

Departement deontologie
Adviezen in deontologische kwesties

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

1/OVB/Dep. Deontologie 212

Deontologie en advocatenbijstand voor asielzoekers

Artikel 429 Ger.W. (eedformule) leert dat een advocaat *"geen zaak zal aanraden of verdedigen die hij naar eer en geweten niet gelooft rechtvaardig te zijn"*.

Artikel 444 : *"de advocaten oefenen vrij hun ambt uit ter verdediging van het recht en van de waarheid"*.

Dit is de regel van de rechtvaardige zaak of van de loyaliteit. Deze geldt niet alleen voor het aanvaarden van de zaak maar ook voor de wijze waarop de advocaat een zaak behandelt. Het is duidelijk dat de advocaat niet de morele medeplichtige van zijn cliënt mag zijn (VAN DIEVOET, Het beroep van advocaat, Leuven, Acco, 1987, pag. 50).

Keith Evants zei aan de jonge confraters voor wie hij zijn boek schreef : *"You will find throughout your professional life that you are repeatedly having to explain to the lay person how it is that you can be a lawyer and at the same time an honest person"* (EVANTS, K., Advocacy in court. A beginners guide, London, Blackstone Press Ltd., 1995, 30).

De tuchtrechtspraak terzake is schaars, zonet onbestaande, maar dat komt misschien omdat het hier gaat, zoals Suzanne Boekman het uitdrukte, *"om ongewenst gedrag waarover de cliënt juist erg tevreden is"* (BOEKMAN, S., Het huidige advocatentuchtrecht, Zwolle, Tjeenk Willink, 1993, 99).

De advocaat staat niet in eerste instantie in dienst van de waarheid of van het recht. Het is zijn plicht *"het standpunt van zijn cliënt zo goed mogelijk weer te geven, dit is tot zijn recht te laten komen. Daarbij mag hij er op vertrouwen dat het standpunt van de wederpartij even deskundig naar voor zal worden gebracht. Het woord is dan aan de rechter die "boven de partijen" staat, om, na de confrontatie van beide standpunten te hebben aanhoord, de gehele juistheid van één der standpunten (of de gedeeltelijke juistheid der beide standpunten) te erkennen en in zijn uitspraak te bevestigen."* (VAN GERVEN, W., Met recht en rede, Tielt, Lannoo, 1987, 14).

Traditioneel wordt er een onderscheid gemaakt tussen de plichten van een advocaat in strafzaken en in burgerlijke zaken. Van Dievoet (pag. 51) zegt hierover het volgende :

"Strafzaken. De advocaat mag de verdediging van een beklaagde op zich nemen, zelfs als hij overtuigd is van de schuld van zijn cliënt. Wat de middelen betreft, spreekt de advocaat namens zijn cliënt en mag hij bijgevolg alles zeggen wat de beklaagde mag zeggen. De beklaagde is niet verplicht zijn schuld te bekennen. Wanneer de advocaat beweert dat zijn cliënt niet schuldig is, betekent zulks dat de schuld naar zijn mening niet bewezen is. ... Het gebruik van valse stukken of het aansporen van getuigen tot valse verklaringen is natuurlijk uitgesloten.

Burgerlijke zaken. In de strafzaak staan tegenover elkaar het belang van de cliënt en het algemeen meer theoretisch belang van de maatschappij, de bestraffing van de schuldige. In burgerlijke zaken staat het belang van de cliënt tegenover het belang van de tegenpartij, meestal het strikte recht van de ene tegenover het strikte recht van de andere. Dus zal zijn advocaat zijn medewerking weigeren wanneer de eiser iets nastreeft waarop hij geen recht heeft, of de verweerder aan een verplichting wil ontsnappen die op zijn geweten drukt. Ook de middelen die worden aangewend moeten eerlijk zijn."

Braun zegt met een boutade : *"La cause est toujours juste au pénal"* (BRAUN, A., Tout savoir sur les avocats, Gent, Story Scientia, 1993, 54).

Een sententie van de Orde van Advocaten te Brussel van 22 januari 1988 (Lettre du bâtonnier, juni 1988, 386) stelde : *"le prévenu a droit au mensonge"*.

