

Departement deontologie
Adviezen in deontologische kwesties

Het departement deontologie dient de stafhouders en raden van de Orde van advies, adviezen die ook - met goedkeuring van de betrokken opdrachtgevers – worden verspreid naar de overige Vlaamse balies.

1/VVB/Dep. Deontologie/111

De specifieke aard van het tuchtrecht - of : tuchtrecht is geen strafrecht

Naar aanleiding van een recent arrest van het Arbitragehof stellen wij in deze bijdrage een onderzoek in naar de specifieke aard van het tuchtrecht waarbij wij voornamelijk de verschillen en gelijkenissen tussen tuchtrecht en strafrecht, tussen tuchtprocedure en strafprocedure zullen onderzoeken.

1. **Het Arrest Arbitragehof 7 december 1999.** Het Arbitragehof onderzocht in zijn arrest van 7 december 1999, nr 129/99, de prejudiciële vraag, gesteld door de Raad van State als beroepsrechter van een disciplinaire straf uitgesproken door de Minister van Binnenlandse Zaken en het Openbaar Ambt lastens een rijkswachter, of het toenmalig disciplinair statuut van de rijkswacht, geen schending inhield van artikel 10 en 11 van de Grondwet.

De vraag luidde in essentie : schendt dat disciplinair statuut het gelijkheidsbeginsel in zoverre het niet in een verjaringsregeling voor tuchtvorderingen voorziet, terwijl wat de strafvordering betreft de wet verjaringsregels bepaalt. (De rijkswachter was overigens op strafgebied aan veroordeling ontsnapt wegens de verjaring, terwijl hij op tuchtgebied nadien ontzet werd uit zijn ambt.)

De kwestie gaf aanleiding tot een uitspraak die ongetwijfeld op alle tuchtregimes van toepassing is.

Het Arbitragehof stelde vooreerst vast dat er een wezenlijk verschil bestaat tussen tuchtrecht en strafrecht, verschil dat op een objectief criterium berust.

De strafvordering heeft als doel inbreuken op de maatschappelijke orde te bestraffen, wordt uitgeoefend in het belang van de maatschappij, door de bevoegde strafgerechten, betreffende enkel feiten die de wet als misdrijf omschrijft, en middels bij of krachtens de wet voorgeschreven straffen.

De tuchtvordering heeft als doel inbreuken op de deontologische of disciplinaire regels of het afbreuk doen aan de eer of de waardigheid van het beroep te bestraffen, wordt uitgeoefend in het belang van het beroep of de openbare dienst, door de tuchtverheden eigen aan elk beroep, administratieve overheid of rechtscollege, betreffende tekortkomingen die niet noodzakelijk precies gedefinieerd zijn en middels sancties die de betrokkene raken in de uitoefening van zijn ambt of beroep.

Gezien deze door het Arbitragehof geschetste eigen aard en finaliteit van de tuchtprocedure, gebiedt het gelijkheidsbeginsel niet dat de wetgever in een verjaring van de tuchtvordering voorziet, ook wanneer hij daarin voorziet voor de strafvordering.

De wetgever kan het aan de tuchtverheid overlaten om geval per geval te oordelen of de vordering is voortgezet overeenkomstig het beginsel van behoorlijk bestuur, dat een behandeling binnen een redelijke termijn oplegt (het ging om een rijkswachter, dus statutair overheidspersoneelslid, op wie de regel van de redelijke termijn van toepassing is als algemeen rechtsbeginsel van behoorlijk bestuur, en niet als toepassing van artikel 6.1 E.V.R.M. dat niet geldt in tuchtgedingen van het overheidspersoneel).

2. **Tuchtrecht is geen strafrecht.** Tuchtrecht is dus geen strafrecht, zegt het Arbitragehof ; je kan beide niet over dezelfde kam scheren.

Nochtans, meldt procureur-generaal J. du Jardin, bestaat de neiging, omdat het telkens om bestraffend recht gaat, het strafrecht en strafprocesrecht dat het bestraffend recht bij uitstek is, als rolmodel te hanteren (Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden : toetsing van de wettigheid door het Hof van Cassatie, Mercuriale 1 september 2000, R.W., 2000-2001, 785). Waarbij deze hoge magistraat zelfs noteert dat het stelsel van de tuchtstraffen te nauw gericht is op de bestraffing of boetedoening, wat niet meer zou gelden voor de strafsancities (o.c., pag. 808).

De disciplinaire actie is een interne procedure tegenover leden van een korps of een gereguleerd beroep, die de eer of de waardigheid van hun functie of beroep hebben miskend, of inbreuk hebben gemaakt op de beginselen die eraan ten grondslag liggen (STEVENS, J., Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen, Kluwer, Antwerpen, 1997, nr 1038).

