

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Vertegenwoordiging en rechterlijke macht (eerste deel),
Vertaling van de rede uitgesproken door procureur-generaal
Baron J. VELU op de plechtige openingszitting van het Hof van
Cassatie op 2 september 1996 585

Rechtspraak

Arbitragehof – Vordering tot schorsing – Schending van ge-
zag van gewijsde
Arbitragehof, 5 maart 1996 621

Inkomstenbelastingen – Aanslagtermijn van vijf jaar – Niet
aangegeven inkomsten – Bewijskrachtige gegevens
Cass., 1 maart 1996 621

Overheidsopdrachten – Te late uitvoering – Bekendmaking
– Doel – Toepassing
Cass., 25 april 1996 622

Verzekering – Motorrijtuigen – Aanhangwagen
Hof Brussel, 27 januari 1993 622

Spel en weddenschap – Wettigheid – Bingo
Hof Gent, 23 mei 1996 623

Boeken

S. Van der Merwe, L.F. Huyssteen, M.F.B. Reinecke, G.F.
Lubbe en J.G. Lotz, *Kontraktereg. algemene beginsels (door*
Koen Van Raemdonck) 623

F. Delpérée, A. Rasson-Roland en M. Verdussen, *Régards*
croisés sur la Cour d'Arbitrage (door Jan Velaers) 624

Mededelingen

Studienamiddag: Europese IPR-Verdragen 624

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931. Hoofredacteurs: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993)

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

Redactie: C. Caenepeel, J.R. Rauws,
A. Vandeplas, A. Van Oevelen

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Redactieadres: V.Z.W. Rechtskundig Weekblad
Mechelsesteenweg 210 bus 6
2018 Antwerpen
Tel. 03/248.49.84
Fax 03/248.08.70

Vaste medewerkers:

A. Alen
P. Arnou
R. Boes
Gh. Dhaeyer
J. Erauw
J. Gerlo
P. Humblet
J. Laenens
W. Lambrechts
P. Lemmens
H. Nys
I. Opdebeek
W. Pintens
W. Rauws
D. Simoens
G. Suetens-Bourgeois
L.P. Suetens (†)
M. van Damme
J. Wouters

Abonnementen, advertenties: INTERSENTIA UITGEVERS N.V., Churchilllaan 108, 2900 Schoten
Tel.: 03/658.01.69 - Fax: 03/658.71.21 Abonnementprijs: 4.550 f., voor studenten 2.950 f..

VERSCHEENEN

BEROEPENWETGEVING IN ONTWIKKELING

Evaluaties halverwege het invoeringstraject van de wet BIG

F.C.B. van Wijmen
C.J.M. Nederveen-van de Kragt

ISBN 90-5095-003-5 – Omvang: 258 pag. – Prijs: 1.250,-BF

Dit boek geeft inzicht in de belangrijkste aspecten van de kort geleden geheel gemoderniseerde Nederlandse beroepenwetgeving en bevat ook vergelijkingen met de Europese regelgeving op dit terrein. In november 1993 is de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg, de Wet BIG in het Staatsblad verschenen. Deze wet gaat maar liefst 12 wetten, die in de loop der tijd zijn ontstaan, vervangen. Acht gezondheidszorgberoepen (arts, tandarts, verloskundige, apotheker, psychotherapeut, psycholoog, fysiotherapeut en verpleegkundige) verkrijgen de zgn. titelbescherming. De Wet BIG gaat de keuzevrijheid van de patiënt vergroten en biedt die patiënt tegelijk bescherming. Centraal staat daarbij de kwaliteit van de beroepsuitoefening in de individuele gezondheidszorg. Voor de beschermde beroepen worden onder andere opleidingseisen gesteld, bestaat de mogelijkheid van door de overheid erkende specialisatie en is het deskundigheidsgebied wettelijk vastgelegd. Voor de uitvoering van riskante medische handelingen is een regeling opgenomen en verder gaat voor alle genoemde beroepen tuchtrecht gelden. Deze wet treedt eind 1997 naar verwachting geheel in werking. Halverwege het invoeringstraject is de balans opgemaakt. De bijdragen zijn geleverd door experts op de verschillende daalaspecten.

Eén hoofdstuk is gewijd aan de Belgische regelgeving op dit terrein en er zijn bijdragen over (een vergelijking) van de Europese regelgeving en over de specifieke problematiek van de erkenning van diploma's in Europees verband.

INTERSENTIA Uitgevers NV
Antwerpen - Groningen

Volhardingstraat 27 – 2020 Antwerpen
☎ 03/248.74.54 – Fax 03/248.83.82

VERTEGENWOORDIGING EN RECHTERLIJKE MACHT

(eerste deel)

*Vertaling van de rede uitgesproken door procureur-generaal baron J. Velu
op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 2 september 1996*

INLEIDING

1. Het reilen en zeilen van de Staat wordt heden ten dage steeds meer verstoord door beroering rond het gerecht. Het speelt een tragische hoofdrol in de actualiteit ten gevolge van gebeurtenissen die ons welbekend zijn en waarvan jonge onschuldigen het weerloze slachtoffer zijn geworden. Ik wil hier niet uitweiden over de verwijten die aan het gerecht worden gemaakt.

Laat mij enkel zeggen dat ik, samen met alle magistraten van de rechterlijke macht, daar ben ik van overtuigd, de emotie deel die het hele land in zijn greep houdt en aan de zwaar getroffen of in wurgende onzekerheid levende families mijn gevoelens van diepe getroffenheid en medeleven wil aanbieden.

Laten wij de jonge slachtoffers gedenken en ons enkele ogenblikken bezinnen ...

Ik koester de vaste hoop dat de verschillende overheden die met de problemen van het gerecht zijn belast, ieder binnen zijn bevoegdheidssfeer, daaruit de lessen zullen trekken die noodzakelijk zijn.

Die dramatische gebeurtenissen waren niet bekend, toen ik het onderwerp van mijn openingsrede koos. Ik zal het dus niet hebben over de bedenkingen die zij bij mij oproepen.

Ik heb deze rede de titel meegegeven «Vertegenwoordiging en rechterlijke macht» en ik kan aannemen dat u die titel vrij raadselachtig vindt.

U vraagt zich misschien af of het zal gaan over het imago van de rechterlijke macht, een imago dat helaas vaak werd vertekend en dat in de openbare opinie, in de pers en in politieke kringen gevoelens van onvrede, zo al niet van verbittering zou oproepen.

Of zal – zoals de Franse titel ervan kan laten vermoeden – mijn bespreking handelen over het gerecht in de theatrale zin van het woord, te weten het spektakelgerecht, dat zelf, zoals professor Terré schrijft, ergens een vertoning is «du fait de ses palais, de ses coutumes, de ses usages, de ses rites, de son langage et même des projecteurs à l'aide desquels la société moderne balaye son paysage»? ¹

Of betreft het veleer de vertegenwoordiging van de rechter, zoals Marx en Lenin die verstonden, een vertegenwoordiging waarbij de rechter, net zoals de politicus of de priester, naargelang van de productieverhoudingen een bepaalde specificiteit van de burgerlijk samenleving weerspiegelt en een instrument van onderdrukking vormt in handen van de heersende klasse, «même si», zoals Dominique Turpin het

verwoordt, «le cérémonial théâtral vise(rait) à masquer sous les nobles formules la réalité de cette sèche domination»? ²

De vele betekenissen van het woord «vertegenwoordiging», die in de meeste woordenboeken terug te vinden zijn, kunnen terecht nog heel wat andere vragen doen rijzen over het voorwerp van de bedenkingen die ik u wil voorleggen.

2. Laat mij dus vooraf duidelijk stellen dat de vertegenwoordiging die ik bedoel, de vertegenwoordiging is in de juridische betekenis van het woord.

Etymologisch is het woord gevormd uit de vernederlandsing van het Latijnse werkwoord «repraesentare»: aanwezig laten zijn. In rechtstaal houdt het begrip vertegenwoordiging fundamenteel in dat een afwezige aanwezig wordt gemaakt door een werkwijze die berust op de wil van personen, op de voorschriften van een wettelijke norm of op de beslissingen van de rechter.

3. In het privaatrecht is het vertegenwoordigen van een persoon het stellen van een rechtshandeling in naam en voor rekening van die persoon.

Meer bepaald kan men zeggen dat in die tak van het recht de term vertegenwoordiging doorgaans de handeling aanduidt van een persoon die, nadat hij daartoe bij overeenkomst, bij wet of door de rechter gemachtigd werd (de vertegenwoordiger), voor een ander (de vertegenwoordigde) een rechtshandeling stelt waarvan de gevolgen rechtstreeks de vertegenwoordigde betreffen. ³

Iedereen weet dat bij een overeenkomst van lastgeving steeds sprake is van vertegenwoordiging tussen de partijen, aangezien de lasthebber in naam en voor rekening van de lastgever optreedt. Het privaatrecht kent echter heel wat andere vormen van vertegenwoordiging dan de lastgeving. Er bestaan niet alleen tal van andere bronnen van vertegenwoordiging buiten die overeenkomst, het begrip lastgeving zelf is bovendien ruimer dan het begrip vertegenwoordiging.

Ik wil hier niet uitweiden over de problematiek van de vertegenwoordiging in het burgerlijk recht, met onder meer de voorwaarden en gevolgen van de vertegenwoordiging, het toepassingsgebied ervan of de wijze waarop het juridisch-technisch is geregeld. Meer dan een halve eeuw geleden heeft professor Rouast daarvan een opmerkelijke synthese gemaakt die verrassend actueel is gebleven en waarnaar ik uw Hof meen te mogen verwijzen. ⁴

² TURPIN, D., «Le juge est-il représentatif? Réponse: oui», *Commentaires*, 1992, 58, Parijs, pp. 381-390, inz. p. 381.

³ CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Parijs, 2e uitg., 1990, p. 710.

⁴ ROUAST, A., «La représentation dans les actes juridiques», *J.T.*, 1948, 341-343.

¹ TERRÉ, F., «Crise du juge et philosophie du droit: synthèse et perspectives», in LENOBLE, J., (red.), *La crise du juge*, Brussel-Parijs, 1990, pp. 157-168, inz. p. 159.

Al kunnen hoven – inzonderheid uw Hof – en rechtbanken zeker met die belangwekkende problematiek worden geconfronteerd, toch wil ik het hier niet daarover hebben. Ik wil mij veeleer op het vlak van het publiek recht begeven.

4. In het publiek recht kan het begrip vertegenwoordiging verschillende betekenissen hebben.⁵

Generaliter kan het betekenen dat een of meer openbare overheden bevoegd zijn om in naam en voor rekening van een of meer andere op te treden, inzonderheid in naam van en voor rekening van een staatsmacht, zoals bijvoorbeeld de rechterlijke macht.⁶

Wanneer ik in het eerste deel van mijn uiteenzetting de vertegenwoordiging zal bespreken van de entiteit waarvan alle staatsmachten uitgaan – dat is, in het Belgisch grondwettelijk recht, de Natie – zal ik het begrip vertegenwoordiging in een meer beperkte zin hanteren, te weten in de zin die de klassieke theorie van de nationale soevereiniteit daaraan toekent: die entiteit wordt vertegenwoordigd door elke overheid die van de Grondwet of van ingevolge de Grondwet uitgevaardigde wetten de bevoegdheid heeft gekregen om de oorspronkelijke wil van die entiteit uit te drukken of deel te nemen aan de uitdrukking van die wil.⁷

In het tweede deel van mijn uiteenzetting zal ik meer bepaald de vertegenwoordiging van de magistraten «ut singuli» bespreken, die inderdaad moet worden onderscheiden van de vertegenwoordiging van de rechterlijke macht als dusdanig. Het begrip vertegenwoordiging is dan, bij ontstentenis van wetten die deze materie regelen, nauw verbonden met de graad van werkelijke representativiteit van de organisatie die beweert de spreekbuis van de magistraten te zijn; m.a.w.: de vertegenwoordiging van de magistraten zal voornamelijk afhangen van het feit of van de groep magistraten waarvan de organisatie de meningen en belangen bedoelt te verdedigen, een voldoende aantal leden tot die organisatie zijn toegetreden.⁸

5. Een eerste reeks vragen rijst met betrekking tot de rechterlijke macht. Kan de rechterlijke macht, nu in ons grondwettelijk stelsel alle machten uitgaan van de Natie, geacht worden de Natie te vertegenwoordigen? Zo ja, wat is de juridische draagwijdte van die vertegenwoordiging? Wat impliceert die vertegenwoordiging?

