⁶ VAN GERVEN & LIERMAN 2010, p. 219-220.

²⁴⁷ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 2; Rechter B, vraag 1; Rechter D, vragen 4 en 10; Rechter F, vraag 1.

²⁴⁸ Bijlage 1: Interviews: Rechter B, vraag 13; Rechter C, vraag 8; Rechter F, vraag 6.

²⁴⁹ Bijlage 1: Interviews: Rechter E, vraag 7 en Rechter D, vraag 1.

²⁵⁰ Rb. Brussel 11 december 2019, p. 23 en 26 (www.rechtbanken-tribunaux.be/sites/default/files/nieuwsartikels/IS111219.pdf).

²⁵¹ Rb. Kortrijk 18 december 2019, p. 3 (www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/Correctionele_rechtbank_Kortrijk__18_december_2019.pdf).

Het rechterlijk beleid is wellicht prominenter bij de rechtspraak van hogere hoven omdat lagere rechtbanken²⁵² of zelfs de wetgever²⁵³ in bepaalde gevallen die rechtspraak volgen. Bovendien is de Europese rechter in staat om het algemeen beleid van de Unie en de lidstaten te beïnvloeden. Het betreft dan wel een afgeleid beleid omdat de rechter zelf nooit beleid mag uitstippelen, doch mag hij/zij het reeds uitgestippeld beleid (bij)sturen of meer gestalte daaraan geven.²⁵⁴ Desalniettemin verduidelijkt Van Gerven dat beleid niet noodzakelijk betrekking heeft op politiek, doch op de keuzes die rechters maken. Dit beleid is ook gerechtigd omdat het voor een concreet geval geldt (§17 en §18).

Het beleid van de rechter kan verder worden verdedigd om de volgende redenen. Een uitspraak heeft weliswaar een *interpartes* geldingskracht, doch de stille kracht van de rechtspraak is niet verwaarloosbaar.²⁵⁵ In een meerlagige rechtsorde geldt dit overigens voor alle rechtspraak, en niet enkel die van de hoogste hoven.²⁵⁶ Rechtspraak moet nieuwe impulsen kunnen geven, de zwakke burger beschermen, en dit zonder vrees om onpopulair te zijn. Deze reflexwerking van de rechtspraak geldt des te meer wanneer de wetgever stil zit en de soms grensoverschrijdende maatschappelijke problemen dringender worden.²⁵⁷ De voornoemde redenen ondersteunen minstens een genuanceerd beleid van de rechter en dat beleid verdient geen negatieve connotatie.²⁵⁸

Hoe het ook zij, voorzichtigheid is geboden bij dat beleid want anders dreigt de stille kracht van rechters en de onafhankelijkheid daarbij te worden uitgedoofd.²⁵⁹ Sommigen spreken daarom van de nood aan een legitimatie voor de rechtsvorming die steeds meer van de wetgever naar de rechter verschuift. Het toestaan van een constitutionele dialoog met *'impliciete of expliciete communicatie tussen twee of meer actoren die wordt gekenmerkt door de (tijdelijke) afwezigheid van machtsverschillen en een gedeelde intentie om bij te dragen aan de interpretatie, het ontstaan of de wijziging van rechtsnormen'* is een mogelijke oplossing²⁶⁰ voor de soms ontorechte classificatie van progressieve rechters als wereldvreemden. Men zou tevens eenvoudigweg het modern concept van de relatie tussen man en vrouw kunnen doortrekken naar de relatie tussen de wetgever en de rechter.²⁶¹ Er bestaat immers geen strikte scheiding der machten in België.²⁶² De rechter zou dan gerechtigd zijn om af en toe taken te stellen die oorspronkelijk enkel voor de wetgever waren voorbehouden.

²⁵² *Supra* p. 34, §62; Bijlage 1: Interviews: Rechter B, vraag 6; Rechter C, vraag 7.

²⁵³ KRINGS, *RW* 1990-91, p. 345, §43-44: De rechtspraak van het HvC heeft o.a. de regulering van het loonbegrip en het stakingsrecht beïnvloed.

²⁵⁴ VAN GERVEN & LIERMAN 2010, p. 247-248. Zie ook Bijlage 1: Interviews: Rechter E, vraag 7.

²⁵⁵ STORME & CAPPELLETTI 1980, p. 58.

²⁵⁶ LOTH & VAN GESTEL, *NJB* 2015, p. 2604.

²⁵⁷ LOTH & VAN GESTEL, *NJB* 2015, p. 2605.

²⁵⁸ In POSNER 2008, p. 369 wordt er aangehaald dat het beleid of politiek van de rechter wel degelijk vaak met afkeer wordt bekeken. Zie ook VAN GERVEN & LIERMAN 2010, p. 223 waarbij wordt gezegd dat rechterlijk activisme soms een negatieve klemtoon krijgt, zeker indien het wordt gerelateerd aan inventiviteit.

²⁵⁹ Rechter F, vraag 6; *Supra* p. 19, §28.

²⁶⁰ IJZERMANS, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2016-1, p. 13.

²⁶¹ STORME & CAPPELLETTI 1980, p. 58.

²⁶² LEFRANC, *TMR* 2018, p. 699, §11.

DEEL II: DE PERSOON VAN DE RECHTER

79. Toen Sonia Sotomayor benoemd werd in de Supreme Court hoopte zij dat ze als latina beter in staat zou zijn om te oordelen over dezelfde zaak dan haar blanke mannelijke collega's.²⁶³ Later repliceerde Sessions dat deze bewering inconsistent is met de objectiviteit die verwacht mag worden van rechters.²⁶⁴ Deze tegengestelde visies geven de essentie van dit 2^e deel weer. Ze weerspiegelen immers een belangrijke discussie over de mogelijke invloed van persoonskenmerken van een rechter op het rechtspreken. De analyse die volgt zal enerzijds geschieden op basis van empirische Amerikaanse onderzoeken omdat de persoon van de rechter daar meer is onderzocht. Anderzijds zullen een aantal magistraten hun visie hierover delen. De relevantie van de vaststellingen zal uiteindelijk gereflecteerd worden op de veralgemening van het principe van de alleenzettelende rechter in burgerlijke zaken.

Hoofdstuk 1: Externe invloeden op het beslissingsproces

80. Naast juridische factoren zijn er diverse externe factoren die het beslissingsproces van rechters kunnen beïnvloeden. Het gaat onder meer over de persoonskenmerken van een rechter zoals diens politieke voorkeur, gender, leeftijd en ervaring.²⁶⁵ Rolopvattingen en rolverwachtingen van de rechter zijn ook relevant. De manier waarop men de rol bij een bepaalde functie vervult, is immers vaak gebaseerd op de perceptie over de verwachtingen van anderen.²⁶⁶ Daarnaast kunnen cognitieve denkfouten en vooroordelen de beslissing determineren.²⁶⁷ Het type gerecht, de tijdsdimensie (*Supra*, p. 18, §26), de mate van onafhankelijkheid onder meer ten aanzien van de korpschefs²⁶⁸ en de kritiek van de media²⁶⁹ kunnen eveneens een invloed hebben op rechterlijke beslissingen.
81. Desalniettemin zal de focus hier op de persoonskenmerken gericht zijn. De persoon van de rechter behelst principieel meer dan demografische kenmerken. Biologische (neurologische) processen²⁷⁰ en psychologische aspecten²⁷¹ spelen eveneens een rol bij het menselijke denkproces. De focus in de volgende paragrafen zal echter vooral op demografische en beperkte psychologische kenmerken zijn.
82. George Everson benadrukte reeds in 1919 het belang van de persoon van de rechter. Hij baseerde zich op een onderzoek gevoerd door *The Committee on Criminal Courts of the Charity Organization*

²⁶³ X, *The Economist* 30 May 2009 (www.economist.com/united-states/2009/05/28/scrutinising-sonia).

²⁶⁴ HAWKINS, *The Washington Post* 13 January 2017 (www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2017/01/13/wise-latina-woman-jeff-sessions-race-and-his-grilling-of-sonia-sotomayor/).

²⁶⁵ TEN KATE & VAN KOPPEN 1984, p. 19. Zie ook p. 42, §77, voetnoot nr. 239.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 17.

²⁶⁷ Zie bijlagen 2 en 3; CALUS 2017, p. 143-144.

²⁶⁸ BILLIET, *T. Vred.* 2016, p. 508.

²⁶⁹ LAMON, *Jubel* 2019 (www.jubel.be/meer-mannen-en-allochtonen-en-minder-media-voor-betere-rechtspraak/). Zie ook Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 3.2; Rechter B, vragen 7 en 15; Rechter C, vraag 5; Rechter D, vraag 9; Rechter F, vraag 12.

²⁷⁰ PAPILLON, *Court review: The Journal of the American Judges Association* 2013, p. 62; GERTNER, *Fordnam Law Review* 2016, p. 540-541; RIKLEEN 2019 (www.abajournal.com/voice/article/are-judges-at-risk-for-unconscious-bias).

²⁷¹ POSNER 2008, p. 96.

Society waarbij er vastgesteld werd dat de toenmalige 42 rechters van the New York Magistrates' Court verschillende uitspraken deden bij gelijkaardige zaken. Everson was ervan overtuigd dat deze discrepantie in alle rechtsgebieden aanwezig was. De verschillen zouden te wijten zijn aan het feit dat *justice* persoonlijk is. Gerechtigheid reflecteert immers het temperament, de persoonlijkheid, de opleiding en de persoonlijke kenmerken van een rechter. Everson wou met zijn bevindingen enerzijds de abstracte, vaak onpersoonlijke visie ten aanzien van Vrouwe Justitia nuanceren. Anderzijds beoogde hij de rechters bewust te maken over de potentiële invloed van persoonskenmerken. Hij hoopte dat deze waarschuwing uiteindelijk tot meer overeenstemming zou leiden in de behandeling van soortgelijke rechtszaken.²⁷² Everson is echter niet ingegaan op de specifieke persoonskenmerken en hun concrete invloed bij het rechtspreken.

Cardozo stelde eveneens dat persoonskenmerken zoals het overgeërfd instinct een rol zouden spelen bij het rechterlijke beslissingsproces.²⁷³ De potentiële invloed van persoonskenmerken werd ook door Van Gerven en Vranken besproken. Vranken pleitte bovendien recent voor een grotere belangstelling voor de persoon van de rechter gezien de beperkte onderzoeken ernaar in Europa.²⁷⁴ Richard Posner heeft tevens benadrukt dat men de rol van de persoonlijke, emotionele en intuïtieve factoren bij het besluitvormingsproces meer moet erkennen.²⁷⁵ In theorie wordt de persoon van de rechter dus steeds meer erkend. Maar wat wijzen onderzoeken hierover uit?

83. Dit onderdeel dient niet om een negatief beeld te scheppen over het besluitvormingsproces van rechters. Daarentegen worden bepaalde persoonskenmerken uitgelicht, voornamelijk omdat het erkennen van het bestaan ervan een eerste stap is naar de herkenning in de praktijk. De erkenning van het belang van de persoon van de rechter zorgt er tevens voor dat rechtspreken een meer humane en minder geautomatiseerde perceptie krijgt. In de volgende hoofdstukken wordt er nagegaan of het uitmaakt wie de man of vrouw is achter de toga, en welke relevantie deze kennis heeft voor het beslissingsproces.

²⁷² EVERSON, *Journal of criminal law and criminology* 1919, p. 98

²⁷³ CARDOZO 1921, p. 12.

²⁷⁴ VRANKEN 2014, p. 91-92.

²⁷⁵ POSNER 2008, p. 120-121.

Hoofdstuk 2: De rechter denkt zoals ieder van ons

2.1 Thinking, fast and slow

84. Het fameuze boek van de Nobelprijswinnaar Daniel Khaneman wordt onder meer omschreven als een verplicht huiswerk voor het kabinet. Het boek is eveneens warm onthaald in de economische wereld. Nu rest de vraag of de inzichten van Khaneman relevant kunnen zijn voor het beslissingsproces van rechters.
85. Khaneman stelt dat alle mensen op twee manieren denken. Eerst is er systeem 1 dat automatisch, snel en met minimale inspanningen wordt uitgevoerd. Denk aan het vermogen om het geluid van een voorbijgaande trein te herkennen, of om een eenvoudige optelsom zoals $1 + 1$ op te lossen.²⁷⁶ Het betreft hier aangeleerde of aangeboren kennis (zoals zien of ruiken) die vaak als een onvrijwillige reflex naar boven komt.²⁷⁷ System 1 is onder meer verantwoordelijk voor intuïtief denken, cognitieve vertekeningen en vooroordelen.²⁷⁸

Daarnaast is er systeem 2 dat gekenmerkt wordt als aandachtig, ordelijk en traag. Systeem 2 wordt geactiveerd wanneer systeem 1 geen antwoorden kan bieden. Dit zal onder meer het geval zijn wanneer u in druk verkeer rijdt en de vraag krijgt om 16×67 te vermenigvuldigen. U merkt het zelf, de vereiste aandacht is hier hoger dan bij het oplossen van $1 + 1$. De activatie van systeem 2 gebeurt tevens wanneer bepaalde gebeurtenissen niet overeenstemmen met ons normaal denkpatroon, of als controle op onze gedragingen zoals wanneer wij op het punt staan om fouten te maken.²⁷⁹ Dit systeem vereist in essentie een hoge concentratie/cognitieve inspanning²⁸⁰ en zelfbeheersing. Lastige cognitieve inspanningen leiden echter tot een daling van de glucosespiegel in het bloed. Het gevolg hiervan is ego-depletie of het uitputtingseffect: men zal door de vermoeidheid die voortvloeit uit die inspanning minder zelfbeheersing en motivatie hebben bij een volgende taak.²⁸¹

86. Het experiment van Danziger is een mooie illustratie van het uitputtingseffect. Aan acht onwetende Israëlische rechters werden rechtszaken betreffende aanvragen voor voorwaardelijke invrijheidsstelling willekeurig toegewezen. Men noteerde de exacte tijd van elke beslissing en de eetpauzes van de betrokken rechters. De bevindingen waren verrassend: het aantal goedgekeurde

²⁷⁶ KAHNEMAN 2019, p. 28-29.

²⁷⁷ KAHNEMAN 2019, p. 29-30.

²⁷⁸ KAHNEMAN 2019, p. 32-33.

²⁷⁹ KAHNEMAN 2019, p. 32.

²⁸⁰ KAHNEMAN 2019, p. 31. *The invisible gorilla* is een experiment dat aantoont dat wij vaak het oog verliezen voor opvallende zaken als wij onze aandacht intens vestigen op één zaak. Bij dit experiment kreeg men een video waar 2 basketbal teams te zien waren. De opdracht was om te tellen hoeveel keer de spelers uit 1 team de bal naar mekaar gooiden. Na verloop van tijd verscheen er een gorilla die 9 seconden lang tussen de spelers liep. Ongeveer de helft van de proefpersonen heeft nooit de gorilla opgemerkt. Khaneman concludeert: "We kunnen een blinde vlek hebben voor opvallende zaken, maar we zijn ons ook niet altijd bewust van onze eigen blinde vlekken."

²⁸¹ KAHNEMAN 2019, p. 49-50.

aanvragen steeg na elke pauze. Men concludeerde dat vermoeide en hongerige rechters sneller terugvallen op de automatische of intuïtieve werking van systeem 1.²⁸²

87. Het voorafgaande leert ons dat we allen een automatisch en een weloverwogen denksysteem hebben. Beide systemen zijn noodzakelijk, maar systeem 2 zal voornamelijk geactiveerd worden als controleur van systeem 1. Systeem 1 is immers geneigd tot vooringenomenheid en kan moeilijk worden uitgeschakeld.²⁸³ Controlesysteem 2 is echter vaak te lui om systeem 1 te corrigeren waardoor cognitieve denkfouten onvermijdelijk zijn. Zelfbeheersing vereist immers de inspanning om zichzelf continu in vraag te stellen terwijl systeem 2 niet altijd snel genoeg is om dit te doen. Een hoge intelligentie biedt daarenboven geen immuniteit voor potentiële cognitieve fouten.²⁸⁴ De boodschap is dat we in het dagelijkse leven de situaties die gemakkelijk tot denkfouten leiden moeten leren herkennen en dat wij ons best moeten doen om die fouten te voorkomen, zeker bij cruciale beslissingen. Het is derhalve essentieel om onze eigen fouten te leren herkennen (zelfreflectie). Cognitieve illusies zijn moeilijk om te voorkomen, doch niet onmogelijk om te verbeteren.²⁸⁵

2.2 Blinking on the bench: How judges decide cases

88. Chris Guthrie,²⁸⁶ Jeffrey J. Rachlinski²⁸⁷ en Andrew J. Wistrich²⁸⁸ zijn voorlopers in empirische onderzoeken naar het beslissingsproces van rechters. In dit onderzoek gaan ze na of het beslissingsproces van rechters volgens de theorie van de formalisten of van de realisten verloopt. De formalisten menen dat rechters regels op een mechanische, logische wijze op feiten toepassen.²⁸⁹ Daarentegen menen de realisten dat het beslissingsproces eerder intuïtief of op het gevoel verloopt en het wordt achteraf pas gerationaliseerd met een logische beslissing. Deze theorieën corresponderen enigszins met de 2 systemen zoals beschreven door Kahneman.
89. Het model dat voorgesteld wordt door de auteurs is een middenweg tussen de formalisten en de realisten. Rechters zijn net als iedereen principieel intuïtieve beslissers, maar ze kunnen soms het intuïtieve denken overrulen via weloverwogen beslissingen.²⁹⁰ Intuïtief denken is vaak heel accuraat²⁹¹ en is in bepaalde situaties zelfs noodzakelijk. Voor de beoordeling van de rechtmatigheid van een getuige bijvoorbeeld is intuïtie op basis van de observaties accurater dan een beslissing die later achter

²⁸² DANZIGER, LEVAV & AVNAIM-PESSO, *PNAS* 2011, p. 6890; KAHNEMAN 2019, p. 51.

²⁸³ KAHNEMAN 2019, p. 33.

²⁸⁴ KAHNEMAN 2019, p. 57.

²⁸⁵ KAHNEMAN 2019, p. 36.

²⁸⁶ Decaan van de Vanderbilt Law School in Nashville Tennessee.

²⁸⁷ Professor in Cornell Law School.

²⁸⁸ Magistrate Judge, United States District Court, Central District of California 1991-2018.

²⁸⁹ GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev.* 2007, p. 2.

²⁹⁰ GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev.* 2007, p. 9.

²⁹¹ GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev.* 2007, p. 30.

gesloten deuren wordt genomen.²⁹² Men kan intuïtief denken ook niet volledig uitsluiten aangezien het een essentiële functie is van het brein.²⁹³

Een beroep op de intuïtie kan echter tot systematische fouten leiden. Daarnaast komt de keerzijde van de invloed van persoonskenmerken veelal tot uiting via intuïtief denken. Het brein kan bijvoorbeeld automatische associaties maken bij bepaalde personen (stereotypes).²⁹⁴ Om deze redenen moeten rechters zo veel mogelijk intuïtieve beslissingen proberen te controleren via deliberatie.²⁹⁵ De bekwaamheid, wijsheid en ervaring van rechters kunnen er wel voor zorgen dat ze behoedzamer zijn voor cognitieve fouten vergeleken met een volksjury bijvoorbeeld.²⁹⁶ Het magistratensysteem kan er eveneens voor zorgen dat de werkomstandigheden van rechters minder intuïtieve beslissingen stimuleren.²⁹⁷ Dit kan onder meer door de werklast te verminderen, regelmatige training en het aanmoedigen van *concurring* en *dissenting opinions*.²⁹⁸ Cognitieve shortcuts worden immers sneller gebruikt als er gewerkt wordt onder tijdsdruk en onaangename werkomstandigheden. Deze shortcuts zullen vervolgens gemakkelijk leiden tot cognitieve illusies.²⁹⁹

²⁹² GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev.* 2007, p. 36.

²⁹³ GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev.* 2007, p. 5.

²⁹⁴ GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev.* 2007, p. 31.

²⁹⁵ GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev.* 2007, p. 5.

²⁹⁶ GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev.* 2007, p. 13; Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 5.1; Rechter B, vragen 10 en 11; Rechter D, vraag 4; Rechter E, vraag 8; Rechter F, vraag 13.

²⁹⁷ GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev.* 2007, p. 33.

²⁹⁸ GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev.* 2007, p. 35.

²⁹⁹ *Ibid*; GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev.* 2001, p. 783.

Hoofdstuk 3: De rechter denkt anders

3.1 Judging the judiciary by numbers

90. De keuze voor deze bijdrage door Rachlinski en Wistrich vloeit voort uit het feit dat zij bestaande, vooraanstaande onderzoeken analyseren. Ze beginnen met de vaststelling dat er reeds onderzoeken bestaan die de beperkingen bij het beslissingsproces bij gewone mensen en professionals zoals artsen en boekhouders beschrijven. Maar hoe zit het bij rechters? Om dit te weten verkennen ze een aantal bestaande empirische onderzoeken over rechters.³⁰⁰ Een voordeel van hun analyse is dat de focus niet enkel op de rechters van het Hoogerechtshof ligt. Dit leidt ertoe dat andere invloeden dan de politieke overtuiging tevens aandacht krijgen.