3. **Eigen tuchtbevoegdheden van de Orde.** Dat de Orde van Advocaten een eigen tuchtrechtelijke bevoegdheid heeft over haar leden en oordeelt over de nakoming van de beroepspllichten door haar leden (artikel 456 Ger.W.), los van het gerechtelijk apparaat, vindt zijn reden in de taak van de advocatuur in het gerechtelijk apparaat zelf, doch ook als antagonist van dat apparaat, als tegenspreker van de macht en van het gerecht. Daarom moet de Orde zelf de controle behouden over wat in de beroepsuitoefening oorbaar of niet oorbaar is.

Deze fundamentele praemisse van eigen bestuur en eigen tuchtrechtelijke bevoegdheid van de Orde, is geen noodzaak voor elke andere orde of beroepsinstituut, waar de overheid en de overheidsrechter de deontologie of tuchtrechtspraak perfect zouden kunnen ordenen.

Dat is dan ook de reden waarom voor de advocatuur - in tegenstelling met de overige vrije beroepen, orden en instituten - het de Orde zelf is die de regels bepaalt, zonder dat enige goedkeuring of bekrachtiging door de overheid (bij wet of bij K.B.) noodzakelijk zij (HANNEQUART, Y. en HENRY, P., "Les rapports entre la déontologie et la responsabilité civile" in Liber Amicorum J. Van den Heuvel, Kluwer, Antwerpen, 1999, 50-51).

De Orde maakt de regels (door de raad van Orde, vroeger ook de Algemene Raad van de Nationale Orde, na de komende wetswijziging de Raad van Afgevaardigden van de

Vereniging van Vlaamse Balies, mogelijk toch nog Orde van Vlaamse Advocaten genoemd) ziet toe op hun naleving (door de stafhouder) en sanctioneert hun niet-naleving (door de raad van de Orde zetelend als tuchtrechter).

Dat is wat procureur-generaal du Jardin aanwijst wanneer hij stelt dat thans het drieluik "vervolgning, onderzoek en vonnis" dat kenmerkend is voor de strafrechtspleging nog niet voldoende op de voorgrond treedt in tuchtzaken (o.c., 809). De vraag is echter of het tuchtrecht ermee gebaat is meer strafrecht(spleging) te worden.

De disciplinaire actie wordt echter - in strijd met de al te beperkende omschrijving van het Arbitragehof - niet enkel uitgeoefend in het belang van het beroep of van de openbare dienst, doch ook in het belang dat de maatschappij heeft in de goede werking van het beroep en van de Orde.

Centraal in het publiekrechtelijk geregelde tuchtrecht van de advocaat staat het publiek belang bij een goede beroepsuitoefening. Dit belang is dan ook de toetssteen bij de beoordeling van gedragingen van advocaten t.o.v. hun beroepsgenoten en cliënten (STEVENS, o.c., nr 1039).

Het gaat dus niet om een recht ten behoeve van de beroepsgroep zelf.

4. **Regels van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing.** Tuchtrecht is immers geen gemilderd of ondergeschikt strafrecht, een stelling die voor het gerechtelijk wetboek nog opgang maakte (VAN LENNEP, R., Handboek voor het disciplinair recht en het disciplinair procesrecht, 1963, 16).

Speciaal wat de advocaten betreft, maken de regels betreffende de deontologische verplichtingen (eer van het beroep, waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid, artikel 456 Ger.W.), het aanhangig maken van de zaak (door toedoen van de stafhouder, artikel 457 Ger.W.) en de proceduregang voor de raad van de Orde en de Tuchtraad van Beroep en de straffen (artikel 460-477 Ger.W.), deel uit van het gerechtelijk wetboek. Artikel 2 Ger.W. bepaalt dat de regels van dit wetboek het gemene procedurerecht uitmaken, behoudens wanneer bijzondere rechtsplegingen *"geregeld worden door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen of door rechtsbeginselen, waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van dit wetboek"* (STEVENS, o.c., nr 1064).

Er is dus geen aanleiding tot het toepassen van strafrechtelijke regels, of regels uit de strafrechtprocedure. Wat meer is, ze worden, wat het advocatentuchtrecht betreft, duidelijk uitgesloten.

Het Arbitragehof wees dus terecht op het verschil tussen tuchtrecht en strafrecht, verschil dat op een objectief criterium berust, en wees op de eigen aard en finaliteit van het tuchtrecht. Daaruit volgt het niet-discriminerend karakter van een aantal regels in het tuchtrecht, hoewel ze afwijken van regels in het burgerlijk recht of strafrecht of dito procesrecht.

