

DE TOEKOMST VAN HET BURGERLIJK PROCES - HET PROCES VAN DE FEITEN ?

Openingsrede gehouden op de 101e plechtige openingszitting
van het Vlaams Pleitgenootschap bij de balie te Brussel
op vrijdag 8 november 1991(*)

(1.) In september 1978 werd de varkensstapel van varkensboer Bardoel gedecimeerd door varkenspest overgebracht door een zeug genaamd geel 113, die bij zijn buurman Swinkels ontsnapt was. In deze zaak velde de Hoge Raad der Nederlanden, het cassatiegerecht van Noordnederland, een arrest dat aldaar beschouwd wordt als een standaardarrest inzake de risico-aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door de daad van een dier. Boer Swinkels werd noch op basis van fout noch op basis van risico aansprakelijk gesteld. Twee feiten speelden uitdrukkelijk een rol bij de afwijzing van de foutloze aansprakelijkheid van Swinkels. Het eerste was dat het niet echt om een daad van een dier gaat bij het overbrengen van een besmettelijke ziekte. Het tweede was dat Bardoel de zeug buiten zijn wei zou gevonden hebben en, denkende dat het de zijne was, ze zelf zou hebben binnengelaten. Een derde feit speelde impliciet een rol bij de afwijzing van een op fout gebaseerde aansprakelijkheid van Swinkels, namelijk dat - zo zei de Hoge Raad - er in het geding van moest worden uitgegaan dat de boer het besmettingsgevaar niet kende noch behoorde te kennen. Een van de raadsheren die het arrest velde, benadrukte dit derde feit later, als regeringskommissaris voor het nieuw burgerlijk wetboek¹ :

"aan de eis dat de eigenaar wist of behoorde te weten dat de zeug met de betreffende ziekte besmet was en deze dus kon overbrengen was in dit geval niet voldaan. Was dat wel het geval geweest, dan was de afloop, naar het arrest impliceert, anders geweest".

Boer Swinkels werd jaren later geïnterviewd over deze zaak. Hij bevestigt dat hij natuurlijk wél wist dat zijn varkens een besmettelijke ziekte hadden. Hij had het overigens direkt gemeld bij het Centraal Diergeneeskundig Instituut. Daar kon men de oorzaak evenwel niet vinden.

Een vierde feit ten slotte dat ten processe vaststond, en meer bepaald door de advocaat-generaal in zijn conclusie werd vermeld, was dat beide partijen voor de schade verzekerd zouden zijn geweest. In werkelijkheid was boer Bardoel alleen verzekerd voor rechtsbijstand, niet voor de schade. En U weet allemaal dat hoewel het feitelijk verzekerd zijn van partijen geen rol zou mogen spelen voor de aansprakelijkheid, ook hier het bloed der veronderstelde billijkheid kruipt waar het niet gaan kan².

* De repliek van de stafhouder van de Nederlandse Orde van advocaten te Brussel werd gepubliceerd in *Berichtenblad Nederlandse Orde van advocaten bij de balie te Brussel*, 1991-92, nr. 1, p. 7-13.

¹ SNIJDERS, in *Handelingen Tweede Kamer 17541*, nr. 8, p. 57-58.

² Zie over deze problematiek naast de klassieke bijdragen van Albert A. EHRENZWEIG, "Assurance oblige - a comparative study", 15. *Law and contemporary problems* 1950, (445) 451 v.; H. DRION, *Verzekering en aansprakelijkheidsrecht*, rede Rotterdam 1955 (Nijhoff, 's Gravenhage 1955, ook in *Geschriften* (1982) 53 v.), 12 v.; W. van GERVEN, "De invloed van de verzekering op het verbintenissenrecht" *R.W.* 1962-63, (777) nr. 6, 15-16; A. TUNC, "Responsabilité civile et assurance", *Hulde René Dekkers*, (343) 351, en B.S. MARKESINIS, "La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance", *R.I.D.C.* 1983, 302 v.; ook D. SIMOENS, "De invloed van de verzekering op de aansprakelijkheid", noot onder Vred. Merksem, 9 apr 1981, *R.W.* 1981-82, 1282; mijn bijdrage "Aspects de la causalité en droit des obligations et des assurances", *T. Verz.* 1990, p. 444 v., M. FAURE & VAN DEN

Het verhaal, en meer bepaald het interview, wordt samengevat in het boek "De Hoge Raad van onderen"³, dat het zogenoemde konsumentenperspektief op het rechtspraakbedrijf wil beschrijven. Het is één van de meer flagrante, maar zeker nog niet het meest schokkende verhaal uit het boek. U zou het met plezier uitlezen, en U zal dan aan het einde met de auteurs tot het besluit komen dat "het voor het algemene vertrouwen in de rechtspraak maar goed is dat zo weinig mensen tot de Hoge Raad doorprocederen, waarmee niets gezegd is over de juridische kwaliteit van die rechtspraak".

Dames en Heren, ik heb dit verhaal als inleiding gekozen omdat het het hoofdthema van mijn verhaal illustreert, namelijk de rol van de feiten in het proces. Ik heb het ook gekozen omdat in het zopas aangehaalde besluit de dubbele betekenis van het burgerlijk proces besloten ligt. Vooraleer U te onderhouden over het proces van de feiten wil ik met U deze dubbele betekenis van het burgerlijk proces in het algemeen nagaan.

(2.) Dat "het voor het algemene vertrouwen in de rechtspraak maar goed is dat zo weinig mensen doorprocederen" drukt het konsumentenperspektief uit op het rechtsbedrijf. Het burgerlijk proces in twintigste eeuw is vanuit konsumentenperspektief naar het woord van sir Jack JACOB "a three-headed hydra : delay, costs and vexation"⁴. Vandaar dat het een belangrijke taak is voor ons allen om de mogelijkheden om het burgerlijk proces en de alternatieve vormen van geschillenbeslechting sneller, goedkoper en minder tergend te laten verlopen, om het proces voor de erbij betrokken konsument meer weldaad dan kwaad te laten zijn⁵, te onderzoeken en te verwerklijken. De ééntenwintigste eeuw zal ons enorme technische en menselijke mogelijkheden bieden om dit te doen⁶. Ik zal U misschien teleurstellen door U te zeggen daarover niet te zullen spreken en U zelf te laten oordelen welke richting wij daarmee uit moeten.

Nu is het proces maar het topje van de konfliktuele ijsberg⁷. Naast de genoemde mikrojuridische betekenis, namelijk de beslechting van het geschil tussen de erbij betrokken partijen, heeft het

BERGH en R.J. TJITTES & T. HARTLIEF, *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid*, Preadviezen voor de Vereniging voor burgerlijk recht, 1990; M.J. TREBILCOCK, "The role of insurance considerations in the choice of efficient civil liability rules", 4. *Journal of Law, Economics and Organization* 1988, 243 v.

³ F. BRUINSMA & R. WELBERGEN, *De Hoge Raad van onderen*, Tjeenk Willink Zwolle 1988, boekenreeks NJB nr. 12, m.b. p. 85 en 113

⁴ "Justice between man and man", in *Current legal problems*, 1985, (211) 226

⁵ Marcel L. STORME, *Het proces : weldaad of kwaad ?*, Mys & Breesch, Gent 1991.

⁶ Zie b.v. voor de mogelijkheden van de computer bij de organisatie en het beheer van de rechtsbedeling o.m. A.W. KOERS & W.D. PELGER, "Information technology and court administration", *Justice and Efficiency*, General Reports VIIIth World Congress on Procedural Law, Utrecht 1987, 407 v.; en voor de mogelijkheden bij het rechtspreken zelf H.J. van den HERIK, *Kunnen computers rechtspreken ?* inaugurale rede Leiden 1991.

⁷ E. DELANOEIJE, F. van LOON en Y. WOUTERS, "Reconstructie van de pyramide van conflictafhandeling in Vlaanderen", *R.W.* 1991-92, 144-149. Volgens een recent onderzoek naar de aanpak door de doorsneeburger van doorsnee-rechtsproblemen bereikt slechts ongeveer 10 % van de "grievens" de Rechtbank. Het gaat van 14 % in schadegevallen over 10 % in geval van konflikt met de overheid tot slechts 5 % in verbruikerszaken, die nochtans voor de doorsneeburger in aantal duidelijk het belangrijkste zijn - met als uitzondering enkele problemen die nauwelijks anders dan via de Rechtbank kunnen opgelost worden - zoals problemen na echtscheiding (37 %) -. Volgens dat onderzoek is het verder niet zozeer de drempel van de Rechtbank die hoog blijkt te zijn in verhouding tot de vorige stap, maar de drempel van inschakeling van een derde persoon, in het bijzonder die van een advocaat. Dit hoeft overigens geen reden leedvermaak te zijn voor de magistraten, want de ontevredenheid over de uitslag van een rechtsgeding loopt gemiddeld op tot 62 % (van de 10 % die bij de Rechtbank belandt).

burgerlijk proces ook een makrojuridische betekenis. Die bredere maatschappelijke betekenis wil ik samenvatten in twee punten.

1° Ten eerste is het burgerlijk proces in ons recht in feite één van de belangrijkste wijzen waarop rechtsregels gevormd worden. Hoe men verder ook moge denken over de verhouding tussen de door de rechter gevormde regels en de door andere maatschappelijke krachten, zoals de wetgever of de rechtspraak gevormde regels, het zou slechts van verblinding getuigen te ontkennen dát er door de rechter rechtsregels gevormd worden en dát de door rechters naar aanleiding van concrete geschillen verwoorde regels niet zomaar kunnen worden herleid tot iets wat voordien reeds bestond. Het duidelijkst is dit vanzelfsprekend het geval in die procedures waar over de zaak zelf géén beslissing wordt genomen, zoals in de cassatieprocedure en in de prejudiciële procedures voor het Arbitragehof of het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Ook algemene rechtsbeginselen, al komen zij niet uit de lucht gevallen, worden slechts *regel* door de verwoording ervan door de rechter.

2° Ten tweede is het burgerlijk proces in ons recht ook voor de daar niet rechtstreeks bij betrokken partijen stéeds opnieuw een illustratie op welke wijze in onze maatschappij aan feiten recht gedaan wordt. Het toont de burger hoe feiten in geval van geschil komen vast te staan, hoe zij gekwalificeerd worden, hoe zij gewaardeerd worden, kortom alles wat wij juristen zo graag feitelijke vragen noemen. Dit geschiedt weliswaar vooral in bodemprocedures, doch het geschiedt natuurlijk ook in cassatie-arresten, zelfs wanneer zij oordelen dat het antwoord op een bepaalde vraag tot de soevereine appreciatie van de bodemrechter behoort, gezien dit precies impliceert - althans behoort te impliceren - dat die dan verplicht is alle opgeworpen omstandigheden te waarderen en ze niet mag buiten beschouwing laten op de enkele grond dat zij nooit relevant zouden zijn. Zo wordt de rechter gecensureerd die op de betwisting omtrent het bestaan van een wilsverklaring niet in feite oordeelt, maar wel stelt dat een wilsverklaring nooit stilzwijgend kan zijn.

Erkennen we deze dubbele betekenis van het proces voor de maatschappij *at large*, dan moeten we ook onderzoeken hoe we ervoor kunnen zorgen dat ons burgerlijk proces ook déze dubbele taak in de toekomst nog beter kan vervullen. Ook hiervoor wil ik niet pretenderen U pasklare oplossingen aan te reiken. Ik zal U enkel het heden dusdanig schetsen dat U zelf de besluiten zal willen trekken ...

(3. Maatstaven voor een goede rechtsbedeling) Ik wil daarbij eerst nog eens benadrukken waar het niet om gaat. Het gaat er namelijk niet om hoeveel geschillen in absolute cijfers bij de advocatuur of bij de Rechtbanken belanden, en de vrees waarmee sommigen desbetreffend de toekomst tegemoet zien wordt door empirische studies overigens eerder ongegrond bevonden⁸. 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*⁹ :

"indien ik op een dag alle rechtzalen 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".