Edmond Picart in zijn beroemde Paradoxe sur l'avocat (1879) (Pandectes belges, III, Brussel, Larcier, 1879, pag. 23) besloot : *"En d'autres termes, la cause est-elle défendable, est-elle plaidable. Un homme sensé et droit peut-il la considérer comme telle, voilà la seule question que doivent se poser notre âme et conscience. Ce n'est que dans ces limites que l'on peut dire que l'avocat est le premier juge de l'affaire."*

Stafhouder Yvon Hannequart van Luik gaf drie criteria ter beoordeling :

*"- le caractère objectivement plaidable de la cause (problématique du service rendu au client)
- la conformité objective de la cause aux règles du débat judiciaire (problématique du rôle de l'avocat dans l'organisation judiciaire)
- le caractère subjectivement acceptable de la cause en vertu du jugement de valeur que l'avocat est appelé à porter sur la défense qui lui est concrètement demandée d'assumer."*

(DEMOL, F., Monopole et déontologie, in : L'avocat à la recherche de son âme, Luik, Ed. Jeune Barreau de Liège, 1990 106).

Ook L. Goffin (De l'obligation de sincérité de l'avocat, J.T., 1989, 265) plaatst de plicht

tot loyaliteit van de advocaat in het kader van o.m. de specifieke taak van de advocaat als verdediger van private belangen en de eigen aard van de vertrouwensrelatie van een cliënt met zijn advocaat.

Uiteindelijk gaf Goffin zelf toe, is elk geval apart een kwestie van nuancering en zelfs soms van opportuniteit.

M.a.w. een rechtvaardige zaak is zelden evident. De taak van de advocaat is als partijdig raadsman voor zijn cliënt op te treden.

In het Verenigd Koninkrijk hebben Maughan en Webb een aantal regels in verband met wat zij *ethical lawyering* noemen geformuleerd.

Daarbij wordt geopteerd voor de pre-eminentie van de keuze van een ethisch principe bij de uitoefening van de advocatuur (professionele ethiek, de wet ofwel de persoonlijke morele keuze van de betrokken advocaat), terwijl zij zich afzetten tegen professionalisme, t.t.z. een uitzonderingsmoraal die uitsluitend gebaseerd is op de professionele taak van de advocaat die moreel als autonoom zou worden beschouwd.

Ze verwerpen echter ook een zuivere legalistische visie ten voordele van een "*ethics of care*", probleemoplossing door een grotere betrokkenheid bij de noden van de individuele cliënt.

De auteurs geven echter toe dat bij de *ethics of care* de veronderstelde morele keuze van de "*good lawyer*" dreigt te worden vervangen door een geïdealiseerd model van de "*good cliënt*" en dat het conflict tussen dit ideaal en de werkelijkheid in de rechtsbedeling in het huidig juridisch systeem het aanvaarden van een *ethics of care* vraagwaardig kan maken (MAUGHAN, C. en WEBB, J., *Lawyering skills and the legal process*, London, Butterworths, 1995, 103-120).

De advocaat moet dus een zeker evenwicht, de essentie zelf van een contradictoir debat voor een rechtbank, in het oog houden tussen het rechtvaardig doel en de middelen daartoe en een evenwicht tussen de middelen en de handelingen van alle betrokken procespartijen.

Daarbij dient te gelden dat de advocaat in ons rechtssysteem geen "*officer of the court*" is, zoals in het Angelsaksisch systeem en dat men slechts in geringe mate kan spreken in België van de "*advocate's duty to the court*".

De partijdigheid van de advocaat brengt mede dat hij nooit zal pleiten tegen de stelling of de wens van zijn cliënt, en zijn cliënt ook niet zal afvallen. Wanneer de cliënt de advocaat in zijn raadgeving of middelen niet wilt volgen, zal de advocaat trachten zijn cliënt te overtuigen, en lukt dat niet dan zal hij afwegen of hij in de gegeven omstandigheden nog het noodzakelijk vertrouwen van de cliënt bezit om verder te werken in het dossier. Anderzijds of de lijn door de cliënt voorgeschreven enige kans op

succes voor de cliënt biedt en of ze niet in strijd is met de plicht tot rechtschapenheid van artikel 456 Ger.W. en de plicht tot loyaliteit van artikel 429 Ger.W. Desgevallend zal hij zich uit de zaak moeten terugtrekken.

