MENS- EN MAATSCHAPPIJBEELD VAN DE RECHTER

(een verkennend onderzoek van de rechtspraak van het hof van beroep te Gent in 1972)

door Mark VAN HOECKE
Assistent aan de Universiteit Antwerpen (U.F.S.I.A.)

INHOUD

Hoofdstuk I

INLEIDING 577

Hoofdstuk II

METHODOLOGISCHE INLEIDING 580

§ 1. Onderzoek Aix-en-Provence 580

A. Indeling 580

B. Kritiek 581

§ 2. Gents onderzoek 583

A. Indeling 584

B. Aard van het onderzoek 584

§ 3. Verwerking v/d resultaten v/h Gents onderzoek in dit werk 585

A. Aard van de verwerking 585

B. Andere methodes van onderzoek naar mens- en maatschappijbeeld van de rechter 586

1) Inhoudsanalyse van rechterlijke publicaties 586

2) Interviews 587

3) Inhoudsanalyse van gepubliceerde rechtspraak 588

4) Observatie 590

§ 4. Begripsomschrijvingen 591

A. Begrippen in het onderzoek van Aix-en-Provence 591

B. Begrippen in het Gents onderzoek 593

C. Weerhouden begrippen 594

§ 5. Hypothesen 598

§ 6. Rol van de rechter 601

Hoofdstuk III

MENS- EN MAATSCHAPPIJBEELD VAN DE RECHTER 604

§ 1. Empirische uitspraken 604

A. De ervaring als kennisbron 605

B. Sociografisch toetsbare uitspraken 608

C. Psychologische uitspraken 611

D. Technische uitspraken 612

§ 2. Evaluerende uitspraken 614

§ 3. Waarderende beoordelingen 616

§ 4. Extra-juridische normen 618

A. Het normaliteitsbegrip 619

B. Een geobjectiveerd schuldbegrip 621

C. Verkeersnormen 622
D. Voorzichtigheidsnormen 623
E. Diverse normen van maatschappelijk gedrag 624

§ 5. Mens- en maatschappijbeeld van de rechters 624
A. Rolverdeling tussen man en vrouw 625
B. Huwelijk en echtscheiding 626
C. Onderhoudsgelden i.v.m. echtscheiding 629
D. Opvoeding v/d kinderen 633

Hoofdstuk IV

DE JURIDISCHE REDENERING 639

§ 1. Bewijs en logica 639
A. Verzwegen premisse 639
B. Onvoldoende voorwaarde 640
C. Waarschijnlijkheid gelijkgesteld met zekerheid 642
D. Vermoedens en waardeoordelen 643

§ 2. Rechtsvinding 644
A. Taalinterpretatie 644
B. Ontleding van rechtsbegrippen 645
C. Interpretatie van rechtsregels 647

Hoofdstuk V

STATISTISCHE GEGEVENS 649

§ 1. Opzet 649

§ 2. Onderzochte gegevens 650

§ 3. Cijfers 653

Hoofdstuk VI

BESLUIT 662

Bijlage 667

HOOFDSTUK 1

INLEIDING

1. Deze studie bevat een verwerking van rechtspraakmateriaal, dat in de loop van het academiejaar 1973-1974 verzameld werd door studenten van de derde licentie rechten te Gent, in het vak ‚kritische studie van de rechtspraak', onder leiding van prof. Marcel Storme.

Werkten mee aan dit onderzoek: Marc Dassen, Antoine De Meue, Marleen Nachtergaele, Marleen Ramboer, Ann Sabbe, Cathy Van Bruaene, Joris Van den Bulcke, Karel Van Hoorebeke, Johan Verbeke, Dany Verstaen. Het onderzoek werd gecoördineerd door Prof. Marcel Storme en Mark Van Hoecke.

2. Het vertrekpunt was een onderzoek van de rechtspraak van het hof van beroep van Aix-en-Provence, waarvan de resultaten door E. Bertrand en P. Julian gepubliceerd werden in de *Recueil Dalloz*, onder de titel *La logique et l'éthique judiciaires d'après les arrêts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence (1966-1971)* (1).

De bedoeling van dit artikel was het releveren van de logische aspecten en de ethische elementen in het rechterlijk denken, aan de hand van een honderdtwintigtal arresten, waaruit telkens citaten gelicht werden.

Uit deze citaten blijkt echter dat het niet gaat om de logische *gedachtengang*, maar eerder om de niet-juridische *premissen*, die de juridische beslissing beïnvloeden. Ook het begrip *moraal* wordt hier in een zeer brede zin gebruikt, vermits onder ‚morele principes' alle extrajuridische normen begrepen worden.

Dit onderzoek fungeerde als model voor de werkgroep ‚kritische studie van de rechtspraak'. Er werden enkele wijzigingen aangebracht in de indeling en in de gebruikte begrippen, en toen werd gestart met het lezen van de arresten van de burgerlijke (2) kamers van het hof van beroep te Gent, beperkt tot de rechtspraak van het kalenderjaar 1972.

In naam van alle onderzoekers dank ik langs deze weg eerste-voorzitter E. Verougstraete die de toelating verleende tot de inzage van de arresten en het griffiepersoneel dat de studenten zeer bereidwillig ten dienste stond.

(1) *Recueil Dalloz Sirey*, 1973, Chronique VIII, blz. 75-82.

(2) In de rechtspraak van de tweede kamer, die een gemengde kamer is, werden de strafrechtelijke en de fiscale zaken buiten beschouwing gelaten.

3. De uiteindelijke verwerking (1) verschilt grondig van het model dat de werkgroep voor ogen stond bij het begin van het onderzoek. Het opzet van dit artikel is *het schetsen van de niet juridische uitspraken*, dit zijn feitelijke beweringen, evaluaties, waardeoordelen en normen, *die mede leiden tot een juridische beslissing*. Ten aanzien van de *familie* wordt dan gepoogd uit deze elementen *schematisch een mens- en maatschappijbeeld te construeren.*

Heel wat kritiek kan worden uitgebracht op het onderzoek van Aix-en-Provence, maar ook op het Gents onderzoek.

Naast een weergave en interpretatie van de resultaten van dit onderzoek kan deze studie daarom ook een bijdrage betekenen voor de rechtstheorie op het gebied van de onderzoeksmethode. Uit de fouten van beide onderzoekingen kan heel wat geleerd worden. Zo uit methodologisch oogpunt wel kritiek geleverd kan worden op het hier verwerkte materiaal, dan kan het nut van deze publicatie misschien vooral liggen in het weergeven van een onderzoekservaring.

Dit verkennend onderzoek kan hypothesen formuleren die later op basis van ander materiaal en volgens een nauwkeurige methode empirisch getoetst kunnen worden. Het oogmerk van deze studie is dan ook in de eerste plaats het nauwkeurig formuleren van hypothesen en het aangeven van de elementen waarmee bij de toetsing ervan rekening zal dienen gehouden te worden. De lezers dienen goed voor ogen te houden dat in deze studie niets bewezen wil worden, doch enkel vermoedens geformuleerd. Bepaalde uitspraken van het hof kunnen, uit hun context gelicht, hier een interpretatie gekregen hebben die ze niet verdienen. Voorzichtigheid bij de lectuur is dus geboden, maar ook verder onderzoek dringt zich op, precies om de hier geformuleerde hypothesen te bevestigen of te weerleggen.

4. Dit werk is als volgt onderverdeeld :

Een eerste hoofdstuk bevat een methodologische inleiding, waarin uitvoerig wordt ingegaan op de onderzoekingen van Gent en van Aix-en-Provence, en een verantwoording wordt gegeven van de verwerking in dit artikel. Een aantal begrippen worden omschreven, het onderzoek wordt gesitueerd tegenover ander onderzoek rond de niet-juridische elementen in de rechterlijke besluitvorming, en er worden een aantal opmerkingen gemaakt in verband met de rol, de functie van de rechter.

---

(1) Ik wil hier ook nog in het bijzonder Jef Breda en Jean Van Houtte danken voor hun kritische opmerkingen, bedenkingen en nuttige wenken, die mij geholpen hebben een eerste tekst om te werken tot zijn huidige vorm.

Het tweede hoofdstuk omvat het onderzoek naar het mens- en maatschappijbeeld van de rechter, voorafgegaan door enkele paragrafen, die respectievelijk een ontleding geven van empirische beweringen, evaluaties, waardeoordelen en extra-juridische normen, die door de rechter geponeerd worden.

Het derde hoofdstuk behandelt een paar problemen rond bewijs en logica, en in verband met de rechtsvindingsmethode van het hof van beroep.

In het laatste hoofdstuk worden een aantal statistische gegevens weergegeven en geïnterpreteerd, die parallel met de inhoudelijke analyse door de studenten werden opgetekend uit de arresten van het hof.

Tenslotte worden een aantal citaten in bijlage opgenomen om de lopende tekst te ontlasten.

HOOFDSTUK II

METHODOLOGISCHE INLEIDING

§ 1. Onderzoek Aix-en-Provence

5. Het lijkt nuttig even in te gaan op de verwerking die E. Bertrand en P. Julian in hun artikel hebben gegeven aan het Frans onderzoek. Het is immers dit schema dat de studenten voor ogen hadden bij de lectuur van de arresten van het hof van beroep te Gent.

Wat men met dat onderzoek wou nagaan blijft bij de publicatie van de resultaten erg vaag: „les notes analytiques ont permis de dégager un certain nombre de traits dont on peut dire qu'ils caractérisent la tournure d'esprit judiciaire" (1).

Het opzet moet dan ook hoofdzakelijk blijken uit de indeling van het artikel.

A. INDELING

1. Rechterlijke logica en morele beginselen (logique judiciaire et principes moraux):

   a. De axioma's (les axiomes),
   Hier volgt dan een verdere indeling naar de materies waarin dergelijke uitspraken voorkomen: echtscheiding, burgerlijke aansprakelijkheid, medeëigendom, enz... ;

   b. Het bewijs van de feiten (la preuve du fait),
   Hierbij wordt een indeling gemaakt volgens de mate waarin het hof een feit als bewezen aanvaardt: bewezen, waarschijnlijk, onwaarschijnlijk of niet-bewezen.

2. De morele gedragsregelen (l'éthique du comportement):

   a. De beginselen (l'énoncé des principes),
   met een indeling in ‚traditionele principes' en ‚moderne principes';

   b. De toepassing van de beginselen (l'application des principes),
   Het gaat hier om normen die langs het foutbegrip worden toegepast:
   1) fout van een partij (faute de la partie);
   2) fout van een gerechtsdienaar (auxiliaire de la justice);
   3) fout van een openbare dienst (service public).

(1) *O.c.*, blz. 75.

In het eerste hoofdstuk wordt een onderscheid gemaakt tussen de feiten die ‚zonder meer' door de rechter worden vastgesteld, en diegene die door bewijsmiddelen worden aangetoond. Wat de rechter in het eerste geval poneert, wordt door de auteurs een *axioma* genoemd. Dit stemt ongeveer overeen met wat in het Gents onderzoek gekwalificeerd zal worden als *ervaringsregelen* en *algemeen bekende feiten*.

Het werk van de rechter lijkt volgens de auteurs beperkt te zijn tot het vaststellen van de feiten, waarop de rechtsregels dan zonder meer worden toegepast: „La décision que rend le juge est la conclusion de sa recherche de la vérité, c'est-à-dire du fait" (1).

Bij het bewijs van de feiten wordt echter opgemerkt dat een ‚moreel' waardeoordeel regelmatig de ‚strikt logische' redenering doorkruist.

Alhoewel niet expliciet als dusdanig geformuleerd blijkt het in het tweede hoofdstuk te gaan om extra-juridische normen die door de rechter worden toegepast. In het artikel heet dit *les principes moraux d'une valeur plus générale*.

Een indeling wordt dan gemaakt volgens de manier waarop deze principes in de arresten naar voor komen: in een directe formulering door het hof van het geponeerde beginsel, of indirect, als impliciete premisse, bij de kwalificatie van een bepaalde gedraging als foutief.

B. Kritiek

6. Het was blijkbaar de bedoeling van de auteurs in dit onderzoek uitspraken van het hof naar voor te brengen waaruit niet-juridische premissen van de rechterlijke redenering gelicht kunnen worden, of extra-juridische, algemeen maatschappelijke normen, die de rechter in zijn beslissing toepast.

Op heel wat punten is deze analyse mislukt.

1) Doelstellingen niet geëxpliciteerd

Het artikel bevat geen eigenlijke inleiding. Er wordt meteen gestart met de analyse van de rechtspraak. Het is de lezer niet duidelijk waar de auteurs naar toe willen, of ze louter willen beschrijven of tevens iets willen aantonen, noch wat ze dan precies zouden willen aantonen.

Er worden geen hypothesen geformuleerd (vermoedens waarmee de onderzoeker start en die hij in zijn onderzoek wil toetsen).

Er worden ook geen besluiten getrokken, en er wordt evenmin aangesloten bij, of verwezen naar ander onderzoek.

(1) *O.c.*, blz. 75.

2) Niet gesitueerd in een theoretisch kader

Het volstaat niet uiteen te zetten wat de doelstellingen zijn van het onderzoek. Bovendien moet een theoretisch raam worden aangegeven waarbinnen dit onderzoek gesitueerd kan worden. In concreto dient een dergelijk onderzoek gesitueerd te worden ten opzichte van ander onderzoek over de rechterlijke besluitvorming, over de rol van niet-juridische elementen in deze besluitvorming, over het mens- en maatschappijbeeld van de rechter, enz... Er moet worden duidelijk gemaakt in hoeverre op vorig onderzoek wordt verder gebouwd, in hoeverre en waarom het eigen onderzoek anders wordt aangepakt, en wat de perspectieven zijn voor verder onderzoek, dit is de formulering van nieuwe hypothesen, die op hun beurt getoetst zullen moeten worden.

3) Geen methode

Over de methode van onderzoek wordt in het artikel niets gezegd, terwijl de verwerking van het materiaal zwak uitvalt, precies door een gebrek aan methode.

Wat meteen opvalt is, dat een *juridische* indeling gehanteerd wordt om *niet-juridisch* materiaal te structureren, alhoewel voor de hand ligt dat juridische indelingen in principe onbruikbaar zijn om empirische uitspraken of maatschappelijke normen te ordenen.

Zo is het volstrekt irrelevant extra-juridische beweringen en evaluaties te rangschikken volgens de plaats waar ze in het arrest geformuleerd worden, met name bij de bespreking van het bewijsmateriaal of bij de overige beschouwingen van het hof.

Bij het bewijs heeft de indeling naar de mate waarin het hof de feiten als bewezen aanvaardt (bewezen, waarschijnlijk, onwaarschijnlijk, niet-bewezen) evenmin enig verband met de inhoud. Hetzelfde geldt voor de indeling van de maatschappelijke normen, die naar voor komen telkens het hof een gedraging als foutief bestempelt, wanneer deze indeling enkel steunt op de persoon die de fout heeft begaan.

De indeling maakt het artikel misschien wat overzichtelijker, maar inhoudelijk in geen geval duidelijker.

Maar ook de niet-juridische indeling loopt mank.

Of ‚morele beginselen' als algemene regel geformuleerd worden, of in een concrete toepassing naar voor komen, is eerder een kwestie van toeval. Een indeling in deze twee categorieën leert ons niets bij omtrent de inhoud, de aard, de draagwijdte of de rol van deze principes.

Zeer betwistbaar is ten slotte het gemaakte onderscheid tussen ‚traditionele principes' en ‚moderne principes'.

Hier gaan de onderzoekers het subjectief oordeel van magistraten gewoon toetsen aan hun eigen subjectieve opvattingen. Ze komen niet tot een objectieve kritiek op bijvoorbeeld de graad van consistentie of niet-tegenstrijdigheid van de geformuleerde normen en waardeoordelen. Opgemerkt dient nog dat deze ‚kritische analyse', waarbij de auteurs de afzonderlijke beweringen, waardeoordelen en normen beamen of criticeren vanuit hun eigen kennis en opvattingen, de enige inhoudelijke analyse is die in het artikel teruggevonden wordt.

§ 2. Gents onderzoek

7. Ook de leden van de Gentse werkgroep hadden onvoldoende theoretische achtergrond en methodologische scholing om een degelijk onderzoek op te zetten.

Het was nochtans een groot voordeel te beschikken over de resultaten van het onderzoek in Aix-en-Provence. Een aantal fouten en gebreken konden daardoor voorkomen of toch in zekere mate beperkt worden. De indeling van Aix werd gewijzigd en aangevuld (zie verder voor de concrete uitwerking hiervan). De begrippen werden ter discussie gesteld en gedeeltelijk gewijzigd of anders gedefinieerd (zie eveneens verder). Er werd tevens besloten een aantal gegevens statistisch te verwerken (zie hoofdstuk V). Ten slotte werden een aantal hypothesen geformuleerd op basis van de resultaten van Aix en van een eerste reeks arresten van het hof van beroep te Gent (zie onder nr. 30 e.v.).

Achteraf bleek dat het Gents onderzoek heel wat grondiger had moeten voorbereid worden.

De leemte op het gebied van de rechtstheoretische en methodologische achtergrond werd in geen enkele mate opgevuld. De indeling werd nog onvoldoende bestudeerd en uitgewerkt: ze bleek noch exhaustief te zijn, noch volgens één of meer duidelijke criteria te zijn doorgevoerd.

De begrippen werden niet helder genoeg omschreven en geoperationaliseerd. Met dit laatste wordt bedoeld dat de begrippen onvoldoende bruikbaar waren om ze in een concreet empirisch onderzoek adekwaat te kunnen hanteren.

De in dit artikel verwerkte citaten zijn meestal uitspraken, die de studenten die het onderzoek uitvoerden vaag de indruk gaven relevant te zijn. Vermoedelijk is veel bruikbaar materiaal verloren gegaan door

de onvoldoende specifieke voorbereiding tot het onderzoek, maar ook door het gebrek aan een grondige technisch juridische kennis en een kennis van de rechtspraktijk, waardoor niet altijd juridische en extra-juridische uitspraken duidelijk van elkaar onderscheiden werden.

Precies omdat dit te vrezen viel werd dan ook aan de studenten gevraagd het materiaal zo weinig mogelijk te verwerken, maar integendeel zoveel mogelijk letterlijk aan te halen, met vermelding van een maximum aan bijkomende gegevens in verband met de feitelijke achtergrond en met het juridisch probleem.

Het is vooral dank zij dit dat de uiteindelijke verwerking in een artikel over het mens- en maatschappijbeeld van de rechter nog mogelijk geweest is. Een sterke schifting van het rechtspraakmateriaal op basis van de oorspronkelijke indeling en begrippen had een nieuwe verwerking vanuit een andere optiek vrijwel onmogelijk gemaakt.

A. Indeling

1. a. Axioma's:
   b. Algemeen bekende feiten;
   c. Ervaringsregels.
2. Bewijs van de feiten:
   a. De feiten zijn aangetoond;
   b. De feiten zijn niet aangetoond;
   c. De feiten worden waarschijnlijk of onwaarschijnlijk geacht.
3. Rechtsvinding.
4. Beoordeling van de ethische gedraging van de mens.
5. Arresten die van aard zijn een maatschappelijk onbehagen op te wekken.

De kritiek op deze indeling valt deels samen met de opmerkingen die geformuleerd werden ten aanzien van de indeling van Aix (nr. 6). Verdere uitleg en kritiek zal worden gegeven bij de bespreking van de begrippen die in het Gents onderzoek werden gehanteerd (nr. 21 e.v.).

B. Aard van het onderzoek

8. Ook al werden bij de aanvang een aantal hypothesen geformuleerd, van een toetsend onderzoek, waarbij deze hypothesen geverifieerd of

gefalsifieerd werden, kan zeker geen sprake zijn, gezien de hoger aangestipte gebreken en beperkingen.

De uitgangshypothesen hebben eerder gefungeerd als een leidraad bij het onderzoek, dan als te toetsen veronderstellingen. Toch mogen we wel zeggen dat de hypothesen na het onderzoek met meer zekerheid en een grotere nauwkeurigheid geformuleerd kunnen worden dan bij het begin ervan.

In dit artikel wordt gepoogd te bereiken hetgeen eigenlijk het doel had moeten zijn van het Gents onderzoek: beschrijving, hypothesevorming en begripsverfijning.

§ 3. Verwerking van de resultaten van het Gents onderzoek in dit werk

A. Aard van de verwerking

9. Dit onderzoek kan omschreven worden als een *inhoudsanalyse* (1). Dit is een onderzoek waarbij gebruik gemaakt wordt van schriftelijk neergelegde stukken, die onafhankelijk van de onderzoeker reeds bestonden (*in casu* de arresten).

Een voordeel van dergelijk onderzoek is dat het materiaal niet wordt samengesteld vanuit een bepaalde vóóringesteldheid, zoals dit bijvoorbeeld het geval is bij interviews; het materiaal wordt ontleed zoals het zich aandient. De enige, en dan nog volstrekt neutrale schifting, die vóór het onderzoek gebeurde, is de beperking tot de burgerlijke kamers van het hof van beroep te Gent enerzijds, en tot het kalenderjaar 1972 anderzijds. Een nadeel is dat het materiaal minder duidelijk is afgebakend in functie van het onderzoek, waardoor de subjectiviteit van de onderzoeker toch weer een grotere rol gaat spelen, met name bij de interpretatie van de gegevens. Dit werd in het oorspronkelijk onderzoek dan nog eens versterkt door andere nadelige factoren, zoals gebrek aan methode en aan theoretische voorbereiding, en niet uitgewerkte en geoperationaliseerde terminologie.

Eigenlijk gaat het hier, bij de uiteindelijke verwerking, eerder om een *secundaire analyse*. Dit is een analyse van door andere onderzoekers, met een ander doel verzameld materiaal.

(1) Zie hierover: Swanborn, P.G., *Aspecten van sociologisch onderzoek*, Meppel, 1971, blz. 61 e.v.

Houdt men hiermee geen rekening dan sluit men precies die groep uit met de meest gesloten opvatting over de rechterlijke functie.

Een methode die aangezien kan worden als een variante op het afnemen van interviews, is het samenbrengen van de te ondervragen personen in een groepsbijeenkomst, waarin men niet enkel een antwoord krijgt op de gestelde vragen, maar tevens een discussie kan laten ontstaan tussen de ondervraagden onderling (1).

Met deze methode krijgt men een zekere spontane bijkomende informatie, zoals bvb. de reactie op elkaars antwoorden.

Het grote nadeel is echter de vervalsing van de antwoorden door de onderlinge beïnvloeding van de ondervraagden. De anonimiteit van het interview gaat in feite volledig verloren, inzoverre ze als waarborg en voorwaarde moet fungeren voor een open gesprek.

3) Inhoudsanalyse van gepubliceerde rechtspraak

12. Een beperking tot de *gepubliceerde rechtspraak* heeft het onmiskenbaar voordeel dat er geen problemen kunnen rijzen ten aanzien van de toegankelijkheid van de bronnen. Tevens kan men beter een bepaald juridisch domein afbakenen. Ook al is de juridische indeling niet bruikbaar bij de verwerking van het materiaal, voor de verzameling ervan kan men deze indeling vaak wel nuttig aanwenden. Uitspraken over het gezin en de familie bijvoorbeeld zullen uiteraard meest worden aangetroffen in vonnissen die problemen van personen- en familierecht behandelen.

13. Een nadeel van de beperking van het onderzoek tot de gepubliceerde rechtspraak is de mogelijke distortie die kan bestaan tussen de gevelde en de gepubliceerde vonnissen. Een vonnis wordt in de regel pas gepubliceerd wanneer een min of meer interessant juridisch probleem wordt beslecht.

Daarenboven is deze keuze soms zeer willekeurig.

Men kan dus verwachten dat extra-juridische uitspraken normaal een minder belangrijke rol zullen spelen in de gepubliceerde rechtspraak dan in de niet-gepubliceerde, tenzij het precies gaat om juridische begrippen die rechtstreeks of onrechtstreeks verwijzen naar extra-juridische waardeoordelen of normen (2). Arresten waarin enkel zuiver

(1) Deze methode werd toegepast door Robert, Faugeron en Kellens in: ROBERT, PH., e.a., *Les attitudes des juges à propos des prises de décision, Ann. Fac. Dr. Liège*, 1975, 23-152.

(2) Qua representativiteit bestaat weinig bezwaar om zich enkel te steunen op gepubliceerde rechtspraak wanneer men een onderzoek wil verrichten naar de normen en waardeoordelen die worden toegepast langs bijvoorbeeld het *goede trouw begrip* om.

feitelijke betwistingen worden beslecht (bvb. onderhoudsgelden) zullen zelden voldoende relevant worden geacht om gepubliceerd te worden. Nochtans vindt men in dit soort zaken vaak het interessantste materiaal aan niet-juridische uitspraken. Dit verklaart misschien waarom een onderzoek in de rechtspraak naar het mens- en maatschappijbeeld van de magistraten tot nu toe nooit ondernomen werd.

14. Een tweede nadeel bij een onderzoek dat beperkt wordt tot de gepubliceerde rechtspraak is de te grote discrepantie in tijd of ruimte die hierbij kan optreden.

Het empirisch materiaal van het Gents onderzoek beperkte zich tot de rechtspraak van de burgerlijke kamers van één hof van beroep en van één kalenderjaar. Door deze beperking bekomt men een grote homogeniteit, waardoor de diverse uitspraken van verschillende rechters zonder ernstige bezwaren bij elkaar gebracht kunnen worden, en zelfs tot één mens- en maatschappijbeeld versmolten kunnen worden. Onderzoekt men enkel gepubliceerde rechtspraak, dan kan hoogstens één van deze beperkingen worden doorgevoerd. De nadelen van een groot tijdsverschil in de onderzochte rechtspraak liggen voor de hand. Schijnbaar contradictorische waardeoordelen of normen zouden in werkelijkheid verklaard kunnen worden door een tijdsevolutie. Maar ook het opheffen van de beperking in de ruimte kan nadelen met zich mee brengen. Niet zozeer geografisch: men mag vermoeden dat de rechtspraak van de hoven van beroep van Gent, Brussel en Luik onderling niet zulke grote verschillen zal vertonen. Wat wel belangrijk lijkt is het onderscheid tussen een vredegerecht, een rechtbank van eerste aanleg en een hof van beroep (1). De arbeidsgerechten en de rechtbanken van koophandel vormen in elk geval een aparte categorie, vermits hierin lekenrechters zitting hebben.

Het is duidelijk dat een dergelijke discrepantie in tijd of ruimte onvermijdelijk is wanneer men weet dat relatief weinig rechtspraak gepubliceerd wordt. Zo werden van de 1051 onderzochte arresten van het hof van beroep te Gent er 19 gepubliceerd, dit is *1,8%*. Voor de lagere rechtbanken zal dit percentage vermoedelijk nog lager liggen.

(1) In hoever dit onderscheid inderdaad relevant is voor ons onderzoek zou uiteraard nog empirisch getoetst moeten worden.

4) Observatie

15. De meest voor de hand liggende vorm van observatie van de rechter is het systematisch bijwonen van rechtszittingen (1). Doet men dit openlijk dan kunnen gelijkaardige problemen rijzen als bij het afnemen van interviews (beïnvloeding van de rechters, eventuele weigeringen). Tracht men als toeschouwer verborgen te blijven, dan is het risico toch erg groot dat men als onderzoeker ‚ontmaskerd' wordt, met als vermoedelijk gevolg een radicale weigering om het onderzoek verder te zetten.

Doch ook wanneer men er in slaagt het onderzoek in optimale voorwaarden uit te voeren behoudt deze methode nog enkele nadelen.

Toevalsfactoren, zoals bijvoorbeeld de zwijgzaamheid of spraakzaamheid van de rechters, spelen een grote rol.

Het empirisch universum is erg beperkt: één onderzoeker kan slechts één kamer van één rechtbank of hof terzelfdertijd observeren.

De juistheid van de verzamelde gegevens is moeilijk of niet controleerbaar. De eerlijkheid van de onderzoeker is hier erg belangrijk, evenals de eerlijkheid van degenen die de resultaten van het onderzoek lezen en de besluiten ervan *a priori* kunnen verwerpen of *a priori* aanvaarden.

16. Een voordeel van de observatiemethode tegenover de inhoudsanalyse van teksten is de grotere rijkdom aan materiaal die men kan bekomen. Men heeft een duidelijk beeld van wat zich vóór het vonnis in de rechtszaal heeft afgespeeld, van het samenspel tussen rechtbank, advocaten, partijen, getuigen, deskundigen, openbaar ministerie. Bepaalde uitspraken kunnen in dit licht een heel andere betekenis krijgen dan er bij een tekstanalyse achteraf aan gegeven zou worden. Heel wat interessante opmerkingen en bedenkingen worden mondeling gemaakt, zonder dat die ooit in een vonnis zullen worden neergeschreven. Deze uitspraken van rechters kunnen soms heel wat meer leren over hun mens- en maatschappijvisie dan wat uiteindelijk in hun vonnissen op papier wordt gesteld.

De voordelen van de observatiemethode wegen wel duidelijk op tegen de nadelen ervan. Zelfs beperkte resultaten kunnen reeds heel wat bieden.

(1) Een combinatie van waarneming en interviews wordt op dit ogenblik gebruikt in het Antwerpse centrum voor rechtssociologie (UFSIA) bij een onderzoek naar de alimentatie tussen echtgenoten.

17. Niet enkel als toeschouwer kan men observeren, ook als deelnemer, *in casu* dus als rechter in een rechtscollege. Een dergelijk onderzoek werd uitgevoerd door Rüdiger Lautmann, die gedurende een jaar als rechter bij Duitse Landgerichte de houding van rechters observeerde bij de benadering en de behandeling van hun zaken, zonder dat het hierbij specifiek om het mens- en maatschappijbeeld ging.

Lautmann analyseerde geen vonnissen, maar wel het proces dat aan de vonnissen voorafgaat. In zijn publicatie van de resultaten van dit onderzoek (1), schetst hij niet enkel hetgeen ook een toeschouwer bij een proces kan waarnemen, doch geeft hij tevens informatie 'van achter de schermen', van de beraadslagingen in raadkamer, van losse opmerkingen van rechters in de wandelgangen, enz...

Het staat buiten discussie dat een dergelijke *deelnemende observatie* de meest waardevolle methode is. Als ‚deelnemer' kan men veel gemakkelijker verborgen blijven dan als ‚toeschouwer'. Het materiaal is heel wat rijker dan bij een inhoudsanalyse van vonnissen of andere geschreven of gedrukte teksten van rechters, terwijl men toch met grote zekerheid de werkelijke opvattingen van de rechters kan kennen, zowel met betrekking tot de behandelde zaken als in verband met niet-juridische problemen.

Interessant is ook dat bij dergelijk onderzoek de mogelijkheid bestaat om na te gaan welke motiveringen *wel* en welke *niet* geëxpliciteerd worden in de vonnissen, en waarom men terughoudend is in het openlijk weergeven van bepaalde motiveringen.

§ 4. **Begripsomschrijvingen**

A. Begrippen in het onderzoek van Aix-en-Provence

1) Axioma

18. Dit is ‚de vaststelling van feitelijke elementen door de rechter zonder specifieke bewijsvoering' (2).

(1) Lautmann, R., *Justiz — die stille Gewalt*, Frankfurt, 1972. Zie voor een bondige samenvatting de boekbespreking in *T.P.R.*, 1973, blz. 287-289.

(2) *D.*, 1973, Chron., blz. 75.

Uit de aangehaalde citaten blijkt echter dat het hier niet enkel gaat om uitspraken over de werkelijkheid (1), maar ook om waardeoordelen (2), en zelfs normen (3).

2) Bewijs van de feiten

19. In het artikel wordt geen omschrijving gegeven, doch enkel een indeling gemaakt naargelang het hof de feiten aanziet als bewezen, als waarschijnlijk, als niet waarschijnlijk, of als niet bewezen.

Weer blijkt uit de voorbeelden dat zowel uitspraken over de werkelijkheid (4), als waardeoordelen (5) en normen (6) hieronder gerangschikt worden.

3) Ethische beginselen

20. Uit de toelichting en uit de voorbeelden blijkt dat hieronder maatschappelijke gedragsregels van diverse aard begrepen worden (7), en niet enkel ‚morele principes' in enge zin.

In tegenstelling met bvb. het begrip ‚axioma' wordt dit begrip in het artikel van Bertrand en Julian konsekwent gehanteerd : enkel normatieve uitspraken worden hieronder gerangschikt, en niet tevens loutere uitspraken over de werkelijkheid of waardeoordelen.

---

(1) Bvb.: „Il ne faut pas oublier que les enfants sont les grandes victimes des drames conjugaux, au point que leur santé soit altérée" (*o.c.*, blz. 75).

(2) Bvb.: „Les questions relatives à la copropriété sont particulièrement délicates" (*o.c.*, blz. 75).

(3) Bvb. een omschrijving van de verplichtingen van de deskundigen: „Les experts ne sont pas des juristes chargés d'analyser la jurisprudence" (*o.c.*, blz. 76).

(4) Bvb.: „Il apparaît incontestable que ses revenus réels sont supérieurs à ceux qu'il reconnaît; dans le cas contraire il solliciterait une expertise comptable, ce qu'il s'abstient prudemment de faire" (*o.c.*, blz. 77).

(5) Bvb.: „La carence de l'argumentation de l'appelant permet de s'étonner de son appel" (*o.c.*, blz. 78).

(6) Bvb. in verband met de taak van de rechtbanken: „En principe, les tribunaux n'ont pas à s'arrêter aux désirs, exprimés par les enfants en ce qui concerne les mesures de garde, mais il est à craindre qu'en contrariant cette enfant, ..." (*o.c.*, blz. 78).

(7) Bvb.: — „L'époux ne peut exiger de sa femme le respect d'habitudes totalement étrangères à la société française actuelle et à la place de la femme dans cette société" (*o.c.*, blz. 79-80).

— „On ne peut pas plus reprocher à la société qu'à sa cliente de ne pas avoir vu à terre la peau de banane à un endroit de son magasin particuilèrement fréquenté et encombré de paniers et de boîtes de toutes sortes" (*o.c.*, blz. 81).

B. Begrippen in het Gents onderzoek

1) *Ervaringsregelen*

21. Dit zijn algemene regelmatigheden ,met een zuiver empirisch karakter, die dienen om de feitelijke gegevens van een geding en de aangebrachte bewijzen te waarderen (1). Deze ervaringsregelen haalt de rechter deels uit zijn beroepservaring, maar hoofdzakelijk uit zijn algemene levenservaring. Op basis hiervan aanvaardt de rechter bepaalde feiten als bewezen, ook al werd het bestaan ervan niet met (wetenschappelijke) zekerheid vastgesteld.

2) *Algemeen bekende feiten*

In de juridische literatuur wordt dit omschreven als „alle feiten of toestanden, die elk beschaafd, op de hoogte van zijn tijd staand man moet geacht worden te kennen zonder nader onderzoek, of die hij zonder noemenswaardig onderzoek uit algemeen toegankelijke bronnen kan te weten komen, en die tevens genoegzame zekerheid bevatten, om als rechtvaardigingsgrond te dienen voor een ernstig maatschappelijke handeling, in dit geval een vonnis" (2).