Het proces vervult dan ook zijn maatschappelijke rol wanneer het, eenvoudig uitgedrukt, voor de betrokken partijen *vrede* brengt en voor de maatschappij *at large* *zekerheid*.

⁸ Zie b.v. GALANTER, "The Day after the Litigation Explosion", 46. *Maryland Law Review* 1986, 3 v.; B.S. MARKESINIS, "Litigation mania in England, West Germany and the USA : are we so different ?", Atkin lecture Reform Club London 1989, *Cambridge LJ* , 1990.

⁹ *Lof der rechters*, p. 83.

Het allereerste vereiste voor een goede rechtsbedeling is daarbij de toegankelijkheid van het proces. Zekerheid omtrent de regel, ja zelfs zekerheid omtrent de zogenaamd feitelijke vragen brengt nog geen vrede wanneer processen zo duur, lang of stresserend zijn dat velen, ja de meesten, geen verweer hebben tegen willekeur of machtsmisbruik.

Daarnaast omvat het begrip zekerheid meerdere aspecten. Het bekendste aspect is de zekerheid omtrent de rechtsregels, die meestal onder rechtszekerheid wordt begrepen.

Even belangrijk is evenwel zekerheid omtrent de wijze waarop de feiten in een proces zullen vastgesteld en gewaardeerd worden, de zekerheid omtrent de soevereine appreciaties van de rechter.

Voor de burger zijn deze twee aspecten van zekerheid evenwel nog bijlange niet voldoende. Aan de zekerheid omtrent de regel heeft de burger enkel dan iets wanneer die zekere regel ook kenbaar is, wanneer die regel aansluit bij wat in de betrokken kringen leeft. Hij heeft er niets aan indien het alleen maar de zekerheid is van de hooggeschoolde jurist, de zekerheid van de juridische spitstechnologie. Moeten we niet met zijn allen erkennen dat, zoals de Vrederechter van Sint-Gillis onlangs oordeelde "zoals nog geïllustreerd door de in het dagdagelijkse leven van allen ingrijpende en als door allen leesbaar bedoelde huurwet van 20 februari 1991, het recht en de rechtstaal enkel voor ingewijden toegankelijk zijn en dat de nostalgie door anderen begrepen te worden door haar recurrentie niet ophoudt te behoren tot de droomwereld van gefrustreerde jursiten en vervreemde rechtzoekenden"¹⁰.

Zelfs die regelzekerheid is niet voldoende wanneer het gelden van de regel niet kan voorspeld worden omdat de rechtsfeiten waaraan die regel vastknoopt rechtsfeiten zijn waarvan de aanwezigheid of afwezigheid in het verkeer niet eenvoudig met zekerheid zijn vast te stellen (b.v. bij een keuze voor de zogenaamde wilsleer in plaats van de vertrouwensleer) of omdat de feitelijke appreciatie gebeurt op een wijze die de feiten voor de burger niet herkenbaar of hun vaststelling niet redelijkerwijze aanvaardbaar maakt (b.v. omdat hij de in de regel aangegeven feiten niet kan of mag bewijzen).

Verder kan zelfs dergelijke zekerheid niet voldoende indien zij geen vrede kan brengen omdat op grond van een te absolute verwoording van de regel geweigerd wordt rekening te houden met feitelijke omstandigheden die voor de burger wél relevant zijn of geworden zijn en de uitspraak om die reden niet aanvaardbaar is. Dit is b.v. het geval met regels van kontraktenrecht die het onmogelijk zouden maken rekening te houden met de machtspositie van de onderscheiden partijen, met de vraag of niet één partij te zwak is om de nadelen van de regel af te kopen, af te wentelen, weg te bedingen of te ontduiken.

Ten slotte zijn zelfs al deze zekerheden en het bevredigend karakter van de uitspraak nog niet voldoende indien de uitspraak niet ook werkelijk kan worden waargemaakt.

Kortom, de zekerheid die de burger aanbelangt is de zekerheid dat er recht gesproken wordt, en dat is veel meer dan enkel de zekerheid omtrent de regel. Zelfs indien de zekerheid omtrent de regel alléén het aantal processen zou verminderen, of een bepaald soort procedures, zoals b.v. cassatieprocedures, zou verminderen, mogen wij ons daar niet op blindstaren. Want, naar het woord van Lord DEVLIN¹¹ :

"Where injustice is to be found is not so much in the cases that come to Court, but in those that are never brought there. The main field of injustice is not litigation, but non-litigation".

Dit alles is ook de taak van de rechtsbedeling, de taak van ons allen hier aanwezig. De verantwoordelijkheid hiervoor enkel naar de wetgever afschuiven zou vlucht misdrijf zijn.

(4.) Dames en Heren, ik heb beloofd U iets te zeggen over de betekenis van feiten in het proces. Ik heb ook beloofd dat ik U zélf zal laten oordelen of deze betekenis beantwoordt aan de criteria die ik U zopas voor een behoorlijke rechtsbedeling heb gegeven.

Welnu, wanneer wij juristen, minstens in het raam van een proces, doch veelal ook daarbuiten, het over feiten hebben, dan hebben we het namelijk volstrekt niet over een buitenjuridische, "levensfeite-

¹⁰ Vred. Sint-Gillis-Brussel 5 juni 1991, *R.W.*, 1991-92, 306.

¹¹ Lord DEVLIN, "Who is at fault when injustice occurs", *What's wrong with the law* (red. M. Zander), BBC 1970, p. 72.

lijke" werkelijkheid. Die werkelijkheid is voor ons chaotisch, onverteerbaar en gevaarlijk. In zijn brute vorm moeten we die dan ook zo veel mogelijk buiten houden. Dat het recht in het geval zou kunnen besloten liggen, dat de rechter de beslissing zou nemen door de waardering van het geval in zijn geheel, naar de stelling van Paul SCHOLTEN in zijn onovertroffen Algemeen Deel, *Ius in causa positum*¹², dat is voor elk rechtgeaard, democratisch jurist toch een schandaal¹³. En als in een bepaald proces ooit "de feiten voor zichzelf spreken", dan moeten wij de vraag stellen wat wij eerst allemaal met die feiten gedaan hebben opdat ze zo zouden kunnen spreken. Vooraleer de levensfeiten op de tafel van het gerecht mogen "verschijnen", vooraleer zij "gerecht" mogen worden, moeten zij verteerbaar gemaakt worden, moeten zij op een dubbele manier "klaargemaakt" worden. Vooraleer de feiten in onze wereld van het proces mogen verschijnen, moeten zij voldoen aan twee vereisten : enerzijds het bewijs, anderzijds de relevantie voor een rechtsregel. Over deze beide bewerkingen wil ik het met U hebben. De eerste betreft het zogenaamde oordeel in feite, de tweede het zotenoemen oordeel naar recht.

(5.) Het is een gemeenplaats te zeggen dat de feiten in het proces maar ter sprake kunnen komen indien ze bewezen zijn¹⁴. GERBRANDY zei het mooier : "de dagvaarding schept een rechtelijk luchtledig"¹⁵.

We vergeten er evenwel soms ook de keerzijde aan toe te voegen : wat uit de bewijsmiddelen blijkt, geldt evenzeer als feiten, zelfs al hebben ze zich niet voorgedaan. Of, 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"¹⁶.

De schijn heeft hoe dan ook haar voorlopige rechten. De rechter is immers bevoegd om voortgaande op de schijn alle maatregelen te bevelen, ook zonder dat zij spoedeisend zijn, in België enkel wanneer het bodemgeschil voor hem

¹² ASSER-SCHOLTEN, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Algemeen deel*, Tjeenk Willink Zwolle 1954, p. 11. De stelling vinden we ook terug bij oud-Eerste Voorzitters van de (noordnederlandse) Hoge Raad, zoals o.m. DUBBINK en WIARDA. Vgl. ook nog raadsheer em. A. MEEUS, "L'art de juger", in *Mélanges offerts à Robert Legros*, U.L.Bruxelles, p. (437) 438.

¹³ Zie b.v. F. DUMON, "De opdracht van de hoven en rechtbanken. Enkele overwegingen", *R.W.* 1975-76, 265 v.; -, "Billijkheid en recht - enkele overwegingen", 42. *Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België*, 1980, nr. 5.

¹⁴ Men kan dit zelfs stellen indien feiten ten processe komen vast te staan enkel omdat zij niet betwist zijn. Weliswaar geldt het niet betwisten niet als bekentenis (Cass. 18 september 1964, Guédin-Dierckx t. Charon, verbreking, *Pas.*, I, 61, *J.T.* 1965, 120), zodat een latere betwisting in beginsel nog mogelijk blijft, maar zolang die niet plaatsvindt geldt het feit in een dispositief proces (een door het beschikkingsbeginsel beheerst proces) als vaststaand. Meer nog, feiten kunnen zelfs vaststaan zolang ze niet voldoende en gemotiveerd betwist worden. Zie daarvoor mijn "De goede trouw in het geding ? De invloed van de goede trouw in het privaat proces- en bewijsrecht", *TPR* 1990, nr. 107-108 en 117-118; Hof Brussel 2 november 1989, nv Cockerill-Sambre t. Louterman e.a., *J.L.M.B.* 1989, 1475, *Journal des Procès*, nr. 161, 30 noot B. JADOT en F. OST (Mellery-arrest).

¹⁵ S. GERBRANDY, "Het waarheidsprobleem in het burgerlijk procesrecht", 45. *Handelingen van de Vereniging voor de wijsbegeerte des rechts* 1961, p. (3) 12-13.

¹⁶ Van MOURIK, *WPNR* 5712 (over HR 16 maart 1984); vgl. 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.

aanhangig is (art. 19, 2 Ger.W.)¹⁷, in Frankrijk zelfs gewoon in kort geding (art. 809 NCPC)¹⁸, met als enige begrenzing dat zijn beschikking geen gezag van gewijsde heeft. Dit belet niet dat de kracht van het rechterlijk bevel vaak groter is dan de kracht van zijn gewijsde¹⁹. Bovendien is het kort geding bij uitstek de rechtsgang van de sociaal en economisch zwakke²⁰. Wanneer wij een dusdanig gewicht geven aan het eerste gezicht - prima facie - de eerste geur - *fumus boni iuris* -, is dit dan niet "transformer la justice en théâtre d'apparences"²¹ ?

Doch keren we terug naar het gewone geding en de behandeling van de feiten in zaken waarin wel recht gesproken wordt, althans waarin dat de bedoeling is.

Vandaar mijn vraag : aan wélke feiten wordt in een bodemprocedure recht gedaan ?

De essentie van ons bewijsrecht werd zeer scherp gesteld door prof. Paul FORIERS : ze bestaat erin "à privilégier la régularité par rapport à la réalité". Het komt er niet op aan of feiten juist zijn, maar of zij in het proces regelmatig "geproduceerd" worden, dit is volgens de regels, en dit wil hoofdzakelijk zeggen volgens de procedures bepaald door het Gerechtelijk Wetboek. Laat mij daartoe met U een aantal technieken van ons bewijsrecht nader bekijken. Ik zou U willen vragen bij die analyse te willen letten op twee meer algemene aspecten.

Het eerste aspect is de functie van rituele reiniging : het feitenmateriaal moet zoveel mogelijk geneutraliseerd worden, dit is ontdaan worden van al wat subversief of schandalig zou kunnen zijn, van al wat de maatschappelijke rust zou kunnen storen. Dit aspect vinden we duidelijk in het adagium *Nemo auditur turpitudinem suam allegans* : met vuile zaakjes wil de rechter niets te maken hebben. We vinden het in allerlei wettelijke vermoedens en bewijsbeperkingen, waarvan het bekendste voorbeeld tot voor enige jaren te vinden was in de beperking van het onderzoek naar het vaderschap²². Wat de maatschappelijke rust betreft kan ik ook het gezag van gewijsde vermelden²³.

¹⁷ Marcel STORME & P. TAELEMAN, "Het kort geding : ontwikkelingen en perspectieven", in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, red. Marcel Storme en A. Beirlaen, Kluwer Antwerpen 1991, p. (1) 27-28 nr. 22.