De disciplinaire actie is dan ook onafhankelijk van de straf- of burgerlijke vordering (DU JARDIN, o.c., 793 ; STEVENS, o.c., nr 1044-1045).

De klager, de gelaedeerde partij - zeg maar burgerlijke partij - heeft er geen toegang.

Het tuchtrecht heeft een - volgens sommigen beperkte - invloed op de burgerlijke aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar (DU JARDIN, o.c., 794 ; HANNEQUART & HENRY, o.c., 46 e.v. ; STEVENS, o.c., nr 957 e.v. ; CORNELIS, L., *Beginnelsen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, deel I, Kluwer, Antwerpen, 1989, 258, nr 154-156).

Er bestaat geen rechtsbeginsel "le criminel tient le disciplinaire en état" (STEVENS, o.c., nr 1043).

5. **Tuchtrecht van E.V.R.M..** Een aantal regels die wij kennen uit het strafrecht zijn langs het E.V.R.M. binnengedrongen in het tuchtrecht. Men denke maar aan de openbaarheid van de debatten, het non bis in idem beginsel, het rechtsbeginsel van de onoverkomelijke dwaling, het vermoeden van onschuld, de redelijke termijn. Het zijn dus geen strafrechtelijke regels die op tuchtzaken toegepast worden, doch de regels van het eerlijk proces van artikel 6, 1 E.V.R.M., en waarvan het Hof van Cassatie in een eerste beweging vond dat deze regels niet op tuchtzaken van toepassing waren, nu deze zaken geen geschillen over een burgerlijk recht betroffen (eerst na diverse veroordelingen door het E.H.R.M. volgde het Hof van Cassatie de Europese rechtspraak in zijn *Le compte II*-arrest - Cass., 14 april 1983, Arr. Cass., 1982-83, 968 - en de daaropvolgende constante rechtspraak).

Vroeger werden deze regels in het tuchtrecht binnengesmokkeld, niet als regels van het principe als dusdanig niet toepasselijk strafrecht of strafprocesrecht, doch als algemene rechtsbeginselen ook toepasselijk in tuchtzaken, een praktijk die gezien de toepassing van het E.V.R.M. in tuchtzaken thans overboord is gegooid (DU JARDIN, o.c., 792).

Men weet echter dat voor het E.V.R.M. de regels van het verdrag maar van toepassing zijn wanneer de vervolgte persoon een inbreuk ten laste wordt gelegd waarbij hij bestraft kan worden (waarbij strafvervolging volgens het E.H.R.M. een autonoom begrip is, d.w.z. dat de rechter verplicht is na te gaan, buiten de omschrijving ervan in het nationale recht, of de opgelegde tuchtmaatregel in werkelijkheid niet zowel door zijn aard als door zijn gevolgen gelijk staat met een strafrechtelijke sanctie (zie VELU, J. en ERGEC, R., *Convention européenne des droits de l'homme*, 1990, R.P.D.B., compl. VII, nr 626) of wanneer en voor zover de tuchtprocedure kan leiden tot een schorsing of schrapping, nl. het recht aangaat een beroep te blijven uitoefenen, recht dat van burgerlijke aard is in de zin van artikel 6.1 E.V.R.M..

Het is bij deze rechtspraak van het E.H.R.M. dat het Hof van Cassatie zich in *Le Compte II* aansloot door te stellen dat het volstaat dat de tuchtprocedure aanleiding kan geven tot deze twee tuchtstraffen.

Kan de tuchtprocedure geen aanleiding geven tot schorsing of schrapping, dan blijven nochtans dezelfde rechten van artikel 6.1 gegarandeerd, doch ditmaal onder de vorm van de oude "algemene rechtsbeginselen".

Zoals LEMMENS en D'HOOGHE terecht opmerken betekent dit in de praktijk - gelet op het ontbreken van een schaal van inbreuken en straffen in het tuchtrecht o.m. van de advocatuur (waarover verder meer) - dat hun tuchtprocedures steeds onder toepassing van artikel 6.1 vallen ongeacht de aard van de tenlastelegging (Het recht van verdediging in strafzaken, C.B.R., U.I.A., Antwerpen, Kluwer, 1989, pag. 4 ; STEVENS, o.c., nr 1099).

Bovendien heeft het E.H.R.M. de garanties van artikel 6, 2° en 3° - waarvan oorspronkelijk werd gedacht dat ze slechts strafzaken aanbelangden - uitgebreid naar civiele zaken (waaronder tuchtzaken vallen als een burgerlijk recht, nl. het recht om een beroep uit te (blijven) oefenen in het gedrang komt).