3) *Rechtsvinding*

Welke interpretatiemethodes past het hof toe?

4) *Maatschappelijk onbehagen*

Welke uitspraken van het hof zijn niet in overeenstemming met de algemeen aanvaarde maatschappelijke waarden en normen? Zijn er m.a.w. uitspraken die van aard zijn een onbehagen in de samenleving op te wekken (3)?

5) *Axioma's, ethische beginselen, bewijs van de feiten*

Deze begrippen werden overgenomen uit het onderzoek van Aix-en-Provence, en kregen dus impliciet dezelfde omschrijving.

---

(1) Storme, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, 1962, blz. 291.

(2) Anema, A., en Verdam, P.J., *Van Bewijs* (Asser-reeks, deel V), 1953, blz. 30; geciteerd door Storme, M., *o.c.*, blz. 301.

(3) Zie in dit verband: Schoordijk, H.C.F., *Oordelen en Vooroordelen*, Deventer, 1972, blz. 47 e.v.

C. Weerhouden begrippen

1) *Empirische uitspraken*

22. Uit de omschrijving van de begrippen ‚ervaringsregel' en ‚algemeen bekend feit' blijkt dat het in beide gevallen gaat om *niet-juridische uitspraken over de werkelijkheid*, waaraan achteraf juridische gevolgen verbonden worden.

Het zijn beweringen, affirmaties, *ofwel* omtrent het bestaan van feiten of toestanden (‚algemeen bekende feiten'), *ofwel* omtrent het bestaan van bepaalde empirische verbanden tussen feiten en/of toestanden (‚ervaringsregelen').

Deze kennis wordt, in beide gevallen, geput uit de eigen ervaring van degene die de uitspraak doet, *in casu* de rechter. Specifiek voor deze affirmaties is nu, dat degene die ze poneert er van overtuigd is dat ze waar zijn, dat ze niet berusten op een louter subjectieve, misschien toevallige ervaring, maar op een intersubjectieve, zoniet objectieve ervaring. Degene die de bewering formuleert dient ze, volgens de algemene opvatting, noch te bewijzen (1), noch te staven (2), noch zelfs de bron aan te halen waaruit de kennis eventueel geput werd. Uit de literatuur blijkt dat de kwalificatie ‚algemeen bekend' evenmin gestaafd moet worden als de bewering die als ‚algemeen bekend' of ‚algemeen aangenomen' wordt betiteld. Hierbij worden dan twee niet geverifieerde empirische uitspraken gedaan: een eerste over bepaalde feiten of toestanden, een tweede over de opvattingen (i.v.m. die eerste empirische uitspraak) die in de samenleving heersen.

Het begrip ‚algemeen' kan zelfs beperkt worden tot een vrij kleine groep, zoals bijvoorbeeld die van technische specialisten: „De rechter kan die kennis rechtstreeks bezitten ‚of zelfs onrechtstreeks na raadpleging van naslagwerken of wetenschappelijke boeken. Vaststaande feiten van technische aard mogen eveneens tot de algemeen bekende feiten gerekend worden, zelfs zo daarvan doorgaans slechts specialisten op de hoogte zijn (3). Een rechter die — soms eerder toevallig — deze feiten zou kennen, mag ze gerust *op eigen gezag aannemen*; deze opvatting stemt trouwens overeen met de bepaling van artikel 323 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering (4), volgens dewelke de

(1) Wanneer het gaat om partijen die zo iets aanvoeren. Zie bvb.: Brussel, 31 mei 1960, *Pas.*, 1961, II, 204.

(2) Wanneer het gaat om een rechter die er in zijn vonnis op steunt.

(3) Met verwijzing naar: Brussel, 31 mei 1960, *Pas.*, 1961, II, 204.

(4) Nu art. 986 van het gerechtelijk wetboek.

rechters niet verplicht zijn het advies van de deskundige te volgen, zo dit niet strookt met hun overtuiging" (1).

23. De vraag wordt niet gesteld of deze beweringen, meningen, affirmaties inderdaad ‚algemeen' worden aangenomen, noch of ze effectief juist zijn.

In feite houden dergelijke uitspraken twee subjectieve elementen in: het geloof in de juistheid van de bewering èn het geloof dat deze mening in ruime kring gedeeld wordt. Het is ook mogelijk dat de juistheid van de affirmatie precies afgeleid wordt uit de, effectieve of vermeende, algemene aanvaarding ervan.

Hierin ligt nu het delicate punt van dergelijke empirische uitspraken: per definitie hoeven ze noch bewezen, noch gestaafd te worden, waardoor ook louter subjectieve ervaringen, vooroordelen, stereotypen, eigen theorieën en dergelijke de rechtspraak kunnen binnensluipen, telkens de rechter rotsvast overtuigd is van de juistheid en algemeengeldendheid van zijn opvatting. *De facto* zal de enige controle hierop zijn de subjectieve mening van de magistraten in het hof van beroep, en, in hogere graad, van de magistraten in het hof van cassatie, die de beweringen van de lagere rechter op hun beurt slechts toetsen aan hun eigen kennis en ervaring (2).

Vanuit het oogpunt van de empirische toetsing is het onderscheid tussen ‚ervaringsregelen' en ‚algemeen bekende feiten' dan ook irrelevant. Telkens gaat het om een empirische uitspraak, die zonder staving als juist wordt beschouwd. Of deze empirische gegevens nu feiten, toestanden, of causale verbanden zijn, doet weinig ter zake. Belangrijk voor ons is dat in een vonnis *rechtsgevolgen verbonden worden aan niet gestaafde empirische uitspraken.*

2) Evaluerende uitspraken

24. Dit zijn uitspraken die een zekere beoordeling, evaluatie inhouden. Men stelt bepaalde feiten niet zonder meer vast, maar evalueert ze in het licht van bepaalde, niet geëxpliciteerde criteria. Termen die een

(1) STORME, M., *o.c.*, blz. 302-303.

(2) Dit blijkt impliciet uit een cassatiearrest van 23 september 1954. Het hof van beroep had betoogd dat van een krankzinnige vermoed mag worden dat hij, toen hij nog gezond van geest was, er op voorhand zou hebben in toegestemd dat zijn geestelijke toestand later bewezen zou worden aan de hand van de mening van zijn huisarts, en dat op basis hiervan deze arts niet gebonden moet worden geacht door het beroepsgeheim. Hierop antwoordde het hof van cassatie: „La preuve par présomption ne peut résulter que de faits connus, et non point de considérations personnelles du juge" (*Pas.*, 1955, I, 37).

evaluatie inhouden zijn bijvoorbeeld groot, klein, tijdig, te laat, voldoende, onvoldoende.

Een kwalificatie zoals ‚groot', vereist de aanwijzing van een referentieschaal waarbinnen het gegeven gesitueerd wordt. Zo is een zelfde paddestoel klein voor de mens, maar groot voor een mier. Dezelfde paddestoel kan echter ook door de mens groot genoemd worden, wanneer hij vergeleken wordt met andere paddestoelen. De evaluatie hangt dus af van het referentiepunt.

Wanneer hier sprake is van evaluerende uitspraken impliceert dit dat de referentieschaal niet objectief voorafgaandelijk gegeven is in bijvoorbeeld een wettelijke definitie. Zo zal de kwalificatie ‚middelgrote onderneming' een louter feitelijke uitspraak zijn, waarbij de persoonlijke evaluatie van de rechter geen enkele rol speelt, wanneer in een wettelijke bepaling bijvoorbeeld is aangegeven dat hieronder moet worden verstaan elke onderneming met een aantal werknemers tussen de 30 en de 100.

Ook de vaststelling dat bijvoorbeeld iets groter of kleiner is dan iets anders, kan steeds objectief, empirisch gemeten worden, zonder dat eerst bepaalde referentiepunten moeten worden vastgesteld. Dit is dus geen evaluerende uitspraak.

3) *Waarderende uitspraken*

25. Dergelijke uitspraken houden een waardeoordeel in. Het zijn evaluerende uitspraken die refereren naar een bepaalde (morele) waarde, zoals goedheid, rechtvaardigheid, schoonheid, billijkheid. Voor de toepassing ervan kunnen, in tegenstelling tot de evaluerende uitspraken, onmogelijk nauwkeurige, vaste criteria worden aangelegd die elke subjectieve inbreng zouden elimineren. Deze uitspraken houden inherent een verwijzing in naar subjectieve waarden, waardepatronen en waardeschalen, waarover hoogstens een sterke intersubjectieve consensus kan bestaan; geen objectieve zekerheid, zoals bij een empirische toetsing, maar evenmin een perfecte intersubjectieve overeenstemming, zoals bij vele empirische en zelfs evaluerende uitspraken (inzoverre hierbij van een zelfde referentieschaal wordt uitgegaan).

4) *Normatieve uitspraken*

26. Deze poneren een norm, ofwel *actief* door een bevel te formuleren, ofwel *passief* door het bestaan van een norm vast te stellen, ofwel *indirect* door de toepassing van een normatief begrip. Onder *norm*

wordt verstaan elke prescriptieve uitspraak, om het even of ze een concreet bevel of een algemene gedragsregel inhoudt, die een actieve beïnvloeding van het menselijk handelen beoogt, in positieve zin (iets geven, iets doen), of in negatieve zin (iets laten).

Een *actieve* normatieve uitspraak formuleert een bevel voor een toekomstig handelen (bvb.: Open de deur!).

Een *passieve* normatieve uitspraak stelt het bestaan van een norm vast (bvb.: In die omstandigheden is (was) het uw plicht de deur te openen).

Een *indirecte* normatieve uitspraak formuleert impliciet een norm voor een daad die zich in het verleden situeert, en dit bij de toepassing van een normatief begrip op dat gedrag. Het *normatief begrip* bij uitstek in de rechtspraktijk is het begrip *,fout'* (1). Door een gedraging als foutief te kwalificeren verwijst de rechter indirect naar een norm, die *in casu* overtreden werd. „Dit gedrag is fout" houdt in dat een ander gedrag geboden was. Die norm kan een juridische regel zijn, doch doorgaans gaat het om een, door de rechter zelf bepaalde, maatschappelijke norm.

Een *normatief begrip* is dus een begrip dat per definitie verwijst naar een norm, die langs dit begrip wordt toegepast. Meestal wordt in de rechtspraktijk deze norm niet expliciet geformuleerd.

5) Mens- en maatschappijbeeld (2)

27. Een mens- en maatschappijbeeld is de feitelijke, waarderende en normatieve visie van één of meer personen op de mens en op de samenleving.

Het mens- en maatschappijbeeld van een persoon kan men dus samenstellen aan de hand van diens (empirisch niet getoetste) affirmaties over feiten en toestanden, zijn evaluerende beschouwingen, zijn waarderende beoordelingen en zijn normatieve uitspraken. Een mens- en maatschappijbeeld omvat dus het geheel van iemands opvattingen over wat de mens is, wat de maatschappelijke structuren, verhoudingen e.d. zijn, wat zij zouden kunnen zijn, en wat zij zouden moeten zijn, en de opvattingen over wat het gedragspatroon van de mens zou moeten zijn.

---

(1) Andere normatieve begrippen zijn bijvoorbeeld *„goede trouw"*, *„onrechtmatig"*.

(2) Een handiger woord is eigenlijk „ideologie". Vaak echter heeft dit begrip de bijklank, of zelfs de betekenis van een vertekend, dogmatisch, verstard mens- en maatschappijbeeld. Daarom wordt van dit woordgebruik maar afgezien.

6) Extra-juridische normen

28. Dit zijn maatschappelijke gedragsregels, normen die niet in het recht zijn opgenomen, maar waar het recht eventueel wel indirect naar verwijst, bijvoorbeeld langs normatieve begrippen om.

Dergelijke normen kunnen ook ten allen tijde in het recht worden opgenomen, doch nooit allemaal: er zullen steeds extra-juridische normen blijven bestaan, al was het enkel als specifieke normen bij de toepassing van algemene niet gespecifieerde rechtsregels.

7) Meta-juridische uitspraken

29. Dit zijn uitspraken over het recht, over de rechtsregels, over het rechtssysteem.

Per definitie kunnen ze niet in het recht worden opgenomen.

Een *meta-juridische norm* is een extra-juridische norm *over het recht*. Bijvoorbeeld: „Elk rechtssysteem moet beantwoorden aan de morele beginselen van gelijkheid en rechtvaardigheid". Een dergelijke norm kan onmogelijk zelf een rechtsregel zijn. Meta-juridische uitspraken zijn dus steeds niet-juridische uitspraken.

§ 5. **Hypothesen**

30. Bij het begin van het Gents onderzoek werden een aantal hypothesen geformuleerd op basis van een aantal reeds gelezen arresten van het hof van beroep en op basis van het onderzoek van Aix-en-Provence. Bij de meeste van deze hypothesen bleek achteraf dat ze, zeker in dit onderzoek, niet te toetsen waren. De concrete toetsbaarheid wordt hierna per hypothese besproken.

A. De rechters doen frekwent beroep op ervaringsregels

31. Een betere formulering zou zijn: „De rechters steunen hun juridische beslissing regelmatig (soms, vaak) geheel of gedeeltelijk op niet getoetste extra-juridische uitspraken". Dit is een toetsbare hypothese, op voorwaarde dat men een vrij preciese kwantitatieve maatstaf aangeeft voor begrippen zoals regelmatig, frekwent, soms en vaak.

32. Als bijkomende hypothese werd gesteld dat de rechters geen inzicht zouden hebben in de relativiteit van de ervaringsregels, dat ze dus niet zouden beseffen dat het gaat om *niet getoetste* empirische uit-

spraken. Voor zover gewerkt wordt met het begrip ‚ervaringsregel' ligt dit voor de hand, vermits deze beweringen dan per definitie niet getoetst hoeven te worden.

Werkelijk getoetst kon een dergelijke hypothese hier niet worden, hoogstens gefalsifieerd. Wanneer rechters in hun vonnissen niet laten blijken dat ze beseffen dat ze slechts een beperkte zekerheid hebben omtrent de juistheid van bepaalde empirische uitspraken, impliceert dit nog niet noodzakelijk dat ze dit ook effectief niet zouden inzien. Het kan immers voor de rechters bijvoorbeeld belangrijk lijken geen aarzeling te tonen in hun vonnis.

B. In de rechtspraak komt soms een zekere emotionaliteit naar voor

33. Voor de verifieerbaarheid dient het begrip ‚emotionaliteit' nauwkeurig omschreven en geoperationaliseerd te worden. *In casu* ging het om de emotionaliteit van de argumenten (zoals bijvoorbeeld een absoluut geloof in de moederliefde t.a.v. de opvoeding van kinderen) of een emotionele toon (bijvoorbeeld een zekere verontwaardiging die in het vonnis doorklinkt).

34. Een bijkomende hypothese was dat emotionaliteit vooral aan bod zou komen waar geen sluitend logische gedachtengang gevolgd wordt. Deze hypothese is vrij moeilijk te verifiëren vermits zowel bij het begrip ‚emotionaliteit' als bij het begrip ‚logische gedachtengang' de concrete toepassing problemen kan scheppen. Geen van beide begrippen kan immers zeer nauwkeurig worden afgebakend.

C. Axioma's worden niet normatief geformuleerd

35. Extra-juridische normen zouden in de rechtspraak zelden of nooit expliciet als norm geformuleerd worden, maar meestal verscholen zitten in een schijnbaar louter descriptieve uitspraak, of slechts indirect naar voor komen in de impliciete toepassing van een norm.
Deze hypothese is verifieerbaar.

D. Autoriteitsmotivering primeert op een inhoudelijke motivering

36. In plaats van de rechtsproblemen inhoudelijk te analyseren zou de rechtspraak zich doorgaans tevreden stellen met een verwijzing naar het gezag van andere rechtspraak (bij voorkeur het hof van

cassatie) en rechtsleer. Uit deze hypothese, die in beginsel wel toetsbaar is, kunnen weinig bruikbare resultaten gehaald worden. Er wordt immers geen onderscheid gemaakt tussen de aard van de gezagsbronnen, terwijl een inhoudelijke ontleding van een bepaald rechtsprobleem geconfirmeerd kan worden door de mening van anderen, zonder dat de juridische beslissing volledig steunt op de autoriteit van deze laatsten.

Er dient duidelijk genuanceerd te worden naargelang verwezen wordt naar een huidige *consensus* in rechtspraak en/of rechtsleer, naar een traditie (die dan impliciet *a priori* als juist wordt aanzien), of slechts naar één bron, waaraan dan voldoende autoriteit wordt toegekend om er zonder verder onderzoek op te mogen steunen. En ook bij dit laatste moet nog onderscheiden worden tussen de diverse auteurs, zowel naar datum als naar kwaliteit van de publicatie, en tussen het hof van cassatie, een hof van beroep en een lagere rechtbank, waarbij het tijdselement ook weer niet mag verwaarloosd worden. Bovendien vergt de toetsing van die hypothese een grondige kennis van de behandelde rechtsmaterie(s), en niet enkel van de wetgeving, maar ook van rechtspraak en rechtsleer. Het is immers mogelijk dat er precies minder verwijzingen naar gezaghebbende bronnen in een vonnis zullen voorkomen naarmate in rechtspraak en rechtsleer een grotere consensus bestaat.

Wanneer een rechter weet dat een bepaalde oplossing algemeen aanvaard is, zal hij minder behoefte voelen om deze oplossing te staven.

Er dient trouwens nog aangestipt te worden dat een grondige inhoudelijke ontleding van elk juridisch probleem in elk vonnis voor een rechter een praktische onmogelijkheid is. Het zou trouwens zelfs een weinig verantwoorde werkwijze zijn, vermits een zekere arbeidsverdeling, vooral tussen rechtsleer en rechtspraak hier noodzakelijk is. Een zekere ‚autoriteitsmotivering' is dus onvermijdelijk, en zelfs in zekere mate onontbeerlijk. Het onderzoek zou zich bijgevolg eerder moeten toespitsen op de *waarde* van de ingeroepen autoriteit, en op de vraag in hoeverre een verwijzing naar een autoriteit, zonder inhoudelijke ontleding van het probleem, *in casu verantwoord* is.

E. Zwakke rechtspraak verwekt een maatschappelijk onbehagen

37. Ook voor de toetsing van deze hypothese stellen zich ernstige problemen. Er dient vooreerst gepreciseerd te worden over welk soort ‚zwakte' het hier gaat: een zwakte op juridisch gebied, of op het vlak van de aanvaardbaarheid van de beslissing in de samenleving. Daaren-

boven is het meten, en zelfs het louter vaststellen van een ‚maatschappelijk onbehagen' zeer moeilijk. Het is trouwens de vraag hoeveel rechterlijke beslissingen bij een min of meer ruim publiek bekend raken.

In het Gents onderzoek kwam de verificatie van deze hypothese er op neer dat de subjectieve meningen van de magistraten getoetst werden aan de subjectieve beoordelingen van de onderzoekers. In hoeverre bepaalde arresten in de samenleving een onbehagen zouden verwekken werd niet nagegaan, en kon ook niet worden nagegaan in het kader van dit onderzoek.

F. Creatieve rechtspraak doet zich voor waar naar billijkheid geoordeeld wordt

38. Voor de verificatie van deze hypothese rijzen opnieuw de problemen van begripsomschrijving en van de kennis van de rechtsmaterie, die de onderzoekers noodzakelijk moeten bezitten.

Daarenboven dient rekening gehouden te worden met de feitelijke zeldzaamheid, zowel van ‚creatieve' rechtspraak, als van rechtspraak die expliciet steunt op billijkheidsmotieven.

G. In de rechtspraak worden vaak elementaire logische regels overtreden

39. Een onderzoek naar de logische correctheid van de rechterlijke redeneringen is een onderzoek op zich, dat zowel een vrij grondige kennis van het recht als een kennis van de logica vereist. Tevens zou een grondige ontleding van de afzonderlijke vonnissen noodzakelijk zijn. Het ontdekken en juist bepalen van een fout, ook al is het een overtreding ‚van de meest elementaire logische regels', is helemaal niet zo eenvoudig.

De toetsing van deze hypothese was hier dan ook praktisch onmogelijk.

§ 6. **Rol van de rechter**

40. Welke functie heeft de rechter nu eigenlijk in de samenleving (1)?

(1) Hier wordt niet ingegaan op de rol van de rechter in de rechtszaal, zijn positie t.o.v. partijen en openbaar ministerie. Zie hierover: Rottleuthner, H., *Zur Soziologie Richterlichen Handelns, Kritische Justiz*, 1971, blz. 84 e.v.; Robert, Ph., e.a., *Les attitudes des juges à propos des prises de décision, Ann. Fac. Dr. Liège*, 1975, 81-95. Een goede analyse van de rol van de rechter in het kader van de roltheorie (rollenzenders, rolgedrag, rolverwachtingen, e.d.) vindt men bij Lautmann, R., *Rolle une Entscheidung des Richters — ein soziologischer Problemkatalog*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 1, Bielefeld, 1970, blz. 381-416 (met uitgebreide bibliografie).

Het is nuttig hierop even in te gaan om zich goed het belang en de draagwijdte te realiseren van niet-juridische uitspraken, evaluaties, waardeoordelen en normen, die een rechterlijke beslissing beïnvloeden.

41. De rechter is een *beslisser*, geen oplosser van problemen.

Tussen twee of meer alternatieven wordt er één gekozen die juridisch als *juist* wordt aangezien.

De rechter beslecht geïsoleerde gevallen, geen maatschappelijke problemen. Hij *beëindigt* gerezen geschillen volgens een vastgelegde procedure (1), doch lost ze niet op. Wanneer bijvoorbeeld een huwelijk spaak loopt gaat men niet bij de rechter om de gezinsmoeilijkheden op te lossen, maar om ze te beëindigen door een echtscheiding. Dit voorkomt dan wel in zekere mate nieuwe problemen, precies omdat een einde wordt gesteld aan een toestand die aanleiding gaf tot conflicten en moeilijkheden. De beslissing van de rechter is echter in wezen op het verleden gericht, en niet op de toekomst (2). Hij kan wel bestaande problemen geheel of gedeeltelijk beëindigen, doch niet voorkomen dat nieuwe moeilijkheden ontstaan. In sommige gevallen worden de nieuwe conflicten precies veroorzaakt door de rechterlijke tussenkomst, zonder dat de rechter de mogelijkheid heeft een juridische beslissing te weigeren en te verwijzen naar andere instanties, die, bijvoorbeeld door een sociaal-psychologische aanpak, het probleem werkelijk zouden kunnen oplossen. De rechter is gebonden door wat de partijen vragen: *‚ne eat iudex ultra petita'* (art. 1138, 2e Ger. W.).

42. Voor het nemen van zijn beslissing volgt de rechter bepaalde *normen*, die uit een objectieve bron worden gehaald (wetgeving, rechtspraak, e.d.).

Lautmann maakt hierbij een onderscheid tussen het formeel en het informeel programma (3). Het formeel programma omvat alle wettelijke of door de wet voorziene regelen. Het informeel programma omvat alle onofficiële en ongecodificeerde waarden en normen die de beslissing beïnvloeden. Het informeel programma wordt dus bepaald door het mens- en maatschappijbeeld van de rechter.

---

(1) Dit is niet enkel de objectieve functie van de rechter, doch ook diens rol zoals ze gezien werd door de ontwerpers van het burgerlijk wetboek. Zie: FENET, P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, 1827 (herdruk Osnabrück, 1968), dl I, blz. 473.

(2) SCHUYT, C.J.M., *Rechtssociologie*, Rotterdam, 1971, blz. 121.

(3) LAUTMANN, R., *Justiz — die stille Gewalt*, Frankfurt, 1972, blz. 18.

43. De rechter moet zijn beslissing ook *binnen een redelijke termijn* vellen. In die optiek moet de rechter noodgedwongen werken met pragmatische theorieën en stereotypen (1), dus met niet getoetste empirische beweringen. Vooral in eerste aanleg is het de rechter onmogelijk alle feitelijke en juridische problemen grondig uit te diepen. Een snelle beslissing is vaak waardevoller dan een pas na maanden of jaren geveld ‚perfect' vonnis.

44. De rechter is niet alleen beperkt in de beslissingen die hij kan nemen, ook zijn *werkinstrumenten* zijn beperkt (2).
Hij kan slechts beschikken over de wettelijk voorziene onderzoeksmaatregelen binnen de door de wet voorziene grenzen. In veel gevallen kunnen deze wettelijke onderzoeksmaatregelen ruim volstaan, in andere gevallen echter kan een schriftelijk verslag van een deskundige, en een getuigenverhoor, en zelfs een afstapping ter plaatse onvoldoende zijn om een juist inzicht te bekomen in de probleemsituatie. Zo bijvoorbeeld voor de toewijzing van kinderen aan één van beide echtgenoten of aan een derde persoon of instelling.

45. De rechterlijke functie is een functie van *sociale controle*. Bij overtreding van de regelen, kan en moet de rechter deze handelwijze sanctioneren. Hierbij oefent hij dan ook *macht* uit, als vertegenwoordiger van het gerecht als organisatie. De rechter waakt echter niet enkel over de toepassing en de navolging van de wettelijke regelen, hij is ook een *behoeder van de moraal*. Op alle gebieden van het recht heeft de rechter de mogelijkheid om een overtreding van morele regelen te sanctioneren, ofwel door een uitdrukkelijke wetsbepaling, ofwel door zijn algemene opdracht te waken over de toepassing van de regelen van de ‚goede trouw', en zijn taak de ‚openbare orde' te beschermen. In deze functie *waardeert* de rechter een bepaalde toestand of een bepaald gedrag, en past hij *extra-juridische normen* toe. In dit kader is een onderzoek naar het mens- en maatschappijbeeld van de rechter dan ook erg nuttig (3).

---

(1) Voor nadere toelichting, zie verder onder nr. 46.

(2) Deze beperktheid wordt door de rechters duidelijk als negatief ervaren, vooral ten aanzien van de keuzemogelijkheden bij de sanctionering van delicten (zie diverse uitspraken van magistraten in: ROBERT, PH., *Les attitudes des juges à propos des prises de décision, Ann. Fac. Dr. Liège*, 1975, 126 e.c., 138, 144 e.v.).

(3) In deze rechterlijke visie op mens en maatschappij zit ook een opvatting over diens eigen rol als rechter. Een onderzoek dat zich hierop zou toespitsen zou buitengewoon interessante resultaten kunnen opleveren, door een vergelijking tussen de werkelijke rol, de eigen rolopvatting van de rechters, en de visie van de rechtsonderhorigen op die rol. Het onderzoek van Robert, Faugeron en Kellens (*Les attitudes des juges à propos des prises de décision,*

MENS- EN MAATSCHAPPIJBEELD VAN DE RECHTER

§ 1. Empirische uitspraken

46. Regelmatig worden in de rechtspraak uitspraken over feiten of toestanden geponeerd als onbetwistbare evidenties. Dergelijke uitspraken worden door de rechtsleer gekwalificeerd als ‚algemeen bekende feiten' of als ‚ervaringsregelen' (1). De juistheid van deze beweringen zou zo evident zijn dat ze geen nader bewijs behoeven.

In de praktijk worden echter vaak uitspraken gedaan, die wellicht voor velen aanvaardbaar klinken, doch niet zo evident zijn dat ze zonder verdere motivering of staving een voldoende stevige basis kunnen vormen voor een rechterlijke beslissing. Daarenboven blijken vele van die feitelijke beweringen toetsbaar te zijn met behulp van aangepaste technieken (sociologische, statistische, psychologische, enz.). Op een wetenschappelijk moeilijk verdedigbare wijze worden deze beweringen ontdaan van de noodzaak van een empirische controle, door ze te kwalificeren als ‚algemeen bekende feiten' of als ‚ervaringsregelen'. Dit vergroot de kans dat *stereotypen* en *pragmatische theorieën* in de rechtspraak binnensluipen. Dit zijn beweringen en theorieën die niet wetenschappelijk gecontroleerd werden, en vaak een veralgemening inhouden die bij empirische toetsing vals blijkt te zijn (2). Deze stereotypen en pragmatische theorieën vereenvoudigen het onderzoek van de feiten en het achterhalen van de ‚waarheid' (3). De toepassing ervan moet niet zonder meer negatief beoordeeld worden; onder tijdsdruk en bij gebrek aan efficiënte informatiemogelijkheden zijn de magistraten soms verplicht zich met halve zekerheden tevreden te stellen. Het is echter de vraag in hoeverre de magistraten zich er van

---

gecit.) schetst de eigen rolopvatting van de franse strafrechter evenals diens visie op het strafrechtelijk systeem. Er wordt zowel ingegaan op de functie van de rechter in de samenleving als op de verhouding met de andere deelnemers aan het procesgebeuren (openbaar ministerie, kollega's, beklaagde, advokaten, deskundigen, het publiek). In het Gents onderzoek werden geen relevante gegevens verzameld i.v.m. de eigen rolopvatting van de rechter. (Dit rolbegrip vindt men terug in: GROSSMAN, J.B., *Role playing and the Analysis of Judicial Behavior: The Case of Justice Frankfurter*, Journal of Public Law, 1972, blz. 294: „Role, is used to denote a consistent pattern of behavior on the part of an individual in response to *his* conception of the nature of his function in a system". Grossman toont de invloed ervan aan op de beslissingen van, *in casu*, de *Supreme Court*.)

(1) Zie hoger onder nr. 21. Zie echter voor een meer genuanceerde omschrijving: ESSER, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1974 (1e uitgave: 1956), blz. 110, voetnoot 77.

(2) Zie hierover: LAUTMANN, R., *o.c.*, vooral blz. 21-23; OPP, K.-D., *Soziologie im Recht*, Reinbek, 1973, blz. 49 e.v., blz. 84 e.v.

(3) Lautmann spreekt in dit verband over *Konstruktion von Wahrheit*, (*o.c.*, blz. 21).

bewust zijn dat het inderdaad slechts *gedeeltelijke* zekerheden zijn, en ook of stereotypen en pragmatische theorieën effectief slechts in geval van nood opduiken.

A. De ervaring als kennisbron

47. Zelden wordt er expliciet naar verwezen, doch in feite steunen de hier geanalyseerde empirische uitspraken steeds ofwel op de persoonlijke levenservaring van de rechter, ofwel op zijn beroepservaring als rechter.

Er werd reeds gesteld dat slechts bij gebrek aan een meer zekere bron op deze ervaring gesteund zou mogen worden.

Maar ook wanneer de rechter op een verantwoorde wijze empirische ‚kennis' uit zijn ervaring haalt, dient voorbehoud gemaakt te worden omtrent de representativiteit, de intersubjectieve ‚juistheid', van dit inzicht in de werkelijkheid, zowel bij de gewone levenservaring als bij de beroepservaring. Er zijn immers een aantal factoren die maken dat de rechter een beeld heeft van de samenleving, dat (soms vrij sterk) kan verschillen van de visie die de doorsnee-burger heeft op de werkelijkheid (1).

1) Levenservaring

48. Een eerste factor die de ervaring van de rechter beïnvloedt is zijn *herkomst*. Uit welke sociale milieus zijn de rechters afkomstig? In België werd hierover nog geen onderzoek uitgevoerd.

In Duitsland (2) werd vastgesteld dat 60% van de magistraten afkomstig is uit de hogere middenstand (vrije beroepen, hogere ambtenaren, zelfstandige handelaren, kaderpersoneel), die zelf slechts 4,6% van de totale bevolking vormt, terwijl slechts 1% van de rechters afkomstig is uit de groep van ongeschoolde en gedeeltelijk geschoolde arbeiders, die 40% van de bevolking uitmaken.

Deze cijfers maken duidelijk dat de arbeiderswereld vrijwel volledig buiten de ervaringsfeer van de rechters ligt. In het algemeen zal het

(1) In het algemeen blijkt men een groot vertrouwen te hebben in de ervaring van de rechter: zie o.m. De Ruiter, J., *Oude en nieuwe taken van de burgerlijke rechter*, 1970, blz. 37.

(2) Zie hierover: Richter, W., *Zur Bedeutung der Herkunft des Richters für die Entscheidungsbildung*, Berlijn, 1973, blz. 19 e.v.; Richter, W., *Zur soziologischen Struktur der Deutschen Richterschaft*, Stuttgart, 1968 (met uitgebreider cijfermateriaal); zie ook: Kaupen, W., *Die Hüter von Recht und Ordnung*, Niewied/Berlijn, 1969, blz. 45 e.v., 63 e.v., 140 e.v. Voor een vergelijkbaar onderzoek ten aanzien van de Romeinse juristen, zie: Kunkel, W., *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz, Wenen, Keulen, 1967.

dus gaan om een ervaring van mensen uit de burgerij, en in het bijzonder de hogere burgerij. In de veronderstelling dat deze cijfers voor België parallel zouden lopen, kunnen we verwachten dat de ervaring van de rechters op dit punt een beperkte ervaring zal zijn.

49. Kaupen wijst op het *socialiseringsproces in het onderwijs*, waarbij bepaalde voorstellingen omtrent de werkelijkheid worden doorgegeven (1). Dit is de subjectieve visie op de werkelijkheid van degenen die het onderwijs verstrekken, die in dit onderwijs impliciet of expliciet als objectieve kennis wordt meegegeven. Dit gebeurt vooral in lager en middelbaar onderwijs, maar ook in het universitair juridisch onderwijs wordt samen met de juridische techniek een bepaalde cultuur en een bepaald mens- en maatschappijbeeld overgedragen. Achter een begrip zoals contractsvrijheid schuilen liberale denkbeelden. Het beginsel van de vrijheid van handel, vooral zoals dit is uitgewerkt in het Europees recht, weerspiegelt welbepaalde economische opvattingen. Geheel het personen- en familierecht is de juridisch technische uitwerking van een visie op huwelijk en gezin.

Vermits ons recht nog grotendeels een erfenis is van de negentiende-eeuwse burgerij, zal het mens- en maatschappijbeeld van de studenten, die afkomstig zijn uit de burgerij, eerder versterkt dan gecorrigeerd worden. Ten aanzien van de andere studenten treedt een ‚socialiseringsproces' op, dit wil zeggen dat hun denken onbewust geïntegreerd wordt in de denkpatronen van de eerste groep en in de denkschema's die in het juridisch onderwijs worden meegegeven (2).

50. Na de universiteit krijgt men nog een *socialiseringsproces in het beroepsleven* (3).

De dagelijkse omgang met mensen die op vele punten een gemeenschappelijk mens- en maatschappijbeeld hebben beïnvloedt onvermijdelijk de mens- en maatschappijvisie van iemand met andere opvattingen (4).

---

(1) KAUPEN, W., *Die Hüter von Recht und Ordnung*, Niewied/Berlijn, 1969, blz. 142 e.v. (i.v.m. lager en middelbaar onderwijs), en blz. 154 e.v. (i.v.m. het juridisch onderwijs). Zie ook nog: TER HEIDE, J., *De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht*, intreerede, 1970, blz. 26.

(2) Zie ook: RICHTER, W., *Zur Bedeutung der Herkunft des Richters für die Entscheidungsbildung*, Berlijn, 1973, blz. 47 e.v.

(3) KAUPEN, W., *o.c.*, blz. 46, blz. 56 e.v., blz. 183 e.v.

