

# het poelaertplein



VLAAMS

van het **PLEITGENOOTSCHAP**

bij de balie te Brussel

Tweemaandelijks informatieblad · Gerechtiglijk jaar 2011 - 2012  
18de Jaargang · Nr 3 JANUARI-FEBRUARI 2012





# Openingsrede – Onrechtmatig bewijs in civiele zaken – willen wij de waarheid? <sup>1</sup>

Jachin Van Doninck

## I. Inleiding

“Toen zeide de vrouw tot de slang: Van de vrucht van het geboomte in de hof mogen wij eten, maar van de vrucht van de boom, die in het midden van de hof staat, heeft God gezegd: Gij zult daarvan niet eten noch die aanraken, anders zult gij sterven. De slang echter zeide tot de vrouw: Gij zult geenszins sterven, maar God weet, dat ten dage, dat gij daarvan eet, uw ogen geopend zullen worden, en gij als God zult zijn, kennende goed en kwaad. En de vrouw zag, dat de boom goed was om van te eten, en dat hij een lust was voor de ogen, ja, dat de boom begeerlijk was om daarvoor verstandig te worden, en zij nam van zijn vrucht en at, en zij gaf ook aan haar man, die bij haar was, en hij at. Toen werden hun beider ogen geopend, en zij bemerkten, dat zij naakt waren.” <sup>2</sup>

## II. Onrechtmatig bewijs in strafzaken

### 1. Legaliteit en relativering

Van de verboden vrucht zult gij niet eten.

Toen procureur-generaal Leclercq in 1923 het hof van cassatie adviseerde over de mogelijkheid voor de strafrechter om onrechtmatig bewijs in de beoordeling te betrekken, aarzelde hij niet. Strikte eerbiediging van de legaliteit stond voorop: “N'existant que pour assurer le respect de la loi, l'administration se nie elle-même en voulant s'appuyer sciemment sur les illégalités commises par ses agents.” <sup>3</sup>

Hij zette hiermee voor decennia de bakens uit, tot tachtig jaar later advocaat-generaal De Swaef bij datzelfde hof het moment daar achtte om “enige verfijning aan te brengen ten opzichte van de traditionele gehuldigde zienswijzen in de zogeheten ‘exclusionary rule’ en ‘fruits of the poisonous tree’-theorieën.” <sup>4</sup>

Politieagenten hadden een café-uit-



bater gefouilleerd en met de verkregen autosleutels de wagen doorzocht. In de wagen werd een geladen vuurwapen met afgevijsd serie-nummer aangetroffen. Onrechtmatig bewijs, maar toch wordt het niet geweerd.

Advocaat-generaal De Swaef adviseert tot verwerping van het cassatieberoep tegen de strafrechtelijke veroordeling.

Hij tipt de elementen aan die de rechter in zijn afweging over de hantering van het bewijsmateriaal kan betrekken: (1) de begane onrechtmatigheid mag de betrouwbaarheid van het bewijs niet hebben aangetast; (2) het gebruik van het bewijs mag niet in strijd zijn met het recht op een eerlijk proces in zijn geheel beschouwd; (3) er moet een belangenafweging gebeuren tussen de noodzaak van bescherming tegen misdrijven en bescherming tegen onrechtmatig politieoptreden; en (4) was de wetschending verschoonbaar?

Het strafproces moet ertoe leiden de waarheid te ontdekken, benadrukt de advocaat-generaal.

In de gecondenseerde bewoordingen van het cassatiearrest van 14

oktober 2003, dat sindsdien door het leven gaat als het Antigoon-arrest, luidt het dat de rechter onrechtmatig bewijs niet in aanmerking mag nemen wanneer (1) de geschonden vormvoorwaarden voorgeschreven zijn op straffe van nietigheid, (2) de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast, of (3) het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces. <sup>5</sup>

Het arrest levert een hard ontwaken op voor wie gewend is om bewijsgaring slechts in termen van legaliteit te benaderen.

### 2. De regel van drie

In de rechtsleer wordt de jacht ingezet op de criteria die het hof van cassatie aanreikt.

Nietigheid

In de nietigheidsregels valt weinig systematiek te ontwaren. Nietig is de toelating van de onderzoeksrechter tot telefoontap die niet de hoedanigheid vermeldt van de officier van gerechtelijke politie belast met de uitvoering van de maatregel. Niet

<sup>1</sup> Deze tekst geeft de openingsrede weer zoals die op 24 november 2011 werd uitgesproken. Een uitvoerigere versie van de openingsrede verscheen bij uitgeverij Intersentia.