¹⁸ "Le Président peut toujours prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent (...) pour faire cesser un trouble manifestement illicite". Zie R. MARTIN, "Le référé, théâtre d'apparence", *Dalloz* 1979, 158 C. nr. 26.

¹⁹ Over de "definitivering" van het kort geding, zie behalve R. MARTIN, a.w., ook M. STORME & P. TAELEMAN, in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, p. (1) 71 nr. 67.

²⁰ B. ASSCHER, *Meesters der metamorfose*, p. 47.

²¹ R. MARTIN, a.w.

²² Zie de bespreking door P. FORIERS, "Considérations sur la preuve judiciaire", *La preuve en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique (red. Ch. Perelman et P. Foriers), Bruylant Brussel 1981, p. (315) 319

²³ De rol van het gezag van gewijsde zal in de éérentwintigste eeuw waarschijnlijk nog toenemen. Meer bepaald in Noord-Amerika ontwikkelt de leer zich in de richting van een "non-mutual issue estoppel", d.i. een éézijdige gezag van gewijsde waardoor een partij die in een proces tegen één persoon aansprakelijk werd bevonden, deze niet meer kan betwisten in latere procedures door andere personen op grond van dezelfde feiten, veelal massale schadegevallen. Zie over deze problematiek in het bijzonder G. WATSON, "Duplicative litigation : Issue estoppel, abuse of process and the death of mutuality", 69. *Canadian Bar review* 1990, 623 en "Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality", in *International Perspectives on Civil Justice*, red. I. SCOTT, Sweet & Maxwell, London 1990, 179. De vraag rijst daarbij of men dan ook niet de andere schadelijders zou moeten verplichten zich bij een eerdere procedure aan te sluiten (op een wijze die dicht bij onze burgerlijke partijstelling komt), om "wait and see plaintiffs" te vermijden. De eerste vraag is helemaal niet in strijd met de nieuwe leer betreffende het *juris tantum* karakter van het gezag van gewijsde in strafzaken tegenover derden die geen partij waren bij het strafproces (Cass.

Het tweede aspekt hangt samen met de legitimerende rol van het proces²⁴ : het feitenmateriaal wordt door de partijen geproduceerd in woord en wederwoord, in onderlinge tegenspraak, en wordt maar tot het proces toegelaten in zoverre het geverbaliseerd is, in woorden is omgezet.

De regels en gebruiken omtrent de bewijsvoering hebben dan ook de bedoeling de feiten zo weinig als maar mogelijk is in hun onmiddellijkheid in het proces binnen te laten. Ik heb het daarbij niet alleen over de regels zoals ze in het Gerechtelijk Wetboek staan. Ik heb het vooral over de regels die in onze dagdagelijkse rechtspleging gelden en die daarvan wel eens flink durven afwijken. Zij hebben de neiging uit te gaan van de boutade van Georges BRAQUE dat "Les preuves fatiguent la vérité".

Ik kan U hiervan vanzelfsprekend geen volledig bewijs leveren, maar toch een aantal aanwijzingen. Het zijn er een zestal.

(6. bewijsmiddelen is een zaak van de partij) Een eerste aanwijzing vinden we reeds in de klassieke handboeken over het beroep van advocaat. De advocaat oefent zijn beroep in beginsel uit op zijn kantoor, en begeeft 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 stellen²⁵. Met een detective mag hij zich slechts node inlaten²⁶. 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. Hoor ik hier niet de grijsaard uit het gedicht van Hendrik MARSMAN ? Wanneer de jongeling uitroept :

"Groots en meeslepend wil ik leven !
"hoort, ge dat, vader, moeder, wereld, knekelhuis

dan antwoordt hij :

"(...) laat alles wat tot u komt
onder grote en oorlogszuchtige namen
buiten uw raam in den regen staan :
het is slecht te vertrouwen en niets gedaan."

Nu kan U opmerken dat precies om de waarheid beter in het proces te laten komen, de advocaat de nodige afstand moet bewaren, en zo b.v. geen enkel contact mag hebben met getuigen die in het geding kunnen worden opgeroepen²⁷, althans niet in binnenlandse procedures²⁸. Sta mij toe hier-

15 februari 1991, *J.L.M.B.*, 1159, noten F. PIEDBŒUF en G. SCHAMPS), de tweede vraag heeft daarmee wel raakpunten.

²⁴ Zie N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand Darmstadt 1975, 55 v., m.b. 82 v. Zie ook W. HENCKEL, *Prozeßrecht und materielles Recht*, Schwartz Göttingen 1970, 93 v.

²⁵ BRAUN & MOREAU, *La profession d'avocat*, Brussel 1985, nr. 583.

²⁶ Art. 186 Codex deontologie van de Nederlandse Orde van advocaten te Brussel (aanbeveling van de Orde van Brussel van 17 maart 1981).

²⁷ MAHIEU & BAUDREZ, *De belgische advocatuur*, Leieland Kuurne 1980, nr. 2707-2719; BRAUN & MOREAU, *La profession d'avocat*, nr. 596; art. 165 Codex deontologie van de Nederlandse Orde van advocaten te Brussel. Zie ook art. 937, 3° ger.W.; Cass., 21 december 1967, *Pas.*, 1968, I, 553.

aan te twijfelen. Het is niet zo gewaagd om voor onze toekomst te voorspellen wat in Amerika heden is : de overtuiging dat de waarheid aan het licht zal komen door de konfrontatie van subjectief onderzoek door partijen met tegengestelde belangen, gepaard met de verplichting om *alle* bewijsmateriaal aan de wederpartij mee te delen, een verplichting die ook een middel is om minnelijke schikkingen te bevorderen.

Wel is het volkomen juist, zoals Eerste Voorzitter Soetaert schreef, dat hoe meer tussenpersonen tussen de partij en de rechter worden opgesteld, des te talrijker de kansen worden dat de waarheid wordt vervormd²⁹. Maar in ons positief bewijsrecht gaat het er blijkbaar niet om een direct contact tussen de rechter en de werkelijkheid, namelijk de partij, de getuige, de plaats, in te stellen, zoals uit de rest van mijn verhaal moge blijken. De reden daarvoor is m.i. onder meer dat wij gewoon een hekel hebben aan alles wat geen papierwerk is, dat wij de feiten eigenlijk oervervelend vinden. Wij zouden liefst hebben dat alle feiten reeds van voren af aan in onze modellenverzameling passen. De feiten zijn evenwel weerbarstig, ze verstellen³⁰ zich voortdurend. Indien we de feiten recht zouden willen doen, zou het geen kwaad kunnen mochten wij advocaten zelf aktiever op zoek gaan naar bewijsmiddelen, zodat we misschien minder vaak dingen zouden schrijven die tegenover de werkelijkheid staan als de ondertiteling : "ceci n'est pas une pipe"³¹.

(7.) Ook een direct contact tussen de rechter en de levensfeiten moet vermeden worden, en dat is mijn tweede aanwijzing. De rechter mag zijn persoonlijke kennis van omstandigheden van de zaak niet gebruiken. Een rechter te Gent mocht dit ondervinden : toen hij verklaarde uit de door hem persoonlijk ter plaatse gedane vaststellingen te hebben afgeleid dat de Koersenstraat niet verder loopt dan zijn aansluiting met de Maaltebruggestraat, werd hij gecensureerd door het Hof van Cassatie omdat hij buiten het weten der partijen tot een plaatsbezoek zou zijn overgegaan³².

Nu zal U waarschijnlijk opmerken dat het Gerechtelijk Wetboek het rechtstreeks contact tussen de rechter en de feiten precies wil bevorderen, b.v. door hem toe te staan ambtshalve een plaatsbezoek, een getuigenverhoor of een persoonlijke verschijning van partijen te organiseren, mits dit alles maar tegensprekelijk geschiedt, met eerbiediging van de rechten van verdediging. U weet wat dit in de praktijk betekent. Deze "kontakten" worden gedelegeerd, en bovendien meestal uitgevoerd door een rechter die nadien geen zitting neemt bij de beraadslaging. Dienen zij in een ander rechtsgebied te worden georganiseerd, dan moet dit via een ambtelijke opdracht aan een andere Rechtbank geschieden³³. Ligt de toekomst hier niet in een terugkeer naar de idee der reizende rechters³⁴, die in de arbitrage reeds dagelijkse werkelijkheid is ?

²⁸ Art. 168-1 Codex deontologie van de Nederlandse Orde van advocaten te Brussel.

²⁹ R. SOETAERT, "Waarheid in het gewijsde", *Recht in beweging. Opstellen aangeboden aan prof. mr. ridder René Victor*, Kluwer Antwerpen 1973, II, p. (881) 884.

³⁰ In het Duits heeft "verstellen" naast verplaatsen ook nog de betekenis van veinzelen, verbergen, zich onttrekken, ongeveer zoals het Franse *se dérober*.

³¹ Zie de kommentaar op dit schilderij van Magritte door M. FOUCAULT, onder dezelfde titel, *Fata Morgana* 1986. Voor voorbeelden van wat ik bedoel, zie nogmaals R. SOETAERT, "Waarheid in het gewijsde", in *Recht in beweging*, m.b. p. 885.

³² Cass. 29 november 1954, Cocquyt t. Daels, *Arr.* 201. Vgl. Cass 25 september 1959, MIVB t. Monseur en Transports Jean Bal, *Pas.* 123, verbreking; Cass 15 maart 1963, De Moerloose t. De Clercq, *Pas.* 775, verbreking; Cass. 24 september 1964, AG Leven-Ongevallen t. Jacques, *Pas.*, 78, verbreking.

³³ Zie de verbreking door Cass. 19 september 1974, Xhaflaire t. Liégeois, *Arr.* 84, van Rb. Aarlen 27 juni 1967 wegens plaatsopneming buiten het rechtsgebied.

³⁴ Voor de redenen van verzet daartegen kan men de vergelijking maken met het probleem van de reizende notaris - zie F. STEVENS, "La question du ressort notarial ou le spectre du notaire vagabond", in *Houd voet bij stuk, Xenia iuris historiae G.van Dievoet oblata*, K.U. Leuven 1990, 405 v.

(8. voorrang aan de schriftelijke verbalisatie) Er is evenwel nog een meer fundamentele belemmering, die ons héle bewijssysteem kenmerkt. Zij vormt mijn derde aanwijzing. Het is deze, dat zelfs in die gevallen waarin er een onmiddellijk contact is geweest tussen de rechter en de levensfeiten, dit contact géén rol mag spelen bij de motivering van het vonnis. In onze beste rechtsleer³⁵ is beschreven hoe elk bewijs in ons burgerlijk procesrecht schriftelijk is in die zin dat de bewijsvoering stéeds vermiddeld wordt door één of meerdere geschriften, en hoe al deze geschriften beheerst worden door dezelfde canon van de letterlijke uitleg, de uitleg volgens de gebruikelijke betekenis der woorden. Dat het hier gaat om "dingen die niet overgaan" blijkt al daaruit dat dit reeds een fundamenteel kenmerk was van de gemeenrechtelijke laatmiddeleeuwse procedure.

