

**TWINTIG OORZAKEN VAN WANTROUWEN IN HET GERECHT  
DIE VERBAND HOUDEN MET DE REGELS BETREFFENDE OF WIJZE VAN  
BEROEPSUITOEFENING DOOR ADVOKATEN EN MAGISTRATEN.**

Prof. dr. Matthias E. STORME, M.A.  
K.U. Leuven en Universiteit Antwerpen  
advokaat  
Ondervoorzitter Vlaams Pleitgenootschap Brussel

INHOUD.

Inleiding	nr. 1
A. Het beroep op een advocaat	
Oorzaak 1. - De bevoogde cliënt, geen meester maar slaaf van zijn dierbaar konflikt	nr. 2
Oorzaak 2. - Ongelijke wapens	nr. 3
Oorzaak 3. - Wie vindt, heeft slecht gezocht	nr. 4
Oorzaak 4 - Ondoorzichtige prijs	nr. 5
Oorzaak 5 - Onvoldoende verdediging van "politiek inkorrekten"	nr. 6
B. De keuze voor procederen of schikken	
Oorzaak 6 - Een gerechtskostenregeling die procederen bevoordeelt boven schikken	nr. 7-9
Oorzaak 7 - Geen duidelijk strafvervolgingsbeleid	nr. 10
D. De anonimiteit van de rechter	
Oorzaak 8 - De rechter als <i>être inanimé</i> , verborgen achter de instelling	nr. 11 nr. 12-14
E. Diskretieplicht van rechter en advocaat	
Oorzaak 9 - Omvang van de diskretieplicht van magistraten en advocaten	nr. 15-16
F. Waarheidsplicht van de advocaat in burgerlijke zaken	
Oorzaak 10 - Gebrekkige waarheidsvinding en te zwakke waarheidsplicht	nr. 17-22
Oorzaak 11 - Gebruik van het beroepsgeheim tegen de cliënt	nr. 23
G. Procesvertraging en deontologie - verplichting tot arbitrage	
Oorzaak 12 - (Onvoldoende) sanktionering van procesvertraging	nr. 24
Oorzaak 13 - (Geen) verplichting de snelste weg te kiezen	nr. 25
H. Juridische spitstechnologie	
Oorzaak 14 - Asociaal karakter van komplekse wetgeving	nr. 26
I. Nietigheden	
Oorzaak 15 - Hoe geraak ik aan de grond - <i>irrecevabilitas</i>	nr. 27-30

Oorzaak 16 - De <i>favor invaliditatis</i>	nr. 31
J. Redenering ten gronde	
Oorzaak 17 - Abusief beroep op vormvereisten toestaan	nr. 32
Oorzaak 18 - Het Repelsteeltje-syndroom of de 40 rovers van Ali Baba	nr. 33
Oorzaak 19 - Spookrijden beloond	nr. 34
Oorzaak 20 - Le <i>mauvais joueur</i> : het post-Marckx en post-Borgers-syndroom	nr. 35-36
Finale	nr. 37

## Inleiding.

1. Gaat men op zoek naar de oorzaken die het vertrouwen in het gerecht verminderen of verhinderen en die verbad houden met de beroepsuitoefening van advocaten en magistraten, dan meen ik er een twintigtal te kunnen aanhalen, tien die veeleer de advokatuur aangaan, tien veeleer de magistratuur. Het onderscheiden belang van deze oorzaken is zeer uiteenlopend, maar ik zal het natuurlijk niet wagen me erover uit te spreken aan welke zijde de belangrijkste liggen.

Aangezien het "vertrouwen in het gerecht" natuurlijk op de eerste plaats het vertrouwen betreft dat de rechtzoekende in het gerecht al dan niet heeft of kan hebben, leek het mij aangewezen het onderwerp niet zozeer per "beroepsgroep", dan wel gefazeerd te benaderen, d.w.z. overeenkomstig de verschillende stadia waarin de burger met het gerecht kan worden gekonfronteerd.

### A. HET BEROEP OP EEN ADVOKAAT

ORZAAK 1. - DE BEVOOGDE KLIËNT, GEEN MEESTER MAAR SLAAF VAN ZIJN DIERBAAR KONFLIKT.

2. Een eerste mogelijke verstoring van het vertrouwen in het gerecht treedt op wanneer de rechtzoekende een beroep wil doen op het gerecht of minstens bijstand zoekt om zijn belangen te verdedigen<sup>1</sup>. U weet dat de advocaat voor deze situaties over een beperkt monopolie beschikt, voor de uiteenzetting waarover ik naar de klassieke werken kan verwijzen. Eén enkele mogelijke grond voor wantrouwen daarin wil ik toch vermelden : nl. de gevallen waarin aan de advocaat rechten toegekend worden waarop de cliënt geen recht heeft, wat aan de rechtzoekende alleen maar het gevoel geeft dat hem zaken verborgen worden gehouden. Denken we b.v. aan de gevallen waarin de advocaat stukken waarin hij q.q. inzage heeft niet aan zijn cliënt mag meedelen. Naast moeilijker te bekritiseren gevallen zoals dat van het persoonlijkheidsdossier door de advocaat van een minderjarige<sup>2</sup> en het dossier door de diensten voor de bescherming van de maatschappij meegedeeld aan de advocaat van een geïnterneerde (procedure van art. 16 W. 1-7-1964), zijn er betwistbare gevallen zoals dat van het door het parket gevoerd maatschappelijk onderzoek bij een echtscheidingsprocedure, dat de advocaat van een echtgenoot niet aan zijn cliënt zou mogen meedelen<sup>3</sup>, of de meer algemene opvatting van de tuchtoverheden dat een advocaat, net zoals een arts, het recht heeft informatie niet aan zijn cliënt mee te delen wanneer hij de mededeling ervan schadelijk acht voor diens fysische of psychische gezondheid<sup>4</sup>. Dergelijke opvatting wordt recent dan ook vaker bekritiseerd<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Over de typesituaties waarin deze behoefte ontstaat, zie GEENS, *Het vrij beroep. Enkele theoretische beschouwingen aan de hand van een vergelijkende studie naar belgisch recht van de reglementering ter zake van de beroepen van arts, advocaat, architect en bedrijfsrevisor*, Leuven 1986, nr. 73-86.

<sup>2</sup> Art. 55 JeugdbeschermingsW. 8-4-1965; art. 297, 2 Beroepscode Nederlandse Orde van advocaten Brussel. In zijn arrest van 25-2-1974 besliste het Hof van cassatie dat dit verbod niet geldt voor mededeling aan de ouders van de minderjarige door de advocaat van die ouders.

<sup>3</sup> BRAUN & MOREAU, *La profession d'avocat*, Brussel 1985, nr. 501.

<sup>4</sup> Art. 150 Beroepscode Nederlandse Orde van advocaten Brussel.

<sup>5</sup> B.v. R.O. DALCQ, "Expertises civiles et secret professionnel des médecins", *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, Story Brussel 1991, p. (495) 499 v.

Een gelijkaardige vraag rijst i.v.m. de traditionele regel dat een advocaat aan zijn cliënt geen mededeling zou mogen doen van vertrouwelijke brieven van zijn tegenstrever, probleem dat ik uitvoeriger heb besproken in mijn rapport voor het IXe Wereldkongres voor Procesrecht<sup>6</sup>.

Men mag niet vergeten dat balie en gerecht voor de burger sowieso één wereld zijn - wat sociologisch natuurlijk ook juist is - zodat er erg op moet worden gewaakt dat niet de indruk wordt gewekt dat binnen die wereld door tegenspelers wordt "samengezworen" - denk aan het *Gesetz des Wiedersehens* (N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*) - tegen de rechtzoekende in.

Hoewel dit alles gerechtvaardigd kan zijn, is het toch niet van aard het vertrouwen in het gerecht te versterken. De balie houdt teveel vast aan een paternalistisch imago van de advocaat, dat door de burger niet meer wordt gewaardeerd. In de gerechtelijke wereld hebben de verwachtingen zich immers op gelijkaardige wijze als in de geneeskundige wereld, wat wil zeggen dat de er sprake moet zijn van een "informed consent", een geïnformeerde toestemming van de cliënt<sup>7</sup>.

Sociologisch onderzoek heeft uitgewezen dat de burger het feit dat hij zijn conflicten, zijn geschillen, aan gespecialiseerde personen moet toevertrouwen, in plaats van ze zelf te kunnen behandelen, reeds beschouwd als een onteigening van iets waarmee hij persoonlijk nauw is verbonden<sup>8</sup>. Noemt de advocaat zichzelf niet de "*dominus litis*", meester van de zaak? Natuurlijk zijn er vele rechtzoekenden die liever niet voortdurend ingelicht worden over de stand van zaken en de zaak in handen laten van een advocaat om hun gemoed te verlichten. Maar dat betekent niet dat men de cliënt het recht kan ontnemen op informatie over "zijn" zaak.

## OORZAAK 2. - ONGELIJKE WAPENS

3. Vooraleer de vraag te stellen of de rechtzoekende die op zoek gaat naar een advocaat door de regels wel korrekt wordt beschermd, rijst eerst de vraag of de rechtzoekende die dat niet doet, wel voldoende wordt beschermd. De deontologie van de advocaat heeft hiermee te maken in die gevallen waarin de tegenpartij wel een raadsman heeft. Bij besprekingen of onderhandelingen dient deze de tegenpartij erop te wijzen dat hij slechts als raadsman van zijn cliënt optreedt en hem uitnodigen zich eveneens door een advocaat te laten bijstaan<sup>9</sup>. Belangrijk is vooral het verbod misbruik te maken van deze omstandigheid, alsook van behoeften, zwakheden, onkunde e.d. van de wederpartij<sup>10</sup>, en dit meer bepaald bij de voorstelling van de feiten. Dit hangt samen met het be-

---

<sup>6</sup> "Déontologie professionnelle et conduite loyale du procès - Professional ethics and procedural fairness", Belgisch rapport voor het IXe Wereldkongres voor Procesrecht, Coimbra/Lissabon augustus 1991, *Rôle et organisation des magistrats et avocats dans les sociétés contemporaines, IXième Congrès mondial de droit judiciaire (Rapports belges)*, Kluwer Antwerpen 1992, p. (3) nr. 95 v.

<sup>7</sup> Zie voor een grondige studie in de geneeskundige wereld T. van SWEEVELT, "De toestemming van de patient", *TPR*, 1991. Zie m.b. nr. 101 v. over de vraag of de patiënt afstand kan doen van zijn recht op "informed consent".

<sup>8</sup> Nils CHRISTIE, "Conflicts as property", 17. *British Journal of Criminology* 1977, 1.

<sup>9</sup> Vgl. art. 162 Beroepscode Nederlandse Orde van advocaten Brussel; art. 2 Règlement de l'Ordre de Liège du 24 avril 1977; BRAUN & MOREAU nr. 575.

<sup>10</sup> Vgl. J. STEVENS, *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, nr. 482. Zie verder W. HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, 145.

ginsel van de "Waffengleichheit". De sanktie hiervan kan liggen in de bewijswaardering en/of in de verwijzing in de kosten. Zo oordeelde de Rechtbank te Luik enige jaren geleden in hoger beroep dat de Waffengleichheit ("*égalité d'armes*") geschonden was betref een deskundigenonderzoek inzake huurschade, waaraan de ene partij door een onkunde, domheid, e.d.m., waarvan de wederpartij niet onkundig kon zijn, niet zinvol kon deelnemen, en waaraan de rechter om die reden *in casu* geen bewijswaarde heeft toegekend<sup>11</sup>. De instrumenten voor gelijkheid van wapens zijn voorhanden, althans in het burgerlijk recht, maar dat betekent daarom nog niet dat zijn voldoende worden toegepast. In het strafrecht daarentegen blijft het probleem akueel, zij het dat de ongelijkheid in beide richtingen kan bestaan. Dit laatste hangt samen met de enorme mogelijkheden van een bepaalde soort advocaten, althans voor wie deze kan betalen. Het gevaar van de klassejustitie is hier duidelijk aanwezig. Dit aspect ervan hangt echter samen met de toegang tot het gerecht, die het onderwerp vormt van een andere bijdrage op deze studiedag.