Niettemin stellen ze vast dat de meeste bestaande onderzoeken betrekking hebben op de politieke overtuiging van rechters. Ze concluderen dat de invloed van dit kenmerk aanwezig is bij rechters op verschillende niveaus. Dit zal onder meer in rechtszaken met betrekking tot het stemrecht of andere politieke aspecten zijn. Bovendien kan de aanwezigheid van één liberale rechter een invloed hebben op de conservatieve rechters in een collegiale zetel, en derhalve ook op de eindbeslissing.³⁰¹

91. Daarnaast is men niet immuun voor de invloed van religie. Er wordt onder meer vastgesteld dat Katholieke rechters eerder geneigd zijn om strenger te oordelen ten aanzien van bepaalde personen zoals homoseksuelen. Verder zouden Joodse rechters (of andere minder populaire religies) milder zijn ten aanzien van (a)typische religieuze praktijken in tegenstelling tot hun katholieke collega's.³⁰²

Bovendien speelt gender eveneens een rol, en dit vooral in zaken waar gender centraal staat. Vrouwelijke rechters zouden eerder oordelen in het voordeel van de verzoekers in arbeidsdiscriminatie zaken vergeleken met hun mannelijke collega's. Daarnaast verhoogt de aanwezigheid van een vrouw in een collegiale zetel de kans op een positieve uitslag in zaken betreffende (gender)discriminatie, dit in vergelijking met een exclusieve mannelijke zetel. De aanwezigheid van een vrouw kan dus een belangrijke invloed hebben op de eindbeslissing. Men noteert ook dat een rechter met minstens één dochter veeleer in het voordeel van een vrouwelijke verzoeker zal oordelen in gendergerelateerde cases zoals seksuele intimidatie.³⁰³

Etniciteit (ras) is tevens van belang, en dit vooral in zaken waar ras de kern uitmaakt. De auteurs stellen daarbovenop vast dat etniciteit een belangrijkere invloed heeft dan de politieke voorkeur in rechtszaken omtrent ras- en genderdiscriminatie en *affirmative actions*. Deze invloed is nog

³⁰⁰ RACHLINSKI & WISTRICH, *Annual Review of Law and Social Science* 2017, p. 204.

³⁰¹ RACHLINSKI & WISTRICH, *Annual Review of Law and Social Science* 2017, p. 206.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ RACHLINSKI & WISTRICH, *Annual Review of Law and Social Science* 2017, p. 207.

zichtbaarder bij een collegiale zetel. Bovendien zouden zwarte rechters meer sympathie tonen tegenover de verzoekers in zulke rechtszaken vergeleken met hun blanke collega's.³⁰⁴ Etnische verschillen zouden tevens tot discrepanties in de veroordeling van criminelen kunnen leiden, maar de onderzoeken zijn hieromtrent verdeeld.³⁰⁵

92. Minder onderzochte persoonskenmerken zijn de leeftijd en professionele ervaring. Men stelt wel vast dat oudere rechters eerder geneigd zijn om het Openbaar Ministerie gelijk te geven in strafzaken. Bovendien zijn ze sympathieker tegenover de verzoekers in rechtszaken over leeftijdsdiscriminatie in tegenstelling tot hun jongere collega's. Men concludeert dat er een grote kans is dat rechters eerder sympathie zullen tonen aan de partijen die gelijkaardige demografische kenmerken delen. Ten slotte: rechters die eerder als procureur hebben gewerkt zouden strenger oordelen tegenover criminelen. De onderzoeken hieromtrent zijn echter schaars om eenduidige conclusies te formuleren.³⁰⁶
93. De voorafgaande paragrafen leiden tot het besluit dat gender, politieke voorkeur, leeftijd en ras van een rechter wel degelijk een invloed kunnen hebben op het beslissingsproces. Dit is vooral in rechtszaken waar die specifieke persoonskenmerken een belangrijke rol spelen. De invloed van de persoonskenmerken is ten slotte prominenter in collegiale zetels.

3.2 Bias & judging

94. Een andere recente analyse bevestigt de bevindingen van Rachlinski en Wistrich. Allison P. Harris³⁰⁷ en Maya Sen³⁰⁸ gaan echter verder en stellen de vraag of de invloed van de persoonskenmerken van rechters noodzakelijkerwijze betekent dat ze vooringenomen zijn. De auteurs concluderen dat de ideologie en politieke voorkeur van een rechter de grootste invloed hebben op het beslissingsproces. Rechters zijn genuanceerde beleidsmakers en zullen daarom net als andere beleidsmakers eerder beslissingen nemen die gepaard gaan met hun ideologie.³⁰⁹

Daarnaast hebben demografische kenmerken (zoals gender en etniciteit) van rechters vooral een invloed in rechtszaken waarin die specifieke kenmerken een grote rol spelen. Dit is onder meer het geval in zaken over discriminatie, *affirmative actions* en seksueel misbruik. De auteurs beklemtonen daarenboven de *panel effects* bij deze persoonskenmerken. De aanwezigheid van één vrouw in een collegiale zetel kan het stemgedrag van de mannelijke collega's sterk beïnvloeden. Dit is ook het geval bij toevoeging van een rechter met een andere etnische achtergrond.

³⁰⁴ RACHLINSKI & WISTRICH, *Annual Review of Law and Social Science* 2017, p. 207.

³⁰⁵ RACHLINSKI & WISTRICH, *Annual Review of Law and Social Science* 2017, p. 208.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ Assistant Professor, Department of Political Science, Pennsylvania State University.

³⁰⁸ Associate Professor, John F. Kennedy School of Government, Harvard University.

³⁰⁹ HARRIS & SEN, *Annual Review of Political Science* 2018, p. 242-243 & p. 246.

95. De hierboven genoemde kenmerken zullen er soms toe leiden dat rechters verschillende uitspraken doen in dezelfde rechtszaken. Er is tevens een correlatie tussen ideologie en persoonskenmerken, waarbij dat deze laatste de ideologie mede bepalen.³¹⁰ Dit werd eerder al door Posner beschreven, namelijk dat ideologie gevormd wordt door de morele en religieuze opvattingen van de rechter. Deze opvattingen worden zelf gevormd door de opvoeding, opleiding, levens- en professionele ervaring, en persoonskenmerken. Tot deze persoonskenmerken behoren dan onder meer gender, temperament, emoties en persoonlijkheidstrekken van de rechter.³¹¹ Ideologie is dus overkoepelend en wordt daarom gehanteerd als de hoofdverklaring voor de verschillen in beslissingen.³¹² In het geval van Sotomayor leidt dit tot de conclusie dat zij een andere beslissing zou nemen dan haar blanke mannelijke collega's, maar dit zal vooral te wijten zijn aan haar linkse ideologie, en niet per se aan haar gender of etnische achtergrond. Het gender en de etniciteit hebben echter wel een invloed op die ideologie.
96. De verschillen die kunnen voortvloeien uit de diverse achtergronden van rechters betekenen echter niet dat rechters bevooroordeeld zijn. Het is immers dankzij deze verschillen dat er een breed kader aan mogelijke oplossingen ontstaat gezien de wet zelden een 'correct' antwoord omvat.³¹³ Het belang van deze diversiteit wordt ten slotte bevestigd door de *panel effects* die ontstaan als de compositie van een collegiale zetel wijzigt. Het toevoegen van een vrouwelijke rechter aan een anders exclusieve mannelijke zetel bijvoorbeeld kan een impact hebben op beslissingen over genderdiscriminatie. De mannelijke collega's zullen dan eerder in het voordeel van de verzoeker oordelen.³¹⁴

³¹⁰ HARRIS & SEN, *Annual Review of Political Science* 2018, p. 254.

³¹¹ POSNER 2008, p. 94.

³¹² HARRIS & SEN, *Annual Review of Political Science* 2018, p. 254.

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ HARRIS & SEN, *Annual Review of Political Science* 2018, p. 252.

Hoofdstuk 4: Praktische toepassing - De alleenzettelende rechter

97. Voormalig minister van Justitie K. Geens beoogde met het Justitieplan³¹⁵ en Potpourri I³¹⁶ snellere en efficiëntere procedures. Dit vertaalde zich in een aantal maatregelen, waaronder de veralgemening van het principe van de alleenzettelende rechter. Vandaag is het zo dat burgerlijke zaken in eerste aanleg en in hoger beroep door één rechter of raadsheer worden behandeld.³¹⁷ Er is bovendien geen mogelijkheid om de toewijzing aan een collegiale zetel aan te vragen in eerste aanleg, en dit zowel in burgerlijke als in strafzaken. De voorzitter kan dat echter ambtshalve doen.³¹⁸
98. Practici³¹⁹ en de Hoge Raad voor Justitie ('HRJ') hebben deze evolutie bekritiseerd omdat het afbreuk zou doen aan het gezag, de legitimiteit, de objectiviteit en de kwaliteit van de rechtspraak.³²⁰ Het veralgemenen van de alleenzettelende rechter zou in feite tot minder efficiëntie en rechtvaardigheid leiden. Ik treed deze kritiek bij om de redenen beschreven in de volgende paragrafen.

4.1 Drie zijn beter dan één?

99. Het eerste deel van deze masterproef bewijst dat rechters af en toe met moeilijke gevallen worden geconfronteerd. In deze gevallen is de persoon van de rechter belangrijk omdat interpretatie van de rechtsregels en een waardenbeoordeling veelal onvermijdelijk zijn. De autonome factor speelt bovendien ook een rol bij de gemakkelijke gevallen. Deze elementen kunnen tot meestal objectiveerbare verschillen leiden in de beoordeling door rechters. Het is uiteraard mogelijk dat een rechter die de staking van een burkiniverbod niet inwilligt conservatief is in zijn of haar levensopvatting. Uit de geanalyseerde uitspraken is het echter onhaalbaar om dat af te leiden omdat er meestal een objectief aanknopingspunt is dat de beslissing rechtvaardigt. Niettemin zal het risico op subjectiviteit groter zijn in de moeilijke gevallen omdat de autonomie van de rechter daar groter is.
100. In deel 2 zien we dat de persoon van de rechter wel degelijk belangrijk is bij het beslissingsproces. Rechters kunnen door verschillen in hun ideologie -een product van allerlei persoonskenmerken- anders beslissen in specifieke zaken, en dit wordt bevestigd door de praktijk.³²¹ Zij dragen tenslotte net als andere mensen een bagage die niet volledig losgekoppeld kan worden. Dit betekent echter niet per se dat ze bevooroordeeld zijn. Hun persoonlijke achtergrond vormt in feite een rijk referentiekader dat meer kan bijdragen tot hun empathische vermogen, en uiteindelijk tot kwaliteitsvollere rechtspraak.³²²

³¹⁵ GEENS 2015 (https://cdn.nimbu.io/s/1jn2gqe/assets/Plan_justitie_18maart_NL.pdf).

³¹⁶ Wet van 19 oktober 2015 houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie.

³¹⁷ Artikelen 91 en 109bis Ger.W.

³¹⁸ Artikelen 92 §1/1; HRJ 2015, p. 2.

³¹⁹ LUYTEN, *RW* 2014-15, p. 1637; BOON, *Juristenkrant* 2016, p. 10.

³²⁰ HRJ 2015, p. 5; HRJ 2018, p. 12-13.

³²¹ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 5; Rechter B, vraag 5; Rechter C, vraag 6; Rechter D, vraag 5; Rechter E, vragen 1/6; Rechter F, vraag 10.

³²² VAN DER KLAUW, *Trema* 2018, p. 3.

De persoonskenmerken van rechters zullen principieel leiden tot meer consistentie bij eenzelfde rechter en meestal objectiveerbare verschillen met andere rechters.³²³ De verschillen in rechterlijke beslissingen zijn echter een veruitwendiging van de verscheidene maatschappelijke visies. Burgers verwachten een dergelijke diversiteit van beleidsmakers. De diversiteit aan attitudes, ervaringen en levensvisies van rechters leidt bovendien tot een breder referentiekader voor oplossingen. Deze verscheidenheid kan tevens nuttig zijn voor de praktijk. Ter illustratie: een rechter met kinderen zal een ander perspectief hebben in een zaak waar kinderen betrokken zijn³²⁴ en een rechter die zelf amper met een auto rijdt zal een andere kijk hebben op beslissingen over vluchtmisdrijven van aanrijdingen tegen verlichtings- en verkeerspalen.³²⁵ Ten slotte: tegengestelde visies kunnen bijdragen bij de rechtsontwikkeling en de bevordering van het maatschappelijk debat.

101. Deel 2 leert ook dat de keerzijde van de invloed van de persoonskenmerken eerder tot uiting zal komen wanneer systeem 1 (automatisch, snel, intuïtief) de bovenhand krijgt. Intuïtie kan voordelig zijn, doch cognitieve denkfouten zullen onvermijdelijk zijn omdat systeem 2 vaak te lui is om te controleren. Dit risico zal bovendien groter zijn als een rechter alleen en onder tijdsdruk werkt (§89). Deliberaties kunnen wel als een controlesysteem dienen omdat de persoonlijke opvattingen van de rechter aan andere opvattingen worden getoetst. De objectiviteit zal dus groter zijn bij een collegiale zetel gezien de bijkomende controle naast het eigen controlesysteem 2. Een diverse, collegiale zetel zal tevens de kans op subjectiviteit beperken omdat relevante, wellicht tegengestelde visies, moeilijker over het hoofd zullen worden gezien.³²⁶ Bovendien leiden interacties tussen mensen in het algemeen tot een meerwaarde.³²⁷ Bijgevolg zullen de kwaliteit en de efficiëntie verhogen, wat uiteindelijk tot meer rechtvaardigheid kan leiden. Op termijn kan het aantal hogere beroepen eveneens verminderen.

Daarnaast zal de uitspraak in hoger beroep -waar de zaken vaak moeilijker zijn- meer gezag hebben. Er zouden ook minder fouten worden gemaakt die tot cassatie zouden leiden.³²⁸ De rechters bevestigen zelf dat de kwaliteit van de beslissingen beter is in geval van een collegiale zetel.³²⁹ Meer kennisoverdracht en coherente rechtspraak zijn bijkomende pluspunten.³³⁰ Voor beginnende magistraten is het ook beter om mee te zetelen met andere omdat hun kwaliteiten als rechter daar bevorderd worden.³³¹ Collegiaal zetelen heeft dus zeker een aantal voordelen, maar er zijn ook nadelen eraan verbonden zoals een valse schijn van eenheid en betere kwaliteit.³³² Het is bovendien niet altijd

³²³ CARDOZO 1921, p. 12.

³²⁴ Bijlage 1: Interviews: Rechter E, vraag 1; Rechter F, vraag 7.

³²⁵ Bijlage 1: Interviews: Rechter C, vraag 6.

³²⁶ POSNER 2008, p. 115-116. Zie ook Bijlage 1: Interviews: Rechter B, vraag 11; Rechter D, vraag 5; Rechter F, vraag 11.

³²⁷ BOONE, *Juristenkrant* 2016, p. 9.

³²⁸ BOON, *Juristenkrant* 2015, p. 10.

³²⁹ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 5; Rechter B, vraag 3; Rechter C, vraag 2; Rechter D, vraag 6; Rechter E, vraag 5; Rechter F, vraag 11.

³³⁰ LUYTEN, *RW* 2014-15, p. 1637.

³³¹ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 4; Rechter B, vraag 2; BOON, *Juristenkrant* 2015, p. 10.

³³² DE SMET 2018 p. 80 en 82

nodig.³³³ Politie- en vrederechters bijvoorbeeld kunnen perfect alleen zetelen omdat ze meer interactie hebben met de partijen dan andere rechters.³³⁴ Desondanks kan er worden geconcludeerd dat in eerste aanleg drie beter zijn dan één, maar dan vooral in de moeilijker gevallen.

102. Moeten we nu vrezen als een zaak voor een alleenzettelende rechter komt? Niet per se. Ik heb de eer gehad om rechters te ontmoeten die toegankelijk, objectief, empathisch, geduldig en integer zijn. Bovendien hebben ze mij elk een stukje persoonlijke wijsheid meegegeven. Ze beseffen ook cognitieve denkfouten, en fouten in het algemeen, niet uitgesloten zijn en dat ze zich daarvoor moeten behoeden. Dit besef zou eveneens bij de meeste rechters in de praktijk gelden.³³⁵

Het is wel opmerkelijk dat geen enkele van de geïnterviewde rechters tevreden lijkt met de veralgemening van de alleenzettelende rechter.³³⁶ Moet collegialiteit dan de regel worden in elke zaak? Nee, want de gerechtelijke achterstand mag niet vergroten en burgers hopen al op een snellere behandeling van hun rechtszaken.³³⁷ In deze context brengt de *unus iudex* de voordelen van een snelle behandeling en een hogere mate aan verantwoordelijkheidszin.³³⁸ Bovendien zijn de (meeste) rechters integer genoeg om te beseffen wanneer zij niet (meer) objectief kunnen oordelen.

We moeten er derhalve op vertrouwen dat de huidige opleiding, vorming en benoeming van magistraten bijdragen tot het selecteren van bekwame, objectieve rechters. *Blind trust* is echter niet de boodschap, want er bestaat nog onduidelijkheid of het huidige systeem wel degelijk leidt tot de selectie van de beste kandidaten.³³⁹ Er wordt bijvoorbeeld vastgesteld dat het vergelijkend examen en de academische opleiding hetzelfde meten, nl. de schoolse kennis. Het vergelijkend examen dient echter principieel om andere vaardigheden dan schoolse kennis te meten.³⁴⁰ Wat is dan de meerwaarde van het examen bovenop de academische opleiding?

Niettemin is de rechter uiteindelijk dé ultieme garantie. Rechters zijn zich dankzij hun intelligentie en ervaring principieel bewuster van mogelijke denkfouten. Desondanks kunnen bepaalde invloeden onbewust doervloeien naar de beslissing omdat egocentrische vertekeningen niet uitgesloten zijn. Men zou minder snel geneigd zijn om eigen fouten en beperkingen in te zien vanwege die vertekeningen.³⁴¹ Daarnaast kan de beschrijving (framing) van de feiten onterecht meer sympathie opwekken en

³³³ Bijlage 1: Interviews: Rechter C, vraag 3; DE SMET 2018 p. 75.

³³⁴ BOONE, *Juristenkrant* 2016, p. 9.

³³⁵ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 5.1; Rechter B, vragen 10 en 11; Rechter C, vraag 6; Rechter D, vraag 5; Rechter E, vraag 1; Rechter F, vraag 10.

³³⁶ Bijlage 1: Interviews: Rechter A, vraag 5; Rechter B, vragen 2 en 3; Rechter C, vraag 3; Rechter D, vraag 6; Rechter E, vraag 5.

³³⁷ HRJ, *Justitiebarometer* 2014, p. 15 (www.csj.be/sites/default/files/press_publications/justitiebarometer_2014.pdf).

³³⁸ STORME, *TPR* 1988, p. 779.

³³⁹ MICHAUX, VERVAEKE, VAN DAELE & MORTIER, *NJW* 2019, p. 180, §4; Bijlage 1: Interviews: Rechter D, vraag 6; Rechter F, vraag 1.

³⁴⁰ MICHAUX, VERVAEKE, VAN DAELE & MORTIER, *NJW* 2019, p. 196, §64.

³⁴¹ Bijlage 5: Inside the judicial mind (samengevat).

advocaten zijn zich hier vaak van bewust.³⁴² Om die redenen moet er een klimaat worden gecreëerd dat intuïtieve beslissingen zoveel mogelijk beperkt.³⁴³ De manier waarop dit potentieel kan worden bereikt omschrijf ik verder in de aanbevelingen. Ik kan echter nu al meegeven dat regelmatige introspectie of zelfreflectie voor elke rechter een *must* is.

103. Een criticus zal wellicht zeggen dat de besproken Amerikaanse onderzoeken irrelevant zijn gezien de verschillen tussen common en civil law, of omdat Amerikaanse rechters grotendeels worden verkozen. Niettemin zou dit kort door de bocht zijn omdat wij in beide gevallen te maken hebben met rechters die menselijke beslissingen nemen. Behalve wanneer de wet zodanig duidelijk is dat de mechanische toepassing ervan zich opdringt, staat het rechterlijk beslissingsproces gelijk aan keuzes maken. Menselijke keuzes zijn eenmaal niet immuun voor de invloed van externe factoren zoals persoonskenmerken. Anders beslissen zou betekenen dat rechters herleid worden tot robots die de rechtsregels toepassen zonder enige empathie, compassie of creativiteit. Het zijn echter net deze eigenschappen die tot kwaliteitsvollere rechtspraak met een *personal touch* leiden.³⁴⁴ Bovendien vertonen robotrechters problemen in de praktijk³⁴⁵ ondanks het feit dat ze een hogere mate aan objectiviteit kunnen garanderen. Een robot kan toch niet oordelen over cruciale elementen zoals schuldinzicht of over de goede huisvader? De kritiek op de robotrechters impliceert echter niet dat technologieën zoals artificiële intelligentie (AI) geen meerwaarde kunnen betekenen voor de rechtbanken. AI zou kunnen bijdragen aan een snellere behandeling, accuraatheid en kostenverlaging in de rechtbanken.³⁴⁶ Bovendien kan het behulpzaam zijn o.a. bij de redactie de uitspraken.³⁴⁷ Rechters zouden feitelijk ontlast kunnen worden van loutere administratieve en andere routine taken. Bijgevolg zouden zij zich beter kunnen concentreren op de kern van hun rechterlijke taken. Het implementeren van AI in de rechtbanken mag echter niet leiden tot een volledige vervanging van de rechters betreffende de rechtsprekende taken want daarvoor is een zekere menselijkheid vereist.³⁴⁸

Posner benadrukt verder dat de invloed van politieke opvattingen bij verkozen rechters in de VS beperkter is in realiteit. Het is eerder de ideologie -een vormsel van de verschillende persoonskenmerken- die een invloed zal hebben op de beslissing.³⁴⁹ In elk geval zijn rechters uit beide systemen bekwaam en intelligent genoeg om het belang van een objectieve beslissing te beamen. De verschillen tussen beide systemen moeten derhalve worden genuanceerd.³⁵⁰

³⁴² Bijlage 4: Framing and the judiciary (samengevat).

³⁴³ GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev.* 2007, p. 33; RIKLEEN 2019 (www.abajournal.com/voice/article/are-judges-at-risk-for-unconscious-bias).