<sup>2</sup> Genesis, 3:1-7.

<sup>3</sup> Conclusie bij Cass. 10 december 1923, Pas. 1923, I, 66.

<sup>4</sup> Conclusie bij Cass. 14 oktober 2003, Arr.Cass. 2003, 1862.

<sup>5</sup> Cass. 14 oktober 2003, Arr.Cass. 2003, 1867.

nietig is de huiszoeking die in strijd met de wet van 7 juni 1969 plaatsvindt na negen uur 's avonds of vóór vijf uur 's morgens.

Net om die reden werden de zgn. 'substantiële rechtsvormen' geconcipieerd, waarmee een gelijkwaardige bescherming van bepalingen van fundamentele aard wordt beoogd. Die categorie blijft in de rechtspraak van het hof buiten beeld.

De vraag of hier geen sprake is van een ongelijke behandeling van vergelijkbare categorieën blijft vooralsnog onbeantwoord.

#### Betrouwbaarheid

Het is een regel met geringe slagkracht. We associëren de notie traditioneel met de eigenlijke bewijswaardering – is het bewijs dat wordt bijgebracht betrouwbaar – maar hier doelt men blijkbaar op de betrouwbaarheid van de bewijsvergaring zelf. Het betreft situaties waarin de wet de bewijsverkrijging bijzonder regelt. Te denken valt aan de vaststelling van een verkeersovertreding met een niet-geijkt toestel of de bloedafname in strijd met de wet.

Aan de eigenlijke bewijswaardering – welke geloofwaardigheid hecht hij aan die gegevens – komt de rechter niet toe.

#### Eerlijk proces

Het gebruik van het bewijs mag tot slot niet in strijd zijn met het recht op een eerlijk proces. 'Un critère lache', volgens één auteur.<sup>6</sup> Artikel 6.1 EVRM als een papieren tijger?

Ter illustratie het arrest Schenk tegen Zwitserland van het Europees hof voor de rechten van de mens<sup>7</sup>, een arrest waar de liefhebbers van *crime novels* hun hart kunnen aan ophalen.

Zakenman Schenk plaatst een contactadvertentie die hengelt naar de diensten van oud-legionairs of

leden van het vreemdelingenlegioen. Een zekere Pauty reageert en krijgt de opdracht om tegen betaling van 40.000 USD de voormalige eega van Schenk te liquideren. Pauty doet dat niet en brengt integendeel het doelwit op de hoogte van de plannen van Schenk. Er worden wat alternatieve scenario's overwogen – Schenk zelf aan zijn einde helpen, mevrouw Schenk gewoon laten onderduiken en het geld opstrijken – maar uiteindelijk gaan Pauty en mevrouw Schenk naar de politie. Die suggereert na ruggespraak met de onderzoeksrechter dat Pauty zijn volgend telefoongesprek met Schenk zou opnemen. Het is die telefoonopname die Schenk uiteindelijk de das omdoet. Schenk vecht zijn veroordeling in Straatsburg aan en acht door het gehanteerde bewijs zijn recht op een eerlijk proces miskend.

Artikel 6 EVRM reglementeert niet de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen, zo stelt het hof. Dat is een zaak van nationaal recht en dus komt het niet aan het hof toe om als regel en in abstracto illegaal bewijs uit te sluiten. Er dient onderzocht of het procesverloop in zijn geheel eerlijk was (overw. 46). Het hof stelt vast dat het recht van verdediging van Schenk werd geëerbiedigd, hij heeft het gebruik en de authenticiteit van de bezwarende telefoonopname kunnen betwisten (overw. 47). Kortom, bewijsverkrijging in strijd met de wet – zelfs artikel 8 EVRM – noopt volgens de Straatsburgse rechtspraak niet *as such* tot bewijsuitsluiting.

Bewijsuitsluiting in strafzaken volgens de regel van drie: nietigheid, betrouwbaarheid en eerlijk proces?

### 3. Case by case

Het hof van cassatie geeft na 2003 zelf verdere invulling aan de notie

van het eerlijk proces. Met name kunnen de wijze waarop het bewijs verkregen werd en de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan in de afweging worden betrokken. Het hof knoopt aan bij de elementen die advocaat-generaal De Swaef in zijn conclusie bij het eigenlijke Antigoon-arrest aangaf.<sup>8</sup>

Die Antigoon-toets laat zich moeilijk vangen in een mechanische regel van nietigheid, betrouwbaarheid en eerlijk proces.