### ORZAAK 3. WIE VINDT, HEEFT SLECHT GEZOCHT.

4. Vervolgens kan men de vraag stellen of de rechtzoekende die op zoek gaat naar een advocaat door de regels wel korrekt wordt beschermd. De advokatuur blijft immers beheerst door het ideaal - of is het de ideologie - van de "waardigheid". Voor de advocaat betekent dit dat hij geen cliënteel mag zoeken, dat het vanzelf moet komen. Dit ideaal dient zeker het vertrouwen in het gerecht, doch slechts op voorwaarde dat de rechtzoekende de een waarheidsgetrouw beeld kan krijgen van de bekwaamheid van de verschillende advocaten.

Vergeleken met de situatie bij de handel van produkten en diensten, zijn de "normale kwaliteits-signalen" (reputatie e.d.) hiervoor, door de aard van de dienst, duidelijk onvoldoende<sup>12</sup>. Men kan niet ontkennen dat nog teveel advocaten onvoldoende bekwaam zijn. Ook kan geen enkele advocaat bekwaam zijn in alles.

Alle advocaten voorstellen als "gelijk" in bekwaamheid om een cliënt te verdedigen vormt dan ook een misleiding van de burger. Deze ideologie verbergt de grote ongelijkheid tussen cliënten die zich al dan niet een dure advocaat kunnen permitteren (waarmee niet gezegd is dat de duurste steeds de beste zijn). Door die ongelijkheid te verbergen, wordt bovendien belet dat deze ongelijkheid zou kunnen worden gekompenseerd

Nog afgezien van dit probleem, vergt de gelijkwaardigheid van partijen voor het gerecht - een terecht postulaat - helemaal niet dat naar het publiek toe alle advocaten als gelijkkelijk bekwaam in alles moeten worden voorgesteld. De deontologische regels die de informatie naar de rechtzoekende op dit punt tot het allernimaalste beperken, zijn dan ook duidelijk onvoldoende. Meer bepaald wordt omzeggens alle kwalitatieve informatie verboden. Volgens de regels zou de rechtzoekende hoogstens de mogelijkheid hebben om van de stafhouder mondeling te vernemen welke advocaten zichzelf voor een bepaalde specialiteit hebben opgegeven. Zolang op de werkelijke bekwaamheid in voorkeurmateries geen toezicht bestaat, doet een publikatie van die lijsten de burger inderdaad meer

---

<sup>11</sup> Rb. Luik 12 mei 1989, *J.L.M.B.* 1990, 133.

<sup>12</sup> Dit wordt uitvoerig besproken door K. GEENS, *Het vrij beroep*, nr. 292-346, 512-517, 529-531, 533-537 e.a.

kwaad dan goed. Maar betekent dit dat de balie dan maar het masker van de gelijkheid moet ophouden, om wellicht slechts uit die droom te ontwaken wanneer commerciële dienstverleners zelf een "rating" van advocaten zullen gaan opstellen, een ontwaken dat dan wellicht hoofdzakelijk zal bestaan uit een verbod aan de advocaten om daaraan mee te werken. Is een degelijke informatie van het publiek de balie werkelijk "onwaardig" ?

#### OORZAAK 4 - ONDOORZICHTIGE PRIJS

5. De advokatuur heeft in ons land de naam duur te zijn, en dit veelal ten onrechte. Doch indien dit ten onrechte is, ligt dit dan niet grotendeels aan de advocaten zelf, die er blijkbaar niet in slagen de burger van de waarde van hun activiteit te overtuigen ?

Of bevindt de balie zich hier in één van haar vele dilemma's, doordat het benadrukken van de waarde van de activiteit van een advocaat alleen maar het denkbeeld van klassejustitie zou versterken, door namelijk de burger te versterken in zijn denkbeeld dat men met een dure advocaat de gerechtigheid wel kan ombuigen ?

Ondanks dit dilemma, zou het m.i. in ieder geval geen kwaad kunnen om de tarieven en aanbevelingen betreffende de erelonen daadwerkelijk te publiceren, in plaats van ze bijna als staatsgeheimen te behandelen.

Bovenop de ondoorzichtigheid van de tarieven lijdt de cliënt immers nog het nadeel dat hij de kostprijs van de advocaat niet kan inschatten. Dat hij niet de mogelijkheid heeft om een "*no cure no pay*" te bedingen (verbod van *pacta de quota litis*)<sup>13</sup> heeft zo zijn goede redenen, die ook samenhangen met het vertrouwen in het gerecht. Maar men mag niet vergeten dat de cliënt niet alleen, door dit verbod, steeds het "riziko" van de zaak zelf blijft dragen, maar dat hij bovendien, behoudens rechtsbijstandsverzekering, ook nog het riziko van alle wederwaardigheden van de procedure draagt, dit terwijl de advocaat toch min of meer naar werken wordt vergoed. Naast de onzekerheid omtrent het resultaat is er dus ook nog de onzekerheid omtrent de kostprijs van de advocaat. Natuurlijk is het zo dat de procedure veelal onvoorspelbaar is, dat "*habent sua sidera lites*", maar zijn dit geen riziko's waartegen de advokatuur veeleer maatregelen kan nemen dan de cliënt, en die dus vanuit een economisch oogpunt veeleer door de balie zouden moeten worden gespreid en gedragen ? Dit is in ieder geval grotendeels het geval in die landen die een vrij duidelijk tarifikatie kennen naargelang de aard van de zaak.

#### OORZAAK 5 - ONVOLDOENDE VERDEDIGING VAN "POLITIEK INKORREKTEN"

6. De waardigheid van de advocaat maakt hem blijkbaar niet immuun voor één van de meest verderfelijke tendenzen bij de hedendaagse "opinion-makers", de media voorop, namelijk de "*political correctness*". De eer en onafhankelijkheid van de advokatuur door de eeuwen heen heeft er steeds in bestaan dat iedereen, ook de grootste misdadiger, recht heeft op bijstand en verde-

---

<sup>13</sup> Voor een stellingname *contra* dit verbod, zie B. DEMEULENAERE, "Advokatenhonoraria, een consumenten-vriendelijk perspectief", *TPR* 1988, 1 v.

diging. Doch vandaag de dag blijkt dit recht wel te zijn gegarandeerd voor de grootste moordenaar, maar niet langer voor wie "politiek" in de fout gaat.

Was het niet reeds een schande voor de balie dat de Raad van de Orde te Brussel op 18 april 1921 besliste<sup>14</sup> dat de advocaten voor kollaborateurs van ambtswege zouden worden aangeduid, omdat de vrije keuze de waardigheid van de balie in het gedrang zou brengen ?

Eerlijkheidshalve moet hieraan worden toegevoegd dat na de tweede wereldoorlog een advocaat een tuchtsanktie kreeg van de Brusselse Orde omdat hij in het publiek verkondigd had dat hij "*a toujours refusé de défendre les inciviques à quelque titre que ce soit*"<sup>15</sup>.

Is het evenwel niet opnieuw een schande wanneer vandaag de dag een partij geen advocaat kan krijgen omdat haar een "opiniedelikt" wordt verweten, zoals meer bepaald het hebben van racistische of xenofobe opvattingen ? Is het geen schande voor de balie dat sommige van de leden van het Vlaams Blok tegen wie een proces wegens racisme werd gevoerd, geen advocaat bereid vonden hun belangen te verdedigen ?

Ligt de waardigheid van de balie niet veeleer besloten in het woord van Voltaire, dat ik uw mening niet deel, maar tot het laatste zal vechten opdat U het recht zou hebben ze te uiten ?

Moet de balie dan ook niet veeleer eisen dat de strafbaarstelling van opinies, zelfs racistische en xenofobe wordt afgeschaft, in plaats van mee te huilen met farizeïsche weldenkendheid van diegenen die het zich kunnen permitteren om alleen konformistische opvattingen te hebben ?<sup>16</sup>

## B. DE KEUZE VOOR PROCEDEREN OF SCHIKKEN

### OORZAAK 6 - EEN GERECHTSKOSTENREGELING DIE PROCEDEREN BEVOORDEELT BOVEN SCHIKKEN.

7. Het vertrouwen in het gerecht wordt aangetast door de reputatie van advocaten teveel op geschillen en te weinig op schikking en verzoening uit te zijn ("als er advocaten bij zijn, is het verpest"). Ik heb het hier niet over strafzaken, waar het vraagstuk van de bemiddeling een apart vraagstuk is, waarbij de houding van de advocaat een veel kleinere rol speelt, en waar de mogelijkheden door de wetgever beperkt zijn. Maar in burgerlijke zaken is deze reputatie oud en niet geheel onterecht.

Oud is deze reputatie zeker. Zo was de bijstand van advocaten verboden bij de verplichte voorafgaande verzoeningspoging ingesteld door de wetten van 16-24 oogst 1790 en 27 maart

<sup>14</sup> J.T. 1921, 338. Zie verder K. GEENS, *Het vrij beroep*, p. 108.

<sup>15</sup> uitspraak nr. 1189 van 4-11-1952, *Recueil Décisions de principe prises par le Conseil de l'Ordre durant les années judiciaires 1952-53*, n° 85.

<sup>16</sup> Het voorstel om de *Auschwitzlüge* strafbaar te stellen werd onlangs nog terecht bestreden door G. VANDEN BERGHE, verbonden aan het Navorsings- en Studiecentrum voor de Geschiedenis van de Tweede Wereldoorlog, "Holocaust wordt politiek misbruikt", *de Standaard* 6-12-1994.

1791. Dit systeem was voordien (1745) verdedigd door VOLTAIRE, die in 1745 berichtte over de verplichte verzoeningspoging in de Verenigde Provinciën, waarbij de advocaten weggestuurd werden "*comme on ôte le bois d'un feu qu'on veut éteindre*".

Ook is het juist dat advocaten in dit land te weinig zaken schikken. Nochtans vindt men in alle klassieke werken de stelling terug dat de eerste verplichting van de advocaat in de poging tot verzoening ligt<sup>17</sup> alsook dat de advocaat de "eerste rechter" is van de zaak.

Anderzijds is het zo dat de advocaat op de eerste plaats de belangen van zijn cliënte dient te verdedigen, wat vaak in tegenspraak met de genoemde verplichting een verzoening te proberen. Immers, de burger heeft voor een groot deel zelf schuld aan de huidige "litigomanie"<sup>18</sup>. Over de oorzaken daarvan wil ik hier niet uitweiden. Ik beperk me tot de vaststelling dat onze eeuw getipeerd wordt door een emancipatie van het konflikt<sup>19</sup>, en onze tijd in het bijzonder door een opbod in het opeisen van "rechten", waartegenover nooit plichten worden gesteld. De economische en sociale grondrechten zijn daar overigens een recent voorbeeld van. Subjektieve rechten allereerste moeten daarbij de leegte vullen geschapen door het verval van traditionele havens als kerk, gezin, en buurt<sup>20</sup>. Tipisch voor onze liberale maatschappij is ook dat de gedachte aan een "fatum" ondraaglijk is geworden<sup>21</sup>. Voor elke ontgoocheling moet er een remedie geboden worden, en dus een aansprakelijke. Dit komt ook tot uiting in het steeds verder willen doorprocederen, probleem dat evenwel tot het domein van andere sprekers vandaag behoort. Ook de media spelen bij het ontstaan van de litigomania niet steeds de beste rol. Op het ogenblik dat de zaak van notaris X aandacht kreeg in de media, ontstond er plotseling een toevloed van klachten van gescheiden moeders over misbruik van hun kinderen door de vader die hoede- of bezoekrecht had ...