(4) In verband met het belang van de „common socialisation" van de rechters voor de taalinterpretatie, zie: SEIDMAN, R.B., *The judicial process reconsidered in the light of role-theory*, *The Modern Law Review*, 1969, blz. 522 en 523.

Tevens vormt de praktijk in zeker opzicht een verlengstuk van het universitair onderwijs, vermits door juristen nog heel wat in de praktijk geleerd moet worden, wat een regelmatig contact met andere juristen bevordert.

2) Beroepservaring

51. De ervaring die de magistraat in zijn rechterlijke functie opdoet is een heel andere ervaring, dan diegene die wordt verworven door iemand die als rechtstreeks betrokkene in het dagelijks leven met dezelfde gebeurtenissen en toestanden geconfronteerd wordt.

Vooreerst zit de rechter in een heel speciale positie van *buitenstaander* (per definitie), die op relatief korte termijn een *beslissing* moet vellen. Hij heeft slechts beperkte mogelijkheden tot een actief optreden om de reële werkelijkheid te achterhalen; hij is min of meer afhankelijk van wat de partijen (willen) voorbrengen. Hij *staat* niet in het dagelijkse leven, doch neemt er slechts indirect kennis van, meestal dan nog langs schriftelijke stukken om.

52. Bovendien krijgt de rechter een vertekend beeld van de samenleving te zien, doordat hij slechts de *pathologische gevallen* te behandelen krijgt en niet de doorsnee situaties. De wijze waarop de rechter beroepshalve met de werkelijkheid geconfronteerd wordt, geeft hem een zeer aparte kijk op die zaken, ook doordat hem vaak nog een vertekend beeld van de situatie wordt voorgebracht door de partijen en hun advocaten.

Men zou kunnen nagaan of de rechter niet geneigd is de probleem- en conflictsituaties die hem worden voorgelegd te veel te veralgemenen doordat de normale toestanden hem grotendeels onbekend blijven (1).

In elk geval kan men bezwaarlijk verwachten dat de kennis die de rechter uit zijn ‚ervaring' haalt steeds zal overeenstemmen met de feitelijke werkelijkheid.

(1) Lautmann schetst een voorbeeld waaruit blijkt hoe sterk de rechters overtuigd zijn van de juistheid van hun ervaringskennis: „Bei der Beratung über das Strafmass mache ich Einwände gegen die Höhe. Der Vorsitzende meint zu mir: ‚Sie müssen auch mal *unsere Erfahrung* gelten lassen.' Es entwickelt sich nun ein Disput, ausgehend von meiner Frage: ‚Weiss man wirklich genau, ob zwei Jahre Freiheitsstrafe mehr beeindrucken als ein halbes Jahr oder ein Jahr?' Der Vorsitzende fragt mich schliesslich: ‚Wie lange sind Sie schon Richter?' — ‚Dreivierteljahr.' — Der Vorsitzende: *‚Ich bin dreissig Jahre Strafrichter!'* — ‚Man kann seine Erfahrungen auch auf anderem Wege sammeln. Ich habe Erfahrung durch das Studium von wissenschaftlichen Büchern.' — Der Vorsitzende, wegwerfend: ‚Ach, *die Wissenschaft, damit kann man nicht viel machen*'." (*o.c.*, blz. 59).

B. Sociografisch toetsbare uitspraken

53. Een onderscheid kan gemaakt worden naar de praktische mogelijkheden om tot een toetsing van de uitspraken over te gaan. Precies omdat het empirische uitspraken zijn, zullen de hier geanalyseerde beweringen van het hof van beroep te Gent (1) principieel alle voor verificatie in aanmerking komen.

Dat huwelijken in arbeidersgezinnen vroeg voorkomen [*1*] (2), of dat men in landbouwersgezinnen nog regelmatig introuwt [*5*], zijn beweringen die eenvoudig en snel empirisch getoetst kunnen worden, en waarvoor het (statistisch) materiaal wellicht reeds voorhanden is.

Voor algemene uitspraken over de economische toestand in een bepaalde periode [*16*] moet het zelfs mogelijk zijn rechtstreeks naar bepaalde informatiebronnen te verwijzen. Misschien lijkt een dergelijke motiveringsplicht overbodig en tijdrovend, doch dan miskent men het belang van de motivering voor de bescherming van de partijen. Ook de juridische motivering zal soms overbodig lijken, wanneer men er van overtuigd is dat de wet toch ‚algemeen bekend' is. Wanneer men nu de juridische motiveringsplicht ook voor deze ‚banale' motiveringen ingevoerd heeft, dan is dit precies omdat men meende de beoordeling van het nut of de noodzaak van een motivering niet aan de feitenrechter te kunnen overlaten. Er is geen reden waarom men tegenover niet-juridische uitspraken, die als basis dienen voor een juridische beslissing, een andere houding zou moeten aannemen.

54. Of in de winter, op het platteland een bierwagen zelden volgeladen is [*14*], lijkt moeilijker verifieerbaar. Toch zou dit geen ernstige problemen stellen, zo de rechter meer rechtstreekse onderzoeksmogelijkheden ter zijner beschikking zou hebben, zoals bijvoorbeeld het (laten) nemen van steekproeven, of het afnemen van interviews (3).

Of een vrouw met verschillende kinderen nog buitenshuis kan werken [*6*], kan wel minder gemakkelijk worden nagegaan, omdat enerzijds veel afhangt van de concrete omstandigheden, en anderzijds deze bewering een zekere evaluatie inhoudt.

---

(1) Vooral in deze paragraaf worden de meeste citaten in bijlage *in extenso* opgenomen, en in de tekst slechts ten exemplatieven titel verwerkt. De cijfers tussen vierkante haakjes verwijzen naar de bijlage, alwaar de citaten ook nog naar materie werden gerangschikt, en waarin tevens die uitspraken werden opgenomen die niet in de tekst verwerkt zijn.

(2) Telkens niet letterlijk wordt aangehaald wordt naar de bijlage verwezen.

(3) Zo de rechter zelf dit onderzoek zou (laten) uitvoeren, spreekt het van zelf dat ook hierin het contradictorisch karakter van de procedure geëerbiedigd zou moeten worden. De resultaten van het onderzoek zouden dus minstens vóór de sluiting der debatten aan alle partijen moeten worden voorgelegd.

55. Doch in het algemeen zullen de meeste empirische uitspraken principieel gemakkelijk getoetst kunnen worden, mits men maar de aangepaste onderzoekstechnieken aanwendt. Voor de berekening van het ‚gemiddeld' ‚normaal' doktersinkomen [2] zal men bijvoorbeeld statistisch materiaal kunnen raadplegen. Met steekproeven kan men vaststellen of inderdaad veel voetgangers oversteken wanneer een voertuig nadert [10]. In hoeverre in de diverse sociale milieus de ouders tussenkomen in het onderhoud van hun kinderen, vóór en na het huwelijk [3 en 4], kan men nagaan door het afnemen van interviews.

56. Erg delicaat is het voor een rechter te stellen dat een bepaalde opinie ‚algemeen aangenomen' is (1). Dergelijke beweringen kan men immers per definitie niet op de eigen ervaring steunen. Deze ervaring is noodzakelijk beperkt, en kan onmogelijk een juist inzicht geven in wat ‚algemeen' wordt aangenomen. Inzoverre men zou vaststellen dat dergelijke uitspraken effectief overeenstemmen met of afwijken van de werkelijk algemeen gangbare opinie, zou dit aanwijzingen kunnen geven met betrekking tot de representativiteit van de rechterlijke ervaring. Vooral wanneer men regelmatig afwijkingen zou vaststellen van de doorsnee-opinies, zou dit duidelijk wijzen op een verschil in ervaringsfeer tussen de doorsnee-rechter en de doorsnee-burger.

57. Hoe relatief algemene beweringen zijn, komt natuurlijk bij uitstek naar voor wanneer in de rechtspraak twee *contradictorische beweringen* worden aangetroffen.

Zo meende de tweede kamer dat een vijfenveertigjarige vrouw praktisch onmogelijk nog werk kan vinden: „*Verweerster is 45 jaar oud, draagt de last van een kind van drie jaar, en heeft voordien nooit moeten werken. In die omstandigheden is het voor haar praktisch onmogelijk, niet alleen werk te vinden, maar ook nog buiten het huis te gaan werken*" (2).

Volgens de negende kamer kan een vrouw van 45 jaar nog gemakkelijk aan werk geraken, voor zover „*uit het doktersattest niet volgt dat eiseres in hoger beroep in de onmogelijkheid verkeert om, door persoonlijke arbeid grotendeels in eigen onderhoud te voorzien*" (3).

---

(1) Zoals bijvoorbeeld: „Het is algemeen aangenomen dat het niet aan te bevelen is dat kinderen opgevoed worden in een volksherberg." (Kamer 9, 16/03/72) — ‚Kamer' wordt verder steeds afgekort als ‚K'. Buiten de kamer wordt ook de datum aangegeven en/of het nummer van de algemene rol. Dit laatste naargelang ze in het onderzoek door de studenten werden opgetekend.

(2) K2, 28/04/72.

(3) K9, AR 595 (AR = algemene rol).

Ofwel is één van beide beweringen fout, ofwel is de context verschillend, wat er dan op wijst hoe wenselijk het zou zijn de motivering verder uit te werken. Op die manier zou men komen tot meer genuanceerde en specifieke uitspraken, die ook gemakkelijker getoetst zouden kunnen worden.

58. Ook wanneer het hof het bestaan aanneemt van *rechtsgewoonten*, gaat het om empirische uitspraken die steunen op de eigen, directe of indirecte ervaring van de magistraten. Ook deze uitspraken zijn vatbaar voor een objectieve verificatie. Men kan nagaan of bij deze ‚rechtsgewoonten' inderdaad van een ‚gewoonte' sprake is.

In bepaalde omstandigheden schept volgens het hof het bezit van een kwitantie *geen* vermoeden van betaling [19]. In bepaalde handelssectoren is het volgens het hof de gewoonte overeenkomsten enkel mondeling aan te gaan [20], wat gevolgen heeft op het gebied van het bewijs.

59. Belangrijk is dat de magistraten zich van dit probleem bewust zijn en door een samenwerking met niet-juristen minstens de kans helpen verminderen op onjuiste empirische uitspraken, die soms de rechterlijke beslissing determinerend beïnvloeden. Dergelijke objectieve informatie is zelfs wenselijk om juiste meningen een vaste basis te bezorgen, en niet enkel om mogelijke fouten en vergissingen aan het licht te brengen.

Een verificatie is ook niet altijd zonder meer mogelijk. Sommige uitspraken zijn op een algemene manier geformuleerd, andere zitten min of meer verscholen achter een concrete toepassing, en dienen dus eerst geëxpliciteerd te worden. Evenmin is een bewering steeds louter beschrijvend. Ze kan een zekere evaluatie inhouden. De louter feitelijke uitspraak dient vooraf van dit evaluerend element gescheiden te worden om voor een toetsing in aanmerking te kunnen komen.

60. Dan stelt zich nog de vraag naar de houding die de rechter dient aan te nemen wanneer hij een bepaalde mening is toegedaan, maar hiervoor geen wetenschappelijke zekerheid tot steun heeft.

Vermits het in principe niet zijn taak is om zelf deze zekerheid te zoeken, kan men moeilijk anders verlangen van de rechter, dan dat hij zijn mening als werkhypothese gebruikt tot eventueel bewezen zou worden dat hij zich in één of ander opzicht vergist.

Belangrijk is echter wel dat de rechter zich bewust is van de relativiteit van elke hypothetische mening, hoe zeker ze ook in zijn ogen kan

lijken te zijn. En anderzijds is het belangrijk dat er een doorstroming zou gebeuren van alle mogelijke probleemgevallen en probleemgebieden naar de onderzoekers toe.

C. Psychologische uitspraken

61. Bij de door het hof geformuleerde psychologische uitspraken kan men onderscheid maken tussen de algemene en de concrete beweringen.

Zo poneerde het hof in het algemeen dat een vergissing omtrent een verzekeringsvoorstel, die begaan wordt door een verzekeringsmakelaar, *a fortiori* door een havenarbeider zal worden begaan [*31*]. Het hof steunt zich hier niet op de bijzondere concrete omstandigheden van het geval, maar meent dat dit een regel is die in het algemeen opgaat. Een dergelijke uitspraak is gemakkelijker te toetsen, dan een uitspraak die niet verder reikt dan het individuele geval, zoals wanneer het hof de afwezigheid van bedrieglijk opzet bij het wegnemen van een wagen, afleidt uit de kameraadschappelijke relatie die bestond tussen degene die de wagen had weggenomen en de eigenaar ervan [*36*]. Een dergelijke concrete uitspraak kan enkel geverifieerd worden in het raam van het specifiek geschil waarover het hof een arrest velt.

62. Soms is het slechts een wijze van formuleren, en had het hof bij een algemene uitspraak misschien enkel het individueel geval op het oog. Anderzijds kan gesteld worden dat concrete beweringen indirect steeds naar meer algemene uitspraken verwijzen, die dan de verzwegen premissen vormen.

Zo kan de uitspraak „Was A aandachtig geweest, dan had hij niet mogen twijfelen aan de bedoeling van B af te slaan ter hoogte van het naderend kruispunt" [*30*] herformuleerd worden als: „in die en die omstandigheden kan een doorsnee-bestuurder die aandachtig is niet twijfelen aan de bedoelingen van een tegenligger om af te slaan bij het kruispunt".

Uit citaat *25* kan afgeleid worden dat het hof van oordeel is dat een jonge arbeider van bijna 16 jaar zich bewust is van de gevaren van dronkenschap achter het stuur. Ook een meisje van zeventien jaar kan, volgens het hof, wat het gevaarsbesef en het gevaarsinzicht betreft met een volwassene worden gelijkgesteld [*26*].

In diverse citaten (1) ontbreken de nodige gegevens om er de impliciete algemene beweringen uit af te leiden, waarvan deze uitspraken een toepassing zijn. Dit is slechts mogelijk mits kennis van meer feitelijke gegevens.

(1) Bvb. nrs. *27*, *28* en *29*.

63. Belangrijk is dat het hof hier steeds direct of indirect een algemene psychologische uitspraak formuleert, die voor toetsing vatbaar is, en waarvoor in de wetenschappelijke literatuur wellicht reeds materiaal voorhanden is om de juistheid van die bewering te beoordelen. Een zekere voeling met deze literatuur, zoniet een expliciete verwijzing ernaar telkens aan een psychologische uitspraak juridische gevolgen worden verbonden, komt wenselijk voor. En dat deze beweringen juridische gevolgen hebben kan moeilijk geloochend worden. In vrijwel alle gevallen gaat het om een antwoord op de vraag of de *in concreto* verrichte handeling ‚normaal', t.t.z. ‚verschoonbaar' is. Van deze uitspraak hangt bijvoorbeeld af of iemand geacht wordt een fout te hebben begaan in het kader van de burgerlijke aansprakelijkheid [*21*, *24*, *25*, *26*, *27*, *28*, *29*, *30*, *32*], of een overeenkomst nietig is [*31*, *33*], of bepaalde feiten vervallen als grond tot echtscheiding [*35*], en of de kinderen aan de vader dan wel aan de moeder zullen worden toegewezen [*22*, *23*].

Het belang van de juistheid van psychologische (of, in het algemeen, empirische) uitspraken kan men slechts beseffen mits inzicht in de juridische relevantie ervan. De juistheid zelf van deze uitspraken kan slechts door psychologen worden getoetst. Een samenwerking tussen psychologen en juristen dringt zich op. Evenals de sociologie zou trouwens de psychologie hier materiaal kunnen vinden, of althans op problemen opmerkzaam kunnen gemaakt worden, waardoor een vruchtbare interdisciplinaire uitwisseling kan ontstaan.

D. Technische uitspraken

64. De hoger (1) aangehaalde beperkingen van de beroepservaring van de rechter zijn wel minder toepasselijk op technisch gebied, doch ook al doet de rechter een zekere technische kennis op door bijvoorbeeld regelmatig deskundigenverslagen te bestuderen, op zich is dit niet voldoende om technische uitspraken louter op zijn eigen autoriteit te steunen. De door de rechter langs zijn beroepservaring om verworven technische kennis is per definitie erg onvolledig. Er kunnen in elke zaak dan ook specifieke elementen zijn, die niet zomaar in de ‚ervaring' kunnen worden teruggevonden. Het belang en de invloed van deze elementen kan slechts door een technisch deskundige worden aangegeven. Daarenboven lijkt zelfs bij typeproblemen een bronnenverwijzing steeds wenselijk, bijvoorbeeld naar deskundigenverslagen in vroegere zaken, of naar technische vakliteratuur.

(1) Zie onder nr. 51 e.v.

65. De meeste technische uitspraken worden gedaan op het gebied van de verkeersongevallen. Dit is begrijpelijk, vermits dit een belangrijk deel uitmaakt van de rechtspraak van het hof, wat dan ook een uitgebreide beroepservaring met zich meebrengt (1).

Uitspraken werden gedaan met betrekking tot de zichtbaarheid van moddervlekken [*38, 39*], de gevolgen van het rijden in een put [*37, 41*], de vermoedelijke snelheid van een voertuig [*40, 44, 47*], de baanvastheid [*43*] of de remkracht [*45*] van een wagen, de stuurvaardigheid van een chauffeur [*42, 46*] en de bruikbaarheid van een roeste fiets [*48*].

66. Voor de meeste andere gebieden dan verkeersongelukken is het minder waarschijnlijk dat de magistraten over een uitgebreide beroepservaring beschikken met betrekking tot de technische problemen. Toch lijkt ook hier het hof zich soms op eigen inzichten te steunen, zoals in verband met het arbeidsritme dat een jongeman van 26 jaar aankan [*56*], het normaal gedrag van een renpaard [*59*], en het nut een deskundige aan te stellen om zandverstuivingen in de duinen te onderzoeken [*60*]. In dit laatste geval meende het hof dat geen deskundige diende te worden aangesteld omdat enerzijds te weinig zekere gegevens voorhanden waren, en anderzijds te veel tijd verlopen was sinds de feiten. Men kan zich afvragen of het hof er zich rekenschap van gaf dat deze beoordeling van de mogelijkheid al dan niet nog dienstige deskundige vaststellingen te kunnen doen, zelf ook reeds een zeker onderzoek en deskundigheid vergt. Het afwijzen van een deskundigenonderzoek houdt dus een technische beoordeling in.

67. Merkwaardig is hoe regelmatig de *schade geschat* wordt, waar een nauwkeurige, of toch benaderende berekening mogelijk is [*49, 50*]. Ook wanneer het hof inderdaad op een vaste basis berekeningen zou hebben gemaakt en de verwijzing naar de billijkheid (‚*ex aequo et bono*') slechts een misleidende formulering zou zijn (2), onttrekt het hof deze ‚schatting' hierdoor aan een mogelijke controle op de juistheid ervan.

---

(1) Uit het onderzoek van ROBERT, FAUGERON en KELLENS blijkt dat de rechters zichzelf hierdoor voldoende deskundig achten, zodat de aanstelling van deskundigen in verkeerszaken eigenlijk overbodig zou zijn (*Les attitudes des juges à propos des prises de décisions, Ann. Fac. Dr. Liège*, 1975, 88).

(2) Zoals de bewoordingen ‚normaal en rechtmatig', wanneer het hof bij een onteigening als vergoeding voor wederbeleggingskosten en wachtintresten samen 21% als normaal en rechtmatig aanneemt (K1, 07/12/72), terwijl dit slechts een samentelling is van vastliggende procenten (registratierechten e.d.).

Vooral bij het toekennen van morele schadevergoeding stelt zich de vraag naar de criteria die werden aangewend bij de bepaling van het schadebedrag. In zoverre deze niet geëxpliciteerd worden komt elk cijfer immers willekeurig voor [*51*, *52*, *53*].

Slechts uitzonderlijk verwijst het hof expliciet naar statistieken [*61*].

§ 2. Evaluerende uitspraken

68. Doorgaans treffen we evaluerende uitspraken in de rechtspraak van het hof aan bij het gebruik van evaluerende begrippen zoals laconiek [*62*], vaag [*62*], eerder oud [*63*], eerder gering [*63*, *68*], tijdig [*64*], enigszins eigenaardig [*65*], voldoende ernstig [*66*], normaal [*67*], redelijk [*67*], ruim [*70*], vrije wil [*68*, *69*].

Waar ‚fout' een normatief begrip is, wordt bij gebruik van het begrip ‚zware fout' de aard van deze fout geëvalueerd [*71*, *72*, *73*]. Deze evaluatie heeft belangrijke juridische gevolgen, vermits bij zware fout bijvoorbeeld een verzekeringsmaatschappij haar uitbetalingen aan de slachtoffers kan verhalen op de verzekerde.

Begrippen zoals waarde [*75*] en meerwaarde [*74*] houden per definitie een zekere waardering in.

In al deze gevallen doet het hof een empirische uitspraak, die in het licht van een bepaalde referentieschaal geëvalueerd wordt.

De uitspraak als dusdanig is dus niet vatbaar voor empirische toetsing. Ze is dit wel wanneer ze tegenover de referentieschaal wordt geplaatst. Zo had een bepaalde wagen volgens de moniteur van tweedehandswagens een waarde van 15.000Fr, terwijl het hof op basis van bijzondere gegevens deze waarde op 45.000Fr schatte [*75*]. Men kan nagaan of de door het hof ingeroepen elementen de waarde van een wagen inderdaad positief beïnvloeden.

De referentieschaal zelf kan in bepaalde gevallen ook getoetst worden, doch niet aan zuivere feiten, maar aan andere evaluaties, zoals *in casu* andere waardebepalingen. Zo kan men een vonnis vergelijken met andere rechtspraak. Deze vergelijking kan echter slechts beoordeeld worden vanuit een bepaald waardeoordeel over het belang en het nut van een consistente rechtspraak. Op zich is het afwijken van een heersende rechtspraak ten aanzien van een bepaalde evaluatie nog niet fout, en het maakt de uitspraak zeker niet empirisch fout.

Zo de referentieschaal *niet* geëxpliciteerd wordt is echter geen enkele toetsing mogelijk. De explicitering ervan is dan ook een minimale motiveringsvereiste, terwijl het tevens wenselijk voorkomt het hanteren

van een bepaalde referentieschaal als dusdanig te verantwoorden, zoals het hof dit bijvoorbeeld deed in citaat 75 door o.m. aan te geven waarom niet zonder meer gesteund werd op de moniteur van tweedehandswagens.

69. Soms zit een zekere evaluatie verscholen achter een schijnbaar louter beschrijvende uitspraak. Op het eerste gezicht stelt het hof zonder meer bepaalde feiten vast, doch in feite evalueert het die in het licht van een, uiteraard, niet-geëxpliciteerde referentieschaal. Zo evalueerde het hof in twee gevallen een bepaalde kennis:

Een verzekeringsmaatschappij weigert een levensverzekeringscontract uit te voeren, omdat de overledene zelfmoord heeft gepleegd. Diens rechthebbenden trachten te bewijzen dat hij geestesziek was; „Alhoewel de gegevens verstrekt door dokter Y niet uitgaan van een dokter-psychiater, en niet opgenomen werden bij de behandeling van mr. X als geesteszieke, toch zijn zij de weergave van geregelde en vrij langdurige observatie door een huisarts, die, ingevolge zijn studie en ervaring als omnipracticus, een algemene kennis bezit van ziekteverschijnselen zoals de reeds in de vorige eeuw door Kraepelin omschreven manisch-depressieve psychose" (K1, 02/03/72).

Waar het hof de aanwezigheid van die kennis zonder meer lijkt vast te stellen, gaat het in feite om een evaluatie van bepaalde gegevens, die volgens het hof wijzen op een *voldoende kennis.*
Als niet-geneesheer is het voor een magistraat immers moeilijk de kennis van de huisarts te beoordelen. Daarenboven is het niet de vraag of deze arts ‚een algemene kennis' bezit, maar wel of deze kennis voldoende is om een geestesziekte vast te stellen en te beoordelen. Het hof evalueert dus deze kennis zonder duidelijk te stellen op welke gronden het zich steunt. Ook in een ander geval ging het om een evaluatie van iemands beoordelingsvermogen:

Een aannemer voert werken uit aan een gracht. De oevers en een brug storten in. Deze feiten worden vastgesteld door een veldwachter, die bovendien het verband legt tussen deze werken en het instorten. De aannemer betwist de deskundigheid van de veldwachter op dit gebied. Het hof verwerpt echter deze stelling: „Men kan niet beweren dat een veldwachter, die toch voortdurend toezicht heeft op al wat in de gemeente met grachten, beken en wegen te maken heeft, niet in staat zou geweest zijn een verband te leggen tussen ingestorte oevers en een ingestorte brug aan de ene kant en pas uitgevoerde werken aan de andere kant" (K5, 21/11/72, AR 2540).

Merkwaardig is het dat het hof uit het houden van toezicht op grachten, beken en wegen een technische kennis afleidt over hun constructie. De evaluatie van deze kennis als een *voldoende* kennis om dat verband

met zekerheid te kunnen vaststellen zit verborgen achter een uitspraak die door het hof geponeerd wordt als een onbetwistbare empirische evidentie (1).

70. Uiteindelijk blijken heel wat evaluerende begrippen te verwijzen naar een bepaalde (technische) deskundigheid, die de rechter in beginsel niet heeft. Wanneer de evaluatie door deskundigen zou gebeuren zou misschien eerder gerefereerd worden naar vaste referentieschalen. Het gebruik van vage, evaluerende begrippen zou dan kunnen wijzen op een lichte onzekerheid bij de magistraten, die de gegevens wel ongeveer, maar niet precies kunnen evalueren doordat ze niet beschikken over die vaste referentieschalen.

§ 3. **Waarderende beoordelingen**

71. Empirische uitspraken kunnen getoetst worden aan de werkelijkheid. Voor evaluerende uitspraken kan een bepaalde referentieschaal worden vastgelegd, waaraan dan een toetsing mogelijk zou zijn. Dit is echter niet meer mogelijk wanneer een waardeoordeel wordt uitgesproken. Hoogstens kan hier kritiek op worden uitgebracht vanuit een andere waardenschaal.

Wanneer een rechter een waardeoordeel velt dient hij er zich dan ook ten volle van bewust te zijn dat een andere beoordeling van dezelfde feiten steeds mogelijk is. Tevens stelt zich de vraag of de rechter zich enkel en alleen door zijn persoonlijke mening laat leiden, of integendeel streeft naar een beoordeling die in een ruimere kring aanvaardbaar is. Doch in dit laatste geval zal de rechter weer voor een informatieprobleem staan, — wat opnieuw een opdracht inhoudt voor de sociologie, — en tevens voor een keuzeprobleem, vermits er niet één duidelijke publieke opinie bestaat met betrekking tot de meeste (morele, en andere) waarden, maar een pluriformiteit van diverse uiteenlopende en zelfs tegenstrijdige publieke opinies, waarvan vaak geen enkele een meerderheid vertegenwoordigt (2).

---

(1) Evaluerende uitspraken wijzen overigens soms op een zeker vooroordeel, die dan uit de manier van formuleren blijkt: „Uit de schets van de rijkswacht, die *kennelijk juist* is..." (K1, 29/06/72);
„De forfaitaire berekening van een verzekeringsexpert *gaat kennelijk ver uit* boven de reële genotsderving en stoornis" (K9, 10/03/72).

(2) Dit werd duidelijk aangetoond door J. Van Houtte, I. Callens, J. Lefevere en R. Lafaille in hun werk *Aanvaarding van de rechtsnorm, Houdingen en opinies ten aanzien van fiscaliteit en regels in de morele biosfeer*, Antwerpen, 1973.

72. Anderzijds kan een duidelijk expliciteren van het feit dat een waardeoordeel wordt geveld leiden tot het sneller formuleren van algemene regels op wetgevend niveau, vooral op die punten waar een sterke divergentie in de beoordeling de eenheid van rechtspraak in het gedrang kan brengen, of waar de rechterlijke waarderingen te sterk zouden afwijken van vrij algemeen aanvaarde waardenpatronen.

Essentieel is dat het waardeoordeel geëxpliciteerd en gemotiveerd zou worden, opdat het voor kritiek vatbaar zou zijn. De rechter dient de criteria aan te geven waarop hij zich heeft gesteund. Bij gebrek aan een mogelijkheid van objectieve toetsing ligt de enige waarborg in een duidelijke stellingname en een uitgebreide motivering.

Op dit punt stellen we nu een grote leemte vast in de rechtspraak. Waardeoordelen worden niet alleen zelden gemotiveerd, maar daarenboven nog vaak geformuleerd onder de neutrale vorm van een beschrijvende uitspraak. Dit doet de vraag rijzen in hoeverre de rechters zich bewust zijn van het waardeoordeel dat ze vellen onder de vorm van een schijnbaar loutere vaststelling. Het is immers mogelijk dat een bepaalde visie op mens- en maatschappij geheel of gedeeltelijk een dergelijke graad van vastheid heeft bereikt dat degenen die deze opvattingen zijn toegedaan menen dat het om een feitelijke realiteit gaat en niet om een subjectieve of intersubjectieve visie op de werkelijkheid. De rechters geven vrijwel nooit de alternatieven weer waartussen zij (zouden) hebben gekozen. Er wordt dan in hun ogen geen waardeoordeel geveld, maar een empirische, of hoogstens een evaluerende uitspraak gedaan. Een verdere toelichting of motivering komt dan logischerwijze overbodig voor.

73. Waardeoordelen werden door het hof uitgesproken i.v.m. de *goede wil* van een schuldenaar [*81*], de *betrouwbaarheid* van een schatting door een deskundige van één der partijen [*82*], de *betrouwbaarheid* van een getuige [*83*] (waarbij het schijnbaar om een empirische of om een evaluerende uitspraak gaat), de bezorgdheid van ouders jegens hun zoon [*84*].

Vooral in familiezaken worden waardeoordelen ontmoet. Regelmatig wordt gesteld wat *passend* is voor de opvoeding [*76, 77, 78, 79*] en welk soort opvoeding *verkieslijk* is voor de kinderen [*76, 79*]. Het gedrag van een echtgenoot wordt als *weinig stichtend* gekwalificeerd [*78*], terwijl de uitgaven van een andere als *oordeelkundig* worden beschouwd [*80*] (1). Het gebruik van dergelijke vage begrippen verhult

(1) Op deze en andere waardeoordelen wordt uitgebreid ingegaan onder § 5.

eerder de toegepaste waardeoordelen en waardeschalen dan dat ze die onthullen. Het geeft de indruk dat op algemeen aanvaarde standpunten wordt teruggevallen.

74. Voor zover ze als dusdanig geformuleerd worden zijn waardeoordelen minder voor kritiek vatbaar dan niet geverifieerde empirische uitspraken of evaluerende uitspraken die een bepaalde onzekerheid verbergen. Technische evaluaties en feitelijke uitspraken kunnen vals zijn. Waardeoordelen zijn nooit vals, ze worden hoogstens niet aanvaard door anderen.

Ten aanzien van bepaalde domeinen van de samenleving is het normaal dat de meeste, zo niet alle, mensen, en dus ook de magistraten, een eigen opvatting hebben. Dit zijn de domeinen waar men regelmatig, en zelfs dagelijks, mee geconfronteerd wordt: familie, werkkring, gemeentebeleid, staatsbeleid, enz... Empirische inzichten, en in het bijzonder stereotypen en pragmatische theorieën kunnen slechts geponeerd en verdedigd worden tot bewijs van het tegendeel. Waardeoordelen daarentegen kunnen steeds verdedigd worden, zolang ze steunen op objectief juiste feitelijke gegevens, en ze onderling consistent zijn. Voor empirische vaststellingen kan men de rechter laten bijstaan door deskundigen, wat niet mogelijk is om de rechter de ‚juiste' waardeoordelen te doen vellen. Dat een rechter betwistbare waardeoordelen poneert is dan ook onvermijdelijk. Spreekt men ten aanzien van empirische uitspraken van ‚juistheid', bij waardeoordelen loopt de ‚aanvaardbaarheid' hiermee gedeeltelijk parallel. Dit is een gegeven waar de rechter minstens rekening mee dient te houden (1). Elk waardeoordeel moet openstaan voor een grondige inhoudelijke discussie in ruime kring, wat nog eens wijst op de noodzaak aan explicitering en motivering van de waardeoordelen.

§ 4. Extra-juridische normen

75. Naast de normen die in de wetgeving vervat liggen, vormen ook vaak maatschappelijke normen de basis voor een rechterlijke beslissing.

Doorgaans gebeurt dit langs juridische begrippen, zoals fout, goede trouw, e.d., die rechtstreeks verwijzen naar een maatschappelijk

(1) De problematiek van de aanvaardbaarheid van de rechterlijke beslissing wordt hier enkel terloops aangestipt. Voor de analyse van het probleem kan verwezen worden naar een overvloedige recente literatuur: o.m. VAN GERVEN ‚W., *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, 1973, alwaar de meest belangrijke stromingen worden behandeld.

normenpatroon, zonder dat de toe te passen regels zelf in de wetgeving werden opgenomen. In die gevallen moet de rechter zelf de normen formuleren waaraan, achteraf, het gedrag van een partij getoetst zal worden. Er bestaat geen enkele regel in ons rechtssysteem, die de rechter kan leiden bij het formuleren van normen van maatschappelijk gedrag, of die een controle mogelijk zou maken op de door de rechter geponeerde norm. De enige informatiebron voor de magistraat is zijn eigen ervaring, de enige controle wordt uitgeoefend door zijn eigen ‚geweten'.

Een hypothese die bij het begin van dit onderzoek werd geformuleerd was, dat de rechters de relativiteit van de door hen geponeerde norm niet steeds inzien, t.t.z., dat zij er zich onvoldoende van bewust zijn dat een bepaalde regel niet zo maar door iedereen ervaren wordt als een dwingende regel van maatschappelijk gedrag, of, sterker nog, misschien door de meerderheid niet als een bindende norm wordt aangezien.

Deze hypothese lijkt door het onderzoek van de rechtspraak van het hof van beroep wel in zekere mate geconfirmeerd te zijn. Nergens werden verwijzingen of motieven aangegeven ter verantwoording van het poneren van een norm, laat staan rekening gehouden met de mogelijkheid dat diegene aan wie bijvoorbeeld een bepaalde fout ten laste wordt gelegd, zelf zijn gedrag als juist, en misschien zelfs als een verplichting heeft aangevoeld.

Dit hangt nauw samen met een tweede hypothese, dat extra-juridische normen zelden als norm geformuleerd worden, maar meestal verscholen zitten in op het eerste gezicht neutraal beschrijvende uitspraken. Ook dit vermoeden werd bevestigd.

A. Het normaliteitsbegrip

76. De meeste normen worden geformuleerd onder verwijzing naar het vooropgesteld gedragspatroon van een ‚*normaal en zorgzaam persoon*'. Een concreet gedrag wordt dwingend voorgeschreven, omdat naar de mening van het hof elke normale zorgzame burger zo zou handelen, of althans zou moeten handelen (1).