Een tweede reeks vragen die ik hier wil onderzoeken betreffen een ander aspect van de vertegenwoordiging van de rechterlijke macht. Wie kan spreken en optreden in naam en voor rekening van de rechterlijke macht, inzonderheid in zijn betrekkingen met de andere machten? Zijn het de korpschefs van die machten of enkele onder hen? Of zijn het de organisaties van magistraten? Dient er geen onderscheid te worden gemaakt tussen de vertegenwoordiging van de rechterlijke macht als macht en de vertegenwoordiging van de rechterlijke magistraten «ut singuli»? En wat gedacht van de oprichting van een Federale raad van de magistraten?

⁵ ARNAUD, A.J. (onder de leiding van), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Parijs, 1988, pp. 350-352; CORNU, G., *op. cit.*, p. 711.

⁶ Zie *infra*, nrs. 37 tot 42.

⁷ Zie *infra*, nrs. 7 tot 15.

⁸ Zie *infra*, nrs. 43 tot 47.

Kortom, de problemen die zich in dit verband voordoen, zijn van tweeërlei aard: enerzijds, die welke betrekking hebben op de rechterlijke macht in haar hoedanigheid van vertegenwoordiger (I) en, anderzijds, die welke haar betreffen in haar hoedanigheid van vertegenwoordigde (II).

I. DE RECHTERLIJKE MACHT ALS VERTEGENWOORDIGER

A. BEGRIPPEN

1°. De vertegenwoordiging van de Natie

6. Antoine Garapon, directeur van het Franse «Institut des hautes études sur la justice», publiceerde onlangs een hoogstaand en zeer doordacht werk dat handelt over de impasse van de juridische democratie en over het gerecht in een gerenoveerde democratie. In dat opmerkelijk werk, *Le gardien des promesses*, schrijft hij met name: «Le pouvoir est représentatif. Et la justice? Faut-il élire les juges? L'élection n'est pas nécessairement le meilleur moyen de garantir leur représentativité. D'ailleurs de quoi le juge est-il représentant? D'une volonté politique ou d'un consensus social sur des valeurs fortes?»⁹ Garapon neemt de besluiten over van een recente analyse van Dominique Turpin over de representativiteit van de rechter,¹⁰ en beklemtoont verder dat «la caractéristique d'un représentant est, non d'être élu mais de 'vouloir pour la Nation'» en dat «dans ce sens là, le juge, qui actualise la volonté générale, peut être qualifié de représentant».¹¹

Die bewering verdient des te meer bijval nu volgens het Franse recht de gerechtelijke instellingen grondwettelijk slechts een gewone overheid vormen, terwijl zij volgens het publiek recht van ons land een overheid zijn die sedert 1831 door de Grondwet verheven is tot een staatsmacht, onderscheiden van de wetgevende macht en van de uitvoerende macht.

De juridische betekenis van het begrip vertegenwoordiging van de Natie stemt geenszins overeen met de politieke betekenis van dat begrip.¹²

⁹ GARAPON, A., *Le gardien des promesses*, Parijs 1996, p. 262.

¹⁰ TURPIN, D., *op. cit.*, pp. 381-390.

¹¹ GARAPON, A., *op. cit.*, p. 262.

¹² Over het begrip vertegenwoordiging van de Natie, zie D'ARCY, F. (onder de leiding van), *La représentation*, Parijs, 1985; AXENTE, M.T., *La nature juridique de la représentation populaire*, thesis, Parijs, 1940; BARTHELEMY, J., «La crise de la démocratie représentative», *R.A.*, 1929, 101 e.v.; BIEMOND, J., *De grondslag der volksvertegenwoordiging individualistisch of organisch?*, Amsterdam, 1922; BIRCH, A.H., *Representation and responsible Government*, Londen, 1954; BRIDEL, M., «Essai théorique sur le régime représentatif dans les démocraties modernes», *Mélanges F. Guison*, 1950; BRIOT, G., *Du mandat législatif en France*, thesis, Parijs, 1905; BURDEAU, G., *Le régime représentatif* (*Encyclopédie Française*, d. X, L'Etat, pp. 119-123), Parijs, 1964; CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Parijs, 1920-1922, d.I, pp. 245 e.v., d. II, pp. 199 tot 410; CAMBIER, L., *Essai politique des gouvernements représentatifs modernes et de leur rapport avec la Belgique en 1847 ou appel au Roi, aux Chambres et aux électeurs*, Bergen, 1847; CARNE, L., DE, *Du gouvernement représentatif en France et en Angleterre*, 1841; CONSTANT, B., *Cours de politique constitutionnelle ou collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif*, 2 vol., 2e uitg., 1872; CRESSON, A., *La repré-*

a) In de politieke betekenis

sentation. *Essai philosophique*, Parijs, 1936; CUCHEVAL-CLARENY, A., *Des institutions représentatives et des garanties de la liberté*, 1874; DARQUENNES, A., *Représentation et bien commun (Etudes présentées à la Commission Internationale pour l'Histoire des Assemblées d'Etats*, d. XI, pp. 33-52), Leuven, 1952; DE GREEF, G., *La constituante et le régime représentatif*, 2e uitg., Brussel, 1920; DELPECH, J., *La démocratie et le régime représentatif*, Parijs, 1910; DESCUBES, P., *Traité du gouvernement représentatif*, 1835; DUGUIT, L., *Le mandat de droit public et la théorie juridique de l'organe*, Parijs, 1902; Idem, *Traité de droit constitutionnel*, Parijs 1927-1928, d. I, pp. 474 e.v. en pp. 606 e.v., d. II, pp. 643 e.v.; DELPÉRIE, F., 'Le peuple', la 'Nation', l'Etat', et la 'Communauté' dans la Constitution belge» in *Le concept de peuple*, Brussel, 1988, pp. 65-71; DUVERGER, M., «Esquisse d'une théorie de la représentation politique», *Etudes en l'honneur d'A. Mestre*, Parijs, 1956, pp. 211-220; ESMEN, A., *L'évolution actuelle du régime représentatif*, Lausanne, 1928; FORD, H.J., *Representative Government*, Londen, 1925; FRIEDRICH, C.J., *La démocratie constitutionnelle*, Parijs, 1958, pp. 231-317, v° *Representation (Encyclopaedia Britannica*, d. XIX, pp. 152-156), Chicago-Londen-Toronto-Genève-Sydney-Tokyo, n. uitg., 1966; GARAPON, A., *Le gardien des promesses*, Parijs, 1996, pp. 262-267; GEHRARD, D., *Problems of Representation and Delegation in the eighteenth Century (Etudes présentées à la Commission Internationale pour l'Histoire des Assemblées d'Etats*, d. XXVII, pp. 117-149), Leuven-Parijs, 1965; GIBBONS, P.A., *Ideas of political Representation in Parliament (1660-1832)*, Oxford, 1914; GRIFFITHS, A.P., en WOLLHEIM, R., *How can one person represent another? (Proceedings of the Aristotelian society*, Bijl.d. 34, pp. 185-224), Londen, 1960; HOGAN, J., *Election and Representation*, Cork, 1945; HOLBACH, P.H.D., v° *Représentants (Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société de gens de lettres*, d. XXVIII, pp. 850-857), nieuwe uitg., Genève, 1778; IMMINK, P.W.A., «Définition du concept de représentation politique», *Revue de l'Université Libre de Bruxelles*, 1952, pp. 88-101; KOCH, C., *Les origines françaises de la prohibition du mandat impératif*, proefschrift, Nancy, 1905; LALUMIÈRE, P. en DEMICHEL, A., *Les régimes parlementaires européens*, Parijs, 1966, pp. 8-14; LAMBERT, P.G., *La représentation politique des intérêts professionnels*, proefschrift, Parijs, 1929; LAURIOL, M., «Le régime représentatif, la montée des périls», *Mél. Charlier*, Parijs, 1981, pp. 143 e.v.; LEGRAND, G., *La représentation nationale: ce qu'elle doit être, ce qu'elle peut faire*, Brussel, 1934; Idem, *Vers la représentation des intérêts*, Parijs-Brussel-Gembloux, 1924; LEROY, M., «Requiem pour la souveraineté, anachronisme pernicieux», in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à J. Velu*, Brussel, 1992, d. I, pp. 91-106; LIVELY, J., *The Concept of political Representation (Political Studies Association Annual Conference*, maart 1962), s. 1., 1962; LOUSSE, E., *Gouvernés et Gouvernants en Europe occidentale durant le Bas Moyen Age et les Temps Modernes (Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, d. XXIV, pp. 7-48), Brussel, 1966; Idem, *La société d'Ancien Régime, Organisation et représentation corporatives (Etudes présentées à la Commission Internationale pour l'Histoire des Assemblées d'Etats*, d. VI), Leuven, d. I, 2e uitg., 1952; Idem, *Van Statencollege tot Parlement (Anciens Pays et Assemblées d'Etats*, d. XLI, pp. 1-26), Leuven-Parijs, 1966; Idem, *Vertegenwoordiging, in Liber Amicorum aangeboden aan Mier Jan Gruyters ter gelegenheid van zijn 70e Verjaardag*, 28 jan. 1957, pp. 391-402, s.l.n.d. Leuven, 1957, en in *De Brabantse Folklore*, dec. 1958, nr. 140, pp. 788-799; MARTIN, G., «La représentation corporative et les assemblées révolutionnaires, 1789-1794», *Revue de Paris*, nov. 1934, pp. 150-156; MARX, P., *L'évolution du régime représentatif vers le régime parlementaire de 1814 à 1816*, proefschrift, Parijs, 1929; MOREAU, F., «Régime parlementaire et principe représentatif», *Revue Politique et Parlementaire*, februari-april 1901, pp. 61-86 en 331-358, Parijs, 1901; MYERS, A.R., «Parliaments in Europe. The representative Tradition», *History Today*, d. V, pp. 383-390 en 446-454, Londen, 1955; NORD, H.R., *Historische ontwikkeling en betekenis van de representatiege-*

7. In de politieke betekenis heeft het begrip vertegenwoordiging van de Natie te maken met een politiek bestel, namelijk het representatieve regime waarbinnen de maatschappij wordt geregeerd door degenen die zij heeft verkozen. Dat regime staat zowel tegenover het despotische regime, waar de burgers geen enkele greep hebben op de macht, als tegenover het regime van de rechtstreekse regering waar de burgers over zichzelf regeren.

In die betekenis is de vertegenwoordiging van de Natie een verhouding tussen kiezers en verkozenen die ten minste drie kenmerken vertoont:

- een bepaalde vorm van deelname van de kiezers aan het beheer en het beleid van de Staat, een deelname die zich uit volgens de regels en binnen het kader van het kiesstelsel;