Kunnen de regels van de advokatuur hierop een invloed uitoefenen ? Indien cliënten niet bereid zijn in te gaan op een redelijk schikkingsvoorstel, zou de advocaat zich dan moeten terugtrekken uit de zaak ? Ik denk niet dat het hogergenoemde dilemma kan worden opgelost door een dergelijke verregaande deontologische verplichting. Zoals bekend, kan men immers van mening verschillen over de vraag wat een redelijk voorstel is, en zal er allicht wel omzeggens altijd een ander advocaat zijn die het voorstel niet redelijk genoeg vindt. De oplossing is m.i. alleen te vinden in een hervorming van het recht dusdanig dat schikken interessanter wordt dan procederen, wat nu niet voldoende het geval is. De balie zou vragende partij moeten zijn voor een hervorming waardoor zij uit dit dilemma geraakt en dus het vertrouwen bij het publiek kan herstellen.

---

<sup>17</sup> Zie b.v. ook J. LAENENS, in *Omnia fraterne* 1985-3, 1.

<sup>18</sup> Naar een woord van B. MARKESINIS, "Litigation mania in England, West Germany and the USA : are we so different ?", Atkin lecture Reform Club London 1989, *Cambridge LJ*, 1990. Zie ook GALANTER, "Reading the landscape of disputes", 31. *UCLA LR* 1983, 4 v.

<sup>19</sup> ASSCHER, *Meesters der metamorfose*, p. 38; M.L. STORME, *Het proces : als in een spiegel*, p. 8-10.

<sup>20</sup> W. BURGER, "Isn't there a better way ?" 68. *American Bar Association Journal*, 1982, 274-275

<sup>21</sup> Zie in dit verband H. DE DIJN, *Overleven we de vrijheid*, Pelckmans Kapellen 1993, 26 v. - vgl. ook p. 83 v.

8. De belangrijkste stap daarbij dient een grondige hervorming te zijn van de regeling van de gerechtskosten en van de verhaalbaarheid van de erelonen op de tegenpartij<sup>22</sup>. De basisregel die de rechtbanken zou ontlasten van nodeloze geschillen en vooral van nodeloos opgeblazen geschillen, bestaat er m.i. in dat :

a) de gerechtskosten sterk worden verhoogd (tot zelfs op het nivo van de arbitrage), doch slechts berekend worden op grond van hetgeen werkelijk in geschil is, d.i. het verschil tussen eis en verweer, en geenszins op de hoogte van de eis;

b) de erelonen op basis van realistische barema's (in plaats van de belachelijke rechtsplegingsvergoeding) verhaalbaar zijn op de tegenpartij voor zover deze de zaak verliest, en dit betekent opnieuw voor zover men de zaak wint wat het effectief betwiste gedeelte betreft;

Wat de oorspronkelijke eis betreft, betekent dit dat de verweerder moet worden verplicht (wil hij vermijden voor de desbetreffende kosten op te draaien) om bij de inleiding van de zaak of in ieder geval in korte debatten mee te delen welke vorderingen of delen ervan hij niet betwist en moet de eiser voor die vorderingen of dat gedeelte onmiddellijk een uitvoerbare titel verkrijgen.

Een dergelijk systeem zal de eisers ertoe brengen hun eisen niet te hoog te begroten, aangezien zij voor het overdreven gedeelte proportioneel moeten betalen voor hoge gerechtskosten en voor de erelonen van de raadsman van de tegenpartij<sup>23</sup>.

Om schikkingen tijdens het geding te bevorderen, kan het systeem verder best verfijnd worden door het in twee stappen te bekijken, namelijk ten eerste bij de inleiding, en ten tweede op het ogenblik waarop een effectieve rechtsdag wordt gevraagd (zoals op dit ogenblik o.m. via art. 750 Ger.W.). De gerechtskosten zouden dan voor de helft bepaald worden op grond van de houding van partijen bij de inleiding, voor de andere helft op grond van de houding van partijen bij het vragen van de rechtsdag.

Weliswaar is dergelijk systeem slechts eenvoudig toepasbaar in de gevallen waarin de vordering in geld waardeerbaar is - wat al bij al toch wel het grootste deel van de vorderingen betreft -, doch met enige aanpassing toch ook voor andere geschillen.

Zoals Adams terecht schrijft, heeft een dergelijk stelsel bovendien ook het voordeel dat het de kans op rechterlijke vergissingen sterk verkleint, nu de rechter niet *extra petita* mag oordelen. De kans is immers groot dat partijen meer informatie hebben over de werkelijke toedracht van een zaak dan de rechter uiteindelijk verneemt, tenzij dan door kostelijke bewijsinstructie, en dat partijen op grond van die informatie hun kansen inschatten en hun bereidheid tot schikken bepalen.

De verhaalbaarheid van de honoraria op de verliezende partij maakt ook een einde aan een andere oorzaak van het wantrouwen in het gerecht, nl. dat de burger die gelijk heeft moet betalen om dat te krijgen en dit des te meer naargelang de tegenpartij zich hogere advocatenkosten kan permitteren.

---

<sup>22</sup> Eerder meende ik nog dat niet-verhaalbaarheid de schikkingsbereidheid zou bevorderen (mijn preadvies, *TPR* 1990 nr. 18), doch bij nader inzien doet een genuanceerde terugvorderbaarheid dat wellicht veeleer.

<sup>23</sup> Voor een uitgewerkte argumentatie, zie M. ADAMS, *Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, 1981, 31, 34 v., en -, "The conflict of jurisdictions. An economic analysis of pretrial discovery, fact gathering and cost allocation rules in the United States and Germany", *ERPL* 1995.

9. Het vertrouwen in het gerecht kan aldus worden hersteld, niet door de toegang tot de rechter als dusdanig duurder te maken - in tegendeel - maar door het onterecht procederen - als eiser of verweerder - stukken duurder te maken en daardoor tegelijk het terecht procederen goedkoper. Immers, het gaat er ook niet om welk aandeel van de grieven en geschillen bij de Rechtbank terecht komt. De maatschappelijk relevante vragen luiden waarom slechts 10 % ervan voor de Rechtbank verschijnt en of de andere 90 % al dan niet bevredigend worden opgelost buiten rechte. Zoals CALAMANDREI stelde in zijn *Lof der rechters*<sup>24</sup> :

"indien ik op een dag alle rechtszalen zou zien sluiten bij gebrek aan processen, zou ik niet weten of ik blij of droevig moet zijn; blij als dit zou betekenen dat er algemene menslievendheid heerst in een wereld, waarin niemand meer geneigd is zijn naaste onrecht te doen, droevig wanneer dit de triomf der algemene laagheid zou beduiden omdat niemand meer geneigd is in opstand te komen tegen het machtsmisbruik van anderen".

#### ORZAAK 7 - GEEN DUIDELIJK STRAFVORDERINGSBELEID

10. Of er in dit land een algemeen "seponeringsbeleid" is, weet ik niet. Indien wel, dan slaagt men er in ieder geval dit geheel geheim te houden en zo bij de burger de overtuiging te wekken dat er geen is. Of liever : dat het beleid niets anders is dan de willekeur van de individuele parketmagistraat, eventueel nog verstikt in een overgehiërarchiseerd systeem. Aangezien ik geen penalist ben, spreek ik mij over de juistheid hiervan niet uit, en vermeld ik enkel het beeld zoals het bij het publiek leeft. Dat er voor het gemeen strafrecht geen dergelijk "beleid" is in de normale betekenis van dat woord, werd onlangs impliciet nog bevestigd door de Gentse prokureur-generaal in zijn merkuriale van 1-9-1994<sup>25</sup>, waar hij stelt dat een crimineel beleid in de zin van prioriteitenbepaling op dat vlak niet zo nodig is, dat het opportunitiebeginsel voldoende ruimte biedt om een eigen vervolgingsbeleid uit te stippelen als korrektief op het principe dat alle misdrijven bepaald in het strafwetboek opgespoord en vervolgd worden - maar de vraag is precies niet of er ruimte is voor beleid, maar of men binnen die ruimte inderdaad een beleid voert, waarover in de merkuriale niets wordt gezegd -, en dat men er zich voor moet hoeden dat het Openbaar Ministerie niet de weg opgaat een overwegend beleidvoerdend ambtelijk orgaan te worden. Hoe kan men tegelijk stellen dat het beleid een zaak van de regering is, maar toch eisen dat het openbaar ministerie onafhankelijk is tegenover die regering ?

In ieder geval kan het vertrouwen niet hersteld worden door de heersende geheimhouding van wat er aan beleid zou zijn. In Nederland worden de beleidsrichtlijnen door het Openbaar Ministerie gepubliceerd in de *Staatscourant*, bij ons worden ze beschouwd als staatsgeheimen. Deze wantrouwenwekkende geheimhouding betreft zelfs het verleden. Zo b.v. worden de sirkulaires van de auditeur-generaal aan de krijgsauditeurs tijdens de repressie, meer dan 50 jaar na datum, bij mijn weten nog steeds niet vrijgegeven<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> *Lof der rechters*, nederlandse vertaling H. Keuls, Boucher Den Haag (2) 1963, p. 83.

<sup>25</sup> N. BAUWENS, "Het beleid van het openbaar ministerie", R.W. 1994-95, p. (585) 585-586.

<sup>26</sup> L. HUYSE, *De kleur van het recht*, p. 47.

#### D. DE ANONIMITEIT VAN DE RECHTER

11. De deontologie van magistraten in engere zin is enkele jaren geleden ruim aan bod gekomen in een grondige mercuriale van prokureur-generaal Krings<sup>27</sup> en een interessante repliek van Vrederechter Rommel<sup>28</sup>. Vele aspecten die daarin werden behandeld wil ik hier niet bespreken, op de eerste plaats omdat ik mij daartoe niet bevoegd acht. Ook is er nog een tweede reden waarom ik mij beperk tot enkele bedenkingen bij aspecten die buiten het privéleven van de rechter liggen en met de wijze van ambtsuitoefening in engere zin te maken hebben. Hoewel het privéleven van de rechter, en meer algemeen de gedragingen buiten de ambtsuitoefening, vanzelfsprekend een belangrijke faktor is voor de graad van vertrouwen in het gerecht, is m.i. toch belangrijker op welke wijze de rechter zijn ambt uitoefent.

#### ORZAAK 8 - DE RECHTER ALS *ÊTRE INANIME*, VERBORGEN ACHTER DE INSTELLING.

12. Voor het vertrouwen in het gerecht is het m.i. daarbij vooreerst nodig zich te bezinnen over de traditionele onpersoonlijkheid van de rechter. Traditioneel wordt deze onpersoonlijkheid van de rechter, zijn verberging achter de instellingen van het gerecht, beschouwd als een vooronderstelling voor het vertrouwen in dat gerecht en die rechter. De rechter wordt nog steeds voorgesteld als een anonieme persoon, een "*être inanimé*" die slechts "*bouche de la loi*" is.