Nochtans worden termen zoals ‚normaal', ‚zorgzaam', ‚voorzichtig', ‚onaangepast', e.d. niet steeds in normatieve zin gebruikt. Het normatief karakter hangt af van de context. Zo kan ‚normaal', een beschrij-

(1) Het werken met *Standards* of Normaaltypen is vooral gebruikelijk in de USA. Zie hierover: Esser, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1974 (1e uitgave 1956), 96 e.v.

vende term zijn, wanneer naar een bepaalde statistische frequentie verwezen wordt (1). Doorgaans zal ‚normaal' echter naar een waardeoordeel verwijzen. In de juridische context van een arrest verwijst het begrip daarenboven naar één of meer normen in functie waarvan iets, met name een gedraging, als ‚normaal' of ‚abnormaal' beschouwd wordt.

De diverse mogelijke gebruikswijzen van het normaliteitsbegrip komen heel goed naar voor in volgende twee citaten:

„Afbraak en heropbouw behoren tot de *normale* uitoefening van het eigendomsrecht. Dat deze werken een zekere last meebrengen voor de gebuur, en in het bijzonder aan de kust wat betreft de mogelijkheid van verhuring van appartementen, is te verwachten en onvermijdelijk. Zelfs indien tijdens het zomerseizoen geen *normale* verhuring kon gebeuren, dan kan dit worden aanzien als een last die *normaal* door appelanten wegens de uitvoering van de werken diende gedragen. Het is *normaal* dat zij minstens gedurende één zomerseizoen de weerslag van de werken zouden te dragen hebben" (K1, 17/03/72).

„Het is niet *normaal* dat, in een tijd dat de prijzen van onroerende goederen onstabiel zijn, een verkoopbelofte betreffende een belangrijk onroerend goed meer dan 5 jaar in stand gehouden wordt". Op basis van dit waardeoordeel wijst het hof een vordering af tot schadevergoeding wegens niet nakoming van een verkoopbelofte (K1, 30/03/72).

Een *beschrijvende* betekenis treffen we aan bij ‚normale verhuring'. Het gaat hier om de gemiddelde verhuurmogelijkheden onder gemiddelde omstandigheden.

Waarderend is de beoordeling van het in stand houden van de verkoopbelofte. Het hof koppelt er meteen een normatief element aan vast door te stellen dat de belofte niet *moet* in stand gehouden worden, precies omdat dit ‚abnormaal' zou zijn.

In de overige gevallen wordt het normaliteitsbegrip in *normatieve* zin gebruikt. Zo slaat de ‚normale uitoefening van het eigendomsrecht' op een specifiëring van de inhoud van dit eigendomsrecht, gesitueerd in een context van maatschappelijke normen (2).

---

(1) Zie o.m. citaten 27 en 32.

(2) In de literatuur lijkt men vooral de *vroegere rechtspraak* als referentiepunt te nemen om de inhoud van de ‚normaaltype'-figuur te bepalen. De opvattingen van de rechters worden dus door de auteurs impliciet representatief geacht voor de doorsnee maatschappelijke opvattingen. Zie: STRACHE, K.-H., *Das Denken in Standards*, Berlijn, 1968, blz. 71. Esser wijst er op dat hieruit een sterk conservatieve houding volgt (*o.c.*, 98). Zippelius stelt dat de rechter zich bewust dient te zijn van zijn ‚*vertegenwoordigende*' taak: „Aber der Richter soll, wo immer möglich, nicht nach seinem höchstpersönlichen Rechtsempfinden urteilen, sondern er soll diese Entscheidung als *Repräsentant* der Gemeinschaft treffen. Also soll er zunächst zu ermitteln suchen, welche Interpretation oder Gesetzesergänzung den in der

B. Een geobjectiveerd schuldbegrip

77. Opmerkelijk is het samenbrengen van een feitelijke en een normatieve uitspraak in formuleringen zoals ‚kon en moest', ‚kon, althans moest', bij het vaststellen door het hof van de overtreding van een maatschappelijke gedragsnorm:

„C had het voertuig van A niet gezien in haar achteruitkijkspiegel. Had zij er zich degelijk van vergewist of zij haar voorgenomen rijbeweging kon verrichten, dan *kon en moest* zij de auto zien" (K9, 16/03/72).
„D *kon, althans moest* zich rekenschap geven dat de bestuurder van de wagen ingevolge het verbruik van zes glazen bier op minder dan twee uur tijd, noodzakelijk onder de invloed van de drank was" (K9, 02/09/72).

Deze formuleringen wijzen er op dat het schuldbegrip door het hof in zekere zin geobjectiveerd wordt. Niet de subjectief min of meer bewuste overtreding van een maatschappelijke norm wordt gesanctioneerd, maar het objectieve gedrag. Dat de ‚fout' vanuit het persoonlijk standpunt van de ‚schuldige' misschien vergeeflijk, onoverkomelijk, of zelfs geen fout zou kunnen zijn, is vanuit het standpunt van de rechter irrelevant.
Een verder en diepgaander onderzoek op dit punt zou kunnen uitwijzen of de rechters inderdaad een duidelijke neiging vertonen de ‚fout' te bepalen vanuit het maatschappelijk verwachtingspatroon, dus de schending van legitieme verwachtingen van de deelnemers aan het sociaal verkeer, en niet, of althans veel minder uitgaan van een psychologisch schuldbegrip (1).
Soms komen normen trouwens impliciet tot uiting wanneer het hof bepaalde verwachtingen van een partij legitiem acht, wat als correlaat met zich meebrengt de verplichting voor anderen deze verwachtingen niet te schokken en hun gedrag er dus aan aan te passen:

Gemeinschaft herrschenden rechtsethischen Vorstellungen wohl am besten entspräche". Hoe de rechter nu deze kennis kan verwerven, geeft de auteur echter niet aan (Zippelius, R., *Einführung in die juristische Methodenlehre*, München, 1971, 81).
Voor Esser stellen zich wat dit betreft weinig problemen: „Hier werden keine Ermessensprobleme angesprochen, sondern verkehrsmässig feststehende Maßstäbe unterstellt, *die angeblich aus der Umwelt zu entnehmen und für den Richter bindend sind*". (*Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1972, blz. 66).
Wiarda, president van de hoge raad in Nederland lijkt zelfs *meer* vertrouwen te hebben in de individuele rechterlijke opvattingen, dan in empirisch onderzoek (*De rechter tegenover vage rechtsnormen, R.W.*, 1973-74, 183).

(1) Ook Lautmann stelde een door elkaar gebruiken vast van feitelijke en normatieve uitspraken, bijvoorbeeld in volgend citaat: „*Man kann* sich nicht über die eigene Person irren. *Man muss* doch wissen, wozu man in der Lage is." (*o.c.*, blz. 151). Hij verklaart dit echter als een uiting van zwakke motivering.

E. Diverse normen van maatschappelijk gedrag

80. Onder een beschrijvende formulering werd impliciet een norm geponeerd dat bederfbare goederen (*in casu* maniokchips) tegen verschroeiing moeten beschermd worden door een aangepaste stuwing en ventilatie [*118*]. In een onderhandse afrekening moet een notaris alle ontvangen gelden vermelden en meedelen [*120*].

In navolging van rechtspraak en rechtsleer poneert het hof de norm dat men onmiddellijk moet protesteren bij ontvangst van een factuur, waarvan men de schuld niet erkent [*121*]. Dezelfde houding wordt aangenomen bij het (laattijdig) protest van een bouwheer tegenover fouten die de aannemer zou hebben begaan [*122*].

Een verkoper mag niet bevestigen wat hij niet met zekerheid weet [*123*].

Het hof nam een erg liberale houding aan tegenover de contractuele verplichtingen van een vakman. Wanneer de overeenkomst geen verplichting inhoudt tot raadgeving, is de vakman niet verplicht te wijzen op de gevaren van de uit te voeren werken [*130*].

81. Ook ten aanzien van de procedure formuleerde het hof enkele extra-juridische normen.

Zo moeten de partijen meewerken aan de tegensprekelijkheid van de procedure [*126*]. Een vervoerder dient te weten dat vorderingen aangaande binnenlands vervoer na zes maand verjaard zijn [*133*].

Het hof nuanceerde de toepassing van artikel 1648 B.W. aan de hand van maatschappelijke normen en verwachtingen; dit artikel voorziet een korte termijn om een vernietiging van een verkoop te vorderen wegens verborgen gebreken; toch mag de koper eerst in der minne pogen te onderhandelen, maar eens de verkoper een definitief afwijzend standpunt heeft ingenomen, moet de koper snel in rechte optreden [*127*].

Een procedure mag pas ingesteld worden op ernstige gronden [*119*], waarbij weer het gedrag van de ‚normale voorzichtige burger' als model fungeert [*125*].

§ 5. Mens- en maatschappijbeeld van de rechters

82. Mits over voldoende materiaal te beschikken kan men aan de hand van uitspraken over de werkelijkheid, waardeoordelen en extra-juridische normen, die in de arresten naar voor komen het mens- en maatschappijbeeld van de rechters samenpuzzelen.

Op één gebied, namelijk het gezinsleven, bleek het onderzoek voldoende materiaal te bieden om tot een dergelijke schematische constructie over te gaan. Het lijkt inderdaad mogelijk in grote lijnen de visie van de magistraten weer te geven op het gezins- en familieleven. Op dit gebied komt het mens- en maatschappijbeeld van de rechters wel het sterkst naar voor, onder meer ook omdat de zelfde problemen regelmatig terugkomen, zonder ooit helemaal identiek te zijn (wel identiek qua typegeval, maar sterk verschillend wat de feitelijke aspecten betreft). Bovendien moet steeds een globaalsituatie beoordeeld worden, omdat de problemen zelden uit hun context gelicht en afzonderlijk behandeld en geregeld kunnen worden. Tenslotte is het familieleven iets waar iedereen, dus ook de rechters, persoonlijk nauw bij betrokken zijn, en ten aanzien waarvan iedereen ook een duidelijk mens- en maatschappijbeeld heeft.

A. Rolverdeling tussen man en vrouw

83. De traditionele rolverdeling moeder aan de haard/buitenshuiswerkende vader vinden we in de rechtspraak van het hof van beroep terug in de meest zuivere vorm.

Het beeld van de man is dat van de stoere vader, voor wie vooral de werkkracht belang heeft, en niet het uiterlijk, wat niet het geval is bij de vrouw, voor wie het esthetische niet te verwaarlozen is, maar vooral tedere moederlijke gevoelens de belangrijkste kwaliteit uitmaken:

Voor een jonge man van 26 jaar is een arbeidsritme van 82 u. 30 per week, volgens het hof niet noodzakelijk onhoudbaar (K5, 23/10/72), en een (geringe) esthetische schade „dient niet tot een afzonderlijke vergoeding aanleiding te geven, gelet op het (mannelijk) geslacht van verweerder" (K9, 22/12/72).

Van een vrouw „kan niet verlangd worden dat ze uit werken gaat, nu ze voor twee zo jonge kinderen (het jongste is één jaar oud) te zorgen heeft" (K9, 18/05/72). Ook met een talrijke kroost „zou een vrouw moeilijk nog persoonlijk kunnen arbeiden" (K7, 14/12/72, AR 3256). De mogelijkheid dat de vader voor de kinderen zou zorgen wordt niet in overweging genomen, zelfs niet eens een verdeling van de kinderlast.

Zelfs de last van een kind van drie jaar maakt het volgens het hof voor een vrouw van 45 jaar practisch onmogelijk nog buitenshuis te gaan werken (K2, 28/04/72). Ook wanneer zich schijnbaar geen, of toch geen onoverkomelijke problemen stellen ten aanzien van de kinderen, is de plaats van de moeder thuis, en dient de vader buitenshuis voor het onderhoud in te staan: „Verweerster heeft haar vierjarig kind te

verzorgen, en kan niet verplicht worden buitenshuis te gaan werken om in haar onderhoud te voorzien, waar haar echtgenoot bij machte is om in dit onderhoud te voorzien" (K2, 12/05/72); „Verweerster heeft niet gewerkt sedert haar huwelijk, zodat niet kan vereist worden dat zij nu in haar eigen onderhoud zou dienen te voorzien, wanneer haar echtgenoot bij machte is zijn onderhoudsverplichtingen na te leven" (K2, 12/05/72, ander arrest dan het vorige); „Het zou haar zeer moeilijk uitvallen op vijfenveertigjarige leeftijd een nieuwe betrekking aan te vangen. Zij kan daartoe niet verplicht worden tengevolge van de ineenstorting van haar gezin, *welke alleen aan de ontrouw van haar echtgenoot te wijten is*. Zij heeft nooit in België gewerkt, en heeft sedert 1964 trouwens geen lucratief beroep meer uitgeoefend" (K2, 18/02/72).

A contrario zou men van de vrouw dus wel kunnen eisen dat zij gaat werken, wanneer de schuld voor de mislukking van het huwelijk voor het grootste deel bij haar ligt. Deze redenering werd echter nergens aangetroffen.

Paradoxaal is nochtans dat de economische waarde van de thuisarbeid van de vrouw opvallend laag wordt geschat, terwijl uit het voorgaande blijkt dat de morele waarde van die arbeid als huisvrouw door het hof zeer hoog wordt geacht (1).

Als cijfers worden vermeld: 250Fr per dag (2) (K5, 02/10/72), en 50.000Fr per jaar (voor een vrouw zonder kinderen, en met aftrek van haar eigen onderhoud) (K5, 21/03/72, AR 3404)

B. Huwelijk en echtscheiding

84. Het gezin wordt aangezien als een entiteit op zich, afgebakend van de familie. Zo meent het hof dat het niet aangewezen is voor jonggehuwden met hun ouders samen te wonen (K7, 08/03/72). Toch vermindert het huwelijk als dusdanig de band niet met de ouders, wanneer de gehuwden inwonen. Het hof ging hiervan uit wanneer het een grotere morele schadevergoeding toekende aan een moeder omwille van de dood van haar dochter, omdat zij, alhoewel gehuwd, nog bij haar moeder woonde (K7, 10/05/72).

Een erg romantisch-idealistische visie op het huwelijk komt in de arresten niet naar voor: Een jonge vrouw overleed tengevolge van een

(1) Zie i.v.m. de economische waarde van de arbeid van de huisvrouw: noot onder rb. Brussel, 20 december 1973, *R.G.A.R.*, 1974, nº 6, blz. 9.288/1-2.

(2) Precies hetzelfde bedrag wordt algemeen door de rechtspraak (volgens het huidig ‚tarief') toegekend per dag gebruiksderving van een personenwagen. In de ogen van de magistraten heeft een man dus financieel gezien evenveel aan zijn wagen als aan zijn vrouw.

ongeval. Het hof stelde dat, gezien de jonge leeftijd van de man, hertrouwen nog mogelijk was, en dat daarmee rekening moest worden gehouden bij het bepalen van de schadevergoeding (K5, 25/01/72, AR 1953). Het hof lijkt de vrouw, als echtgenote dus in zekere mate ‚vervangbaar' te achten.

85. Eens gehuwd moeten de echtgenoten veel van elkaar kunnen verdragen: „Bovenstaande gegevens laten vermoeden dat de echtgenoten inzake karakter en opvoeding weinig op elkaar afgestemd waren, en weinig geschikt om samen te leven. Dit sluit echter nog niet in dat één van hen daarom schuldig is. Het hof geeft toe dat verweerder iemand is met een weinig aangenaam karakter; maar dat volstaat niet voor de echtscheiding" (K5, 16/10/72, AR 4005).

„Dat eiser een trouw bezoeker was van een paar cafés, en dat hij wel eens in dronken toestand gezien werd, zijn niet van aard om een echtscheiding te verantwoorden" (K5, 20/11/72, AR 1847).

Een vrouw roept in de echtscheidingsprocedure als argument in dat zij niet genoeg geld krijgt van haar man, terwijl hij zelf heel wat geld uitgeeft voor zijn hobby (aankoop van een fototoestel en verzamelen van antieke klokken). Het hof verwerpt het argument: „Er kan zeker niet gezegd worden dat die uitgaven onoordeelkundig gedaan werden en niet in overeenstemming zijn met de mogelijkheden van het gezin" (K5, 16/10/72, AR 4005).

Ook de volgende toestanden worden door het hof niet als erg beledigend aangezien:

„Hoe spijtig het ook zij dat verweerster zich in vernederende woorden over haar man uitliet, toch dient te worden aangestipt dat deze laakbare termen uitsluitend in familiekring tot uiting kwamen. Het bewijs wordt niet voorgebracht dat verweerster tot haar man geregeld in aanwezigheid van vreemde personen verwijtingen zou hebben gericht. Met de eerste rechter dient te worden aangenomen dat deze huiselijke moeilijkheden, die op voornoemde verwijtingen uitliepen in het concreet geval niet een zulkdanige zwaarwichtige aard vertonen om weerhouden te worden als grove beledigingen in de zin van art. 231 B.W." (K7, 21/06/72, AR 3347).

Een herhaalde afwezigheid van de man, zelfs zonder verwittiging en voor een periode van een maand wordt niet beschouwd als grove belediging (K5, 16/10/72).

„Een werkmakker van eiser getuigde dat verweerster zich in een herberg smadend geuit heeft over haar echtgenoot. De gebruikte bewoording ‚hoerebok' dient bekeken als een deel uitmakend van het vocabularium eigen aan de stand der partijen (eiser is dokwerker), en het gedrag van eiser was blijkbaar aan deze blaam niet vreemd" (K9, 21/04/72).

„Het gebrek aan verzorging aan de persoon van de eiser is in de eerste plaats toe te schrijven aan zijn eigen levenswijze. Het hangt immers niet

van de echtgenote af of een man ongeschoren en zonder das op zijn werk verschijnt. De enkele keren dat verweerster gezegd heeft dat zij de dood van eiser wenste, of dat hij ‚zot' was kunnen, gelet op de sfeer van woede en ontgoocheling waarin die woorden gezegd werden, niet als een grove belediging aangezien worden, voldoende om de echtscheiding ten nadele van verweerster te rechtvaardigen" (K9, 13/01/72).

Merkwaardig is, dat hetgeen wel als grove belediging aangezien wordt precies ligt op het gebied van de sexualiteit: „Soms een aanstootgevende gedraging van allerlei aard ten overstaan van familieleden en relaties en zelfs vreemden, alsook lichtzinnigheden en provocerende houdingen ten overstaan van andere mannen, hebben een beledigend karakter door hun samenhang en herhaling, geaccentueerd doordat haar opzet is haar man te pesten en te ergeren" (K7, 02/02/72).

Hierbij kan opgemerkt worden dat het sexuele een erg centrale positie inneemt in het burgerlijk wetboek, in het bijzonder bij de huwelijksplichten en de gronden tot echtscheiding. Ook al wordt vandaag meer de nadruk gelegd op andere waarden, toch wordt het begrip *grove belediging* hier duidelijk nog geïnterpreteerd in het licht van de sexualiteit.

Dat het hof niet geneigd is gemakkelijk de echtscheiding toe te staan blijkt ook nog uit volgend arrest: „De partijen zijn gescheiden van tafel en bed. De man betaalt het onderhoudsgeld niet, en op grond hiervan vraagt de vrouw de omzetting in echtscheiding. Het hof weigert de omzetting omdat ze als een dwangmiddel wordt gebruikt om een schuld te doen betalen: „De omstandigheden waarop art. 310 B.W. doelt houden alleen verband met het wezen zelf van het huwelijk, en wel hoofdzakelijk met betrekking tot de mogelijkheden van een verzoening" (K7, 24/05/72). Hier kunnen we gerust spreken van een anti-echtscheidingsingesteldheid. Want, wat is het ‚wezen zelf' van het huwelijk? En hoe kan nog een verzoening verwacht worden wanneer aan de ene kant de man niet eens het onderhoudsgeld betaalt, anti-echtscheidingsingesteldheid. Want, wat is het ‚wezen zelf' van het huwelijk? En hoe kan nog een verzoening verwacht worden wanneer aan de ene kant de man niet eens het onderhoudsgeld betaalt, terwijl aan de andere kant de vrouw, door het instellen van de procedure, evenmin op een verzoening blijkt aan te sturen.

86. Het hof heeft overigens weinig vertrouwen in de echtgenoten eens ze in een echtscheidingsprocedure gewikkeld zijn. Wanneer een man aanpassing van het onderhoudsgeld vraagt, stelt het hof: „Zijn recente fiscale aangiften dienen met omzichtigheid beoordeeld te worden, in acht genomen dat eiser in het vooruitzicht van de door hem op grond

van art. 301 B.W. te betalen onderhoudsbijdrage wel zijn voorzorgen zal genomen hebben om zijn aangifte zoveel mogelijk aan de lage kant te houden" (K7, 23/03/72). De eiser wordt hier dus door het hof, zonder enige ernstige grond, regelrecht van een misdrijf, met name fiscale fraude, beschuldigd. De visie van het hof op man en vrouw in een echtscheidingsprocedure is niets anders dan het *homo homini lupus*. Hoe zeer dit misschien ook met de realiteit moge stroken, hier komt deze mensvisie duidelijk als een *a priori* (1) naar voor, en niet als een objectieve vaststelling van feiten.

Ook een andere keer wordt de man ervan verdacht over verborgen inkomsten te beschikken: „Het is weinig aanvaardbaar dat eiser, zelfs tijdelijk, zijn meer bezoldigd ambt te Rome zou verlaten hebben om een minder bezoldigde betrekking in Canada uit te oefenen, zodat vermoed mag worden dat eiser in Canada nog bijverdiensten heeft" (K2, 04/02/72).

C. Onderhoudsgelden in verband met echtscheiding

87. „De voorlopige maatregel (*in casu* toekenning van onderhoudsgeld) tijdens een procedure van echtscheiding is in beginsel onafhankelijk van de fouten van één der echtgenoten" (K2, 03/11/72).

Wanneer in een andere zaak echter een vrouw, die een veroordeling had opgelopen wegens overspel, onderhoudsgeld vraagt, poneert het hof: „Vanaf deze datum is er in haren hoofde geen behoefte aan alimentatiegeld" (K5, 04/01/72, AR 92).

Opmerkelijk is de formulering ‚geen behoefte', in plaats van ‚bvb. ‚vervalt haar recht op...', of ‚mag vermoed worden dat zij kan beschikken over (een gedeelte van) de inkomsten van haar bijzit', enz. Hierbij kan verwezen worden naar de traditionele opvattingen over de rolverdeling tussen man en vrouw, waarbij de vrouw financieel volledig afhankelijk is van haar man. Hier lijkt het hof de mening toegedaan te zijn dat de vrouw vermoed kan worden financieel gezien een ‚parasiet' te zijn van de man. Woont ze samen met een man (al dan niet in het kader van een wettig huwelijk), dan zou de vrouw per definitie over een inkomen beschikken. Niet zozeer een eigen beroep, dan wel het huwelijk bezorgt, in deze opvatting, de vrouw stand en staat.

(1) *A priori* kan men ook vervangen door *vooroordeel*, voor zover men aan dit laatste begrip een neutrale betekenis toekent. Hier wordt het begrip bewust niet gebruikt, omdat het te vaak de bijklank heeft van kwaadwilligheid of onaanvaardbare onwetendheid.

TABEL I

Onderhoudsgeld voor vrouw en kinderen samen

bedrag	*Inkomen* (of beroep)		aantal kinderen	arrest	resterend bedrag voor de man alleen	opmerkingen
	man	vrouw				
0	werkloos	0Fr	0	K2, 30/06	geen informatie	
1.000Fr	14.000Fr 8.800Fr dagblad-handelaar	15.900Fr arbeidster 0Fr	6 0 1	K9, 11/02 K2, 18/02 K2, 09/06	13.000Fr 7.800Fr geen informatie	
2.000Fr	12.600Fr	5.000Fr	1	K2, 24/11	10.600Fr	
3.000Fr	14.000Fr 9.000Fr	werkvrouw 0Fr	0 2	K2, 04/02 K2, 06/10	11.000Fr 6.000Fr	
3.300Fr	10.000Fr	8.000Fr	3	K9, 27/04	6.700Fr	(1)
3.500Fr	11.000Fr bakkersgast	8.500Fr naaister	1 1	K2, 18/02 K2, 21/01	7.500Fr geen informatie	
3.600Fr	7.394Fr	5.720Fr	3	K2, 30/06	3.794Fr	
3.900Fr	16.000Fr	9.000Fr	3	K2, 26/05	12.100Fr	
4.000Fr	15.372Fr	0Fr	0	K2, 18/02	11.372Fr	
5.000Fr	12.000Fr 10.597Fr	6.000Fr concierge	2 2	K2, 12/05 K9, 27/04	7.000Fr 5.597Fr	
6.000Fr	12.500Fr manège- en caféhouder	0Fr barhoudster	2 2	K2, 26/05 K9, 25/02	6.500Fr geen informatie	(2)
7.000Fr	16.149Fr	5.600Fr	2	K2, 28/04	9.149Fr	
8.000Fr	19.000Fr	0Fr	1	K2, 23/06	11.000Fr	
9.000Fr	19.000Fr	0Fr	0	K2, 06/10	10.000Fr	
10.000Fr	60.000Fr	0Fr	0	K9, 14/04	50.000Fr	
11.000Fr	20.000Fr	0Fr	2	K9, 18/05	9.000Fr	
13.000Fr	16.000Fr	0Fr	2	K2, 18/02	3.000Fr	(3)
15.000Fr	25.000Fr	0Fr	1	K2, 26/05	10.000Fr	
20.000Fr	50.665Fr	0Fr	1	K2, 18/02	30.665Fr	
21.000Fr	vishandelaar & beheerder	0Fr	3	K2, 26/05	geen informatie	(4)

(1) De vrouw heeft 2 kinderen uit een vorig huwelijk. De man moet de kostprijs betalen voor het geplaatst gemeenschappelijk kind (3.300Fr).

(2) Hier moet de vrouw aan de man betalen voor het onderhoud van de twee kinderen.

(3) Tot 1969 beschikte de man over een inkomen van 50.000Fr per maand.

(4) Het Hof aanvaardde het aangegeven inkomen niet: „Het is niet aan te nemen dat eiser slechts over een inkomen van 10.000 à 15.000Fr in de maand zou beschikken. De levenswijze die hij er op nahield, zowel vóór de feitelijke scheiding als nu, wijst er op dat hij op zeer brede inkomsten kan rekenen."

88. In deze tabel is slechts een gedeelte opgenomen van de onderhoudsgelden die in de loop van het jaar 1972 door het hof van beroep werden toegekend. Vaak werd immers slechts het toegekende bedrag vermeld, zonder nadere gegevens. Ook in de tabel komt nog enkele keren de vermelding van het beroep voor, omdat de juiste inkomsten niet aangegeven werden in het arrest.

Toch geven deze cijfers reeds een vrij goed idee van het bedrag der onderhoudsgelden, die door het hof worden toegekend (in vrijwel alle gevallen aan de vrouw, die ook practisch steeds de kinderen toegewezen krijgt).

Alhoewel de toegekende bedragen zonder duidelijke criteria bepaald worden, ligt er toch een logische lijn in, en mogen de verhoudingen tamelijk evenwichtig genoemd worden. Er is slechts één opvallende, ,zij het kleine discrepantie, waar in een identieke situatie wat betreft het inkomen (man 19.000Fr, vrouw geen inkomen) meer wordt toegekend aan de vrouw zonder kinderen, dan aan de vrouw met één kind (respectievelijk 9.000 en 8.000Fr).

Enigszins opvallend is ook het bedrag van 10.000Fr voor de (niet buitenshuis werkende) vrouw (zonder kinderen), waar de man 60.000Fr per maand blijkt te verdienen, terwijl de vrouw, die evenmin over een inkomen beschikt en één kind ten laste heeft, 15.000Fr krijgt van haar man, die er 25.000 verdient.

Dat de hoogste bedragen worden toegekend aan vrouwen die niet over persoonlijke inkomsten beschikken ligt voor de hand (alle bedragen boven de 7.000Fr). Maar toch versterkt dit de indruk dat het hof zelden of nooit de mogelijkheid in overweging neemt dat de vrouw zou beginnen (buitenshuis) te werken, ook al is het waarschijnlijk dat dit niet zo gemakkelijk zou gaan. De kinderlast, die overigens slechts een beperkte verontschuldiging is, blijkt trouwens in het algemeen niet zo groot te zijn.

De onderhoudsgelden lijken dus een sanctionerend karakter te hebben t.a.v. de gescheiden man (1).

89. Interessant lijkt het even in te gaan op het bedrag dat de man nog rest na aftrek van het onderhoudsgeld.

Drie maal (zie echter de opmerking bij het arrest K2, 18/02) blijft dit onder de 6.000Fr.

---

(1) Dit sanctionerend karakter is wettelijk voorzien bij de toekenning van onderhoudsgelden *na* de echtscheiding, doch niet voor de onderhoudsgelden die tijdens de procedure of buiten een echtscheidingsprocedure worden toegekend.

Zes maal ligt dit tussen de 6.000Fr en de 8.000Fr.

Vier maal bedraagt het tussen de 9.000Fr en de 10.000Fr.

Wanneer de echtgenoten toen ze samenwoonden slechts over een minimuminkomen beschikten, en daarenboven verschillende kinderen ten laste hebben, is het uiteraard onmogelijk beide partijen voldoende te geven om een afzonderlijk huishouden financieel recht te houden. Maar het is evenmin uitgesloten dat de rechters het bedrag van het onderhoudsgeld zouden gebruiken als een middel om een verzoening in de hand te werken. Laat men de man immers onvoldoende over om rond te komen, of in elk geval niet genoeg om zijn vroegere levensstandaard verder te zetten, dan dwingt men hem onrechtstreeks er toe, voor zover mogelijk, terug bij zijn vrouw te gaan wonen. Hetzelfde geldt voor de vrouw die (onderhoudsgeld + eventueel eigen inkomen) niet genoeg middelen heeft om in haar eigen onderhoud (en eventueel dat van de kinderen) op een redelijke wijze te voorzien. Ook zij heeft er dan belang bij naar haar man terug te keren.

TABEL II

Onderhoudsgeld per kind

bedrag	*Inkomen* Man	*Inkomen* Vrouw	aantal kinderen	arrest
1.000Fr	12.600Fr bakkersgast dagbladhandelaar	5.000Fr naaister 0Fr	1 1 1	K2, 24/11 K2, 21/01 K2, 09/06
1.200Fr	7.394Fr	5.720Fr	3	K2, 30/06
1.300Fr	16.000Fr	9.000Fr	3	K2, 26/05
1.500Fr	20.000Fr 12.500Fr 9.000Fr 11.000Fr 16.149Fr 15.000Fr geen informatie	0Fr 0Fr 0Fr 8.500Fr 5.600Fr 11.500Fr geen informatie	2 2 2 1 2 geen informatie geen informatie	K9, 18/05 K2, 26/05 K2, 06/10 K2, 18/02 K2, 28/04 K9, 12/05 K5, 20/11
1.750Fr	10.600Fr	concierge	2	K9, 27/04
2.000Fr	19.000Fr 12.000Fr	0Fr 6.000Fr	1 2	K2, 23/06 K2, 12/05
2.500Fr	16.000Fr (tot 1969: 50.000Fr)	0Fr	2	K2, 18/02
3.000Fr	25.000Fr	0Fr	1	K2, 26/05

Een averechts effect kan natuurlijk zijn dat diegene die over onvoldoende inkomsten beschikt sneller geneigd zal zijn in concubinaat te gaan leven, met iemand die ook een inkomen heeft.

Zo het juist zou zijn dat de rechters de berekening van de onderhoudsgelden bewust gebruiken om de echtgenoten terug bij elkaar te brengen dan confirmeert dit wat hoger gezegd werd in verband met een vrij sterke anti-echtscheidingshouding van de magistraten.

Toch lijkt dit in graad van beroep erg denkbeeldig. In dit stadium van de procedure kan men moeilijk nog een verzoening verwachten. Meer plausibel lijkt de verklaring dat het onderhoudsgeld als een vorm van sanctie wordt gebruikt ten opzichte van een der echtgenoten.

90. De onderhoudsgelden per kind (tabel II) worden door het hof zelf als laag beschouwd : „1.500Fr voor een kind van zeven jaar is zeer matig" (K2, 18/02/72; inkomen van de man : 11.000Fr, van de vrouw : 8.500Fr).

„2.000Fr per kind is ver van overdreven en maakt een minimum uit" (K2, 26/05/72).

Inderdaad blijkt een kind, dat in een tehuis geplaatst werd, 3.300Fr te kosten (K9, 27/04/72).

Toch is 1.500Fr het meest voorkomende cijfer, en wordt even vaak minder toegekend als meer. 3.000Fr per kind blijkt het maximum te zijn. In dit laatste geval wordt aan de vrouw expliciet 12.000Fr voor haar zelf en 3.000Fr voor het kind gegeven, bij een inkomen van de man van 25.000Fr (K2, 26/05/72).

91. Interessant zou het zijn de werkelijke kostprijs van het onderhoud der kinderen (rekening gehouden met factoren zoals het aantal kinderen in hetzelfde huishouden) te vergelijken met de toegekende bedragen. Dan zou kunnen blijken dat beneden een bepaald bedrag het voordeliger is de kinderen niet toevertrouwd te krijgen, en boven dit bedrag voordeliger ze wel te mogen verzorgen.

Uit de hier vermelde cijfers blijkt nochtans niet dat een extra hoog onderhoudsgeld voor de kinderen gebruikt wordt om de vrouw op een indirecte manier een hoger onderhoudsgeld te bezorgen.

Aan de andere kant correleren de lage cijfers met een groter aantal kinderen en geringere inkomsten.

D. Opvoeding van de kinderen

92. De eisen die door het hof gesteld worden aan de opvoeding van kinderen, worden doorgaans negatief geformuleerd, op het ogenblik

dat een bepaald gedrag geëvalueerd wordt als voldoende of onvoldoende om een waarborg te zijn voor een goede opvoeding:

„Het goed begrepen belang van het kind vereist dat het aan zijn moederlijke grootouders wordt toevertrouwd, nu het gedrag van eiseres, o.m. wegens drankzucht en uithuizigheid, geen morele waarborgen biedt voor de degelijke opvoeding van het meisje, en anderzijds eiser, die vrachtvoerder is van beroep, te zelden en op ongeregelde tijdstippen thuis is om voor de bewaking en opvoeding te kunnen instaan" (K9, 24/02/72).

De kinderen mogen hun vader niet zien in het gezelschap van zijn bijzit: „Er is reden om aan eiser te verbieden zijn bezoekrecht uit te oefenen in gezelschap van andere vrouwen dan familieleden" (K9, 12/05/72). Hetzelfde geldt voor de bijzit van de vrouw (K2, 18/02/72). De opvoeding in een herberg wordt eveneens afgekeurd (K9, 16/03/72; K2, 28/04/72), en nog meer wanneer dit in een bar zou gebeuren: „Eiseres exploiteert in eigen naam een bar, die, te oordelen naar zijn interieur en de aanwezigheid van meerdere jonge diensters, kennelijk bestemd is voor gegadigden van vrouwelijke charmes.

Indien eiseres een goede opleiding en welstand voor haar kinderen wenst, moet ze inzien dat het noodzakelijk is de jongen van 13 jaar en het meisje van 10 jaar volledig buiten de kring van haar beroepsactiviteiten te laten" (K9, 25/02/72).