³⁴⁴ EVERSON, *Journal of criminal law and criminology* 1919, p. 99; VAN GERVEN 1973, p. 156; VAN DER KLAUW, *Trema* 2018, p. 1 en 3.

³⁴⁵ VAN DUIN 2018 (www.sdu.nl/blog/e-court-en-robotrechtspraak-efficientie-ten-koste-van-rechtsbescherming.html).

³⁴⁶ DESDALEX ADVOCATEN (<https://desdalex.be/nieuws/de-robotrechter-een-update-voor-justitie/>).

³⁴⁷ CEPEJ 2018, p. 15.

³⁴⁸ SOURDIN, *UNSW Law Journal* 2018, p. 1129-1130; DESDALEX ADVOCATEN (<https://desdalex.be/nieuws/de-robotrechter-een-update-voor-justitie/>). Zie ook HRJ, *Gids voor de magistraten* 2012, p. 21.

³⁴⁹ POSNER 2008, p. 82 & p. 93-94.

³⁵⁰ Bijlage 1: Interviews: Rechter B, vraag 10.

DEEL III: ALGEMEEN BESLUIT

Hoofdstuk 1: Slotsom

104. Herinnert u zich nog de kapstok die ik u aangereikt heb aan het begin (§8)? Intussen hoop ik dat u die niet meer nodig hebt om te begrijpen dat rechtsvinding of rechtsvorming in het algemeen verwijst naar een dynamisch denkproces waarbij rechters tot hun beslissingen komen. Van Gerven heeft wel gelijk dat de vergelijking tussen een rechter en een kleermaker niet kan blijven aanhouden. Rechters hebben immers geen standaardmaten bij de zoektocht naar een oplossing. Er zijn wel juridische richtlijnen en hulpmiddelen, maar een rechterlijke beslissing wordt ook door externe factoren beïnvloed. Daarnaast zijn er een aantal waarborgen om subjectiviteit te beperken, en het proces eindigt bij de beslissing.

Ondanks alles kan er geen zwart op wit antwoord worden gegeven op de vraag over hoe het beslissingsproces van rechters verloopt in de moeilijke, filosofische gevallen. Dit komt omdat het onderscheid tussen moeilijke en gemakkelijke gevallen in de theorie gedeeltelijk moet worden genuanceerd. De notie ‘moeilijke zaak’ is immers nogal subjectief want een moeilijke zaak voor een onervaren rechtenstudent(e) of beginnende rechter zal vaak een evidentie zijn voor een ervaren rechter. Daarom moeten rechters in eerste aanleg zelf kunnen bepalen wanneer een zaak moeilijk is om vervolgens, eventueel, de toewijzing aan een collegiale zetel aan te vragen. Uit de theorie en de praktijk blijkt wel dat de moeilijke gevallen een minderheid vormen. Dat onderscheid hangt bovendien niet af van de aanwezigheid van een (duidelijke) rechtsregel. Interpretatie is tevens nagenoeg altijd mogelijk, en daarom zal een waardeoordeel zich veelal opdringen. Termen zoals *fout*, *redelijk* of *gerechtigheid* zullen tenslotte iets anders oproepen bij elk van ons. Dit is ook het geval bij rechters, en daarom zullen hun persoonskenmerken of hun mens- en maatschappijbeeld³⁵¹ een cruciale rol spelen.

Ten tweede, de autonomie van rechters is niet beperkt tot de moeilijke gevallen want rechters hebben tevens een zekere interpretatiemarge bij de gemakkelijke gevallen. Het zal derhalve zelden het geval zijn dat rechters als *bouches de la loi* optreden. Ten derde, de methodes van rechtsvinding, zoals de vergelijkingsmethode, zijn wel herkenbaar in de praktijk. Het is echter onduidelijk in welke mate rechters concrete methodes (uit de theorie) effectief zullen toepassen bij hun beslissingsproces.

Ten slotte, het beslissingsproces is persoonlijk en daarom kan de theorie over rechtsvinding niet worden veralgemeend naar alle rechters toe. Het persoonlijk karakter zal wel groter zijn in de moeilijke gevallen gezien de ruimere autonomie bij de interpretatie of invulling van de rechtsregels. De theorie is echter niet volledig achterhaald want elementen zoals waardeoordelen en aanknopingspunten zijn nog herkenbaar in de praktijk. Niettemin is een uitgebreider onderzoek vereist voor meer sluitende conclusies en om de praktische relevantie van de theorie na te gaan.

³⁵¹ VAN HOECKE 1975, p. 48-49, §82. De onderzoekers besluiten dat deze mens- en maatschappijbeeld sterker uitkomt in o.a. familiezaken.

105. De persoon van de rechter is relevant in 2 opzichten. In eerste instantie creëren de persoonskenmerken van rechters een rijk referentiekader dat nuttig kan zijn wanneer de rechter alleen of collegiaal zetelt. Dat kader draagt bovendien bij tot het noodzakelijke empathisch vermogen van de rechters. Beroepsrechters zijn tevens beter in staat om de invloed van externe factoren bij hun beslissingen te herkennen en uit te sluiten in tegenstelling tot volksjury's bijvoorbeeld. Het persoonlijke karakter van de beslissing is wel groter als een rechter alleen zetelt, wat tot meer consistentie bij dezelfde rechter en vaak objectiveerbare verschillen met andere rechters zal leiden. Desondanks zal het risico op cognitieve denkfouten en vooroordelen eveneens groter zijn bij dat alleen zetelen. De tweede relevantie is daarom gekoppeld aan de meervoudige zetel. Collegialiteit is tenslotte meer aangewezen in de moeilijke gevallen want de *panel effects* zullen prominenter zijn. Het toevoegen van een vrouw bijvoorbeeld aan een exclusief mannelijke zetel kan de beslissing sterk beïnvloeden. Bovendien is het risico op subjectiviteit beperkter omdat de interactie van diverse visies een bijkomend controlesysteem vormt. Evenwel, de rechter zelf is uiteindelijk dé ultieme garantie op een objectieve beslissing.
106. Al eeuwenlang proberen rechters ons te redden van degenen die, of van hetgeen dat ons plundert. Dit interpreteer ik als de taak van de rechter als behoeder van de rechtstaat en als beschermer van de zwakkeren. Rechters trachten in deze dienstbare functie ons uit allerlei problemen, die zich vertalen in geschillen, te redden. De bescherming van het recht op leven ondanks het recht van een minderjarige om medische behandeling te weigeren, de verblijfsregelingen, de milieuproblematiek, het misbruik van onze persoonsgegevens³⁵² en seksueel wangedrag³⁵³ zijn maar enkele voorbeelden.

Hard cases zijn echter niets nieuws. Een oud, bekend geval is het Salomonsoordeel: koning Salomon moet beslissen aan welke van de twee claimende vrouwen het kind ter zake toebehoort. De koning vindt er een wijze oplossing voor: met een zwaard het kind in 2 verdelen. Gelukkig komt de waarheid naar boven net voor zijn draconische, doch creatieve oplossing.³⁵⁴ Vandaag zijn we gelukkig geëvolueerd om zulke gevallen op basis van DNA-bewijs op te lossen, maar rechters zijn lang niet verlost van maatschappelijke uitdagingen.

Daarom ga ik er niet mee akkoord dat rechters slechts beslissers zijn, en geen probleemoplossers.³⁵⁵ Het is intussen wel duidelijk dat zelfs rechters ons niet uit een (corona) epidemie kunnen redden. De klimaatzaken zijn echter een betere illustratie van een globale problematiek waarbij rechters hun stille kracht laten gelden. Bij gewone intermenselijke geschillen is die probleemoplossende rol ook aanwezig bv. als een consument de ontbinding van een koopcontract vordert vanwege verborgen gebreken. Die probleemoplossende rol zou tevens alleen maar belangrijker kunnen worden. We leven

³⁵² Arrest van 25 januari 2018, Schrems, C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37.

³⁵³ PEETERS, *De Tijd* 2020 (www.tijd.be/cultuur/algemeen/harvey-weinstein-veroordeeld-tot-23-jaar-gevangenisstraf/10213806.html).

³⁵⁴ 1 Koningen 3:16-28.

³⁵⁵ VAN HOECKE 1975, p. 26, §41.

immers in een tijd van hoge snelheden, waarin mensen minder moeite moeten doen om te communiceren en waarin alles makkelijk vervangbaar is. De meergelaagde rechtsorde brengt ook bijkomende complexiteiten met zich mee waardoor een reflexwerking van rechters noodzakelijk is. Het rechterlijk beleid hoeft om de voornoemde redenen geen taboe te zijn. Dat beleid mag dan wel enkel voor het concreet geval gelden. Anders riskeert de stille kracht van de rechter uitgedoofd te worden als de vrees voor een *gouvernement de juges* te groot wordt.

107. We worden allemaal geboren in een bepaald gezin dat bepaalde waarden huldigt, we gaan naar een katholieke of vrijzinnige school, we gaan naar de kerk, de scouts of een andere vereniging, we hebben bepaalde vrienden én bovendien hebben we onze unieke persoonskenmerken. Dit zijn allemaal elementen die, naast de juridische factoren, een rol kunnen spelen bij het rechterlijk beslissingsproces. Anders beslissen zou immers betekenen dat we de rechters herleiden tot robots die rechtsregels moeten toepassen zonder enige empathie, creativiteit of compassie. We gaan echter naar de gespecialiseerde kleermaker voor een gepersonaliseerd resultaat.³⁵⁶ De menselijkheid van de rechterlijke beslissing is bovendien een kwaliteitseis voor elke Belgische rechter. Als wij *human, custom made justice* willen, dan moeten we ook wel de keerzijde van de medaille aanvaarden. Fouten zijn immers menselijk, want niemand is God. Dit betekent echter niet dat rechters als wereldvreemd of bevooroordeeld bestempeld moeten worden, zeker als een uitspraak ons niet bevalt.³⁵⁷ Ze zijn gewoon menselijk.

³⁵⁶ DESDALEX ADVOCATEN (<https://desdalex.be/nieuws/de-robotrechter-een-update-voor-justitie/>).

³⁵⁷ Bijlage 1: Interviews: Rechter D, vraag 9.

Hoofdstuk 2: Aanbevelingen

Er dient een klimaat te worden gecreëerd dat een dynamisch denkproces bij de rechters bevordert. Op die manier worden potentiële negatieve persoonsgebonden invloeden beperkt bij het beslissingsproces.

1. *Opleiding aan de universiteit.* Hier begint het. Een jonge rechter maakte er mij op attent, en terecht, dat wij zelden worden aangezet om onze antwoorden te motiveren.³⁵⁸ In een wereld waar de meeste oplossingen maar één klik verwijderd zijn, is het belangrijk dat studenten worden aangezet tot nadenken over een bredere, maatschappelijke context. Universiteiten kunnen bv. de socratische methode meer integreren in een aantal plichtvakken met kleine groepen.
2. *Toegang tot de magistratuur, opleiding en vorming.* De HRJ moet systematisch laten onderzoeken welke sterktes en zwaktes bestaan in het huidig benoemingssysteem. Dit geldt onder meer ten aanzien van het vergelijkend examen, de benoemingscommissie en de beoordelaars.³⁵⁹ Op die wijze kan het systeem verder worden geoptimaliseerd. Het Instituut voor Gerechtelijk Onderwijs moet tevens blijven inzetten op regelmatige vorming over de deontologie,³⁶⁰ de rol van cognitieve denkfouten en stereotypes.³⁶¹
3. *In de rechtbank.* Rechters in eerste aanleg moeten de mogelijkheid krijgen om collegiaal te zetelen wanneer zij (en niet enkel de voorzitter) dit noodzakelijk achten. Collegiaal zetelen bevordert immers de kwaliteit van de beslissingen. Daarenboven kunnen mentorschapprogramma's nuttig zijn voor beginnende rechters zolang alleen zetelen de regel blijft in eerste aanleg en in hoger beroep.³⁶²

Diversiteit is van belang in de context van alleenzetelende rechters én collegiale zetels. Een diversiteit aan ideologieën in de rechtbank zal een dynamisch klimaat bevorderen. Deze diversiteit heeft ook belang in de context van intervisies tussen collega's.³⁶³ Daarom moet de magistratuur aantrekkelijk worden gemaakt voor alle juridische sectoren en voor jongeren. Zo kan de diversiteit in de maatschappij zich in de rechtbanken vertalen. Dit kan o.m. door de creatie van meer en toegankelijker stagemogelijkheden.³⁶⁴

³⁵⁸ Bijlage 1: Interviews: Rechter B, vraag 12.

³⁵⁹ In MICHAUX, VERVAEKE, VAN DAELE & MORTIER, *NJW* 2019, p. 185-186 wordt o.m. vastgesteld dat er systematische afwijkingen zijn in de inter-beoordelaarsbetrouwbaarheid van het Nederlandstalig vergelijkend toelatingsexamen tot de gerechtelijke stage.

³⁶⁰ CEPEJ 2019, p. 35.

³⁶¹ RIKLEEN 2019 (www.abajournal.com/voice/article/are-judges-at-risk-for-unconscious-bias).

³⁶² CEPEJ 2019, p. 28. De Sloveense praktijk kan een mogelijke inspiratiebron zijn.

³⁶³ CEPEJ 2019, p. 26-28. Intervisies bevorderen de kwaliteit van rechterlijke taken en zijn goedkoper dan interne, hiërarchische evaluaties. Het IGO heeft dit in 2015 georganiseerd voor de voorzitters. Dit moet echter een optie zijn voor alle magistraten. Nederland is hierbij een voorbeeld leerling met hun "Rechtspraak" programma (p. 27).

³⁶⁴ CEPEJ 2019, p. 24-25. Rechters moeten een team van onder meer studenten hebben als assistenten. Daardoor kunnen rechters zich beter concentreren op hun kerntaak. Dit type van collaboraties kunnen verrijkend zijn voor alle actoren en ze verlagen de tijdsdruk en werklast. Rechters worden tevens uit hun isolement gehaald. Het blijft wel essentieel dat de rechterlijke beslissingen een persoonlijke reflectie blijven van de rechter.

Bovendien moeten de werkomstandigheden van rechters optimaal blijven om een goed welzijn te garanderen. De huidige Belgische praktijk³⁶⁵ moet minstens zo worden behouden, maar het kan altijd beter. Men kan o.m. een moderner wettelijk beschermd sociaal statuut creëren, wat op zich al meer kandidaten kan aantrekken.³⁶⁶ Het optimaliseren van deze werkomstandigheden moet ook intern gebeuren bv. door rechters aan te moedigen om voldoende pauzes te nemen.

Ten slotte: als deliberatie geen optie is, dan is het raadzaam om dynamisch en differentieel denken toe te passen. Hierbij worden de verschillen tussen casussen geanalyseerd in plaats van de gelijkenissen.³⁶⁷ Rechters kunnen zelf ook scripts of checklists maken voor de rechtszaken die vaak voorkomen. Zo kunnen de potentiële fouten bij een intuïtief denkproces worden beperkt.³⁶⁸

4. *Meer onderzoek.* Dit onderzoek bewijst dat de persoon van de rechter essentieel is bij het beslissingsproces. Het concreet effect daarvan is echter onduidelijk, zeker voor onze rechtsorde. Het zou derhalve interessant zijn om in de toekomst meer onderzoek hierover te verrichten. Een toename aan diversiteit in de rechtbanken kan het nut van zulke onderzoeken vergroten.³⁶⁹ Daarnaast zou het nuttig zijn om de relevantie van de theorieën over rechtsvinding voor de praktijk te onderzoeken.
5. *Zelfkennis is een begin van meer (maar niet van alle) wijsheid.* Mijn laatste aanbeveling voor de lezer en de rechters ontleen ik gedeeltelijk aan Socrates. Aangezien we onszelf niet volledig (kunnen) kennen, ijver ik voor regelmatige introspectie of zelfreflectie.³⁷⁰

³⁶⁵ CEPEJ 2019, p. 28-31.

³⁶⁶ BOONE 2019 (<https://legalworld.wolterskluwer.be/nl/nieuws/domein/algemeen-justitie/onafhankelijkheid-is-een-waARBorg-voor-de-burger-geen-privilege-van-de-magistraat/>).

³⁶⁷ BOONE, *Juristenkrant* 2016, p. 8.

³⁶⁸ GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev.* 2007, p. 40-41.

³⁶⁹ HAIRE & MOYER 2019, *Oxford Research Encyclopedias*, p. 16-15 (<https://oxfordre.com/politics/view/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-106?print=pdf>).

³⁷⁰ POSNER 2008, p. 121.

BIJLAGEN

Bijlage 1: Interviews

Rechter A (M – 1^e aanleg - BZ)

1. Stemt de theorie over rechtsvinding volgens Walter Van Gerven overeen met de praktijk?

Ik heb zelf het boek niet gelezen maar in de praktijk is er een onderscheid tussen burgerlijke en strafzaken. In burgerlijke zaken is er meer vrijheid, zeker in de context van het belang van het kind in familierecht. Er is ook een verschil tussen de magistraten. Sommigen hechten meer belang aan het strikt navolgen van procedureregels. De afschaffing van het verzet vereist ook meer flexibiliteit van de rechter. De rechter kan immers niet meer ambtshalve opleggen dat één van de partijen verschijnt, en waar men vroeger verzet kon aantekenen dient men vandaag in beroep te gaan. Dit leidt enerzijds tot een achterstand in de hoven van beroep. Anderzijds moet de rechter een evenwicht proberen te vinden omdat het strikt toepassen van de wet nadelige gevolgen kan hebben voor een kind. In zulke gevallen zal men geneigd zijn om de wet soepeler toe te passen om nadelige gevolgen te beperken. In strafzaken daarentegen is het delicaat omdat het over de vrijheid van een persoon gaat. Hier is het strikt navolgen van de wet essentieel. De wet is in ieder geval steeds de leidraad. Maar de rechter kan in bepaalde rechtstakken zoals het familierecht soepeler ermee omgaan dan in strafzaken.

Een andere voorbeeld: Voor de procedure van een echtsscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting moet de verzoeker bewijzen leveren, en dit dient bij dagvaarding te gebeuren. De meeste mensen doen dat echter bij verzoekschrift omdat dit goedkoper is. Rechters zullen dan veelal zeggen dat er nietigheid is omdat de wet duidelijk is over de procedurevoorschriften. Vandaag zijn de nietigheidsregels eenvoudiger omdat artikel 862 Ger. W. geschrapt is maar de wet schrijft in de meeste gevallen de nietigheid voor. Voor nietigheid moet er worden bewezen dat de wet geschonden is en dat er belangenschade is. Men zou kunnen beslissen dat de verzoeker verkeerd heeft gehandeld. De vordering wordt dan afgewezen op basis van een nietigheid en de verzoeker wordt enkel veroordeeld in de kosten. Die kosten (de rechtsplegingsvergoeding: hierna RPV) kunnen echter oplopen tot 1400 €. Ik zal in deze gevallen niet veroordelen tot de rechtsplegingsvergoeding tenzij dat er bv. sprake was van geweld, of roekeloos procederen. De verzoeker moet dan opnieuw dagvaarden en als de tegenpartij niet verschijnt dan moet deze in beroep gaan.

Nog een voorbeeld: de onderhoudsbijdrage: Stel dat de vrouw 300€ wilt maar de man wilt 100€ geven. Gelet op beide inkomens vindt de rechter 300€ redelijk. Ik zal in dit geval de RPV niet nog eens aanrekenen omdat de vrouw 1400€ erbij krijgt. De wet zegt dat de verliezende partij in de RPV veroordeeld moet worden, maar de wet strikt toepassen kan tot onbillijke resultaten leiden. Als men over menselijke aspecten moet oordelen is het noodzakelijk om goed na te denken over de gevolgen van het strikt toepassen van de wet. In beroep blijven ze meestal af van de beoordeling in 1^e aanleg omtrent de kosten, maar vaak is de veroordeling tot de RPV lager dan wat de wet voorschrijft.

2. Hoe komen rechters tot een besluit?

De rechter moet beslissen in eer en geweten. De mate waarin er sprake is van strikte wetstoepassing de dag vandaag is beperkt. Dit is onder meer het geval in technische zaken zoals beslag en verkeersovertredingen. Men moet bij verkeersovertredingen enkel nog over de strafmaat beslissen want de wet gaat legt steeds meer de strafmaat op. De rechter heeft dan geen discretionaire marge wat tot onbillijke resultaten kan leiden zoals wanneer men bestraft wordt voor een overtreding ten gevolgen van een lichte verstrooidheid.

Er is dus een tendens ook in familie zaken waarbij de wetgever bepaalde zaken begint op te leggen (objectiveringstendens) bv. de criteria voor het bepalen van onderhoudsbijdrage. In het algemeen heeft de rechter echter wel de marge om te beslissen wat hij of zij doet.

Zonder het beleid van de rechter te lezen kan ik eigenlijk besluiten dat de verhouding 90% – 10% omtrent de zaken waar de rechter al dan niet de wet strikt toepast niet volledig klopt. De theorie is niet volledig in overeenstemming met de praktijk want de dag vandaag is die strikte toepassing minder voorhanden. Het klopt echter wel dat 10% of de minderheid van de gevallen moeilijker zijn. Men heeft ook de wet altijd als basis voor de beslissing. De wet kan wel niet alles regelen en dat hoeft principieel niet.

Daarnaast zullen de concrete elementen van de feiten een belangrijke rol spelen bijvoorbeeld de leeftijd van het kind waarover er beslist wordt. De persoon die de uitspraak doet is ook belangrijk want de interpretatiewijze (juridisch-technisch of soepel) zal daarvan afhangen. Het zijn onder meer deze elementen die tot verschillen in rechterlijke beslissingen zullen leiden. De rechter moet derhalve rekening houden met andere elementen dan de wet alleen. Denk aan een jonge student die vervolgd wordt voor een zware straf zonder antecedenten. Omgekeerd, er is iemand die vaak veroordeeld is geweest voor herhaling maar hij herpakt zich. Plots pleegt hij weer een klein stommeit. Moet je die veroordelen? De rechter moet hier een moeilijk evenwicht proberen te zoeken waarbij aan de belangen de betrokken partijen wordt voldaan, zonder meer schade aan te richten.