dachte in het staatsrecht, proefschrift, Leiden, 1945; ORLANDO, V.E., «De la nature politique de la représentation politique», *R.D.P.*, 1895, I, 1 e.v.; PECAUT, F., en BUISSON, F., «Qu'est-ce qu'un député?», *Revue de métaphysique et de morale*, 1920, 245-260 en 371-377, Parijs, 1920; POPESCO-RAMICEANO, R., *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, thèse, Parijs, 1927; PORTELLI, H., «Démocratie représentative, démocratie de base et mouvement social», *Pouvoirs*, 1978, 95 e.v.; PUJOL, E., *Essai critique sur l'idée de délégation de la souveraineté*, proefschrift, Toulouse, 1911; ROELS, J., «La notion de représentation chez l'abbé Sieyès», *Revue Générale Belge*, juni 1963, 87-105; Idem, «La notion de représentation chez Caré de Malberg», *Anciens Pays et Assemblées d'Etats*, d. XXXIX, pp. 123-151, Namen, 1966; Idem, «La notion de représentation chez les révolutionnaires français», *Etudes présentées à la Commission Internationale pour l'histoire des assemblées d'Etats*, d. XXVII, pp. 151-168, Leuven-Parijs, 1965; Idem, «La notion de représentation chez Roederer», *Etudes présentées à la Commission Internationale pour l'histoire des assemblées d'Etats*, d. XXXIII, Heule, 1968; Idem, «La représentation des intérêts au sein des institutions européennes», *Politique*, nrs. 25-32, pp. 25-55, Parijs, 1964-1965; Idem, «Représentation et Liberté», *Anciens Pays et Assemblées d'Etats*, d. XL, pp. 163-190, Brussel, 1966; Idem, «Le concept de représentation politique au dix-huitième siècle français», *Anciens Pays et Assemblées d'Etats*, d. XLV, Leuven-Parijs, 1969; ROQUE DA COSTA, *L'évolution du système représentatif*, 1889; ROSS, F.J.S., *The Achievement of representative Democracy*, Cambridge, 1952; Idem, *Elections and Electors. Studies in democratic Representation*, Londen, 1955; Idem, *Parliamentary Representation*, 2e uitg., Londen, 1948; SERENI, A.P., «La représentation en droit international», *Académie de Droit International, Recueil de cours*, 1948, nr. 2, pp. 69-166, Parijs, 1948; SOULE, C., «La notion historique de représentation politique», *Politique*, nrs. 21-24, pp. 17-32, Parijs, 1963; TURPIN, D., «Critique de la représentation», *Pouvoirs*, 1978, 7 e.v.; Idem, «Crise de la démocratie représentative», *R.A.D.M.*, 1985, 330 e.v.; Idem, «Le juge est-il représentatif? réponse: oui» *Commentaires*, zomer 1992, 381-390; VAN DER HOEVEN, J., «Représentatie en kiesstelsel», *R.W.*, 1970, 500 e.v.; WARLOMONT, R., «Le concept de la représentation politique à la Constituante», *Revue du Nord*, d. XLVI, pp. 84-85, Rijsel, 1964; Idem, «La notion de représentation publique», *Revue Internationale d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, 1953, 305-319, Parijs, 1953; Idem, «Le principe de la représentation nationale aux Etats de France, des Provinces belgiques et du pays de Liège en 1789», *Bulletin de la Société d'Histoire Moderne*, d. XXXIII, pp. 109-112, Brussel, 1935; WEBER, H., «Représentation et révolution», *Pouvoirs*, 1978, 33 e.v.; WILS, L., «Het Belgisch Parlement als vertegenwoordiger van de natie», in *Parlement*, Leuven 1966, pp. 27-53; X., «Le problème de la représentation», *Esprit*, maart 1939, 786-879, Parijs, 1939; X., «Le régime représentatif est-il démocratique?», *Pouvoirs*, 1978, nr. 7, pp. 7 e.v.

- een relatieve eensgezindheid tussen kiezers en verkozenen; laatstgenoemden moeten, aangezien zij slechts voor een bepaalde periode zijn aangesteld, het immers eens blijven met hun kiezers, willen zij na hun ambtstermijn opnieuw worden verkozen;

- een belangrijke invloed van de verkozen assemblees op de staatszaken, dankzij hun bevoegdheid om wetten goed te keuren, meer bepaald belastingswetten waardoor zij de werking van de regering kunnen controleren.¹³

¹³ Niet alleen is democratie niet noodzakelijk representatief, het representatief stelsel is bovendien niet noodzakelijk democratisch: er zijn nog landen waar het stemrecht voorbehouden is voor bepaalde categorieën burgers op grond van criteria die in de grond beteken dat een gedeelte van de bevolking van de macht wordt uitgesloten, hoewel dat gedeelte het grootste in aantal is. In de heden ten dage gebruikelijke betekenis van de term «democratie» kan niet van een werkelijke representatieve democratie worden gewaagd wanneer het geheel van de burgers of althans een belangrijk gedeelte daarvan geen vertegenwoordigers kan aanwijzen om ten minste in een van de kamers van het parlement zitting te hebben, m.a.w. wanneer die vertegenwoordigers niet bij algemeen stemrecht zijn verkozen (zie de artt. 21.1 en 3, van de Universele verklaring van de rechten van de Mens van 10 dec. 1948, 25, a en b, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en 3 van het Protocol nr. 1 bij het Europees Verdrag van de rechten van de mens).

De Belgische Staat is een representatieve democratie in die zin dat een belangrijk deel van de burgers deelnemen aan de aanwijzing van de vertegenwoordigers die in de wetgevende kamers zeten. Sommigen zijn van oordeel dat België in de eerste jaren van zijn onafhankelijkheid een representatief oligarchisch stelsel kende. In 1831, op een totale bevolking van ongeveer vier miljoen inwoners, waren er slechts 46.000 kiezers, dus iets meer dan één pct. van de burgers. Men was toen evenwel van oordeel dat het cijskiesstelsel niet alleen macht wilde geven aan een oligarchie gesteund op rijkdom. De heersende mening was dat de wil van de Natie moest worden uitgedrukt door degenen die daartoe het meest waardig zijn, en dat degenen die hun fortuin goed beheren het waard zijn de Staat te beheren. Die redenering mag heden simplistisch lijken, men mag echter niet vergeten dat in die tijd de overgrote meerderheid van de burgers ongeletterd was, de politieke actualiteit onmogelijk kon volgen en niet in staat was een nuttige stem uit te brengen. Pas de sociale ontwikkeling en inzonderheid die van het onderwijs hebben ervoor gezorgd dat het cijskiesstelsel als een oligarchische instelling werd ervaren. In 1848 werd het electoraat uitgebreid door de invoering van de eenvormige cijs van 20 florijnen in plaats van de differentiële cijs van 20 tot 100 florijnen, in 1893 door de invoering van het meervoudig algemeen stemrecht, in 1919 door de invoering van het enkelvoudig algemeen stemrecht, in 1948 door het verlenen van stemrecht aan de vrouwen en in 1981 door de verlaging van de leeftijd tot 18 jaar voor de wetgevende verkiezingen, om de stijging van het opleidingsniveau te volgen en te vermijden dat burgers die in staat zijn om welbewust te kiezen geen kiesrecht hebben.

Er bestaan heel wat verschillen tussen de representatieve instellingen van het Ancien Régime en die van ons huidige publiek recht. (Over die verschillen, zie inz. GILISSEN, J., *Le régime représentatif avant 1790 en Belgique*, Brussel, 1952, p. 131). Als er al een historische continuïteit uiterst iel is. Hoewel tijdens de 17e en 18e eeuw representatieve organen een politieke rol zijn blijven spelen op provinciaal vlak, is er tijdens diezelfde periode geen representatieve instelling geweest die op nationaal vlak heeft gewerkt.

b) In de juridische betekenis

8. Het begrip vertegenwoordiging van de Natie, in zijn juridische betekenis, hangt nauw samen met het beginsel dat «alle machten¹⁴ uitgaan van de Natie».

Dat beginsel – dat de hoeksteen vormt van ons grondwettelijk bouwwerk – is vastgelegd in artikel 33, eerste lid, van de Grondwet (oud artikel 25, eerste lid) en gaat terug op artikel 3 van de Verklaring van de rechten van de mens en van de burger van 26 augustus 1789¹⁵ en op de artikelen 1 tot 5 van titel III van de Franse Grondwet van 3 september 1791.¹⁶⁻¹⁷

In de opvatting van de Grondwetgever van 1831 ligt de oorsprong van de machten in de wil van een homogene en-

¹⁴ Professor Delpérée merkt op dat het begrip macht, zoals het in de Grondwet wordt gehanteerd dubbelzinnig is en nu eens verwijst naar instellingen dan weer naar functies, en overweegt dan dat «ainsi dans l'alinéa 1er de l'article 25 (actuellement 33) le terme 'pouvoirs' a un sens organique» alors qu' «il faut plutôt lui donner un sens matériel dans son alinéa 2» (DELPÉRÉE, F., *Droit constitutionnel*, Brussel, 1986, d. II, p. 9, noot 1).

Naar mijn oordeel heeft het woord «machten» in art. 33, eerste lid, van de Grondwet een materiële betekenis en geen organieke, zoals blijkt uit de context van die bepaling en inzonderheid uit art. 33, tweede lid, dat bepaalt: «Zij worden uitgeoefend op de wijze bij de Grondwet bepaald.» Alleen functies kunnen worden uitgeoefend, geen instellingen (zie, met betrekking tot art. 34, het verslag van mei 1970 van de heer Wigny voor de commissie tot herziening van de Grondwet van de Kamer, *Gedr. St., Kamer*, 1969-70, 10, nr. 16/2, p. 4).

¹⁵ Art. 3 van de Verklaring bepaalde: «Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément».

¹⁶ Die bepalingen waren aldus gesteld:

Art. 1: «La Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice».

Art. 2: - «La Nation, de qui émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. La Constitution française est représentative: les représentants sont le Corps législatif et le Roi».

Art. 3: - «Le pouvoir législatif est délégué à une Assemblée Nationale composée de représentants temporaires, librement élus par le peuple, pour être exercé par elle, avec la sanction du Roi, de la manière qui sera déterminée ci-après».

Art. 4: - «Le Gouvernement est monarchique: le pouvoir exécutif est délégué au Roi pour être exercé sous son autorité, par des ministres et autres agents responsables, de la manière qui sera déterminée ci-après».

Art. 5: - «Le pouvoir judiciaire est délégué à des juges élus à temps par le peuple».

¹⁷ J. Roels schrijft: «La doctrine représentative élaborée sous la Révolution française marque une rupture radicale avec les modalités de la représentation que connaissait l'Ancien Régime et qui était essentiellement une représentation des intérêts avec mandat impératif. Jusqu'en 1789 en effet, la représentation résultait d'un mandat décerné par les électeurs à leurs députés, mandat d'ailleurs impératif dont les clauses étaient fixées dans un Cahier des Doléances. Les pouvoirs des députés sont étroitement limités: ils sont responsables et doivent rendre compte de leur mission; ils sont révocables et reçoivent indemnité pour leur frais; en bref, se retrouvent dans leur situation toutes les caractéristiques du mandat de droit privé. La représentation s'y présente comme une délégation stricto sensu» (ROELS, J., «Le concept de représentation politique ...», *op. cit.*, p. 122).

titeit, te weten de Natie als collectief wezen. Dat is de theorie van de nationale soevereiniteit,¹⁸ waarmee de naam van abbé Sieyès nauw verbonden is.¹⁹

¹⁸ Het idee dat de machten hun oorsprong vinden in de collectiviteit was niet nieuw: tal van publicisten en theologen hadden vóór deze Grondwet onderwezen dat de natie of het volk de oorspronkelijke bezitter was van het openbare gezag.

Tijdens de periode van de Franse Revolutie werd de nadruk gelegd op twee opvattingen van de soevereiniteit die voortvloeit uit de collectiviteit van de burgers.

Volgens de theorie van Rousseau in zijn *Contrat social*, die de theorie van de volkssoevereiniteit wordt genoemd, ontstaat de soevereiniteit in ieder van de individuen die de maatschappelijke groep vormen, zodat de soevereiniteit van het volk als de som van de individuele soevereiniteiten voorkomt.

Oorspronkelijk behoort het openbare gezag niet toe aan een abstracte en onverdeelde entiteit – de Natie –, maar is het daarentegen verdeeld onder al haar leden: de burgers.

Dat houdt verscheidene belangrijke consequenties in.

Een eerste belangrijke consequentie betreft de kiesbevoegdheid. Aangezien iedere burger individueel titularis is van een deel van de soevereiniteit, heeft hij het recht om de regeerders te kiezen. Het electoraat is een recht en geen ambt. De theorie van de volkssoevereiniteit houdt dus in dat het democratisch stelsel steunt op het algemeen kiesrecht.

Een tweede consequentie heeft betrekking op de bevoegdheden van de volksvergadering. In het stelsel van de volkssoevereiniteit komt het gezag om te bevelen tot uiting door de wil van de meerderheid van de parlementaire vergadering zonder dat daarbij remmen of tegengewichten moeten worden ingebouwd om de gevaren af te wenden van tijdelijke of ondoordachte neigingen waartoe een meerderheid zich altijd kan laten verleiden. Overigens is het mandaat van de verkozenen particulier en dwingend. Het is particulier in die zin dat het de uiting is van de wil van een groep burgers: de kiezers van een kiesdistrict. Het is dwingend omdat het beperkt is door de bevelen van de kiezers.

Een derde consequentie houdt verband met de werkwijze van de directe democratie. De representatieve instellingen worden beschouwd als noodoplossingen: er moet namelijk zoveel mogelijk gebruik worden gemaakt van het referendum en van de andere procédés van directe democratie.

Een stelsel van semi-directe democratie, die gebaseerd is op het algemeen kiesrecht en de almacht van de parlementaire vergadering vloeit zo logischerwijs voort uit de theorie van de volkssoevereiniteit.

De theorie van de nationale soevereiniteit, die is overgenomen in de Verklaring van de rechten van de mens en van de burger en in de Franse Grondwet van 1791 beschouwt de Natie als een onverdeelde entiteit, los van de individuen, een in een rechtspersoon en titularis van de soevereiniteit juridisch verenigde collectiviteit.