In het algemeen schijnt het hof nochtans geen hoge eisen te stellen, en men kan zich afvragen of een goede opvoeding niet soms verward wordt met een goede materiële verzorging:

„Het kind wordt tijdens de werkuren van zijn moeder regelmatig aan een kleuterschool toevertrouwd, en schijnt verder goed verzorgd te zijn. Er bestaan geen aanwijzingen om aan te nemen dat het 's avonds laat alleen wordt achtergelaten of op herbergbezoek meegenomen" (K2, 21/01/72).

93. De meest duidelijke vaststelling in het gehele onderzoek is wel dat het hof sterk bevooroordeeld is ten voordele van de moeder, wanneer beslist moet worden aan wie de kinderen zullen worden toevertrouwd (1).

(1) Dat het hier om een sterk verbreide mentaliteit gaat en niet om toevallige individuele opvattingen blijkt uit het onderzoek van Aix-en-Provence (blz. 79). De daar aangehaalde uitspraken zijn dan nog heel wat emotioneler geladen: „il y a lieu de faire confiance à l'amour maternel dont les défaillances sont rares" (K8, 31 mei 1968, *gecit. R. Dalloz*, 1973, blz. 79) en ook „parce qu'il est conforme à la nature des choses" (K8, 31 jan. 1969, *o.c., l.c.*). Zie ook nog STEENNOT, H., *Het belang van het kind*, R.W., 1974-1975, 1743 e.v.

Het grootste argument is de jeugdige leeftijd:

„Het meisje is thans zes jaar oud en behoeft alsnog vooral moederlijke zorg" (K9, 07/01/72).

„Het komt passend voor dat de kinderen, gelet op hun leeftijd (6 en 3 jaar), aan de bewaking van eiseres worden toevertrouwd" (K9, 03/02/72).

„Gelet op hun leeftijd, kunnen de kinderen de dagelijkse zorg van hun moeder niet missen" (K9, 12/05/72).

„Het verdient de voorkeur dat de kinderen die niet in staat zijn zichzelf te behelpen, bij hun moeder vernachten" (K9, 02/06/72).

„Gelet op de zeer jeugdige leeftijd van de kinderen (2 en 4 jaar), blijkt het nadelig voor hen ze gedurende lange perioden aan de zorgen van verweerster te onttrekken" (K2, 17/03/72).

„Het jongste kind (1 jaar) behoeft de zorgen van verweerster" (K2, 09/06/72)

„Gezien zijn jeugdige leeftijd (5 jaar) behoeft het kind de zorgen van zijn moeder" (K2, 24/11/72).

„De verzorging van zeer jonge kinderen door een eigen moeder is te verkiezen boven de verzorging door grootouders" (K2, 26/05/72).

94. Bezwaren in verband met het gedrag van de moeder worden soms ook op basis van de jeugdige leeftijd van de kinderen afgewimpeld:

„De verhouding welke eiser vermoedt te bestaan tussen verweerster en haar werkgever, beroert kinderen van deze prille leeftijd (3 tot 6 jaar) minder" (K9, 02/06/72).

„Het jongste kind (1 jaar) is te jong om nadelige gevolgen te ervaren van een voorlopige scheiding van zijn oudere broer en zus, zodat dit kind aan verweerster dient toevertrouwd te worden" (K2, 09/06/72).

95. Doch niet enkel de jeugdige leeftijd is een argument. Bij oudere kinderen (15 à 20 jaar) wordt het gedrag van de moeder ook weer minder nadelig geacht voor de opvoeding:

„Rekening houdende met de leeftijd en het ontwikkelingspeil (lyceum, universiteit) van de kinderen, en mede met het ontbreken van enig bewijs dat de omgang van verweerster met haar minnaar op aanstootgevende wijze en geregeld gebeurt, brengt dit hun opvoeding niet meer in het gedrang, dan de twisten tussen hun ouders en hun feitelijke scheiding. Er is derhalve geen reden om deze kinderen, *allen meisjes*, aan de bewaring van hun moeder te onttrekken" (K9, 22/11/72).

Het geslacht van de kinderen wordt hier blijkbaar ook nog als een bijkomend argument naar voor geschoven.

Het gedrag van de man wordt veel strenger beoordeeld:

„Eiser werd onlangs veroordeeld wegens onderhoud van bijzit. Deze omstandigheid is op zichzelf, gelet op de ouderdom van het kind (18 jaar), voldoende ernstig om te beletten dat het voorlopig bestuur over dat kind aan eiser zou toevertrouwd worden" (K2, 30/06/72).

Wat voor de vrouw irrelevant geacht wordt, is bij de man doorslaggevend om hem de bewaking van de kinderen te onttrekken.

96. In het algemeen is, voor wat betreft het toevertrouwen van de kinderen, het hof trouwens veel soepeler ten aanzien van het gedrag van de vrouw dan ten aanzien van het gedrag van de man.

Voor een vrouw is de verhouding met een bijzit niet ‚op zichzelf voldoende ernstig': „De verhouding van verweerster met een derde persoon is geen afdoende reden om haar de bewaking over haar kinderen te ontzeggen" (K2, 06/10/72). In een ander arrest wordt het nog sterker uitgedrukt: „Indien er aanwijzingen bestaan nopens een verhouding met een andere man, staat nochtans niet vast dat *verweerster in aanwezigheid van haar dochter* (5 jaar) intieme omgang met die man zou hebben gehad" (K2).

„Vooralsnog ontbreekt het bewijs dat de moeder door haar gedrag (verhouding met haar werkgever) de goede opvoeding van de kinderen in het gedrang brengt" (K9, 02/06/72).

„Evenmin blijkt een ernstig moreel bezwaar te bestaan. Zo het waar zou zijn dat verweerster een minnaar heeft, zoals eiser beweert, dan woont deze in elk geval niet bij haar in" (K9, 18/02/72).

Het hof kende de kinderen aan de moeder toe, niettegenstaande de vader aanvoerde dat hij in staat was voor zijn kinderen te zorgen, wegens zijn ziekteverlof, en hij eveneens op de hulp van zijn zeventigjarige moeder kon rekenen.

Een andere keer wordt zelfs de affectie die de bijzit toont voor het kind van de vrouw ingeroepen als argument om het kind bij zijn moeder te laten (K2, 28/04/72).

Ook wederzijdse affectie tussen moeder en kinderen wordt als argument ingeroepen:

„Alhoewel verweerster slordig en verkwistend blijkt te zijn, en noch zij, noch haar bijzit ernstige waarborgen bieden voor de goede verzorging van de kinderen, is verweerster dan toch zeer bezorgd voor haar kinderen en houdt er werkelijk van. Deze jonge kinderen, die zeer aanhankelijk zijn, schijnen meer affectie te hebben van hun moeder dan van eiser" (K2, 26/05/72).

„De drie kinderen verkiezen bij hun moeder te blijven..." (K2, 30/06/72).

„..., dat een affectieve band bestaat tussen moeder en kind, ..." (K1, 12/05/72). In ditzelfde arrest wordt de verhouding tot de vader veel zwakker voorgesteld: „..., dat de kinderen wensen *kontakt te houden* met hun vader".

Dit argument wordt nochtans niet steeds weerhouden:

„De voorkeur die de zoon en de dochter in het maatschappelijke verslag voor de vrouw uitdrukken is niet doorslaggevend. Het gevaar bestaat dat de persoon bij wie de vrouw inwoont de feitelijke leiding over de kinderen zou uitoefenen" (K2, 23/06/72).

Ook het argument dat de vader wegens zijn beroepsactiviteit onvoldoende de opvoeding van zijn kinderen kan verzorgen, is niet steeds overtuigend:

Verweerster leeft samen met een ongehuwde man. Eiser heeft, samen met zijn drie kinderen, zijn intrek genomen bij zijn bijzit, die ook drie kinderen heeft: „Vooralsnog ligt geen bewijs voor dat verweerster niet in staat is of voorheen in gebreke bleef haar ouderlijke plichten te vervullen. Nu eiser, wegens zijn dagtaak, de hoede van de kinderen practisch moet overlaten aan een vreemde vrouw (de bijzit), die reeds de zorgen draagt over haar drie eigen kinderen, hebben de kinderen van partijen er belang bij verblijf te houden bij hun moeder, en door haar te worden opgevoed in de *atmosfeer die het oorspronkelijk gezinsleven het meest benadert*" (K9, 11/02/72).

97. De kinderen worden in de regel pas aan de vader toegewezen wanneer het gedrag van de moeder werkelijk te wensen overlaat:

„Zij bezoekt veel een bepaalde herberg. Zij ziet feitelijk sedert maanden niet meer naar haar dochter om, en trekt zich haar opvoeding niet in het minst aan" (K2, 09/06/72).

98. Slechts in zeldzame gevallen werd een genuanceerd standpunt aangetroffen met bijvoorbeeld een verdeling van de kinderlast:

„Geen van beide partijen blijkt in staat een doelmatige bewaring van de kinderen te kunnen uitoefenen zonder hoofdzakelijke hulp van vreemden. Huishoudelijke hulp is in de huidige omstandigheden niet zo gemakkelijk te bekomen. bijzonder bij aanwezigheid van vier kinderen. De oudste twee kinderen, jongens van respectievelijk tien en zeven jaar oud, zijn schoolgaande. Het is niet aangewezen hun verblijfplaats te wijzigen. Hetzelfde geldt niet voor de jongste twee kinderen, een jongen van vijf en een meisje van bijna drie.

Ten einde een zo best mogelijke bewaring van de kinderen te verzekeren, blijkt het dus aangewezen de oudste twee kinderen toe te vertrouwen aan de vader, en de twee jongste aan de moeder. Aldus wordt de bewaringstaak van de partijen ook in het belang van de kinderen verlicht en vergemakkelijkt. De oudste twee jongens kunnen verder blijven waar ze zijn en schoolgaan, de leeftijd van de twee jongste kinderen pleit meer voor een bewaring door hun moeder" (K1, 20/04/72).

99. Eerder uitzonderlijk wordt beroep gedaan op de grootouders:

„Beide kinderen zijn aan beide ouders gehecht. Eiseres biedt minder waarborgen. Verweerder zoekt elders genegenheid. De ouders van eiseres

kunnen er niet voor zorgen, de ouders van verweerder wel, zodat de kinderen aan de man moeten komen" (K2, 17/03/72).
Soms worden de kinderen aan grootouders toevertrouwd wanneer de vrouw ongeschikt lijkt voor de opvoeding, en het Hof bezwaren heeft tegen het feit dat de man buitenshuis werkt en daardoor onvoldoende alleen voor de opvoeding zou kunnen instaan (zie K2, 17/03/72; K2, 30/06/72).

100. Als besluit zou gesteld kunnen worden dat de kinderen in principe aan de moeder worden toevertrouwd, tenzij bewezen wordt dat de vrouw werkelijk niet geschikt is voor de opvoeding, en de man wel. Dit komt goed naar voor in volgende formulering „Het blijkt niet dat het belang van de kinderen vereist dat zij aan hun moeder *onttrokken* worden" (K2, 13/03/72).

HOOFDSTUK IV

DE JURIDISCHE REDENERING

§ 1. Bewijs en logica

101. Op het gebied van het bewijs kunnen enkele bedenkingen gemaakt worden in verband met de logische regels die door het hof (niet) gevolgd worden.

Heel vaak zit achter een bewijsredenering een premisse verscholen die niet geëxpliciteerd wordt, doch noodzakelijk is om tot het bewijs te kunnen komen, waartoe het hof besluit. Strikt logisch gezien zijn die conclusies dan ook fout.

Een ander probleem rijst bij de vaststelling dat een feit soms als bewezen aanvaard wordt ondanks het bestaan van een derde mogelijkheid, terwijl in andere gevallen het feit als niet bewezen wordt beschouwd, precies omdat nog een ander mogelijkheid openstaat. Ook hier is deze keuze slechts verklaarbaar wanneer we aannemen dat de rechter het bewijs waardeert in het licht van een *a priori*, van waaruit hij in het ene geval het bewijs sneller zal aanvaarden dan in het andere. Het is pas wanneer de rechter een aantal gegevens uitdrukkelijk slechts als een voldoende vermoeden kwalificeert en niet als een zeker bewijs, dat hij zijn *a priori* laat blijken (1), dat dan niet meer vatbaar is voor een logische kritiek, maar wel voor een inhoudelijke.

A. VERZWEGEN PREMISSE

102. „Eiser verstrekt geen gegevens nopens zijn huidige inkomsten, zodat mag worden aangenomen dat ze geen bijzondere verhoging hebben ondergaan" (K9, 07/11/72).

Waren de inkomsten verhoogd, dan zou, volgens het hof, de eiser hiervoor zeker bewijsmateriaal aangebracht hebben. Deze premisse zou getoetst kunnen worden. Het ligt voor de hand dat dit pas mogelijk is wanneer ze geëxpliciteerd wordt.

De dronkenschap van een bestuurder wordt bewezen verklaard op volgende gronden: hij reed aan een te hoge snelheid; hij beweerde de omvergereden fietser niet gezien te hebben, maar enkel iets gevoeld; hij was pas 200 meter verder tot stilstand gekomen (K5, 09/10/72). Het hof gaat er dus van uit dat deze elementen met zekerheid op dronkenschap wijzen. Zo het hof echter meende dat, alhoewel een andere uitleg theoretisch mogelijk was, deze elementen aangezien moesten

(1) Maar nog niet noodzakelijk expliciteert.

worden als een voldoende vermoeden, dan moest dit ook als dusdanig geformuleerd worden.

In een procedure tot ontkenning van vaderschap op grond van het verborgen houden van de geboorte, wordt het bewijs van het overspel van de vrouw afgeleid uit het getuigenverhoor in zijn geheel genomen: „Er is geen samenwoning meer en de echtgenoten zijn nooit meer samen gezien, bijgevolg is het kind niet verwekt door meneer X en heeft Y in de conceptieperiode gemeenschap gehad met een andere man" (K1, 04/02/72). Niet geformuleerde premisse: wanneer er geen samenwoning meer is tussen echtgenoten, en niet bewezen wordt door getuigen dat ze in die bepaalde periode ooit samen geweest zijn, dan is het uitgesloten dat ze met elkaar sexuele omgang gehad hebben.

103. De volgende redenering van het hof is duidelijk logisch vals, precies omdat een belangrijke premisse verzwegen wordt: „De omstandigheid dat eiseres deze zedenfeiten ten spijt het echtelijk leven in stand hield kan niet als een verzoening beschouwd worden, doch wijst enkel op een door eiseres gekoesterde hoop op beterschap van de huwelijksverhouding" (K7, 07/06/72). Ook al is deze interpretatie van het hof mogelijk, of misschien zelfs waarschijnlijk, toch is dit zeker niet de enig mogelijke uitleg, zoals het hof wil laten voorkomen. Daarenboven is het de vraag of het blijven samenwonen in de hoop op een betere verhouding, niet precies wijst op een wil tot verzoening.

Het hof houdt hier blijkbaar rekening met de zware juridische gevolgen van een verzoening. Alle feiten die dateren van vóór de verzoening vervallen immers als mogelijke grond tot echtscheiding, zodat het vaststellen van een verzoening vaak leidt tot een afwijzing van de eis tot echtscheiding. Het is dan ook vanuit deze vóórkennis dat het hof hier de verzoening zeer eng interpreteert.

Dit wijst erop hoezeer het recht een open systeem is, waarin extra-juridische en meta-juridische waardeoordelen een belangrijke invloed hebben op juridische redeneringen.

B. Onvoldoende voorwaarde

104. In de volgende gevallen wordt het bewijs onvoldoende geacht, omdat de feiten nog altijd voor een andere uitleg vatbaar zijn. Logisch gezien is het bewijs dan inderdaad niet geleverd. De vraag is dan echter of een strikt logisch bewijs mogelijk is, en indien dit niet het geval is, of het verantwoord is een strikt bewijs te eisen.

Ter voorbereiding van een overeenkomst tot overdracht van de deelbewijzen van een vervoerbedrijf wordt vooraf een contract opgemaakt waarbij een optie tot aankoop wordt verleend, de voertuigen en de vergunningen opgegeven en beschreven worden, en de prijs alsook de betalingsmodaliteiten bepaald worden. Achteraf vraagt de koper een prijsvermindering wegens zware herstellingskosten en het feit dat de tractoren een jaar ouder zijn dan in het contract vermeld:

„... dan blijft enkel nog de vraag of de verweerders met bedrieglijk opzet hebben gehandeld wanneer ze ten aanzien van het voertuig met onderstelnummer 123.790 een onjuist bouwjaar hebben opgegeven. Een loutere vaststelling van de onjuiste opgave levert nog geen bewijs van bedrog. Ook al moesten de verweerders wel weten dat die tractor van het bouwjaar 1963 was, is een vergissing in de opgave of in de redactie van het contract niet uitgesloten" (K1, 20/01/72).

Bij een financieringsovereenkomst tussen een stad en een onderneming wordt o.m. een hypotheekbelofte bedongen tot zekerheid van de terugbetaling van maximum 30 miljoen op de goederen in de authentieke akte aangeduid. Er is betwisting tussen de Belgische staat en de onderneming over de vraag of de akte een loutere hypotheekbelofte of een hypotheekvestiging inhoudt. In dit laatste geval moeten registratierechten betaald worden. De staat steunt zich op de opvatting, die doorgaans door de rechtsleer aanvaard wordt, dat een hypotheekbelofte en de aanvaarding ervan in de authentieke akte met de opgave van het bedrag van de schuldvordering en de goederen, een kontrakt van hypotheekvestiging uitmaakt. Het hof verwerpt deze stelling:

„Deze opvatting veronderstelt dat, door interpretatie van de overeenkomst, de wilsovereenstemming geacht wordt betrekking te hebben op een werkelijke hypotheekvestiging. De vraag is echter of zulke interpretatie ter zake toegelaten is op grond alleen van de omstandigheid dat de belofte genomen is in een authentieke akte, en deze verder tot de hypotheekverlening vereiste specificaties bevat. Volgens de tekst van de overeenkomst heeft eiser (de N.V.) slechts beloofd een hypotheek te vestigen en heeft de stad die aanvaard. In de akte wordt herhaaldelijk gebruik gemaakt van hypotheekbelofte en hypotheek, en worden deze termen duidelijk van elkaar onderscheiden. Die termen worden blijkbaar niet zonder enig overleg gekozen, vermits de akte voorziet dat de belofte van hypotheek zal kunnen omgezet worden in een hypotheek. Ten aanzien van de klaar uitgedrukte wil van de partijen is er geen reden tot interpretatie. Er mag zomaar niet verondersteld worden dat de partijen zich vergist hebben nopens de draagwijdte van de door hen duidelijk, niet zonder enig overleg, gekozen termen. Het is trouwens *volstrekt niet onwaarschijnlijk* dat de partijen gewild hebben dat door hun overeenkomst *hic et nunc* nog geen hypotheekvestiging tot stand kwam, niet noodzakelijk om fiscale redenen, maar ook omdat de waarborg onder vorm van een hypotheekbelofte minder hinderde bij deelname aan aanbestedingen en bij het bekomen van kredieten" (K1, 13/01/72).

Een bestuurder die in eerste aanleg gedeeltelijk aansprakelijk werd gesteld voor een ongeval, wordt door het hof vrij van schuld geacht: „De eerste rechter heeft ten onrechte aangenomen dat A geen ervaren bestuurder was, en dit louter op grond van de verklaring van diens vader. In het feit dat de

vader of de moeder van A steeds hun zoon vergezelden wanneer hij met de wagen reed kan geen bewijs gevonden worden voor de onbehendigheid van deze laatste in het sturen, daar waar deze voorzorg eerder duidt op de bezorgdheid van de ouder om elk misbruik van de wagen te voorkomen" (K5, 27/06/72).

Het verschil in beoordeling tussen de eerste rechter en het hof wijst er op dat het bewijs niet in de eerste plaats een strikt logische redenering inhoudt, maar in hoofdzaak een waardeoordeel.

Ook inzake het bewijs van een stilzwijgende afstand van een recht stelt het hof strenge eisen: „Er zijn geen gronden om aan te nemen dat D aan zijn recht zou verzaakt hebben door zestien jaar te wachten om het op te eisen. Zijn houding is niet zodanig dat ze voor geen andere uitleg vatbaar is, en de belofte zonder tijdsbepaling vervalt in de hier aanwezige omstandigheden niet" (K7, 21/06/72, AR 845).

105. In het bijzonder ten aanzien van negatieve feiten (1), of juister het bewijs dat een feit niet gebeurd is, stelt zich de vraag naar de mogelijkheid van een strikt bewijs.

Dit probleem stelt zich bij volgend arrest:

De lading van een vrachtwagen schiet in brand na het springen van een band. De vervoerder is maar bevrijd van zijn verantwoordelijkheid indien de beschadiging veroorzaakt is „door omstandigheden die hij niet heeft kunnen vermijden en waarvan hij de gevolgen niet heeft kunnen verhinderen. De vervoerder stelt dat hij de ramp niet heeft kunnen verhinderen vermits de oorzaak van het springen van de band onbekend is. Het hof meent echter dat, wanneer de oorzaak onbekend is, de oorzaak juist gelegen kan hebben aan de slordigheid van de vervoerder, waardoor het bewijs niet geleverd is dat hij het ongeval niet had kunnen vermijden" (K5, 06/06/72).

C. Waarschijnlijkheid gelijkgesteld met zekerheid

106. In de volgende gevallen stelt het hof zich tevreden met een hoge graad van waarschijnlijkheid om een feit als bewezen te aanvaarden.

„Het is toch *uiterst ongewoon* dat een renpaard dat, naar de uit hun vaststellingen afgeleide mening van de verbalisanten, over de weideafsluiting is gesprongen enige meters verder ineens zo rustig zou geworden zijn dat het kalm en niet gehaast stapvoets een straat zou oversteken waar er toch voortdurend verkeer is" (K1, 08/12/72).

(1) Zie hierover: Storme, M., *o.c.*, nr. 111 e.v.

„Het is niet aan te nemen dat de inkomsten die hij daaruit (gerant van International Club of Flanders) haalt niet hoger liggen dan deze die hij aangeeft" (K2, 17/03/72).

Het hof gaat zelfs zo ver in sommige gevallen een waarschijnlijkheid ook letterlijk met een zekerheid gelijk te stellen:

„Indien de bromfietser dan toch hinder zou ondervonden hebben ingevolge het doorrijden over de verzakking, dan heeft hij nadien over een afstand van 22 meter ongehinderd de rijbaan gevolgd en, *naar een waarschijnlijkheid die als een zekerheid mag aanvaard worden* gelegenheid gehad die hinder goed te maken en zijn voertuig opnieuw in handen te krijgen en te beheersen" (K1, 14/12/72).

„Waar de gerechtelijke deskundige in zijn besluit zijn overtuiging uit over de echtheid van het testament, geeft hij geenszins een ‚indruk' weer... *Dit gevolg komt neer op een menselijke zekerheid* van echtheid van het geschrift, *die twijfel uitsluit*" (K1, 29/06/72).

107. De criteria aan de hand waarvan in het ene geval een strikt bewijs geëist wordt en in het andere niet, komen nergens naar voor. Een uitgebreider onderzoek van de rechtspraak op dit punt zou kunnen uitwijzen in hoeverre deze logische eisen bepaald worden door de wet, en in hoeverre door de rechter. En bij dit laatste zou vastgesteld kunnen worden welke waardeoordelen een rol spelen bij de omschrijving van de bewijslast en de waardering van het bewijs.

D. Vermoedens en waardeoordelen

108. Telkens de rechter een vermoeden waardeert spreekt hij per definitie een evaluatie of een waardeoordeel uit. Hierbij kunnen dan ook dezelfde bedenkingen gemaakt worden als hoger onder § 2 en § 3 van hoofdstuk III.

„Het volstaat in elk geval dat C de brief met bijlagen heeft ontvangen en daarop niet heeft geantwoord, noch om de aangeklaagde gebreken te ontkennen, noch om op de laattijdigheid van de reklamatie te wijzen, hetgeen voldoende laat vermoeden dat ook de eerste brief is aangekomen en niet op protest gestuit" (K9, 13/11/72).

„Om deze stelling te verdedigen haalt A verschillende elementen aan. Deze elementen zijn broos ieder op zichzelf, maar samengenomen leveren ze een aanvaardbaar vermoeden" (K5, 20/06/72).

„Het is weinig aanvaardbaar dat eiser, zelfs tijdelijk, zijn meer bezoldigd ambt te Rome zou verlaten hebben om een minder bezoldigde betrekking in Canada uit te oefenen, zodat vermoed mag worden dat eiser in Canada nog bijverdiensten heeft" (K2, 04/02/72).

„Alhoewel het formeel bewijs niet overgelegd wordt dat eiser andere inkomsten heeft, kan er gezien zijn levenswijze vermoed worden dat hij over een hoger inkomen beschikt" (K2, 18/02/72).

Er is betwisting rond de aard van een overeenkomst. Dieren werden afgeleverd aan eiser, die ze heeft geslacht en het vlees heeft verkocht. De discussie draait er nu rond of het hier om een verkoop of om een commissiecontract ging. Een veearts, die verbonden is aan het slachthuis van eiser, heeft een verklaring afgelegd, die door het hof aanvaard wordt als een feitelijke vermoeden nopens de eigendom van het dier bij de slachting.

„Want de veearts heeft zich voor die vermelding ongetwijfeld ingelicht bij eiser of zijn personeel, of het slachthuisboek geconsulteerd" (K7, 23/03/72).

§ 2. **Rechtsvinding**

A. Taalinterpretatie

109. Tot welke vreemde interpretaties de rechtspraak kan komen wanneer woorden buiten hun context geïnterpreteerd worden, kan men zien in volgende arresten.

In een eerste zaak eist het hof van handelaars een strikt juridisch taalgebruik, en weigert de juridische gevolgen te verbinden aan minder uitdrukkelijke bewoordingen.

Bepaalde werken worden uitgevoerd voor rekening van eiser, een handelaar. Deze weigert te betalen omdat de werken met vertraging werden uitgevoerd, en hij vordert toepassing van het vertragingsbeding. De tegenpartij werpt op dat er geen ingebrekestelling geweest is. Onder handelaars geldt het beginsel dat de vorm van de ingebrekestelling van geen belang is, maar volgens het hof „moet de inhoud duidelijk en ondubbelzinnig de wil van de schuldeiser te kennen geven dat hij de bedongen boete in toepassing brengt. Een aanmaning tot spoed, het maken van voorbehoud of de loutere bedreiging met een of andere maatregel, de aanzegging per brief dat ‚dan ieder voor zich zijn verantwoordelijkheid zal moeten nemen', of zelfs het in uitzicht stellen van de toepassing van het beding indien de werken niet opschieten en andere dergelijke voorwaardelijke of in vage termen vervatte stellingnamen zijn onvoldoende. De schuldenaar moet weten wat de schuldeiser ten aanzien van zijn wanprestatie doen zal. De schuldeiser heeft immers een keuze van verschillende mogelijkheden" (K7, 20/01/72).

Het hof is er zich blijkbaar niet van bewust dat een dergelijk taalgebruik voor de aannemer overduidelijk moet zijn, ook al is theoretisch een andere uitleg mogelijk. Advocaten kunnen het zich veroorloven meteen de meest scherpe bewoordingen en dreigementen te gebruiken. Handelaars staan echter nooit van meet af aan in een agressieve conflictsituatie tegenover elkaar. In de mate van het mogelijke zullen

ze trachten een vertrouwensrelatie te behouden. Voor een handelaar is 'het belangrijk met zoveel mogelijk mensen zo goed mogelijke relaties te onderhouden. Daarom zal hij zolang mogelijk het openlijk conflict trachten uit te stellen door voorzichtige bewoordingen te gebruiken, en de dreiging van een gerechtelijke procedure of de toepassing van een strafbeding slechts als een stok achter de deur te gebruiken.

De volgende zaak is zelfs komisch:

„Het is onverklaarbaar dat eiseres het echtelijk dak zou verlaten hebben *,uit weelde'*, zoals een paar getuigen voorhouden, vermits ze dan alle belang had bij haar man te blijven, waar ze naar bepaalde getuigen meer ten beste had dan thuis" (K7, 23/11/72, AR 3864). Het hof begreep blijkbaar de betekenis niet van de door de getuigen gebruikte uitdrukking. ,Uit weelde' betekent in deze context immers dat men *niet beseft* hoe goed men het heeft. Dit geval toont aan dat toch nog een zekere taalbarrière bestaat tussen de magistraten en de gewone, dialect sprekende bevolking (1).

110. Dat het rekening houden met de taalcontext tot heel andere resultaten kan leiden dan een woordbetekenis in het eigen taalgebruik van de magistraat, komt in volgend arrest naar voor: In een beroepsakte werd opgeroepen om ,binnen de acht dagen te verschijnen'.

„Waar de beroepsakte spreekt van een wettelijke maximum termijn van 8 dagen voor de verschijning, en er geen wettelijke maximum termijn voorzien is, gaat het *vanzelfsprekend* om de wettelijke minimumtermijn van art. 707 Ger. W., en *wordt de term ,binnen' hier bedoeld in de minder correcte maar in het Zuid-Nederlands veelal gebruikte betekenis van ,na verloop van'* " (K7, AR 3835).

Het hof lijkt bewust soepel te interpreteren, enerzijds omdat de magistraten met dit taalgebruik vertrouwd zijn, en anderzijds omwille van de mogelijks verstrekkende gevolgen van een andere interpretatie, wanneer het hof tot een nietigheid van de akte zou moeten besluiten.

B. Ontleding van rechtsbegrippen

111. Bij de interpretatie van juridische begrippen kan de rechter de draagwijdte van het begrip inkrimpen, uitbreiden, of zelfs ombuigen. Uit het onderzoek kan men hiervan enkele voorbeelden halen.

(1) Dit confirmeert wat hoger onder nr. 48 e.v. gezegd werd, vooral i.v.m. de sociale herkomst van de magistratuur.

Art. 27, 3 van het verkeersreglement bepaalt: „Het is verboden de normale gang van de andere bestuurders te beletten door zonder geldige reden tegen een abnormaal lage snelheid te rijden of door plots te remmen waar dit niet om veiligheidsredenen nodig is". Het hof interpreteerde het begrip *‚plots remmen'* aldus:

„ ‚Plots' remmen, zoals dit verstaan wordt door art. 27, 3 van het algemeen verkeersreglement, heeft zowel de onverwachte aard als de efficaciteit van het remmen op het oog" (K9, 06/01/72).

Op te merken valt dat het hof door de bewoordingen „zoals dit verstaan wordt door..." laat uitschijnen dat die interpretatie geen enkele eigen inbreng bevat van het hof, maar een loutere toepassing is van een wetsartikel.

112. Bij de interpretatie van het begrip *‚zware fout'* maakt het hof een analogieredenering:

De vraag was of het rijden van een leerling-bestuurder aan een snelheid van 120km per uur een zware fout uitmaakt, die tot uitsluiting van de tussenkomst van de verzekering zou leiden. Het hof meent dat het geen zware fout is omdat er tal van andere ongevallen zijn wegens overdreven snelheid, en dat de tussenkomst van de verzekering nooit wordt geweigerd (K5, 07/03/72; AR 2190).

Hier kan een bedenking gemaakt worden die voor elke analogieredenering geldt. Zo men vergelijkbare situaties gelijk poogt te behandelen, mag toch nooit uit het oog verloren worden dat tussen die verschillende situaties nog een verschil blijft bestaan. Essentieel is dan de vraag of dit verschil al dan niet relevant is voor de toepassing van de vooropgestelde regel. *In casu* dient dus onderzocht of het rijden aan 120km per uur niet een zwaardere fout is voor een leerling bestuurder, die maximum 70km per uur mag rijden, dan een zelfde snelheid voor een (ervaren) bestuurder met rijbewijs op een plaats waar een zelfde snelheidsbeperking (70km per uur) geldt.

113. De volgende interpretaties komen betwistbaar voor:

„Het blijkt uit geen enkel *objectief* gegeven dat de fietser de eiser in *dwaling* heeft gebracht. Het is eigenaardig dat de eiser verklaart dat hij dacht dat de fietser hem langs voor zou voorbijrijden, terwijl de echtgenote verklaart dat ze dacht dat deze langs achter zou voorbijgereden zijn. Tussen de twee versies lag de waarheid: de fietser is recht op de auto aangereden" (K7, 16/11/72, AR 2603). De dwaling wordt hier ‚objectief' benaderd, terwijl ze in essentie op een subjectieve geestesgesteldheid slaat. Dat beide inzittenden elk een ander gedrag van de

fietser verwachtten, maakt nu juist het standpunt van de bestuurder aannemelijk dat hij in dwaling werd gebracht. De formulering „tussen de twee versies lag de waarheid" komt vreemd voor. Dat de fietser uiteindelijk recht op de auto is ingereden kan precies door een wederzijdse aarzeling veroorzaakt zijn.

Niet zonder belang is de interpretatie van het begrip *'rechtsplegingsvergoeding'*:

„Deze is ongetwijfeld bedoeld tot vergoeding van de uitgaven die een partij, die niet bekwaam is om zelf haar belangen in rechte te verdedigen, gerechtigd is te doen. Dit geldt niet voor de advokaat-curator, die zelf in rechte kan optreden en trouwens omwille van die hoedanigheid wordt aangesteld, en die geen beroep moet doen op een andere advokaat". Het hof kent dan ook geen rechtsplegingsvergoeding toe (K7, 20/04/72).

Een gelijkaardig probleem vindt men terug in de discussie rond art. 20, 4° Hyp. W., waarbij het draait om de vraag of het ereloon van een advocaat bevoorrecht kan zijn wegens 'kosten gedaan tot behoud van de zaak'. Ook bij de interpretatie van dit artikel werd herhaaldelijk het begrip 'kosten' geïnterpreteerd in de enge zin van 'gedane uitgaven', t.t.z. geldelijke uitgaven, waarbij eigen arbeid uitgesloten werd, waardoor aan de advocaat geen voorrecht werd toegekend (1). Terecht merkt J. Kokelenberg op dat een dergelijke opvatting economisch gezien onhoudbaar is (2). Zo zou een advocaat, die een (betaalde) medewerker of stagiair naar de rechtbank stuurt wel aanspraak kunnen maken op het voorrecht, en, in ons geval, op de rechtsplegingsvergoeding, terwijl hij dat niet zou kunnen wanneer hij de zaak zelf behandelt.

C. Interpretatie van rechtsregels

114. Vrijwel geen interpretaties van rechtsregels werden in het onderzoek naar boven gehaald. Hiervoor kunnen twee verklaringen gegeven worden.

Vooreerst blijkt de betwisting zeer vaak, zoniet hoofdzakelijk, rond feitenkwesties te draaien en niet rond juridische vraagstukken.

De belangrijkste verklaring zal nochtans zijn dat de onderzoekers onvoldoende geschoold waren in de respectieve materies om vast te

(1) Zie bvb. Rb. Ieper, 11 september 1968, *R.W.*, 1969-1970, 329.