En inderdaad, ook al is de beschreven stelling m.i. te absoluut, omdat ze niet opgaat voor een aantal vermoedens, het getuigenverhoor, het verhoor van partijen en de plaatsopneming worden schriftelijk verslagen, evenals de gerechtelijke bekentenis en de eed, en de deskundige doet schriftelijk verslag van zijn onderzoek, en het is slechts in deze geschriften dat het bewijs mag worden gevonden, niet in de daarin verslagen feiten zelf. En wat zien we verder? De leer van de zogenaamde bewijskracht van akten verplicht ons om al deze teksten uit te leggen volgens de gebruikelijke betekenis van de woorden, tenzij in het geval waarin er elke bewijswaarde aan ontkend wordt³⁶. En behalve voor het deskundigenverslag gaat het om authentieke akten zodat dit laatste enkel kan geschieden door middel van een valsheidsprocedure. Dit geldt volgens de heersende leer niet enkel voor een materiële valsheid, maar ook voor een zogenaamde intellectuele valsheid, dit hoewel het toch voor iedereen

³⁵ E. CAUSIN, "La preuve et l'interprétation en droit privé", *La preuve en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique (réd. Ch. Perelman et P. Foriers), Bruylant Bruxelles 1981, p. (197) 201-204. Zie voor fundamentele rechtsvergelijkende literatuur hierover R.W. MILLAR, "The formative principles of civil procedure", 18. *Illinois Law Review* 1923, 1 e.v., i.h.b. §§ 7 en 8 (deze auteur spreekt in dit verband van een "principle of recordation"); M. CAPPELETTI, *Procédure orale et procédure écrite*, 1971; V. DENTI & M. TARUFFO, "Simplifying the taking of evidence", in *Justice and efficiency*, p. (317) 322 v., en voor een rechtshistorisch overzicht, M. CAPPELETTI & B. GARTH, *International Encyclopedia of comparative law*, XVI, Ch. 1, Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure, p. 3-9. Zie ook de rapporten van het XVII Colloquium van de Instituts d'Etudes judiciaires français, Grenoble januari 1988, *Pouvoirs des parties et du juge*, m.b. de rapporten van J. NORMAND en R. PERROT.

³⁶ Onaanvaardbaar is overigens aan deze traditionele leer dat zij geen onderscheid maakt tussen deklaratieve en dispositieve akten (onderscheid dat we nog terugvinden in art. 1320 B.W., duidelijker in POTHIER's *Traité des obligations* nr. 735-737), hoewel het hier om twee totaal verschillende soorten akten gaat, die volgens geheel andere regels dienen te worden uitgelegd (zie daarvoor mijn *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, Story Brussel 1990, nr. 46) : in tegenstelling tot deklaratieve of mededelende akten (énonciations), waarin bepaalde feiten worden verhaald, en die dan ook naar spraakgebruik moeten worden uitgelegd onder voorbehoud van de toepassing van de regels der historische kritiek, gaat het in dispositieve akten helemaal niet om het verhalen van bepaalde feiten, maar om het aangaan van een verbintenis, het doen van een belofte, het beschikken over een vermogensbestanddeel e.d.m. door middel van de ondertekening en terbeschikkingstelling van de akte, zodat dergelijke akten moeten worden uitgelegd volgens de regels die gelden voor het soort rechtshandeling dat in die akte wordt geïncorporeerd, en dit ongeacht of men nu van mening is dit rechtshandelingen psychologisch moeten worden uitgelegd (volgens de bedoeling van de auteur) dan wel naar goede trouw. Als de "bewijskracht" in tegenstelling tot de "bewijswaarde" niets met bewijs, maar alles met uitleg te doen heeft, dan is het volkomen verkeerd de uitleg van rechtshandelingen nog mede door bewijsregels te laten bepalen. Vgl. verder over dit vraagstuk ook E. CAUSIN, in *La preuve en droit*, nr. 14 en vooral zijn "L'interprétation des contrats en droit belge", *L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, 281.

duidelijk moet zijn dat een intellectuele valsheid niet op te sporen is met de door het Wetboek voorgeschreven procedure van schriftvergelijking³⁷ !

Mijn indruk is veeleer dat het in al deze bewijsprocedures eigenlijk nauwelijks gaat om de werkelijkheid van de geverbaliseerde feiten. Het gaat erom dat er door tussenkomst van personen die geacht worden een zeker maatschappelijk gezag te bezitten (de aangewezen rechter, advocaten, deskundigen, e.d.m.) feiten worden *geproduceerd*³⁸ die het mogelijk moeten maken op het geschil regels toe te passen en de partijen dusdanig bij die produktie van feiten te betrekken dat zij ze voor waar zullen aannemen, ook indien ze puur imaginair zijn. Daarom is het van wezenlijk belang dat de partijen, of bij voorkeur hun technische of juridische raadslieden, bij al deze verrichtingen betrokken worden. Zij moeten immers garanderen dat de veelvormige, brute, glibberige werkelijkheid gereduceerd wordt tot woorden die een louter juridisch gesprek mogelijk maken.

Wat dit laatste betekent zal verderop ter sprake komen als ik over de relevantie of subsumeerbaarheid van de feiten spreek. Maar ieder van U die reeds vaker expertiseverrichtingen heeft meegemaakt zal begrijpen wat ik bedoel : de meeste vaststellingen van deskundigen zijn geen vaststellingen van de deskundige zelf, maar vaststellingen waarover partijen het eens waren dat de deskundige ze zagezegd deed. Ik geef U een voorbeeld uit het besmette-zeug-arrest waarmee ik deze rede begonnen ben. Eén van de motieven waarom boer Swinkels niet aansprakelijk werd gesteld luidde dat boer Bardeel de zeug, die hij per vergissing voor één van de zijne aanzag, buiten zijn wei zou gevonden hebben en zelf in zijn eigen wei zou gedreven hebben. Deze "vaststelling" werd gehaald uit een expertiseverslag opgemaakt door de expert van de rechtsbijstandsverzekeraar van Bardeel en de expert van de aansprakelijkheidsverzekeraar van Swinkels. Daarover geïnterviewd³⁹ beweert Bardeel zelf evenwel dat hij de zeug in zijn eigen wei heeft gevonden, en Swinkels geeft een verklaring die daarmee overeenstemt. Het verslag werd opgemaakt in de boerderij zonder dat beide experts ook maar in de wei waren geweest, dit omdat het hard regende en ze geen zin hadden om in modder te gaan ploeteren. Bovendien bleek achteraf dat de rechtsbijstandsverzekeraar van de ene partij en de aansprakelijkheidsverzekeraar van de andere beiden tot dezelfde groep behoorden. Dit laatste zal wellicht geen enkele rol gespeeld hebben, maar het is allemaal niet van aard om het vertrouwen van de burger in de juridische bewijsvoering te versterken.

Wie een getuigenverhoor of een persoonlijke verschijning heeft meegemaakt, zal eveneens begrijpen wat ik bedoel. De vragen aan de getuige of partij in persoon zijn het produkt van een kompromis tussen advocaten en rechter, en de antwoorden, niet de uitgesproken, maar de op schrift gestelde antwoorden, zijn dat evenzeer. Heeft iemand van U ooit een woordelijke opname van een getuigenverhoor meegemaakt, zoals die krachtens (art. 952 van) het Gerechtig wetboek kan gevraagd worden ? Ik vermoed van niet, want het uitvoeringsbesluit ter bepaling van de erkende personen en geoorloofde procédés is nooit genomen. Daaruit blijkt dat de "getrouwe en zekere weergave" die daardoor volgens de wet moet worden gegarandeerd, geen prioriteit is. De feitelijk toegepaste procedure laat het toe de uitspraken van getuigen en partijen te verzachten, het onjuridische, het schandalige, het subversieve weg te laten, de weg naar een kompromis open te houden, en last but not least, de konfraterniteit hoog te houden. Door de tussenkomst van genoemde tussenpersonen wordt het later bestrijden van de aldus geproduceerde feiten dan beschouwd als een misken-

³⁷ Zie N.K.F. LAND's *Verklaring van het burgerlijk wetboek, deel VI* (Bewijs) door J. EGGENS, Bohn Haarlem 1933, p. 96 v.

³⁸ Dát feiten in het recht natuurlijk steeds door het recht zelf geproduceerd worden, is een inzicht dat radikaal werd uitgewerkt in de zgn. "autopoietische" theorie van het recht, meer bepaald door N. LUHMANN en G. TEUBNER. Zie o.m. N. LUHMANN, "Die Einheit des Rechtssystems", *Rechtstheorie* 1983, 129 v. Op een andere wijze vinden we de idee ook uitgewerkt bij B. van ROERMUND, "The instituting of brute facts", *International Journal for the Semiotics of Law* 1991, 279 e.v. (eerst ter kennis genomen na het uitspreken van deze rede).

³⁹ in F. BRUINSMA & R. WELBERGEN, *De Hoge Raad van onderen*.

ning van het vertrouwen dat in die tussenkomende personen (magistraten, deskundigen, advocaten) dient te worden gesteld. Het wordt aldus meestal in de kiem gesmoord.

Indien het er niet om ging feiten te produceren op dergelijke wijze dat partijen er achteraf nog moeilijk bezwaar tegen kunnen aantekenen, indien het in tegendeel om de feiten zelf ging, dan zouden wij al die genoemde geschriften allereerst niet volgens hun gebruikelijke betekenis dienen uit te leggen maar wel volgens de regels der historische kritiek⁴⁰. Meer nog, indien het om de feiten zelf ging, en daarmee bedoel ik in deze kontekst enkel nog maar het getuigenis zelf, de plaatsgesteldheid zelf, de door de deskundige vastgestelde feiten zelf, dan moeten we verder gaan dan enkel maar het verbaliseren van deze feiten, het vermiddelen ervan in woorden. Dan zouden we precies alle technische middelen moeten aanwenden om deze feiten in hun onmiddellijkheid in het proces te brengen. Dan zouden we getuigenverklaringen en partijverklaringen niet slechts op band moeten nemen, maar zelfs op video, zodat de hele gedraging van de getuige of partij bij het verhoor kan worden gereproduceerd⁴¹; dan zouden we het plaatsbezoek op video moeten opnemen; dan zouden we de expertiseverrichtingen op video moeten opnemen. Het gebeurt, althans wat sommige expertises betreft, maar U weet wellicht allemaal beter dan ik hoe zelden het gebeurt. En als U vindt dat ik voor een getuigenverhoor nu wel echt overdrijf, dan wil ik de vraag stellen of dan ook het mondeling verhoor van getuigen niet evengoed overbodig is en kan worden vervangen door een schriftelijke getuigenverklaring onder eed, een affidavit, eventueel betreffende een vooraf te bepalen vragenlijst⁴². Als dat niet volstaat, volstaat een proces-verbaal van een mondeling verhoor ook niet en stappen we best dadelijk naar de video over.

Doch met bandopnames, video-opnames en dergelijke is er iets aan de hand wat mij tot een vierde aanwijzing brengt dat het niet om de feiten zelf gaat.

(9. weerstand tegen reproductieve akten en weren van onrechtmatig verkregen bewijs) Die vierde aanwijzing is de enorme weerstand van de jurist tegen die documenten die geen verbalisatie vormen van vaststellingen (deklaratieve akte), noch een belichaming van een rechtshandeling (dispositieve akte) : de zogenaamde reproductieve documenten⁴³, zoals foto's, geluids- en videobanden, maar ook wetenschappelijke bewijsmiddelen als bloedproeven en genetische vingerafdrukken. Vooral 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. Elke rechtsplaats is immers "een gewijde plaats, die uit de gewone wereld is uitgesneden, afgebakend"⁴⁴. Het opvallende bij de waardering van reproductieve documenten is namelijk dat de

⁴⁰ Zie voor een aanzet daartoe J. HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles*, Duncker & Humblot Berlin 1965, p. 15 v.

⁴¹ Het gebruik van technische middelen bij het getuigenverhoor was het voorwerp van een uitvoerig rapport van prof. PESSOA VAZ op het 9e Wereldcongres voor Procesrecht, Coimbra 1991, "Les systèmes informatiques d'aide à la décision judiciaire". Art. 952, 3 Ger.W. bepaalt dat "ieder stenografisch, mechanisch of ander procédé voor opname van het gesprokene mag worden aangewend, op voorwaarde dat aldus een getrouwe en zekere weergave wordt gekregen", maar zoals gezegd werd het uitvoeringsbesluit hiertoe nooit genomen.

⁴² Dit vonden we in het oude wetboek van rechtsvordering terug voor het (mondeling) partijverhoor, dat "sur faits et articles" diende te geschieden (art. 324 W. burg. Rv.), een late nakomeling van de middeleeuwse argumentatieleer, waarvan de zin ons zozeer verloren is gegaan dat ook dit laatste spoor ervan in het gerechtelijk wetboek is uitgewist.

⁴³ 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.