De consequenties van de theorie van de nationale soevereiniteit zijn anders dan die van de theorie van de volkssoevereiniteit. De kiesbevoegdheid wordt niet als een recht maar als een functie beschouwd: het gaat om een bevoegdheid die in naam van de Natie wordt uitgeoefend. Bijgevolg kan de wet, zoals voor elke openbare functie, de uitoefening van de kiesbevoegdheid regelen en meer bepaald voorwaarden stellen voor de deelname aan de verkiezing van de regeerders.

Wat de macht van het Parlement betreft, zijn er minstens twee verschillen. Enerzijds is de Natie, in het stelsel van de nationale soevereiniteit, opgevat als een entiteit die een geweten en een eigen wil heeft die gericht zijn op de blijvende belangen van de maatschappelijke groep, niet alleen op de belangen van de kiezers op een bepaald tijdstip, maar ook op die van morgen.

Bijgevolg moet het grondwettelijk stelsel zodanig worden opgebouwd dat het de tijdelijke grillen van een parlementaire meerder-

De oorsprong van alle macht ligt dus in de niet politiek georganiseerde, algehele nationale gemeenschap, die als een totaliteit wordt beschouwd en die niet mag worden verward met de burgers van een bepaalde generatie noch zelfs met het geheel van de actieve burgers.²⁰

heid in goede banen kan leiden: remmen en tegengewichten zullen in meerdere of mindere mate de bevoegdheden van de volksvergadering beperken. Anderzijds zijn de vertegenwoordigers niet de knechten van de kiezers. Hun mandaat is algemeen en representatief. Het is algemeen daar de parlementsleden de hele Natie en niet een groep kiezers vertegenwoordigen; het is representatief in die zin dat de parlementsleden door geen enkel bevel van de kiezers gebonden mogen zijn.

Ten slotte is het gebruik van werkwijzen van de directe democratie uitgesloten aangezien van de parlementsleden wordt verwacht dat zij de wil van de Natie vertegenwoordigen.

Een regime met algemeen kiesrecht vloeit aldus niet noodzakelijkerwijs voort uit de theorie van de nationale soevereiniteit.

Niettemin moeten de verschillen tussen de beide theorieën, zoals ze werden uiteengezet, worden gerelativeerd.

Zoals professor Georges Burdeau liet opmerken «l'individu dans lequel Rousseau place l'origine de la souveraineté, ce n'est pas un être de chair et de sang dont la volonté serait déterminée par les hommes, la condition sociale ou le genre de vie. C'est un individu qui, pur esprit et conscience pure, écoute en lui les enseignements de la raison. A ce titre, il est souverain, parce qu'il participe à la volonté générale qui, dans l'Etat, est la loi suprême. Or, cette volonté générale n'est elle-même qu'un produit des volontés citoyennes d'où sont exclues toutes les préférences subjectives. Elle exprime ce qui, rationnellement, est le bien de la collectivité sans faire aucune part aux différences d'intérêts ou de désirs divisant les membres du groupe. Il en résulte que l'individu, membre du souverain, n'a pas plus de droit à faire valoir sa volonté personnelle que n'en a l'individu, membre de la Nation, dans la théorie de la souveraineté nationale» (BURDEAU, G., *La démocratie*, Parijs, 1956, p. 38).

¹⁹ Over het werk van abbé Sieyès, zie BASTID, P., *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l'An III (2 et 18 Thermidor)* proefschrift, Parijs, 1939; Idem, *Sieyès et sa pensée*, proefschrift, Parijs, 1939; BOULAY DE LA MEURTHE, A.J., *Théorie constitutionnelle de Sieyès*, Parijs, 1836; CHAMPION, E., *Où est-ce que le Tiers Etat?*, voorafgegaan door *l'Essai sur les Privilèges*, Parijs, 1888; CLAPHAM, J.H., *The abbé Sieyès. An Essay in the Politics of the French Revolution*, Londen, 1912; GOOCH, G.P., «Abbé Sieyès and the Tiers Etat», *Contemporary Review*, mei 1964, 228-230, Londen, 1964; KOUNG YOEH, *Théorie constitutionnelle de Sieyès*, Parijs, 1934; ROELS, J., «La notion de représentation chez l'abbé Sieyès», *Revue générale belge*, 1963, 87-105; SAINTE-BEUVE, C.A., *Sieyès (Causeries du Lundi, d. V)*, 3e uitg., Parijs, s.d., *Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789*, Parijs, 1788; SIEYÈS (l'abbé), *Déclaration des droits de l'homme en société*, Versailles, 1789; *Des intérêts de la liberté dans l'état social et dans le système représentatif* (*Journal d'Instruction Sociale*, 8 juni 1793), Parijs, 1793; *Diré sur le veto royal du 7 septembre 1789*, Parijs, 1789; *Discours du 8 juillet 1789 sur les mandats impératifs*, Parijs, 1789; *Observations du 2 octobre 1789 sur le rapport du comité de constitution*, Parijs, 1789; *Quelques idées de constitution applicables à la Ville de Paris en juillet 1789*, Parijs, 1789; *Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, Parijs, 1789; *Réponse à Paine du 16 juillet 1791* (*Moniteur*, nr. 197), Parijs, 1791; VAN DEUSEN, G.G., *Sieyès: his Life and his Nationalism*, New-York, 1932.

²⁰ «Les véritables rapports d'une constitution politique», schreef Sieyès in het jaar III, «sont avec la Nation qui reste, plutôt qu'avec telle génération qui passe, avec les besoins de la nature humaine, commune à tous plutôt qu'avec des différences individuelles» (rede van 18 Thermidor Jaar III).

Het valt te betwijfelen of het Nationaal Congres, toen het artikel 25 van de Grondwet, thans artikel 33, goedkeurde, uitsluitend de gevolgen voor ogen heeft gehad die de rechtsleer doorgaans toekent aan de theorie van de nationale soevereiniteit. De Constituante van 1831 liet zich blijkbaar ook nog leiden door een ten minste driedelige zorg.

Allereerst de wil om te beletten dat de soevereiniteit uitsluitend bij de Koning zou berusten.²¹ Als reactie op de vorige regimes heeft het Nationaal Congres het gehele grondwettelijke stelsel gebaseerd op artikel 33, dat uiting geeft aan een wantrouwen tegenover de uitvoerende macht en aan de zorg om het individu te beschermen tegen die macht; die opbouw van de Grondwet is de tegenpool van het stelsel van de koninklijke soevereiniteit.²² Vervolgens ook de wil om de soevereiniteit aan de Belgen toe te kennen: het Nationaal Congres wilde namelijk dat de macht die zich in België zou uiten, enkel zou voortkomen uit de wil van de Belgen en uitsluitend door hen zou worden uitgeoefend. De wil ten slotte om de onafhankelijkheid van België ten opzichte van de vreemde Naties tot uitdrukking te brengen.²³

²¹ België is een monarchie in die zin dat het een Staatshoofd heeft waarvan de functie erfelijk is. De stabiliteit van die functie wordt niet alleen gewaarborgd door haar erfelijkheid (art. 85 Gw.) maar ook door de onschendbaarheid van de persoon des Konings (art. 88 Gw.). De Koning is echter geen houder van de soevereiniteit: zijn macht gaat uit van de Natie, waarvan hij slechts de meest vooraanstaande vertegenwoordiger is (art. 33 Gw.). Hij heeft geen andere macht dan die welke de Grondwet en de bijzondere wetten, krachtens de Grondwet zelf uitgevaardigd, hem toekennen (art. 105 Gw.). Zijn machten zijn hem toegekend. Hij is dus onderworpen aan de Grondwet en aan de wetten, zoals hij bij zijn eedaflegging plechtig zegt alvorens bezit te nemen van de troon (art. 91 Gw.). Ten slotte kan geen van zijn akten gevolg hebben, wanneer zij niet medeondertekend is door een minister, die daardoor alleen reeds, ervoor verantwoordelijk wordt (art. 106 Gw.).

²² Men leest inzonderheid in het verslag van Alexandre Gendebien, administrateur-generaal van de Justitie, bij de zitting van het Congres van 9 december 1830:

«Dans le ministère de la Justice, tous les employés, à l'exception d'un seul, étaient Hollandais; dans les tribunaux, les magistrats n'étaient nommés que quand leur complaisance pour le système hollandais était notoire» (HUYTENS, E., *Discussions du Congrès National*, Brussel, 1845, d. IV, p. 344).

²³ Professor Vanderlinden schrijft: «L'article 25 (actuellement 33 de la Constitution) vient directement de 1789, sans être relayé, et pour cause, par les chartes constitutionnelles. Mais j'ai le sentiment que l'adjectif national est utilisé en Belgique dans un sens légèrement différent d'en France. Ceci s'explique, sans doute, par la très nette différence de climat psychologique entre 1789 et 1830. La révolution belge est 'nationale' au sens que prendra bientôt ce terme lorsqu'on parlera de l'éveil des nationalités; tel n'est certainement pas, malgré les multiples lectures que l'on a pu faire de l'événement, le sens de 1789. A ce moment la Nation, corps social, s'affirme face au monarque, mais l'un et l'autre sont français. En 1830, la Nation belge s'érige dans son identité face à l'amalgame des Pays-Bas voulu par les Puissances, et lorsqu'elle proclame que tous les pouvoirs émanent d'elle, elle pense sans doute autant en termes d'indépendance face à l'extérieur qu'en termes de répartition de pouvoirs à l'intérieur. Certes la Nation belge va choisir son Roi, mais elle affirme dans l'article 25 non seulement son droit à ce choix mais encore celui de définir elle-même le cadre dans lequel cette monarchie nouvelle fonctionnera» (VANDERLINDEN, J., «Aux origines du titre II de la Constitution de 1831», in *Présence du droit public et des*

Omdat de Natie niet zelf al die machten kon uitoefenen, heeft zij de uitoefening ervan gedelegeerd aan de instellingen die zij met die bedoeling heeft opgericht.

Zij heeft dit, zoals procureur-generaal Ganshof van der Meersch het zei, in twee fases gedaan: «en déléguant l'exercice du pouvoir souverain lui-même au Constituant, mais en procédant de la sorte, elle a attribué à celui-ci la charge de constituer les autres pouvoirs». ²⁴ Dit verklaart het traditionele onderscheid tussen, enerzijds, de «Grondwetgevende» macht, die in de interne rechtsorde de enige soevereine macht vormt, en, anderzijds, de «door de Grondwet gegeven» machten, wier respectieve bevoegdheden hun door de Grondwet zijn toegekend en die onderworpen zijn aan de door de Grondwet vastgestelde regels. ²⁵ Geen enkele van die gestelde machten kan dus als soeverein worden beschouwd aangezien geen van hen juridisch de mogelijkheid heeft om zelf de grenzen van zijn bevoegdheden te bepalen. Inzonderheid is de federale wetgever, daar hij aan de grondwetgevende macht ondergeschikt is, niet soeverein, ²⁶ ook al heeft hij inzake aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de federale overheid behoren, ²⁷ een residuele bevoegdheid die noch aan de

droits de l'homme, Mélanges offerts à J. Velu, Brussel, 1992, d. II, pp. 1193-1209, inz. pp. 1203-1204).

²⁴ Procureur-Generaal Ganshof van der Meersch, concl. bij Cass., 9 nov. 1972, (*Bull. en Pas.*, 1973, I, 237).

²⁵ Professor Delpérée schrijft: «Tous les pouvoirs quels qu'ils soient, quel que soit leur titulaire, quelles que soient les modalités de leur exercice, remontent à une source unique: la Constitution de l'Etat... Dans l'Etat, aucun pouvoir n'est souverain; toute compétence est une compétence réglée. Et sa règle, c'est la Constitution» (DELPÉRÉE, F., *Droit constitutionnel*, 2e uitg., Brussel, 1987, d. I, pp. 301-302).

²⁶ Zoals professor Alen doet opmerken zijn de parlementsleden de vertegenwoordigers van de soevereine Natie, en niet de soevereine vertegenwoordigers van de Natie, hoewel zij soms de laatste stellingname hebben gehuldigd, inzonderheid toen zij elke jurisdictionele toetsing van de grondwettelijkheid van de wetten afwezen (ALEN, A., *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deurne, 1995, p. 21).