Het E.H.R.M. stelt dat de rechten van artikel 6, 2° en 3° slechts toelichtingen zijn van artikel 6, 1° "recht op eerlijke behandeling van zijn zaak", zodat ze ook in een burgerlijk geding moeten toegepast worden (VELU en ERGEC, o.c., nr 466-7 ; RUDLOFF, S., Droits et libertés de l'avocat dans la convention européenne des droits de l'homme, Brussel, Bruylant, 1995, 128).

Ook vanuit dit perspectief is dus geen bijkomend steunen op regels ontleend uit de strafwet of uit de strafvordering van doen.

6. **Nullum crimen, nulla poena.** Zonder twijfel het allerbelangrijkste verschilpunt tussen tuchtrecht en strafrecht bestaat in het ontbreken in het tuchtrecht van de regel *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

Buiten de zeer algemene wettelijke omschrijving van de deontologische regels ("eer van de Orde", "de beginselen van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid die aan het beroep ten grondslag liggen" van artikel 456 Ger.W., "bescheidenheid die van hun ambt mag worden verwacht" en "billijke gematigdheid" i.v.m. erelonen van artikel 459 Ger.W.), worden deze nader bepaald door de overheden van de Orden. Het Hof van Cassatie besliste reeds dat dergelijke algemene of bijzondere reglementen de toepassingsregels vormen van de principes van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid van artikel 456 Ger.W. (Cass., 31 januari 1980, Arr. Cass., 1979-80, 639).

Nu deze regels gelijk gesteld worden met uitvoeringsbesluiten van het gerechtelijk wetboek (HANNEQUART & HENRY, o.c., 47, voetnoot 16) vallen ze onder de censuur van de rechtbanken (artikel 159 Grondwet) en dienen ze dus te beantwoorden aan de beperkingen van de principes van legaliteit en specialiteit (STEVENS, o.c., nr 43 en 1052).

Daardoor kunnen ze o.m. strijden met de ook op de vrije beroepen toepasselijke vereisten van economische vrijheid en mededinging, zoals gewaarborgd door de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, en de Europese mededingingsregels (Apothekersarrest, Cass., 7 mei 1999, R.W., 1999-2000, 112 ;

Arbitragehof, 30 april 1997, nr 945, J.L.M.B., 1997, 784 ; DU JARDIN, o.c., 789 en noot 39).

Maar het bijzondere aan het tuchtrecht is juist dat een tuchtrechtelijke inbreuk tot een sanctie aanleiding kan geven hoewel deze inbreuk niet precies in één of andere deontologische code of reglement beschreven en strafbaar gesteld is, en evenmin vooraf enige precieze strafmaat op dergelijke inbreuk is vastgelegd. Het legaliteitsbeginsel is m.a.w. niet van toepassing in tuchtzaken (Cass., 23 september 1968, J.T., 1968, 729 ; Cass., 19 mei 1988, R.W., 1988-89, 545 ; Tuchtraad van Beroep Antwerpen, 23 februari 1989). Dit geeft een zeer ruime beoordelingsbevoegdheid aan de tuchtrechter om te bepalen van geval tot geval of een handeling afwijkt van bepaalde gedragsmodellen in het beroep gangbaar, en te bepalen welke van de vijf wettelijke straffen (waarschuwing, censuur, berisping, schorsing en schrapping - artikel 460, lid 1 Ger.W.) hij daarvoor oplegt.

De beoordelingsvrijheid van de tuchtrechter is daardoor echter nog niet onbepaald of staat geen loutere willekeur toe : bij ontstentenis van een schriftelijke regel kan een bepaalde gedraging alleen na een redelijk onderzoek als een tuchtrechtelijke fout worden aangemerkt ("Principe de raison" of redelijkheidsbeginsel, DU JARDIN, o.c., 789 ; LEMMENS, P., Le droit disciplinaire des huissiers de justice, in L'huissier de justice, Rev. Trim., 1996, nr 96/4.702, 65, noot 48).

Algemene begrippen als de eer en de waardigheid, de rechtschapenheid en de kiesheid zijn daarom nog geen vage begrippen. We komen ze in onze wetgeving regelmatig tegen, als : door wiens schuld de schade is ontstaan (artikel 1382 B.W.), de billijkheid, het misbruik van recht, de rechten van de verdediging, de goede trouw, de goede zeden e.d.m. of de regel van artikel 6.1 E.V.R.M. zelf "recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak". Deze begrippen zijn niet zinledig. Enkel moet het rechtssubject, en moet de rechter en dus ook de tuchtrechter hun precieze inhoud in de concrete omstandigheden van de zaak invullen.