Al kan het zijn dat deze anonimiteit vroeger het vertrouwen in de instelling "gerecht" vergrootte, dan valt daaraan op dit ogenblik wel ernstig te twijfelen. In onze hedendaagse maatschappij kan het vertrouwen in het gerecht in tegendeel versterkt worden door duidelijker te laten uitkomen wie achter de beslissing steet, wie waarvoor verantwoordelijk is, in plaats van alles op naam van een anonieme instelling te laten. Heeft KAFKA niet voldoende aangetoond dat het juist de onzichtbaarheid van de individuele rechter en de onverantwoordelijkheid ervan is die het wantrouwen in "het gerechtelijk systeem" mee veroorzaken? En is het vertrouwen in het gerecht niet het grootst in die landen waar, naar Engelse traditie, de rechter zeer uitdrukkelijk zijn persoonlijkheid laat spreken, meer bepaald ook in de stijl en motivering van zijn uitspraken<sup>29</sup>.

13. Een aspect van die traditionele anonimiteit is de afwezigheid van de "*dissenting opinion*" in ons recht, ja zelfs een verplichting tot behoud van het "geheim van de deliberatie". Het vertrouwen in het gerecht wordt daardoor m.i. echter in het geheel niet gediend. De afwezigheid van *dissenting opinions* moet illusies ophouden waarin niemand meer gelooft, zoals "de illusie dat rechtspraak evidentie is"<sup>30</sup>. Het ophouden van illusies waarin niemand meer gelooft, is evenwel kontra-productief en een van de grootste oorzaken van wantrouwen in diegenen die die illusies ophouden.

<sup>27</sup> "Plichten en rechten van de leden van de rechterlijke macht", *R. W.* 1988-89, 169 v.

<sup>28</sup> "Hoe openbaar is de dienst? Over imitatie en creatie", in *Vrederechter, openbare dienst. Essay over de rechter*, die Keure 1989, 53 v.

<sup>29</sup> Zie voor een beschrijving van dit zeer persoonlijk karakter van Engelse uitspraken b.v. H. KÖTZ, *Der Stil höchstgerichtlicher Urteile*, preadvies Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking.

<sup>30</sup> Advokaat-generaal J. LEIJTEN, *Ars aequi*, 1990, 217.

De openbaring van *dissenting opinions* daarentegen zou het vonnis aan waarheidsgehalte laten winnen<sup>31</sup>. Het dwingt de rechter tot een zorgvuldiger afweging van de echt ernstige argumenten, d.i. diegene waaraan een kollega een ander gewicht zou kunnen toekennen. De publikatie van *dissenting opinions* heeft het vertrouwen in de rechtspraak van het EHRM te Straatsburg nooit geschokt, maar in tegendeel duidelijk versterkt. En zoals gezegd is de erbieid voor de rechter nergens zo groot als in Engeland, waar deze zeer uitdrukkelijk zijn persoonlijkheid laat spreken in zijn uitspraken, en elke rechter afzonderlijk aan het woord komt in de uitspraak.

Het vertrouwen in het gerecht kan maar hersteld worden door aan te tonen dat wij goede rechters hebben, en meer bepaald door dit voor elk van hen individueel aan te tonen. Wie deze proef niet kan doorstaan, verdient het niet rechter te zijn.

14. Misschien moeten we zelfs nog een stap verder gaan. Anders dan in de arbitrage, kunnen partijen bij beroep op de overheidsrechter hun rechter niet of nauwelijks kiezen noch veranderen. Zijn arts, zijn advocaat, enz. kan De burger kan daarentegen wel zijn arts, advocaat, architect e.d. kiezen en zijn keuze zo hij wil ook wijzigen. Bij overeenstemming van partijen kan hetzelfde geschieden met een arbiter. Waarom blijft deze mogelijkheid voorbehouden aan wie een arbitrage kan betalen ? Over een overplanting van het arbitragemodel naar de overheidsrechter zou ernstig moeten worden nagedacht. Moet men de institutionele aanwijzing van de individuele rechter niet beperken tot a) die gevallen waarin partijen het niet eens kunnen worden over de persoon die hun zaak moet behandelen, en b) die gevallen waarin een kollege rechtspreekt, en de door partijen aangeduide leden ervan het niet eens worden over de voorzitter ?

#### E. DISKRETIEPLICHT VAN RECHTER EN ADVOKAAT

#### ORZAAK 9 - OMVANG VAN DE DISKRETIEPLICHT VAN MAGISTRATEN EN ADVOKATEN

15. Een volgend aspect betreft de verplichting van de rechter om buiten de rechtszaal over de behandelde zaken te zwijgen. De omvang daarvan is m.i. voor discussie vatbaar. Prokureur-generaal Krings<sup>32</sup> grondde deze zwijgplicht namelijk op het feit dat de rechter de noodzakelijk vertrouweling is van de partijen, vertrouwling in de zin van een persoon aan wie men vertrouwelijke dingen toevertrouwt en noodzakelijk precies omdat men zijn rechter niet kiest. Op deze grond zou de rechter zich moeten onthouden van alle commentaar op zaken die hij behandelt of behandeld heeft. Voor zover het hier gaat om een diskretieplicht die vergelijkbaar is met het beroepsgeheim van advocaten, is dit natuurlijk juist. De rechter mag vanzelfsprekend in de openbaarheid geen bijkomende toelichting geven over de hem toevertrouwde feiten, die niet reeds in zijn vonnis zou zijn besloten.

Doch geldt hetzelfde noodzakelijk ook voor de rechtsgronden van zijn beslissing ? Mag hij die niet in voor de buitenwereld begrijpelijker bewoordingen uiteenzetten ? Is een verbod van de rechter om

<sup>31</sup> Zo R. SOETAERT, "Waarheid in het gewijsde", *Recht in beweging* II, (881) 897-898.

<sup>32</sup> R. W., 1988-89, p. 170-171, nr. 5.

het jargon dat hij vaak noodzakelijkerwijze in zijn uitspraak gebruikt nader uit te leggen, niet eerder van aard het vertrouwen in het gerecht te verzwakken ?

En geldt dit niet nog des te meer voor een eventueel verbod om zich uit te spreken over de werking van het gerecht en daarop kritiek te hebben ? Wellicht kan ter vergelijking gewezen worden op de ontwikkeling die zich heeft voorgedaan inzake de gelijkaardige zwijgplicht van ambtenaren, zeker nu de traditionele verplichting tot terughoudendheid van de rechter onder meer met een verwijzing naar de verplichtingen van ambtenaren wordt gemotiveerd<sup>33</sup>. Bij de uitvoerende macht is de laatste jaren - grotendeels terecht - een sterke evolutie merkbaar in de richting van openbaarheid van bestuur en daarmee gepaard spreekrecht van ambtenaren w.b. mistoestanden binnen de openbare dienst. Deze evolutie werd ook grondwettelijk bekrachtigd. Het gaat daarbij m.i. niet enkel om een gewijzigde etiek. Veeleer is de kompleksiteit van onze hedendaagse maatschappij en van haar machtsstructuren dusdanig dat het juiste evenwicht heden niet meer op dezelfde wijze kan worden bereikt als vroeger. Voor de democratie en het vertrouwen in de openbare dienst is het ten gevolge daarvan op dit ogenblik belangrijker ambtenaren, en zo ook magistraten, spreekrecht te geven over mistoestanden, dan in naam van het vertrouwen in de instelling alles toe te dekken, wat op termijn het vertrouwen nog veel meer ondermijnt.

Natuurlijk mag men daarbij niet blind zijn voor de selektiviteit en onkunde van de media, en de vervorming waarvan het gevaar in de geschreven pers nog groter is dan bij de audiovisuele media. Maar die éézijdigheid wordt niet bestreden door de andere zijde van de medaille niet te laten zien of de andere klok niet te laten horen.

16. Ook de omvang van de vrijheid van meningsuiting van de advocaat met betrekking tot het gerecht verdient een nader onderzoek. Ook hier dient men natuurlijk te onderscheiden tussen commentaar op een zaak die behandeld wordt of is, en commentaar op de werking van het gerecht als instelling.

De regels in verband met contacten met de media door advocaten zijn in recente jaren duidelijk versoepeld. Gezien de openbaarheid van de rechtspraak is er ook geen reden waarom de advocaat niet in een ander openbaarheid zou mogen uiteenzetten wat hij in de gerechtszaal uiteen mag zetten, tenzij dan in zoverre verklaringen tegenover de media de publieke opinie op een dergelijke manier zouden beïnvloeden dat de zaak *sub judice* door de rechter niet meer op een normale wijze kan worden beoordeeld. *Mutatis mutandis* kan men hierbij verwijzen naar het Straatsburgse arrest in de zaak *Sunday Times*.

Wat betreft kritiek op de werking van het gerecht, is het eveneens een illusie te denken dat het verzwijgen daarvan door de advocatuur het vertrouwen in dat gerecht zou verstevigen. Er is op dat gebied overigens gelukkig wel wat veranderd sinds de mercuriale van Dumon van 1974 waarbij ongeveer iedereen die iets over het recht of gerecht durfde te zeggen pedant, onbevoegd, lichtvaardig of kwaadwillig werd genoemd en elke kritische stem als "misleiding" werd aangeklaagd ...

---

<sup>33</sup> O.m. door KRINGS, R. W. 1988-89, 176.

Van belang is natuurlijk wel dat de kritiek terzake blijft en niet disproportioneel is, m.a.w. dat men het "*Sachlichkeitsgebot*" eerbiedigt. Ter illustratie misschien volgende *casus*, waarover het Duitse *Bundesverfassungsgericht* uitspraak deed<sup>34</sup>. Een advocaat had aan de korpsoverste een pakje druivensuiker gestuurd met het verzoek dit "*dem vollkommen überlasteten Kollegen beim Amtsgericht S. zur physischen Stärkung zu überreichen und diese Maßnahme durch einige die physische Stärkung bewirkende Worte zu flankieren*". De advocaat werd gestraft wegens belediging, niet zozeer omwille van deze daad, maar omdat hij dit in de pers liet uitlekken.

Onaanvaardbaar is het m.i. dat een magistraat - die zich dus deontologisch niet mag verdedigen - omwille van een uitspraak persoonlijk wordt aangevallen in een juridisch tijdschrift op anonieme wijze, zoals onlangs nog gebeurde in het *Journal des Tribunaux* tegen de Vrederechter van Sint-Gillis (in een volgend nummer heeft de redactie geantwoord dat een anoniem artikel betekent dat het door de voltallige redactie wordt onderschreven - waarvan akte; de tekst van de bekritizeerde beslissing werd verder slechts gepubliceerd nadat lezers hun beklag hadden gedaan bij de redactie), een zaak die aantoonde hoe erg de farizeïsche weldenkendheid van de "*political correctness*" onze zeden reeds heeft aangetast<sup>35</sup>.

#### F. WAARHEIDSP LICHT VAN DE ADVOKAAT IN BURGERLIJKE ZAKEN

##### ORZAAK 10 - GEBREKKIGE WAARHEIDSVINDING EN TE ZWAKKE WAARHEIDSP LICHT

17. Weinige zaken ondermijnen het vertrouwen in het gerecht meer dan advocaten die door te liegen of de waarheid te verbergen een proces winnen. De deontologie van de advocaat op het gebied van de waarheidsplicht is bijzonder dubbelzinnig, wat het vertrouwen in het gerecht zeker niet ten goede komt. Onder meer deze dubbelzinnigheid heeft het Kongres van de Nationale orde van 18 maart 1994 onder de titel "etiek en verdediging" tot "een maat voor niets" (*sic* de Standaard) gemaakt<sup>36</sup>.

Nu is er natuurlijk sprake van een dilemma voor de advocaat tussen enerzijds een waarheidsplicht en anderzijds zijn taak de belangen van de cliënt te verdedigen. Het dilemma werd terecht scherp gesteld door stafhouder Stevens :

"mag een advocaat de zaak nemen en een onderhoudsgeld vragen voor een vrouw die heeft toegegeven onofficiële inkomsten te hebben, en mag hij deze in de procedure verzwijgen of zelfs ontkennen ?