3. Het is zo dat er altijd naar de wet wordt verwezen als basis, maar is er vandaag geen sprake van activisme bij de rechter?

Er is wel een evolutie waarbij men vroeger veel meer de wet strikt toepaste in tegenstelling tot vandaag. Vandaag is er inderdaad meer sprake van activisme maar er is altijd een wettelijke basis. In het strafrecht bijvoorbeeld kan er geen veroordeling zijn zonder een wet. Maar zelfs in het kader van het familierecht kan je niet zomaar iemand punitief veroordelen zonder dat er een wetsbasis is. Je gaat dit wel niet altijd vermeld zien in de motivering.

3.1 Is de zaak rond het recht op inclusief onderwijs een typevoorbeeld van rechterlijk activisme?

Ja, de rechter heeft hier aan rechtsvorming gedaan. Dit is echter niets nieuws, want in mijn 25 jaar ervaring als magistraat heb ik dit een aantal keer gezien. Denk bijvoorbeeld aan het probleem met de IS kinderen. Dit is een juridisch probleem (mogen de kinderen terugkomen of niet?) maar het is ook een politiek probleem (toegang tot het grondgebied).

3.2 De rechter moet in deze gevallen derhalve creatief zijn?

In principe wel, want wettelijk is er niet veel geregeld. De enige bestaande regels hierover zijn m.b.t. de toegang tot het grondgebied voor Belgische onderdanen. Dat sommige moeders van die kinderen geen Belgen zijn is minder problematisch, maar kan men de toegang verbieden aan de Belgische vaders? Men heeft bijvoorbeeld na de WO2 de Belgische SS soldaten die vanuit Duitsland werden overgeleverd nooit de toegang ontzegd. Waar haalt men het dan om die IS soldaten met Belgische nationaliteit de toegang te verbieden? Voor de vrouwen is het anders omdat ze soms vrijwillig zijn meegegaan. De kinderen hebben echter nooit een keuze kunnen maken want die zijn daar geboren. Familiaal technisch gezien zou het dus eenvoudig moeten zijn als het over de kinderen gaat. Daarbovenop luidt de publieke opinie dat die kinderen in staat zijn om binnen een aantal jaar aanslagen te plegen vanwege hun ervaringen daar. Maar moet de rechter hier rekening mee houden? U ziet het, het is een zware oefening omdat je rekening moet houden met verschillende elementen.

3.3 Hoe komt het dan dat er omtrent die kwestie 2 verschillende uitspraken zijn, waarbij de Franstalige kamer beslist dat de moeders en kinderen teruggehaald moeten worden en de Nederlandstalige kamer die plicht enkel ten aanzien van de kinderen stelt?

Er is nog een groot probleem, namelijk internationale normen. Als de kinderen mogen komen, is het dan niet strijdig met het verdrag van de rechten van het kind om deze te scheiden van de ouders? De rechter zou dus strikt genomen, gelet op de suprematie van dwingende internationale normen, de repatriëring van zowel de kinderen als de ouders moeten bevelen. De rechter kan tevens moeilijk de redenering volgen dat die kinderen

of die moeders binnen een aantal jaren aanslagen zullen plegen. Je zou anders niet met uzelf kunnen leven als je telkens met alle mogelijke gevolgen van uw beslissing rekening moet houden. Dit is wel een moeilijk geval en af en toe hebben we daarmee te maken als rechters. De rechter moet wel redelijk beslissen en de potentiële gevolgen overlaten aan andere diensten die zulke gevallen beter kunnen opvolgen. Ik ben wel blij dat de rechters die bezig zijn met deze zaken echt goede rechters zijn want het zijn echt geen eenvoudige zaken.

Wat ik het moeilijkst vind aan dit type van beslissingen is dat je er als rechter een aantal nachten over moet slapen. Je gaat de verschillende belangen afwegen maar de beslissing moet ook worden geschreven en dat is minder evident. Hoe ga je afwegen dat hetgeen dat A zegt minder belangrijk is dan wat B zegt? Het is soms gemakkelijker om het mondeling uit te leggen dan in een schriftelijke beslissing.

Vroeger kwamen mensen bij de vrederechter en die had een gesprek met hen rond de tafel. Vandaag is het procederen meer schriftelijk, zeker in het familierecht. Het is veel eenvoudiger voor de rechter om de concrete motivering van de beslissing uit te kunnen leggen. De wet bepaalt echter uitdrukkelijk dat de rechter een vonnis niet mag uitleggen. Ik kan wel bv. materiële fouten verbeteren. Maar ik kan niet uitleggen waarom het onderhoudsgeld op een bepaalde wijze werd begroot. Als de wet zou bepalen dat de rechter mondeling mocht uiteenzetten waarom dat bepaalde beslissingen worden genomen, dan zou het veel beter zijn voor de rechtszoekende. De hervorming waarbij de rechter wel materiële fouten kan verbeteren is positief want vroeger konden wij zelfs het beschikkend gedeelte niet verbeteren. Dit had soms nadelige gevolgen voor de partijen.

4. Hoe kunnen rechters over zulke moeilijke zaken kunnen oordelen? Kan men het ‘rechterschap’ aanleren of bezitten jullie automatisch de vereiste bekwaamheid?

Ten eerste zijn er de studies. Daarnaast moet men de wil hebben om het te doen. De meeste rechters zijn tevens advocaat geweest waardoor zij de ervaring hebben gehad die ervoor zorgen dat ze beter voorbereid zijn. Ten slotte is er de stage.

Vroeger kwamen benoemde rechters in een kamer van 3. Dit was een goede methode omdat ze in die kamer van de rest konden leren en gevormd werden. In eerste aanleg moeten ze nu na de benoeming onmiddellijk alleen zetelen. Ik heb het geluk gehad om eerst in een kamer van 3 te zetelen. Daar kan de voorzitter beter beoordelen of er zaken zijn waar je beter bekwaam voor bent enzovoort. In kleine rechtbanken hebben ze bijna dezelfde werklust als in Brussel maar met een beperkt aantal rechters. Dit is absoluut niet evident en zeker niet als je meteen alleen moet zetelen. De bekwaamheid als rechter wordt ook door de levenservaring meer aangescherpt. Rechtspreken, je groeit erin en leert bij. Fouten gebeuren soms bv. door tunnelvisie.

4.1 Dit is ook wat ik op basis de empirische onderzoeken heb vastgesteld. Men gaat bijvoorbeeld in verkeerszaken heel intuïtief te werk wat tot cognitieve fouten kan leiden. Ja dit is inderdaad. Er wordt soms te veel focus gelegd op de dezelfde elementen want men is geregeld bezig met gelijkaardige zaken.

5. U bent ook geen voorstander van de evolutie naar een alleenzetelende rechter in burgerlijke zaken?

Nee, en zeker niet in graad van beroep. En ik denk, technisch gezien, dat het aantal uitspraken zal stijgen maar niet de kwaliteit. Voor mij zijn de meeste zaken evident (bijvoorbeeld over die IS kinderen) in tegenstelling tot een jonge, beginnende magistraat. Als men daarentegen met 3 zit, is het een stuk eenvoudiger. In strafzaken hadden ze dat ook eens voorgesteld maar gelukkig is dat niet gebeurd. Je moet je eens inbeelden dat je alleen moet zetelen voor een zware zedenzaak. De hervormingen van de laatste 10 jaar zijn vooral bedoeld om de boel sneller te doen draaien, met minder geld maar dit komt ten nadele van de kwaliteit.

De kwaliteit van de wetgeving is ook slechter geworden. De rechter moet dus creatiever optreden omdat de wet grotendeels niet meer klopt. Men kan niet verwachten dat de doorsnee rechter op die wijze kan functioneren en tegelijk een hoge kwaliteit kan leveren. Er is een beperkt aantal rechters die dat kunnen maar het is ook niet goed om alleen maar van die knappe koppen te hebben. Anders zou de afstand met de rechtszoekende te groot worden.

Vroeger kon een rechter gemakkelijk een uitspraak doen. Vandaag zijn er zoveel elementen die een rol spelen waardoor je bij wijze van spreken niet zomaar de doodstraf kan opleggen aan iemand. De maatschappij wordt moeilijker, de wetten zijn van minder kwaliteit, het wordt allemaal maar technischer maar dan moet men begrijpen dat de rechter niet altijd binnen de lijntjes kan kleuren.

Dit sluit aan bij uw vraag over de mate waarin de rechter actief mag zijn. Dit heeft vooral te maken met de manier waarop de rechter tegenover de problematiek staat. Neem technische materies zoals onderhoudsgeld: als je dezelfde casus aan verschillende rechters geeft, dan is de kans groot dat men op verschillende bedragen zal uitkomen. En dit gaat enkel over een technische aangelegenheid. Het wordt een stuk moeilijker bij morele zaken. Een typische voorbeeld is de gunst van opschorting in strafzaken. Sommige rechters zullen eerder geneigd zijn om deze toe te kennen dan anderen, en dit deels op basis van hun maatschappelijke-filosofische visie. Als men bv. een onderzoek zou doen over geweldsdelicten dan zal men wellicht concluderen dat men in het noorden repressiever is dan in het zuiden. Het probleem is dat er dan een soort mainstream ontstaat: Vlaamse rechters gaan in een bepaalde richting oordelen, namelijk repressiever. Het ideale zou zijn dat een rechter zijn of haar bagage aan een kapstok kon laten als hij of zij binnenkomt op het werk. Dit is echter onmogelijk.

5.1 Ja, en dit is de discussie tussen Sotomayor en Sessions. Men kan toch onmogelijk verwachten dat een rechter als een computer gaat functioneren? Het is toch die persoonlijkheid die rechtspraak menselijk maakt?

Ja inderdaad. In Amerika is het wel zo dat veel rechters worden verkozen. Men kan zeggen dat dit goed is voor het democratisch aspect. Maar als ik een voorstaander ben van de doodstraf, en morgen zijn er verkiezingen, dan zullen mijn kiezers vooral voorstanders van de doodstraf zijn. Ik zal als rechter dan meer doodstraffen uitspreken omdat ik binnen 4 jaar opnieuw verkozen wil worden. Het is daarmee dat die persoonlijkheid daar een groter rol zal spelen. De politieke kleur speelt ook een rol. Ik werd aanvankelijk politiek benoemd, en dit was een gemakkelijk systeem. Ik heb achteraf wel het examen genomen.

Uiteindelijk heeft de politieke overtuiging van de rechter in de meeste zaken weinig belang bij ons. Er is binnenkort wel een assisenzaak over euthanasie en in dit type zaken kan de politieke voorkeur wel een rol spelen. De rol van persoonskenmerken is ook belangrijker in de context van juryrechtspraak. Toen ik begon waren zaken over abortus omstreden. Daar zag je wel dat die politieke zuilen een belangrijke rol hadden. Vandaag kan men moeilijk abortus verbieden, ook al is dit tegen uw overtuiging want de wet laat het toe. De rechter moet in zulke gevallen zijn of haar overtuiging overstijgen. Daarentegen heb je situaties die niet gereguleerd zijn en waar de rechter toch een uitspraak moet doen zoals de problematiek rond draagmoederschap.

Rechtspreken valt in de meeste gevallen wel mee omdat het veelal geen filosofische maar praktische rechtsvragen betreft. Maar er zijn altijd elementen die ervoor kunnen zorgen dat de strikte toepassing van de wet moeilijk is. Men vertrekt dan van zijn of haar basis principes en dan moet je afwegen of het in een concreet geval opportuun is om de wet strikt toe te passen.

5.2 Dus eigenlijk klopt wat van Gerven zegt over de moeilijke en gemakkelijke zaken?

Ja, maar ik zou eerder spreken van puur filosofische tegenover praktische zaken. Bijvoorbeeld bij onderhoudsgeld is de wet duidelijk maar er worden alsmear meer technische voorschriften opgelegd in tegenstelling tot draagmoederschap waar niets is geregeld. En zelfs dan zal je nog verschillen zien bij rechters.

6. Ik heb hier een artikel van de voorzitter van de Vlaamse balie waarbij men pleit voor ‘meer mannen en allochtonen en minder media voor de rechtspraak’. Wat is uw mening hierover? Onze maatschappij is op allerlei vlakken veranderd vergeleken met 50 jaar geleden. Het meest opvallende is de verkleuring, maar er zijn ook koppels van hetzelfde geslacht. Een rechtbank moet daarin meegaan. In mijn kinderjaren waren veel mensen tegen homoseksualiteit. Mag je ertegen zijn? Ja. Maar als rechter moet je u daarover zetten omdat die mensen het volste recht hebben om te leven zoals zij willen. Ik hoop dat de veranderingen in de maatschappij binnen de komende jaren ook weerspiegeld zullen worden in de magistratuur. Dit is natuurlijk enkel mogelijk als er kandidaten zijn, mensen moeten het willen. Er mag echter niet gewerkt worden met quota's. Men moet initiatieven nemen waarbij de interesse opgewekt wordt bij (bepaalde) mensen in de maatschappij. De meeste advocaten willen ook niet per se in de magistratuur gaan. Maar ik geloof wel dat o.a. de culturele diversiteit zal komen.

De rol van de media is bij ons in principe nog meevallend. Het probleem is echter dat wanneer er wel berichtgeving wordt gedaan, men soms te ver gaat en men spreekt zelfs over wereldvreemde rechters. Louter ter illustratie, er was hier een jonge beginnend magistraat waarvan de uitspraak sterk bekritiseerd werd in de media. De betrokkene kreeg zelfs bedreigingen, en de impact hiervan zeker als men kinderen heeft is niet klein. De media kan wel degelijk een zekere invloed hebben op het beslissingsproces.

Rechter B (M – 1^e aanleg - SZ)

1. Stemt het onderscheid door Walter van Gerven over moeilijke en gemakkelijke zaken overeen met de praktijk?

95% van de zaken zijn op juridisch vlak eenvoudig. De theorie van Van Gerven is vooral gebaseerd op de Amerikaanse praktijk (*hard and soft questions*). In eerste instantie moet de rechter eigenlijk de regel vinden in plaats van de regel te maken. Maar zelfs indien de juridische regel duidelijk is hebben rechters vaak een discretionaire marge. Concreet, het is niet omdat de zaak juridisch gezien geen hard question betreft vanwege het duidelijk karakter van de wet dat het een eenvoudige zaak zal zijn.

Daarnaast is er een beperkt aantal gevallen waarvoor geen duidelijke regel te vinden is, of waarvoor er verschillende toepasselijke regels zijn. De rechtspraak zal in deze gevallen vaak verschillen. Bij wijze van eenvoudig voorbeeld: de hoven van beroep van Antwerpen en Gent zijn niet altijd eens omtrent bepaalde aspecten binnen vereffening en verdeling in het familierecht. De lagere rechters worden dan geconfronteerd met verschillende visies. Soms zijn er ook gevallen waar er nog geen oordeel over is geveld.

Ik ben het in principe eens met de beschrijving van Van Gerven. Hij heeft wel vooral naar de VS gekeken waar men meer bezig is met het onderzoeken naar hoe dat rechters beslissen. Je zou ook de vraag kunnen stellen of deze theorieën over rechtsvinding niet eerder normatief zijn.

2. Wat vindt u van de evolutie naar een alleenzetelende rechter in eerste aanleg?

Vroeger waren er kamers die verplicht met 3 zetelden. Koen Geens heeft het echter mogelijk gemaakt om overal alleen te zetelen, met een beperkt aantal uitzonderingen. Vandaag is collegialiteit de uitzondering. Vroeger was het ook verplicht om bij het begin van de loopbaan 3 jaar in een kamer van 3 te zetelen. Vandaag geldt die verplichting voor 1 jaar, tenzij dat de noden van de dienst anders vereisen. Het gevolg is dat beginnende rechters in principe meteen alleen zetelen. Het deliberatieve dat weggevallen is wordt door de meeste magistraten als een gemiste ervaring beschouwd. Als je met meerdere zetelt leer je veel bij van de anderen en zelfs voor ervaren collega's is dat een leerrijke ervaring.

3. Krijgen we dan minder kwaliteit vermindert ondanks de toename van de uitspraken?

Zeker en vast. Als je met meerdere rechters oordeelt krijg je sneller feedback. Nu krijg je die feedback pas als uw vonnis in beroep wordt hervormd, maar dan is die feedback te laat. De magistratuur heeft over die hervorming geklaagd, en in de parlementaire voorbereidingen zult u ook kritiek zien daaromtrent. Uiteindelijk heeft de wetgever het laatste woord en men wou nou eenmaal besparen. Wat je wel merkt is dat bepaalde rechtbanken de mogelijkheid om alleen te zetelen te ver hebben doorgetrokken en in andere rechtbanken wordt de mogelijkheid om met andere rechters te zetelen meer toegestaan. Het is dus niet enkel een keuze van de wetgever, maar ook een beleidskeuze van de mensen binnen justitie.

4. Verhoogt het zetelen met andere collega's de kans om objectiever te zijn?

Zeker. Automatisch komen 3 verschillende achtergronden en meningen samen en dat verhoogt de kans om te botsen. De botsing van de verschillende visies zet u gemakkelijker aan tot nadenken over uw eigen beoordeling. Bepaalde zaken worden dan ook meer geëxpliciteerd door die confrontatie. Bovendien is er bij een beslissing met 3 een groter kans op een consensus, wat uiteindelijk gewichtiger is voor de rechtszoekende.

5. Uit de onderzoeken die ik geanalyseerd heb spreekt men over bias. De meeste mensen denken dan meteen aan bv. politieke voorkeur.. Maar er zijn andere vormen van bias zoals tunnelvisie, die in principe niets te maken hebben met de demografische achtergrond van rechters. Speelt dit volgens u een rol? Ja, zeker. En over die persoonskenmerken, uw achtergrond en ervaring breng je zeker mee. Die bagage kan je niet loslaten. In de magistratuur merk ik wel dat er beperkte diversiteit is inzake levenservaring. Vandaag is het minder elitair dan vroeger dankzij de objectivering van de toegang tot de

magistratuur. Er is echter nog steeds een overheersing van de blanke, middenklasse die uit een bevoorrechte familie komt. In België heeft men wel nog niet getest of de kwaliteit beter zal zijn bij een diverse magistratuur want die diversiteit vooral cultureel, is er niet.

6. Ik heb hier een vonnis met betrekking tot discriminatie. Zelf denk ik dat ik in eenzelfde geval sneller de neiging zou hebben om de betrokkene te veroordelen vanwege mijn ervaring met discriminatie. Wat is uw visie hierover?

De wet is redelijk strikt hierover. Er is ook rechtspraak van hogere rechtbanken (o.a. het GWH) die de drempel bepalen van wanneer er al dan niet sprake is van racisme. Deze hoge drempel is vaak moeilijk te bereiken. Ik begrijp volledig dat uw achtergrond een rol kan spelen, maar zulke zaken zijn eerder juridische beoordelingen omdat de principes redelijk strikt bepaald zijn. De meeste strafrechters zullen ondanks hun achtergrond tot dezelfde besluit komen. Als rechter kan je persoonlijk vinden dat er een veroordeling moet zijn, maar je moet uw eigen achtergrond opzij zetten omdat de wettelijke principes daaromtrent nogal duidelijk zijn. In het strafrecht is de strikte toepassing van de wet belangrijk. De achtergrond van de rechter zal eerder een rol spelen bij het bepalen van de strafmaat en minder bij de beoordeling van de schuldvraag.

6.1 U verwijst naar de rechtspraak van het GWH. Toen ik het arrest las, heb ik dat echter nergens gelezen?

De rechter verwijst naar een andere rechtbank, en die verwijst vervolgens naar het GWH. Het GWH heeft gezocht naar een evenwicht omdat het bestraffen van racistische uitspraken een uitzondering is op de vrijheid van meningsuiting. Het is om die reden dat de principes daaromtrent strikt zijn. In de meeste gevallen leiden vorderingen m.b.t. racistische uitspraken tot een vrijspraak. Men kan de vraag stellen of dat die drempel niet te hoog is. Maar dit is deels de prijs die men bepaalt om in een maatschappij te leven waar de vrijheid van meningsuiting cruciaal is. Moet men dan de vrijheid van meningsuiting herdefiniëren? U ziet, de overweging van de rechter kan soms zwaar zijn.

7. De moeilijke gevallen volgens van Gerven betreffen gevallen waar de rechter soms een zware afweging moet doen tussen evenwaardige rechten of waarden. Hebt u zelf al zo'n zaak gehad?

Ja, vooral in zedenzaken. Soms heb je mensen die eerder geen strafbare feiten hebben gepleegd maar de ernst van de feiten is dermate hoog dat er een hoge bestraffing moet zijn. De publieke opinie speelt dan nog een rol. Er zijn ook andere zaken waar je bijvoorbeeld de waarde van billijkheid tegenover de rechtszekerheid moet afwegen, en dit is niet altijd evident.

8. Hoe komt het dat sommige uitspraken beperkt gemotiveerd zijn?

Hetgeen de rechter moet uitleggen is relatief beperkt en cassatie is soms zeer streng hierover. De rechter mag wel meer uitleggen. Rechters doen het soms niet omdat er geen tijd is, maar ook om te vermijden dat de uitspraak als een regel van algemene beschikking wordt beschouwd. Er is dus een mate van terughoudendheid uit vrees voor hervorming om de eerdergenoemde redenen.