Zo oordeelt het hof van cassatie in 2008 dat verbalisanten die met toestemming van de eigenaar een loods betreden maar veronachtzamen de toestemming te verkrijgen van de huurder, een ernstige, onverschoonbare fout begaan, zodat bewijsuitsluiting gewettigd is.<sup>9</sup>

Van recente datum is ook een ophefmakende zaak van vermeende belastingfraude waarbij Luxemburgse bankgegevens tijdens een in scène gezette huiszoeking opgevist werden om er een strafvervolging mee te staven. De beslissing van de strafrechter laat zich vooral lezen als een reprimande voor verwerpelijk gedrag van overheidsfunctionarissen. Het Brusselse hof van beroep brandmerkt de handelingen van politie, onderzoeksrechter en parket als '*gravement déloyale*'.<sup>10</sup>

Veeleer dan de toepassing van een mechanische regel van drie geeft deze rechtspraak blijk van een zaak per zaak beoordeling.

De voorspelling die Traest in '92 in zijn proefschrift over het bewijs in strafzaken deed wordt hiermee bewaarheid: "Eens aanvaard wordt dat onrechtmatig bewijs toch soms mag gebruikt worden, is het (...) vrijwel onmogelijk een nieuwe grens te trekken en wordt de belangenafweging die de beslissing over de toelaatbaarheid van het bewijsmiddel voorafgaat, aan de rechter overgelaten."<sup>11</sup>

6 F. Kuty, "La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale", in F. Kuty en D. Mougnot (eds.), *La preuve – questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 44, nr. 50.

7 EHRM, Schenk v. Switzerland, 1988.

8 Cass. 23 maart 2004, *Arr.Cass.* 2004, 518; Cass. 2 maart 2005, *Arr.Cass.* 2005, 506, concl. Vandermeersch; Cass. 12 oktober 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1903.

9 Cass. 23 september 2008, *T.Strafr.* 2009, 151, noot Schuermans. Omdat het arrest niet in de officiële arrestenverzameling van het hof is opgenomen rijst de vraag of misschien twijfels zijn ontstaan over de hier bewandelde weg.

10 Brussel 10 december 2010, *JT* 2011, 54.

11 P. Traest, *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 458.

## Openingsrede – Onrechtmatig bewijs in civiele zaken – willen wij de waarheid?

### 4. Waarheidsvinding als doel

Het hof van cassatie geeft het uitgangspunt van de legaliteit als toetssteen voor de aanwending van bewijs op en stelt er een *case by case*-benadering voor in de plaats.

Waarom? In het Belgische strafproces blijft de waarheidsvinding als doel centraal staan. Die waarheidsvinding wordt aanzien als een beginsel van de strafrechtspleging. Zij plaatst het belang van de samenleving bij bestraffing van criminaliteit tegenover het belang van de verdachte op een eerlijk proces.

Uitsluiting van onrechtmatig bewijs tempert de macht van politie en parket en houdt het geweldmonopolie van de overheid legitiem. Toepassing van een rigide legaliteit op een strafrechtelijk vooronderzoek dat meer en meer vormvereisten bevat zou het aantal gevallen van bewijsuitsluiting op de spits drijven. Het hof van cassatie opteert in die omstandigheden voor een relativering van de bewijsuitsluiting.

*Judges as legislators?* Eigent de rechter zich een taak van de wetgever toe? Niet noodzakelijk. De strafrechter moet zich dan wel twee stellen tegen een gebrek aan regelbewustzijn bij politie en parket. Dat haalt de kwaliteit en legitimiteit van de strafrechtshandhaving immers onderuit. En tegelijk voor ogen houden dat er, zoals advocaat-generaal Vandermeersch het treffend verwoordde, “vrijheden of grondrechten zijn waarvan men de miskening niet mag relativeren op gevaar af deze te banaliseren.”<sup>12</sup>

### III. Onrechtmatig bewijs in civiele zaken

#### 1. Rustig bezit en ommekeer

Toonde de civiele rechter zich na 2003 ongevoelig voor de bekoring

van de Antigoon-criteria, dan veranderde die opstelling radicaal vanaf 2008. Op 10 maart 2008<sup>13</sup> vernietigt het hof van cassatie een arrest van het arbeidshof te Antwerpen. De overwegingen klinken vertrouwd in de oren: “(...) (H)et staat de rechter de toelaatbaarheid van een onrechtmatig verkregen bewijs te beoordelen in het licht van artikel 6 E.V.R.M. (...), rekening houdende met de elementen van de zaak in haar geheel genomen, (...). Een dergelijk bewijs, behoudens het geval van miskening van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm, mag alleen worden geweerd wanneer de bewijsverkrijging is aangetast door een gebrek waardoor de betrouwbaarheid ervan wegvalt of waardoor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht. (...)”