Bepaalde auteurs zijn van oordeel dat sommige geconstitueerde machten, wegens de bron waaraan zij hun macht ontleen, over een legitimiteit beschikken waarop de magistraten zich niet kunnen beroepen (MAST, A., *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, 7e uitg., 1983, nr. 397, p. 448; SENELLE, R., «De onschendbaarheid van de wet», *R.W.*, 1971-72, 641 e.v.). Het argument overtuigt weinig op juridisch vlak. Geen enkele instelling heeft een grotere legitimiteit dan een andere. Elke macht is op verschillende wijze aangewezen, samengesteld en georganiseerd teneinde de haar toegewezen opdrachten naar best vermogen te kunnen vervullen. Elke macht haalt haar bevoegdheden uit de Grondwet. Zoals professor Vanwelkenhuyzen beklemtoonde, «celle-ci ne fait aucune distinction entre des organes de la puissance publique qui seraient légitimes et d'autres qui ne le seraient pas ou qui le seraient moins. Juridiquement, le pouvoir est légitime lorsqu'il est exercé conformément à la Constitution. Le pouvoir législatif violant la Constitution ne saurait prétendre à la légitimité» (VANWELKENHUYZEN, A., «L'attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois», *J.T.*, 1974, 577 e.v.; 597 e.v. inz. II 599. Zie ook de standpunten van die auteur over de waarde van het argument op het socio-politiek vlak).

²⁷ Ingevolge art. 35, eerste lid, van de Grondwet, is de federale overheid slechts bevoegd voor de aangelegenheden die de wetten, krachtens de Grondwet zelf uitgevaardigd, haar uitdrukkelijk toekennen.

Koning en de federale regering, noch aan de rechterlijke macht is toegekend.²⁸

Door de Grondwet heeft de Natie, de oorspronkelijke zetel van alle machten, zodoende niet het bezit van die machten maar wel de uitoefening ervan gedelegeerd aan de personen en lichamen die in haar naam en voor haar rekening de effectieve houders van die machten zijn.²⁹

Professor Ergéc schrijft in dat verband: «C'est à travers ces organes que s'incarne la volonté nationale et ce, indépendamment de leur caractère élu ou non. Ainsi, les magistrats, quoique non élus, sont les délégués directs de la Nation et rendent la justice en son nom».³⁰

Het openbare gezag dat ieder orgaan of groep organen uitoefent, berust dus op een delegatie.³¹

Het begrip nationale vertegenwoordiging is heel nauw verbonden met de idee van delegatie, in die zin dat delegatie leidt tot vertegenwoordiging.³² Bepaalde organen of groe-

²⁸ In tegenstelling tot de Koning en de federale regering, en tot de rechterlijke macht, die alleen bevoegdheden uitoefenen die zijn toegewezen door de Grondwet of door de krachtens haar genomen wetten, oefent de federale wetgever, in de materies die tot de bevoegdheid van de federale overheid behoren, benevens de bevoegdheden in materies die de Grondwet hem voorbehoudt, de bevoegdheden uit die zij aan geen ander staatsorgaan toevertrouwt. Op grond van die residuele bevoegdheid heeft de wetgever in het verleden, herhaaldelijk, geoordeeld grondwettelijke leemten te kunnen opvullen.

Zo de wetgevers de volheid van bevoegdheden hebben, dan is het in die zin dat zij bevoegd zijn om op te treden in alle materies die de Grondwet of een krachtens haar genomen wet niet uitdrukkelijk voor andere machten voorbehoudt. Dat is ongeveer dezelfde mening die wordt uitgedrukt door te zeggen dat de wetgevers over het residu van soevereiniteit beschikken. Men merke op dat voor het Arbitragehof niet de wetgevers over het residu van soevereiniteit beschikken, maar de wetgevende vergaderingen (zie Arbitragehof, arrest nr. 31/96 van 15 mei 1996, *B.S.*, 25 juni 1996, p. 17505).

²⁹ Cass., 5 februari 1891, en de concl. van procureur-generaal Mesdach de ter Kiele (*Bull. en Pas.*, 1891, I, 54). Zie concl. van Paul Leclercq, toen advocaat-generaal, voor Cass., 5 maart 1917 (*ibid.*, 1917, I, 122); concl. van procureur-generaal Terlinden, voor Cass., 27 december 1919 (*ibid.*, I, 28); concl. van advocaat-generaal Dewandre voor Cass., 4 mei 1920 (*ibid.*, 1920, I, 135, nr. 139); concl. van Ganshof van der Meersch, toen advocaat-generaal, voor Cass., 10 juli 1953 (*ibid.*, 1953, I, 914). Zie art. 2 van titel III van de Grondwet van 3 sept. 1791.

«La communauté ne se dépouille point du droit de vouloir», schreef Sieyès in *Qu'est-ce le Tiers Etat?*, «c'est sa propriété inaliénable; elle ne peut qu'en commettre l'exercice» (*Qu'est-ce que le Tiers Etat?*, hoofd. V); Roederer, in dezelfde zin, beklemtoonde dat «le principe de l'inaliénabilité n'empêche pas que la société ne puisse déléguer l'exercice et la jouissance d'une portion du pouvoir souverain» (*De la souveraineté*, in *Oeuvres complètes du Comte P.L. Roederer* gepubliceerd door zijn zoon baron A.M. ROEDERER, d. III, Parijs, 1855, p. 66).

³⁰ ERGEC, R., *Introduction au droit public*, 2e uitg., Brussel, 1994, d. I, p. 83; zie GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Les garanties de l'indépendance du juge en droit belge», *Rev. dr. ind. et dr. comp.*, 1954, 161.

³¹ Verg. met de mening dat het geen delegatie van macht zou betreffen maar een toewijzing van macht (zie DELPÉRÉE, F., *Droit constitutionnel*, op.cit., 2e uitg., Brussel, 1987, d. I, p. 106).

³² ALÉN, A., op. cit., pp. 19-20. De ordening van de machten die uitgaan van de Natie zou erin bestaan een juridische techniek uit te werken waardoor aan de Natie een wil kan worden toegeschreven,

pen organen die de gedelegeerden zijn van de Natie vertegenwoordigen haar. Het juridisch begrip vertegenwoordiging van de Natie vloeit dus rechtstreeks voort uit het beginsel dat in artikel 33, eerste lid, van de Grondwet is neergelegd. Uit het feit dat alle machten van de Natie uitgaan, volgt dat niemand in zijn eigen naam of krachtens een individueel recht het openbare gezag kan uitoefenen. Dat gezag kan uitsluitend in naam van de Natie en krachtens een delegatie ervan worden uitgeoefend. Gelet op hun positie van effectieve houders van het openbare gezag ten opzichte van de Natie, kunnen we stellen dat sommige van die houders de vertegenwoordigers van de Natie zijn.

9. Uit het oogpunt van de theorie van de nationale soevereiniteit zijn echter niet alle organen van de openbare macht die in naam van de Natie optreden en die via de Grondwet hun macht van haar hebben verkregen, noodzakelijkerwijs vertegenwoordigers. De leden van de grondwetgevende vergadering van 1791 maakten een duidelijk onderscheid tussen een vertegenwoordigende macht, die namens de Natie wilsbevoegdheid heeft, en de aangestelde macht, die namens de Natie handelingsbevoegdheid heeft.³³

Wat het vertegenwoordigende orgaan onderscheidt van het niet-vertegenwoordigende orgaan, is de hoedanigheid en de uitgestrektheid van hun respectieve machten: in de uitoefening van zijn functie is de macht van het niet-vertegenwoordigende orgaan slechts secundair en ondergeschikt; de wil die het uit is ondergeschikt aan de wil die voordien reeds geuit werd door een hoger orgaan dat de hoedanigheid van vertegenwoordiger van de Natie bezit. Het niet-vertegenwoordigende orgaan is dus niet bevoegd om een oorspron-

die omdat hij van haar uitgaat, dwingend zou zijn. Burdeau schrijft: «Il faut que des personnalités réelles formulent un vouloir et que, dans le même moment, la collectivité le reconnaisse pour le sien. Cette mutation s'accomplit par la représentation» (BURDEAU, G., *La démocratie*, Parijs, 1956).

Duguit stelt: «Cette délégation entraîne une représentation ce qui veut dire que les délégués du peuple veulent pour lui, expriment sa volonté, par conséquent, expriment la volonté souveraine et que, quoique ce soient les représentants qui décident et non le peuple lui-même, les choses doivent se passer exactement de la même manière que si le peuple avait parlé» (DUGUIT, L., op.cit., d. I, p. 607).

Cornu omschreef de Natie volgens de klassieke theorie van de soevereiniteit die uit de Franse revolutie stamt: «personne juridique titulaire de la souveraineté qui en conserve l'essence et en délègue l'exercice aux représentants» (CORNÜ, G., *Vocabulaire juridique*, 2e uitg., Parijs, 1990, v° Nation, pp. 529-530).

³³ Barnave verklaarde voor de Assemblée: «Dans l'ordre et dans les limites des fonctions constitutionnelles, ce qui distingue le représentant de celui qui n'est que simple fonctionnaire public, c'est qu'il est chargé, dans certains cas, de vouloir pour la Nation, tandis que le simple fonctionnaire n'est jamais chargé que d'agir pour elle» (rede van 10 aug. 1791). Roederer maakt een zelfde onderscheid: «Les administrateurs ne sont représentants du peuple que pour exercer un pouvoir commis, un pouvoir subdélégué et subordonné. C'était donc entre les pouvoirs représentatifs et les pouvoirs commis qu'il fallait établir une distinction nette» (rede van 10 aug. 1791). Daarom stelde hij voor art. 2 van titel III van de Grondwet van 1791 aldus te wijzigen: «La Nation ne peut exercer par elle-même sa souveraineté. Elle institue à cet effet des pouvoirs représentatifs et des pouvoirs commis, qui seront pour la plus grande part exercés par des citoyens nommés par le peuple, ainsi qu'il sera dit ci-après, ce qui constitue le gouvernement représentatif» (*ibid.*).

kelijke wil van de Natie te uiten of aan die wilsuiting deel te nemen.³⁴

Ik moge hier herhalen dat een vertegenwoordiger van de Natie in het recht omschreven wordt als iedere overheid of openbaar lichaam dat van de Grondwet of van de krachtens die Grondwet uitgevaardigde wetten bevoegdheden heeft verkregen om de oorspronkelijke wil van de Natie uit te drukken of aan de uitdrukking van die wil deel te nemen. Kenmerkend voor de vertegenwoordiging is het toekennen aan de vertegenwoordigende overheid of aan het openbaar lichaam van een bevoegdheid, krachtens welke die overheid of dat lichaam in alle onafhankelijkheid en op haar verantwoordelijkheid kan beslissen in de zaken waarvoor zij bevoegd is.³⁵

In juridisch opzicht wordt de hoedanigheid van vertegenwoordiger van de Natie met andere woorden niet bepaald door de modaliteiten van zijn aanwijzing, maar door zijn grondwettelijke of wettelijke bevoegdheden om uiting te geven aan de oorspronkelijke wil van de Natie.³⁶ Bijgevolg kan

³⁴ «Le simple fonctionnaire», schrijft Carré de Malberg, «bien qu'exerçant pareillement une partie du pouvoir national, et même bien que possédant, lui aussi, une certaine puissance de vouloir sous sa propre appréciation, n'atteint plus au même degré d'initiative, de libre volonté personnelle et d'indépendance. Il n'a plus le pouvoir de vouloir, d'une façon initiale, pour la Nation; mais il ne peut, pour les affaires de sa compétence, énoncer qu'une volonté subordonnée à celle qui a été dégagée au dessus de lui par des représentants nationaux. Ou bien, en effet, il se borne à amener à exécution la volonté nationale telle qu'elle a été précédemment formulée par ces représentants; ou, tout au moins, il ne peut émettre de décisions reposant sur son initiative personnelle qu'en vertu d'habilitations qui lui aient été concédées par les autorités représentatives qui le dominent. Il n'a donc plus une puissance primordiale mais conditionnée ou secondaire: non seulement il est lié par des règles légales qui ont pour lui la valeur de prescriptions impératives mais encore, il reçoit toutes ses impulsions d'une volonté supérieure à la sienne» (CARRÉ DE MALBERG, R., *op.cit.*, d. II, p. 264).

³⁵ Zie CARRÉ DE MALBERG, R., *op.cit.*, d. II, p. 263. In zijn reeds vermelde studie schrijft D. Turpin de volgende omschrijving van de vertegenwoordiging in publiek recht toe aan CARRÉ DE MALBERG, met verwijzing naar bladzijde 326 van deel II van het bovenvermeld werk. «Il faut entendre par représentation, en droit public, le rapport juridique existant entre un organe d'Etat et une ou plusieurs autres personnes constituées elles-mêmes en organe étatique, rapport en vertu duquel la volonté formulée par le premier de ces organes apparaît comme une manifestation de la volonté spéciale du second, celui-ci n'étant pas admis à vouloir immédiatement par lui-même». Eigenlijk blijkt uit de context van die passage dat Carré de Malberg in de voormelde zin de desbetreffende opvatting van Jellinek wilde samenvatten.