8.1 Het vonnis omtrent het recht op inclusief onderwijs vermeldt bijvoorbeeld niet de concrete reden om dat recht te erkennen. Er bestaat in principe geen recht op inclusief onderwijs. Is dit een vorm van rechtsvorming?

Ja en het is jammer dat er geen uitgebreide motivering is. Rechters zijn immers niet verkozen en de democratische controle komt uit de motivering. Als men niet voldoende motiveert waarom dat een bepaald recht wordt erkend ondanks de wettelijke leemte, dan wordt de scheiding der machten geschonden.

9. Zijn de uitspraken omtrent de repatriëring van Syrische kinderen en hun moeders politieke beslissingen?

Op een bepaald moment kom je als rechter op een onontgonnen juridisch terrein. Er is echter geen sprake van een politieke beslissing, wel een beslissing met politieke impact. Dit is een belangrijke onderscheid.

Rechters moeten vaak oordelen in moeilijke zaken die een politieke impact kunnen hebben. Het is wel belangrijk dat de rechter steeds een aanknopingspunt vinden in het vigerend recht en de beslissing duidelijk motiveren. De rechter is ook verplicht om te antwoorden op de rechtsvraag. Daarom is de redenering op analogie een goeie methode in zulke zaken.

10. Moet ik bang zijn dat ik ooit bij een rechter zou komen die rechts is en dat dit tot uiting zal komen in de beslissing?

In de praktijk slagen de meeste rechters om zich boven hun eigen opvattingen te zetten. De meeste zijn ook bewust over de potentiële invloed van hun persoonskenmerken en meestal zijn de rechters het eens over de meeste zaken. Het is natuurlijk mogelijk dat u eens voor een rechter komt die bevooroordeeld is maar daarvoor bestaat het hoger beroep. De rol van de persoonskenmerken speelt naar mijn ervaring in beperkte mate door. Het feit dat de meesten bewust zijn over deze elementen maakt dat ze minder gaan doorspelen. Zelfs in de VS gaat u zien dat er vaak consensus is en de persoon van de rechter zal slechts in de beperkte, moeilijke zaken een rol spelen.

11. Is het per se een slechte zaak dat er verschillende persoonlijkheden een rol spelen bij het beslissingsproces?

Rechters zijn intellectueel gesteld en kunnen veelal het invloed van externe factoren uitsluiten. Het blijft echter mensenwerk en dus kan het gebeuren dat die factoren wel een rol spelen. Intern gaat men zich ook corrigeren door de ervaring die uitgewisseld wordt. Als conclusie over het belang van diversiteit kan ik u verwijzen naar de reclame die soms wordt gemaakt door grote bedrijven. U ziet dat er soms een gebrek aan kennis en empathie is voor bepaalde etnische groepen uit de maatschappij. Soms denk tot mezelf ‘wat bezielde deze bedrijven?’. Diversiteit betekent dat er verschillende achtergronden en visies een rol gaan spelen. Dit zorgt ervoor dat de kans op frappante fouten vermindert.

12. Moet men in de opleiding van rechtenstudenten en rechters in het algemeen meer aandacht besteden aan ? U hebt gemerkt in uw studies dat u zelden moet uitleggen waarom dat u een bepaalde oplossing kiest. Dit zou meer gestimuleerd moeten worden.

13. Maakt de rechter dan geen beleid, maar dan voor het concreet geval?

Beleid is een verkeerd woord. Men moet vooral aandacht hebben voor de omkadering van de uitspraak in de maatschappij. Er moet ook een bewustheid zijn over de gevolgen van de uitspraak.

14. Wat vindt u van het examensysteem en het voorstel van Frank Fleerackers om het beroep om te keren?

Het examen is zeker beter kwalitatief gezien omdat men gedwongen wordt om meer na te denken over de motieven van de beslissing. Ik ben zeker een voorstander ervan. Ik vind het ook logischer dat men meer zou investeren in eerste aanleg. De rechter in eerste aanleg zou ook een ruimer marge moeten hebben en eventueel moet er nagedacht worden over de taak van de rechter in beroep. Ik begrijp de redenering dat men in hoger beroep met 3 rechters werkt. Maar het is nog meer raar dat men in eerste aanleg niet met 3 rechters gaat werken waardoor de zaak grondiger bekeken kan worden. Let wel, het is niet omdat een zaak door 3 rechters wordt beoordeeld in eerste aanleg dat er minder beroep wordt gedaan. Maar op lange termijn kan het zeker positief zijn om meer te investeren in de eerste aanleg.

15. Hoe staat u tegenover de rol van de media?

Het is de taak van de media om berichtgeving te doen over de uitspraken en de manier waarop justitie werkt. Soms gaat men misschien wel ver en kan het minder leuk zijn maar rechters nemen ook heel belangrijke beslissingen. Het lijkt me dan ook gezond dat de publieke opinie daar een rol bij speelt.

Rechter C (V – 1^e aanleg - BZ)

1. Stemt het onderscheid van gemakkelijke en moeilijke gevallen volgens Van Gerven met de praktijk overeen?

Dit is geen makkelijke vraag en Van Gerven heeft dat uiteraard uit zijn eigen ervaring als jurist geschreven. Ik sluit mij aan bij de stelling dat een zaak gemakkelijker is wanneer de wet een duidelijker oplossing biedt. De meeste gevallen zijn eigenlijk niet zo problematisch, maar het is niet omdat je het antwoord meteen in de wet vindt dat de zaak per se gemakkelijk zal zijn. Je kan een zaak hebben met een groot dossier maar de oplossing kan evident zijn. Daarentegen kan je een zaak van enkele pagina's hebben die je toch een aantal nachten wakker zal houden.

Moeilijker wordt het als ik moet interpreteren en een bepaalde standpunt moet innemen. Het is wel niet zo dat de wet in deze gevallen per se tekort schiet. Wetten zijn richtlijnen die wij toepassen maar men kan onmogelijk alle gevallen in de wet voorzien. Een foutbeoordeling onder meer voor morele schadevergoeding is een voorbeeld van een moeilijk geval. Rechtsmisbruik daarentegen is voor mij niet moeilijk omdat het vaak duidelijk als iets kennelijk overdreven is. De randgevallen zijn dan wel moeilijker.

Om te beslissen kijk je uiteraard eerst naar de wet. Dan is de bedoeling van de wetgever in de parlementaire voorbereidingen belangrijk om na te gaan. De rechtspraak van het HvC is meestal ook een goeie leidraad. Persoonlijk kijk ik wel niet naar wat mijn collega's doen voor mijn beslissingen.

2. Is de actuele situatie over de Syrische kinderen een moeilijk geval? Of hebt u voorbeelden van moeilijke gevallen uit uw specialisatie?

Ik acht veel belang aan het weegschaal principe. Er zijn echter gevallen waar je ondanks het toepassen van de wet en de bestaande principes, nog steeds met een gewrongen gevoel achterblijft. Je probeert dan creatief te zoeken naar een oplossing of een evenwicht. Niettemin blijven sommige gevallen wringen. De goeie beslissingen zijn deze die je na de uitspraak vergeet. Ik kan u een voorbeeld geven. Kopers kunnen de nietigheid van de koop vorderen volgens de wet. Het gaat hier om een relatieve nietigheid. Stel dat de verkoper vraagt om die koop nietig te verklaren. Men kan dwaling of bedrog inroepen maar soms lukt het niet om deze nietigheidsgrounden voldoende te motiveren. Als de koper blijft weigeren om de koop nietig te verklaren kan u als rechter niet veel doen dan de koop als geldig te verklaren. De rechter is ook gebonden door de middelen die de advocaten opwerpen en men kan de nietigheid niet ambtshalve opwerpen. Soms kijk ik wel naar de partijen die voor mij zitten. Sommigen zullen bij deze beslissing verder kunnen onderhandelen om zelf nog een oplossing te vinden. Anderen kunnen dat echter niet en dan zit je als rechter wel meer vast.

3. Wat vindt u van de evolutie naar een alleenzetelende rechter in burgerlijke zaken?

Eerlijk gezegd, ik zou graag de optie hebben om over bepaalde zaken met 3 te kunnen oordelen omdat ze moeilijk zijn inzake interpretatie. We hebben die mogelijkheid echter niet meer en dat is spijtig. In het strafrecht en in graad van beroep is het wel mogelijk om dat te vragen.

Niettemin, als we alle zaken in eerste aanleg met 3 zouden doen, dan kan het te veel worden. Eerste aanleg is een soort filter, en daarom is het belangrijk dat we een hof van beroep hebben. Die gaan de zaak herbekijken met 3 want in 1^e aanleg kunnen en hoeven we niet alles met 3 te doen. Dat is een utopie want we zitten al met een achterstand in justitie en dat gaat niet verbeteren. Er is ook geen geld in justitie, er is een te kort aan magistraten enzovoort. Ik ben dus geen voorstander van het principe dat 3 rechters moeten oordelen in alle zaken in 1^e aanleg, het zou echter beter zijn om de mogelijkheid te geven zoals het vroeger was.

3.1 Kan je in 1^e aanleg met uw collega's spreken wanneer een zaak moeilijk is?

De meeste rechters gaan met de collega's spreken maar daarmee schend je uw beraad. We hebben echter geen andere mogelijkheid want je moet uiteindelijk beslissen en als je alleen zit kan uw objectiviteit soms wegvallen.

4. Hoe zijn de werkomstandigheden als magistraat?

Het is niet gemakkelijk want er is bijvoorbeeld geen optimaal sociaal statuut voor vrouwen. Gelukkig zijn de voorzitters vaak redelijk genoeg om hieraan tegemoet te komen. De flexibiliteit als magistraat om uw werk zelf te organiseren is essentieel want het gaat erom dat het werk op tijd wordt geleverd. Het sociaal statuut kan zeker verbeteren, maar dat wordt intern gelukkig opgevangen.

5. Hoe staat u dan tegenover de rol van de media?

De media speelt het meestal niet eerlijk. Ze zouden een meerwaarde zijn indien de berichtgeving eerlijker zou gebeuren. Soms kan het zodanig ver gaan dat het een rol kan spelen op uw beslissingsproces. Persoonlijk heb ik daar geen ervaring mee en ik probeer de aanwezigheid van de media tijdens de processen zo veel mogelijk te beperken. Ik laat mij niet beïnvloeden door de media, tenzij dat ze een eerlijk programma zouden maken.

6. Speelt de persoon van de rechter een rol bij het rechtspreken?

In familierecht bijvoorbeeld kan het wel een rol spelen. Daar gaat u zien dat er discrepanties kunnen zijn over het onderhoudsgeld, waarbij sommigen een hogere bedragen zullen toekennen. Dit heeft niet per se met gender te maken maar eerder met de ervaring en leeftijd van de rechter. De meeste rechters die ik ken zijn zich wel waakzaam voor mogelijke externe invloeden.

Een ander voorbeeld waarbij de persoon van de rechter een rol kan spelen is de vluchtmisdrijf waarbij men tegen een verlichtings- of verkeerspaal rijdt (geen menselijke slachtoffers). Ik heb zelf ervaren dat er discrepanties zijn over het al dan niet bestaan van een vluchtmisdrijf. Je krijgt dan verschillende uitspraken in tegenstelling tot een vluchtmisdrijf waar een persoon omver wordt gereden. Dit is dan vooral in de zaken waar een waardeoordeel vereist is. De ervaring van een rechter kan zeker belangrijk zijn bijvoorbeeld het louter feit of men zelf al dan niet met een auto rijdt en dan dagelijks moet oordelen over vluchtmisdrijven.

7. In 2014 oordeelde het HvC dat wrongfull life vorderingen niet mogelijk zijn. Ik zou als vrouw, moeder, in dat type zaak sneller geneigd zijn om toch iets van schadevergoeding toe te kennen.

Het beoordelen van medische fouten is moeilijk. Wanneer heb je een fout? En is er dan nog een causaal verband? Meestal zal men geen schadevergoeding worden toegekend omdat er geen causaal verband is tussen de fout en de schade.

(Er komt een andere rechter bijzitten die gespecialiseerd is in deze materie): Volgens mijn ervaring zal het veelal niet uitmaken of het een man of vrouw is die over de zaak beslist. Ik zetel soms ook met 3 in correctionele kamers en bij zedenzaken zie je dat de mannelijke collega's even streng zijn als de vrouwelijke. Ik denk dus dat een andere samenstelling van het HvC niet per se geleid zou hebben tot een andere uitspraak want voor schadevergoeding gelden een aantal bindende rechtsprincipes.

8. Mag een rechter volgens u een uitspraak doen in een zaak met een politiek beladen zaak, wanneer de rechtszoekende geen oplossing kan vinden via andere wegen?

Rechters nemen geen politieke beslissingen. Sommige zaken zijn uiteraard politiek gevoelig terwijl dat wij verplicht zijn om te beslissen. En ik zou in zulke gevallen ook oordelen, maar ik zal opzoeken wat de wet, de parlementaire voorbereidingen en de rechtsleer aanreiken. Maar ik kijk zelf niet naar wat de politici doen. Wij doen niet aan politiek, we doen gewoon ons werk en dat is rechtspreken. Louter ter illustratie, ik heb ooit in een zedenzaak in een specifiek geval iets opgelegd aan de veroordeelde en dit stond niet in de wet. Ik heb dan misschien een beetje een eigen beleid omdat ik het noodzakelijk vond in dit geval maar dan geldt het enkel in die specifieke zaak alleen. We zijn geen beleidmakers.

Rechter D (V – Vrederecht)

1. Stemt de omschrijving van rechtsvinding volgens Walter van Gerven met uw praktijk ervaring?

Het onderscheid tussen moeilijke en gemakkelijke gevallen klopt. Gemakkelijke gevallen (80%) zijn deze waar er een duidelijke schending is van de wet. Bijvoorbeeld, als een partij een contract heeft ondertekend kan ik als rechter niet besluiten dat dit contract niet bestaat ondanks mogelijk bedrog.

Bij de moeilijke gevallen (20%) heeft de rechter een interpretatiemarge. Als een kind schade toebrengt aan andermans eigendom, dan moet deze schade worden vergoed. Over dat rechtsprincipe is er weinig betwisting. Daarentegen kan de begroting van de schade wel leiden tot een 'beleid' dat gevoerd wordt en hier kunnen vrouwen en mannen anders oordelen. Verschillende rechters zullen andere accenten leggen bij de toekenning van de schadevergoeding. Een andere illustratie is de afweging van de zwaarwichtigheid die tot de ontbinding van een contract kan leiden. Rechter A kan volstaan met 1 maand achterstallige huur terwijl dat rechter B minstens 3 maanden vereist. Hierover is er wel eensgezindheid vanwege hogere rechtspraak, waardoor een bepaalde redelijke minimum geldt. Onder meer de rechtspraak van de hoven van beroep zorgt voor een beperking aan de interpretatiemarge.

Voor bepaalde zaken is er geen hoger beroep mogelijk. In die zaken is het mogelijk dat men een eigen beleid voert, maar de 'redelijkheid' zal een begrenzing vormen. Over hetgeen redelijk is moet je dan zoals Professor Van Gerven het zegt kijken naar wat de meerderheidsconsensus of de gemiddelde, normaal denkend burger in de maatschappij redelijk vindt.

2. Vindt u dat de wetten vandaag een grote discretionaire marge toekennen?

Ik heb als vrederechter in tegenstelling tot bijvoorbeeld de politierechter een groter beleidsruimte. Mijn leidraad is echter altijd om na te gaan hoe ik de betrokkenen het best kan helpen. Dit is ook weer een waardeoordeel, maar mijn geruststelling is dat men in beroep kan gaan. Als men niet in beroep kan gaan, dan kan ik alleen maar hopen dat de aangeboden oplossing wordt aanvaard. In sommige situaties heb ik echter geen beoordelingsmarge, ondanks mijn wil om de partijen te helpen. Bijvoorbeeld: ik kan niemand onder het sekwester plaatsen -ondanks mijn persoonlijke mening dat de betrokkene niet goed bezig is- wanneer ik geen medische attesten heb. Ik kan in dat geval mijn eigen waardeoordeel niet plaatsen en ik moet de eigen keuze om eigen financiën te beheren respecteren. In die gevallen waar er een beoordelingsmarge is probeer ik dan zo veel mogelijk consensus te vinden tussen alle partijen.

3. Ik denk nu even aan de problematiek rond AIR-BNB's waarmee rechters geconfronteerd werden terwijl dat er geen regels waren hieromtrent. Is dit volgens u een moeilijk geval?

In die gevallen moest men creatief zijn in de hoop dat de wetgever zou ingrijpen en deze materie duidelijk zou regelen. Die creativiteit gebeurt wel soms maar de voorwaarde is dat men de beslissing aan een bepaalde regel kan aanknopen. Een goeie motivering is ook vereist in deze gevallen.

4. Wat vindt u van de actieve rechter? Mogen rechters beslissingen nemen die een politieke inslag hebben?

Soms hebben we geen keuze, maar zoals ik reeds zei is het belangrijk dat de beslissing voldoende gemotiveerd wordt. In elk geval is er meestal hoger beroep en cassatie mogelijk. Bovendien zet onze fierheid als juristen een rem op een ongebreidelde activisme. Ik heb soms als rechter keuzes die ik kan volgen, maar ik zal nooit een keuze nemen die ik niet voldoende kan motiveren omdat ik uiteindelijk als jurist correct wil handelen. Als ik verschillende keuzemogelijkheden heb, dan probeer ik de meest rechtvaardige optie te nemen. Maar wat al dan niet rechtvaardig is, is alweer een waardeoordeel. Een van de oorzaken van dat activisme is de kwaliteit van de wetten. De wetten moeten duidelijker worden. Ik denk nu aan die rechtszaken over die Syrische kinderen en hun moeders. Als men wilt vermijden dat het waardeoordeel van een rechter deels meespeelt of als men het activisme van rechters wilt beperken, dan moet de wetgever de

wetten duidelijker omschrijven. Binnen het jeugdrecht speelt de waardeoordeel van de rechter ook een rol. Je moet u baseren op objectieve gegevens zoals de sociale verslagen, maar de attitude en levenservaring van de rechter kunnen een rol spelen bij het nemen van maatregelen en sancties. De mogelijkheid tot beroep is geruststellend want wij maken ook fouten. Daarnaast kan ik mij als rechter altijd wraken wanneer ik voel dat ik niet in staat bent om over een bepaalde situatie te oordelen.

5. Maakt het volgens u uit voor welke rechter men komt?

Ja, zeker bijvoorbeeld in straffkamers. Er zijn kamers die gekend zijn als streng en andere als minder streng omdat zij meer geloven in de rehabilitatie. Dit is ook zo in het jeugdrecht. Ik denk niet dat het zozeer uitmaakt of de rechter een man of een vrouw is, maar de attitude en levenservaring van de rechter kan zeker een rol spelen.

Maar die attitude wordt grotendeels ook gevormd door de demografische kenmerken en hun levenservaring?

Ja dat is waar. Er is wel degelijk een verschil o.a. over de manier waarop de mensen bejegend worden, en dit los van de uitspraak zelf. Ik denk dus dat het kan uitmaken, maar ergens zou dat niet mogen. Elke burger zou naar de rechter moeten stappen met de verwachting dat elke zaak in alle redelijkheid beoordeeld zal worden. En dit is ook wat de meeste rechters proberen te doen. We proberen zo veel mogelijk rechtvaardigheid na te streven los van onze eigen attitudes. En als we toch afwijken van het redelijke is er gelukkig hoger beroep en cassatie om ons te corrigeren.

6. U hebt zelf ook collegiaal gezeteld. Is de persoon van de rechter vooral van belang in deze context?

Dit klopt. Ik vind het heel jammer dat er vandaag weinig collegiale kamers zijn omdat de juridische correctheid en de alertheid bij het behandelen van zaken meer wordt aangescherpt dan wanneer je alleen zetelt. En een divers zetel is nog beter. Dit is uiteraard een taak van de benoemingscommissie en ik hoop dat de manier waarop de benoemingen gebeurt maximaal het vermogen tot objectiviteit toetst.

Een optie om die objectiviteit te verhogen is een magistratenschool zoals in Frankrijk. In die zin vind ik de gerechtelijke stage ook goed omdat men meer inzicht krijgt in de hoedanigheid, de waarden van de magistraat, de manier waarop hij/zij functioneert enzovoort. Magistraten moeten de mogelijkheid krijgen om andere perspectieven te ervaren, om de waarden van andere culturen te begrijpen, om het eigen denken voldoende te objectiveren en dit kan allemaal eventueel met een magistratenschool. Magistraten kennen ook niet alles van de wereld en men kan het ons ook niet verwijten.

We kunnen inderdaad niet verwachten dat jullie alles weten. Er zijn altijd gevallen die ongekend zijn die voorgelegd worden. Wat doe je dan?

Ik neem de AIR-BNB problematiek als voorbeeld. Onze taak als rechter is om ons in eerste instantie goed te informeren. Dan is het belangrijk dat je als rechter in eer en eigen geweten gaat oordelen. Je moet zelf gaan onderzoeken of je de redelijkheid in die zaak kan bereiken. Ik voel mij om die reden veiliger als men nog in beroep kan gaan.

7. Hoe ga je dan om met de gevallen waarvoor geen beroep mogelijk is?

Ik vind het eerlijk echt jammer want fouten maken is niet uitgesloten. Het is immers belangrijk dat de burger zelf nog steeds de mogelijkheid heeft om in beroep te gaan als hij/zij zich niet gerechtigd voelt. Het ideale zou dus zijn dat men voor elke zaak in beroep kan gaan, en dit ongeacht hun financiële toestand om klassenjustitie te vermijden. We zitten in beroep echter steeds met mensen die de feiten moeten appreciëren. Je hebt dus nooit 100% zekerheid dat die redelijkheid bereikt zal worden maar er is minstens een mogelijkheid op correctie. Nou, ik doe altijd mijn best om die zaken zonder beroepsmogelijkheid zo correct en voorzichtig mogelijk te behandelen opdat zowel ik als de burger gerechtigheid ervaart.