Een nieuwe dageraad voor het civiele bewijsrecht? De celebratie van Antigoon? *Ceci n'est pas un arrêt.*

Wat wou het geval? De rijksdienst voor arbeidsvoorziening ontvangt van de politie een proces-verbaal waarin een genietter van een werkloosheidsuitkering verklaart dat hij zijn broer helpt in de winkel. De RVA sluit de betrokkene op basis van die informatie een aantal weken uit van het recht op werkloosheidsuitkering. De arbeidsrechtbank vernietigt die beslissing. De politie had niet de machtiging van het openbaar ministerie om de sociale inspectie in te lichten en dus is de beslissing van de RVA gesteund op onrechtmatig bewijs.

Die opvatting gaat in cassatie onderuit. Dit kan niet los gezien worden van de inzet van het geschil. Op basis van de werkloosheidsreglementering werd een zgn. administratieve sanctie getroffen. De administratieve sanctie is een maatregel met een repressief karakter, door een bestuursorgaan opgelegd als reactie op een inbreuk op een rechtscnorm. De *setting* is er één waarin een overheidsorgaan doelstellingen van algemeen belang handhaaft door sancties met een repressief karakter.

Het cassatiemiddel van de RVA acht net om die reden de toepassing van de Antigoon-criteria aangewezen.

In het cassatiearrest wordt herhaaldelijk verwezen naar de ‘inbreuk’ waarvan het bewijs ter discussie stond en die de RVA met zijn administratieve sanctie beoogde te sanctioneren. Tot zijn ware aard herleid is het arrest van 2008 alleen dit: de toepasselijkverklaring van de Antigoon-criteria op zaken van bestuurlijke handhaving waarin een administratieve sanctie in het geding is.

Het heeft niet mogen baten. De civiele rechtspraak heeft de Antigoon-criteria sinds dit cassatiearrest opgepikt als hét middel om discussies over onrechtmatig bewijs mee af te doen.

*Et pourtant.* Vele bezwaren doemen op. Tijd om te gaan dwarsliggen.

#### 2. Bezwaren van juridisch-technische aard

In strafzaken maakt de bewijsgaring deel uit van een voorfase die in het procesrecht is ingebed, het ‘vooronderzoek’. Bewijsgaring is er een proceshandeling waarop desgevallend nietigheidsvoorschriften van toepassing zijn.

Bekend is ook dat de garanties van het eerlijk proces er gelden zodra een persoon onder dreiging van een strafvervolgning leeft. De aanvang van de redelijke termijn of, van recentere datum, de bijstand door een raadsman worden eraan vastgehecht.<sup>14</sup>

Kortom, Antigoon reikt in strafzaken procedurele criteria aan tot beantwoording van een procedurele vraag.

Civiele zaken bieden een geheel ander uitzicht. Van een procedurele voorfase is hier geen sprake. Geen geding zonder gedinginleiding.

Proceshandeling, nietigheidsregels,

<sup>12</sup> Conclusie advocaat-generaal Vandermeersch bij Cass. 2 maart 2005, Arr.Cass. 2005, 511.

<sup>13</sup> Cass. 10 maart 2008, Arr.Cass. 2008, 678.

<sup>14</sup> EHRM, Salduz v. Turkije, 2008, overw. 54-55.

de garanties van het eerlijk procesverloop, ze zien allemaal op de zaak die bij de rechter aanhangig is. In civiele zaken is de bewijsgaring een zaak van materieel recht. Of de bewijsgaring onrechtmatig was en welk effect dit op de procesgang heeft, wordt in civiele zaken dan ook door het materieel recht bepaald. Wat is onrechtmatig bewijs? Een rechtsregel is het resultaat van een door de wetgever gemaakte belangenafweging. Ik reik de rechter twee begrippen aan, normintensiteit en normdoel.