⁴⁴ J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Tjeenk Willink Haarlem 1938, p. 112. Zie verder ook Mircea ELIADE, *Das Heilige und das Profane*, in de franse vertaling *Le sacré et le profane*, Gallimard

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 zagezegde wettelijkheid van de opname zelf, d.i. op extrinsieke kenmerken⁴⁵. We bekritisieren het gebruik van dergelijke documenten meer bepaald wanneer de 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.

Zo gaan we b.v. voor de produktie van briefwisseling de voorwaarde stellen dat de wederpartij regelmatig in het bezit ervan is gekomen⁴⁶. Zo leert een beslissing van onze Orde dat wij geen gebruik mogen maken van stukken die op bedrieglijke of indelicate wijze door onze cliënt bekomen werden, zelfs niet om daarmee onregelmatigheden te bewijzen⁴⁷.

Als we het probleem van het beroepsgeheim nog even terzijde laten, dat het voorwerp zal zijn van mijn vijfde aanwijzing, dan gaat het hier voornamelijk om het vraagstuk van de bescherming van het privéleven. Om een bewijsmiddel wegens onrechtmatige verkrijging uit de debatten te weren, moet men m.i. toch minstens eisen dat er een specifieke rechtsregel geschonden is, die tot doel heeft de wederpartij te beschermen (een Schutznorm)⁴⁸, en die vinden we enkel in art. 8 ECRM. Anders dan sommigen menen, kunnen we uit art. 8 ECRM evenwel niet afleiden dat een schending van het privéleven, behalve schadevergoeding, noodzakelijk ook moet leiden tot het uit de debatten weren van onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen, althans niet wanneer de schending niet het werk is van een overheid die tegelijk partij is - en ik verwijs graag naar het Straatsburgse arrest Schenck t.

1965, p. 21 : "Pour l'homme religieux, l'espace n'est pas homogène; il y a des portions d'espace qualitativement différentes des autres. Plus encore, pour l'homme religieux, cette non-homogénéité spatiale se traduit par l'expérience d'une opposition entre l'espace sacré, le seul qui soit réel, qui existe réellement, et tout le reste, l'étendue informe qui l'entoure".

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

⁴⁶ Voor alle duidelijkheid wil ik er nog op wijzen dat het hier behandelde probleem niets te maken heeft met de regel die inzake onderhandse akten stelt dat ze geen dwingend bewijs opleveren tegen de ondertekenaar zolang ze in diens bezit zijn gebleven (R. POTHIER, *Traité des obligations* n° 748). Daar gaat het immers om beschikkende akten, niet om feitenbeschrijvende akten, en die moeten dan ook ter beschikking worden gesteld eer ze dwingend bewijs kunnen opleveren, behalve in de wettelijk aangegeven gevallen zoals de boekhouding en de huiselijke papieren (zie art. 1331 en 1333 B.W.).

⁴⁷ Art. 169 Codex deontologie van de Nederlandse Orde van advocaten te Brussel (beslissing van de Orde van Brussel van 29 mei 1956).

⁴⁸ Dergelijke voorwaarde wordt - m.i. terecht - gesteld door advocaat-generaal W.D.H. ASSER, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken. Heiligt het doel de bewijsmiddelen ?*, Preadvis Nederlandse Vereniging voor Procesrecht 1990, Kluwer Deventer 1991, p. 15

Zwitserland van 12 juli 1988⁴⁹. Het tegendeel wil ik maar aannemen bij schending van het intieme leven, wat een veel beperkter begrip is dan het privéleven⁵⁰. Gelukkig laat niet de hele privaatrechtelijke rechtspraak zich verleiden tot een ongenueanceerde overname uit het strafrecht van de regel dat onrechtmatig verkregen bewijs uit de debatten moet worden geweerd, of acht zij minstens het feit dat de opname zonder medeweten van de betrokkene is gebeurd daartoe niet voldoende⁵¹. Ook hier waag ik mij aan een voorspelling : dat, met enige vertraging op andere landen, ook in ons recht de botte bijl van het onrechtmatig verkregen bewijs de plaats zal ruimen voor meer genuanceerde sankties.

(10. beroepsgeheim en bewijs) Een vijfde aanwijzing voor mijn stelling dat het in het proces niet gaat om de levensfeitelijke werkelijkheid, maar wel om de feiten die de partijen tegensprekelijk produceren, en om het handhaven van het vertrouwen in de tussenpersonen die daarvoor bij voorkeur worden ingeschakeld, zoals meer bepaald wij advocaten, vinden we in de regels omtrent het beroepsgeheim en het uit de debatten weren van documenten waarvan de openbaarmaking een schending van dat beroepsgeheim zou vormen. Als men de rechtvaardigingen voor een absolute opvatting over het beroepsgeheim leest, dan valt het immers steeds op hoe weinig belang daar gehecht wordt aan de belangen van de cliënt : de volle nadruk ligt steeds op de belangen van de beroepsgroep⁵². Slechts één auteur, prof. F. van NESTE, heeft het aangedurfd het beroepsgeheim te willen afwegen tegen het recht op waarheid⁵³. En hoeveel moeite heeft het niet gekost te aanvaarden dat een cliënt het recht heeft de briefwisseling met zijn advocaat tegen hem te gebruiken⁵⁴. En nog steeds worden cliënten absoluut beschermd tegen feiten die ze aan hun vertrouwensman hebben meegedeeld, zelfs tegen onschuldige derden aan wie ze de mededeling van die feiten verplicht waren in. Zo b.v. werd nog op 18 april 1985⁵⁵ door het Hof van cassatie een voorziening verworpen tegen een arrest waarbij levensverzekeraar la Cité veroordeeld werd tot uitkering aan de

⁴⁹ Vgl. Hoge Raad 16 oktober 1987, Driessse t. van Gelder, *NJ* 1988, nr. 850. De in de tekst gegeven nuances vinden we reeds in de discussies tijdens de Konferentie gehouden te Firenze in 1973 over *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Giuffré Milano, p. (779) 810-811.

⁵⁰ Zie daarvoor W. HABSCHIED, "Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozeßrecht", in *Gedächtnisschrift Hans Peters*, Springer Heidelberg 1967, p. (840) 845-846; W. HABSCHIED, "Das Recht auf Beweis", 96. *ZZP* 1983, p. (306) 332-333. Vgl. Cass. 7 maart 1975, *Arr.*, 764 noot E. KRINGS, *R.W.* 1974-75, 2335 en de bespreking door P. LEMMENS, "Het verbod van onderwerping van een persoon aan een lichamelijk of geestesonderzoek", *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, Story Bruxelles 1991, 659 e.v.

⁵¹ Zie b.v. Arbrb. Brussel 7 februari 1990, *Pas.*, III, 88. Zie ook de cassatie-arresten van 17 januari 1990, *R.W.* 1990-91, 463 noot L. HUYBRECHTS (onrechtmatige verkrijging door een derde maakt de produktie nog niet ontoelaatbaar) en 17 augustus 1979, *Pas.*, I, 1309, *J.T.* 1980, 104 noot S. NUDELHOLE (reproduktie van vrijwillig meegedeelde gegevens).

Voor een uitvoeriger bespreking, zie mijn rapport voor het negende Wereldkongres voor Procesrecht, Coimbra Augustus 1991, *Déontologie professionnelle et conduite loyale du procès*, ook te verschijnen in *Rapports belges au IX Congrès mondial de droit processuel de droit judiciaire*, Bibliotheek voor gerechtelijk recht, Kluwer Antwerpen 1992.

⁵² Zie b.v. Hof Brussel 18 juni 1974, *Pas.*, 1975, II, 42. Wil men het nog absoluter zien, dan moet men E. REUMONT herlezen, "Le secret professionnel des avocats", *J.T.*, 1948, 585 v.

⁵³ F. van NESTE, "Kan het beroepsgeheim absoluut genoemd worden", *R.W.* 1977-78, (1281) 1286 v.

⁵⁴ Zie b.v. nog Hof Luik 7 januari 1991, *J.L.M.B.*, 773 noot P. LAMBERT.

⁵⁵ Cass. 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*, Nemesis Brussel 1986, II, p. (835) 841.

erfgenamen van de verzekeringnemer, dit ondanks het feit dat de eisers eerder uitdrukkelijk hadden erkend dat de 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 geschonde 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?

En getuigt ten slotte ook het Reglement betreffende de vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen advocaten er niet van dat het veeleer gaat om een bescherming van ons advocaten dan van onze cliënten? Getuigt het feit dat men dit als een aspect van het beroepsgeheim beschouwt er niet van dat het er misschien om gaat ons advocaten te beschermen tegen onze ongewilde loslippigheid, of misschien zelfs tegen onze gewilde loslippigheid, die het ons moet mogelijk maken tesamen druk op onze cliënten uit te oefenen om de soep niet zo heet te willen opeten als ze opgediend wordt? Ook hier weer krijgt de maatschappelijke rust blijkbaar voorrang op de waarheid. Doch het "Gesetz des Wiedersehens"⁵⁶ dat ons wereldje beheerst mag niet leiden tot een verkeerd begrepen konfraterniteit ten koste van de belangen van de cliënt⁵⁷. Veeleer moeten we de postmoderne filosofie beluisteren, die de consensus, anders dan de rechtvaardigheid, een verouderde en verdachte waarde noemt en stelt dat we tot een theorie en praktijk van de rechtvaardigheid moeten komen die niet verbonden is aan die van de consensus⁵⁸.

(11.) Een zesde aanwijzing ten slotte vinden we in de groeiende rechtspraak waarin stukken die laattijdig worden meegedeeld, uit de debatten worden geweerd⁵⁹. Dit is met name het geval indien de stukken eerst meegedeeld worden nadat alle partijen gekonkludeerd hebben (ook al zijn de debatten nog niet gesloten) terwijl ze reeds eerder ter beschikking waren van de partij en reeds eerder relevant waren voor het geding. Juridisch is hier weinig tegen in te brengen, gezien de rechtspraak betreffende art. 51 Ger.W⁶⁰. Het verzoek tot wering moet enkel verworpen worden indien

⁵⁶ N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, p. 75 v.

⁵⁷ Marcel L. STORME, *Het proces. Als in een spiegel*, Cleveringa-oratie Leiden 1987, Kluwer Deventer 1988, p. 23.

⁵⁸ Zo J.F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, Parijs 1979, ned. vertaling *Het postmoderne weten*, 1987, p. 168. Dat consensus het recht veeleer ondergraaft werd in een heel andere kontekst ook reeds getematiserd door N. LUHMANN, "Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen", 6. *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, p. (99) 105.

⁵⁹ B.v. Rb. Brugge (1e K.) 12 september 1988, Van der Poele t. Maes, Kerremans; kh. Tongeren dd. 6 november 1989, Belmans t. Gemeente Genk; Hof Brussel, 5e K, 13 december 1989, OIL t. Palm & Max Perles; Rb. Brugge 24 okt 1990, Van Coillie t. Belgische Staat. Zie verder mijn rapport, *TPR* 1990, nr. 62-64. Vgl. R. de CORTE, "Sancties tegen een onwillige procespartij", *TPR*, 1971, (217) 233 nr. 27. Vgl. P. TAELEMAN, "Gebruik en misbruik van procesrecht", *TPR* 1988, (89) nr. 22.

⁶⁰ Cass. 8 februari 1979, Sauvage t. Paques, verwerping, *J.T.*, 320 noot A. FETTWEIS, *R.T.D.Fam.*, 168. Adde, betreffende art. 748 Ger.W. Cass., 31 oktober 1991, *J.T.*, 791, *J.L.M.B.* 1991.

de verzoeker daardoor in strijd met de goede trouw zou handelen, namelijk wanneer die stukken de verzoeker niet tot nader verweer nopen noch de rechtsgang vertragen.