(2) Kokelenberg, J., *Kan een advokaat het voorrecht van art. 20,4 Hypotheekwet inroepen?*, *R.W.*, 1970-1971, 1165-1166.

stellen of het hof zonder meer een wet toepaste (voor zover dit ‚zonder meer' überhaupt mogelijk is), of aan die wet een eigen interpretatie gaf.

Het moet hier dan ook volstaan te verwijzen naar enkele reeds aangehaalde citaten: voor een interpretatie van *art. 310 B.W.*: zie K7, 24/05/72, aangehaald onder nr. 85; voor een interpretatie van *art. 1648 B.W.*: zie K7, 06/01/72, aangehaald onder nr. 81.

Twee andere citaten wijzen op een ombuiging van de wettelijke regel aan de hand van extra-juridische normen:

In verband met *art. 1229 B.W.*: „Het komt rechtmatig voor verweerder te ontslaan van het strafbeding, daar het hier geen herstel van schade, maar bijkomende winst tot voorwerp heeft" (K9, 04/05/72) (1).

In verband met *art. 1134 B.W.*: „Het is niet normaal dat, in een tijd dat de prijzen van onroerende goederen onstabiel zijn, een verkoopbelofte betreffende een belangrijk onroerend goed meer dan 5 jaar in stand gehouden wordt". De vordering wegens niet-nakoming van de belofte wordt op basis hiervan door het hof afgewezen (K1, 30/03/72).

(1) Zie ook citaat [70].

HOOFDSTUK V

STATISTISCHE GEGEVENS

(met medewerking van E. Langerwerf — centrum rechtssociologie UFSIA — voor de computerverwerking) (1)

§ 1. Opzet

115. Het is de bedoeling hier een aantal cijfergegevens naar voor te brengen in verband met de rechtspraak van de burgerlijke kamers van het hof van beroep te Gent in het jaar 1972.

De gegevens werden verzameld per kamer en per materie.

De indeling per kamer is in het kader van dit artikel weinig relevant. Het is precies de bedoeling op algemene tendensen en verbanden te wijzen en niet op min of meer toevallige verschillen tussen de kamers. Er werd trouwens reeds benadrukt dat alles wat in dit onderzoek naar voor gebracht wordt losgekoppeld moet worden van de personen die de arresten geveld hebben. In dit licht is het dan ook wenselijk de cijfergegevens gerangschikt per kamer achterwege te laten.

De indeling per materie is wel relevant, enerzijds om een idee te geven van de aard der zaken die door het hof behandeld worden, en anderzijds ook om na te gaan of bepaalde verbanden niet afhankelijk zijn van of variëren volgens de materie.

116. Naast het brengen van de louter statistische gegevens wordt ook gepoogd een aantal verbanden te zoeken tussen de diverse onderzochte elementen. Een zeker verband kon worden vastgesteld tussen verschillende elementen. Verder onderzoek zou kunnen uitwijzen of deze verbanden toevallig of wetmatig zijn.

117. De verzameling van het cijfermateriaal en de verwerking ervan zijn wel met heel wat moeilijkheden gepaard gegaan.

Vooreerst werd het initiatief tot het noteren van de statistische gegevens pas genomen toen de lectuur van de arresten reeds gestart was. Het is dus mogelijk dat niet alle arresten in de statistiek verwerkt werden.

(1) De verwerking van de gegevens gebeurde op het Rekencentrum van de UFSIA. Een eerste reeks tabellen was reeds opgemaakt door Boudewijn Arijs (toenmalig student 3e lic. rechten RUG) bij het einde van het onderzoek. Deze tabellen bevatten enkel de optellingen per kamer en per materie. Voor het zoeken van verbanden was een automatische informatieverwerking noodzakelijk. Meteen kon de computer echter dezelfde tabellen herberekenen. Hierdoor werden de eerste berekeningen nochtans niet overbodig, doch bleven waardevol als controle op de computerberekeningen.

De mogelijkheid om de gegevens met de computer te verwerken bood zich pas toen het onderzoek reeds beëindigd was. De afzonderlijke gegevens van een gedeelte van de rechtspraak van twee kamers, in totaal 234 arresten, gingen verloren vooraleer ze geponst konden worden. Gelukkig waren de totalen reeds met de hand opgeteld, zodat dit enkel gevolgen heeft gehad voor het berekenen van verbanden. Deze berekeningen gebeurden op basis van *817* van de 1051 arresten.

Een laatste moeilijkheid was dat sommige begrippen onvoldoende op voorhand gedefinieerd werden, zodat de verschillende onderzoekers soms een afwijkende interpretatie kunnen gegeven hebben aan deze begrippen. Bij de interpretatie van deze gegevens dient men dan ook zeer voorzichtig te zijn.

Al deze beperkingen maken dat de aandacht niet zozeer moet gaan naar de absolute cijfers, maar naar de procentuele verhoudingen, en dat enkel uit opvallende tendensen en verschillen bepaalde conclusies getrokken kunnen worden.

§ 2. **Onderzochte gegevens**

2.1. *Cassatieberoep*

118. Nagegaan werd hoeveel beroepen in cassatie werden ingesteld.

2.2. *Hoger beroep*

119. Hier werd eerst onderzocht hoeveel zaken ontvankelijk en hoeveel onontvankelijk verklaard werden, en vervolgens hoeveel gegrond, respectievelijk ongegrond.

Als ontvankelijk of gegrond worden aanzien alle zaken die niet onontvankelijk of ongegrond zijn, d.w.z. dat alle gedeeltelijk ontvankelijke en gedeeltelijk gegronde eisen hier als ontvankelijk of gegrond geclasseerd worden.

2.3. *Advies van het openbaar ministerie*

120. Een onderscheid werd gemaakt advies / geen advies en eensluidend / afwijkend advies. Tijdens het onderzoek bleek de noodzaak een derde categorie te onderscheiden voor de adviezen waarbij niet vermeld was of ze afwijkend of eensluidend waren.

2.4. *Deskundig onderzoek*

121. Telkens uit het arrest bleek dat een deskundigenverslag was neergelegd of een deskundigenonderzoek bevolen werd kwam dit onder de rubriek ‚deskundig onderzoek'.

Voor de helft der arresten van kamer 7 (juni-december) ontbreken de gegevens.

2.5. *Tussenarresten*

122. Dit element werd niet als dusdanig onderzocht, doch achteraf gedistilleerd uit de aantekeningen van de onderzoekers.

Deze cijfers zullen dan ook slechts bij benadering juist zijn.

2.6. *Weergave van de beslissing in eerste aanleg*

123. Hier gaat het om de uitvoerigheid waarmee in de arresten wordt ingegaan op de vonnissen die in eerste aanleg gewezen werden. Een indeling werd gemaakt in drie categorieën: geen weergave, beknopte weergave, uitvoerige weergave.

De weergave van de beslissing in eerste aanleg werd als uitvoerig aangezien wanneer het hof werkelijk inging op het vonnis van de eerste rechter en niet enkel de beslissing vermeldde met eventueel de belangrijkste rechtsgrond(en). Dit laatste werd dan als beknopte weergave gekwalificeerd.

Vermits een onderscheid tussen ‚beknopt' en ‚uitvoerig' niet scherp kon worden afgelijnd, zal de subjectieve interpretatie van de onderzoekers wel een zekere invloed gehad hebben op de classificering. Hiermee dient dan ook rekening gehouden te worden bij de lectuur en de interpretatie van de cijfers.

2.7. *Billijkheidsverwijzing*

124. Gezien de aard van het onderzoek en de scholing van de onderzoekers kon hier geen rekening gehouden worden met de gevallen waarin het hof impliciet rekening hield met billijkheidsmotieven. Er werd dus enkel nota genomen van expliciete verwijzingen naar de billijkheid. Veel besluiten kan men uit deze cijfers niet trekken vermits het in de meeste gevallen gaat om een bepaling van de schade *ex aequo et bono*. Een onderscheid had gemaakt moeten worden tussen deze arresten en die waarin een regel van de billijkheid als rechtsgrond werd aangehaald.

2.8. *Ervaringsregelen en algemeen bekende feiten*

125. Onder deze rubriek werd aangetekend in hoeveel arresten melding gemaakt werd van hetgeen bij het begin van het onderzoek omschreven werd als ‚algemeen bekende feiten' en als ‚ervaringsregelen'. Gezien de onvoldoende nauwkeurige omschrijving van deze begrippen vóór de aanvang van het onderzoek, en vooral gezien de kritiek die hoger op deze begrippen werd uitgebracht kunnen deze cijfers hoogstens een aanwijzing geven over de frekwentie waarmee niet-juridische uitspraken, evaluaties en normen een invloed hebben op de juridische beslissing. Besluiten kunnen er in geen geval uit worden getrokken.

2.9. *Motivering*

126. Het was de bedoeling de arresten in deze rubriek te classeren volgens de aard van de motivering:

— Geen motivering, waaronder verstaan werd dat het hof zijn beslissing velde zonder nadere verantwoording en met ten hoogste een verwijzing naar een wettekst;
— Autoriteitsmotivering: het hof verwijst enkel naar het standpunt van één of meer gezaghebbende auteurs of naar de rechtspraak (in het bijzonder cassatiearresten), zonder werkelijk inhoudelijk op de argumenten en het rechtsprobleem in te gaan;
— Inhoudelijke motivering: het hof analyseert zelf de diverse argumenten en de diverse aspekten van het voorgelegd probleem, zonder hierbij louter te steunen op de mening van anderen.

Ook deze begrippen werden onvoldoende omlijnd bij het begin van het onderzoek. Een degelijk onderzoek op dit punt zou trouwens een vrij grondige kennis eisen van de behandelde rechtsproblematiek en van de rechtspraak in die materie.

De cijfers die hier verzameld werden worden dan ook niet vermeld.

2.10. *Materies*

127. Een ruwe indeling werd gemaakt naar de juridische materies. Ze kwam pas tot stand toen reeds een honderdtal arresten doorgenomen waren, en men reeds een duidelijk beeld had van de aard der zaken die aan het hof werden voorgelegd. Het was niet de bedoeling een exhaustieve indeling te maken volgens de klassieke structuur van ons recht, en in het bijzonder het burgerlijk recht, maar enkel een schematische classificatie in een tiental materies. Dit vooral met het oog op de interpretatie van de andere cijfergegevens. Het ligt immers voor de hand dat het bevelen van een deskundigenonderzoek of het uit-

brengen van een advies door het openbaar ministerie sterk afhankelijk is van de aard der behandelde zaak.

De onderscheiden materies waren: familiezaken, aquiliaanse aansprakelijkheid, overeenkomsten, procedure, erfenissen (+ schenkingen en testamenten), onteigeningen, burenhinder, verzekeringen, vennootschappen + faillissement, economische reglementering.

§ 3. Cijfers

3.1. *Cassatieberoep*

128. Op een totaal van 1.051 onderzochte arresten werd tegen 23 (2,3%) cassatieberoep aangetekend.

Gezien het gering aantal cassatieberoepen konden geen significante vaststellingen gedaan worden ten aanzien van het verband tussen de diverse materies en het instellen van cassatieberoep.

3.2. *Hoger beroep*

129. 1010 eisen (96%) werden ontvankelijk verklaard, 31 (3%) niet ontvankelijk, en over 10 arresten (1%) is er op dit punt geen informatie.

468 vorderingen (44,5%) werden gegrond verklaard, tegenover 534 (50,8%) ongegrond. In 49 gevallen (4,7%) werd niets beslist omtrent de gegrondheid van de zaak; in principe gaat het hier om tussenarresten.

130. Opvallend is wel dat in bijna de helft der zaken het vonnis van de eerste rechter hervormd wordt. Interessant zou het zijn na te gaan welke elementen een rol spelen in dit verschil van beoordeling tussen het hof van beroep en de eerste rechter, en op welke punten dit verschil doorgaans naar voren treedt. Is het een verschillende interpretatie van de wet, of van de feiten? Beveelt het hof meer onderzoeksmaatregelen waardoor nieuwe feiten aan het licht komen? Ligt de verklaring in een betere kwaliteit van de magistraten in hoger beroep? Of heeft het hof gewoon meer tijd om de zaken grondiger te behandelen (1)?

(1) Er moet ook rekening gehouden worden met het feit dat de gevolgen van een minder accurate behandeling van een zaak veel ernstiger zijn bij een beslissing van het hof van beroep (waartegen enkel nog de beperkte cassatieprocedure openstaat), dan bij een vonnis in eerste aanleg. Een door Lautmann genoteerde uitspraak van een rechter wijst er op dat hier ook bewust rekening mee kan worden gehouden: „Die Sache entscheiden wir jetzt, so oder so. Da haben wir lange genug daran gesessen. Wir sind ja nicht die letzte Instanz. Uber uns ist noch das Oberlandesgericht." (*o.c.*, blz. 168, [221]).

Men kan zich wel afvragen of de rechtszekerheid en het vertrouwen in het gerecht niet geschokt worden wanneer op één jaar tijd 468 partijen een in eerste aanleg gewonnen proces geheel of gedeeltelijk verliezen in hoger beroep. Een dergelijk hoog cijfer kan gemakkelijk de indruk wekken dat de rechtspraak arbitrair, willekeurig is, en dat het winnen of verliezen van een proces in hoofdzaak afhangt van externe factoren, zoals bijvoorbeeld de kwaliteit van de advocaat.

Dit hoog percentage zou er echter ook kunnen op wijzen dat niet-juridische uitspraken, evaluaties en normen een grotere rol spelen in de beoordeling van de magistraten, dan algemeen wordt aangenomen.

131. In de onderzochte rechtspraak bleek een verband te bestaan tussen de gegrondverklaring van het hoger beroep en het instellen van cassatieberoep. Wanneer de zaak verschillend beoordeeld werd in eerste aanleg en in hoger beroep lijkt dit eerder tot cassatie aan te sporen dan bij een consistente rechtspraak: bij gegrond hoger beroep werd tweemaal zo vaak in cassatie gegaan (10 op 345, dit is 2,9%) dan bij een afwijzing van de eis (6 op 435, of 1,4%).

Enerzijds kan een verschillende beoordeling van rechtsmacht tot rechtsmacht wijzen op het controversieel karakter van een bepaald probleem, doch anderzijds lijkt het ook waarschijnlijk dat iemand die zijn proces reeds een eerste maal gewonnen heeft zich niet zo gemakkelijk bij zijn verlies zal neerleggen en wel geneigd zal zijn te geloven in een grote kans om het een derde maal opnieuw te halen.

Tot een vloed van cassatieberoepen blijkt dit echter geen aanleiding te geven. Er dient hierbij nochtans rekening gehouden te worden met het duur, langdurig en toch altijd onzeker karakter van een cassatieprocedure, wat in de praktijk een belangrijke remmende factor betekent.

3.3. *Advies van het openbaar ministerie*

132. In 208 zaken (19,8%) werd door het openbaar ministerie een advies uitgebracht. Hiervan waren er 177 eensluidend, 8 afwijkend. Bij 23 adviezen werd in het arrest niet gespecifieerd of het al dan niet afwijkend was.

Opmerkelijk is dat slechts 4% van de uitgebrachte adviezen afwijken van het uiteindelijk arrest, daar waar 44,5% van de vonnissen in eerste aanleg een andere beoordeling inhouden dan het arrest.

Heeft het openbaar ministerie dan zoveel gezag bij het hof? Of volgt de gelijkaardige beoordeling uit het feit dat de zaak op dezelfde manier aan het hof en aan het openbaar ministerie werd voorgebracht,

terwijl het verschil met de beslissing in eerste aanleg verklaard zou moeten worden uit een andere procedure, andere getuigenverklaringen, andere besluiten, andere pleidooien enz... ?

Interessant is nog de vaststelling dat er geen enkel verband bestaat tussen het gegrond of ongegrond verklaren van het hoger beroep en het al dan niet afwijkend karakter van het advies van het openbaar ministerie. Een afwijkend advies blijkt dus niet in de regel aan te sluiten bij het eerste vonnis. Het oordeel van het hof sluit dus merkelijk nauwer aan bij dat van het parket-generaal, dan bij de mening van de lagere rechtbanken.

3.4. *Deskundig onderzoek*

133. Bij *14,4%* van de arresten (133 op 922) werd een deskundig onderzoek bevolen.

Een deskundig onderzoek lijkt er op te wijzen dat de uiteindelijke beslissing in hoofdzaak een feitelijke beslissing is. Zo werd slechts in één zaak op 133 waarin een deskundig verslag was neergelegd in cassatie gegaan. Dit is 0,7% tegenover 2,3% cassatieberoepen in het totaal (23 op 1.051).

Uiteraard hangt het bevelen van een deskundig onderzoek sterk samen met de behandelde materie: inzake echtscheidingen werd 1 deskundig verslag neergelegd (*1,3%*), terwijl in de 26 onteigeningszaken 25 maal een deskundige werd aangesteld (*96,2%*).

Merkwaardig is wel dat de magistraten zichzelf vrijwel steeds voldoende bevoegd achten om ook de feitelijke vraagstukken op te lossen bij familieproblemen, terwijl tevens in de andere materies, buiten de onteigeningszaken, nooit in meer dan *18%* van de zaken een deskundige werd aangesteld.

Dit bevestigt het hoger geformuleerd vermoeden dat ofwel de rechters zich niet bewust zijn van het belang van niet-juridische uitspraken voor de juridische beslissing, ofwel deze magistraten menen dat hun eigen *levenservaring* en/of *beroepservaring* voldoende uitgebreid èn voldoende objectief is om een valabele uitspraak te doen in de voorgelegde niet-juridische problemen.

In elk geval blijkt weinig nood te bestaan aan deskundigen inzake opvoeding, echtscheidingsproblemen, enz..., alhoewel dit vaak precies de delicaatste problemen zijn.

3.5. *Tussenarresten*

134. Volgens de door de onderzoekers aangetekende gegevens zouden er ongeveer 43 tussenarresten gewezen zijn (*4,1%*).

3.6. *Weergave van de beslissing in eerste aanleg*

135. In 310 arresten (29,5%) wordt de beslissing van de eerste rechter *niet* weergegeven, in 639 arresten (60,8%) *beknopt*, in 79 arresten (7,5%) *uitvoerig*.

Er wordt opvallend weinig ingegaan op het vonnis van de eerste rechter. In bijna 30% van de zaken wordt het eerste vonnis niet eens vermeld, wat er op wijst dat de magistraten een arrest beschouwen als een zaak tussen partijen en het hof, voor wie het vonnis in eerste aanleg uit het dossier bekend is. Er wordt dus weinig of geen rekening gehouden met een eventuele publicatie van het arrest. In dit geval is een weergave van het eerste vonnis immers nuttig en zelfs wenselijk.

Dat anderzijds in slechts 7,5% van de arresten uitvoerig wordt ingegaan op het eerste vonnis wijst op een zekere afstand die het hof bewaart tegenover de rechter in eerste aanleg.

Vermits immers bijna de helft van de zaken in hoger beroep tot een andere beslissing leiden dan in eerste aanleg, zou men kunnen verwachten dat het hof precies aangeeft op welke punten en waarom het met de eerste rechter van mening verschilt. Er blijkt echter geen enkel verband te bestaan tussen het al dan niet uitvoerig weergeven van de beslissing in eerste aanleg en het al dan niet gegrond verklaren van het hoger beroep.

Het hof voelt dus geen behoefte om expliciet met de eerste rechter in discussie te treden of minstens met diens gedachtengang rekening te houden.

Dat het hof een zekere afstand bewaart tegenover de eerste rechter wordt ook geconfirmeerd bij de vaststelling dat bijna de helft van de hogere beroepen gegrond worden verklaard. Er is dus zeker geen neiging aanwezig om de eerste rechter te ‚dekken'.

Tegenover de lagere rechtsmachten blijkt de magistratuur dus een volledige onafhankelijkheid te bewaren.

Tevens accentueert het hof hierdoor nog zijn hiërarchische positie ten opzichte van de lagere rechtbanken.

Dit spreekt de tendens tegen die Lautmann bij de rechters meende vast te stellen, om uit ‚korpsgeest', zoveel mogelijk rechtsmiddelen af te wijzen (1).

(1) *O.c.*, blz. 183-184.

3.7. *Billijkheidsverwijzing*

136. In 114 arresten (10,9%) werd een expliciete verwijzing naar de billijkheid aangetroffen. In geen enkele materie waren er duidelijk meer verwijzingen naar de billijkheid, enkel lag het procent iets hoger in de zaken van familierecht (18%) en van burgerlijke aansprakelijkheid (13,6%).

Dit is vermoedelijk te verklaren doordat bij het vastleggen van een bepaald bedrag van onderhoudsgeld of het vaststellen van de omvang van een schadevergoeding, dit bedrag *naar billijkheid* wordt bepaald.

Een billijkheidsverwijzing houdt dan doorgaans niet in dat het hof zich steunt op extra-juridische normen bij afwezigheid van een wettelijke regeling, of tegen een wettekst in, maar eerder dat het hof bij het bepalen van een bedrag zich meer steunt op *subjectieve criteria* dan op objectieve.

Zoals hoger reeds werd opgemerkt is het vaak mogelijk de omvang van bijvoorbeeld een schade nauwkeurig te berekenen op basis van vaste technische criteria. Door het gebrekkig bewijsmateriaal dat door de partijen wordt aangebracht, door de beperkte onderzoeksmiddelen en directe informatiebronnen die de magistratuur ter beschikking staan, en door tijdsgebrek is de rechter vaak verplicht bedragen te *schatten* in plaats van ze objectief te berekenen. Een dergelijke schatting heet dan *ex aequo et bono*.

Een werkelijk onderzoek naar de rol van de billijkheid, d.w.z. het aanwenden van extra-juridische waarden, waardenschalen en normen in de rechtstoepassing, zou zich dan ook moeten oriënteren naar een inhoudelijke analyse van de rechtspraak. Uit de vorige hoofdstukken is immers gebleken dat een verwijzing naar de billijkheid eerder impliciet kan worden aangetroffen in het gebruik van niet-juridische waarden en normen, dan expliciet in een uitdrukkelijke verwijzing naar de billijkheid.

3.8. *Ervaringsregelen en algemeen bekende feiten*

137. In 242 arresten noteerden de onderzoekers het gebruik van wat genoemd werd ervaringsregelen, en algemeen bekende feiten (23%). Er werden geen significante verschillen vastgesteld naargelang de materie. Niet-juridische uitspraken blijken dus in ongeveer één vierde van de arresten de beslissing mede te beïnvloeden.

Het dient opgemerkt dat hierin niet begrepen zijn de extra-juridische normen die bijvoorbeeld worden toegepast bij de kwalificatie van een gedraging als foutief, op basis van algemene, niet-juridische, regelen

van maatschappelijk gedrag. Dit is het domein van de aquiliaanse aansprakelijkheid, dat het voorwerp uitmaakte van 29,5% van de rechtspraak van het hof.

Wanneer we er rekening mee houden dat ook in andere arresten nog niet-juridische uitspraken zullen voorgekomen zijn die niet vielen onder de omschrijving van ‚ervaringsregel' of ‚algemeen bekend feit', dan kunnen we met een vrij hoge graad van waarschijnlijkheid vermoeden dat niet-juridische beweringen, evaluaties en normen in minstens de helft van de rechtspraak de juridische beslissing mede beïnvloeden.

Met een scherpe, geoperationaliseerde beschrijving van deze begrippen moet het mogelijk zijn de rol van deze extra-juridische elementen nauwkeurig kwantitatief te meten. En dit zowel zuiver statistisch: in hoeveel procent van de arresten komen ze voor?, als inhoudelijk: in welke mate beïnvloeden ze de uiteindelijke beslissing?

3.9. *Materies*

138. In het begin van het onderzoek werd een ruwe indeling van het recht gemaakt in een tiental domeinen. Het was de bedoeling op die manier de rechtspraak in te delen in een aantal min of meer gelijkwaardige groepen. Enerzijds wordt daarmee een overzicht verkregen van het practisch belang van de diverse takken van het burgerlijk en handelsrecht, en anderzijds wordt aldus een variabele ingevoerd, die eventuele ogenschijnlijke verbanden tussen andere gegevens zou kunnen corrigeren, en zelf nieuwe verbanden aan het licht kan brengen.

139. Doordat de indeling *ad hoc* gebeurde op basis van een eerste reeks van een honderdtal verzamelde arresten, viel ze niet erg evenwichtig en evenmin volledig uit. Enerzijds was een verder doorgedreven indeling achteraf niet meer realiseerbaar, terwijl anderzijds in de loop van het onderzoek arresten opdoken die in geen enkele categorie onder te brengen waren. Hierdoor komt bijvoorbeeld de materie ‚zakenrecht' niet, maar ‚burenhinder' wel in de indeling voor.

Cijfers:

a)	Echtscheiding	76 (7,1%)
b)	Familierecht, behalve echtscheiding	166 (15,8%)
c)	Niet-contractuele aansprakelijkheid	310 (29,4%)
d)	Overeenkomsten, verbintenissen	283 (27,2%)
e)	Procedure	54 (5,1%)
f)	Erfenissen, schenkingen, testamenten	38 (3,6%)

g)	Verzekeringen	54 (5,1%)
h)	Onteigening	26 (2,4%)
i)	Vennootschappen, faillissement	24 (2,2%)
j)	Economische reglementering	9 (0,9%)
k)	Burenhinder	7 (0,7%)
l)	Diversen	4 (0,4%)

Te vrezen valt ook dat de studenten bij het onderzoek steeds gepoogd hebben elk arrest onder één van deze categorieën onder te brengen, ook al stond een ander rechtsprobleem centraal. Hierdoor kunnen wellicht bepaalde materies die niet in de statistiek voorkomen, toch in de verwerkte rechtspraak zitten.

140. Familierecht, overeenkomsten en extra-contractuele aansprakelijkheid blijken de hoofdbrok te vormen van de rechtspraak van het hof van beroep. Opvallend is hoe weinig conflicten in verband met zakenrecht voor het hof gebracht worden (0,7%, en dan nog beperkt tot burenhinder) (1).

Werkelijk interessante conclusies zouden pas getrokken kunnen worden bij een vergelijking met de verhouding tussen de verschillende materies in de rechtbanken van eerste aanleg en van koophandel.

Het is immers mogelijk dat bij bepaalde materies duidelijk meer eindvonnissen in eerste aanleg gewezen worden, terwijl in andere bijna stelselmatig hoger beroep wordt aangetekend.

Heeft men de cijfers van eerste aanleg, dan kan men nagaan of de zaken die voor de rechtbank gebracht worden ook representatief zijn voor de juridische conflicten die in de samenleving rijzen, of integendeel hier een zekere kanalisatie plaats vindt.

Indien blijkt dat in bepaalde materies opvallend vaker in hoger beroep wordt gegaan dan in andere, dan kunnen de factoren worden opgespoord die dit veroorzaken of beïnvloeden.

Zo zou in de economische wereld de duur en de kostprijs van een procedure het procederen voor de gewone rechtbanken minder interessant kunnen maken, wat doorgaans tot arbitrage zou leiden, of de procedure beperken tot één aanleg. Of zo zou inzake verkeersongevallen kunnen blijken dat verzekeringsmaatschappijen ook bij onbelangrijke schade in hoger beroep gaan, op principiële gronden.

(1) Ook al moet dit cijfer, op basis van de vorige opmerking, vermoedelijk gecorrigeerd worden, tot een hoog percentage zal men dan nog niet komen.

Het numeriek belang van de diverse materies in de rechtspraktijk is in het bijzonder leerzaam voor het rechtsonderwijs. Het is interessant vast te stellen dat de problematiek van het zakenrecht zich concentreert rond de burenhinder, en niet rond de vraag aan wie de eilandjes toebehoren, die zich vormen in een onbevaarbare waterloop.

Correctie op andere verbanden

141. De indeling naar materie bracht aan het licht dat ogenschijnlijke verschillen tussen de diverse kamers verklaard konden worden door de gespecialiseerde toebedeling van zaken.

Tegen de arresten van de tweede kamer werden merkelijk minder cassatieberoepen ingesteld (1,1% tegenover 2,3% in het totaal). Nu behandelt deze kamer hoofdzakelijk familiezaken, en in dit soort zaken werd geen enkel cassatieberoep aangetekend. Houden we rekening met de aard van de behandelde materies dan vervalt dus dit schijnbaar duidelijk verschil.

Het advies van het openbaar ministerie is in bepaalde zaken verplicht (art. 764 Ger. W.). Dit verklaart waarom in de tweede kamer in 60% van de zaken een advies wordt uitgebracht, en in de negende kamer in 30% van de zaken, waar het gemiddelde op 20% ligt.

In onteigeningszaken is een deskundig onderzoek noodzakelijk (zie o.m. de wet van 26 juli 1962). Alle onteigeningszaken voor het hof van beroep te Gent in 1972 werden behandeld door de eerste kamer. Het is dan ook niet verwonderlijk dat deze kamer in 37% van haar zaken een deskundig onderzoek bevolen heeft, waar het gemiddelde op 14,4% ligt.

Verband tussen de materies en andere gegevens

142. Een algemene indruk is dat het familierecht en het domein van de aquiliaanse aansprakelijkheid de ruimste armslag laten aan de rechter. Deze tendens is duidelijk, doch niet opvallend. Hij komt vooral naar voor bij de analyse van de verbanden tussen de diverse materies aan de ene kant en billijkheidsverwijzingen en formulering van ‚ervaringsregelen' en ‚algemeen bekende feiten' aan de andere kant:

Materies	Billijkheidsverwijzingen	Verwijzing naar ervaringsregelen en alg. bek. feiten
Familierecht	18%	24%
Burgerlijke aansprakelijkheid	14%	23%
Verzekeringen	10%	17%
Overeenkomsten	8%	11%
Vennootschappen + faillissement	0%	21%
Burenhinder	0%	17%
Procedure	2%	10%
Erfenissen, schenkingen, testamenten	0%	7%
Onteigening	0%	0%
Ekonomische reglementering	0%	0%

HOOFDSTUK VI

BESLUIT

143. Niet-juridische uitspraken en normen blijken een determinerende invloed te hebben op de eindbeslissing in een vrij belangrijk aantal arresten, vooral in het domein van het familierecht. Voor de toepassing van deze extra-juridische gegevens doen de magistraten geen beroep op deskundigen (bijvoorbeeld moralisten of sociologen) of op literatuur, maar gaan ze gewoon uit van hun eigen mens- en maatschappijbeeld. Verrassend is wel de homogeniteit van deze mens- en maatschappijvisie (1). Dit kan positief geëvalueerd worden, in de zin dat het wenselijk is dat er geen uitschieters voorkomen in de rechtspraak, zodat er niet enkel op juridisch vlak eenheid heerst in de rechtspraak; te meer daar het hof van cassatie geen controle uitoefent op het extra-juridische vlak. Anderzijds kan dit gebrek aan diversificatie tussen de magistraten echter ook negatief geëvalueerd worden. Dit confirmeert immers de vermoedens die in de methodologische inleiding geformuleerd werden ten aanzien van de representativiteit van de rechterlijke levensbeschouwing. Of het nu de herkomst is van de magistratuur, de selectie in de rechterlijke hiërarchie, of het socialiseringsproces in onderwijs of beroepsloopbaan, die hiervoor de doorslag geven, is nog een open vraag, maar in elk geval blijkt het mens- en maatschappijbeeld van de rechters opvallend uniform te zijn. En het principe van de collegiale rechtspraak kan hier zeker geen afdoende verklaring voor bieden. Een verhouding van twee tegen één is immers een licht wisselende meerderheid, die misschien wel sterk afwijkende meningen kan voorkomen, maar toch nog voldoende ruimte open laat om alle andere opinies aan bod te laten komen.

De collegiale rechtspraak levert ons wel een voordeel op. De uitspraken kunnen los gezien worden van de individuele rechters, die de auteurs zijn geweest van de hier verwerkte arresten. Toevallig afwijkende meningen worden hierdoor uitgesloten, en de algemene tendensen komen duidelijker naar voor.

Een andere uitleg voor de homogeniteit van het mens- en maatschappijbeeld zou kunnen gegeven worden door te verwijzen naar

(1) Een zelfde homogeniteit komt naar voor in het onderzoek van Robert, Faugeron en Kellens, die dit trouwens benadrukken in hun besluit (*Les attitudes des juges à propos des prises de décision, Ann. Fac. Dr. Liège*, 1975, 149). Er moet hier echter wel een voorbehoud gemaakt worden. De gevolgde methode (zie hierover hoger onder nr. 11) laat wederzijdse beïnvloeding van de rechters toe en bevordert aldus de homogeniteit van de verkregen antwoorden en reacties.

toevallige factoren. Dat de concrete beslissingen toevallig overeenstemmen zou dan verklaard worden vanuit de specifieke gegevens van de zaken, die misschien niet in de arresten vermeld zijn. Een dergelijke rol kan men echter van het toeval niet verwachten: men kan hier niet verwijzen naar de specificiteit van de individuele gevallen. Wanneer al deze ‚specifieke omstandigheden' tot een zelfde beoordeling leiden, dient men deze elementen eerder als ‚algemeen' te kwalificeren.

144. In dit besluit dienen we ook nog even terug te komen op de hypothesen die bij het begin van het onderzoek opgesteld werden (zie onder nr. 30 e.v.).

We kunnen stellen dat de rechters inderdaad vrij regelmatig hun juridische beslissing steunen op niet getoetste extra-juridische uitspraken. De hypothese dat de magistraten niet zouden beseffen dat zij hier *niet getoetste* empirische uitspraken formuleren, werd in elk geval niet weerlegd (waarom een positieve verificatie niet mogelijk was, werd uiteengezet onder nr. 32).

In de arresten kwam daarentegen weinig of geen emotionaliteit naar voor, zodat de hypothesen die in dit verband werden opgesteld als gefalsifieerd mogen beschouwd worden.

Duidelijk bewezen is het vermoeden dat extra-juridische normen vaak verscholen zitten in een schijnbaar louter descriptieve uitspraak.

Dit alles maakt dat het weinig verwonderlijk is dat de inhoudelijke motivering van de niet-juridische uitspraken, waarden en normen erg mager uitvalt. Er komt hier zelfs geen autoriteitsmotivering voor (tenzij men natuurlijk de eigen autoriteit van de magistraten hier onder rangschikt).

Ten aanzien van de overige hypothesen kunnen geen conclusies getrokken worden.

145. Het is nu de vraag in hoeverre al deze vaststellingen structureel noodzakelijk verbonden zijn aan de rechterlijke functie in ons rechtsbestel, of integendeel afzonderlijk beïnvloed en gewijzigd kunnen worden.

Van een beslisser, die binnen een redelijke termijn geschillen moet beëindigen, zonder ze eigenlijk op te lossen (zie hoger onder nr. 41 e.v.) kan men geen perfect rationalistische verantwoording van die beslissing verwachten. De rechter dient niet te zoeken naar de absolute Waarheid, naar de absolute juistheid, maar enkel naar een voldoening-

gevende juistheid (1). De rechter moet dan ook onvermijdelijk soms werken met stereotiepen en pragmatische theorieën, met niet getoetste empirische uitspraken. Eveneens kan de invloed van de persoonlijke waardeoordelen en normen van de rechter nooit volledig uitgeschakeld worden.