#### Normintensiteit

Niet alle normen hebben dezelfde intensiteit, zo wijst de rechtspraak inzake de aansprakelijkheid van de overheid voor fouten van de administratie uit. De beoordeling van de aansprakelijkheid van de administratie gebeurt naargelang op haar een rechtsplicht met de aard van een middelen- dan wel resultaat-verbintenis rust. De rechter onderzoekt of bij de bewijsgaring inbreuk werd gepleegd op een rechtsnorm die een welbepaald gedrag oplegde of verbood ('resultaatverbintenis'), dan wel of de toetsingsnorm verder moet worden ingekleurd aan de hand van de zorgvuldigheidsnorm.

#### Normdoel

Bij dit begrip denken we spontaan aan artikel 867 Ger.W. Die bepaling stelt naar de kern genomen dat de onregelmatigheid waarmee een proceshandeling behept is niet tot nietigheid leidt indien de handeling het doel heeft bereikt dat ermee beoogd werd. Hier onderzoekt de rechter of daadwerkelijk het doel miskend werd dat met het wettelijk voorschrift werd beoogd.

Een toepassing van deze maatstaf biedt de zaak 'Le Chocolatier Manon'.<sup>15</sup>

Die had als werkgever een verborgen camera geplaatst om na te gaan of



een verkoopster geld uit de kassa nam. Vervolgd voor diefstal riep de winkeldame in dat het bewijs onrechtmatig verkregen was. Volgens CAO nr. 68 inzake camerabewaking op de arbeidsplaats moet de werkgever vooraf de ondernemingsraad over alle aspecten van de camerabewaking informatie verschaffen.

Over de beweerde inbreuk op die bepaling oordeelde de strafrechter dat de informatieplicht slechts geldt bij camerabewaking die gevolgen kan hebben voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene. De camera die uitsluitend is gericht op de kassa in de winkel als publiek toegankelijke ruimte levert geen door deze wetsbepaling geviseerde inmenging in de persoonlijke levenssfeer op. De strafrechter deed de discussie hiermee af op het niveau van de beweerde onrechtmatigheid van het bewijs. Dat de zaak in cassatie een andere wending nam doet daaraan niet af.

Normintensiteit en normdoel, twee begrippen die zuurstof bieden en het beeld doorprikken als zou elke wetschending bij gebrek aan Antigoon tot bewijsuitsluiting aan-

leiding moeten geven.

#### *Fraus omnia corrumpit*

Wat is het gevolg van de begane onrechtmatigheid? Stellen dat de rechter onrechtmatig bewijs 'uit het debat weert' of de overlegging ervan 'ontoelaatbaar' verklaart, vertroebelt de blik. Het creëert de indruk dat het initiatief bij de rechter ligt.

Keren we even terug naar het uitgangspunt. De auteur van een daad van onrechtmatige bewijsverkrijging beroept zich tijdens het geding op de gevolgen van de door hem begane onrechtmatigheid. Hij beoogt er voordeel uit te halen. Zijn fout kan voor hem lucratief zijn.

Het civiele recht kent een regel die aan die lucratieve fout elk effect ontzegt. Het is een algemeen rechtsbeginsel waarvoor zich in deze context een nieuwe toepassingsmogelijkheid aandient: *fraus omnia corrumpit*. Dit algemeen rechtsbeginsel verbiedt volgens de cassatierechtspraak dat door bedrog of oneerlijkheid schade wordt berokkend of winst wordt behaald.

Maar het algemeen rechtsbeginsel

<sup>15</sup> Cass. 2 maart 2005, Arr.Cass. 2005, 506, concl. Vandermeersch.



## Openingsrede – Onrechtmatig bewijs in civiele zaken – willen wij de waarheid?



kan niet tot die toepassing worden verengd, het algemeen rechtsbeginsel heeft wel degelijk een ruimer toepassingsbereik. De in het recht ingebedde moraal dicteert dat de auteur van een onrechtmatigheid daar geen voordeel mag uit halen. De regel *fraus omnia corrumpit* verzet er zich tegen. Door de werking van *fraus omnia corrumpit* wordt aan de onrechtmatige bewijsverkrijging elk rechtsgevolg ontnomen. Dat effect is eigen aan de regel. Onrechtmatige bewijsverkrijging of productie is in civiele zaken dus een rechtsfeit waaraan krachtens de *fraus*-regel elk rechtsgevolg ontzegd wordt.