Mag hij ontkennen dat een man in een dergelijke zaak de gemeenschappelijke onofficiële gelden heeft verborgen, hoewel hij dat heeft toegegeven op kantoor ? (...)

<sup>34</sup> BVerfG 15-3-1989, NJW 3148 = *AnwBl* 339.

<sup>35</sup> Voor een repliek op deze laaghartige aanval, zie ook G. SZABO, "De verkiezingen in Sint-Gillis", in *Het Poelaertplein*, Vlaams Pleitgenootschap Brussel 1994 nr. 2.

<sup>36</sup> De hoofdreden waarom het Kongres een maat voor niets is geweest is dat de Nationale Orde daarin niet heeft aangestuurd op een open debat, maar in tegendeel heeft geprobeerd de rangen te sluiten tegenover de pers.

Rest dan enkel voor de advocaat zich in een moreel bewonderenswaardig maar wat steriel gebaar terug te trekken uit de procedure. In sommige zaken zal dat zonder twijfel de beste oplossing zijn; in sommige zou het eerder vaandelvlucht betekenen.

Wat indien in ons voorbeeld ook de andere zijde onofficiële inkomsten heeft, indien de waarheidsliefde voor de advocaat enkel voor gevolg zou hebben dat de bewijslast wordt omgekeerd (afgezien van de plicht tot beroepsgeheim) ?

Dan zou het proces steeds gewonnen worden door de partij die het minst de waarheidsliefde betracht<sup>37</sup>.

Zijn oplossing, het dan maar overlaten aan het geweten van de advocaat, overtuigt mij echter geenszins. Daarmee blijft de advocaat de zogezegde grijsaard tussen de benen van Isolde<sup>38</sup>. De balie moet m.i. de waarheidsplicht vooropstellen en werk maken van een hervorming van die regels en procedures die vandaag nog maken dat het eventuele gebrek aan waarheidsliefde van de tegenpartij niet wordt gesanktionerd, opdat de advocaat omzeggens niet meer voor dergelijk dilemma zou komen te staan.

18. Een streng de hand houden aan de onsplitsbaarheid van de bekentenis is m.i. daartoe noodzakelijk : deze regel bevordert een waarheidsgetrouwe stellingname.

19. Doch veel meer is nodig. Meer bepaald moeten de mogelijkheden versterkt worden om de tegenpartij - zonodig in persoon - te dwingen de waarheid te spreken.

Teveel regels in ons recht strekken er echter toe de waarheid juist niet aan het licht te laten komen. Teveel in ons bewijsrecht strekt ertoe, naar het woord van P. FORIERS, "*à privilégier la régularité par rapport à la réalité*"<sup>39</sup>. Het komt er niet op aan of feiten juist zijn, maar of zij in het proces regelmatig "geproduceerd" worden. Ik heb enkele van deze regels uitvoeriger bekritiseerd in mijn openingsrede voor het Vlaams Pleitgenootschap in 1991<sup>40</sup>.

Een van grootste belemmeringen voor de waarheidsvinding in het proces hebben te maken met een sterk overdreven bescherming van de zogezegde *privacy* en een disproportionele sanktie voor onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen, nl. het weren uit de debatten.

Zo b.v. werd nog op 18 april 1985<sup>41</sup> door het Hof van cassatie een voorziening verworpen tegen een arrest waarbij levensverzekeraar *la Cité* veroordeeld werd tot uitkering aan de erfgenamen van de verzekeringnemer, dit ondanks het feit dat de eisers eerder uitdrukkelijk hadden erkend dat de

<sup>37</sup> J. STEVENS, "Aanvaarden of weigeren van een zaak op ethische gronden, aanwenden van eerlijke middelen, plicht de waarheid te spreken (in burgerlijke zaken)", Kongres Nationale Orde Kortrijk 18 maart 1994.

<sup>38</sup> Het beeld komt van P. VASSART, "Les jambes d'Iseult ou le paradoxe de l'avocat", *Mélanges offerts à Raymond Vanderelst*, Nemesis Brussel 1986, II, p. 835.

<sup>39</sup> In *La preuve en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique (red. Ch. Perelman et P. Foriers), Bruylant Brussel 1981. Vgl. ook A. GARAPON, *L'âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, p. 167.

<sup>40</sup> "De toekomst van het burgerlijk proces : het proces van de feiten ?", Openingsrede 101e plechtige openingszitting van het Vlaams Pleitgenootschap te Brussel, 8 november 1991, *R. W.*, 1991-92, 1441.

<sup>41</sup> Kass. 18 april 1985, *J.T.*, 421, besproken door P. VASSART, "Les jambes d'Iseult ou le paradoxe de l'avocat", *Mélanges offerts à Raymond Vanderelst*, II, p. (835) 841.

gezondheidstoestand van de verzekeringnemer niet met de door hem ondertekende verklaring overeenstemde, en in hun tegenverweer de schuld voor het bedrog op de makelaar schoven. De verzekeraar werd dus veroordeeld en wel omdat die erkenning slechts zou gedaan zijn in antwoord op de mededeling van een getuigschrift over de toenmalige gezondheidstoestand van de verzekeringnemer bekomen een arts, en dus doordat deze zijn beroepsgeheim geschonden had.

Ik ga natuurlijk niet betwisten dat de schending van het beroepsgeheim dient te worden gesanktionneerd, deontologisch en op grond van aansprakelijkheidsregels. Maar wie moet worden gesanktionneerd? Kan dit nog betekenen dat een onschuldige derde, die bedrogen is geworden door een partij wiens geneesheer zijn boekje te buiten is gegaan, daarvoor moet worden gestraft? Of moet uit dit voorbeeld nogmaals blijken dat het in het proces helemaal niet om de waarheid gaat, zelfs niet in een geval waar het materieelrechtelijk precies om verzwijging of bedrog handelde, maar veel meer om het verplichten van partijen om de gestelde machten in de maatschappij te eerbiedigen?

Onrechtmatig verkregen bewijs moet desgevallend gestraft worden door een gepaste aanspraak op schadevergoeding tegen de dader van de onrechtmatige daad, doch dit dient los te staan van de bewijswaarde.

Wellicht moet ter compensatie de vertrouwelijkheid van deze bewijsmiddelen t.a.v. het publiek - maar dus niet t.a.v. de rechter - versterkt worden - zoals overigens reeds het geval is in de arbitrale procedure. Omgekeerd zou men de deuren moeten kunnen sluiten als partijen dat willen. Dit voordeel van de vertrouwelijkheid, eigen aan de arbitrage, dient voor alle rechtzoekenden en niet enkel voor de gegoedsten beschikbaar te zijn<sup>42</sup>.

20. Opvallend is verder ook de hekel van juristen voor die bewijsmiddelen die juist het meest "feitelijk" zijn en het minst de vervorming door onze handen hebben ondergaan: de "reproductieve documenten"<sup>43</sup>, zoals foto's, geluids- en videobanden, maar ook wetenschappelijke bewijsmiddelen als bloedproeven en genetische vingerafdrukken.

Vooraf bij de eerste categorie bestaat het schandaal er blijkbaar in dat zij de profane werkelijkheid zomaar onmiddellijk in het sakrale van het proces binnenbrengen en zo de sakraliteit van ons recht profaneren<sup>44</sup>. Het opvallende bij de waardering van reproductieve documenten is namelijk dat de betwistingen daaromtrent zelden betrekking hebben op de realiteit van de gereproduceerde feiten, op de intrinsieke waarde van de reproductie (b.v. op de datum van de opname, op mogelijke trukage), maar des te meer op de zogezegde wettelijkheid van de opname zelf, d.i. op extrinsieke kenmerken<sup>45</sup>. We bekritiseren het gebruik van dergelijke documenten meer bepaald wanneer de

---

<sup>42</sup> G. ROMMEL, in *Vrederechter, openbare dienst. Essay over de rechter*, p. 64

<sup>43</sup> Begrip gebruikt door G.A. MICHELI & M. TARUFFO, "L'administration de la preuve en droit judiciaire", Algemeen Rapport voor het Wereldkongres voor procesrecht, Gent 1979, in *Towards a justice with a human face*, p. (105) 113.

<sup>44</sup> Is niet elke rechtsplaats immers "een gewijde plaats, die uit de gewone wereld is uitgesneden, afgebakend" (J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Tjeenk Willink Haarlem 1938, p. 112) ?

<sup>45</sup> De terminologie komt van J. SIMONS, "Photographie, cinéma et télévision: l'avenir de la preuve par l'image", *J.T.*, 1988, 613 v.

opname niet tegensprekelijk is gebeurd of zonder medeweten van de betrokkenen, en dit veelal zonder de realiteit van de gereproduceerde gebeurtenissen ernstig te betwisten. Met andere woorden, wij proberen de toelaatbaarheid van dergelijke bewijsmiddelen te beperken tot die gevallen waarin het zeker is dat ze niet meer de werkelijkheid zelf weergeven, maar enkel nog de werkelijkheid zoals partijen overeenkomen ze te willen zien of zoals zij door de rechter verplicht worden die te zien. Nog anders gezegd : ons recht heeft een voorkeur voor bewijsmiddelen opgemaakt *in tempore suspecto* boven bewijsmiddelen opgemaakt *in tempore non suspecto*.

Bij nader toezien bestaat die weerstand niet enkel tegen reproductieve documenten, maar tegen alle bewijsmiddelen die niet door de persoon tegen wie ze ingeroepen werden uitdrukkelijk tot bewijs werden bestemd. De weerstand betreft dus onder meer geschriften die geen akten zijn omdat ze niet zijn opgemaakt in een vorm waaruit blijkt dat ze tot bewijs strekken, zoals b.v. brieven.

21. Belemmeringen voor de waarheidsvinding zijn ook te vinden in het imago dat de advocatuur zichzelf wil geven. Volgens dat imago oefent de advocaat zijn beroep in beginsel uit op zijn kantoor - d.i. op papier -, en begeeft hij zich niet naar een plaats waar de feiten hem zouden kunnen overrompelen. Het is in beginsel de cliënt, en niet de advocaat, die het dossier met de bewijsstukken dient samen te stellen<sup>46</sup>. Met een detectieve mag hij zich slechts node inlaten<sup>47</sup>. Aan de advocaat wordt de raad gegeven zoveel mogelijk afstand te behouden tegenover zijn cliënt en zich zo ver mogelijk te houden van het onderzoek naar de levensfeiten. Zich daarmee inlaten is beneden zijn waardigheid. Het wordt beschouwd als een vorm van ongezonde nieuwsgierigheid, van *voyeurisme*. Het zou bovendien fataal kunnen zijn voor zijn gemoedsrust. Speciaal aan de jonge advocaten, aan de stagiairs wordt zulks op het hart gedrukt.

22. Het moet duidelijk zijn dat een dergelijke ingesteldheid, die de door juristen geproduceerde "waarheid" verkiest boven de buitengerechtigde waarheid, niet van aard is het vertrouwen in het gerecht te verstevigen.

Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat het geding in staat zou zijn een "absolute" waarheid te produceren. Het is ook de taak van de advocaat de cliënt te leren leven met de "relativiteit" van de juridische waarheid. Ook dit heeft te maken met de erkenning van het "fatum" in het menselijk leven. Is dit overigens niet ook de grondslag van de parlementaire democratie : dat de waarheid (van de wetgeving) relatief is, het gevolg van een redelijk debat, waarbij in de loop der jaren nu eens de ene, dan weer de andere strekking gelijk krijgt ?<sup>48</sup>

Deze relative waarheid moet echter nog steeds van die aard zijn dat ze aan de cliënt kan worden uitgelegd als een relatieve waarheid, en niet noodzakelijk wordt begrepen als een absolute onwaarheid. Zoals hoger gezegd wordt het gerecht door de burger reeds beschouwd als een onteigening van iets waarmee hij persoonlijk erg is verbonden, namelijk zijn conflicten, zijn geschillen, doordat hij ze niet zelf mag behandelen maar aan gespecialiseerde personen moet

<sup>46</sup> BRAUN & MOREAU, *La profession d'avocat*, nr. 583.