Vanzelfsprekend kan een advocaat de cliënt niet helpen bij het stellen van daden die niet eerlijk of rechtschapen zijn of die de eer en de waardigheid van de balie in het gedrang kunnen brengen. Hij moet dan ook elke onloyale daad van zijn cliënt pogen te verhinderen, er zich van distantiëren en zich van de zaak ontlasten indien zijn cliënt verlangt dat hij meewerkt aan onloyale gedragingen.

De advocaat zweeft tussen twee verplichtingen : één van loyaliteit aan de cliënt als partijdig raadsman, en één van rechtschapenheid en loyaliteit omdat hij geen zaak kan aanvaarden of verdedigen die hij naar eer en geweten niet geloofrechtvaardig te zijn.

Een oplossing voor dit conflict bestaat er mogelijk in, in de hiërarchie van normen van ons beroep, prioriteit te verlenen aan de gewetensplicht. Zonder dat daarom het doel elk middel wettigt, heeft de wetgever immers geopteerd voor de beoordeling in eer en geweten door de raadsman, niet van het rechtvaardig middel (moyen juste) maar van uiteindelijk de rechtvaardige zaak (cause juste).

De leidraad van de wet (artikel 429) is dat de advocaat zelf moet oordelen. Zijn eer en geweten moeten hem leiden bij zijn geloof een rechtvaardige zaak te dienen. Dat is zoals deken Swaab van Amsterdam heeft betoogd (De eed, Advocatenblad, 11 december 1993, 29) geen kwestie van een allerindividueelste expressie van een allerindividueelste emotie. Ze zegt : *"hoe kan men mij kwalijk nemen dat ik een zaak heb aangenomen of verdedigd waarvan ik in gemoede meende dat deze rechtvaardig was, ook al vindt de hele buitenwereld van niet. Het ik moet dus wel een geobjectiveerde ik zijn, waarop men kan worden aangesproken."*

Van de advocaat wordt een moreel oordeel verwacht over de waarde van het beoogde doel in zijn actie voor de cliënt en over de waarde van de aangewende middelen.

Tussen de beide artikels van het wetboek bestaat er dus een spanningsveld en een hiërarchie die m.i. duidelijk speelt in het voordeel van de regels van het geweten. Daarover moet elk advocaat in eer en geweten zelf oordelen zonder overdreven acribie en zich bewust van de beperking van zijn rol als partijdig raadsman in het juridisch debat, maar ook zonder hypocriete complaisance wanneer de leidinggevende principes van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid duidelijk in het gedrang worden gebracht.

In gewetensnood kan hij een beroep doen op de raad van zijn stafhouder, maar de uiteindelijke beoordeling ligt bij de advocaat zelf vermits het om zijn geweten gaat.

Enkel de advocaat zelf kan samen met zijn cliënt afwegen welke actie wel en welke actie niet te rechtvaardigen is in een situatie waarin de belangen van de cliënt ernstig in

het gedrang dreigen te komen.

Indien derden vermoeden dat deze afweging in een concreet geval verkeerd is gemaakt, staat natuurlijk de weg naar de toetsing door de tuchtrechter open.

Daarbij kan worden overwogen, volgens deken M.W. Guensberg van de Nederlandse Orde van Advocaten (Commotie, Advocatenblad, 14 juni 2002, 501), of het belang van de cliënt centraal is gesteld en of hij instemde, of het een rechtvaardige zaak betreft ; dient de actie in een rechtstatelijke samenleving een te rechtvaardigen doel, en is dat doel in redelijkheid haalbaar ; werd gehandeld met de noodzakelijke zorgvuldigheid, rekening houdend met de gerechtvaardigde belangen van derden, en is het optreden van de advocaat niet onnodig grievend ; zijn de middelen op zich rechtens geoorloofd en werden zij aangewend met open vizier en dus niet anoniem.