### 3. Beginselenkritiek

Kwalificatie en diskwalificatie van onrechtmatig bewijs als vragen van materieel recht. Blijft het materieel recht ook onder het geweld van de procesvoering overeind? Alles in acht genomen ontwaar ik drie grote hefbomen waarmee getracht wordt het materieel recht onderuit te

halen. Ze luiden recht op bewijs, waarheidsvinding en belangenafweging.

#### Recht op bewijs

Uit artikel 6 EVRM volgt dat aan elke partij de redelijke mogelijkheid moet worden geboden om haar zaak uiteen te zetten, met inbegrip van haar bewijzen, in omstandigheden die haar in vergelijking met haar tegenpartij niet in een duidelijk nadeligere situatie plaatsen. Afwijzing van een bewijstaanbod dient te worden gemotiveerd op een manier die voldoende inzicht biedt in de redenen daartoe. De rechter mag daarbij niet vooruitlopen op de uitslag van de bewijsvoering.

Partijen hebben echter geen recht op toelating van al het door hen aangeboden bewijs. Uit artikel 6 EVRM volgt niet het recht om onrechtmatig bewijs gevrijwaard te zien. Het recht op bewijs ligt niet in de weegschaal met de diskwalificatie ervan als onrechtmatig bewijs.

Artikel 6 EVRM komt hier eerst te pas in situaties van bewijsnood. Het betreft de uitzonderlijke situatie waarin een partij aantoonde dat haar geen andere bewijsmogelijkheden ter beschikking stonden of staan. Zo zijn er situaties denkbaar waarin slechts een pseudokoop bij machte is om bewijs op te leveren. Of nog, tegen verbranding van documenten helpt geen kort geding.<sup>16</sup>

In materieelrechtelijke termen luidt het dat de begane onrechtmatigheid dan gerechtvaardigd is. *“Zo begrepen verdient het arrest van 10 maart 2008 alle lof. Het herstelt de balans tussen de juridische waarheid en de objectieve waarheid die door de radicale opstelling van een deel van de lagere rechtbanken was scheefgetrokken.”* Zo luidt de analyse bij één auteur.<sup>17</sup>

#### Waarheidsvinding

Wat is waarheid? Het antwoord op die Pilatusvraag luidt hier blijkbaar dat (slechts) waar is wat met de feiten correspondeert. *“The truth is out*

<sup>16</sup> M. Kremer, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 134, voetnoot 281.

<sup>17</sup> B. Allemeersch, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte”, in P. Van Orshoven (ed.), *Gerechtigd Recht. Themis school voor postacademische vorming*, Academiejaar 2010-2011, nr. 59, Brugge, die Keure, 2010, (35) 53, nr. 30.

there.” De waarheid bestaat en kan gevonden worden mits de nodige instrumenten ter beschikking worden gesteld. Het is een benadering die me in strijd lijkt met de uitgangspunten van het civiele procesverloop. Recht en procedure vervormen. De rechtsstrijd transformeert de feiten tot ze in de mal van het recht kunnen worden ingepast: “Courts (...) often proceed by using a limited number of norms to evaluate an even more circumscribed universe of relevant facts.”<sup>18</sup> Het bewijsrecht als fuik die alsmaar smaller wordt.

Het bewijsrecht doet rechters recht spreken met dubbele tong, zo stelde Stijns eerder.<sup>19</sup> Een overeenkomst ontstaat door consensus maar een geschrift is vereist tot bewijs ervan indien de waarde 375 EUR overtreft; aanvoeringslast verandert slechts door betwisting in bewijslast; en wat niet betwist wordt mag de rechter niet in twijfel trekken.

“Ce n'est pas la réalité du fait comme telle qui est en cause. La reconnaissance de la réalité sera dépendante des modes de preuve autorisés. (...) Tout ce qui ne sera pas prouvé selon un mode particulier, (...), est rejeté au néant juridique.” Het bewijsrecht privilegieert regelmatigheid boven werkelijkheid, ‘régularité’ primeert op ‘réalité’.<sup>20</sup>

Feiten zijn geen feiten meer. Het recht dicteert wat feit is. Of zoals Scholten het eerder formuleerde: “We kunnen in de rechtspraak de feiten alleen zien vanuit de regel, de beslissing.”<sup>21</sup>

Dit bewustzijn – bewuste bewustzijnsvernaauwing – zou bij de *dramatis personae* van het civiele proces geen deining mogen veroorzaken.