8. Hebt u een mogelijkheid tot collegiaal beraad? Of wat doe je als je bij een moeilijke zaak nood hebt aan een bijkomende mening/advies?

We gaan soms te rade bij collega's maar dat is vooral juridisch. Je wilt dan technisch advies van iemand die meer ervaring heeft met een bepaalde materie maar dit gebeurt informeel. De beslissing blijft echter mijn verantwoordelijkheid en daarom ga ik niet andermans visie in mijn uitspraak opnemen. Ik laat mij nooit door anderen beïnvloeden, ook niet door de politiek.

9. Hoe ervaar je dan de rol van de media en de soms frappante kritiek op 'wereldvreemde rechters'?

Het probleem is dat wij ons niet mogen verdedigen in de media en dat is logisch. Als rechter moet je in eer en geweten een rechtvaardige uitspraak kunnen geven en ik moet ermee kunnen leven. Je gaat uiteraard sneller als 'activistisch' of 'wereldvreemd' worden bestempeld als de politiek of als 1 van de partijen niet tevreden is met de uitspraak. Maar ik kan leven met die perceptie. We zijn er niet om plezier te doen aan mensen, doch om knoppen door te hakken. Dat ik dan minder graag gezien word neem ik erbij.

10. Mijn laatste vraag heeft betrekking op uw perceptie over de evolutie van justitie. Is de rechter vandaag een spreekbuis van de wet en hebben we nog steeds te maken met een ivorentoren?

We zijn mee geëvolueerd zoals de hele maatschappij. We hebben geen ivoren-torens meer en dit is normaal. In andere beroepsgroepen heb je dat ook minder. We moeten gewoon ons werk zo goed mogelijk doen. Maar om vandaag te spreken van het louter toepassen van de wet vind ik kort door de bocht, er komt er veel bij kijken.

Rechter E (V – HVB – BZ)

1. Speelt de persoon een rol in het beslissingsproces?

Ja zeker. In familiezaken bijvoorbeeld kan het een voordeel zijn om een kind te hebben omdat je u beter zou kunnen inleven in bepaalde zaken. Het kan anderzijds ook een nadeel zijn omdat je dan ergens in een zekere zin een beetje bevooroordeeld zijn. Onze persoonlijke levenservaring en levensvisie spelen zeker een rol. We moeten die gewoon niet zomaar projecteren op de rechtszoekende.

2. Zijn de moeilijke gevallen beperkter dan de gemakkelijke in de praktijk? En wat is een moeilijk geval volgens u?

Ja, het klopt dat de moeilijke gevallen de minderheid vormen. In familiezaken is de draagmoederschap een voorbeeld van een moeilijke zaak. Commerciële draagmoederschap wordt door velen beschouwd strijdig te zijn met de openbare orde. Soms gaan mensen naar het buitenland waar draagmoederschap toegelaten is bv. in California en ze komen terug met een kind naar België. De Belgische staat wilt echter geen visum geven. Je kan er tegen zijn maar wanneer men naar u komt is het uw taak als rechter om de brand te blussen. Maar daarvoor moet de wetgever optreden en ons meer duidelijkheid geven. Niettemin, zelfs met een duidelijke wet zal er wellicht nog discussie blijven.

Een ander voorbeeld is de *kafala*. Dit is een vorm van adoptie die niet overal wordt erkend, maar het is niet 100% zoals adoptie. Als mensen een kind in *kafala* hadden genomen en ze komen ermee naar België om het te adopteren, dan creëert dat moeilijkheden omdat de adoptieregels in de internationale verdragen niet nageleefd werden.

3. Klopt het dan dat de persoon van de rechter beter in uiting zal komen in die ‘moeilijke’ zaken waarbij een waardeoordeel vereist is? Ik denk bijvoorbeeld nu aan de twee beschikkingen van de Franstalige en Nederlandstalige Kamers omtrent de repatriëring van de Syrische kinderen.

Ja, dat klopt. Als rechter moet je beslissen en op een bepaald moment moet je de ene waarde boven de andere zetten. Wat men wel moet doen is de uitspraak zoveel mogelijk proberen afbakenen rond dat specifiek geval, een objectieve grondslag vinden en de beslissing duidelijk motiveren.

4. Maar wordt er voldoende gemotiveerd? Want bepaalde arresten (bijvoorbeeld van het Hof van Cassatie) zijn niet altijd uitgebreid gemotiveerd terwijl dat de burger net de concrete gronden van de beslissing wilt begrijpen.

Soms is het moeilijk om een evenwicht te vinden in de motivering. In familiezaken probeer je zoveel mogelijk de mensen een houvast geven waarmee ze verder kunnen. Ik laat daarom af en toe elementen uit de motivering indien ze ertoe zouden leiden dat het conflict blijft voortduren. Mensen blijven immers vaak strijden in familiezaken en mijn doel is om dat zoveel mogelijk te beperken. Ze kijken enkel naar het vonnis en gaan de inhoud daarvan instrumentaliseren om verder te strijden. Als je dan te veel zou zeggen in het vonnis, is de kans groot dat je er meer kwaad mee zal doen.

De wet verplicht ons nu bijvoorbeeld om de berekening van het onderhoudsgeld te objectiveren. Dit is nu allemaal concreet geregeld en je kan u inbeelden hoeveel werk erin kruipt om al die punten te berekenen. Over al die punten kan men ook procederen. Het is dus een kunst om een proportionaliteit te vinden over hetgeen je zal opnemen om verdere conflicten te vermijden. Elk parameter die je vermeldt en die niet volgens de wet is berekend (ook al zal de uitkomst hetzelfde zijn), kan tot hoger beroep leiden. Bovendien zijn er nog verschillen tussen rechters, zelfs met de wettelijke parameters.

Mijn vonnissen zijn wel redelijk lang want het is tijdens het schrijven dat ik mezelf probeer te overtuigen. Het is ook op die momenten dat ik kan reflecteren over mijn uitspraak. Dit geldt zeker wanneer ik in het Nederlands moet schrijven want ik ben Franstalig en soms duurt het eventjes om aan de juiste woorden te komen.

Dus als rechter weet u in bepaalde zaken of u vaag of uitgebreid zal motiveren? Ja u weet dat, in bepaalde zaken kies je ervoor om het vaag te laten.

5. Wat vindt u van de evolutie naar een alleenzetelende rechter in eerste aanleg en in hoger beroep?

De reden waarom dit gekomen is, is dat de politiek de idee heeft dat een rechter alleen maar meer kan produceren. In een kamer van 3 is er wel meer capaciteit en de kwaliteit en objectiviteit is er hoger. Een voorbeeld waar subjectiviteit gemakkelijk een rol kan spelen betreft schijnhuwelijken. Wij moeten in de rechtbank inschatten of er een intentie is om een duurzame levensgemeenschap te stichten. Als men het doel heeft om een verblijfsvergunning te verkrijgen is dat principieel geen probleem, tenzij dat een duurzame levensgemeenschap uitgesloten is. De betrokken partners worden tegelijk ondervraagd over zaken die in zekere mate een subjectieve beoordeling behelzen. We moeten hun zielen proberen te doorgronden wat niet altijd evident is en dit leidt vaak tot verschillende appreciaties. Als er verschillende rechters zijn, dan ontstaan er vaak discussies en dit begint al bij de ondervragingen. Daarom worden dit type zaken in Brussel systematisch aan een kamer van 3 toegewezen om die subjectiviteit te beperken.

Een andere voorbeeld betreft de verblijfsregelingen. Wat als 1 van de ouders naar het buitenland verhuist? Moet ik de waarde van de stabiliteit van het kind binnen zijn leefgemeenschap of de waarde van stabiliteit met de ouder die weggaat en de kans om nieuwe dingen te ontdekken vooropstellen? Dit heb je ook in schoolkeuzes, de waarde van het woord van het kind, de rechten van de ouders..

Ik gebruik soms het argument van 'het klimaat' onder meer bij de schoolkeuze bv. kiezen we een school die gelegen is tussen de twee ouders, of die naast de woning van de mama? De rust, overlast van het pendelen, tijdswinst en kwaliteit van het leven voor het kind, dit zijn zaken die een bepaald klimaat voor het kind scheppen. Het is een groot cadeautje die men aan een kind geeft om het zoveel mogelijk gemak te geven maar die ouders denken op dat moment vaak enkel aan hun eigen belangen.

6. Stel dat u vandaag zelf moet procederen, denkt u dat het zal uitmaken voor welke rechter u verschijnt?

Tenzij dat de regels duidelijk zijn zoals in het beslagrecht, dan maakt het zeker wel uit. De levenservaring, levensbeschouwing enz. van een rechter kunnen in andere zaken zeker een rol spelen. Een voorbeeld is een recente zaak over een Franse en Belgische koppel. Ze gaan uit elkaar en mits ze niet getrouwd zijn zal de biologische moeder het ouderlijk gezag krijgen. De Franse meemoeder wilt adopteren want onder Frans recht is dit niet mogelijk na de breuk. In BE was de wet recent gewijzigd waardoor de meemoeder kan adopteren ook na de breuk. In eerste aanleg wordt het frans recht opzij gezet wegens manifest strijdigheid met het belang van het kind. Ze komen dan in hoger beroep en willen niet dat het frans recht wordt toegepast want dat recht laat die adoptie niet toe. Wie zegt er in feite dat het in het belang van het kind is om het Belgisch of Frans recht toe te passen? Het kind heeft immers al een verzekerd band met de biologisch moeder. Maar is het in het belang van het kind dat de band met de Franse meemoeder wordt verzekerd? Dit zal toch alleen maar leiden tot bijkomende procedures? Ik heb in dit geval zelf het Frans recht toch toegepast. Het was wel een waardeoordeel omdat het probleem niet evident was.

7. Maken rechters dan beleid?

De rechter maakt een regel die door de betrokkene partij zal worden aanvaard en dat is beleid. Dit gebeurt zeker ook in gevallen die de wetgever niet goed geregeld heeft, in zaken waar mensenrechten een rol spelen .. We zijn ook de woordvoerders van het EHRM, en daar maken ze zeker beleid. Maar alle zaken kunnen daar niet geraken en dus dienen wij tussen te komen en beleid te maken zonder te zeggen dat het voor alle gevallen zo moet gelden. We zetten dus een deur open, en andere rechter of rechtsgeleerde die deur open houden of dicht doen.

Ik heb soms wel de indruk dat beleid als iets negatiefs wordt opgevat maar dit is toch niet zo?

Beleid is absoluut niet negatief. Ik schaam mij ook niet om te zeggen dat we beleid maken en daarmee een steentje bijdragen aan het denken in onze maatschappij. Het blijft wel voor het concreet geval.

Een voorbeeld: De wet co-ouderschap is niet volledig duidelijk. Bij de aannname dacht iedereen vanaf dan dat co-ouderschap de regel is en de rest is een uitzondering. De rechtspraak heeft dit ook zo ontwikkeld: men moet de co-ouderschap bewijzen en anders geldt een andere regeling. Voor mij moeten beide ouders hun model argumenteren en gaat co-ouderschap niet de absolute voorrang hebben. Voor mij is de co-ouderschap geen recht van de ouders. Het is een betrachting om de beste oplossing te vinden in het belang van het kind. Dit is voor mij een soort beleid, en ik wil dit ook naar buiten krijgen. Mensen moeten weten dat het niet krijgen van de co-ouderschap niet een slechte zaak is en dit voelt voor mij wel aan als activisme.

8. Zou u vandaag liever voor een beroepsrechter of een jury verschijnen?

Ik zou toch liever voor een beroepsrechter verschijnen want die gaat zich meer kunnen behoeden voor bepaalde persoonlijke invloeden.

Rechter F (M – 1^e aanleg – SZ)

1. Hoe ga je van de feiten naar de beslissing? Kan u met andere woorden het verloop van het rechterlijk beslissingsproces omschrijven?

Ik geloof niet dat elke rechter in elke zaak een welomlijnd en terugkerend denkproces volgt. Zelfs als ik u zou zeggen dat ik van de feiten tot de beslissing op die of dat manier kom, die werkwijze zal niet telkens hetzelfde zijn, en dit gebeurt zelfs onbewust. Het menselijk beslissingsproces is niet zo rationeel dat men telkens op dezelfde wijze tot een beslissing komt. Ik werk wel in een strafkamer en in strafzaken zijn er een aantal handvatten aangereikt door de wet die ons helpen in ons beslissingsproces. Eerst, het is niet dat ik naar de feiten kijk en daarop de wet probeer toe te passen. Bij mij gaat het omgekeerd, ik kijk naar de wet die stelt dat een bepaalde handeling verboden is, dan kijk ik naar de feiten om na te gaan of de handeling bewezen is. Ik vertrek dus van de wet en ik ga dan na of alle constitutieve bestanddelen bewezen zijn. Als er twijfel is, dan is het heel eenvoudig want dan stelt de wet dat men in het voordeel van de beklaagde moet oordelen. Enkel als alle constitutieve bestanddelen bewezen zijn zal ik ja antwoorden op de schuldvraag. Over de schuldvraag zullen de verschillen tussen rechters beperkt zijn. Daarna moet ik de strafmaat beoordelen en daar heb ik wel een aantal persoonlijke richtlijnen voor. Ik heb welf bijvoorbeeld voor elke misdrijf een soort basisstraf naast de minima en maxima in de wet. Voor verkrachting bijvoorbeeld zal ik een bepaalde basisstraf geven voor feiten waarvoor ik te weinig informatie heb. Anderzijds zijn er elementen die de basisstraf telkens kunnen verhogen of verlagen zoals wanneer er een minderjarige betrokken is of als er geweld gebruikt is. Op die wijze moet ik niet telkens een denkoefening maken van wat ik met bepaalde feiten zal doen want dan is er een gevaar om subjectief te zijn. Voor deze beoordeling kunnen de verschillen tussen rechters derhalve groter zijn.

Dit zijn wel persoonlijke richtlijnen. Dus niet elke rechter zal dat hebben?

Inderdaad, want de wet bepaalt enkel minima en maxima maar er zijn geen bijkomende richtlijnen. Om de beslissingsstress te beperken en om objectief te functioneren ben je toch gedwongen om zelf een aantal richtlijnen uit te schrijven. De meeste rechters zullen die wel hebben. Het is een illusie om te denken dat alle mensen op eenzelfde manier denken. Je hoeft zelfs niet alle rechters te verhoren want de conclusie die je van na een ondervraging van 5 rechters (dat het beslissingsproces gewoonweg verschilt) verkrijgt zal grotendeels hetzelfde zijn mocht je 100 rechters ondervragen.

2. Hebt u al zaken gehad die als moeilijke zaken bestempeld kunnen worden?

Ja, mijn kamer is onder meer gespecialiseerd in zedenzaken. Hier zijn er vaak geen concrete bewijzen voorhanden of zijn de verhalen niet coherent omdat o.a. kinderen betrokken zijn. Het is al eens gebeurd dat ik een vonnis had uitgeschreven en naar de griffier gestuurd waarbij ik besloten had dat iemand is. De dag voor de uitspraak vraag ik het vonnis terug en herschrijf ik het met de vrijspraak als gevolg. Soms geraak je er dus niet gemakkelijk uit maar dan grijp je terug naar het principe dat de verdachte wordt vrijgesproken in geval van twijfel. Dit betekent niet per se dat de betrokkene onschuldig is want dit is vaak een verkeerde reflex bij mensen. Het enige wat ik beoordeel is of de schuld bewezen is. Heel vaak spreek ik mensen vrij waarvan ik denk dat ze wellicht schuldig zijn, maar de schuld is gewoonweg onvoldoende bewezen.

Een ander voorbeeld: in zedenzaken is het vaak woord tegen woord. Maar het ene woord is vaak meer waard dan het andere. Het ene verhaal is soms meer coherent dan het andere. In zedenzaken is het principe bij ons dat er vrijspraak zal zijn als er beide verklaringen (van de verdachte en het slachtoffer) geen tegenstrijdigheden zijn en er bestaat twijfel omtrent de gebeurtenissen. De verdachte zal daarentegen wel veroordeeld worden wanneer er meer gewicht kan worden toegekend aan de verklaringen van het slachtoffer.

3. De afweging die u maakt, bijvoorbeeld bij de verklaringen, is in zekere mate subjectief? Het is dus perfect mogelijk dat andere rechters anders zouden oordelen dan u?

Dat klopt wel, maar er is wel objectivering want je kan altijd wel iets vinden in de realiteit om de verklaringen te toetsen. Stel dat er geen sluitend D&A bewijs is, dan kan je wel nagaan of de betrokkenen in de plaats van de feiten aanwezig konden zijn. Je kan derhalve elementen vinden die misschien weinig zeggen

over de dader, maar die wel de verklaringen al dan niet geloofwaardig maken. Er is een subjectieve beoordeling maar het is objectiveerbaar. Wij gaan dus niet zomaar dingen verklaren uit het luchtledige, we gaan altijd wel een ondersteuning zoeken bij de beoordeling. Soms gaat men in beroep en wordt mijn beslissing hervormd. Het feit dat minstens die rechters hebben dan een andere mening dan mij, betekent dat een subjectieve beoordeling niet uitgesloten kan worden.

4. Zijn die moeilijke zaken de minderheid ?

In de meeste zaken is er vaak een bekentenis en dat neemt een enorm deel van de beslissingsdruk weg. De moeilijkheid bestaat in de zaken die betwist wordt. Er is dan een percentage van zaken die betwist worden tegen alle realiteit in. Dan is er nog een klein percentage die betwist wordt maar er is een zekere geloofwaardigheid. En daar moet ik afwegen. Er is ook een verschil met het type zaak: diefstal worden bijvoorbeeld minder betwist dan zedenzaken (+/- 10% <-> 50%). Dit komt onder meer door de zwaarte van de straf maar ook de schaamte. Mensen gaan bij zedenzaken blijven betwisten zelfs al zijn er duidelijke bewijzen. Maar in de praktijk zijn de moeilijke zaken dus ongeveer 10%-15%.

5. Hebt u in de praktijk al activisme ervaren bij rechters?

Toen ik als advocaat optrad was er bv. een arbeidsrechter die systematisch de Belgische staat veroordeelde tot aanzienlijke dwangsommen telkens als men geen opvangplaats toekende aan asielzoekers. Dit kwam omdat die rechter zelf vond dat het niet kon dat mensen op straat gelaten werden. Er waren feitelijk gewoon geen opvangplaatsen maar de Belgische staat werd dan veroordeeld om daar een budget voor te maken. Door die financiële druk zijn uiteindelijk opvangplaatsen bijgekomen.

Een ander voorbeeld: Ik heb vaak opgetreden bij de Raad van State (RVS) voor gedetineerden die bepaalde zaken niet kregen in de gevangenis. Aanvankelijk werden de vorderingen toegekend maar op een bepaald moment achtte de RVS zich niet meer bevoegd omdat de vorderingen tot overlast leidden, en uiteindelijk heeft ze gesteld dat ze enkel bevoegd zou zijn voor tuchtzaken. Zo kwam er druk op de overheid om een tuchtwet te maken en vandaag komen zaken voor de gevangenisdirecteur.

5.1 Is dat ook zo voor geïnterneerden?

Er was een periode waar men systematisch dwangsommen oplegde voor elke geïnterneerde die niet in een psychiatrische afdeling werd gebracht. Maar nu is er onder meer het Forensisch Psychiatrisch Centrum van Gent om hieraan tegemoet te komen. De rechtbanken hebben zich ook verzoend met de bijgekomen initiatieven.

6. Wat is uw visie over dat activisme? Mag de rechter de overheid dwingen tot handelen?

Ik vind persoonlijk dat een rechter moet oordelen in een concrete zaak en niet in termen van beleid of algemene richtlijnen. De rechter mag wel eisen dat de beslissing in een concrete zaak wordt uitgevoerd en dit kan leiden tot het opleggen van een dwangsom bij een onwillige houding van de overheid. Dit gaat over de bescherming van de rechtsstaat. Ik vind het bijvoorbeeld niet kunnen dat men beslist dat een bepaald gezin niet teruggestuurd mag worden naar Syrië, maar de overheid krijgt nog ruimte om dat niet uit te voeren. In zulke gevallen moet men een dwangsom opleggen want anders voert de overheid de beslissing gewoonweg niet uit. Het moet wel voor de concrete zaak blijven. Activisme betekent dat je een agenda hebt die de individuele zaak overstijgt en dit mag niet. Een rechter mag de overheid bijvoorbeeld niet systematisch veroordelen omdat hij/zij persoonlijk vindt dat bepaalde zaken niet kunnen. Anders krijg je een bepaalde dynamiek die vroeg of laat tegen ons zal keren. Andere machten zullen dan buiten hun machten treden en op een bepaald ogenblik zal onze vrijheid beknot worden waardoor wij aan macht en invloed zullen verliezen.

7. Moet u vaak oppassen dat uw eigen opvattingen niet gaan meespelen?

Ja, dit komt geregeld voor. Als een zaak ingrijpt op iets dat u zelf persoonlijk meemaakt, dan moet u altijd oppassen. Je zal dat wellicht van de meeste rechters horen maar uw achtergrond bepaalt uw beslissingsproces want je bent een lid van de maatschappij. Er is hier niets verkeerd aan zo lang dat men bewust is daarvan. Dan kan je ervoor zorgen dat uw achtergrond niet contraproductief/contra legem werkt. Maar de rol van uw persoon is eigen aan ons rechtsvinding want het blijft mensenwerk. Het kan wel positief zijn dat u iets van uw eigen leven meeneemt in de zaak. Bijvoorbeeld, als ik een zaak van pedofilie doe en het kind heeft +/- dezelfde leeftijd als mijn kind, dan let ik erop dat ik mij niet teveel identificeer met het slachtoffer. Anderzijds kan ik wel ergens begrip vinden omdat ik zelf een kind heb. Of wanneer ik zou moeten beslissen in een echtscheiding terwijl dat ik zelf een echtscheiding heb meegemaakt. Het gevaar om zich te identificeren met 1 van de partijen zal er zijn, maar zolang dat u ervan bewust bent en blijft, dan kan je beletten dat uw levenservaring in het nadeel werkt van 1 van de partijen.