7. **Bewijs in tuchtzaken.** Wat het bewijs in tuchtzaken betreft, is het vrije vormloze bewijs dat wij ook kennen uit het strafrecht van toepassing, en niet de bewijsregels van artikel 870 e.v. Ger.W., die stellen dat elke partij het bewijs moet leveren van de feiten die ze aanvoert. De Orde, de stafhouder zijn immers geen partij in het tuchtgeding, en treden er ook niet als vervolgende partij op (Cass., 14 november 1980, Arr. Cass., 1980-81, 295 ; Cass., 8 april 1991, Arr. Cass., 1990-91, 413 ; Cass., 18 februari 1994, R.W., 1994-95, 548 ; DU JARDIN, o.c., 802 ; STEVENS, o.c., nr 1064-1066).

Het vermoeden van onschuld (in dubio pro reo-beginsel van het strafrecht), dat oorspronkelijk enkel voor strafzaken steun vond in artikel 6, 2 E.V.R.M., is door de uitbreiding van de bescherming van artikel 6, 2 en 6, 3 van het E.V.R.M. (hoger nr 6) als recht op een eerlijke behandeling van de zaak, ook een norm met rechtstreekse werking geworden in tuchtzaken.

Ook hier dus dient niet gesteund op een analogische toepassing van de strafwet (STEVENS, o.c., nr 1066-1067).

Een bijzondere vermelding verdient het feit dat er - zoals in het strafrecht en afwijkend van het burgerlijk recht - geen regel van de ondeelbaarheid van de bekentenis (artikel 1356 B.W.) bestaat in het tuchtrecht (Cass., 17 juni 1977, Pas., 1977, I, 1061).

Een afwijking van de strafrechtelijke regel, dat een beklaagde niet moet meewerken aan zijn veroordeling, het recht heeft er het stilzwijgen toe te doen, en dus het verbod van auto-incriminatie (vastgelegd in het I.V.B.P.R.-verdrag van New York van 18 december 1966, artikel 14, 3^o, g, geratificeerd door de wet van 15 mei 1981) vormt de plicht tot oprechtheid en loyaliteit t.o.v. de tuchtoverheden.

Het Hof van Cassatie oordeelde meermaals dat deze deontologische plicht de advocaat verplicht tot openbaring van de waarheid, en zelfs beroepsgeheim te ontsluiten t.o.v. de disciplinaire overheden, die overigens zelf gehouden zijn dat beroepsgeheim t.o.v. derden te bewaren (Cass., 12 mei 1977, Pas., 1977, I, 929 ; Cass., 29 mei 1986, Arr. Cass., 1985-86, nr 609 ; Cass., 18 februari 1994, Arr. Cass., 1994, 177 ; Cass., 15 december 1994, Arr. Cass., 1994, 1118 ; DAVID, E., "De l'obligation de sinc rit  de l'avocat", J.T., 1989, 265 ; Hof van Discipline (NL), 18 november 1991, 1567, Adv. bl., 1992, 266 ; STEVENS, o.c., nr 1069-1070 ; DU JARDIN, o.c., 800 en 802).

Het E.H.R.M. heeft hierover nog geen uitspraak moeten doen, doch deze rechtspraak word kritisch benaderd door LEMMENS en D'HOOGHE (o.c., 20, nr 28), GOFFIN, L., ("L'avocat ou le médecin doit-il r v ler   ses autorités disciplinaires le secret dont il est professionnellement le dépositaire ?", Ann. Dr. Louv., 1984, 373-374, nr 11), LAMBERT, P., (Règles et usages, o.c., 657) en stafhouder VERSTRAETE, J., ("De waarheidsverplichting van de advocaat", in : Liber Amicorum Jozef Van den Heuvel, o.c., 149, e.v.).

8. **Non bis in idem/gewijsde.** Het non bis in idem-beginsel wordt in tuchtzaken zowel als in strafzaken toegepast, doch in tuchtzaken in de regel het gevolg van het gezag van het tuchtrechtelijk gewijsde, dat aan de eerdere tuchtbeslissing kleeft en dat zich aan de tuchtrechter opdringt (artikel 25 Ger.W. ; STEVENS, o.c., nr 1042 en 1237).

Door in een eerdere instantie te oordelen heeft het tuchtrechtelijk college zijn rechtsmacht uitgeput ; zonder zich te bezondigen aan machtsoverschrijding kan de tuchtrechter niet terugkomen op wat reeds eerder tuchtrechtelijk beslist werd. De regel non bis in idem (exceptie van gewijsde) is dus een corrolarium van disciplinaire rechtspraak, uitgeoefend door een disciplinaire rechtsmacht.

9. **Enkele bijzondere procedureregels.** Wat de toepasselijke procedureregels betreft, werd reeds gewezen op de principiële toepassing (artikel 2 Ger.W.) van alle regels van het burgerlijk procesrecht (STEVENS, o.c., nr 1136, e.v.).