Uit deze rechtspraak spreekt m.i. niet alleen de bedoeling om de rechtspleging niet te laten aanslepen, maar ook om het geschil zoveel mogelijk te beperken. Daarmee is dan ook niet in strijd het Gordinne-arrest van het Hof van Beroep te Brussel dat zich op een eerst in hoger beroep door geïntimeerde voorgelegd stuk grondde om de appellant te veroordelen wegens tergend en roekeloos geding : die zaak betrof immers de uitleg van een beding over de prijsbepaling in een overeenkomst die een aandelenoptie verleende, en het nieuwe stuk - dat overigens in beroep tijdig werd meegedeeld - was een de overeenkomst voorbereidend stuk opgesteld door appelante zelf, dat de uitleg van de eerste rechter en geïntimeerde naar het oordeel van het Hof overduidelijk bevestigde, en waarvan het achterhouden door diezelfde appelante dan ook als een bewijs van kwade trouw werd beschouwd⁶¹.

In zoverre de beperking van de omvang van het geschil geschiedt op grond van de gedraging van de daarbij betrokken partij zelf, gaat het hier overigens niet om een louter procesrechtelijke figuur. Het is immers één van de grondgedachten achter de figuur der rechtsverwerking : een recht gaat verloren wanneer het bewijs ervan door eigen nalatigheid niet meer behoorlijk kan geleverd worden. Een andere procesrechtelijke variëteit daarvan vinden we bij het tegenstrijdig verweer⁶². Zo b.v. de partij die een chinese vaas geleend had, die bij teruggave een barst blijkt te hebben. Desgevraagd verweert zij zich als volgt : "ten eerste heb ik de vaas nooit geleend; ten tweede heb ik hem al eerder teruggegeven; ten derde zat de barst er al in (toe ik ze ontving)"⁶³. Geen rechter zal deze dame gelijk geven, behoudens verschoning op grond van haar geestestoestand.

(12.) Ik moge deze zes aanwijzingen besluiten met de stelling dat ons bewijsrecht er toe strekt het "geschil" zoveel mogelijk te beperken : de categorie van de gestelde en bewezen rechtsfeiten moet de werkelijkheid herleiden tot één die voor ons handelbaar is. Dit geschiedt door een systeem dat partijen dwingt tot samenhang in hun verhaal, tot "narratieve coherentie". Een mooi voorbeeld daarvan vinden we reeds in het treurspel Oedipus Rex: de enige getuige van de moord op Laios, die eerder had verteld dat de moord door een hele groep werd gepleegd, werd namelijk nooit ondervraagd over de moord zelf, maar enkel over de vraag of Oedipous de zoon van Laios was, de zoon van wie voorspeld was dat hij zijn vader zou doden. Eerst bij het zoeken naar de moordenaar "wordt Oedipous de moordenaar van zijn vader, niet door een gewelddaad die in een proces onthuld wordt, maar door zich te plooiën naar de eisen van de narratieve coherentie en de daad gepleegd te achten"⁶⁴. Ook hier is de juridische waarheid niet meer het voorwerp van het proces, maar het produkt ervan.

⁶¹ Hof Brussel 13 mei 1987, n.v. Gordinne t. Saey, *J.T.*, 613

⁶² Zie GERBRANDY p. 30-31; mijn rapport, *TPR* 1990, nr. 108-109 en mijn *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, hoofdstuk 7 en 8; HR 8 mei 1942, NJ 526; Vred. Zele 29 september 1987, A.R. nr. 23.067., A. de Maeyer t. Yan Man Tai (besproken in mijn rapport, nr. 45). Vgl. o.m. ook J. Ph. SUIJLING, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, I, nr. 367 p. 85; C.W. STAR BUSMANN, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, 182 nr. 209.

⁶³ Naar J.M. van DUNNE, "Recht en dialectiek of : de uitzondering die de regel bevestigt", *R & R, Handelingen van de Vereniging voor Wijsbegeerte van het recht*, (180) 187.

⁶⁴ J. CULLER, *The pursuit of signs. Semiotics, Literature, Deconstruction*, Routledge & Kegan, London 1981, hst. 9 "Story and Discourse in the Analysis of Narrative", m.b. p. 174 (Oedipus becomes the murderer of his father not by a violent act that is brought to light but by bowing to the demands of narrative coherence and deeming the act to have taken place". De band met het recht werd uitgewerkt door B. van ROERMUND, "On narrative coherence in legal contexts", *Proceedings of the Conference on Law and Reason*, Bologna 1984, red. C. Faralli & E. Pattaro, deel II; en -, "Narrative coherence and the guises of legalism", in *Law, interpretation and reality*, red. P. Nerhot, Kluwer Dordrecht 1990, p. (310) 328 e.v.

Plooien wij niet te snel voor de narratieve coherentie, zoals Guglielmo da Baskerville in *De naam van de roos*, die overtuigd was dat de moorden geschiedden volgens een plan, waarvan de sleutel in de zeven bazuinen van de Apokalyps van Johannes lag, terwijl de tekens puur toevallig samenvielen
?65

(13.) Zes aanwijzingen voor mijn stelling dat het in het bewijsrecht niet gaat om "réalité", maar om "régularité". Nu U ze gehoord hebt, zal U misschien opmerken dat ik het hele rechtsgebeuren toch wat te pathologisch bekijk, dat mijn beschrijving enkel dienend is voor die zeldzame gevallen waarin men er achteraf niet meer in slaagt de waarheid te bewijzen. U zal mij voorwerpen dat het rechtsbedrijf toch veel meer omvat, en op de eerste plaats de talloze transakties die niet tot betwistingen aanleiding geven.

Doch waaruit bestaat dat niet-pathologische werk van de jurist ? Ook het preventiewerk bestaat er precies in feiten te scheppen die door de juridische beugel kunnen, en de bewijsmiddelen daarvoor te (pre)konstitueren. De hele activiteit van de preventieve advocatuur gaat precies uit van het axioma dat het rechtsbedrijf zich niet aan de werkelijkheid aanpast, zodat het erop aankomt de werkelijkheid aan het recht aan te passen. De hele "adviespraktijk" heeft niet tot doel afstandelijk advies te geven over de staat van het recht of de rechtsgevolgen van een gegeven situatie. Zij heeft tot doel dié werkelijkheid te scheppen die de cliënt de grootste juridische voordelen kan opleveren⁶⁶. Het komt er dan ook meer en meer op aan de feiten eerst juridisch te scheppen, en ze pas nadien in werkelijkheid om te zetten, zoals vooral in fiscale zaken duidelijk is geworden. Alles wat ik zeg of schrijf kan immers tegen mij worden ingeroepen. Is het wellicht daarom dat niet alleen de briefwisseling in het kader van de verdediging van de cliënt, maar ook die welke elk geschil voorafgaat, onder het beroepsgeheim valt⁶⁷ ? Omdat zij zou kunnen laten zien dat er voorafgaand aan de juridische constructie ook nog een werkelijkheid was, één van belangen, verlangens, een zogezegde economische werkelijkheid ?

(14. besluit) Ik moge mijn bespreking van de bewijsvoering afsluiten met de wijze woorden van Eerste Voorzitter Soetaert : "Een beslissing die alleen op formele waarheid steunt, brengt orde, geen

⁶⁵ U. ECO, *Il nome della rosa*, zie het laatste gesprek in de zevende nacht, p. 495 in de 13e uitg., Bompiani 1984. Zie ook p. 473 : "ik heb een vals schema gefabriceerd om de bewegingen van de schuldige uit te leggen, en de schuldige heeft zich aangepast".

⁶⁶ Zie in dit verband b.v. J. DEFOORT, "De simulatie voorbij", *Liber amicorum Albert Tiberghien*, p. (113) 118 : "de simulant zal eerst de fiscaal-gunstige gedragpatronen opzoeken, afgezien van de werkelijke rechtshandelingen die eraan beantwoorden en pas nadien zal hij in de mate dat dit mogelijk is, de rechtshandelingen die met deze gedragpatronen overeenstemmen invullen, bijvoorbeeld door partners op te zoeken met wie hij kan komen tot een wilsovereenstemming die in het fiscaal-gunstige gedragspatroon op een authentieke manier - d.i. op een waarachtige manier - tot uitdrukking komt. Zo'n geesteshouding vraagt een zekere ascese en een grote dosis voorzichtigheid. Alles wat gezegd of geschreven wordt, ook buiten het enge kader van de rechtshandeling, heeft ergens een normatief karakter en kan tegen mij ingeroepen worden (...). Het komt er bijgevolg op aan zich niet te laten meeslepen in gedragpatronen van rechtshandelingen waarvan bij de aanloop de fiscale implicaties niet duidelijk te overzien zijn; eerst de juridische constructie zoeken om ze pas nadien economisch in te vullen, in de plaats van zich door het economische te laten overspoelen om achteraf opgescheept te zitten met een fiscaal onbetaalbare juridische vorm die onafscheidelijk aan de economische gegevens vastgekleefd zit".

⁶⁷ Zie b.v. Raad van State 8 juni 1961, n° 8645 iz. Delhateur, *Arr.*, 487, *Pas.* 1962, IV, 106, *J.T.*, 1962, 170, met het advies van auditeur HUBERLANT, in een geval waar de bestreden beslissing nochtans uitdrukkelijk melding had gemaakt van het voorafgaand advies van de advocaat en erop gesteund was.

vrede"⁶⁸. Ik zou er die van advocaat-generaal Asser aan willen toevoegen : "Wil de rechter, die er niet alleen maar is om partijen te dienen, maar ook om het recht te ontwikkelen, maatschappelijk geloofwaardig blijven, dan moet hij binnen het door de partijen getrokken kader van de rechtsstrijd zoeken naar de materiële waarheid"⁶⁹.

Moeten wij in die optiek niet stellen dat onze maatschappij aan de vooravond van de ééentwintigste eeuw stilaan zo ver gevorderd is dat zij iets meer schandaal aan kan, dat zij voldoende bestand is tegen het subversieve van de werkelijkheid om die werkelijkheid ook in het proces een kans te geven ? Wij hebben bij de wijziging van de bepalingen betreffende het onderzoek naar het vaderschap gezien dat het enigszins kan zonder dat de maatschappelijke orde nog in elkaar stort. Misschien kunnen de wetenschappelijke en technische bewijzen nu ook in andere materies een kans krijgen.

Natuurlijk gaat het in het proces uiteindelijk nooit om een geheel buitenjuridische waarheid. Het recht kan zelfs één grandioze simulatie genoemd worden⁷⁰. Niet een buitenjuridische waarheid is dan ook het tegendeel van een louter formele waarheid, maar een waarheid die voor partijen herkenbaar en dus begrijpbaar is, in de betekenis van redelijk aanvaardbaar⁷¹. Maar na de schets die ik U zopas heb gegeven zal U wel begrijpen dat ik het optimisme dat uit deze verwoording spreekt⁷² minstens voor het heden niet deel.

(15.) Ik kom aan het tweede aspekt van de feiten, dat hen situeert in het oordeel naar recht. De feiten waaraan recht wordt gedaan, die "gerecht" kunnen zijn op onze tafel, moeten niet enkel de bewijsvoering doorstaan, zij moeten ook "dienend" zijn⁷³. Dit betekent dat er een rechtsgevolg aan moet kunnen worden toegekend met tussenkomst van minstens een rechtsregel. Dit sluit niet uit dat die toekenning het gebruik van meerdere rechtsregels veronderstelt, of van ervaringsregels naast rechtsregels; ik zou zelfs zeggen dat dit laatste steeds het geval is. Maar er moet steeds een rechtsregel worden gevonden waarvoor het feit relevant is. Om de voorbeelden van oud procureur-generaal F. DUMON te citeren : "wanneer een rechtzoekende zich tot de rechter zou wenden om te klagen over de onbeleefdheid van zijn meerderjarige kinderen of van zijn buurlieden ... of nog omdat zijn echtgenote alle dagen liegt ... of nog omdat zijn echtgenote of zijn schoonmoeder lui is ... die rechter met inachtneming van art. 4 B.W. terecht en wettelijk zou beslissen "Beste meneer, hiervoor bestaan er geen rechtsregels; de aangeklaagde toestanden liggen buiten het recht en ik moet derhalve uw eis afwijzen"⁷⁴.