³⁶ Daarom hebben de grondwetgevers van 1791 geoordeeld dat de Koning een vertegenwoordiger van de Natie was, niettegenstaande het erfelijk karakter van zijn functie (zie art.2 van titel III van de Gw. 3 sept. 1791). Barnave heeft die doctrine in ondubbelzinnige bewoordingen uitgedrukt: «Le Roi est représentant constitutionnel de la Nation: 1° en ce qu'il consent ou veut pour elle, que les nouvelles lois du Corps législatif soient immédiatement exécutées ou qu'elles soient sujettes à suspension; 2° en ce qu'il stipule pour la Nation, en ce qu'il prépare et fait, en son nom, les traités avec les nations étrangères, qui sont de véritables actes de volonté, de véritables lois qui lient réciproquement une nation avec nous, tandis que les lois intérieures émanent du Corps législatif» (rede van 10 aug. 1791). Thouret verklaarde in dezelfde zin: «Il ne nous a pas paru douteux qu'il y eût dans la royauté un caractère de représentation,

men Dominique Turpin³⁷ en Antoine Garapon³⁸ enkel bijvallen waar zij, in de reeds aangehaalde beknopte formule, schrijven dat «la caractéristique d'un représentant est, non d'être élu, mais de 'vouloir pour la Nation' ».

2° De rechterlijke macht

10. Alvorens na te gaan of de rechterlijke macht als een de Natie vertegenwoordigende macht dient te worden beschouwd in de zin die ik zonet omschreven heb, meen ik eerst nader te moeten bepalen wat, mijns inziens, het begrip rechterlijke macht inhoudt. Er moet meer bepaald worden nagegaan of het openbaar ministerie al dan niet deel uitmaakt van die macht.

Ik zal evenwel niet ingaan op de controversen die die laatste vraag sinds enkele jaren heeft opgeroepen³⁹ en die op

étranger au domaine du pouvoir exécutif. Le Roi a la sanction sur les décrets du Corps Législatif, et dans l'exercice de ce droit, il est représentant. Le Roi a encore un caractère indiscutable de représentant dans le droit que la Nation lui confère de traiter avec les puissances étrangères des intérêts et affaires de l'Etat; il a le droit d'exercer les négociations politiques au-dehors» (rede van 10 aug. 1791).

³⁷ TURPIN, D., *op. cit.*, pp. 381-390.

³⁸ GARAPON, A., *op. cit.*, p. 262.

³⁹ Er zijn dienaangaande drie strekkingen in de rechtsleer: sommige auteurs houden staande dat het openbaar ministerie deel uitmaakt van de rechterlijke macht; anderen dat het tot de uitvoerende macht behoort; nog anderen dat het tegelijk orgaan van de rechterlijke en van de uitvoerende macht is. De verschillende auteurs zijn het evenwel eens dat het openbaar ministerie, ongeacht de macht waarvan het orgaan is, deel uitmaakt van de rechterlijke orde (art. 154, Gw.), waarbinnen het een bijzonder statuut van onafhankelijkheid heeft.

Zie ALEN, A., «Het openbaar ministerie en de federale regering, de gemeenschaps- en gewestregeringen», in *Een eigentijds openbaar ministerie*, Brussel, 1994, pp. 211-221; Idem, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deurne, 1995, pp. 257-259; BAUWENS, N., «Het beleid van het openbaar ministerie», *R.W.*, 1994-95, 585-603; BEKAERT, H., *Positie en taak van het openbaar ministerie* (Preadvis voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland) 1958; Idem, «La mission du ministère public en droit privé», *Mélanges en l'honneur de J. Dabin*, Brussel, 1963, pp. 419-451; CHARLES, R., «Du ministère public», Brussel, 1982, en *J.T.*, 1982, 553 e.v.; DEJEMEPPE, B., «Le ministère public aujourd'hui ou la tentative de la météorologie», *Actualités du droit*, 1993, 542 e.v.; DE LEVAL, G., *Institutions judiciaires*, Luik, 1992, pp. 293 tot 346; Idem, «L'action du ministère public en matière civile», in *Een eigentijds openbaar ministerie*, Brussel, 1994, pp. 53-80; DELPÉRÉE, F., «Le ministère public et les chambres fédérales, les conseils de communauté et les conseils de région», in *Un ministère public dans la politique criminelle*, in *Een eigentijds openbaar ministerie*, Brussel, 1994, pp. 193-209; DEMANET, G., «Place du ministère public pour son temps», Brussel, 1994, pp. 157-171; DE NAUW, A., «La décision de poursuivre, instruments et mesures», *Rev. dr. pén. et crim.*, 1976-77, 449 e.v.; Idem, «Kontrolé over vervolging en seponering», in *Liber amicorum H. Bekaert*, Gent, 1977, pp. 79 e.v.; Idem, «Het gaat niet alleen om het openbaar ministerie», *R.W.*, 1991-92, 10731077; Idem, Algemeen Verslag, in *Een eigentijds openbaar ministerie*, 1994, pp. 367-381; DE WILDE, L., «Het sepotbeleid», *Panopticon*, 1982, 501 e.v.; DU JARDIN, J., «La politique criminelle du ministère public», in *Liber amicorum F. Dumon*, Antwerpen, 1983, d. I, pp. 437-456; Idem, «Bestaansreden en opdracht van het openbaar ministerie», in *Een eigentijds openbaar ministerie*, Brussel, 1994, pp. 11-37; DUMON, F., «Le rôle des organes

zich al stof bieden voor een andere openingsrede. Om niet van mijn onderwerp af te dwalen, zal ik mij dan ook tot de essentie beperken. In wezen dient er, naar mijn gevoelen, met betrekking tot de positie van het openbaar ministerie ten opzichte van de rechterlijke macht, een onderscheid gemaakt te worden naargelang men die positie bekijkt vanuit een organiek dan wel een functioneel standpunt.

de poursuite en matière pénale», *Tijds. Strafr.*, 1964, 305 e.v.; FRANCHIMONT, M., JACOBS, A. et MASSET, A., *Manuel de procédure pénale*, Luik, 1989, pp. 40-47; HAYOIT DE TERMICOURT, R., «Propos sur le ministère public», *Rev. dr. pén. et crim.*, 1936, pp. 961-1011; HUBIN, J., «Le ministère public: la nécessaire mutation d'une tradition», *Actualité du droit*, 1992, 721-742; Idem, «Le ministère public dans l'avenir», in *Een eigentijds openbaar ministerie*, Brussel, 1994, pp. 111-155; JANSSEN, C. et VERVAEKE, J., *Le ministère public et la politique de classement sans suite*, Brussel, 1990; KINDERMANS, A., «De opdracht van het openbaar ministerie in sociale zaken», in *Een eigentijds openbaar ministerie*, Brussel, 1994, pp. 93-110; KRINGS, E., «Le rôle du ministère public dans le procès civil», in *Rapports belges au IXe Congrès international de droit comparé*, Brussel, 1974, pp. 139-166; LOOYENS, M., «De scheiding der machten en het vervolgingsbeleid», *Jura Falc.*, 1992-93, 87-125; MATTHIJS, J., «Le ministère public, organe d'unification au sein de la nouvelle organisation judiciaire», *J.T.*, 1967, 433 e.v.; Idem, *Het Belgisch openbaar ministerie en zijn beleid, getoetst aan de nieuwe wetten* (Vereniging voor vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Zwolle, 1969; Idem, «Taak van het openbaar ministerie in het privaatrechtelijk rechtsgeding», *T.P.R.*, 1977, 619 e.v.; Idem, *Openbaar Ministerie*, A.P.R., Gent, 1983; MEEUS, A., «Le Code judiciaire. Le ministère public dans l'action judiciaire», *Ann.dr.*, 1968, 361 e.v.; Idem, «Le rôle du ministère public en droit judiciaire privé», *T.P.R.*, 1980, 143 e.v.; Idem, «L'institution du ministère public en Belgique», *Bull. de l'Union internationale des magistrats (Belgique)*, oktober 1987, 6-23; Idem, «L'institution du ministère public en Belgique», *Ann.dr.*, 1988, 17-34; PERIN, F., «Du ministère public», in *Les pouvoirs du judiciaire*, uitg. Labor, pp. 87-94; PIRET, J.M., *Le parquet de cassation*, Brussel, 1994, *J.T.*, 621-631; SCREVEN, R., *Le ministère public et la politique de classement sans suite*, Brussel, 1990; SREVEN, R. en VAN BEIRS, L., «Le rôle des organes de poursuites dans le procès pénal» (Rapport belge au Congrès de l'Association internationale de droit pénal), *Rev. int.dr.pén.*, 1964, 19 e.v.; TOBBACK, L., Exposé in *Een eigentijds openbaar ministerie. Addendum*, Brussel, 1994, pp. 17-24; TROISFONTAINES, P., «Le ministre de la Justice peut-il adresser aux magistrats des injonctions négatives à caractère général?», *Ann. dr.*, 1983, 25-58; VAN DE KERCKHOVE, M., «Fondement et limites du pouvoir discrétionnaire du ministère public aux confins de la légalité», *Sociologie et société*, d. XVIII, 1986, pp. 77 e.v.; VAN DE LANOTTE, J., «Bedenkingen bij de onafhankelijkheid van het openbaar ministerie», *R.W.*, 1990-91, 1001-1014; VANDERMEERSCH, D., «Le ministère public et le juge», in *Een eigentijds openbaar ministerie*, Brussel, 1994, pp. 223-245; VAN DRIESSCHE, E., «De onafhankelijkheid van het openbaar ministerie t.o.v. de regering in de uitoefening van de rechtsprekende functie», *T.B.W.*, 1967, 282 e.v.; VAN OUDENHOVE, A., «Werk van het openbaar ministerie», in *Een eigentijds openbaar ministerie*, Brussel, 1994, pp. 173-181; VERHEGGE, G.J.Y., «Beschouwingen bij het beleid van het openbaar ministerie», *R.W.*, 1982-83, 1345 e.v.; VERHELST, B., «De opdracht van het openbaar ministerie in economische zaken», in *Een eigentijds openbaar ministerie*, Brussel, 1994, pp. 81-92; VERVAEKE, J., «Het openbaar ministerie in de strafrechtspleging. Vergt strafrechtsbeleid een nieuwe definitie van de trias politica?», *R.W.*, 1990-91, 1014-1023; VISART DE BOCARME, M.C., «L'action préventive du ministère public» in *Un ministère public pour son temps*, Brussel, 1994, pp. 39-51; WATHELET, M., Exposé in *Een eigentijds openbaar ministerie. Addendum*, Brussel, 1994, pp. 7-15; VERDUSSEN, M., *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Brussel, 1995, pp. 337-353.

Tussen beide benaderingen moet in het recht, en in het bijzonder in het publiek recht, vaak een onderscheid gemaakt worden.

Vanuit een organiek standpunt blijkt, mijns inziens, uit de Grondwet en uit de wet dat de rechterlijke macht, enerzijds, uit hoven en rechtbanken bestaat en, anderzijds, uit het openbaar ministerie.

Krachtens artikel 40, eerste lid, van de Grondwet, vervat in titel III betreffende de machten, wordt de rechterlijke macht uitgeoefend door de rechtbanken en de hoven.

Die hoven en rechtbanken worden opgesomd in hoofdstuk VI van dezelfde titel, onder het opschrift «De rechterlijke macht». ⁴⁰ Dit hoofdstuk VI vermeldt in artikel 153 tevens de ambtenaren van het openbaar ministerie.

Dit laatste grondwettelijk gegeven wordt bevestigd en nader omschreven in de wet, met name in het Gerechtelijk Wetboek.

Boek I van het tweede deel van dat wetboek, dat aan de organisatie van de rechterlijke macht is gewijd, heeft als titel «Organen van de rechterlijke macht». De hoven en de rechtbanken (titel I) en het openbaar ministerie (titel II) worden door dat wetboek onder die organen gerekend.