8. Wat maakt dan dat u als rechter die eigenschappen bezit? Waar haal je de vaardigheden om een goeie rechter te zijn?

De gematigdheid als rechter is iets wat u in zekere mate moet bezitten als persoon. Dit wordt dan bevorderd en aangescherpt door levenservaring. Maar die nederigheid dat u gelijk bent aan elk andere mens, moet u bezitten. Je gaat immers mensen leed opleggen en dit is iets wat in principe niet normaal is. Je moet bewust zijn dat je over een andere oordeelt, en over de fouten die wij onbewust kunnen maken zoals de fout van een andere veel strenger te beoordelen dan uzelf. Het is ook bij het selectieproces waar ze de geschikte en minder geschikte rechters kunnen onderscheiden van mekaar. De wetgever moet ervoor zorgen dat er bij dat proces een mechanisme is dat de kandidaten voldoende kan onderscheiden. Dit wordt onder meer met de psychologische testen gedaan, en je kan alleen maar hopen dat het goed werkt.

9. Moeten we met een magistratenschool werken om de selectie nog objectiever te maken?

Ik denk niet dat dit nodig is. Het is juist een verrijking dat rechters uit diverse beroepsachtergronden kunnen instromen. Maar 2 rechters die eerder advocaten waren zullen al niet volledig identiek beslissen, laat staan dat zij beiden uit verschillende beroepen instromen. Het is echter niet nodig dat men volledig identiek beslist en de discrepanties zijn eigen aan menselijke beslissingen. Het belang van de maatschappij staat echter boven dat van de individu en daarom moet men de prijs betalen voor de verschillen die er zijn bij beslissingen. Niettemin is er geen systeem dat volledig sluitend werkt, elk systeem heeft beperkingen en men moet deze kunnen verdragen. Dat is de collaterale schade van het rechtssysteem.

10. Maakt het uit voor welke rechter men verschijnt?

Het maakt zeker uit. Ik merk dat bijvoorbeeld als ik in een kamer met 3 rechters zit voor zware zaken. Elkeen zegt dan zijn of haar idee over de zaak en zelden zeggen we allemaal hetzelfde. Dit verschil zit niet zozeer in de gender, seksuele geaardheid of etniciteit. Het is gewoon zo dat we allen onze achtergrond meenemen en dat legt accentverschillen. Wij nemen beslissingen in een zaak en rechtvaardigheid is overschat. Dit klinkt misschien raar maar het belang van rechtspraak is dat er een beslissing komt. We moeten vooral beletten dat men aan eigenrichting doet en dat mensen conflicten met geweld oplossen. Dat er dan verschillen zijn bij de beslissingen is op zich geen slechte zaak. Natuurlijk trachten we de beslissing zoveel mogelijk rechtvaardig te maken.

11. Ik heb wel vaak de opmerking gehoord dat 'wij zien onszelf niet vertegenwoordigd in de rechtbank, dus de beslissing gaat tegen ons zijn'. Klopt dit?

Absoluut niet. Je kan bijvoorbeeld een rechter met Marokkaans afkomst hebben en die zal niet zoveel meer afwijken van een andere rechter, meer nog, die zou zelfs nog een strenger strafmaat opleggen. Etnische diversiteit zorgt eerder voor een gezaghebbende beslissing en is op zich niet per se een meerwaarde voor de rechtspraak. Ik geloof dat alle mensen, welke afkomst ze ook hebben, ergens op eenzelfde manier oordelen. Voor de rechtspraak zelf is het vooral belangrijk dat er een diversiteit is aan ideeën en niet per se

van bepaalde persoonskenmerken. Anders gaan we bijvoorbeeld moeten zorgen dat er voor elk persoonskenmerk of etniciteit iemand erbij zit. Als iedereen dan zagezegd anders beslist dan aanvaarden we ergens dat elk rechter ergens wel bevooroordeeld is. Het belang van deze diversiteit ziet u onder meer bij de beraadslagingen in een kamer van 3.

12. Welk rol heeft de media bij dat beslissingsproces?

De media zet de beslissingsdruk hoog. Wij moeten nog steeds naar de bakker kunnen gaan zonder constant kritiek over ons werk te horen. We maken ook fouten en in die zin houdt de media ons scherp. Het is een vorm van controle die zeker nodig is. Er zijn dus voor en nadelen maar ze wegen niet per se tegen mekaar op. Die controle maakt dat we beter gaan nadenken over onze beslissing en niet vanuit een ivoren toren. Rechter moeten nog steeds de maatschappij vertolken. Als men tegen de maatschappij in gaat oordelen dan is dat asociaal.

13. Verschijnt u liever voor een jury of een beroepsrechter?

Persoonlijk vertrouw ik meer in de juridische correctheid van een magistraat dan van een jury. Ik heb vaak voor jury's gepleit en u zult merken dat het beslissingsproces daar toch anders gaat. Het is ook subjectiever omdat men vooral op het eigen gevoel beslist. De assisenprocedure is wel heel waardevol, want daar neemt men veel tijd om belangrijke zaken toe te lichten. Ik ben niet voor een volledige afschaffing ervan want het bezit een gezaghebbende waarde. De maatschappij is redelijk repressief en de jury komt meestal in het slecht daglicht voor bij een vrijspraak. Als wij vrijspreken, dan is de agressieve reactie van de maatschappij heel sterk. Dus in bepaalde zaken ben ik toch blij dat die klap door een jury wordt opgevangen. De volgende keer zijn het ook andere mensen. Kortom, de procedure bij een jury is zeker goed, maar het beslissingsproces en de kwaliteit van de navolgende beslissing is minder. Sinds 3 jaar geleden gaat er een magistraat wel erbij zitten wat de subjectiviteit een beetje inperkt.

Bijlage 2: Informatieformulier

Geachte Mevrouw/De Heer X,

Vooreerst wil ik U hartelijk danken voor de bereidwilligheid om deel te nemen aan dit onderzoek.

Het onderzoek heeft in essentie betrekking op rechterlijke rechtsvinding en de persoon van de rechter. In eerste instantie zal er worden nagegaan in welke mate dat de oude theorieën over rechtsvinding (zoals het beleid van de rechter van Walter Van Gerven) vandaag nog standhouden. De theorie zal daarvoor getoetst worden aan actuele rechtszaken.³⁷¹ Het doel is om de theorie kritisch te analyseren, eventueel aan te vullen en/of bij te stellen.

Daarnaast zal de aandacht gevestigd worden op de persoon van de rechter omdat dit weinig gebeurt in België (en Europa). De invloed die de persoon van de rechter kan hebben op het besluitvormingsproces zal nagegaan worden aan de hand van een aantal recente Amerikaanse empirische onderzoeken. De bedoeling is enerzijds om het belang van de rechter als persoon te beklemtonen. Anderzijds zijn er bepaalde persoonskenmerken die zelfs onbewust een uitspraak kunnen beïnvloeden. De bewustmaking hierover is essentieel om cognitieve denkfouten bij het rechtspreken zoveel mogelijk te beperken. De conclusies zullen vervolgens gekoppeld worden aan de evolutie naar een alleenzettelende rechter in burgerlijke zaken.

Het interview zal betrekking hebben op beide onderdelen van het onderzoek. Er wordt daarbij voornamelijk naar Uw ervaring en visie als magistraat gepeild omdat deze een praktisch en boeiend perspectief kunnen bieden in een anders heel theoretisch opgestelde masterproef.

Het onderzoek wordt verricht onder begeleiding en toezicht van mijn promotor, Prof. Dr. Piet Taelman.

Ik dank u bij voorbaat,

Met de meeste hoogachting,

Loise Waithira

³⁷¹ Onder andere: Cass. 14 november 2014 AR C.13.0441.N (wrongfull life); Rb. Antwerpen 7 november 2018, *RW* 2019-20, afl. 1, 27 (Inclusief onderwijs); Klimaat zaak Nederland; Boerkini rechtszaken (Gent en Antwerpen).

Bijlage 3: Toestemmingsformulier

Toestemmingsformulier voor het onderzoek ‘Rechterlijke rechtsvinding en de persoon van de rechter’

Ik ondergetekende,,
verklaar hierbij dat ik, als participant aan een onderzoek van Universiteit Gent,

- 1) Vrijwillig deelneem aan het onderzoek.
- 2) Ingelicht ben over de aard, de methode en het opzet van het onderzoek via de informatiebrief.
- 3) De toestemming geef aan de onderzoekster om de verkregen informatie te bewaren, te rapporteren en verder te analyseren.
- 4) Geïnformeerd ben over de mogelijkheid om op elk ogenblik het interview stop te zetten zonder opgave van reden.
- 5) Geïnformeerd ben dat de verwerking van de verkregen informatie anoniem zal geschieden.
- 6) Toestemming geef om het interview op te nemen door middel van een voice-recorder. De opname wordt vernietigd na het verwerken van het interview.
- 7) Ingelicht ben over mijn recht op een kopie van de definitieve versie van de masterproef.

Gelezen en goedgekeurd te

Datum

Ik, Loise Waithira, de onderzoekster, verklaar deze participant geïnformeerd te hebben over de essentie van het onderzoek. Ik verbind mij tevens om zijn of haar recht op privacy te vrijwaren. De participant mag mij op elk moment tijdens het interview onderbreken om bijkomende vragen te stellen.

Gelezen en goedgekeurd te

Datum

Bijlage 4: Framing and the judiciary (samengevat)

Een recent onderzoek van Andrew J. Wistrich en Jeffrey J. Rachlinski betreft hoe mensen denken over baten en verliezen. De onderzoekers stellen vast dat er veel onderzoeken zijn die bewijzen dat het fenomeen van *framing* een invloed heeft op de denkwijze van gewone mensen over hun rechten. Echter zijn er geen onderzoeken die aantoonden dat rechters anders zouden beslissen indien de relevante feiten in termen van baten of verliezen worden voorgesteld. De onderzoekers verrichten daarom zelf acht onderzoeken bij meer dan duizend rechters en ze stellen vast dat *framing of beschrijving* wel degelijk een invloed heeft op het beslissingsproces van rechters.

In het onderzoek moeten de rechters hypothetische casussen oplossen die vanuit het perspectief van baten of verliezen waren geformuleerd. Concreter, er is een fenomeen dat *lossaversion* of afkeer voor verlies heet. Mensen zullen eerder nastreven om een verlies te vermijden dan om potentiële baten te verwerven. De reden is dat het emotionele ongenoegen bij een verlies groter is dan het ervaren geluk bij een winst. Ter illustratie, mensen vinden dat eten beter smaakt als het beschreven wordt als ‘75% mager’ in plaats van ‘25% vettig’. In essentie komen beide beschrijvingen op hetzelfde neer, maar de beschrijving die een negatief element heeft (hier vettig) leidt tot afkeer. Mensen zullen ook eerder opteren voor een zekere kans op 100€ dan een 50% kans op 200€. De meeste keuzes die mensen maken kunnen voorgesteld worden als een baat of een verlies. De kans op een verlies leidt tot cognitieve vertekeningen zoals een preferentie voor de *status quo* of de bestaande toestand omdat dit meer zekerheid biedt.³⁷²

Waarom is dit nu allemaal relevant? De onderzoekers hebben onder meer aangetoond dat rechters niet immuun zijn voor de illusies die door een bepaalde beschrijving/inkadering van de feiten worden gecreëerd. Men behandelt baten en verliezen die in principe tot hetzelfde economisch resultaat leiden anders. De voorkeur gaat daarbij naar situaties gekenmerkt door een verlies. Dit kan leiden tot cognitieve vertekeningen want een verlies voor de ene rechter betekent niet per se een verlies voor de andere. Men lijdt zelf geen directe verlies maar de voorkeur gaat naar een partij gaan waarvoor men sympathie voelt vanwege diens (potentieel) verlies.³⁷³ Daarnaast zouden rechters zelf een verlies ervaren wanneer een beleidspositie die zij steunen bedreigd is met een verlies. Het gevolg is dat men die beleidspositie die hij/zij persoonlijk deelt met een procespartij gaat beschermen. Daarnaast zal het *endowment effect* ertoe leiden dat bestaande rechten eerder bevestigd worden dan potentiële rechten.³⁷⁴

Framing is echter niet zozeer negatief omdat het vaak overeenstemt met de maatschappelijke normen en intuïties. Desalniettemin moeten rechters hiervoor waakzaam zijn, zeker in tijden waar justitie te maken heeft met gerechtelijke achterstand, een grote werklast en derhalve meer tijdsdruk. Advocaten zullen immers proberen om de vordering van hun cliënt eerder als een verlies te beschrijven om zodoende meer sympathie

³⁷² RACHLINSKI & WISTRICH, *Notre Dame Law Review* 2018, p. 524 & 528.

³⁷³ RACHLINSKI & WISTRICH, *Notre Dame Law Review* 2018, p. 570-571.

³⁷⁴ RACHLINSKI & WISTRICH, *Notre Dame Law Review* 2018, p. 542.

te wekken.³⁷⁵ Herkenning en erkenning van de potentiële invloed van framing is wel een eerste stap om de invloed van de cognitieve illusies te beperken.³⁷⁶ Hieronder worden deze illusies kort beschreven.

Referentie afhankelijkheid: Hierdoor zal er meer sympathie zijn voor een contractpartij die een verlies probeert te vermijden dan degene die een grote winst beoogt. Een potentieel verlies zal pijnlijker zijn dan het plezier dat potentiële baten teweeg kunnen brengen. Rechters hebben derhalve meer begrip voor het eerste.³⁷⁷

Status quo: Deze heuristiek leidt tot de neiging om bestaande rechten te erkennen. Bv. meer sympathie voor de teleurgestelde koper (die denkt een potlood gekocht te hebben die 100 waard is maar krijgt achteraf te horen van een expert dat die maar 1 euro waard is) dan de teleurgestelde verkoper (Denkt een potlood verkocht te hebben die 1 waard is en krijgt achteraf te horen van een expert dat die 100 euro waard is). Men zal het contract eerder nietig verklaren in het voordeel van de teleurgestelde koper want een verlies is pijnlijker dan een potentiële kans op winst.³⁷⁸

Een andere illustratie: X is het slachtoffer van discriminatie op basis van leeftijd in de arbeidscontext. De helft van de rechters in het onderzoek krijgt te horen dat X één van de vijf werkzoekenden was die niet aangenomen werd. De andere helft verneemt dat X één van de werknemers was die ontslagen werd in het kader van een reorganisatie. De rechters die ontslagversie hadden gehoord waren meer geneigd om de vordering toe te kennen dan degenen die de beschrijving van de sollicitatieprocedure kregen.³⁷⁹

Endowment effect: De onderzochte rechters tonen meer sympathie voor het verlies van een bestaande, zekere situatie dan voor het verlies van een potentiële winst.³⁸⁰ Stel dat X reeds slechte ogen heeft maar door een medische fout zal hij nooit meer zal kunnen zien. De rechters zouden meer sympathie tonen indien X voor de operatie nog een beetje kon zien en de operatie diende om blindheid op lange termijn te beletten. Er zou minder sympathie zijn wanneer X zo goed als blind was en de operatie zou tot volledig herstel leiden.

Risico zoekend gedrag om verlies te vermijden: De laatste heuristiek zou ertoe leiden dat er een preferentie is voor een riskante keuze wanneer het beschreven scenario verlieslatend is dan wanneer het winstgevend is. Bij winstgevende scenario's kiezen de meeste rechters bovendien voor de scenario die het meest zekerheid vertoont. Bij uitsluitend verlieslatende scenario's geeft de meerderheid een voorkeur aan de meest riskante.³⁸¹

³⁷⁵ RACHLINSKI & WISTRICH, *Notre Dame Law Review* 2018, p. 571.

³⁷⁶ RACHLINSKI & WISTRICH, *Notre Dame Law Review* 2018, p. 573.

³⁷⁷ RACHLINSKI & WISTRICH, *Notre Dame Law Review* 2018, p. 551.

³⁷⁸ RACHLINSKI & WISTRICH, *Notre Dame Law Review* 2018, p. 555.

³⁷⁹ RACHLINSKI & WISTRICH, *Notre Dame Law Review* 2018, p. 557-558.

³⁸⁰ RACHLINSKI & WISTRICH, *Notre Dame Law Review* 2018, p. 561.

³⁸¹ RACHLINSKI & WISTRICH, *Notre Dame Law Review* 2018, p. 566-567.

Bijlage 5: Inside the judicial mind (samengevat)

De onderzoekers tonen met dit onderzoek aan dat niemand, daarin begrepen ervaren, hoog-opgeleide rechters, immuun is voor de cognitieve illusies die vaak tot systematische fouten leiden. Het onderzoek werd gevoerd bij 167 federale rechters uit verschillende rechtsdomeinen.

Mensen gebruiken vaak *short-cuts of heuristieken* bij complexe beslissingen. Dit is niet altijd slecht, doch zijn systematische fouten niet uitgesloten.³⁸² Het gebruik van deze short-cuts is prominenter bij werkoverlast en tijdsdruk.³⁸³ De auteurs hebben 5 heuristieken onderzocht namelijk: Verankering, framing (beschrijving of voorstelling), tunnel visie, representatieve heuristieken en egocentrische vertekeningen. Ze stellen vast dat alle heuristieken aanwezig zijn bij de onderzochte rechters. Belangrijk zijn de egocentrische vertekeningen die vaak gebaseerd zijn op onze persoonlijke attitudes. Men geeft als voorbeeld het concept 'veilig rijden'. In principe zou iedereen gekwalificeerd kunnen worden als een veilige chauffeur indien dit gebaseerd wordt op de eigen attitudes over wat veilig rijden is.³⁸⁴

In het onderzoek worden de rechters gevraagd om een inschatting te doen van het percentage waarbij hun uitspraken in hoger beroep werden herzien, dit in vergelijking met de 155 aanwezige rechters. Aangezien dat de resultaten geanonimiseerd veronderstellen de onderzoeken dat de resultaten eerlijk zullen zijn. 56,1% van de ondervraagden plaatst zich bij de laatste ratio op herziening (<25%) en amper 4,5% plaatst zich op de hoogste ratio (>75%).³⁸⁵ De conclusie is dat rechters eveneens graag beter gezien willen worden. Dit leidt ertoe dat rechters vaak hun eigen beperkingen en fouten niet willen of niet zullen herkennen. Men zal zich beter presenteren dan de gemiddelde mens om een positief imago te creëren. Niettemin is een zekere mate aan egocentrisme niet slecht omdat burgers rechters willen die zelfzeker zijn. Daarenboven toont psychologie aan dat egocentrisme gedeeltelijk kan helpen om de persoonlijke moraal te behouden en om een gezonde welzijn te garanderen.³⁸⁶ De resultaten betekenen tevens niet dat alle rechters de prooi zijn van egocentrische biases. Echter beoogt men de bewustheid over cognitieve vertekeningen te vergroten omdat deze niet uitgesloten kunnen worden zolang dat er sprake is van een menselijke beslissing.³⁸⁷ Cognitieve illusies kunnen potentieel beperkt worden onder meer door de rechters hierover te onderwijzen.³⁸⁸

³⁸² GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev* 2001, p. 780-781.

³⁸³ GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev* 2001, p. 783.

³⁸⁴ GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev* 2001, p. 812.

³⁸⁵ GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev* 2001, p. 813-814.

³⁸⁶ GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev* 2001, p. 815.

³⁸⁷ GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev* 2001, p. 819-821.

³⁸⁸ GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev* 2001, p. 822 e.v.

BIBLIOGRAFIE (AFGEKORTE BRONNEN)

Wetgeving

EVRM

- Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend op 4 november 1950, te Rome, *BS* 19 augustus 1955, 5029.

BW

- Burgerlijk Wetboek van 21 maart 1804, *BS* 3 september 1807, 0.

Ger. W.

- Wet 10 oktober 1967 houdende het Gerechtelijk Wetboek, *BS* 31 oktober 1967, 11.360.

Wet van 19 oktober 2015

- Wet van 19 oktober 2015 houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie.

Vlaamse Gelijkekansendecreet (2008)

- Decr.VI. 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse Gelijkekansen-en Gelijkebehandelingsbeleid, *BS* 23 september 2008, 49.410.

M-Decreet (2014)

- Decr.VI. 21 maart 2014 betreffende maatregelen voor leerlingen met specifieke onderwijsbehoeften, <https://codex.vlaanderen.be/Portals/Codex/documenten/1024474.html>.

Decreet 5 februari 2016 houdende toeristische logies van, *BS* 8 maart 2016, 16.277.

Protocol van 19 juli 2007 betreffende het begrip redelijke aanpassingen in België

- Protocol 19 juli 2007 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap, de Duitstalige Gemeenschap, het Waals Gewest, het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de Franse Gemeenschapscommissie ten gunste van de personen met een handicap, *BS* 20 september 2007, 49.653.

Code van politiereglementen stad Antwerpen (politiecodex) gecoördineerde versie, laatste wijziging: gemeenteraad 16 december 2019, https://assets.antwerpen.be/srv/assets/api/download/09adb011-b8ac-452d-bae1-c659ca8a235d/politiecodex_versie_16_december_2019.pdf.

Rechtspraak

Interne rechtspraak

Cass. 6 april 1960, *Pas.* 1960, I, 915, conclusie advocaat-generaal Mahaux, *Arr. Cass.* 1960.