Het voorbeeld zal voor U allicht vanzelf spreken. Die vanzelfsprekendheid is evenwel nog géén antwoord op de vraag wanneer een feit relevant is. De graad waarin rechtsregels ruimte laten voor feitelijke omstandigheden, de graad waarin zij kunnen aanvaarden dat feiten dienend kunnen zijn, verschilt sterk van rechtsregel tot rechtsregel. Wanneer art. 1386 bis B.W. bepaalt dat de rechter uitspraak doet naar billijkheid, rekening houdende met de omstandigheden en met de toestand van de partijen, dan betekent dit dat een enorme hoeveelheid feiten in beginsel dienend kan zijn, waaronder b.v. het al dan niet verzekerd zijn der partijen. *Er zijn geen feitelijke omstandigheden die nooit, voor geen enkel geschil, relevant kunnen zijn.* Wanneer de echtgenote die alle dagen liegt

⁶⁸ R. SOETAERT, "Waarheid in het gewijsde", *Recht in beweging*, II, p. (881) 882.

⁶⁹ W.D.H. ASSER, boekbespreking J.L.M. Elders, Waardering van bewijs, *WPNR* (1991) nr. 6021 p. 691.

⁷⁰ J. DEFOORT, "De simulatie voorbij", *Liber amicorum Albert Tiberghien*, p. (113) 125.

⁷¹ S. STIJNS, "Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering", Openingsrede Jonge Balie Leuven 1989, *R.W.* 1989-90, (1003) 1005 nr. 3.

⁷² *ibid.*, nr. 4.

⁷³ zie daarover ook J. HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles*, p. 41 v.

⁷⁴ *Billijkheid en recht - enkele overwegingen*, p. 19

wordt opgeroepen om als getuige te verschijnen, dan kan dit feit wel relevant zijn voor de waarde van haar verklaring, aangezien die waarde soeverein door de rechter wordt bepaald; wanneer de luie echtgenoot het hoederecht opeist over een kind, kan die luiheid wel relevant zijn, aangezien de rechter beslist in het belang van het kind (art. 302 B.W.); wanneer de onbeleefde buurman als arbeider tewerkgesteld wordt in het driesterrenrestaurant van zijn buurman, dan kan die onbeleefdheid relevant zijn in geval van ontslag, aangezien een ontslag niet willekeurig is wanneer de redenen verband houden met het gedrag van de werkman (art. 63 Arbeidsovereenkomstenwet).

En als we inzien dat er recht bestaat buiten de staat - meer en meer -, dat wij nu reeds leven in een wereld van juridisch pluralisme⁷⁵, dan moeten we ook beseffen dat tussen deze vele "rechtsorden", de relevantie verschilt van rechtsorde tot rechtsorde⁷⁶.

Wordt de relevantie van feiten evenwel uitsluitend door rechtsregels bepaald, of zijn feiten soms zó sprekend dat zij hoe dan ook dienend zijn, ook al is er géén regel waarin zij als dusdanig worden erkend? Aanvaarden wij dat feiten kunnen spreken of mogen niet de feiten, maar alleen de regels in ons proces aan hun recht komen? Voor het antwoord op deze vraag, dat het laatste stuk van mijn rede vormt, wil ik ook enkele aanwijzingen geven, een drietal doch ditmaal wijzen ze niet (allemaal) in dezelfde richting.

(16. onderscheid tussen feit en recht) Mijn eerste aanwijzing gaat in de U intussen bekende richting. Bekijken wij namelijk waarover wij het allemaal hebben wanneer we over "feitelijke vragen" spreken, dan wordt het duidelijk dat het begrip "feitelijke vraag" iets heel anders is dan "een vraag die op de feiten van het geval betrekking heeft".

Enerzijds zijn er een heleboel zogezegd feitelijke vragen, vragen die aan de soevereine appreciatie van de bodemrechter worden overgelaten, die duidelijk niet zozeer met de vaststelling van feiten als wel met hun waardering te maken hebben. Wanneer de rechter krachtens art. 1386 bis B.W. uitspraak doet naar billijkheid, rekening houdende met de omstandigheden en met de toestand van de partijen, dan noemen we dit een feitelijk oordeel. Wanneer de jeugdrechtbank beslist in het belang van het kind noemen we dat een feitelijke vraag. Het is duidelijk dat het hier niet om zintuiglijk waarneembare feiten gaat.

Anderzijds wordt het ten processe vaststaan van feiten voor een deel door rechtsregels omtrent de bewijsvoering bepaald, zodat de vraag of een bepaald feit in het proces vaststaat dan duidelijk een rechtsvraag wordt. Of een authentieke akte al dan niet volledig bewijs oplevert van de erin geakteerde feiten, is geen feitelijke vraag, maar een rechtsvraag.

Maar als wij inzien dat feitelijke vragen nauwelijks iets met feiten te maken hebben, waarom blijven we die terminologie dan toch maar gebruiken, ook al hebben de beste auteurs er ons op gewezen dat ze fout is⁷⁷? Wij doen dat omdat het in een proces niet om de buitenjuridische feiten gaat, omdat feitelijk in een proces nu éénmaal iets heel anders betekent dan feitelijk in het gewone

⁷⁵ Het juridisch pluralisme is wellicht het belangrijkste kenmerk van het recht in een postmoderne tijd. Zie in dit verband o.m. de boeiende bijdragen van B. de SOUSA SANTOS, "La transition post-moderne : droit et politique", 24. *R.I.E.J.* 1990, p. 32; F. OST, "Jupiter, Hercule ou Hermes. Quel modèle pour le droit post-moderne?", *Journal des procès* 1990, nr. 179, 14 v.

⁷⁶ Zie b.v. B. de SOUSA SANTOS, "Law : A Map of Misreading. Toward a postmodern concept of law", 14. *J. of Law & Society* 1987, p. (279) m.b; 290 e.v. over de verschillende "drempels" van rechtssystemen. Zie over deze "drempels" ook nog N. LUHMANN, "Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen", 6. *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, p. 99 v.

⁷⁷ Bv. F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, nr. 51; J. LENOBLE, "Le contrôle de la qualification par la Cour de cassation et la cloture du discours juridique", *R.I.E.J.* 1980, 139 v.

spraakgebruik. "Feitelijk" betekent niet meer of niet minder dan een betwisting die níét volgens rechtsregels in de strikte zin des woords beoordeeld wordt, maar volgens ervaringsregels. Wij noemen deze waardering "feitelijk" omdat deze ervaringsregels slechts in geringe mate normatief zijn en hoofdzakelijk kognitief, terwijl rechtsregels slechts in geringe mate kognitief zijn en hoofdzakelijk normatief. En dit laatste onderscheid heeft eenvoudig te maken met onze gedraging wanneer we ervaren dat een regel niet met de werkelijkheid overeenstemt. Dan zijn er immers twee mogelijkheden : ofwel houden we vast aan de regel tegen de feiten, en dan is hij normatief, ofwel passen we hem aan de feiten aan, en dan is hij kognitief⁷⁸. Regels zijn dan ook rechtsregels indien zij in beginsel slechts via de formele bronnen van het recht kunnen worden gewijzigd. Het zijn ervaringsregels indien zij in beginsel worden aangepast aan de ervaring. Doch ook ervaringsregels zijn gedeeltelijk normatief, en gaan veeleer uit van de maatschappelijke waardering dan van *id quod plerumque fit*. En het zou van oogverblindende getuigenis nog te beweren dat de rechtsregels niet steeds ook gewijzigd worden door de hantering ervan in de rechtspraak⁷⁹. Partijen moeten in een proces in zekere zin zelfs meehelpen aan de formulering van de regel om hun gebondenheid aan de toepassing ervan achteraf te legitimeren.

Een oordeel is dan ook zuiver feitelijk in zoverre alle omstandigheden van het geval - d.w.z. alle door partijen opgeworpen omstandigheden - moeten gewaardeerd worden voor de beoordeling van het geval, ook die omstandigheden die nog niet tot voorwaarde van een regel gepromoveerd werden; het is zuiver juridisch indien uitsluitend reeds in rechtsregels aangegeven feitelijke omstandigheden voor de waardering van het geval mogen meespelen. Hoe vager een norm, hoe meer ruimte daardoor wordt gelaten voor een beoordeling in feite, hoe preciezer een norm, hoe kleiner die beoordelingsruimte.

Als men dit inzien, kan men dan ook begrijpen dat het onderscheid tussen rechtsvraag en feitelijke vraag geen zwart-wit onderscheid is en dat er dus ook gradaties van toetsing kunnen bestaan, dat bepaalde vormen van cassatietoetsing dan ook als marginale toetsing kunnen worden begrepen⁸⁰.

(17. tematisering door partijen) Mijn tweede aanwijzing gaat gedeeltelijk in dezelfde richting. Uit het voorgaande volgt dat het, wanneer wij het over feiten hebben, helemaal niet gaat om feiten die geabstraheerd zijn van elke juridische kleuring, van elke juridische kwalifikatie, zoals een bepaalde rechtsleer ons wil doen geloven⁸¹. In tegendeel, de feiten van het geval kunnen niet begrepen worden als "une tranche de vie découpée d'une réalité humaine et sociale exempte de toute imprégnation juridique", maar slechts als een reeds gekonconceptualiseerde levensverhouding, gekonstrueerd in functie van het voorwerp van de eis, van het geschil : "Le mélange de fait et de droit est nécessairement indissociable dans la présentation des "faits" par les parties"⁸². Meer nog, rechts-

⁷⁸ Vgl. M.L. STORME en M.E. STORME, *Algemene Inleiding tot het recht*, Kluwer Antwerpen (8) 1990, 25 nr. 24 en 37, nr. 33; N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 30, 38-53.

⁷⁹ De mooiste analyse hiervan vind ik nog steeds bij E.H. LEVI, *An introduction to legal reasoning*, University of Chicago 1949.

⁸⁰ Vgl. R. SOETAERT, "Is een cassatie-arrest leesbaar", *R.W.* 1978-79, (2609) 2619 en vooral "Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie", *Liber amicorum Jan Ronse*, Story 1986, (51) 58-61. Dit begrip is ook m.i. erg bruikbaar in de kontekst van de cassatietoetsing (anders blijkbaar Prokureur-generaal H. LENAERTS, "Cassatierechtspraak vandaag", *mercuriale* 1991, *R.W.*, 1991-92, (137) 140 nr. 16), ja zelfs eerder daar dan in de kontekst van een bodemgeschil (voor een kritische beschouwing daarvan, zie mijn *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 105 v.).

⁸¹ J. van COMPERNOLLE, "L'office du juge et le fondement du litige", *R.C.J.B.* 1982, p. (14) 31 nr. 27. Vgl. A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Faculté de droit Liège 1985, p. 67 n° 57.

⁸² F. RIGAUX, "La scission du fait et du droit et la distinction entre le droit interne et le droit étranger", *R.C.J.B.*, 1982, (38) 42 nr. 9. Vgl. ook G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo*

feiten zijn géén beschreven gebeurtenissen, maar begrippen die door benadering de rechtsgevolgen van gebeurtenissen verklaren, de juiste verhouding helpen wijzen⁸³.

En inderdaad, waar de gréns ligt tussen recht en feit wordt misschien niet bepaald door de feiten, maar wordt in ieder geval niet enkel bepaald door de rechtsregels zelf, maar in grote mate door de wijze waarop partijen, en dat wil voornamelijk zeggen hun advocaten, het geschil getemiseerd hebben⁸⁴. Immers, wélke rechtsvragen kunnen rijzen in het geschil hangt reeds af van het voorwerp en de oorzaak van de eis, niet van de blote feiten, maar van de feiten zoals ze door de partijen in verhouding gesteld worden tot een konkreet gevorderd rechtsgevolg. Dit is over het algemeen maar goed ook. De rechter dient geen betwistingen te scheppen die er ten processe niet zijn of niet meer zijn. En al beperken de rechtsregels het soort feiten dat ter sprake kan komen, het is op de eerste plaats de interesse van partijen die én de feiten én de rechtsregels die ter sprake kunnen komen beperkt.