<sup>47</sup> Art. 186 Beroepscode van de Nederlandse Orde van advocaten te Brussel (aanbeveling van de Orde van Brussel van 17 maart 1981).

<sup>48</sup> Vgl. H. DE DIJN, *Overleven we de vrijheid*, Pelckmans Kapellen 1993, 82 v.

toevertrouwen; het mag dus zeker niet zo ver gaan dat dan ook nog de herinnering aan de feiten wordt onteigend.

Wij juristen echter redeneren te vaak zoals een kommentator van een arrest van de Hoge Raad het zei :

"ook al weten wij, althans kunnen wij weten, dat de feiten niet kloppen, dan nog oordelen wij. Dat de beslissing dan betrekking heeft op een imaginaire *casus* mag de pret niet drukken"<sup>49</sup>.

## OORZAAK 11 - GEBRUIK VAN HET BEROEPSGEHEIM TEGEN DE KLIËNT

23. Het ergst voor het vertrouwen in de balie - en dus ook in het gerecht - wordt het m.i. wanneer aan de advocaat het recht wordt gegeven om zich op het beroepsgeheim, dat ten gunste van cliënten is ingesteld, te beroepen tegen zijn cliënt, b.v. om te weigeren de briefwisseling met de cliënt te overleggen in een aansprakelijkheidsproces. Het moet duidelijk zijn dat het beroepsgeheim niet mag worden ingeroepen tegen de cliënt<sup>50</sup> en deze niet kan beletten de briefwisseling met zijn advocaat tegen deze te gebruiken<sup>51</sup> en zelfs overlegging te vorderen van de brieven die in het bezit zijn van die advocaat<sup>52</sup>. Voor adviezen wordt dit algemeen aanvaard<sup>53</sup>; voor briefwisseling worden nog te vaak allerlei onwettige belemmeringen opgeworpen, zoals b.v. een voorleggen aan de Raad van de Orde<sup>54</sup> - alsof een niet-advocaat daartoe zou kunnen worden verplicht.

## G. PROCESVERTRAGING EN DEONTOLOGIE - VERPLICHTING TOT ARBITRAGE

### OORZAAK 12 - (ONVOLDOENDE) SANKTIONERING VAN PROCESVERTRAGING

24. Een soortgelijk dilemma als dat van de waarheidsplicht vinden we bij de moedwillige procesvertraging (inklusief gebruik van rechtsmiddelen om te vertragen). De advocaat die hieraan niet meewerkt zou nl. de belangen van zijn cliënt slecht verdedigen.

Ook hier moet duidelijk als deontologische regel worden vooropgesteld dat het verboden is het proces moedwillig te vertragen, b.v. om de verjaring te bereiken (in strafzaken). Maar de advocaat

<sup>49</sup> Van MOURIK, *WPNR* 5712 (over HR 16 maart 1984); zie ook P. FORIERS, "Introduction au droit de la preuve", in *La preuve en droit, Travaux du Centre national des recherches de logique*, Bruylant Brussel 1981, p. 12.

<sup>50</sup> F. van NESTE, "Kan het beroepsgeheim absoluut genoemd worden", *R.W.* 1977-78, (1281) 1294 en 1300-1301; J. STEVENS, *Regels en gebruiken*, p. 434 nr. 836; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 66, en *J.L.M.B.* , 1991, 778. Vgl. inzake medisch beroepsgeheim Hof Brussel 16-12-1956, *J.T.*, 1958, 90 (voorziening verworpen door Kass. 23-6-1959, *Pas.* 1958, I, 1180) en Kass. 9-2-1988, *Pas.* 1988, I, 346; R.O. DALCQ, "Réflexions sur le secret professionnel", *R.G.A.R.*) 1986, nr. 11056 p. 2, en in *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, p. 495 v.; Ph. COLLE, "Zelfmoord, medisch beroepsgeheim en levensverzekering", *T. Verz.*, 1990, p. (231) 237.

<sup>51</sup> H.J.E.G. 18-5-1982, AMS c. Commissie, overweging 28, *Eur LR* , 1575 = *J.T.*, 1983, 41 noot P. LAMBERT = *Cah. dr. eur.*, 381 noot L. GOFFIN = *Common Market Law Review* , 1982, 264 v.

<sup>52</sup> B. Arbrb. Verviers 21-5-1973, *Talmas t. ONE Pas.*, III, 70 (verplichting arts het door patiënt opgevraagde medisch dossier mee te delen).

<sup>53</sup> Art. 298 Beroepscode Nederlandse Orde, aanbeveling uit december 1984

<sup>54</sup> Hof Luik 7-1-1991, *JLMB* 1991, 772, *JT* 1991, 681 kritische noot P. LAMBERT.

moet dan wel uit zijn dilemma bevrijd worden door de regels dusdanig te wijzigen dat een procesvertraging voor zijn cliënt geen voordeel meer kan opleveren.

Zo b.v. is het dringend tijd te bepalen dat de verjaring in strafzaken geschorst wordt tijdens de gehele procedure, zodanig dat verdragingsmaneuvers op dit punt niets meer opleveren (bij de bedoeling van de redelijke termijn van het EVRM wordt immers wel degelijk rekening gehouden met de gedraging van de partij).

Ook hier heeft de balie er alle belang bij haar blazoen op te poetsen door een dergelijke hervorming te vragen in plaats van tegen te houden op grond van een verkeerd begrip van de rechten van de verdediging, dat in feite vooral eigenbelang betreft ("wil je straffeloos blijven door de verjaring te bekomen : een goede raad, neem een advocaat"). Zelfs in strafzaken moet het noodzakelijk evenwicht, of liever "wapengelijkheid" tussen verdediging en openbaar ministerie op een andere manier worden gezocht dan door de advocaat toe te staan misbruik te maken van procesrecht. De verloren eer van de balie wordt in ieder geval niet gered door een betoog dat de wet nu eenmaal zo is en de balie dus geen blaam treft, zoals de deken nochtans hield op het laatste Kongres van de Nationale Orde<sup>55</sup>. Vergeten we ook niet het redelijk grote aantal advocaten in het Parlement ...

In burgerlijke zaken dient de Prozeßverschleppung door verweerders van geldschulden of schadevergoeding te worden bestreden door de gerechtelijke rente te berekenen aan de rentevoet die door commerciële banken wordt aangerekend voor lening op korte termijn aan eerste klasse ontleners (behalve natuurlijk voor die periodes van vertraging waarvoor de eiser verantwoordelijk is, tijdens dewelke de rente omgekeerd kan worden beperkt tot die van de Deposito- en Konsignatiekas<sup>56</sup>). Ook dient de bestrijding van de frauduleuze insolventie veel strenger te worden aangepakt.

Verder zou er m.i. wél een deontologische verplichting kunnen worden opgelegd om binnen bepaalde termijnen te besluiten, minstens de overeengekomen of toegezegde termijnen effectief te eerbiedigen. Overeenkomsten tussen balie en rechtbank per arrondissement zijn niet alleenzalmakend, maar kunnen wel zeer nuttig zijn.

#### ORZAAK 13 - (GEEN) VERPLICHTING DE SNELSTE WEG TE KIEZEN.

25. Moet men evenwel advocaten ook niet positief verplichten om in te stemmen met de snellere weg ? Wanneer het gerecht manifest niet in staat blijkt om een geschil binnen een normale termijn te beslechten, en rechters weigeren om zaken te behandelen die in staat zijn (b.v. in korte debatten), moet er m.i. een deontologische verplichting worden opgelegd aan de advocaten om hun medewerking te verlenen aan een arbitrale oplossing. De balies zouden het initiatief moeten nemen om, in samenwerking met het *Cepina*, in elk arrondissement arbitrale kolleges op te richten die op elk

---

<sup>55</sup> J. VAN DEN HEUVEL, "Ethiek en verdediging", Kongres Nationale Orde 18 maart 1994. Ik citeer : "de vraag stellen of dit alles" (bedoeld is het formalisme, beroep op verjaring e.d.) "ethisch verantwoord is heeft geen praktisch nut. Het is zo omdat de wet het zegt".

<sup>56</sup> Zie in verband hiermee mijn noot "Tegenstrijdige arresten m.b.t. de rente verschuldigd bij verzuim van de schuldeiser van een geldschuld ? Verregaande gevolgen van het laten aanslepen van een geding !", *Recente cassatie* 1994, 282-284.

ogenblik bij machte zijn om een zaak die in staat van behandelen is te behandelen en binnen een termijn van één à drie maanden uitspraak te doen. De kostprijs hiervan zal naar alle waarschijnlijkheid ruim gekompenseerd worden door de de uitsparing van nutteloze kosten en de tijdwinst die hierdoor zou ontstaan.

Essentieel is daarbij dat deze arbitrale kolleges georganiseerd worden op horizontale basis, en niet op grond van het hiërarchische principe dat ons gerecht op dit ogenblik verstikt en daardoor één van de grote oorzaken is van het wantrouwen in het gerecht<sup>57</sup>. Het is immers niet toevallig dat de rechtsmacht die *qua* termijnen over het algemeen het behoorlijkst werkt het Vredegerecht is.

## H. JURIDISCHE SPITSTECHNOLOGIE

### OOZAAK 14 - ASOCIAAL KARAKTER VAN KOMPLEKSE WETGEVING

26. Dit brengt mij bij een volgend probleem, waarvan de oplossing door een gelijkaardige uitweg uit het dilemma moet worden gezocht : het probleem van de juridische spitstechnologie en de onmiskenbare klassejustitie die daaruit voortvloeit.

Ook hier kan men de advocaat echter niet verwijten dat hij de voor zijn cliënt gunstigste konstruktie opzet op burgerlijk, sociaal, vennootschapsrechtelijk, mededingingsrechtelijk, fiscaal e.d. gebied. Heilloos vind ik het gehuil over "misbruik" van fiskale wetgeving door spitstechnologische juristen in die gevallen waarin er geen onwettigheid wordt begaan. Het is m.i. wezenlijk voor een democratische rechtsstaat i.t.t. een totalitaire staat dat de burgers hun eigen doeleinden nastreven, mits zij daarbij de algemeen geldende regels respekteren, en niet gebonden zijn aan de doeleinden van de wetgever, maar slechts aan zijn regels. Het is een totalitaire gedachte dat belastingen geheven worden op een "economische werkelijkheid" die los zou staan van die belastingen zelf en de juridische begrippen waarmee zij bepaald worden, alsof belastingen geen economische kost zouden vormen. Indien een bepaalde aktiviteit juridisch op verschillende wijzen vorm kan worden gegeven, en de ene vorm daarbij fiscaal voordeliger is dan de andere, dan ligt de fout niet bij de burger die de minst belaste weg kiest, maar bij de wetgever die twee situaties die zij publiekelijk als economisch gelijk beschouwt, verschillend belast. De principes veranderen zou evenwel teveel gevestigde belangen raken : dus mogen de principes niet gewijzigd worden, maar moet enkel belet worden dat anderen, die geen deel uitmaken van de *lobby* ten gunste waarvan de regel zo werd opgesteld, daarvan zouden genieten. Het schandaligste voorbeeld is overigens de spitstechnologie die de regering zelf gebruikt in haar begrotingen, b.v. om zo de "Maastrichtnorm" te ontduiken. Maar als de burger lakunes in de fiskale wetgeving gebruikt, dan mankeert er natuurlijk niets aan de wetgeving, maar wordt zij "misbruikt" door advocaten of burgers die hem voor een ander doel aanwenden dan waarvoor hij gemaakt is.