Maar toch kan kritiek worden uitgebracht op de huidige situatie. Bij de toepassing van niet getoetste empirische uitspraken, stereotiepen, pragmatische theorieën, wordt vaak het problematische weggewerkt. Het aanwenden van algemene beweringen, het verwijzen naar doorsnee-situaties, komt nochtans weinig wenselijk voor bij maatschappelijke randgevallen, waar het precies om probleemsituaties gaat. Zelfs wanneer een rechter dus niet over wetenschappelijk materiaal beschikt om zijn uitspraak op te steunen, dient hij nog wantrouwig te staan tegenover zijn eigen inzichten, zijn pragmatische theorieën, die hij put uit zijn persoonlijke ervaring. Het zonder meer toepassen van intuïtieve opvattingen dient in elk geval vermeden te worden.

Een misbegrepen ‚onafhankelijkheid' van de magistratuur mag er niet toe leiden dat de juristen hun ogen sluiten voor de toepassingsmogelijkheden van andere wetenschappen, ook al is het in de huidige stand van zaken niet mogelijk steeds onmiddellijk naar die wetenschappen te verwijzen (2).

De magistraten dienen er zich bewust van te zijn dat ze als *beslissers*, inderdaad onvermijdelijk slechte *probleemoplossers* zijn. Dit nadeel zou kunnen ondervangen worden door, op bepaalde probleemgebieden, duidelijk meer inbreng te laten aan niet-juristen, en meer te verwijzen naar andere maatschappelijke systemen dan het juridische, d.w.z. naar structuren die gericht zijn op de oplossing van die specifieke problemen, zoals bijvoorbeeld huwelijksmoeilijkheden.

146. Verder mag zeker aangedrongen worden op een ruimere en meer duidelijke motivering van de rechterlijke beslissingen (3).

---

(1) Zie ook, in dezelfde zin: WINTER, Gerd, *Tatsachenurteile im Prozess richterlicher Rechtssetzung, Rechtstheorie*, 1971, blz. 173; zie verder nog: PECZENIK, Aleksander, *Empirical foundations of legal dogmatics*, in: *Etudes de logique juridique* (uitgegeven door Chaïm PERELMAN), deel III, Brussel, 1969, hoofdstuk 10 (*Can Courts establish facts?*), blz. 62 e.v.

(2) Reeds rond de eeuwwisseling werd herhaaldelijk gepleit voor een interdisciplinaire aanpak bij de rechterlijke besluitvorming: zie o.m. GENY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Parijs, 1954 (1e uitgave 1899), deel II, blz. 114-115; VAN DER EYCKEN, P., *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Brussel, 1907, blz. 112. Zie verder nog: DE PAGE, H., *De l'interprétation des lois*, Brussel, 1925, dl II, blz. 315-328 (Formation sociologique des juges).

(3) De laatste tijd wordt hier vaker op gewezen. Zie o.m. Josef ESSER in zijn voorwoord tot *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, Frankfurt/Berlijn, 1964, blz. 17, en in zijn *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1970, blz. 168-173; LANGEMEYER, G.E., *Recente ontwikkelingen in de rechtsbedeling, R&R*, 1972, blz. 67 (met verwijzing naar de geschriften van TER HEIDE).

Dit zou zeker de communicativiteit vergroten, d.w.z. kritiek en discussie mogelijk maken op basis van expliciet geformuleerde, verantwoordde, en eventueel gestaafde, empirische of evaluerende uitspraken, waardeoordelen en extra-juridische normen. Terecht stelt Jean Chevallier dat al deze gegevens onderworpen dienen te worden aan een contradictorische procedure (1). De partij in wier nadeel de uitspraak zou vallen, moet minstens de gelegenheid krijgen te wijzen op empirische onjuistheden, en ook in staat worden gesteld relevante argumenten in te roepen tegen de door een rechter geponeerde waardeoordelen en normen.

Het ter discussie stellen in het proces en een uitgediepte motivering in het vonnis zouden beide zeker bijdragen tot een grotere rechtszekerheid.

Tevens zou dit ruimere mogelijkheden scheppen voor rechtssociologisch en rechtstheoretisch (2) (empirisch) onderzoek rond de rechterlijke functie.

147. En verder onderzoek dringt zich zeker op. Reeds sinds enkele tientallen jaren wordt er op gewezen dat de wetgever meer en meer zijn toevlucht neemt tot zogenaamde ‚vage rechtsnormen', die langs normatieve begrippen om verwijzen naar maatschappelijke normen. Wiarda voegt hier aan toe dat „zich daardoor een jurisprudentierecht zal ontwikkelen, waardoor hetgeen in verschillende situaties redelijkheid en billijkheid, zorgvuldigheid en goede trouw betekenen steeds verder in kaart wordt gebracht" (3). Het zou dus meer en meer mogelijk moeten worden het mens- en maatschappijbeeld van de rechter uit te tekenen aan de hand van de rechtspraak, en dit op meerdere domeinen. Gezien die toenemende rol van de rechter zal een dergelijk onderzoek niet enkel steeds wenselijker worden, maar zelfs noodzakelijk. Het mens- en maatschappijbeeld van de rechter zal getoetst moeten worden aan de doorsnee-opvattingen die in de maatschappij leven, of in bepaalde deelgroepen van de samenleving.

---

(1) CHEVALLIER, J., *Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles, Rev. trim. dr. civ.*, 1962, 5-19.

(2) *Rechtstheorie* kan omschreven worden als de wetenschap die beoogt een analyse en een verklaring te geven aan het *rechtssysteem*, dat zowel de rechtsregelen en de rechtsinstellingen omvat, als de personen die op een of andere manier betrokken zijn bij de rechtsvorming en de rechtsbedeling (in de ruimste zin). De rechtstheorie onderscheidt zich van de rechtsfilosofie, doordat het de zuivere waardendiscussies aan deze laatste overlaat. Het onderscheidt zich van de rechtspraxis, en meer specifiek van de rechtsdogmatiek, doordat het *theorievorming* beoogt, al dan niet in relatie met empirisch onderzoek, en niet een louter technische uitbouw van een begrippenkader.

(3) WIARDA, G.J., *De rechter tegenover vage rechtsnormen, R.W.*, 1973-74, 190.

Deze onderzoekingen zullen niet enkel dienen te wijzen op leemten in de informatie van de rechters, maar ook, en zelfs in de eerste plaats, zullen ze moeen nagaan of, en in hoeverre, er systematische discrepanties zijn tussen de rechterlijke opvattingen en het doorsnee mens- en maatschappijbeeld van de burger.

148. Ook het statistisch onderzoek blijkt heel wat bruikbare resultaten te kunnen opleveren. Om dergelijk onderzoek toegankelijker te maken komt het wenselijk voor een hele reeks nuttige gegevens systematisch te verzamelen bij alle rechtsmachten in het gehele land. De stockering ervan in een computer zou dan aangewezen zijn om alles te centraliseren. Tevens zouden dan op elk ogenblik om het even welke verbanden tussen die gegevens onderzocht kunnen worden zonder bijkomend materieel werk.

BIJLAGE

Citaten

1. Empirische uitspraken

1.1. *Sociografisch toetsbare uitspraken*

a) Familie

(1) Dat huwelijken in arbeidersgezinnen tamelijk vroeg voorkomen wordt als algemeen bekend feit aangehaald (K7, 07/12/72, AR 1709).

(2) Bij een geschat ‚normaal doktersinkomen' werd een onderhoudsgeld toegekend van 14.000Fr per maand (K7, AR 3901).

(3) In een auto-ongeval worden beide ouders gedood: „Het gedeelte van het gezinsinkomen, waarvan redelijkerwijze mag aangenomen worden dat het zou aangewend zijn geweest ten voordele van de kinderen, dient bepaald te worden op 20% voor ieder kind gedurende de eerste twee jaren na het ongeval en op 30% voor de zoon Marc gedurende de 7 volgende jaren, wegens zijn studies geneeskunde" (K5, AR 3441).

(4) Het lijdt geen twijfel dat de ouders bij de uitzet, zowel van de zoon als van de dochter, geldelijk zouden tussengekomen zijn en dat zij ook later in de eerste huwelijksjaren bij meerdere gelegenheden nog steun zouden verschaft hebben, zoals dit gebruikelijk is in het sociaal milieu waartoe de slachtoffers behoorden (de vader was bediende met een brutojaarwedde van 349.164Fr) (K5, 02/10/72).

(5) „Alhoewel het in de regel niet aangewezen is voor jonggehuwden om met hun ouders samen te wonen, geldt deze regeling nog wel in boerengezinnen" (K7, 08/03/72).

b) Arbeid

(6) Bij een beslissing over onderhoudsgeld wordt gevonnist dat een vrouw moeilijk nog persoonlijk zou kunnen arbeiden wegens haar talrijke kroost (K7, 14/12/72, AR 3256).

(7) „Huishoudelijke hulp is in de huidige omstandigheden niet zo gemakkelijk te bekomen, bijzonder bij aanwezigheid van vier kinderen" (K1, 20/04/72).

(8) De ekonomische waarde van de arbeid van een huisvrouw, om het even of zij al dan niet enkele dagen uit werkt, wordt geschat op 50.000Fr per jaar na aftrek van de kosten van eigen onderhoud, en dit voor haar gehele leven (K5, 02/10/72).

Per dag wordt de ekonomische waarde van een huisvrouw geschat op 250Fr (K5, 02/10/72).

c) Verkeer

(9) In een arrest wordt gesteld dat men bij het rijden op een weg normaal op meer dan 60 centimeter blijft van de uiterste rechterboord (K7, 20/12/72, AR 3288).

(10) „Veel voetgangers hebben de gewoonte een weg te beginnen dwarsen wanneer een voertuig in aantocht is" (K5, 07/03/72, AR 779).

(11) „Zo de kinderen bij gebreke aan bruikbaar trottoir ter plaatse op het rijwielpad mochten gaan, mochten zij nochtans daarop niet spelen en dooreenlopen. Een elf- en een twaalf-jarig kind weten zulks reeds in deze tijd, nu zij voldoende doordrongen worden van de gevaren verbonden aan het spelen op de openbare weg" (K9, 30/03/72).

d) Handel en economie

(12) Een oliefabrikant maakt aanspraak op de bescherming van het model van een fles: „De eiser toont niet aan hoe de detailhandelaars louter door de gelijkenis in de vorm der flessen misleid worden ten aanzien van de herkomst van de flessen of haar inhoud, nu toch die handelaars niet blijken te kontrakteren zonder voorafgaand kontakt met de verkoper-leverancier van de flessen en dus zonder dat ze vooraf de identiteit van de verkoper kennen" (K1, 03/03/72).

(13) „Het behoort tot de elementaire kennis van het bedrijf dat slechts als hotel kunnen uitgebaat worden de instellingen die aan zekere vereisten voldoen, nl. een lift bezitten, een bepaald aantal kamers, badkamers, enz..." (K7, 20/04/72).

(14) „Zelden is in volle winterperiode een bierwagen die de landelijke kliënteel bedient volgeladen. Zoals de eerste rechter terecht opmerkt laat bovendien het uur waarop het ongeval gebeurde — 11 u. 30 — vermoeden dat de wagen op het einde was van een rondrit en dus meestal ledige bakken vervoerde" (K5, 24/10/72, AR 3310).

(15) „Rechtstreeks factureren op de bouwheer wordt vaak gedaan wegens fiscale redenen" (K7, 02/11/72, AR 2170).

(16) Bij een schadebegroting houdt het hof rekening met „algemene bekende feiten zoals ekonomische stagnatie, zo niet regressie in de bewuste periode" (K7, 01/05/72).

(17) „Het is algemeen bekend dat een steeds toenemend kliënteel beroep doet op de zelfwasserij, enerzijds wegens het feit dat zij niet over de nodige ruimte in een appartement beschikken om de was te doen, anderzijds wegens de schaarste van het huispersoneel" (K7, 10/05/72).

(18) „Reklamefolders zijn er uiteraard op gericht de verkoop te bevorderen. Ze zijn doorgaans in zekere mate doeltreffend, althans indien ze een genoegzame verspreiding hebben gehad en beantwoorden aan een minimum van verzorging. Anders zou immers het aanwenden van zulke folders in de handelspraktijken niet zo algemeen gebruikelijk zijn geworden. Er wordt op opvallende wijze de aandacht getrokken op belangrijke kortingen en er worden ook tal van apparaten afgebeeld, punt dat van belang is om de kooplustigen aan te zetten onmiddellijk een keuze te doen zonder zich te moeten verplaatsen naar een winkel of toonzaal. Wel mag aangenomen worden dat het element prijs de grootste invloed zal hebben bij het publiek. Vooral de beloofde kortingen zijn een stimulans tot kopen" (K1, 28/04/72).

(19) „Het feit dat A in het bezit is van de kwitantie schept geen vermoeden van betaling, daar overeenkomstig de gebruiken deze stukken soms vóór de betaling aan de verzekeringnemer worden toegezonden. Het feit dat ze niet voorzien zijn van de vermelding ‚payé' schept een vermoeden in tegengestelde zin" (K5, 18/01/72, AR 2826).

(20) „Nopens deze overeenkomst werd geen geschrift opgesteld, doch zulks komt meer voor en is zelfs gebruikelijk in deze sektor. De dringende aard van de verrichtingen wegens de spekulatieve aard van de koopwaar op bepaalde tijdstippen van het jaar en de afstand tussen de woonplaats van de partijen brengen mee dat de koopkontrakten telefonisch worden gesloten, die naderhand bij geschrift worden bevestigd, en dit zelfs voor grote hoeveelheden en aanzienlijke bedragen" (K9, 24/03/72).

1.2. *Psychologische uitspraken*

a) Kinderpsychologie

(21) „Een kind van negen jaar heeft geen inzicht in de mechanische werking binnen in het toestel en is er zich niet van bewust dat er een draaischijf inzit die het aangeduwde vlees aangrijpt waarmee het met de vingers in aanraking kan komen. Het denkt niet zover na" (K7, 21/06/72, AR 3694).

(22) „Gelet op hun leeftijd kunnen de kinderen de dagelijkse zorg van hun moeder niet missen" (K9, 12/05/72).

(23) „Dit meisje, dat thans zes jaar oud is, behoeft vooralsnog vooral moederlijke zorg" (K9, 07/01/72).

(24) Een tienjarige jongen wordt een been afgesneden door maaimessen van een pikbinder terwijl hij de afgereden schoven bij het eind van de strook haver weggooit om de doorgang terug vrij te maken: „De knaap had geen inzicht in de gevaren van de bezigheid in de onmiddellijke nabijheid van de werkende pikbinder. Die bezigheid was voor de knaap zeer uitzonderlijk. Hij voelde zich fier en veilig in hun bijzijn en als betrokken bij een voor hem indrukwekkende gebeurtenis, zodat gevaarbesef vanwege de knaap omzeggens uitgesloten was" (K1, 21/01/72).

(25) „D., op een maand na 16 jaar, en reeds tewerkgesteld als mekanieker had voldoende begrip van het wegverkeer om in te zien dat het sturen van een wagen in staat van dronkenschap het leven van de inzittenden en van de overige weggebruikers in gevaar brengt" (K9, 02/06/72).

(26) Een meisje kruipt op een wiel van een skilift. Bij het afspringen kantelt het wiel om en kwetst omstaanders: „Het meisje dat 17 jaar was, was verstandig genoeg om te begrijpen dat er gevaar van kantelen was, en des te meer wanneer ze boven op het wiel ging kruipen dat namelijk door haar gewicht of haar bewegingen het tuig kon kantelen. Ze was in de gegeven omstandigheden, met het verstand van haar leeftijd, in staat de gevolgen van haar handelwijze te voorzien, namelijk dat het wiel, door te kantelen, mevrouw X zou kwetsen" (K7, 24/02/72).

b) Verkeerspsychologie

(27) „Wat het uitwijken betreft is dit gebeurd op een wijze die beantwoordt aan de normale reflexbeweging van iemand die plots een gevaar ziet opduiken en die poogt het te ontduiken" (K5, 26/02/72, AR 616).

(28) „De ongelukkige aaneenschakeling van gebeurtenissen die leidde tot de dodelijke aanrijding was zo toevallig dat B ze zeker niet heeft kunnen beseffen als dreigende mogelijkheid" (K5, 18/01/72, AR 3003).

(29) „De vrouw had verschillende meters afgelegd wanneer het ongeval gebeurde, en zij had ruimschoots de tijd haar rijwijze aan te passen" (K5, 22/02/72, AR 2819).

(30) „Was A aandachtig geweest dan had hij niet mogen twijfelen aan de bedoeling van B af te slaan ter hoogte van het naderend kruispunt" (K9, 24/02/72).

c) Psychologie van volwassenen

(31) „Waar de agent of de makelaar zich vergiste (omtrent een verzekeringsvoorstel), is een gewone havenarbeider om dezelfde vergissing te hebben begaan alleszins verschoonbaar" (K5, 11/01/72, AR 723).

(32) Bij het uitvoeren van een beweging om een deur te openen valt een vrouw door de deur, waarin het glas ontbreekt, en kwetst zich: „De beweging die het slachtoffer heeft gedaan komt normaal voor. Ze wordt omzeggens door iedereen automatisch uitgevoerd" (K7, 27/01/72).

(33) „Het is hoogst onwaarschijnlijk dat een herbergierster en haar echtgenoot met betrekking tot vrij belangrijke kontrakten, zoals onderwerpelijke (plaatsing van een juke-box), zomaar een geschrift zouden ondertekenen en al de exemplaren ervan in handen laten van de tegenpartij, zonder zich ervan te vergewissen dat de inhoud ervan overeenstemt met het gesloten akkoord, en vooral zonder na te gaan of op de opengelaten plaatsen van de gestencilde tekst de juiste cijfers aangebracht werden" (K1, 21/01/72).

(34) „Tussen twee verklaringen (van een zelfde persoon) dient bij voorkeur geloof gehecht aan de eerste die doorgaans van meer spontaneïteit getuigt en minder door zelfverweer is ingegeven" (K9, 12/10/72).

(35) „De omstandigheid dat eiseres deze zedenfeiten ten spijt het echtelijk leven in stand hield kan niet als verzoening worden beschouwd, doch wijst enkel op een door haar gekoesterde hoop op beterschap van de huwelijksverhouding" (K7, 07/06/72, AR 2229).

(36) „Wanneer A op die bewuste dag de auto van B wegnam, heeft hij zonder bedrieglijk opzet gehandeld, daar hij een werkmakker van de eigenaar was en goede redenen had om te denken dat de toelating, had hij ze gevraagd, hem zeker niet zou geweigerd zijn" (K9, 17/10/72, AR 3310).

1.3. *Technische uitspraken*

a) Verkeer

(37) „Naar gewone gang van zaken zal een bromfietser die de beheersing van zijn voertuig verliest door terecht te komen in een put of verzakking omzeggens terstond afzwenken en indien hij door die hindernis naar rechts wordt gedreven tegelijk op het rechts gelegen voetpad komen" (K1, 14/12/72).

(38) „De modder op een rechte rijbaan is moeilijk waar te nemen in het licht van een bromfiets" (K2, 09/06/72).

(39) „Bij vochtig weer zijn uitgestrekte modder- of slijkvlekken op een wegdek van zekere afstand zichtbaar" (K5, 01/02/72, AR 2656).

(40) „Het is evident dat voormeld ongeval (slingeren, over de kop gaan, uitslingeren van de bestuurder 20 meter ver) rechtstreeks met de ontwikkelde snelheid te maken had" (K5, 01/02/72, AR 3406).

(41) „Het rijden in een put met afmetingen zoals in P.V. gesteld heeft slechts het gevolg dat de wagen van de rechte lijn afwijkt als dit gepaard gaat met andere ongunstige factoren zoals het springen van een band, het breken van het stuur, de gladheid van de weg" (K5, 11/01/72, AR 2241).

(42) „Zesjarige kinderen hebben een mindere stuurvastheid" (K5, 25/01/72, AR 1953).

(43) „... Nochtans mag niet uit het oog verloren worden dat de gesinistreerde wagen van een merk was dat op het gebied van baanvastheid geen te beste reputatie heeft..." (K5, 25/01/72, R.W. 1971-1972, 1599).

(44) „Naar gewone gang van zaken bij dergelijke aanrijdingen wijst zuks veeleer op een middelmatige snelheid van de Renault" (K1, 29/06/72).

(45) Een eigenaar van een autobus, die in botsing was gekomen met een Citroën 2PK, stelde dat een 2PK gemakkelijker kan afgeremd worden dan een autobus. Het hof verwierp dit argument lakoniek: „Zulke redenering is in genen dele verantwoord" (K5, 27/06/72).

(46) „Bij ontstentenis van nader bewijs, komt het onwaarschijnlijk voor dat een jonge man zoals eiser, na een slapeloze nacht de vaardigheid mist om een auto te besturen" (K9, 16/06/72).

(47) „Hoe zou hij voor het ongeval ter plaatse hebben afgeremd, wanneer hij na het ongeval nog 14 meter heeft gebold" (K5, 22/02/72, AR 3430).

(48) „Het gans beroest zijn van een rijwiel is als een bewijs van buitengebruikstelling blijkbaar onvoldoende" (K5, 25/01/72, AR 2697).

b) Schadeberekeningen

(49) Een stier breekt uit en bevrucht in een naburige weide een vaars. Bij de kalving sterft de vaars. Volgens het hof compenseert het kalfje het verlies van de vaars, en voor de rest wordt de schade ex-aequo et bono op 20.000Fr bepaald (K7).

(50) Een wielrenner rijdt een toeschouwer aan, die op de rijbaan liep. Het hof kent aan de wielrenner (een liefhebber) 1000Fr schadevergoeding toe, rekening houdend met de winstderving, die beperkt was, gezien het einde van het seizoen. Tevens wordt 6000Fr morele schadevergoeding toegekend (K7, 13/01/72).

(51) Bij een ongeval verliest een arbeider een ooglid. Voor de periode van 3 december 1968 tot 1 juli 1969 kent het hof 10.000Fr morele schadevergoeding toe. Rekening houdend met de jeugdige leeftijd van de arbeider (geboren in 1948) wordt voor zijn verder leven 20.000Fr toegekend (K7, 13/04/72).

(52) Een meisje van 19 jaar overlijdt ten gevolge van een ongeval. Aan de moeder, bij wie ze alhoewel gehuwd, nog inwoonde, wordt 60.000Fr morele schadevergoeding toegekend. Een getrouwde zuster ontvangt 15.000Fr (K7, 10/05/72).

(53) Voor het overlijden van hun vierjarige dochter ontvangen beide ouders elk 80.000Fr morele schadevergoeding, „gelet o.m. op de leeftijd van het kind en de treurige omstandigheden van het ongeval" (K1, 20/01/72, R.W. 1972-1973, 1015-1016).

(54) Bij de betwisting van het ereloon van een architekt: „komt het billijk voor de schadeloosstelling voor het reeds gepresteerde toezicht en voor het verlies aan winst op het ontnomen toezicht, oplevering en nazicht van de rekeningen, vast te stellen op 3/4e van 1,8% of 15.525Fr" (K1, 16/11/72).

c) Varia

(55) „Ten dezen mag aangestipt worden dat de bewering van de eiser als zou het vlas kurkdroog zijn geweest, op geen bewezen gegeven berust, terwijl de omstandigheid dat vlas en klodden sinds jaren opgestapeld waren in een gesloten ruimte en op een aarden bodem veeleer enige vochtigheid moet teweegbrengen" (K1, 21/01/72).

(56) A is achter het stuur van zijn wagen in slaap gevallen en veroorzaakt een ongeval: „A werkt 82 u. 30 per week, hetzij op een zevendaagse arbeidsweek 37 u. 30 meer dan een normale week van 45 uur. De stelling dat dergelijk arbeidsritme per se onhoudbaar is, is niet zo evident als de tegenpartij dit wil laten voorkomen, vooral nu het hier een jongeman betreft die 26 jaar oud was op het ogenblik van het ongeval" (K5, 23/10/72).

(57) „Het is een feit dat werken die buiten een algehele opdracht vallen steeds duurder uitvallen" (K9, 07/01/72).

(58) De aanplanting van bomen tegen de muur van het huis van de gebuur veroorzaakt verzakkingen: „Er kan evenwel niet ontkend worden dat diepere en bredere funderingen, uitgevoerd volgens de regelen van de kunst meer weerstand zouden hebben geboden, ook op de kwestige hoek van het gebouw. Hoe dan ook, de verzakking ware minder geweest en derhalve de schade minder omvangrijk" (K7, 03/02/72).

(59) „Anderzijds is het toch uiterst ongewoon dat een renpaard dat over de weideafsluiting is gesprongen enige meters verder ineens zo rustig geworden zou zijn dat het kalm en niet gehaast stapvoets een straat zou oversteken waar er toch voortdurend verkeer is" (K1, 08/12/72).

(60) „Een onderzoek door een deskundige komt niet in aanmerking in onderwerpelijke aangelegenheid. Geen genoegzaam zekere gegevens zijn voorhanden om aan een deskundige toe te laten hierop een onderzoek te doen en aldus een advies uit te brengen. De feiten dagtekenen overigens van 1967-1968 en intussen is teveel tijd verlopen om met zekerheid uit te maken hoe de toestand alsdan en door welke factoren bepaald werd" (K1, 10/11/72).

(61) „In 82% van de gevallen duidt 1,79gr. per duizend alkohol op een staat van dronkenschap" (K7, 25/05/72).

2. Evaluerende uitspraken

(62) „Het door verweerder overgelegde doktersattest d.d. 3 december 1971 is zo lakoniek en vaag dat het geen arbeidsongeschiktheid motiveert" (K2, 17/03/72).

(63) „Wat de waarde van het onteigende huis betreft dient de beslissing van de vrederechter en de rechtbank van eerste aanleg beaamd. Het betreft een eerder oud huis en ook de diepte van het perceel is eerder gering" (K1, 07/12/72).

(64) „De afstand tussen Zulte en Aachen is niet van die aard dat een protest (op een faktuur en de daarin bedongen verkoopsvoorwaarden) na één maand nog als tijdig kan aanzien worden" (K1, 27/06/72).

(65) Bij een procedure tot nietigverklaring van een testament wegens geestesziekte: „Weliswaar staat vast dat de *de cujus* steeds enigszins eigenaardig is geweest op geestesgebied, maar dat deze toestand niet in zo erge graad bestond in 1960 (periode waarin het testament werd opgemaakt)" (K1, 02/06/72).

(66) „De omstandigheid dat eiser onlangs werd veroordeeld wegens onderhoud van bijzit, is op zichzelf voldoende ernstig, gelet op de ouderdom van het kind (18 jaar), om te beletten dat het voorlopig bestuur over dat kind aan eiser zou toevertrouwd worden" (K2, 30/06/72).

(67) In een auto-ongeval worden beide ouders gedood. Het hof beoordeelt de schade die vergoed moet worden: „In de begrafeniskosten moet de post grafzerk aangehouden worden.

Het betreft een uitgave die door het ongeval werd veroorzaakt, daar zij behoort tot de normale begrafeniskosten. Het bedrag (6.420Fr) ligt binnen de perken van het redelijke. Daarentegen zijn de zogenaamde ‚gregoriaanse missen' niet te rekenen onder de uitgaven die door de begrafenis als dusdanig noodzakelijk werden gemaakt" (K5, 02/10/72, AR 3441).

(68) „... het aldus bewezene betreft eerder geringe afwijkingen, zoals vergeetachtigheid, verwarring of verlies van juiste notities bij geldverhandelingen, geen besef van gevaar. Dat belet niet dat men eventueel met kennis van zaken en vrije wil kan beschikken over zijn bezit" (K7, 12/04/72).

(69) De vernietiging van een testament wordt gevraagd omdat de erflaatster niet uit volledige vrije wil zou beschikt hebben, maar onder maneuvers van de meid. „Wanneer ingevolge de natuurlijke gang van zaken de erflaatster zich stilaan verder afkeert van haar familieleden, kunnen deze niets anders doen dan er zich bij neerleggen, en de geldigheid van de wilsbeschikking van de erflaatster wordt hierdoor niet in het gedrang gebracht" (K7, 09/02/72).

(70) „Een strafbeding moet billijk zijn. Indien het meer dan een ruime vergoeding is, is het niet billijk, en dient enkel een vergoeding voor de werkelijke schade te worden toegekend" (het hof steunt zich hierbij op rechtsleer) (K7, 14/02/72).

(71) Een chirurg moest een niersteen weghalen. Alvorens de operatie uit te voeren werden de urinewegen gespoeld met een bepaald serum. De verpleegster gaf een fles aan van een ander formaat dan het gebruikelijke. Deze fles was gevonden bij een grote schoonmaak. Het serum was troebel. Toch werd het door de chirurg gebruikt. Toen hij merkte dat het serum bijtend werkte, duwde hij de urineblaas leeg en diende antibiotica toe. Hij voerde de operatie uit, hield de patiënt langer dan normaal in het ziekenhuis, en gaf hem een brief mee voor de huisdokter met de raad de patiënt goed te observeren. Na enkele weken verslechterde de toestand van de zieke. Dit werd door het hof niet als zware beroepsfout gekwalificeerd (K1, 29/06/72).

(72) Het rijden van een leerling-bestuurder aan een snelheid van 120km per uur wordt niet aangezien als zware fout, die een verhaal van de verzekeraar mogelijk zou maken (K5, 07/03/72, AR 2190).

(73) „Het kan niet als een zware fout worden aanzien dat iemand zijn graad van vermoeidheid of slaperigheid onderschat" (K5, 10/04/72, AR 3690).

(74) Inzake een onteigening: „Er vloeit ook geen meerwaarde voort uit de geschiktheid van de percelen als verblijf voor het zoontje van de verweerders, dat bijzonder behoefte had aan gezonde lucht. De verweerders zullen zich met de hun toegekende vergoeding voor grond en beplanting in een even gezonde omgeving een gelijkwaardige grond kunnen aanschaffen" (K1, 29/06/72).

(75) Volgens de deskundige was de waarde van de wagen, een Ford Zephyr, bouwjaar 1961, niet hoger dan 15.000Fr. Volgens gegevens van de moniteur van tweedehandswagens. Het hof kende nochtans een schadevergoeding toe van 45.000Fr met de overweging dat de wagen, ofschoon 5 jaar oud, slechts 32.000km had afgelegd en zich in perfekte staat bevond en dat die moniteur van de tweedehandswagens niet de enige maatstaf is waarop de waardebepaling van een wagen kan gesteund worden (K5, 31/10/72).

3. Waarderende beoordelingen

a) Familie

(76) „De verzorging van zeer jonge kinderen door een eigen moeder is te verkiezen boven de verzorging door grootouders" (K2, 26/05/72).

(77) „Het komt niet gepast voor dat de kinderen tijdens de procedure van echtscheiding in kontakt komen met de vrouw, waarmee eiser regelmatige omgang heeft" (K2, 18/02/72).

(78) „Het gedrag van verweerster is weinig stichtend. Zij onderhoudt regelmatig betrekkingen met een andere man van wie zij een kind heeft. Zij werd trouwens wegens overspel veroordeeld. Zij is verder zinnens zich te Balegem te vestigen alwaar zij een herberg zou openen. Dergelijke toestand is uiterst nadelig voor een gezonde opvoeding van het kind. Het past niet dat het kind van partijen samen met een ander kind zou worden opgevoed, noch dat het zou worden opgebracht in een gezin gevormd door verweerster en haar bijzit" (K2, 28/04/72).

(79) Toch wordt dit laatste, voor zover „het milieu voldoende waarborgen biedt tot goede opvoeding", verkozen boven het toevertrouwen van het kind aan een internaat (K2, 28/04/72 — ander arrest dan 78).

(80) Een vrouw die de echtscheiding wil bekomen tegen haar man, roept als één der argumenten in dat zij niet genoeg geld krijgt van haar man, alhoewel hijzelf wel genoeg geld wilde uitgeven voor zijn hobby (aankoop van een fototoestel en het verzamelen van antieke klokken). Hierop antwoordt het hof: „Er kan zeker niet gezegd worden dat die uitgaven onoordeelkundig gedaan werden en niet in overeenstemming zijn met de mogelijkheden van het gezin" (K5, 16/10/72, AR 4005).

b) Varia

(81) „Het heeft geen zin termijnen van respijt toe te kennen daar waar in de loop van anderhalf jaar op generlei wijze blijk werd gegeven van goede wil om in de mate van het mogelijke aan de niet betwiste verplichtingen te voldoen" (K5, 11/01/72, AR 3272).

(82) „Er kan bezwaarlijk worden aangenomen dat de expert, aangesteld door de verzekeringsmaatschappij van eiser, een herstellingsprijs zou hebben voorgesteld welke hoger zou liggen dan de venale waarde" (K7, 19/04/72).

(83) Een man wordt ervan verdacht door het rode licht te zijn gereden. Hijzelf ontkent dit, doch een getuige beweert dat dit wel het geval was. „Ofschoon het getuigenis van X slechts 3 weken na de feiten werd afgelegd, is er geen reden om te twijfelen aan de echtheid van zijn verklaringen. Hij is na het ongeval een tijd op de plaats van de feiten gebleven en heeft blijkbaar met de omstaanders over het gebeurde van gedachten gewisseld. Het belang van de stand van de lichten moet hij toen zeker hebben ingezien, zodat zijn geheugen mag betrouwd worden, hoewel hij op grond van een menselijke overtuiging zich niet op meer formele wijze kan uitdrukken dan hij gedaan heeft" (K5, 27/06/72).

(84) „De eerste rechter heeft ten onrechte aangenomen dat A geen ervaren bestuurder was, en dit louter op grond van de verklaring van diens vader. In het feit dat de vader of de moeder van A hun zoon steeds vergezelden wanneer hij met de wagen reed kan geen bewijs gevonden worden voor de onbehendigheid van deze laatste aan het stuur, daar waar deze voorzorg eerder duidt op de bezorgdheid van de ouders om elk misbruik van de wagen te voorkomen" (K5, 27/06/72).

4. Extra-juridische normen

4.1. *Verkeersnormen*

(85) „Nu over een afstand van 22 meter geen spoor van wrijven of remmen op die rijbaan voorhanden is, terwijl op het voetpad dergelijk spoor duidelijk gedrukt werd, komt het bijzonder onwaarschijnlijk voor dat de hinder veroorzaakt door het rijden over de verzakking van die aard zou geweest zijn dat hij tot een ongeval zou leiden bij een normaal en zorgzaam bestuurder" (K1, 14/12/72).

(86) „Wie een motorvoertuig in het verkeer brengt, schept voor anderen een risico dat hij zoveel mogelijk dient te beperken" (K5, 21/03/72, AR 3404).

(87) „Het is een regel van elementaire voorzichtigheid op privé-terreinen de voorschriften van het algemeen verkeersreglement na te leven, minstens in de mate dat het met de redelijkheid overeenstemt" (K5, 22/02/72, AR 2782).

(88) „Het is een grove onvoorzichtigheid een jonge fietser rakelings in te halen, gelet op de mindere stuurvastheid van zesjarige kinderen" (K5, 25/01/72, AR 1953).

(89) „Wanneer verweerder zijn voorgeschiktheid tot dergelijke kwaal (beroerte) kent, en uit duidelijke symptomen heeft kunnen afleiden dat de

voorzichtigheid hem gebood zich van het sturen van een motorvoertuig te onthouden, dan is de kwaal die hem treft geen onvoorziene gebeurtenis" (K5, 25/04/72, AR 3577).