In de eerste plaats bij de partijen niet. Partijen zoeken rechtsverschaffing en stemmen er hun relaas op af. Zij selecteren slechts die feiten die de beoogde rechtsgevolgen

kunnen verwezenlijken. Jean Laenens schreef dat het bewijsrecht een dienende functie heeft en enkel geldt ter ondersteuning van de effectuering van de materiële rechten van de rechtssubjecten.<sup>22</sup> ‘Prouver’ staat hier voor ‘faire approuver’.<sup>23</sup>

De advocaat? Volgens Calamandrei blijft hij haar (de waarheid) “trouw zolang hij niet meer doet dan uit de ongefilterde werkelijkheid alleen maar die gezichtspunten te kiezen en op een rijtje te zetten, die zijn stelling vooruit helpen.”<sup>24</sup> Geen mooier portret van deze rol van de advocaat dan ‘Anatomy of a murder’ van de Duits-Amerikaanse cineast Otto Preminger (1959). Paul Biegler, vertolkt door James Stewart, geraakte niet herverkozen als openbare aanklager en is weer aangewezen op zijn sluimerende advocatenpraktijk. Hij wordt geraadpleegd door Laura Manion, echtgenote van luitenant Manion. Die laatste wordt beschuldigd van de moord op een barman. Luitenant Manion ontkent niet dat hij de barman heeft gedood maar beweert dat de barman zich aan zijn echtgenote heeft vergrepen en in een impuls handelde. Het wordt James Stewart als snel duidelijk dat dit relaas weinig geloofwaardig is maar hij zal niettemin alles om alles zetten om de lijn van verdediging, die ‘onweerstaanbare dwang’ luidt, te laten zegevieren. ‘De waarheid’ kent hij als advocaat niet en gaat zijn middelen te boven. Het is hem er slechts om te doen de stelling die hij verdedigt als geloofwaardig voor te stellen.

Aldus Bruno Dayez in zijn beschouwingen bij deze film, als hij het over Paul Biegler heeft, “S’il est avocat jusqu’au bout de ses angles, c’est parce qu’il sait n’être pas au service de la vérité. Il se contente de soutenir une thèse crédible. Mais il se montrera d’une pugnacité à toute épreuve pour défendre cette version comme si elle était vraie.”<sup>25</sup>

Moeten rechters nu zenuwachtig op de stoel heen en weer beginnen schuiven? Wat rest er nog van de waarheid die de legitimiteit van het rechterlijk oordeel waarborgt?

De opvatting dat de verbreding van de toegang tot bewijs tot meer procedurele rechtvaardigheid leidt, en dus de legitimiteit van het rechterlijk oordeel ten goede komt, roept grote twijfel op. Recent onderzoek over het belang van die *procedural justice* is ontvondertend. Rechtspraak in civiele procedures overtuigt verliezers zelden van hun ongelijk. Ze menen dat hun argumenten niet zozeer weerlegd zijn maar genegeerd.

Een te strenge opvatting over rechtmatige bewijsgaring zou het conflictoplossend vermogen van het rechterlijk oordeel verzwakken. Een



**Het Aanvullend Pensioen  
speciaal voor U**

**Voorzorgskas**  
voor advocaten, gerechtsdeurwaarders  
en andere zelfstandigen OFP

Gulden Vlieslaan 64 • 1060 Brussel  
Tel. : 02 534 42 42 • Fax : 02 534 43 43  
info@vkag.be • www.vkag.be

18 W.L.F. Felstiner, R.L. Abel, en A. Sarat, “The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...”, 15 *Law & Society Review* 1981, 631-654. Belangrijk voor mijn gedachtevorming hierover was J. Griffiths, “Het interessante van de Hoge Raad”, *Recht der Werkelijkheid* 1989, 80 et seq.

19 S. Stijns, “Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering”, RW 1989-90, 1005.

20 P. Foiriers, “Introduction au droit de la preuve”, in C. Perelman en P. Foiriers (eds.), *La preuve en droit*, Brussel, Bruylant, 1981, 13.

21 P. Scholten, *Algemeen deel*, Mrc. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, met feitelijke gegevens aangevuld door G.J. Scholten, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1974, 121.

22 J. Laenens, “Rechtscultuur en bewijs in civiele zaken”, in R. De Corte e.a. (eds.), *Hulde aan Prof. Dr. Jean Laenens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 290.