Wat men aan de advocaat e.d. op dit vlak kan verwijten is dan ook niet dat hij lakunes opspoort in de geldende wetgeving, maar dat hij meewerkt aan het opstellen van dergelijke waarlijk asociale wetgeving.

---

<sup>57</sup> Zie in verband hiermee het artikel van F. de MOOR in *Knack* 6-12-1994.

## I. NIETIGHEDEN

### OORZAAK 15 - HOE GERAAK IK AAN DE GROND<sup>58</sup> - *IRRECEVABILITIS*

27. Zoals ik eerder zei, wordt wat de magistratuur aangaat, het vertrouwen in het gerecht niet op de eerste plaats (zij het natuurlijk wel mede) bepaald door het privéleven van de rechter, maar door de wijze waarop de rechters, of liever - gezien de nog steeds volgehouden anonimiteit - de magistratuur, d.i. de rechtbanken en hoven, hun ambt uitoefenen, meer bepaald op welke wijze zij recht spreken of weigeren recht te spreken.

Een van de belangrijkste oorzaken van de ondermijning van het vertrouwen in het gerecht zijn de spitsvondigheden van de rechters om zich over bepaalde zaken niet te moeten uitspreken (of om zich over zo weinig mogelijk zaken te moeten uitspreken). Er is een duidelijke neiging om de bescherming van het eigen comfort de voorrang te geven boven die van de rechtzoekende.

28. Aangezien de hoogste gerechten het goede voorbeeld zouden moeten geven, wil ik mijn aandacht voornamelijk richten op het beleid van het Hof van cassatie dienaangaande. Dit beleid kan moeilijk anders dan afstotend worden genoemd.

Waar de taak van het Hof erin bestaat het recht uit te leggen en daarmee de rechtseenheid te bewaren, kunnen we alleen maar vaststellen dat het Hof veelal niets anders doet dan proberen zo weinig mogelijk recht uit te leggen. Daartoe worden allerlei zinloze barrières uitgevonden.

Een van de schoolvoorbeelden van juristerij is de absurd doorgedreven onontvankelijkverklaring van middelen waarin de wetsbepaling niet wordt vermeld die de bepalingen, waarvan de schending wordt ingeroepen, op het geval toepasselijk maken. Zo b.v. wordt een middel dat een bepaling van het gerechtelijk wetboek over de rechtspleging aanvoert tegen een beslissing in hoger beroep steevast onontvankelijk verklaard indien art. 1042 Ger.W., dat zegt dat de regels van het geding ook in hoger beroep gelden, niet mee wordt aangevoerd<sup>59</sup>. Nochtans heeft de rechter in al die gevallen natuurlijk art. 1042 niet geschonden, aangezien hij nooit heeft beweerd dat dit niet zo is. Nog absurder wordt het in de arresten waarin het Hof van cassatie voor de ontvankelijkheid van een middel gegrond op een bepaling van de Algemene Aannemingsvoorwaarden van de Staat vereiste dat ook de wetsbepaling wordt aangegeven op grond waarvan het besluit toepasselijk is op de verhouding tussen partijen (nl. het KB overheidsopdrachten)<sup>60</sup>, nu de desbetreffende wetgeving precies zegt dat de AAV toepasselijk zijn indien partijen er in hun overeenkomst naar verwijzen, maar het Hof van cassatie in eerdere rechtspraak had gesteld dat het middel gegrond op art. 1134 B.W. onontvankelijk zou zijn omdat de AAV een wetsbepaling was ! Misschien kan men in de toekomst elk middel onontvankelijk verklaren dat niet de bepaling uit de grondwet aanvoert op grond waarvan kan worden beoordeeld of de wetgever die deze bepaling uitvaardigde wel binnen

---

<sup>58</sup> Titel van de bijdrage van A. van GELDER in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, Vlaams Pleitgenootschap 1984.

<sup>59</sup> B.v. Kass. 2-5-1991, *Arr.* 889.

<sup>60</sup> B.v. Kass. 31-1-1992.

zijn bevoegdheid is gebleven ? De *regressio in infinitum* is een interessante theologische theorie, maar of ze in kassatievoorzieningen op haar plaats is durf ik wel te betwijfelen.

Deze *irrecevabilitis* werd recent nog op een geheel ongeloofwaardige wijze verdedigd door R. Bützler en M. Châtel<sup>61</sup>. Het Hof zou namelijk aan dergelijk overdreven formalisme "moeten" doen omdat de wet zulks vereist en omdat het erover moet waken dat zijn beslissingen binnen een redelijke termijn worden genomen. Verder zou het Hof liever een interessant juridisch probleem behandelen dan middelen op een of andere grond van formele aard te moeten verwerpen. Dat laatste is er dan wel niet aan te merken. En indien men het aantal voorzieningen wil beperken, dan bestaat daarvoor in de huidige wetgeving maar één aanvaardbaar en noodzakelijk middel, namelijk duidelijkheid verschaffen over de rechtsuitleg.

Men kan moeilijk verwachten dat het vertrouwen in het gerecht groot is wanneer de hoogste rechter een dergelijke mentaliteit heeft en zijn Eerste Voorzitter tesamen met een kassatie-advokaat die dan nog op dergelijke wijze rechtvaardigen.

Hoeveel terecht is dan niet de stelling van prokureur-generaal KRINGS dat "de gerechtelijke procedure nooit een valstrik mag zijn"<sup>62</sup>.

Dat het ook anders kan, bewijst niet alleen de stijl van de hoogste gerechten in andere landen waar deze zich ook alleen over het recht uitspreken, en zelfs die van ons eigen Arbitragehof en onze eigen Raad van State, en vooral ook de stijl van het HJEG, dat zich eveneens alleen over het recht uitsprekt, maar toch enige moeite doet om meer te zeggen dan een in giftige walmen gehuld orakelen.

Zo b.v. wordt een onduidelijk geformuleerde prejudiciële vraag door het HJEG niet onontvankelijk verklaard, maar geherformuleerd in een zinvolle vraagstelling, zodat het HJEG zich inderdaad met een interessant juridisch probleem kan bezighouden.

29. Bovendien miskent het Hof van kassatie stelselmatig dat de vormvereisten voor de kassatiemiddelen op straffe van nietigheid (niet : onontvankelijkheid) zijn voorgeschreven (art. 1080 Ger.W.) en dat deze nietigheid niet hoort bij de nietigheden die ambtshalve kunnen worden opgeworpen krachtens art. 862 (krachtens art. 1042 toepasselijk in kassatie), slechts kan worden uitgesproken indien het aangeklaagde verzuim of de aangeklaagde onregelmatigheid de belangen schaadt van de partij die de exceptie opwerpt (art. 860, krachtens art. 1042 toepasselijk in kassatie), om van art. 867 Ger.W. nog niet eens te spreken. Dat het Hof van kassatie aan overdreven formalisme zou "moeten" doen omdat de wet zulks vereist is dus wel een van de slechtste uitvluchten die men kan bedenken.

---

<sup>61</sup> R. BUTZLER & M. CHATEL, Woord vooraf bij B. MAES, *Cassatiemiddelen naar belgisch recht*, Mys & Breesch 1993.

<sup>62</sup> "De rechterlijke macht en de faillissementsprocedure", *R. W.* 1986-87, 353.

30. Het gegeven voorbeeld is overigens slechts een symptoom van een ruimer probleem dat mede het wantrouwen in het gerecht veroorzaakt : het overdreven formalisme van de rechtspraak en, daarmee samengaand, de sabotage van alle wetgevende tussenkomsten die dat formalisme proberen terug te dringen, meer bepaald van art. 861 (zoals ingevoerd in 1967) en 867 (zoals ingevoerd in 1992) Ger.W.

Deze sabotage gebeurt voornamelijk op twee wijzen, ten eerste door een minimalistische interpretatie van art. 861 en vooral 867, en ten tweede door allerlei nietigheden onder een andere naam te kwalificeren om ze aan die wettelijke regels te onttrekken.

Zo worden tegen de tekst van de wet en de uitdrukkelijk bedoeling van de wetgever in regelmatig "substantiële nietigheden" in het procesrecht uitgevonden door te stellen dat het om "substantiële vormen vereist voor de ontvankelijkheid" gaat.

Art. 861 Ger.W. werd b.v. ten onrechte terzijde geschoven in het eerste *Lloyd's* arrest van het Hof van kassatie<sup>63</sup>, waar de betwisting ontstond door het niet vermelden van de identiteit van alle leden van *Lloyd's* in de kassatievoorziening. Meer bepaald in de konkluzie van Advokaat-generaal Velu worden de zaken verward waar hij schrijft dat het *in casu* enerzijds ging om een procesrechtelijke vraag (en geen vraag van bekwaamheid of hoedanigheid, die dan immers niet door de Belgische wet zou zijn geregeld, maar door de Engelse) maar art. 861 Ger.W. toch niet van toepassing was omdat "*il ne s'agit pas d'une simple omission ou d'une simple irrégularité de nature à entraîner la nullité d'un acte de procédure, mais de l'omission de formes substantielles relatives à la recevabilité du pourvoi*" die de eiseres moest inacht nemen om haar bekaamheid te bewijzen ! - waarmee de door art. 860 Ger.W. formeel verworpen theorie van de substantiële nietigheden terug wordt binnengehaald (in een tweede *Lloyd's* arrest<sup>64</sup> daarentegen werd art. 861 Ger.W. impliciet wél toegepast, vermits het middel van ontoelaatbaarheid verworpen werd met de overweging dat eiser niet aangeeft welke elementen ontbreken en in hoeverre de vermelde gegevens niet voldoende zijn om de bedoelde verweerders te identificeren).

Vragen kan men ook stellen bij een ander achterpoortje dat het Hof van Kassatie heeft geopend voor de schepping van niet door de wetgever bepaalde nietigheden door te stellen dat de regels van art. 860 en 861 Ger.W. niet van toepassing zijn op de miskenning van regels die onder de gerechtelijke organisatie vallen (meer bepaald het kassatie-arrest van 27 mei 1994 iz. Van Dyck<sup>65</sup>, betreffende de regel van art. 700 Ger.W. krachtens dewelke hoofdvorderingen bij dagvaarding voor de rechter worden gebracht). Zeggen dat de oproeping bij dagvaarding in plaats van verzoekschrift een miskenning is van een totaal andere aard dan een vormverzuim of een onregelmatig verrichte vorm is in ieder geval niet van aard om bij de burger het vertrouwen in het gerecht te vergroten.

---

<sup>63</sup> Kass. 11-1-1979, Marine Insurance Company Ltd., *Lloyd's of London*, c.s. t. Sabena en Air Zaïre, *Pas.*, I, 521, *R.H.A.*, 1979-80, 224, konkl. van a.-g. Velu gesiteerd uit *Pas.*, I, 529.

<sup>64</sup> Kass. 18-2-1985, Sabbadini t. nv Unireas-Hayen, 20 verschillende *Lloyd's and London Underwriters*, *Arr.*, nr. 364, *R.W.*, 1985-86, 948 (*Lloyd's II*).

<sup>65</sup> Zie de kritische annotatie van SEYEN & DE CORTE, "Terug naar af. Substantiële nietigheden in het gerechtelijk privaatrecht" in *Recente cassatie*, december 1994.