Wij kennen allemaal de regel dat in strafzaken het de advocaat geoorloofd is de verjaring van de strafzaak na te streven, bv. door verstek te laten gaan, dan verzet in te stellen of door tussenprocedures te voeren, bijkomende onderzoeken te vragen, enz., die een vertragend effect op de strafvordering kunnen hebben.

Ook wanneer de Raad van State op verschillende tijdstippen reeds heeft beslist dat betwistingen in het kader van de uitvoering van de wet van 15 december 1980 geen betrekking hebben op een burgerlijk recht noch op een strafrechtelijke beschuldiging, doch dat het om een zuiver administratieve procedure gaat (MOTULSKY, Fr. en BOBRUSHKIN, M., L'impartialité en matière de reconnaissance du statut de réfugié, J.T., 2003, 225) en ook al werd dat oordeel gedeeld door het Arbitragehof (arrest nr 14/97 van 18 maart 1997), dan nog is het duidelijk dat deze materie die de vreemdelingsvluchteling stelt tegenover de macht van de staat en administratie, eerder aanleunt bij de deontologische regels van de advocaten i.v.m. strafrecht.

Doch ook in het burgerlijk recht zijn er talloze middelen ter beschikking van de pleitende partij om verweer te voeren op een eis door incidenten te maken, onontvankelijkheden of onbevoegdheden te formuleren, en bv. de verjaring na te streven van een burgerlijke vordering door de onontvankelijkheid van de dagvaarding te pleiten, wanneer niet meer opnieuw kan gedagvaard worden binnen de oorspronkelijke dagvaardingstermijn. Een onontvankelijke dagvaarding brengt immers geen stuiting of schorsing teweeg.

In de materie die ik in uw forum vandaag bespreek, en die niet tot mijn specialiteit behoort, wordt door de door mij geconsulteerde rechtsleer (o.m. Motulsky en Bobrushkin) onomwonden gezegd :

"Débouté de sa demande de reconnaissance de la qualité de réfugié, l'intéressé qui ne souhaite pas abandonner la procédure et qui ne peut non plus se prévaloir d'un droit subjectif au séjour en Belgique, a un autre titre lui permettant de saisir la juridiction de l'ordre, judiciaire s'il souhaite ne pas s'enfoncer dans clandestinité, n'aura d'autre

solution que d'agir devant le Conseil d'Etat contre la décision lui refusant le statut de réfugié." (L'impartialité en matière de reconnaissance du statut de réfugié, J.T., 2003, 335).

Komt daarbij wat Sylvie Sarolea, assistente aan de rechtsfaculteit van de UCL, in een recent artikel in de J .L.M.B., "De Conka à Kafka" (J.M.L.B., 2003, 879) noemde : "*l'imprévisibilité du péril et les mesures provisoires*" ingevolge de recente rechtspraak van de Raad van State, die zij, tegenstrijdig en strijdig met artikel 13 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens acht, gezien de onvoorzienbaarheid van de houding van de dienst vreemdelingenzaken inzake bevel om het land te verlaten en de effectieve verwijdering van het territorium.

In een dergelijke context zal de advocaat in eer en geweten moeten overwegen waar het belang van zijn cliënt ligt, en of een procedure, die mogelijk intrinsiek geen kans op succes biedt op het juridisch vlak, niet tot een feitelijk en tijdelijk succes kan leiden door het verlengen van het verblijf in een opvangcentrum met de steun van het OCMW en verdere verzekering onder de mutualiteit.

Of misschien zelfs tot een blijvend succes door een misschien niet zorgeloos maar in elk geval onbepaald verblijf in het asieland in de hoop van in de toekomst te kunnen genieten van latere regularisatiewetgevingen.

In het licht van deze overwegingen zou ook een afwending van het doel van de procedure voor de Raad van State door middel van een conservatoir beroep of zelfs van een dilatoir beroep niet noodzakelijk moeten leiden tot de vaststelling van een "onrechtvaardige zaak".

Stafhouder Jo STEVENS
Bestuurder departement deontologie

03/06/2003