Geen enkele wettelijke bepaling kent aan de magistraten van het openbaar ministerie de hoedanigheid toe van agenten of organen van de uitvoerende macht bij de hoven en de rechtbanken. Zowel bij het opstellen van de wet van 18 juni 1969 betreffende de rechterlijke organisatie als bij het opstellen van het Gerechtelijk Wetboek heeft de wetgever uitdrukkelijk afstand genomen van de opvatting dat de magistraten van het parket de uitvoerende macht vertegenwoordigen bij de rechterlijke macht. ⁴¹

Ofschoon de autonomie van de magistraten van het openbaar ministerie beheerst wordt door andere regels dan die welke de onafhankelijkheid van de rechters waarborgen, maken die magistraten organiek deel uit van de rechterlijke macht. Uit het feit dat zowel de hoven en de rechtbanken als het openbaar ministerie organen van de rechterlijke macht zijn, kan echter niet worden afgeleid dat die organen uitsluitend een rechtsprekende functie uitoefenen.

Er vindt namelijk een functionele splitsing plaats. Functioneel gezien, verrichten de hoven en rechtbanken immers hoofdzakelijk, maar niet uitsluitend, handelingen van rechtsprekende aard; sommige van hun bevoegdheden zijn uitvoerend van aard: al dragen ze de naam van vonnis, beschikking of arrest, verscheidene handelingen van de hoven en rechtbanken die geen uitspraak doen over geschillen betreffende burgerlijke of politieke rechten, zijn louter administratief van aard. ⁴²

⁴⁰ Dat hoofdstuk vermeldt als hoven of rechtbanken de vrederechten (art. 151), de rechtbanken van eerste aanleg (art. 151), de rechtbanken van koophandel (art. 157), de arbeidsgerechten (art. 157), de militaire rechtbanken (art. 157), de hoven van assisen (art. 150), de hoven van beroep (art. 156) en het Hof van cassatie (art. 147 et 158).

⁴¹ Zie o.m. ALEN, A., «Het openbaar ministerie ...», *op. cit.*, pp. 215-216; HAYOIT DE TERMICOURT, R., *op. cit.*, pp. 980-982; MEEUS, A., «L'institution du ministère public en Belgique», *Ann. dr.*, 1988, 17-34, inz. 21 tot 24 en de aldaar aangehaalde verwijzingen.

⁴² Aldus bijvoorbeeld: de aanwijzing van een gerechtelijk bevaarder die de goederen zal beheren onder voorbehoud van alle rechten (artt. 1961 tot 1963 B.W.), de homologatie van de beslissingen

Evenzo oefent het openbaar ministerie, al maakt het deel uit van de rechterlijke macht, bevoegdheden uit die niet noodzakelijk jurisdictioneel zijn. Zijn taken behoren nu eens tot de rechtsprekende functie, dan weer tot de uitvoerende functie.

Zoals procureur-generaal Hayoit de Termicourt al schreef, neemt het openbaar ministerie deel aan de uitoefening van de rechterlijke functie, «par son concours à l'interprétation et à l'application des lois par les juges ou, suivant la juste expression de d'Aguesseau, par le secours qu'il apporte aux juges pour les mettre en état de remplir leur mission». ⁴³

Dit is het geval wanneer het in burgerlijke zaken een advies geeft over de conclusie van de partijen. Bij de uitoefening van de strafvordering is het optreden van het openbaar ministerie van tweeërlei aard. Enerzijds behoort zijn optreden tot de uitvoerende functie, in zoverre het die vordering op gang brengt en de schriftelijke procedure leidt tot een eindbeslissing de zaak definitief afdoet. Anderzijds behoort zijn optreden tot de rechtsprekende functie, in zoverre het de rechter bijstaat en hem toelichting verschaft over de uitlegging van de wet waarvan de uitvoering wordt gevorderd en over haar toepassing op het aan de rechter voorgelegde geschil. ⁴⁴

B. ALGEMENE PROBLEMEN

1° De grondslagen van de vertegenwoordiging van de Natie door de rechterlijke macht

a) De hoven en rechtbanken

11. Er bestaat discussie omtrent de vraag of in het stelsel van de Franse Grondwet van 1791, die in zekere mate als grondslag gediend heeft voor onze Grondwet, de rechters de hoedanigheid van vertegenwoordigers van de Natie hadden.

Nadat die grondwet in artikel 2, eerste zin, van de preambule van titel III betreffende de staatsmachten, had bepaald dat «la Nation de qui seule émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation», definieerde zij in de artikelen 3, 4 en 5 de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht als drie onderscheiden machten die zij rechtstreeks delegerde aan drie orden van onafhankelijke overheden. Artikel 5 preciseerde dat «le pouvoir judiciaire est délégué à des juges élus à temps par le peuple». ⁴⁵ In de twee-

gen van de familieraad (artt. 1232 tot 1237 Ger.W.), de afgifte van akten van bekendheid (art. 600 Ger.W.), de legalisatie van bepaalde handtekeningen (art. 600 Ger.W.), de beëdiging (art. 601 Ger.W.), de meeste handelingen, door de hoven en rechtbanken verricht in het kader van de adoptieprocedures (artt. 343 tot 370 B.W.), de voogdij (artt. 389 tot 475 B.W.), de onbekwaamverklaring (artt. 489 tot 512 B.W.), de echtscheiding door onderlinge toestemming (artt. 1287 tot 1304 Ger.W.), rechtsbijstand (artt. 664 tot 699 Ger.W.). Nu eens worden die administratieve handelingen verricht op verzoek van een partij, dan weer op verzoek van verschillende partijen, die evenwel akkoord gaan. Die administratieve handelingen worden daarom echter niet minder in volle onafhankelijkheid door de rechters verricht.

⁴³ HAYOIT DE TERMICOURT, R., *op. cit.*, pp. 982-983.

⁴⁴ HAYOIT DE TERMICOURT, R., *op. cit.*, p. 984.

⁴⁵ Toen op 10 augustus 1789 dat artikel door de Assemblée was onderzocht, werden er geen lange debatten over gevoerd. Niette-

de zin van de preambule bepaalde artikel 2 evenwel: «La Constitution française est représentative: les représentants sont le Corps législatif et le Roi», zonder daarbij de rechters te vermelden, al werd, krachtens artikel 5, de rechterlijke macht aan hen gedelegeerd en al werden zij voor bepaalde tijd door het volk verkozen.

Bepaalde auteurs, waaronder Carré de Malberg, leiden hieruit af dat de grondwetgevende vergadering van 1791 geweigerd heeft aan de rechters de hoedanigheid van nationale vertegenwoordigers toe te kennen, omdat zij van oordeel was dat de rechters, al doen zij onafhankelijk uitspraak en al laten zij zich daarbij enkel door hun geweten leiden, in principe slechts de bevoegdheid hebben om de wetten toe te passen, wat neerkomt op een louter ondergeschikte functie en niet op een bevoegdheid om voor de Natie te willen. ⁴⁶ Volgens die auteurs heeft de grondwetgevende vergadering van 1791 de rechterlijke macht enkel vanuit organiek oogpunt als derde grote macht opgericht, in die zin dat zij die macht op onafhankelijke wijze bedoelde te organiseren ten opzichte van, onder meer, de uitvoerende macht. Functioneel gezien wenste zij de bevoegdheid om recht te spreken niet te erkennen als een reële en autonome macht, maar slechts als een «functie».

Andere auteurs, zoals Duguit, stellen echter dat de rechters in het stelsel van de Grondwet van 1791 een representatief korps vormden, daar die Grondwet de rechterlijke orde had opgericht als een derde, onafhankelijke macht, die gelijkwaardig was aan beide andere machten. ⁴⁷

12. In het stelsel van ons publiek recht vormen de hoven en rechtbanken een macht van de Natie. Zoals uit artikel 40, eerste lid, van de Grondwet volgt, werden zij vanaf het ontstaan van de Belgische Staat geconcipeerd als een afzonderlijke staatsmacht, die losstaat van de wetgevende en de uitvoerende macht. ⁴⁸

min was bezwaar gemaakt door de afgevaardigde Garat senior die had verklaard: «Cette rédaction fait du pouvoir judiciaire un pouvoir distinct et séparé, si bien que les juges pourront se regarder à l'avenir comme les représentants du peuple. Je demande donc qu'on remplace les mots 'pouvoirs judiciaires' par ceux-ci: 'fonctions judiciaires', *Archives parlém.*, 1e reeks, d. XXIX, p. 332). Dat bezwaar had geen aanleiding gegeven tot een repliek en art. 5 was goedgekeurd zonder dat de tekst gewijzigd was in de door Garat gesuggereerde zin.

⁴⁶ CARRÉ DE MALBERG, R., *op. cit.*, d. I, pp. 722-726.

⁴⁷ DUGUIT, L., *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, p. 76.

Waarop de voorstanders van de eerste stelling antwoorden, enerzijds, dat de vraag of het rechterkorps een derde macht vormt en of de rechtsprekende functie een representatieve macht impliceert niet dezelfde vragen zijn en, anderzijds, dat van het rechterkorps niet gezegd kan worden dat het in 1791 volledig autonoom was, aangezien het, ook al was het verkozen door het volk en was zijn bevoegdheid direct afgeleid van de Natie en de Grondwet, onder het toezicht van de wetgevende macht stond en daarvan afhing (zie o.m. CARRÉ DE MALBERG, R., *op. cit.*, d. I, p. 726, noot 16).

⁴⁸ In het verslag over de machten, dat hij op 23 december 1830 in het Nationaal Congres indiende, verklaarde Raikem o.m.: «Le projet (du titre consacré aux pouvoirs) commence par consacrer le principe que tous les pouvoirs émanent de la Nation (...) Les publicistes avaient reconnu dans un gouvernement l'existence de trois pouvoirs, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pou-

We weten dat ons stelsel verschilt van het Franse publiekrechtelijke stelsel, waarin de rechterlijke overheid geen macht vormt,⁴⁹ maar, zoals Odent het uitdrukt, «un service public assuré par des magistrats lesquels, à bien des égards, sont des fonctionnaires».⁵⁰ Feitelijk, zoals Dominique Turpin het schreef, vermeldde de Grondwet van 1791 (net als die van het jaar III en van 1848) het bestaan van een «rechterlijke macht» enkel om haar beter te muilkorven.⁵¹ De uitspattingen van het Parlement tijdens het Ancien Regime hadden de Franse revolutionairen bijzonder wantrouwig gemaakt ten aanzien van de rechterlijke kaste, die door Danton, toen minister van Justitie, omschreven werd als «une des plus grandes plaies du genre humain». In de ogen van de revolutionaire vergaderingen hoorden de rechters dan ook slechts

voir judiciaire. L'existence de ces trois pouvoirs avait été reconnue par la Constitution française de 1791 ainsi que par celle de l'an III.

La Constitution de l'an VIII avait adopté un système différent. Sans l'énoncer formellement, elle regardait l'ordre judiciaire comme une branche du pouvoir exécutif et, dans la réalité, elle ne reconnaissait que deux pouvoirs dans l'Etat.

C'était un moyen d'asservir les tribunaux, et l'expérience nous a fait voir combien il était facile d'en abuser.

Le projet qui vous est présenté a rétabli l'existence des trois pouvoirs» (HUYTENS, E., *op. cit.*, d. IV, p. 68; VAN OVERLOOP, *Exposé des motifs de la Constitution belge*, Brussel, 1864, p. 355).

⁴⁹ De charta's van 1814 en 1830 gebruikten de uitdrukking «ordre judiciaire»; de tekst van de Grondwetten van 1852 en 1875 bevatten geen bepalingen over het gerecht; de Grondwet van 27 okt. 1946 vermeldde ze wel, maar omschreef ze niet als een overheid of een macht; de Grondwet van 4 okt. 1958, in het opschrift van titel VIII en in de artt. 64 en 66 spreekt van «autorité judiciaire».

⁵⁰ ODENT, R., *Contentieux administratif*, uitg. 1970-1971, d. II, p. 485; DE GOUFFRE DE LA PRADELLE, G., «Le pouvoir des juges: variations sur un thème éculé», *Pouvoirs*, nr. 5, 1978, p. 171; FOYTER, J., «La justice: histoire d'un pouvoir refusé», *La Justice*, 1981, 17; TROPER, M., «Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?», *Pouvoirs*, nr. 16 et *La Justice*, 1981, pp. 5-15.

⁵¹ TURPIN, D., *op. cit.*, p. 383.

Of de Grondwet van 1791 nu al dan niet de rechters de hoedanigheid van vertegenwoordigers van de Natie heeft toegekend, een kwestie die, zoals ik uiteengezet heb, een voorwerp van controverse is, één ding staat vast, namelijk dat in de Constituante de mening overheerste dat de beslissingen van de rechters, net zoals de handelingen van de bestuurders, slechts toepassingen waren van de wet. Dat standpunt wordt o.m. verwoord door Thouret, Bergasse, Duport en Cazalès.