Cass. 27 mei 1971, *Arr. Cass.* 1971, 959.

Cass. (voltallige zitting) 14 november 2014, C.13.0441.N.

Cass. 21 april 2016, C.15.0286.N.

Cass. (3e k.) 17 oktober 2016, C.11.0062.F.

Cass. (1e k.) 13 april 2018, AR C.13.0302.F.

Rb. Brussel 7 juni 2002, *TBBR* 2002, afl. 7, p. 483.

Rb. 18 februari 2010, *T.Gez.* 2011-12, p. 198.

Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl. 8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE.

Gent 3 november 2011, *T.Gez.* 2011-12, afl. 3, p. 205.

Gent 26 februari 2016, nr. 2013/AR/2889, onuitg.

Rb. Antwerpen 7 november 2018, *RW* 2019-20, p. 27-36, noot D. CUYPERS.

Rb. Gent 5 juli 2018, nr. 2018/8812, *TJK* 2019, p. 104-109.

Rb. Gent 5 juli 2018, nr.2018/8813, *TJK* 2019, p. 110-115.

Rb. Gent 5 juli 2018, nr. 2018/8813, p. 10 (§4.7), [www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/Rechtbank_van_eerste_aanleg_Gent__5_juli_2018_\(zwembad_Van_Eyck\).pdf](http://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/Rechtbank_van_eerste_aanleg_Gent__5_juli_2018_(zwembad_Van_Eyck).pdf).

Rb. Antwerpen 18 december 2018, nr. 17/4789/A, *TJK* 2019, p. 116-118.

Vred. Brugge 4 februari 2016, *Huur* 2016/2, p. 88-91.

Vred. Antwerpen 27 september 2018, *RABG* 2019/11, p. 947-953

Concl. A. VAN INGELGEM bij Cass. (voltallige zitting) 14 november 2014, *RW* 2014-15, p. 1611-1617.

Rb. Antwerpen 21 december 2017, *T.Vred.* 2019, afl. 1-2, p. 91.

Rb. Brussel 11 december 2019, www.rechtbanken-tribunaux.be/sites/default/files/nieuwsartikels/IS111219.pdf.

Rb. Kortrijk 18 december 2019, www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/Correctionele_rechtbank_Kortrijk__18_december_2019.pdf.

Buitenlandse rechtspraak

Arrest van 25 januari 2018, Schrems, C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37.

Arrest van 19 december 2019, Airbnb Ireland, C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112.

Cass. (FR) 17 november 2000 (Perruche), *Revue Juridique de l'Ouest* 2001

- Cass. (FR) 17 november 2000 (Perruche), *Revue Juridique de l'Ouest* 2001, p. 471-482, noot J. Bernier, www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_2001_num_14_4_2648

HR (NL) 18 maart 2005 (Baby Kelly)

- Hoge Raad (NL) 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, www.rechtspraak.nl/.

Rb. Den Haag (NL) 24 juni 2015 (Stichting Urgenda/De staat der Nederlanden)

- Rb. Den Haag (NL) 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, www.rechtspraak.nl/.

Gerechtshof Den Haag 9 oktober 2018 (De staat der Nederlanden/Stichting Urgenda)

- Gerechtshof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, www.rechtspraak.nl/.

Hoge Raad (NL) 20 december 2019 (De staat der Nederlanden/Stichting Urgenda)

- Hoge Raad (NL) 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, www.rechtspraak.nl/.

Rechtsleer

Boeken

CARDOZO 1921

- N.B. CARDOZO, *Nature of the judicial process*, New Haven: Yale University Press, 1921.

FLEERACKERS 2016

- F. FLEERACKERS, *Rechtsdenken vademecum*, Brussel: Larcier, 2016.

GORLÉ, BOURGEOIS, BOCKEN, REYNTJENS, DE BONDT & LEMMENS 2007

- F. GORLÉ, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN, F. REYNTJENS, W. DE BONDT & K. LEMMENS, *Rechtsvergelijking-Studentenuitgave*, Mechelen: Kluwer, 2007.

KAHNEMAN 2019

- D. KAHNEMAN, *Ons feilbare denken: Thinking, fast and slow*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Business Contact, 2019.

MCEWAN 2014

- I. MCEWAN, *The Children Act*, London: Vintage books, 2014.

POSNER 2008

- R. POSNER, *How judges think*, Cambridge: Harvard University Press, 2008.

SCHOORDIJK 1972

- H.C.F. SCHOORDIJK, *Oordelen en vooroordelen*, Deventer: Kluwer, 1972.

STORME & CAPPELLETTI 1980

- M. STORME & M. CAPPELLETTI, *Rechtspraak in opspraak*, Deventer: Kluwer, 1980.

TEN KATE & VAN KOPPEN 1984

- J. TEN KATE & P. VAN KOPPEN, *Determinanten van privaatrechtelijke beslissingen*, Arnhem: Gouda Quint BV, 1984.

VAN GERVEN 1973

- W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen: N.v. Scriptoria, 1973.

VAN GERVEN & LEYTEN 1977

- W. VAN GERVEN & J.C.M. LEYTEN, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1977.

VAN GERVEN & LIERMAN 2010

- W. VAN GERVEN & S. LIERMAN, *Algemeen deel: Veertig jaar later*, Mechelen: Kluwer, 2010.

VAN HOECKE 1975

- M. VAN HOECKE, *Mens-en maatschappijbeeld van de rechter*, Ledeberg/Gent: N.V. Drukkerij Erasmus, 1975.

VRANKEN 2005

- J.B.M., VRANKEN, *Algemeen deel **** in Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 2005.

VRANKEN 2014

- J.B.M., VRANKEN, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel: Een synthese*, Deventer: Kluwer, 2014.

WIARDA & KOOPMANS 1999

- G.J. WIARDA & T. KOOPMANS, *Drie typen van rechtsvinding*, 4^e druk Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1999.

Bijdragen in tijdschriften

BILLIET, *T.Vred* 2016

- A. BILLIET, “Rechtsprekende onafhankelijkheid: Ook een uitdaging voor uw verbond”, *T.Vred* 2016, p. 507-517.

BOON, *Juristenkrant* 2015

- J. BOON, “Alleenzetelende rechters: niet zaligmakend voor efficiëntere justitie”, *Juristenkrant* 2015, afl. 308, p. 10.

BOONE, *Juristenkrant* 2016

- BOONE, R., “Op zoek naar koning Salomon bij de toekomstige magistraten [Interview met Frank Fleerackers]”, *Juristenkrant* 2016, afl. 338, p. 8-9.

CUYPERS, *RW* 2018

- D. CUYPERS, “Het M-Decreet in de rechtspraak” (noot onder Rb. Antwerpen 7 november 2018), *RW* 2019-20, p. 32-36.

DANZIGER, LEVAV & AVNAIM-PESSO, *PNAS* 2011

- S. DANZIGER, J. LEVAV & L. AVNAIM-PESSO, “Extraneous factors in judicial decisions”, *PNAS* 2011, vol. 108, p. 6889-6892, DOI: 10.1073/pnas.1018033108.

DEVOLDER, *RW* 2015-16

- B. DEVOLDER, “Airbnb in Vlaanderen: regels over of voor de prullenmand?”, *RW* 2015-16, p. 1322.

DIRIX, *TPR* 2019

- E. DIRIX, “De rol van rechtsvergelijking in de rechtspraak van het Hof van Cassatie”, *TPR* 2019, afl. 1, p. 21-61.

EVERSON, *Journal of criminal law and criminology* 1919

- G. EVERSON, “Human Element in Justice”, *Journal of criminal law and criminology*, 1919, p. 90-99.

FLEERACKERS, *Juristenkrant* 2013

- F. FLEERACKERS, “Denken over rechtsdenken”, *Juristenkrant* 2013, p. 12.

GERTNER, *Fordham Law Review* 2016

- N. GERTNER, “Neuroscience and Sentencing”, *Fordham LawReview* 85, no.2., 2016, p. 533-546.

GILLAERTS, *Juristenkrant* 2018

- P. GILLAERTS, “Klimaatzaken tegen de overheid: balanceren tussen rechtstaat en rechterlijk activisme”, *Juristenkrant* 2018, afl. 376, p. 15-16.

GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev* 2001

- C. GUTHRIE, J. RACHLINSKI & A. WISTRICH, “Inside the Judicial Mind”, *Cornell L. Rev.* 2001, p. 777-830.

GUTHRIE, RACHLINSKI & WISTRICH, *Cornell L. Rev.* 2007

- C. GUTHRIE, J. RACHLINSKI & A. WISTRICH, “Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases”, *Cornell L. Rev.* 2007, paper 917, p. 1-43.

HARRIS & SEN, *Annual Review of Political Science* 2018

- A.P. HARRIS & M.G. SEN, “Bias and Judging”, *Annual Review of Political Science* 2018, p. 241-259.

HEMELOET & CARREIN, *TJK* 2016/4

- E. HEMELOET & M. CARREIN, “Inclusief onderwijs als recht voor alle kinderen: de stap voorbij het M-Decreet”, *TJK* 2016/4, p. 322-329.

HUYGENS, *T.Gez.* 2014-15

- A. HUYGENS, “Wrongful-life-vordering overleeft cassatietoets niet”, *T.Gez.* 2014-15, p. 195-201.

IJZERMANS, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2016-1

- M.G. IJZERMANS, “Legitimiteit door de dialoog in de rechtszaal”, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2016-1, p. 13-25.

KRINGS, *RW* 1990-91

- E. KRINGS, “Aspecten van de bijdrage van het Hof van Cassatie tot de rechtsvorming. Rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 3 september 1990”, *RW* 1990-91, p. 345-359.

LEFRANC, *TMR* 2018

- P. LEFRANC, “Het Urgendavonniss-/arrest is (g)eenpolitieke uitspraak”, *TMR* 2018/6, p. 696-705.

LOTH & VAN GESTEL, *NJB* 2015

- M. LOTH & R. VAN GESTEL, “Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?”, *NJB* 2015, afl. 37, p. 2598 - 2605.

LUYTEN, *NJW* 2014-15

- B. LUYTEN, “Pleidooi voor een collegiale rechtspraak”, *NJW* 2014-15, p. 1637-1638.

MICHAUX, VERVAEKE, VAN DAELE & MORTIER, *NJW* 2019

- MICHAUX, E., VERVAEKE, G., VAN DAELE, D. & MORTIER, R., “Selectieprocedure van magistraten. Analyse van de betrouwbaarheid en validiteit van het Nederlandstalig vergelijkend toelatingsexamen tot de gerechtelijke stage”, *NJW* 2019, afl. 398, p. 178-196.

PAPILLON, *Court review: The Journal of the American Judges Association* 2013

- K. PAPILLON, “The court’s brain: Neuroscience and judicial decision making in criminal sentencing”, *Court review: The Journal of the American Judges Association* 2013, vol. 49, p. 48-62, <https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1418&context=ajacourtreview>.

RACHLINSKI & WISTRICH, *Annual Review of Law and Social Science* 2017

- J.J. RACHLINSKI & A.J. WISTRICH, “Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges”, *Annual Review of Law and Social Science* 2017, Vol. 13:203-229, p. 203-229, <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-110615-085032>.

RACHLINSKI & WISTRICH, *Notre Dame Law Review* 2018

- J.J. RACHLINSKI & A.J. WISTRICH “Gains, loses and judges: Framing and the judiciary”, *Notre Dame Law Review* 2018, p. 521-582.

SOBRIE, *Juristenkrant* 2016

- S. SOBRIE, “Geen schadevergoeding voor ‘doofpotbeleid’ van kerkelijke leiders”, *Juristenkrant* 2016, nr. 325, p. 3.

SOETE & SCHOUKENS, *NJW* 2016

- A. SOETE & H. SCHOUKENS, “Klimaatverandering in de rechtbank. De rechter als scherprechter bij een falend milieubeleid?”, *NJW* 2016, afl. 338, p. 186-203.

SOURDIN, *UNSW Law Journal* 2018

- T. SOURDIN, Judge v. Robot: Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making, *UNSW Law Journal* 2018, vol. 41(4), p. 1114-1133.

STORME, *TPR* 1988

- M. STORME, “De unus iudex in België gewogen”, *TPR* 1988, p. 777-788.

TIMMERMANS, *Huur* 2016/2

- R. TIMMERMANS, “App your service: breekt het hosten van gasten via het bemiddelingsverhuurplatform Airbnb huur?”, *Huur* 2016/2, p. 59-63.

THIRIAR, *Juristenkrant* 2017

- P. THIRIAR, “De toekomst aan de lagekostenmagistraat?”, *Juristenkrant* 2017, nr. 355, p. 11.

VAN DE SYPE, *RW* 2014-15

- N. VAN DE SYPE, “Geen vergoeding voor wrongful life”, (noot onder Cass.14 november 2014), *RW* 2014-15, nr. 41, p. 1617-1621.

VAN DER KLAUW, *Trema* 2018

- S. VAN DER KLAUW, “Vrij van mededogen? Een pleidooi voor empathische en compassievolle rechtspraak”, *Trema* 2018, afl. 7.

VAN GERVEN, *RW* 1997-98

- W. VAN GERVEN, “Creatieve rechtspraak”, *RW* 1997-98, nr. 7, p. 209-223.

WESTENBROEK, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie (IVOR nr. 108)* 2017/2.3.3

- W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie, diss. Rotterdam (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 108)*, Deventer: Wolters Kluwer, 2017, www.navigators.nl/document/id4082aa3fc3e64f3badb29c76a33a9907?ctx=WKNL_CSL_2487.

Masterproeven

CALUS 2017

- G. CALUS, *Beslissen is menselijk: denkfouten, heuristieken en vooroordelen bij rechters*, onuitg. masterproef Rechten UGent, 2017, <https://lib.ugent.be/nl/catalog/rug01:002349509?i=0&q=vooroordelen+rechters>.

DE SMET 2018

- E. DE SMET, *Alleenzettelende rechters of collegialiteit. Wat verdient waarom de voorkeur en bracht potpourri overal duidelijkheid?*, onuitg. masterproef Rechten UGent, 2018, https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/782/582/RUG01-002782582_2019_0001_AC.pdf.

Online bronnen

BOONE 2019

- R. BOONE, *De Juristenkrant sprak met de voorzitters van de Adviesraad voor de Magistratuur*, 2019, via <https://legalworld.wolterskluwer.be/nl/nieuws/domein/algemeen-justitie/onafhankelijkheid-is-een-waARBorg-voor-de-burger-geen-privilege-van-de-magistraat/>.

CEPEJ 2018

- CEPEJ, *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*. Adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ (Strasbourg, 3-4 December 2018), 2018, <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>.

CEPEJ 2019

- CEPEJ, *Breaking up judges' isolation. Guidelines to improve the judge's skills and competences, strengthen knowledge sharing and collaboration, and move beyond a culture of judicial isolation*, 2019, via <https://rm.coe.int/cepej-2019-15-en-knowledge-sharing/16809939e4>.

DESDALEX ADVOCATEN

- DESDALEX ADVOCATEN, *De robotrechter: een update voor Justitie?*, via <https://desdalex.be/nieuws/de-robotrechter-een-update-voor-justitie/>.

GEENS 2015

- K. GEENS, *Het Justitieplan: een efficiëntere justitie voor meer rechtvaardigheid*, 2015, via https://cdn.nimbu.io/s/1jn2gqe/assets/Plan_justitie_18maart_NL.pdf.

GÉRARD, *De Tijd* 22 december 2018

- P. GÉRARD, Ex-Fortis-CEO: 'Tien jaar van leven door Fortis-crisis geplunderd', *De tijd* 22 december 2018, via www.tijd.be/ondernemen/banken/ex-fortis-ceo-tien-jaar-van-leven-door-fortis-crisis-geplunderd/10081635.html.

HAIRE & MOYER, *Oxford Research Encyclopedias*, 2019

- S. HAIRE & L.P. MOYER, "Gender, Law, and Judging", *Oxford Research Encyclopedias*, via <https://oxfordre.com/politics/view/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-106?print=pdf>.

HAWKINS, *The Washington Post* 13 January 2017

- D. HAWKINS, "Wise Latina woman": Jeff Sessions, race and his grilling of Sonia Sotomayor", *The Washington Post* 13 January 2017, via www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2017/01/13/wise-latina-woman-jeff-sessions-race-and-his-grilling-of-sonia-sotomayor/.

HRJ, *Gids voor de magistraten* 2012

- HOGE RAAD VOOR DE JUSTITIE (HRJ), *Gids voor de magistraten. Principes waarden en Kwaliteiten*, 2012, www.csj.be/sites/default/files/press_publications/o0023n.pdf.

HRJ, *Justitiebarometer* 2014

- HOGE RAAD VOOR DE JUSTITIE (HRJ), *Justitiebarometer* 2014, www.csj.be/sites/default/files/press_publications/justitiebarometer_2014.pdf.

HRJ 2015

- HOGE RAAD VOOR DE JUSTITIE (HRJ), *Ambtshalve advies. Voorontwerp van wet houdende wijzigingen van het burgerlijk procesrecht*, 2015, www.hrj.be/sites/default/files/press_publications/advies-17052015-nl_1.pdf.

HRJ 2018

- HOGE RAAD VOOR DE JUSTITIE (HRJ), *Bijzonder onderzoek. Toepassing van de nieuwe wettelijke regels voor de toewijzing van zaken aan alleenzetelende raadsheren*, 2018, via www.hrj.be/sites/default/files/press_publications/verslag-bo-alleenzetelend-raadsheren-def.pdf.

CASS. JAARVERSLAG 2018

- I. COUWENBERG, M. NOLET DE BRAUWERE, A. MEULDER en F. PARREIN (eds.), *Hof van Cassatie van België Jaarverslag 2018*, via https://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/20180321_jp_15.pdf.

LAMON, *Jubel* 2019

- H. LAMON, *Meer mannen en allochtonen en minder media voor betere rechtspraak*, 2019, via www.jubel.be/meer-mannen-en-allochtonen-en-minder-media-voor-betere-rechtspraak/.

MUSSCHE 2015

- C. MUSSCHE, *Misbruik in de kerk*, 2015, via <http://vansteenbrugge-advocaten.be/misbruik-in-de-kerk/>.

PEETERS, *De Tijd* 2020

- T. PEETERS, *Harvey Weinstein veroordeeld tot 23 jaar gevangenisstraf*, 2020, via www.tijd.be/cultuur/algemeen/harvey-weinstein-veroordeeld-tot-23-jaar-gevangenisstraf/10213806.html.

RIKLEEN 2019

- L.S. RIKLEEN, *When it comes to unconscious bias, are judges at risk?*, 2019, via www.abajournal.com/voice/article/are-judges-at-risk-for-unconscious-bias

ROELANDT, *De Morgen* 30 september 2019

- A. ROELANDT, "M-decreet in het onderwijs wordt afgeschaft en vervangen door 'begeleidingsdecreet'", *De Morgen* 30 september 2019, via www.demorgen.be/politiek/m-decreet-in-het-onderwijs-wordt-afgeschaft-en-vervangen-door-begeleidingsdecreet~b7afa2d1/?referer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F.

ROOMS & VERHAEGHE, *VRT NWS* 2019

- B. ROOMS & C. VERHAEGHE, *Kortgedingrechter beslist: "België moet 10 kinderen van IS-strijders laten terugkeren uit Syrië"*, 2019, via www.vrt.be/vrtnws/nl/2019/12/11/kortgedingrechter-beslist-belgie-moet-10-kinderen-van-is-strij/.

U.S. CLIMATE CHANGE LITIGATION DATABASES 2020

- Climate Change Litigation Databases, 2020, via <http://climatecasechart.com/>.

VAN CAUTER, *De Tijd* 5 februari 2020

- J. VAN CAUTER, "Euthanasieproces verengd tot keuze voor of tegen de wet", *De Tijd* 5 februari 2020, via www.tijd.be/opinie/algemeen/euthanasieproces-verengd-tot-keuze-voor-of-tegen-de-wet/10205886.html.

VAN DE VELDEN, *De Tijd* 10 mei 2019

- W. VAN DE VELDEN, "Jambon vindt roep Vlaams Belang om ontslag Koen Geens 'ongepast'", *De Tijd* 10 mei 2019, via www.tijd.be/nieuws/archief/jambon-vindt-roep-vlaams-belang-om-ontslag-koen-geens-ongepast/10125489.

VAN DUIN 2018

- A. VAN DUIN, *E-Court en 'robotrechtspraak': efficiëntie ten koste van rechtsbescherming*, 2018, via www.sdu.nl/blog/e-court-en-robotrechtspraak-efficiëntie-ten-koste-van-rechtsbescherming.html.

VRT NWS 2019

- VRT NWS, *Repatriëring 6 Belgische kinderen van IS-strijders uit Syrië is al volop aan de gang: wie zijn ze?*, 2019, via www.vrt.be/vrtnws/nl/2019/06/13/is-kinderen-2/.

X, *The Economist* 30 May 2009

- X, "Barack Obama's Supreme Court choice: Scrutinising Sotomayor", *The Economist* 30 May 2009, via www.economist.com/united-states/2009/05/28/scrutinising-sonia.

X, *Knack* 4 februari 2018

- X, "Vijf klachten bij Grondwettelijk Hof tegen verbod op onverdoofd slachten", *Knack* 4 februari 2018, via www.knack.be/nieuws/belgie/vijf-klachten-bij-grondwettelijk-hof-tegen-verbod-op-onverdoofd-slachten/article-normal-959861.html?cookie_check=1586078906.

X, *Het Laatste Nieuws* 2 januari 2020

- X, "Papa deelt oude videobeelden van Dutroux-slachtoffer Mélissa Russo", *Het laatste nieuws* 2 januari 2020, via www.hln.be/nieuws/binnenland/papa-deelt-oude-videobeelden-van-dutroux-slachtoffer-melissa-russo~ab19de85/?referer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F.