In een arrest van 26 mei 1995 heeft het Hof van Cassatie echter de regels van de strafrechtelijke expertisegang van toepassing verklaard op een tuchtrechtelijk bevolen expertise (Cass., 26 mei 1995, R.W., 1995-96, 102, Rec. Cass., 1996-97, noot BATAILLE, H., "De toepassing van artikel 978-979 van het Gerechtelijk Wetboek in tuchtzaken").

Wij hebben deze afwijkende rechtspraak betreurd en bekritiseerd (STEVENS, o.c., nr 1136.1 tot 1136.6). Zeker omdat op dat moment het Arbitragehof in zijn rechtspraak het niet-contradictoir karakter van het expertiseonderzoek in strafzaken op de korrel nam (o.m. Arbitragehof, 30 april 1997, B.S., 19 juni 1997, 16.455, J.T., 1997, 494), waardoor het Hof van Cassatie in zijn latere rechtspraak betreffende de strafexpertise wat gas heeft teruggenomen (o.m. 8 februari 2000, J.L.M.B., 2000, 625, noot SADZOT, A., "Les expertises en procédure pénale : un pas de plus vers la contradiction" ; 12 april 2000, J.T., 2000, 718 ; zie ook Mons, 5 oktober 2000, J.T., 2001, 109 en VANDAELE, A., "Het probleem van het contradictoir karakter van het deskundig onderzoek in strafzaken", R.W., 2000-2001, 217).

De verwijzing in het arrest van 26 mei 1995 naar regels uit de strafrechtspleging in een tuchtzaak - waar het principiële niet-contradictoir karakter van de expertise de verdachte minder waarborgen op tegenspraak en equality of arms verleent - is dus een ongelukkige uitschuiver.

Ze resulteert in minder rechtsbescherming, bemoeilijkt de proceduregang, maakt de uitvoering van de tuchtextpertises vraagwaardig. Bovendien zondigt ze tegen de coherentie van het systeem, door voor een (overigens overbodig) oogmerk, toch een beroep te doen op regels buiten het gerechtelijk wetboek, daar waar voor het overige, ook voor de bewijsregeling dit wetboek de regels bepaalt.

Men denke aan de toepassing van de regels van het gerechtelijk wetboek voor getuigenverhoor (Cass., 4 februari 1988, Arr. Cass., 1987-88, 700 (impliciete oplossing)), beroep (Cass., 14 december 1973, Arr. Cass., 1974, 1129 ; Cass., 18 juni 1976, Arr. Cass., 1976, 1164 ; Cass., 29 juni 1979, Arr. Cass., 1978-79, 1327 ; Cass., 21 november 1991, Arr. Cass., 1991-92, 255 ; Cass., 18 februari 1994, R.W., 1994-95, 548 ; TRD & I, 1994, 345), geen toepassing van de (strafrechtelijke) regel der eenstemmigheid bij strafverzwaring (Cass., 21 november 1991, R.W., 1991-92, 963, J.T., 1992, 97 ; Cass., 24 maart 1995, T.B.H., 1995, 963, en noot N.D., "L'action disciplinaire, une procédure "sui generis" - Quelques réflexions suscitées par l'Arrêt de la Cour de Cassation du 24 mars 1995 en cause X, reviseur d'entreprise c/ I.R.E.), de regels der wraking (Cass., 20 november 1967, Arr. Cass., 1968, 393), de plicht tot oprechtheid ten overstaan van de tuchtverheid (Cass., 12 mei 1977, Arr. Cass., 1977, 936), het niet-gelden in tuchtzaken van de regel nullum crimen, nulla poena sine lege (Cass., 23 september 1968, Arr. Cass., 1969, 84 ; Cass., 19 april 1979, Arr. Cass., 1978-79, 976 ; Cass., 2 juni 1983, Arr. Cass., 1982-83, 1214 ; Cass., 19 mei 1988, Arr. Cass., 1987-88, 1235), en de voorziening in cassatie volgens de regels van het gerechtelijk wetboek (Cass., 12 mei 1978, Arr. Cass., 1978, 1071) (STEVENS, o.c., nr 1136-5).

Procureur-generaal du Jardin erkent dan ook dat "*bij ontstentenis van een fundamentele analogie tussen strafrecht en tuchtrecht*" de uitsluiting van artikel 978 e.v. Ger.W. in tuchtzaken niet te verantwoorden was (DU JARDIN, o.c., 802).