(90) „Het kan niet ontkend worden dat B aangezet is zonder enig zicht op een ruim deel van de weg, er zich blindelings vertrouwend dat zich daar niemand mocht bevinden, hoewel hij uit ervaring had moeten weten dat dit vertrouwen in werkelijkheid dikwijls ongewettigd was" (K5, 21/03/72, AR 3404).

(91) „Gelet op de plaatselijke omstandigheden (belangrijk kruispunt, beperkte zichtbaarheid naar rechts, aanwezigheid van een tegenligger) was de maximale snelheid, alhoewel reglementair, op die plaats duidelijk onaangepast en zeer onvoorzichtig" (K5, 22/02/72, AR 2905).

(92) „Het staat vast dat A inhaalde in gevaarlijke omstandigheden, namelijk een zeer hoge snelheid, op een baan die slechts zes meter breed is en wanneer een tegenligger reeds te dicht genaderd was" (K5, 22/02/72, AR 3502).

(93) „Het remmen door een voorligger is absoluut geen ongerechtvaardigde verrassende gebeurtenis, en een bestuurder die normaal oplet en zijn afstanden houdt moet daar kunnen op reageren zonder een ongeval te veroorzaken" (K5, 22/02/72, AR 3190).

(94) „Bij een kruispunt moet men zeer voorzichtig zijn ten einde alle ongevallen te voorkomen" (K5, 22/02/72, AR 2782).

(95) „...heeft hij dit te laat bemerkt, dan is het te wijten aan het feit dat hij aan betrekkelijk hoge snelheid was blijven rijden, ofschoon er mist was en de zichtbaarheid noodzakelijk beperkt moet zijn geweest" (K5, 01/02/72, AR 2656).

(96) „De ganse rijbaan was beijzeld. Het ging over een toestand die algemeen was over de gehele weg en die wegens zijn uitgestrektheid door een voorzichtig bestuurder moest worden opgemerkt, te meer daar de bestuurder onder dat opzicht bijzonder waakzaam hoeft te zijn, omdat men zich bevond in volle winter, in de vroege morgen" (K5, 22/02/72, AR 2689).

(97) Een persoon is, ingevolge de slechte staat van de weg, met de oliecarter van zijn wagen tegen de kasseien gebotst. Hij is echter nog 2km verder gereden: „Een voorzichtig chauffeur onderzoekt zijn wagen alvorens verder te rijden, wanneer het onderstel van zijn wagen tegen de grond is aangebotst" (K5, 20/06/72, AR 3020).

(98) „De omstandigheden waren van dien aard dat voetgangers die op de rijweg stapten er zich van bewust dienden te zijn dat zij op die natte baan moeilijk te onderscheiden waren" (K5, 10/10/72, AR 2610).

(99) „De NMBS heeft de verplichting tot onderhoud van de overwegen. Zij moet dan ook de overweg vrijhouden van hindernissen, al waren deze door toevallige oorzaken of door het feit van derden aangebracht, weze het nu modder of slijk, water of sneeuw, of andere voorwerpen" (K5, 24/10/72, AR 3548).

(100) „Het is juist dat de camion niet meer naar rechts kon uitwijken wegens de aanwezigheid van gebouwen. Maar wanneer men de geringe ruimte die voor de wielrijdster overbleef vaststelt, en daarbij bedenkt dat

de kamionbestuurder moet hebben opgemerkt dat de wielrijdster, die hij zag afkomen, een enigszins bejaarde vrouw was van wie hij kon verwachten dat de stuurvaardigheid niet meer zo groot was, komt men tot de overtuiging dat de voorzichtigheid hem gebood zijn voertuig helemaal tot stilstand te brengen om de vrouw toe te laten in alle veiligheid te kruisen, in plaats van eenvoudig te vertragen" (K5, 27/06/72).

(101) Een deel van een weg was versperd door middel van signalisatie, wegens werken. Een vrachtwagen reed op het gedeelte van de weg waarop hij niet mocht rijden, en raakte de grijparm van een kraan, die in werking was: „In die omstandigheden mag niet verwacht worden van een kraanman dat hij zijn aandacht op de baan zou vestigen, noch dat hij de grijparm van zijn kraan niet op het versperd gedeelte van de baan zou brengen. De rijbaan is geacht vrij te zijn op de breedte van het versperde gedeelte" (K5, 10/10/72).

(102) „Wagen A rijdt aan 60km per uur. Wagen B, die 80km per uur rijdt, is tot vlak achter A genaderd. Plotseling verschijnt een vaars op de weg. Wagen A remt nogal hevig. B kan niet tijdig meer stoppen en rijdt op A in. Enkel de eigenaar van de vaars wordt aansprakelijk gesteld. Volgens het hof heeft A immers geremd voor een dringend gevaar, terwijl B evenmin schuld treft, alhoewel hij A genaderd was tot op 30 meter, daar hij de bedoeling had deze in te halen" (K5, 06/06/72).

(103) „Derhalve mag aangenomen worden dat A, was hij aandachtig geweest, aan de bedoeling van B af te slaan ter hoogte van het naderend kruispunt niet had mogen twijfelen, en zijn snelheid en afstand had dienen aan te passen" (K9, 24/02/72).

(104) „Indien de motorrijder de normale aandacht had besteed aan het verkeer zou hij de stilstaande wagen hebben opgemerkt van op 75 meter" (K9, 31/03/72).

(105) „Indien ook het gemeentebestuur op dit tijdstip van het jaar ijsvorming op de viaduct kon voorzien, strekt zijn taak om voor de veiligheid van het verkeer te zorgen nochtans niet zo ver dat het, voor sporadisch opkomende en kortstondige ijsvlekken altijd en vooral op zijn grondgebied maatregelen dient te treffen om slibgevaar en ongevallen te voorkomen" (K9, 20/02/72).

(106) „De verlichting van een wagen is een essentiële vereiste van veiligheid, zowel voor hem die stuurt, als voor eventuele tegen- of achterliggers" (K5, 10/04/72, AR 3690).

(107) „Een remming, zelfs een ietwat hevige remming is voor een autobus een normaal maneuver" (K5, 11/01/72, AR 2270).

(108) „Het bestaan van overmacht is niet bewezen. Hevige regenval en zelfs aanhoudende slagregens zijn hier te lande geen abnormale en onvoorziene gebeurtenis. Zulke gebeurtenis kan ook niet afgeleid worden uit de loutere vaststelling dat, volgens de gegevens van het Koninklijk Meteorologisch Instituut, die dag in de streek van Tielt een regenslag van 11 tot 19mm gemeten werd" (K1, 12/05/72).

4.2. *Voorzichtigheidsnormen*

(109) Een vierjarig kind verblijft in een home aan zee tijdens de vakantieperiode. Tijdens het spel is het kind, dat gekend is wegens zijn lastig en

moeilijk karakter, weggelopen en verdwaald. Een opvoedster gaat het ophalen bij de rijkswacht. Ze maakt het vast aan een touw, doch op de terugweg rukt het kind zich los, wordt aangereden en sterft: „Gelet op de omstandigheden van het verblijf van het kind in het vakantiehuis aan zee gedurende het drukke zomerseizoen, vereiste de verzorging en bewaking bijzondere aandacht en voorzorg, zodat elk verzuim als tekortkoming geldt. Het gedwongen terugbrengen van het kind, dat even tevoren ontsnapt was, het aanwenden van een touw, het terugbrengen door een persoon waarmee het kind niet vertrouwd was, en naar een plaats waar het kind zich vreemd voelde, moest overigens verzet van het kind opwekken en neiging om uit de dwang los te komen. De houding van de opvoedster op de terugweg bewijst dat zij zich van die natuurlijke neiging van het kind en het ermede samengaande gevaar bewust was. Gewoonmenselijke voorzichtigheid gebood dan ook dat het touw doelmatig om het kind was vastgemaakt, zodat het met behulp van het touw onder bewaking kon gehouden worden" (K1, 28/01/72, R.W. 1972-1973, 1014).

(110) Een tienjarige jongen wordt een been afgereden door een pikbinder, terwijl hij de afgereden schoven aan het eind van de strook weggooit om de doorgang vrij te maken: „Het uitvoeren van die bewerking is uiteraard gevaarlijk. Het gevaar was merkelijk groter indien de uitvoering geschiedde door een tienjarige knaap. Gemeenmenselijke voorzichtigheid uit normaal gevaarbesef in hoofde van personen, zoals gebroeders X (landbouwhelpers), die bekend zijn met de aard van die bewerkingen, vereiste de uitvoering te onttrekken aan een tienjarige knaap. Zij moesten beseffen dat de knaap geen inzicht had in de gevaren van de bezigheid in de onmiddellijke nabijheid van de werkende pikbinder, dat die bezigheid voor de knaap zeer uitzonderlijk was, dat de knaap zich fier en veilig voelde in hun bijzijn en als betrokken bij een voor hem indrukwekkende gebeurtenis, zodat gevaarbesef vanwege de knaap omzeggens uitgesloten was" (K1, 21/01/72).

(111) Een landbouwer zoekt 's nachts een veearts op en valt in diens kelder. „Een normaal zorgzaam en vooruitziend persoon zou in die omstandigheden maatregelen moeten treffen met het oog op de veiligheid van hen die bij duisternis naar zijn huis komen voor een dringende aangelegenheid in verband met de uitoefening van zijn beroep van dierenarts" (K1, 30/11/72).

(112) Een electricien voert herstellingen uit in een school. Eén van de leerlingen (14 jaar oud) loopt de ladder waarop hij staat omver. „De school had haar leerlingen moeten waarschuwen dat zij op gevaar van ernstige sankties, niet mochten lopen of onvoorzichtige bewegingen maken in de gang waar er gewerkt werd. Zij had daarenboven aan een surveillant of leraar het bevel moeten geven in de onmiddellijke omgeving van de ladder te staan om de naleving van haar richtlijnen en waarschuwingen te doen verzekeren" (K1, 29/06/72).

(113) „Wanneer de onderwijsinstellingen een vervoerdienst inrichten om het schoolgaan te vergemakkelijken, dan impliceert dit wel dat er tijdens de rit bewaking over de kinderen wordt uitgeoefend, maar niet dat de bewaking zich uitstrekt vanaf de halte tot aan de deur van hun woning" (K5, 21/03/72, AR 2931).

(114) „De algemene, altijd geldende regelen van voorzichtigheid mogen niet uit het oog verloren worden. De waakzaamheid om alle gevaar te voor-

komen moet des te groter zijn naarmate het risico groter is" (K5, 21/03/72, AR 3404).

(115) Bij een trap zonder leuning: „Het behoorde hen die gevaren tot een minimum te herleiden en een voorlopige borstwering aan te brengen" (K5, 29/02/72, AR 2818).

(116) „Het gevaar dat bouwwerven voor spelende kinderen opleveren is algemeen bekend. Zelfs indien het werpen van de stenen zou gebeurd zijn in het kader van een gemeenschappelijk werk, zou de aansprakelijkheid van de dader niet wegvallen, daar een spel, waar met stenen naar elkaar gegooid wordt uiteraard gevaarlijk is, en het deelnemen eraan op zichzelf een fout uitmaakt. Doch anderzijds heeft ook het slachtoffer een fout begaan door zich bij die bende kinderen te voegen, waarvan hij niet onwetend kon zijn dat zij soms van de aanwezige stenen gebruik maakten om naar elkaar te werpen" (K5, 03/06/72, AR 3576).

(117) „Al getuigt het feit van zijn kind op straat te laten spelen in de onmiddellijke omgeving van zijn woning niet noodzakelijk van een gebrek aan bewaking, dan is het anders gesteld wanneer het spelen toegelaten wordt, in en rond een bouwwerf. Minstens had de vader zijn kind duidelijk moeten waarschuwen, inzonderheid tegen het gevaar van het werpen van steenbrokken" (K5, 13/06/72, AR 3576).

(118) Zweetschade of verschroeiingsschade bij het vervoer per schip van maniokchips: „Dit kenmerk van maniokchips is een gekend feit waarvan de gevolgen normaal doelmatig kunnen worden vermeden door een aangepaste stuwing en ventilatie" (K1, 27/10/72).

4.3. *Diverse normen van maatschappelijk gedrag*

(119) „Eisers in hoger beroep moeten er zich kennelijk rekenschap van gegeven hebben dat hun argumenten, aangehaald voor de eerste rechter, op geen ernstige gronden steunen. Hoger beroep is dus blijkbaar enkel bedoeld als middel om de uitvoering van de titel te vertragen. Opvallend is trouwens dat zij niets inbrengen tegen de eis van verweerder in hoger beroep tot betaling van schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding" (K1, 02/06/72).

(120) „De opwerping van notaris X dat het niet mogelijk is zwarte ontvangsten in geschriften te laten blijken is niet aanvaardbaar. Vooreerst belette niets de werkelijkheidsbewijzen die hem metterdaad bekend waren in de authentieke akte te vermelden. Daarenboven eiste gewoonmenselijke eerlijkheid dat in een onderhandse afrekening alle ontvangen gelden vermeld en medegeteld werden" (K1, 09/11/72).

(121) „Aanvaarding van een factuur sluit een stilzwijgende erkenning van schuld in" (K5, 18/01/72, AR 92).

(122) „Het is abnormaal dat de bouwheer niet onmiddellijk protesteert tegen de tekortkomingen van de aannemer op het ogenblik dat het onafgewerkt en gebrekkig gebouw wordt overgedragen .Bij gebrek aan tijdig en geldig protest is aldus de stilzwijgende aanvaarding van het werk bewezen" (K7, 05/01/72).

(123) „Het behoort tot de goede trouw die zowel bij de vorming als bij de uitvoering van het contract tussen partijen moet heersen, dat de verkoper niet bevestigt wat hij niet met zekerheid weet" (K5, 18/04/72, AR 2495).

(124) „Het hof deelt de mening van de rechtbank wat de ketels betreft, maar niet wat het inwerken van de pijpen in de grond aangaat. Dit was strijdig met de regels van een goed vakmanschap, en de werkman had niet op die wijze mogen te werk gaan zonder uitdrukkelijk voorbehoud te maken" (K5, 13/06/72, AR 5205).

(125) „Algemeen wordt aangenomen dat iedereen het recht heeft vrij beroep te doen op de rechterlijke macht. Even algemeen wordt echter als voorwaarde gesteld dat daarbij de grootste omzichtigheid in acht zou genomen worden. Wanneer de klager of de aannemer blijk geeft van lichtvaardigheid waaraan geen normale voorzichtige burger zich zou schuldig maken, dan begaat hij een fout, en wordt aansprakelijk ten opzichte van de persoon die aldus in zijn rechtmatig belang gekrenkt wordt" (K5, 19/12/72).

(126) „De procedure van het deskundigenonderzoek stelt de partijen in de mogelijkheid tot uitputting van hun middelen, hun stelling aan een neutrale deskundige, die een gerechtelijke opdracht uitvoert, te onderwerpen, en de rechten van de verdediging zijn in de procedure volledig gewaarborgd. Het is onaanvaardbaar dat eiseres in hoger beroep nadien op eenzijdige wijze technische gegevens voorbrengt, die aan de uitvoering van de opdracht van de deskundige ontsnappen" (K7, 09/02/72 en 23/03/72).

(127) Een koper vordert vernietiging van de verkoop wegens verborgen gebreken. Het hof nuanceert de toepassing van art. 1648 B.W., en poneert hierbij impliciet een maatschappelijke norm: „Het is redelijk dat de koper eerst tracht de zaak in der minne te regelen, en dat men bij de beoordeling van de ‚korte termijn' van art. 1648 B.W. rekening houdt met de tijd die aan onderhandelingen verloren gaat. Maar eens dat de verkoper een definitief aanwijzend standpunt heeft ingenomen is er voor de koper geen reden meer om te wachten" (K7, 06/01/72).

(128) „Waar kan opgeworpen worden dat het de taak van de architekt is de bodem te onderzoeken en de maatregelen te nemen in het ontwerpen, of wijzigen van het ontworpene, die zich opdringen belet dit niet dat de aannemer, wanneer hij zelf een abnormale gesteldheid van de bodem vaststelt, de verantwoordelijkheid draagt van de schadelijke gevolgen van de wijze waarop hij voortgaat met het oprichten van het gebouw" (K7, 23/03/72).

(129) „Vooraleer een hypotheek op het schip te vestigen, moest de notaris onderzoeken wat de werkelijke waarde was, en of het gedurende de leningstermijn voldoende waarde zou blijven behouden. Het is niet zozeer de ‚onverwachte' achteruitgang van de economische waarde van de schepen in het algemeen die hier een rol gespeeld heeft, maar een door de notaris onvoldoende gecontroleerde waardebepaling van het schip en een minstens lichtzinnig geloof in het deskundigenverslag, waar er nochtans voldoende gegevens aanwezig waren om op zijn hoede te zijn, en de afwezigheid van blijvend toezicht op de zaak, die de oorzaak zijn van het verdwijnen van de waarborg". Het bedrag van de lening bedroeg 300.000Fr, terwijl het schip slechts een afbraakwaarde had van ongeveer 60.000Fr (K7, 22/03/72).

(130) Een houthakker had als opdracht gekregen een bos uit te dunnen. Samen met de eigenaar had hij de bomen gemerkt, en daarna zelf geveld. Door deze uitdunning echter kwamen de wortels van de andere bomen los en was een kaalkapping van het hele bos noodzakelijk: „Eiser kan zijn vordering tot schadevergoeding niet steunen op een zogezegde exploitatiefout van de verweerder. Beroepshalve kon deze wellicht weten dat de overeengekomen uitdunning fataal kon zijn voor het bosbestand, maar zijn kontrakt hield geen verplichting in tot raadgeving aan eiser, die zelf besloten heeft wat moest worden gekapt" (K7, 01/06/72, AR 2886).

(131) Kinderen maken op zolder een vuurtje in een pot met vlasvezels om ‚vuurwerk' te maken. De ouders worden aansprakelijk gesteld voor de brand: „Bovendien tonen de omstandigheden aan, meer bepaald de aard van het spel en van de onvoorzichtigheid, dat er een tekortkoming was niet alleen in de bewaking, maar ook in de opvoeding" (K1, 13/04/72).

(132) „Het is voor een aannemer inderdaad onverantwoord een alleenstaande muur met een oppervlakte van 200 m^2 en een hoogte van 15 m blootgesteld aan de druk van hevige stormwinden die aan de kust geen zeldzaam verschijnsel zijn, ongeschoord te laten, alhoewel hij de verplichting had te schoren wanneer het nodig was" (K5, 24/10/72, AR 1516).

(133) Wanneer het hof stelt „dat ‚verweerder', vervoerder van beroep, kennis heeft dat vorderingen aangaande binnenlands vervoer na zes maand verjaard zijn", dan bedoelt het hof hiermee dat de vervoerder dit *moest* weten (K9, 21/01/72).

RÉSUMÉ

L'Idéologie du Juge

Le présent article comporte un examen exploratoire de la jurisprudence dont ont été extraites les décisions non juridiques et sur base duquel l'auteur tente, plus précisément en ce qui concerne la famille, de reconstituer la vision que le juge se fait de l'homme et de la société. Le matériel empirique est constitué par l'ensemble de la jurisprudence des chambres civiles de la Cour d'appel de Gand en 1972.

Dans une large introduction méthodologique, l'auteur formule d'abord des critiques à l'endroit de deux autres recherches similaires et justifie le propos du présent article.

La méthode ici employée qui consiste en une analyse du contenu de matériaux non sélectionnés, semble, pour des raisons théoriques et pratiques, préférable à d'autres méthodes telles que l'analyse du contenu de la jurisprudence publiée ou de publications judiciaires, interviews ou observations d'audiences.

Les notions employées sont définies (décisions empiriques, évaluatives, estimatives et normatives, idéologie, normes extra-juridiques et décisions métajuridiques). L'idéologie est définie comme étant la vision de fait, estimative et normative que le juge se fait de l'homme et de la société. Les hypothèses ayant servi de fil conducteur lors de l'examen sont exposées de manière critique et apparaissent après coup ne pouvoir être admises que comme hypothèses de travail.

L'introduction méthodologique s'achève par de brèves considérations sur le rôle du juge comme personne qui décide, qui met fin à (non qui résoud) des litiges suivant une procédure préétablie et dans un délai raisonnable, ce juge étant lié par des normes et disposant d'instruments de travail limités. Le juge a une fonction de contrôle social ; il énonce et applique, outre des règles légales, également des jugements de valeur non juridiques.

Régulièrement en jurisprudence, des décisions empiriques sont considérées comme démontrées sans aucune motivation ou sans renvoi aux sources. L'on peut supposer que les juges se fondent sur leur propre expérience de la vie, cette expérience pouvant cependant être faussée en raison de l'origine sociale de la magistrature et du processus de socialisation que ses membres subissent dans l'enseignement et dans leur carrière professionnelle. L'expérience professionnelle ne donne pas non plus une information représentative : le juge ne se meut pas dans la vie de tous les jours, mais traîte, de l'extérieur seulement, des cas pathologiques. Un recours systématique au secours d'autres disciplines semble dès lors souhaitable : sociologie, psychologie, etc.

Pour les décisions évaluatives, le contrôle empirique n'est possible qu'après la fixation de l'échelle de référence qui, elle-même, ne peut s'établir toujours suivant des critères objectifs.

Pour les jugements de valeur, la possibilité de contrôle ne se situe pas dans une référence aux matériaux empiriques, mais dans une motivation approfondie de leur contenu. Dans la jurisprudence cependant, il apparaît que les jugements de valeur sont non seulement rarement motivés mais en outre souvent formulés sous la forme neutre de sentences descriptives.

Les normes extra-juridiques sont souvent appliquées dans les jugements par le biais de notions juridiques telles que la faute, la bonne foi, etc. La façon dont les juges procèdent à cet égard, semble montrer qu'ils ne mesurent pas la relativité des normes qu'ils posent mais considèrent ces normes comme objectives et incontestables.

Le plus souvent, des comportements sont prescrits impérativement par référence au mode de conduite du „citoyen normal et diligent".

Si l'on rassemble les normes, jugements de valeur et décisions empiriques (non vérifiées) formulés dans la jurisprudence, il est possible de reconstituer le puzzle de l'idéologie des juges. C'est à quoi l'auteur s'attache en ce qui concerne la famille.

Les juges s'en tiennent manifestement à la répartition traditionnelle des rôles entre mari et femme (la mère au foyer, le père travaillant à l'extérieur). C'est ainsi que l'éducation des enfants est pratiquement toujours confiée à la mère.

Sur ce point surtout se manifestent des préjugés, des objections équivalentes, voire identiques, étant considérées comme irrelevantes à l'endroit de la mère mais comme suffisantes pour déclarer le père inapte à pourvoir à l'éducation des enfants.

Les juges adoptent une attitude négative à l'endroit du divorce. Ceci se manifeste notamment dans l'appréciation des faits invoqués comme causes de divorce et dans l'octroi de pensions alimentaires.

Dans un chapitre suivant, quelques réflexions sont formulées à propos de la logique de l'administration de la preuve dans les arrêts de la Cour d'appel de Gand: prémisses non exprimées, conditions suffisantes/insuffisantes, probabilité admise à l'égal d'une certitude, jugements de valeur intervenant implicitement dans l'admission de présomptions.

L'interprétation juridique trouve aussi sa place. Il y a deux ou trois cas de remarquable interprétation linguistique. Des critiques sont également formulées sur l'interprétation de quelques notions: freinage brusque, faute lourde, erreur, indemnité de procédure, et référence est faite à quelques citations contenant une interprétation d'articles de loi.

Dans le dernier chapitre sont reproduites et analysées un certain nombre de données statistiques concernant la jurisprudence sous revue de la Cour d'appel de Gand (1.051 arrêts).

2,3% des arrêts ont fait l'objet d'un pourvoi en cassation. 96% des appels ont été déclarés recevables et 44,5% fondés. Dans 19,8% des causes, le ministère public a donné son avis. 4% seulement des avis s'écartaient de l'arrêt final. Dans 14,4% des arrêts, une expertise a été ordonnée.

Par ailleurs, il est encore constaté que la Cour garde une certaine distance par rapport au premier juge (dans 7,5% seulement des arrêts, la Cour s'attache en détail au jugement de première instance, tandis que dans près de la moitié des causes, ce jugement est réformé).

ZUSAMMENFASSUNG

Die Ideologie des Richters

Dieser Aufsatz enthält eine explorierende Untersuchung der Rechtsprechung, woraus nicht-juristische Aussprüche genommen werden an Hand deren versucht wird, speziell in Zusammenhang mit der Familie, die Ideologie des Richters zu rekonstruieren. Das empirische Material ist die ganze Rechtsprechung der bürgerlichen Kammer des Berufungsgerichtes zu Gent im Jahre 1972.

Erst wird in einer ausführlichen methodologischen Einleitung Kritik an zwei anderen diesbezüglichen Untersuchungen geübt, und wird die Absicht des Aufsatzes verantwortet. Das hier angewandte Verfahren, nämlich eine Inhaltsanalyse nicht ausgewähltes Materials, scheint wegen theoretischer und praktischer Gründe besser zu sein als andere Methoden, wie die Inhaltsanalyse veröffentlichter Rechtsprechung oder richterlicher Veröffentlichungen, die Befragungen oder die Beobachtung der Gerichtssitzungen. Die gebrauchten Begriffe werden definiert (die empirische, evaluierende, wertende und normative Aussprüche, das Menschen- und Gesellschaftsbild, die extra-juristischen Normen und die meta-juristischen Aussprüche). Die Ideologie wird als die faktische, wertende und normative Auffassung auf den Menschen und auf die Gesellschaft definiert. Die als Leitfaden bei der Untersuchung angewandten Hypothesen werden kritisch beleuchtet und scheinen nachher höchstens als Arbeitshypothesen akzeptiert werden zu können.

Die methodologische Einleitung beschließt mit einer kurzen Betrachtung über die Rolle des Richters als die Person die beschließt, die Konflikte beendigt (nicht: auflöst) innerhalb eines redlichen Termins, nach einem festgelegten Verfahren, wobei er durch Normen gebunden ist und über beschränkte Arbeitsinstrumente verfügt. Der Richter hat eine Funktion sozialer Kontrolle, wobei er außer den gesetzlichen Regeln, auch nicht-juristische Werturteile und Normen poniert und anwendet.

Regelmäßig werden in der Rechtsprechung die empirischen Aussprüche als bewiesen angesehen ohne die geringste Motivation oder eine Verweisung auf eine Erkenntnisquelle. Man kann ahnen daß die Richter sich auf ihre Lebenserfahrung verlassen die dennoch eine verzerrte Erfahrung ist wegen der sozialen Herkunft der Richter und des Sozializierungsprozesses den sie in ihrem Unterricht und in ihrer Berufslaufbahn erfahren haben. Auch die Berufserfahrung schafft keine representative Information: der Richter steht nicht im taglichen Leben sondern behandelt lediglich als Aussenstehender die pathologischen Fälle. Man sollte dann auch systematisch an die anderen Disziplinen appellieren: die Soziologie, die Psychologie, u.dergl.

Bei den evaluierenden Aussprüchen ist die empirische Prüfung nur möglich nachdem man die Referenzenskala festgelegt hat, die aber selbst nicht immer laut objektiven Kriterien umrissen werden können.

Bei den Werturteilen liegt die Kontrollemöglichkeit nicht in einer Verweisung auf das empirisches Material, sondern in einer vertieften inhaltlichen Motivation. In der Rechtsprechung jedoch stellt sich heraus daß solche Werturteile nicht nur selten motiviert sind, sondern überdies auch noch oft in der neutralen Form eines beschreibenden Urteils formuliert werden.

Extra-juristische Normen werden in den Urteilen oft via den juristischen Begriffen wie dem Irrtum, dem guten Glauben u.dergl., angewandt. Die Weise worauf die Richter hierbei vorgehen, scheint darauf zu weisen daß sie die Relativität der von ihnen ponierten Normen nicht einsehen, sondern diese als objektive, unanfechtbare Normen ansehen. Meistens werden unter der Verweisung auf ein vorgefaßtes Verhaltensmuster des „normalen und sorgsamen Bürgers" die Verhalten zwingend vorgeschrieben.

Nehmen wir jetzt die in der Rechtsprechung formulierten Normen, die Werturteile und die (nicht nachgeprüften) empirischen Aussprüche zusammen, dann wird es möglich sein die Ideologie des Richters zusammenzustellen. Dies wird hinsichtlich der Familie ausgearbeitet.

Die Richter behalten deutlich die traditionelle Rollenverteilung zwischen dem Mann und der Frau (die Mutter an der Herd/der Vater der eine außerhäusliche Erwerbstätigkeit hat). Also wird die Erziehung der Kinder fast immer der Mutter anvertraut.

Vor allem in diesem Punkt kommen Vorurteile vor, da gleichartige und selbst identische Einwände in Bezug auf die Mutter für irrelevant gehalten werden, doch für ausreichend gehalten werden um den Vater für die Erziehung der Kinder unfähig zu erklären.

Die Richter nehmen eine negative Stellung gegenüber der Ehescheidung an. Dies ergibt sich u.anderm bei der Wertung der Fakten die als Grund der Ehescheidung eingerufen werden und bei der Gewährung Unterhaltsgelder.

In einem weiteren Abschnitt werden einige Bedenkungen gemacht um die Logik der Beweisführung in den Urteilen des Berufungsgerichtes zu Gent: die verschwiegenen Premissen, die genügenden/ungenügenden Voraussetzungen, die mit der Sicherheit gleichgestellte Wahrscheinlichkeit, und die Wertureile die auf eine implizite Weise bei der Annahme von Vermutungen hervortreten.

Auch die Urteilsfindung kommt mal an die Reihe. Es gibt ein Paar Fällen merkwürdiger Sprachinterpretation. Ferner wird an der Interpretation einiger Begriffe Kritik geübt: plötzlich bremsen, der grobe Fehler. der Irrtum, die Vergütung des Gerichtsverfahrens, und es wird verwiesen auf einige Zitate in deren die Gesetzesparagraphen ausgelegt werden.

In letztem Abschnitt werden eine Anzahl von statistischen Angaben in Bezug auf die untersuchte Rechtsprechung des Berufungsgerichtes zu Gent dargestellt und besprochen (1.051 Urteile). Gegen 2,3% der Urteile wurde eine Kassationsberufung eingelegt. 96% der Berufungsklagen wurden zugelassen, 44,5% wurden für begründet erklärt. In 19,8% der Sachen hat die Staatsanwaltschaft Stellung genommen. Nur 4% der geäußerten Stellungnahmen wichen vom endgültigen Urteil ab. In 14,4% der Urteile wurde eine Expertise angeordnet. Ferner wird noch festgestellt daß der Gerichtshof eine sichere Distanz gegenüber dem ersten Richter behält (lediglich in 7,5% der Urteile wird ausführlich auf das erste Urteil eingegangen, weil bei fast der Hälfte der Sachen dieses Urteil reformiert wurde).

SUMMARY

THE JUDGE'S IDEOLOGY

This article contains an explorative inquiry of the jurisdiction, from which non-juridical enunciations were token, with the help of which one tries to reconstruct a judge's ideology, and this more particular in relation with the family. The empirical material is the total jurisdiction of the civil chambers of the Court of Appeal at Ghent in the year 1972.

In a comprehensive methodological introduction the author criticizes two other inquiries in the same direction, by justifying the purpose of this article. The procedure followed here, i.e. the substantial analysis of non-selected material, seems, because of theoretical and of practical reasons, to be preferred to other methodes, as the substantial analysis of the published jurisdiction or of the judicial publications, the interviews or the observation of the sessions of the courts.

The used notions are defined (the empirical, evaluating, estimating and normative enunciations). The ideology is defined as the factual. estimating and normative vision on man and society. The hypotheses which have served for the examination as a guide-line for the inquiry are looked at in a critcal way and seem now to be accepted as working hypotheses.

The methodological instruction ends with a short consideration about the role of the judge as a decider, who ends (not: solves) the arised disputes according to a fixed procedure within a reasonable term, whereby he is bound by rules and disposes of limited working-instruments. The judge has a function of social control whereby he expresses and applies not only legal rules but also non-juridical value judgements and rules.

In the jurisdiction empirical enunciations are regularly considered as proved without any motivation or reference to sources. One can presume that the judges rely on their experience, which is nevertheless a distorted experience because of the social provenance of the magistracy and of the process of socialization which they undergo in the education and in their professional career. Also the professional experience doesn't produce representative information: the judge doesn't stand in the daily life but handels only as an outsider pathological cases. A systematical appeal to other disciplines seems therefore desirable: sociology, psychology, a.o.

By the evaluating enunciations the empirical test is only possible after the fixing of the scale of references, which itself cannot always be fixed in accordance to objective criteria.

By the value judgments the possibility of control lies not in a reference to empirical material, but in a deeped substantial motivation. Now it seems not only that in the jurisdiction the value judgments are rarely motivated, but that they are also formulated under the neutral form of a descriptive enunciation.

Extra-juridical rules are often applied in decisions by juridical notions, such as fault, good faith, a.o. The way in which the judges hereby proceed seems to show that they don't see the relativity of the rules set up by them, but that they consider these as objective, indisputable rules. Mostly the attitudes are prescribed in a compelling way with reference to a preconceived pattern of conduct of the „normal and careful citizen".

If we take now the rules, the value judgments and the (non-verified) empirical enunciations, which all are formulated in the jurisdiction, than it will be possible to puzzle together the ideology of the judges. This is elaborated here round the family.

The judges maintain the traditional cast between husband and wife (the mother at the hearth/the father working outside the house). In this way the education of the children is practically always trusted to the mother. Especially on this point the prejudices come up, for similar and even identical objections are estimated irrelevant with respect to the mother, but nevertheless sufficient, in order to declare the father incapable to educate his children. The judges assume a negative attitude towards the divorce. This finds expression by the estimation of the facts which are invoked as a ground of divorce and by the grant of alimony.

In a next chapter some considerations are dedicated to the logics of the submit of evidence as it appears in the decisions of the Court of Appeal at Ghent: concealed premises, sufficient/insufficient conditions, probability which is identified with security, value judgments which implicitly do emerge by the acceptance of presumption. Also the discovery of the law is discussed for a while. There are also some cases of remarkable interpretation of language. Further the interpretation of some notions is criticized: to break at once, severe fault, error, indemnity for the court costs, and one refers to some citations in which the paragraphes of the law are interpreted.

In the last chapter a number of statistical data is reproduced and discussed, with respect to the examined jurisdiction of the Court of Appeal at Ghent (1.051 decisions). Against 2,3% of the decisions an appeal to the Court of Cassation has been made. 96% of the actions in appeal have been admitted, 44,5% were considered as well-founded. In 19,8% of the cases the prosecutor gave an advice. Only 4% of the given advices differed from the final decision. In 14,4% of the decisions an assessment has been ordered. Further is ascertained that the Court of Appeal preserves a certain distance with respect to the first judge (only in 7,5% of the decisions one goes extensively into the first sentence, whereas in almost half of the cases this sentence has been reformed).