23 L. Cadet, J. Normand en S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2010, 844, nr. 254.

24 P. Calamandrei, *Lof van de rechter, geschreven door een advocaat*, Gent, TPR 2004, 83.

25 B. Dayez, “Les avocats au cinéma”, *Le journal des avocats* 2010, nr. 2, D.

## Openingsrede – Onrechtmatig bewijs in civiele zaken – willen wij de waarheid?



parallel wordt dan getrokken met ADR-instrumenten als bemiddeling. Het komt me voor dat hier met onverenigbare grootheden wordt geschermd. Bemiddeling beoogt een door de partijen gedragen oplossing van hun conflict die vertrekt vanuit hun werkelijke belangen en behoeften.

Het civiele proces heeft niet die aspiratie. Het civiele proces beoogt geen door beide partijen gedragen oplossing. Het conflict wordt beslecht, de uitkomst is een gelijk en ongelijk dat in juridische categorieën wordt gevat. *“Courts administer justice according to law, and in so doing by way of a public process they make public affirmation of who and what is right and who and what is wrong.”*<sup>26</sup>

Het volgende beeld dient zich aan: de legitimiteit van het rechterlijk oordeel is geen zaak van de waarheidsaanspraken waarop de uitkomst van de procedure prat kan gaan, maar wel van wat bij de Duitse socioloog Niklas Luhmann ‘*Legitimation durch Verfahren*’ heet.<sup>27</sup> De analyse van Luhmann is doordron-

gen van het inzicht dat het civiele proces reduceert en isoleert. De rechter is slechts aanspreekbaar voor wat na dit proces van isolatie en reductie ter beslechting overblijft. De partijen aanvaarden met elkaar in debat te treden en vergewissen zich ervan dat de uitkomst finaal zal zijn.

De procedure is de legitimatie: de civiele rechter is geen waarheidszoeker maar een motiverende beslisser.<sup>28</sup> *Lites finiri oportet*. Taelman toonde eerder aan dat het gezag van het rechterlijk gewijsde waarmee een beslissing bekleed is geen vermoeden van waarheid van die beslissing oplevert. Dat de zaak door diskwalificatie van bewijsmaterieel een ander uitzicht krijgt mag niet meer verontwaardiging doen ontstaan dan de vaststelling dat ook een door feitelijke of juridische onjuistheden aangetaste beslissing gezag van gewijsde heeft.

*“Pilatus zei tegen Hem: Wat is waarheid? En nadat hij dat gezegd had, ging hij opnieuw naar buiten naar de Joden, en zei tegen hen: Ik vind geen schuld in Hem.”*<sup>29</sup>

### Belangenafweging

Belangenafweging dan maar? De oproep aan de rechter om in redelijkheid aan belangenafweging te doen ligt aangenaam in het oor. Gewis komt aan belangenafweging een plaats toe. Het is de belangenafweging op de door de wetgever uitgevaardigde waardeschaal, bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het bewijs.

Maar dat is blijkbaar niet de belangenafweging waar men op doelt. Op de vaststelling dat het bewijs onrechtmatig is, ent zich hier een nieuwe belangenafweging. Die zet de begane onrechtmatigheid af tegen de ernst van de verweten tekortkoming, of, anders gezegd, de mate waarin de wederpartij het recht geschonden heeft.

Wie ziet niet dat hier een zuivere drogredenering wordt ontvouwen? Wat vaststaat – de onrechtmatige bewijsverkrijging – wordt afgewogen tegen datgene waarvan de rechter slechts door en na rechtmatig bewijs het bestaan mag aannemen. De roep om belangenafweging maskeert dat eigenlijk al standpunt is ingenomen over wie gelijk heeft en dus ook gelijk moet krijgen. Het is een belangenafweging die recht en moraal – welke moraal? – door elkaar haalt en waarbij het recht inschiet.

### IV. Slot

Geven wij het recht uit handen? De opvatting dat meer waarheid gelegen is in minder bewijszwering is toegeven aan de utopische verleiding van meer waarheid ten koste van minder recht. De moraal kan niet worden gebruikt om de wet opzij te schuiven. Gevraagd om te kiezen tussen recht en moraal kies ik voor het recht.

26 J. A. Iolowicz, “ADR and the Role of Civil Litigation”, in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, Parijs, LGDJ, 2008, 277.

27 N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1969.

28 N. Huls, “De rechter is geen waarheidsvinder, maar een motiverende beslisser!”, *R&R* 2006, 3 et seq.; verder ook J. Th. Degenkamp, “Waarom rechtsgeleerde waarheid?”, *Ars Aequi* 2010, 51.

29 Johannes, 18:38.