Natuurlijk heeft veelal ook de rechter een speelruimte om binnen de door de partijen gestelde grenzen een vraag in feite op te lossen, dan wel naar recht. Een rechter kan in vele gevallen zelf kiezen of hij zijn oordeel cassatie-proof maakt, dan wel omgekeerd een juridische motivering gebruikt waarmee hij misschien precies een principiële beslissing van de hogere rechter wil uitlokken⁸⁵. Dit laatste heeft daarmee te maken dat het feit dat iets tot de soevereine appreciatie van de bodemrechter behoort de cassatietoetsing natuurlijk niet uitsluit, zoals ik in het begin reeds zei. Dit gebeurt telkens wanneer een rechter zich op een niet als dusdanig erkende rechtsregel beroept om niet verder in feite te oordelen, zoals recent nog de rechter die aan een verklaring elke bewijskracht

controllo in cassazione, Cedam Padova 1937; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, 9e uitgave, Cedam Padova 1981, nr. 98; R. MARTIN, "Retour sur la distinction du fait et du droit", *Dalloz* 1987, C. XLVIII; F. RIGAUX, "L'objet et la cause de la demande en droit judiciaire privé", *R.C.J.B.* 1973, nr. 22; E. KRINGS & B. DECONINCK, "Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden", *Preadvies, TPR*, 1982, 655 v.; E. KRINGS, "Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding", *Mercuriale* 1983, *R.W.* 1983-84, (337), nr. 16-17 en 28 v., m.b. 31; W. WILMS, *Rechtsvrije momenten. De verjaring vn de burgerlijke vordering voortspruitend uit een misdrijf*, proefschrift K.U. Leuven 1985, nrs. 186 e.v.; en 206 e.v.; M. den BOER, "A linguistic analysis of narrative coherence in the court-room", in *Law, interpretation and reality*, p. (346) 359 e.v.; alsook L. DETHIER, "Le droit par la bande. Sur la logique du dispositif discursif juridique", 25. *R.I.E.J.* 1990, p. (1) 5 v.

⁸³ Zie verder het prachtige essay van J.L.P. CAHEN, *Toedrachtbepaling van rechtsfeiten* (serie privaatrechtelijke begrippen 2, Tjeenk Willink, Groningen 1975), vnl. p. 29-30, ook in *Bezielde materie, Geschriften van J.L.P. Cahen*, Gouda Quint Arnhem 1991; vgl. mijn *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 7, alsook B. van ROERMUND, *International Journal for the Semiotics of Law*, 1991, (279) 305-308.

⁸⁴ Vgl. R. MARTIN, "Le juge devant la prétention", *D.* 1987 C. VIII, 37-38. Zie ook het vb. van S. GERBRANDY, "Het waarheidsprobleem", 24-25.

⁸⁵ Vgl. H.L. & J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 4e uitg., I, nr. 12 in fine: "Bien souvent, ils auront aussi la ressource, en statuant en fait, d'éviter l'application de la règle de droit qu'ils veulent écarter". Hoewel deze stelling volgens F. DUMON, *R.W.* 1975-76, 268 noot 212 beledigend zou zijn voor de magistraten, is het nochtans uit de mond van magistraten dat ik ze meermaals heb gehoord.

Meer in het algemeen is het duidelijk dat de scheidslijn tussen rechtsvragen en feitelijke vragen zeer sterk afhangt van de wijze van motivering van de bestreden beslissing, zoals ook Eerste Voorzitter R. LEGROS stelde, "Considérations sur le fait et le droit. A propos de la publication des récents travaux du Centre national de recherches de logique", *R. Dr. pén.* 1961-62, 829 v.

ontzegde op de enkele grond dat die verklaring geen bekentenis was omdat er tussen partijen nog geen ontstane en actuele betwisting bestond⁸⁶.

Hetzelfde fenomeen vinden we ook langs de zijde der partijen. Indien het er de doorsneepartij om te doen is het proces te winnen, geldt dit toch niet voor alle partijen. Institutionele "repeat-players" spelen niet om wille van de inzet, "they are playing for rules". Zij twisten om aldus de regel duidelijker te doen vaststellen.

Immers, "le conflit ouvert, et organisé comme tel, exaspère la règle, et offre l'occasion de scruter ses moindres nuances. Mais dans la pratique du droit, le procès reste un accident. La vie quotidienne du droit est faite d'une suite de "compromis" entre les acteurs, par lesquels ceux-ci ajustent leurs intérêts. Le juge n'intervient que lorsque cet ajustement "naturel" ne s'est pas effectué ..."87.

(18.) Mijn derde aanwijzing ten slotte. Ook de grens tussen rechtsvraag en feitelijke vraag is het resultaat van een kompromis. Naargelang het ons uitkomt willen wij enerzijds voortdurend de feitelijke beoordeling verruimen door middel van excepties, nadat de discussie door de formulering van een rechtsregel tijdelijk weer is afgesloten⁸⁸; anderzijds verstarren die excepties voortdurend opnieuw tot rechtsregels, tot zij op hun beurt moeten wijken voor nieuwe excepties, omdat nieuwe feiten zich maatschappelijk gezien als relevant opdringen. De juridische bedrijvigheid moet, in de woorden van prof. DEFOORT, voortdurend het midden houden tussen de schizofrenie en de paranoia, "tussen verstrikking van de regel in eindeloze en onkontroleerbare betekenisverschuivingen, waar niets meer gezegd wordt omdat de woorden terzelfder tijd alles kunnen betekenen, hetgeen gebeurt in de schizofrenie, en de situatie waarin de wettekst een onaantastbare monopoliesituatie zou innemen, die geen enkel gesprek meer zou toelaten van waaruit hij kan bevraagd en belaagd worden, hetgeen gebeurt in de paranoia"⁸⁹.

Houden wij dat midden ? Lijden wij niet kollektief aan paranoia doordat wij in ons werk niet bij voorkeur de feiten, maar de regel tot zijn recht laten komen ? Laten wij de feiten nog spreken, staan wij toe dat ze soms schreeuwen om een wijziging van de regel⁹⁰ ? Volgens ons klassiek Verlichtingsideaal staat de rechter nooit meer alleen tegenover de feiten, met zijn geweten, omdat de wet hem een *zeker* model geeft⁹¹. Maar reeds PORTALIS zei :

"L'office des lois est de statuer sur les cas qui arrivent le plus fréquemment. Les accidents, les cas fortuits, les cas extraordinaires ne sauraient être la matière d'une loi (...). Il faut donc laisser au juge la faculté de suppléer à la loi par la lumière naturelle de la droiture et du bon sens. Rien ne serait plus puéril que de vouloir prendre des précautions suffisantes pour qu'un juge n'eût jamais qu'un texte précis à appliquer"⁹².

En het Hof van cassatie leerde onlangs nog naar aanleiding van het leerstuk der rechtsverwerking dat de bodemrechter wel degelijk de bevoegdheid heeft om zijn oordeel te baseren op een regel of een

⁸⁶ Cass. 7 maart 1991, *R.W.* 1991-92, 258, verbreking.

⁸⁷ R. MARTIN, *Théorie générale du procès*, Ed. Juridiques et techniques, 1984, nr. 144

⁸⁸ Vgl. S. SATTA, *Diritto processuale civile*, nr. 96 noot 13 p. 176 met verwijzing naar FABBRINI, "L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione", in *Studi in memoria di Furno*, Milano 1973, p. (247) 264.

⁸⁹ J. DEFOORT, in *Liber amicorum Tiberghien*, p. 127.

⁹⁰ Voor een wijsgerige ontleding van de uitdrukking "de dingen spreken voor zichzelf", zie H.-G. GADAMER, "Die Natur der Sache und die Sprache der Dinge", in *Kleine Schriften*, ook als "The Nature of things and the Language of Things" in *Philosophical Hermeneutics* (vert. D.E. LINGE), U. of California 1976.

⁹¹ Vgl. A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, Giuffrè Milano 1971, p. 226.

⁹² PORTALIS, Exposé des motifs, titre préliminaire, in FENET, VI, p. 359.

beginsel waarvan in de wet toepassing wordt gemaakt, hoewel de regel of het beginsel niet als zodanig is geformuleerd⁹³. De analogie dwingt ons om de korrigerende rol van de billijkheid, het recht doen aan de bijzondere feiten van het geval, niet te beperken tot een bij wijze van uitzondering korrigeren van regels. De regels zelf veranderen er voortdurend door. Zij moeten voldoende blanko uitgelegd worden om de feiten te kunnen laten spreken. Telkens opnieuw moeten niet alleen de feiten bevraagd worden op hun relevantie voor de regel, maar ook de regel op zijn relevantie voor de feiten. Niet zozeer moeten feiten onder regels gesubsumeerd worden, als wel feiten en regels gekonsumeerd worden tot een beslissing⁹⁴. En geen van beiden komt daar zonder kleerscheuren uit.

Kunnen wij dat niet meer, dan dwingen wij de jurist die wél nog oog heeft voor de feiten tot schizofrenie, tot de fundamentele onoprechtheid die Eerste Voorzitter Soetaert heeft aangeklaagd⁹⁵ naar aanleiding van bv. de verplichting voor de rechter om zijn uitspraak uitdrukkelijk en uitsluitend te doen steunen op feiten die hij zeker moet noemen, maar die ook door andere formules mee veroorzaakt wordt.

Overigens worden feiten in de arresten van het Hof van cassatie, anders dan in die van b.v. de Hoge Raad, wel als te minderwaardig beschouwd om als dusdanig te worden aangegeven⁹⁶.

Maar wij vinden het veel aangenamer, want veel minder gevaarlijk, met rechtsvragen om te gaan, dan om de quaestio facti te heropenen, die telkens weer een afgrond opent op een niet-juridische wereld, "slecht te vertrouwen en niets gedaan". Wij houden toch van deze kleine wereld binnen de dikke muren van dit gebouw, en van de mensen die in deze kleine wereld werken. Het is een klein klein kamertje, waar orde, zorg en liefde heersen, zo sprak de teaterdirecteur in Ingmar Bergman's Fanny en Alexander. En inderdaad, wij houden van ons knusse wereldje. We vinden het niet erg dat onze meubeltjes bestoft zijn, zolang ze maar op hun plaats blijven staan en we alles gemakkelijk terugvinden.

Of voelen we ons soms toch nog de jongeling van MARSMAN ?

De jongen kijkt door de geopende ramen
waarlangs de wereld slaat; zonder zich te beraden
stapt hij de deur uit, helder en zonder vrees.

prof. dr. Matthias E. STORME
advokaat bij de balie te Brussel
hoofddocent aan de Universiteiten van Amsterdam, Antwerpen en Leuven

⁹³ Cass. 16 november 1990, *R.W.* 1990-91, 1090, en kommentaar van mijn hand "Rechtsverwerking na de cassatie-arresten van 17 mei 1990 en 16 november 1990 : nog springlevend", *R.W.* 1990-91, 1073.

⁹⁴ J.M. van DUNNE, *Riskante rechtsvinding*, p. 12, ook in *De dialectiek van rechtsvinding en rechtsvorming*, p. (31) 40. Vgl. ook H.C.F. SCHOORDIJK, *Oordelen en vooroordelen*, rede Tilburg 1972, m.b. p. 8-9.

⁹⁵ "Waarheid in het gewijsde", in *Recht in Beweging*, II, p. 894.

⁹⁶ Het feitenrelaas neemt in de uitspraken van de hoogste rechtskolleges van b.v. Duitsland en de Common law landen overigens nog een belangrijker plaats in. Zie daarvoor o.m. H. KÖTZ, *Die Begründung höchstrichterlicher Urteile*, Preadvises Nederlandse Vereniging voor rechtsvergelijking 1982, 5 v. R. SOETAERT, "Is een cassatie-arrest leesbaar", *R.W.* 1978-79, (2609) 2613 vindt de gedachte dat de achtergrond (feiten) wat omstandiger zou worden weergegeven in de aanhef niet verkeerd, maar beschouwt ze vooral ingegeven door het meestal ongewettigde vermoeden dat een arrest ergens meer betekenis heeft dan het voorgeeft, terwijl de meeste arresten volgens hem volkomen onbelangrijk zijn uit juridisch oogpunt.