De regel volgens welke in strafzaken (artikel 202 Sv.) op het enkel beroep van diegene die vervolgd wordt zijn toestand niet mag worden verzward, is niet van toepassing in

tuchtzaken (Cass., 13 september 1984, Arr. Cass., 1984-85, 81 ; Cass., 14 april 1978, Arr. Cass., 1978, 933).

De tuchtraad van beroep kan beslissen dat zijn beslissing uitvoerbaar is, zodat cassatieberoep niet schorsend zal werken in afwijking met een cassatieberoep in strafzaken (Cass., 24 januari 1974, Pas., 1974, I, 556 ; artikel 477, lid 4 Ger.W.).

Dat de regels van het tuchtproces onderworpen zijn aan de algemene regels van het gerechtelijk wetboek (artikel 2 Ger.W.) brengt ook mee dat artikel 860 van dat wetboek van toepassing is, dat stelt dat *"wat de verzuimde of onregelmatig verrichte vorm ook zij, geen proceshandeling kan nietig worden verklaard, indien de wet de nietigheid ervan niet uitdrukkelijk voorschrijft"* (pas de nullité sans texte).

Niet-naleving van een bepaling van een baliereglement i.v.m. de proceduregang leidt dus niet tot nietigheid van de procedure wanneer de naleving niet in het reglement op straffe van nietigheid is voorgeschreven (Cass., 17 maart 1988, Arr. Cass., 1987-88, 937 ; R.W., 1988-89, 257).

10. **E.V.R.M. en rechten van de verdediging.** Vermelden wij nog dat, ditmaal zoals in strafzaken, artikel 6 E.V.R.M. in tuchtzaken niet van toepassing is op de voorbereidende fase (disciplinaire informatie en disciplinair onderzoek), behalve als tijdens die fase een tekortkoming optreedt die zo ernstig is dat *"het eerlijk karakter van het proces er ernstig door in het gedrang dreigt te komen"* (Cass., 24 oktober 1997, J.L.M.B., 1998, 1324, noot KUTY, F., "Vers le principe de l'applicabilité de l'article 6 C.E.D.H. à la phase préparatoire du procès pénal" ; DU JARDIN, o.c., 802). Vergeten wij daarbij niet dat het E.H.R.M. toeziet op de globale toepassing van het recht op een eerlijk proces (rechten van de verdediging, recht op tegenspraak, wapengelijkheid) in de loop van het ganse proces, beroepsinstanties in feitelijke aanleg inbegrepen.

Aldus worden deze rechten niet geschonden wanneer de vervolgte persoon tijdens het vooronderzoek niet werd bijgestaan door een raadsman, indien hij de bevindingen van het vooronderzoek mag betwisten tijdens de debatten ter zitting (Cass., 3 september 1998, Arr. Cass., 1998, nr 381).

Aldus wordt aanvaard dat de oproeping-dagstelling waarmee de betrokkene voor de raad van de Orde wordt gedaagd niet moet gemotiveerd zijn (Cass., 25 januari 1996, R.W., 1996-97, 309) in de zin van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen (wat niet verwonderlijk is gezien het een beslissing van jurisdictionele aard betreft), doch ook dat het volstaat de aard van de feiten erin op te nemen, terwijl de feiten later nauwkeuriger worden omschreven, en betrokkene tenvolle de kans krijgt om zich tijdens de debatten daarop te verdedigen (Cass., 11 oktober 1984, Arr. Cass., 1984-1985, 251).

Zelfs dat artikel 6.3.b. E.V.R.M. (eenieder die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd heeft het recht op voldoende tijd en faciliteiten welke nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging) in beginsel niet toepasselijk is in een tuchtprocedure (Cass., 7 mei 1999, Arr. Cass., 2000, 638, doch zie hoger nr 5).

Vergeten wij tenslotte niet dat een oproeping voor de raad van de Orde die om één of andere reden onregelmatig is, niet tot vernietiging van een tuchtrechtelijke beslissing leidt wanneer de betrokkene zich zonder voorbehoud op de tenlastelegging heeft verdedigd (Cass., 9 oktober 1967, Arr. Cass., 1968, 188 ; Cass., 29 maart 1973, Arr. Cass., 1973, 766), behoudens wanneer het een regel van openbare orde, nl. van wezenlijk belang voor de rechtsbedeling geldt.

Er moet ook aan herinnerd worden dat een schending van de rechten van de verdediging gedekt wordt wanneer zij in feitelijke aanleg niet wordt opgeworpen doch betrokkene enkel zijn verweer ten gronde voert, en dat dus schending van de rechten van de verdediging niet voor de eerste maal in cassatie kan worden aangevoerd (Cass., 24 januari 1974, Arr. Cass., 1974, 580 ; Cass., 17 maart 1988, Arr. Cass., 1987-88, 937, R.W., 1988-89, 257).