## OORZAAK 16 - DE *FAVOR INVALIDITATIS*

31. Des te erger wordt het nog voor het vertrouwen in het gerecht wanneer het uitvinden van een nietigheid een "*revirement de jurisprudence*" inhoudt, terwijl vormvereisten, zeker wanneer er geen belangenschade wordt aangetoond, geen rechtvaardigheids- maar enkel een rechtszekerheidsgehalte hebben, en dus door de rechtspraak nooit mogen verstrengd worden zonder wettelijke tussenkomst.

De waarheid is dat veel van onze rechtskolleges de *favor invaliditatis* tot hun lijfspreuk hebben gemaakt.

Het beginsel van de daadwerkelijke rechtsbescherming, dat een grondbeginsel is van o.m. de Europese Kommunautaire rechtsorde en van de Europese Mensenrechtenkonventie, daarentegen eist de toepassing van de *favor validitatis*, en meer in het bijzonder een strenge toepassing van het vereiste van belangenschade bij het inroepen van vormgebreken. Het evenredigheidsbeginsel vereist bovendien dat sancties niet verder mogen reiken dan noodzakelijk om het wettelijk doel te bereiken. Dit betekent alleszins dat in omzeggens alle gevallen een regularisatie van een nietigheid moet worden aanvaard. Anders dan in de nederlandse rechtspraak is hiervan bij onze rechtskolleges echter bitter weinig te merken.

## J. REDENERING TEN GRONDE

### OORZAAK 17 - ABUSIEF BEROEP OP VORMVEREISTEN TOESTAAN

32. Ook bij de interpretatie van regels betreffende de grond van de zaak wordt onze rechtspraak geteisterd door formalisme. Het extreme formalisme, zoals we dit meer bepaald kennen in de rechtspraak over ontslag van werknemers, en over opzegging of aanvraag tot hernieuwing in handelshuur- en pachtzaken, heeft natuurlijk een groot voordeel : het verplicht de burger een beroep te doen op een advocaat en zodoende de balie interessant en - gezien de materiële en vooral emotionele belangen - goedbetaald werk te geven. Daartoe moet de sanctie natuurlijk drakonisch zijn en de kwade trouw belonen. En dat zien we dan ook in de rechtspraak : een arrest van het Arbeidshof had een ontslagvergoeding, die gevorderd was door een werknemster wiens hernieuwing van een overeenkomst voor bepaalde duur mondeling geschiedde en slechts enkele dagen later op papier was gezet (strijd met art. 9, 1 Arbeidsovereenkomstenwet), als in strijd met de goede trouw afgewezen omdat de hernieuwing op haar verzoek voor bepaalde duur geschiedde en wel via de telefoon omdat de werkgever in het buitenland was; het Hof van cassatie, in zijn arrest van verbreking, meent dat zelfs bij kwade trouw de rechter de overeenkomst niet mag herzien en die partij niet geheel vervallen mag verklaren van het recht dat zij uit de overeenkomst put<sup>66</sup>; dat kwade trouw hier wordt beloond, zoals bij de smeekbeden van Sinoon op het strand van Troje, daar ziet het Hof blijkbaar géén graten in.

---

<sup>66</sup> Kass. 7-2-1994, *J.T.T.*, 1994, 208.

## OORZAAK 18 - HET REPELSTEELTJE-SINDROOM OF DE 40 ROVERS VAN ALI BABA

33. Verwant met de favor invaliditatis en en al even grote oorzaak van wantrouwen tegenover het gerecht is het Repelsteeltje-syndroom. Wanneer een rechtskollege aan dit syndroom leidt, betekent dit dat alleen het uitspreken van het juiste woord het kind kan redden. Wordt een ander woord gebruikt, dat door het Hof van kassatie in de ban is gedaan, dan is de zaak onherroepelijk verloren. Tipisch voorbeeld van het Repelsteeltje-syndroom is de rechtspraak inzake rechtsverwerking en andere vormen van beperkende werking van de goede trouw<sup>67</sup>. De burger die de juiste formule van rechtsmisbruik niet kent blijft voor de gesloten deur van het gerecht staan zoals een Ali Baba die de geroofde schat niet terugkrijgt indien hij de toverformule "Sesam open U" niet kent.

Het Repelsteeltje-syndroom vinden we ook bij de eisen die aan het oordeel in feite worden gesteld. Oud Eerste Voorzitter van het Hof van Kassatie R. SOETAERT schreef hierover terecht het volgende : "Een algemene reden van onoprechtheid bij de rechter is hierin gelegen dat de wet, althans de wetsinterpretatie, hem verplicht zijn uitspraak uitdrukkelijk en uitsluitend te doen steunen op feiten die hij 'zeker', 'bewezen', 'vaststaande' moet noemen. Een feit dat alleen maar zeer waarschijnlijk is, kan een vonnis niet naar behoren gronden. Een rechter die te veel nuanceert, riskeert kassatie. Daaruit volgt een fundamentele onoprechtheid, die wel eens het kenmerk van het juridische denken wordt genoemd". Tot daar Eerste Voorzitter Soetaert<sup>68</sup>.

## OORZAAK 19 - SPOOKRIJDEN BELOOND

34. Verwant met het formalisme en de beloning van de kwade trouw is ook de kassatierechtspraak die de *Prozeßverschleppung* door de federale overheid in de periode kort voor de rechtsopvolging door de gewesten en gemeenschappen beloonde door schulden die nog niet door een in kracht van gewijsde gegane beslissing waren vastgesteld op de gewesten en gemeenschappen af te wentelen<sup>69</sup>. Het volstond dus voor de federale overheid om nog hoger beroep aan te tekenen om zijn verantwoordelijkheid af te wentelen op gemeenschap of gewest. Deze rechtspraak berust op een interpretatie *contra legem* van onder meer art. 57 § 5, lid 2<sup>70</sup> en art. 61, § 1, lid 6<sup>71</sup> van de Bijzondere financieringswet van 16-1-1989, maar *contra legem* interpreteren mag in de rechterlijke macht blijkbaar alleen ten gunste van de federale overheid en ten nadele van de burger of van de gewesten of gemeenschappen. Het vertrouwen in het gerecht kan moeilijk versterkt worden door

---

<sup>67</sup> Zie mijn "Repelsteeltje, de windmolen en de zwaanridder. Of : het Hof van kassatie en de rechtsverwerking", *Recente cassatie* 1992, nr. 21.

<sup>68</sup> R. SOETAERT, "Waarheid in het gewijsde", *Recht in beweging. Opstellen aangeboden aan prof. mr. ridder René Victor*, Kluwer, II, (881) 894.

<sup>69</sup> Kass. 24-9-1992, Arr. nr. 628.

<sup>70</sup> Dit artikel bepaalt immers dat de Staat de verantwoordelijkheid blijft dragen voor de verplichtingen (i.v.m. overgedragen goederen) waarvan de betaling kon worden geëist voor de eigendomsoverdracht van het betrokken goed. Het Hof van Kassatie oordeelt dat een betaling maar kan worden geëist wanneer een beslissing in kracht van gewijsde is gegaan. Deze interpretatie is een premie voor wanbetalers en *procéduriers*.

<sup>71</sup> Hierin wordt bepaald dat de federale overheid gebonden bleef door verplichtingen die op 31 december 1988 "vaststonden" (...). Volgens het Hof van kassatie staat een verplichting niet vast zolang men erin slaagt ze te betwisten, de procedure te rekken, en rechtsmiddelen aan te wenden ...

deze rechtspraak die alleen maar de indruk geeft dat bepaalde kringen in dit land de federalisering van het land nog steeds niet verteerd hebben en daarom de gewesten en gemeenschappen het leven zuur willen maken.

## ORZAAK 20 - LE MAUVAIS JOUEUR : HET POST-MARCKX EN POST-BORGERS-SINDROOM

35. Deze reaktionaire reflex, die zich uit in het niet kunnen verteren van ontwikkelingen in de (grond)wetgeving of bij hogere (europese) rechtspraak, vinden we ook na veroordelingen van België door het Hof te Straatsburg. Na het arrest-Marckx is België opnieuw veroordeeld, aangezien het Hof van cassatie eerst weigerde om aan het Marckx-arrest direkte werking toe te kennen, en vervolgens weigerde om de nieuwe wetgeving te laten terugwerken tot op de datum van het arrest-Marckx. Eerst na tussenkomst van het Arbitragehof is het Hof van cassatie op het laatste punt willens nillens bijgedraaid.

36. Ook na de veroordeling van België in de zaak Borgers<sup>72</sup>, omdat het vertrouwen in de onpartijdigheid van het Hof van cassatie geschonden wordt door de aanwezigheid van het cassatieparket bij de beraadslagingen, kon men blijkbaar niet tegen zijn verlies, gezien de minimalistische interpretatie die aan het arrest wordt gegeven (enkel in strafzaken), wat maakt dat er een nieuwe procedure tegen België aanhangig is te Straatsburg (in een burgerlijke zaak), en de blijvende aanvallen tegen het Straatsburgse arrest, zoals in de jongste mercuriale van het cassatieparket<sup>73</sup>.

De vraag luidt hierbij niet op de eerste plaats of de aan- of afwezigheid van het cassatieparket bij de beraadslaging de voorkeur verdient, maar wel of het, nu Straatsburg uitspraak hééft gedaan, voor het vertrouwen in het gerecht beter is deze uitspraak als een goed verliezer te volgen, dan wel te blijven bestrijden. De advocaat-generaal heeft daarbij het verschil tussen het cassatieparket en het parket bij andere hoven en rechtbanken duidelijk te maken. Wat daarbij echter vergeten wordt is dat de schijn van gelijkaardigheid voor de burger niet alleen berut op gelijkheid in naam ondanks ongelijkheid in functie, maar ook op gelijkheid qua personen. Wordt het cassatieparket niet uitsluitend gerekruteerd uit de andere parketten ? Eerst indien daar verandering in zou komen, door het cassatieparket uit rechters of advocaten te rekruteren, heeft men het recht het Straatsburgse arrest aan te vallen.

Merkwaardig is tenslotte dat de advocaat-generaal meent dat een gerecht zijn uitspraak moet kunnen wijzigen, doch wanneer die wijziging "evenwel dermate fundamenteel is dat het besluit van de rechters volledig haaks staat op hun vroegere beslissingen, dienen zij dat nieuwe standpunt uitvoerig en overtuigend te motiveren", waarna kritiek volgt op het EHRM dat dit niet zou gedaan hebben. Dit is een bijzonder lovenswaardige stelling. Voor het overtuigend karakter ervan zou het misschien goed zijn eens na te gaan of ons Hof van cassatie ommezwaaien in zijn rechtspraak "uitvoerig en overtuigend" motiveert en of het cassatieparket ooit een afkeurende mercuriale over heeft uitgesproken wanneer dat niet gebeurde, zoals b.v. kort voor de genoemde mercuriale nog in

---

<sup>72</sup> EHRM 30-10-1991, *Publ. reeks A* deel 214.

<sup>73</sup> Zie m.b. de openingsrede 1-1-1994 van advocaat-generaal PIRET, *R. W.*, 1994-95, 481 v.

het arrest Van Dyck van 27 mei 1994 (dat overigens - ere aan wie ere toekomt - op tegenstrijdige konkluzie van a.g. Dujardin werd geveld). Misschien stof voor een volgende merkuriële om het vertrouwen in het gerecht te herstellen ?

## FINALE

37. Ter finale overweging geef ik de woorden van de voormalige Amsterdamse Rechtbankpresident ASSCHER : "Rechters hebben altijd het laatste woord. Zij lopen het risico gelijk te hebben bij gebrek aan tegenspraak. De macht wordt een vanzelfsprekendheid, een beroepshouding, waarin de rechtzoekende als mens verloren gaat en tot zijn probleem wordt gereduceerd"<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> *Meesters der metamorfose*, p. 93.