En dat een middel (bv. dat er onduidelijkheid bestond over de feiten die ten laste werden gelegd) voor zover het niet van openbare orde is, niet voor het eerst in cassatie kan worden voorgedragen (Cass., 7 mei 1999, geciteerd).

In strijd met het vereiste in strafzaken, is het tuchtgerecht niet gehouden de bestrafte feiten in de uitspraak in de bewoordingen van de wet of van de code of reglement van plichtenleer te omschrijven ; de rechter dient de feiten slechts te vermelden waarop de tuchtsanctie stoelt, zodat het Hof van Cassatie kan nagaan of de bestreden beslissing uit die feiten al dan niet heeft kunnen afleiden dat er een tekortkoming was (Cass., 23 oktober 1981, Arr. Cass., 1981-82, nr 135, noot AI ; DU JARDIN, o.c., 805).

11. **Leer van de naar recht verantwoorde straf.** Zoals reeds gezien, speelt in tuchtzaken het legaliteitsbeginsel niet, ook niet wat de straf betreft (nulla poena sine lege - hoger nr 6). Op de diverse al dan niet in een reglement omschreven inbreuken op deontologische verplichtingen, staan geen welbepaalde straffen. De tuchtrechter kan dus, onder voorbehoud van het redelijkheidsbeginsel, voor een bepaalde inbreuk 't is eender welke straf uitspreken, gaande van waarschuwing tot en met schrapping.

Wanneer, naar analogie met strafzaken, hier de leer "van de naar recht verantwoorde straf" wordt toegepast, zou de straf steeds verantwoord zijn, indien één enkele straf werd uitgesproken voor verschillende tekortkomingen. De leer houdt immers in dat het cassatiemiddel onontvankelijk is bij gebreke aan belang, wanneer de uitgesproken straf naar recht verantwoord is voor de overige feiten waartegen geen middelen die tot cassatie aanleiding kunnen geven werden aangewend (STEVENS, o.c., nr 1219).

Omdat het tuchtrecht het strafrechtelijk systeem van nulla poena sine lege niet kent (geen wettelijke gradatie van de straf naargelang de aard en de ernst van de inbreuk) is deze leer van de naar recht verantwoorde straf een werkelijk obstakel voor cassatieberoep in tuchtzaken.

Volgens procureur-generaal du Jardin aarzelt het Hof van Cassatie echter steeds meer om deze theorie nog in tuchtzaken toe te passen (o.c., 805).

Dat gebeurt met name niet indien uit de bestreden beslissing zelf blijkt dat de tuchtrechter in hoofdzaak op de in het middel bedoelde gedraging steunt, of op de samenhang, de opeenvolging en de herhaling van de verschillende fouten, of ook wanneer de beslissing in het midden laat of de feiten die niet de in het middel bedoelde tekortkomingen opleveren, op zichzelf voldoende zijn om de enige uitgesproken straf te verantwoorden.

12. **Door toedoen van de stafhouder.** Vanzelfsprekend is de positie van de stafhouder in het tuchtgebeuren niet vergelijkbaar met de rol van enig acteur (procureur, onderzoeksrechter, raadkamer, K.I.) van het strafproces.

De raad van de Orde neemt door toedoen van de stafhouder kennis van de tuchtzaken (artikel 457 Ger.W.). De betekenis van dit artikel staat vast : de raad kan van geen tuchtzaken kennis nemen dan door tussenkomst van de stafhouder. De procureur kan wel aangifte doen van de feiten aan de stafhouder, maar hij kan de disciplinaire actie niet in gang zetten.

Het Hof van Cassatie bepaalde daarbij dat er in een tuchtprocedure geen vervolgende partij is en dat de stafhouder of de raad geen dergelijke opdracht vervullen (Cass., 20 september 1997, Pas., 1980, I, 93 ; Cass., 14 november 1980, Pas., 1981, I, 317).

Wel dient rekening gehouden met het algemeen rechtsbeginsel van de structurele onpartijdigheid van het rechtscollege. Wanneer de stafhouder zelf het eigenlijk onderzoek heeft gevoerd, zal hij niet deelnemen aan het beraad en de beslissing. Indien de stafhouder wegens een schijn van persoonlijke partijdigheid of vooringenomenheid zich moet recuseren (bv. wegens bestaan van wrakingsgronden) dan moet hij zich door een plaatsvervanger conform artikel 447 Ger.W. laten vervangen, en kan de raad kennis slechts nemen van de zaak door toedoen van deze plaatsvervanger (Cass., 29 juni 1984, R.W., 1984-85, 1303).

Jo STEVENS
Bestuurder departement deontologie

Februari 2001