«L'exécution», verklaarde Thouret, «des lois qui ont pour objet les actions et les propriétés des citoyens, nécessite l'établissement des juges: de là les tribunaux de justice, en qui réside le pouvoir judiciaire» (*Archives parlementaires*, 1e reeks, d. VIII, p. 326).

Bergasse zag in de rechters «une classe d'hommes chargés d'appliquer les lois aux diverses circonstances pour lesquelles elles sont faites» (*ibid.*, 1e reeks, d. VIII, p. 440).

Verklaring in dezelfde zin van Duport: «J'ai dit que les juges n'étaient institués que pour appliquer les lois civiles ... Les juges doivent être bornés à l'application des lois civiles» (*ibid.*, 1e reeks, d. XII, pp. 408 tot 410).

Volgens Cazalès, «le pouvoir judiciaire consiste dans l'application pure et simple de la loi» (*ibid.*, 1e reeks, d. XV, p. 392). «Dans toute société», verklaarde hij verder, «il n'y a que deux pouvoirs, celui qui fait la loi et celui qui la fait exécuter. Le pouvoir judiciaire, quoi qu'en aient dit plusieurs publicistes, n'est qu'une simple fonction puisqu'il consiste dans l'application pure et simple de la loi. L'application de la loi est une dépendance du pouvoir exécutif.»

op te treden als dienaars van de wet en de door het wetgevende korps geuite «algemene wil» toe te passen op de afzonderlijke gevallen.

In de Franse doctrine is aldus de opvatting diep verankerd gebleven dat er in de Staat slechts twee functies bestaan, namelijk de wetgevende en de administratieve, terwijl de rechterlijke functie enkel een aspect is van laatstgenoemde. Volgens die opvatting zouden er in de rechtsorde, naast de algemene regelen die door de wetgevende organen uitgevaardigd worden, enkel bijzondere maatregelen bestaan waarbij die regelen op concrete gevallen worden toegepast, d.w.z. louter administratieve handelingen. De rechtsprekende handeling zou slechts een maatregel zijn tot toepassing van algemene regelen en zou daardoor van dezelfde aard zijn als de administratieve handelingen. De rechtsprekende functie zou dan ook, net als de administratieve, een louter rechtsuitvoerende functie zijn, in tegenstelling tot de rechtschepende functie die door de wetgevende organen wordt uitgeoefend.⁵² Dienaangaande heeft procureur-generaal Ganshof van der Meersch voor uw Hof reeds opgemerkt: «On aperçoit que dans cette conception, la fonction de juridiction n'étant pas distincte par nature de la fonction administrative, a fortiori, les organes judiciaires ne méritent-ils pas dans le classement des fonctions étatiques, d'être organisés et érigés comme ils le sont en droit constitutionnel belge, en un pouvoir distinct.»⁵³

Uit de artikelen 33, eerste lid, en 40, eerste lid, van de Grondwet, volgt dat de rechterlijke macht, net als de twee andere machten van de Staat, uitgaan van de Natie. Worden de arresten en vonnissen van de hoven en rechtbanken, krachtens artikel 40, tweede lid, van de Grondwet, in de naam van de Koning uitgevoerd, dan worden hun arresten en vonnissen gewezen in naam van de Natie. Sinds de onafhankelijkheid van België wordt niet langer recht gesproken in naam van de Koning, zoals voordien het geval was,⁵⁴ maar in naam van de Natie, niet, zoals Alexandre Gendebien het vóór het Nationaal Congres betoogde, «parce qu'elle (de Natie) en soit la source ou s'en croie l'arbitre, mais parce qu'elle est la source de tous les pouvoirs».⁵⁵

13. Als staatsmacht uitgaande van de Natie, oefenen de hoven en rechtbanken krachtens de Grondwet en dus ook

⁵² Volgens Carré de Malberg en volgens een aanzienlijk gedeelte van de Franse rechtsleer bestaat er vanuit materieel oogpunt weliswaar geen verschil tussen de rechtsprekende functie en de uitvoerende of bestuurlijke functie maar bestaan er tussen de rechtshandeling en de handeling van het bestuur formele en statutaire verschillen, die hieruit voortvloeien dat de rechter een functionele onafhankelijkheid geniet, terwijl het bestuur onderworpen is aan de regels van de hiërarchische ondergeschiktheid (CARRÉ DE MALBERG, R., *op. cit.*, d. I, pp. 768 tot 777 en 785 e.v.).

⁵³ Concl. Cass., 21 december 1956, (*Bull.*, en *Pas.*, 1957, 430).

⁵⁴ Onder de Fundamentele wet van Nederland werd het recht gesproken in naam van de Koning (art. 163). Bij besluit van 30 sept. 1830 had het centraal comité beslist dat recht zou worden gesproken in naam van de voorlopige regering van België en dat alle overheidshandelingen uitvoerbaar zouden worden verklaard in naam van diezelfde overheid.

⁵⁵ Verslag, door Alexandre Gendebien, administrateur-generaal van Justitie, uitgebracht in de zitting van het Nationaal Congres van 9 dec. 1830 (HUYTENS, E., *op. cit.*, d. IV, p. 348).

krachtens de wetten, bevoegdheden uit die impliceren dat zij de oorspronkelijke wil van de Natie kunnen uitdrukken of aan die wilsuitdrukking kunnen deelnemen en dat zij derhalve de hoedanigheid bezitten van vertegenwoordigers van de Natie.

Dat vermogen is een gevolg van een aantal gegevens die respectievelijk verband houden met het specifieke voorwerp van hun bevoegdheid, met hun onafhankelijkheid, met de waarborgen inzake vorm en procedure waarmee hun beslissingen gepaard gaan, alsook met de gevolgen ervan.

i) Het specifieke voorwerp van de bevoegdheden van de hoven en rechtbanken

De bevoegdheden van de hoven en rechtbanken hebben een voorwerp dat specifiek is en dat niet op dezelfde lijn kan worden geplaatst als het voorwerp van de bevoegdheden die zijn toegekend aan de andere van de Natie uitgaande machten.

De Grondwet heeft aan de rechtscolleges van de rechterlijke macht onder andere een heel algemene bevoegdheid toegewezen om uitspraak te doen over de geschillen over burgerlijke rechten of over politieke rechten. Krachtens artikel 144 van de Grondwet behoren geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot hun bevoegdheid, terwijl krachtens artikel 145 geschillen over politieke rechten eveneens onder hun bevoegdheid vallen, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen. De Grondwet heeft zodoende de subjectieve rechten onder de bescherming van de gewone rechtscolleges geplaatst, ongeacht of die rechten uit de privaatrechtelijke dan wel uit de publiekrechtelijke regels ontstaan. Traditioneel worden de geschillen in strafzaken gelijkgesteld met geschillen over burgerlijke rechten.⁵⁶ Die geschillen over de subjectieve rechten waarvan de behandeling tot de bevoegdheid van de gewone rechtscolleges behoort, heeft zich in alle geledingen van het maatschappelijke, economische en gezinsleven ontwikkeld en breidt zich verder geleidelijk uit tot nieuwe domeinen zoals de eerbiediging van het privé-leven, het school-, het milieu- en het sportrecht, de reding van bedrijven in moeilijkheden ...

Wanneer de rechters hun grondwettelijke bevoegdheden uitoefenen, beschikken zij voor de afdoening van de geschillen die voor hen zijn aangebracht, over een eigen beslissingsmacht:⁵⁷ hoewel zij het recht en meer bepaald de wet moeten toepassen, doen zij, aldus Esmein, uitspraak door een

vrije verstandsdaad volgens hun geweten en hun persoonlijk inzicht.⁵⁸

Meestal hebben hun beslissingen een dwingend karakter en spreken zij niet louter recht: het beschikkend gedeelte van hun vonnissen of arresten bevat een bevel of een verbod. Die geboden puren hun kracht uit het gezag dat eigen is aan de rechterlijke macht.

Binnen de perken van de wettelijke regels, en meer bepaald die welke gelden voor het contradictoir karakter van de debatten en voor de bewijsvoering, beschikken de rechters over een heel ruime beoordelingsmarge om de feiten te beoordelen en vast te stellen.⁵⁹

Wanneer het er niet meer om gaat de feiten vast te stellen en te beoordelen maar om recht te spreken, passen de rechters niet uitsluitend de wet toe. Om uitspraak te doen over de geschillen die hun zijn voorgelegd, horen zij het recht toe te passen. Wet en recht zijn immers geen synoniemen. De wet alleen vormt niet het recht; het recht uit zich namelijk ook in de Grondwet, in de rechtspraak, in de gewoonte, in de gebruiken, in de algemene beginselen ...⁶⁰ Bovendien is het recht waaraan de rechter zich te houden heeft, ruimer dan het geheel van de nationale normen. Het omvat ook het internationaal recht en inzonderheid alle normen van de internationale verdragen die de bevoegde instellingen van de Natie hebben gesloten en goedgekeurd en die rechtstreekse werking hebben in de interne rechtsorde.

ii) De onafhankelijkheid van hoven en rechtbanken

Als de hoven en rechtbanken erop aanspraak mogen maken dat zij de oorspronkelijke wil van de Natie uitdrukken, dan ligt dit ook aan de essentie zelf van hun beslissingen die vereist dat die beslissingen in een totale onafhankelijkheid worden genomen.

De onafhankelijkheid van de hoven en de rechtbanken die inherent is aan de rechtsprekende functie is een algemeen rechtsbeginsel dat niet alleen door de artikelen 6 van het Europees Verdrag van de rechten van de mens en 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten maar ook door tal van wets- en grondwetsbepalingen wordt bevestigd.⁶¹

⁵⁸ ESMEIN, A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7e uitg., d. I, p. 402.

Het is voornamelijk om die reden dat de vooraanstaande Franse auteur de rechters als vertegenwoordigers beschouwde.

⁵⁹ Meer bepaald hebben de strafrechters een zeer ruime beoordelingsvrijheid om de straffen te individualiseren binnen de door de wetgever gewilde beperkingen wat de aard en de maat van die straffen betreft.

⁶⁰ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof op 1 september 1970, Brussel, 1970, p. 7.

⁶¹ De Grondwetgever heeft bijzondere waarborgen inzake onafhankelijkheid geboden aan de gewone gerechten die hij bij uitsluiting bevoegd gemaakt heeft om kennis te nemen van geschillen over burgerlijke rechten en, behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen, van de geschillen over politieke rechten (artt. 144 en 145 Gw.). Daartoe heeft hij bijzondere regels uitgevaardigd m.b.t. de benoeming en de bevordering van de magistraten (art. 151 Gw.), de onafzetbaarheid van sommigen onder hen (art. 152 Gw.), hun wedde (art. 154 Gw.), de regeling van de onverenigbaarheden (art.

⁵⁶ Zie de artt. 12, tweede lid, en 110 van de Grondwet.

⁵⁷ Toen hij de jurisdictionele handeling vanuit materieel oogpunt analyseerde, verklaarde Ganshof van der Meersch, toen advocaat-generaal, in 1956: «Si, l'on considère l'acte de juridiction du point de vue matériel, c'est-à-dire du point de vue de son contenu, on retiendra qu'il implique l'existence préalable d'un agissement particulier ou d'une abstention d'agir.

Il comporte quatre éléments distincts: le contrôle par l'autorité publique de la conformité ou de la non-conformité de cet agissement ou de cette abstention d'agir au droit objectif; un litige portant sur cette conformité ou cette non-conformité, litige qui peut ne pas être exprimé par les parties dans cette instance; la constatation que cet agissement ou cette abstention d'agir violent ou ne violent pas le droit objectif, dût-il même ne protéger qu'un simple intérêt; une décision de l'organe public donnant solution ou tendant à la solution, comme conséquence de cette constatation» (concl. Cass., 21 december 1956 *Bull. en Pas.*, 1957, I, 430 en verw.).

Een van de specifieke kenmerken van de rechtsprekende handeling bestaat erin dat zij noch aan een hiërarchische overheid noch aan voogdijoverheid is onderworpen. Het mag niet dat wie een rechtsprekende handeling verricht verantwoording verschuldigd zou zijn aan een hogere overheid.⁶²

In de eerste plaats horen de hoven en rechtbanken onafhankelijk te zijn ten opzichte van de uitvoerende macht en van de partijen. Toch dient hun onafhankelijkheid verder te gaan. Zij dient evenzeer te bestaan ten opzichte van de parlementaire assemblées en van feitelijke machten zoals politieke, economische of sociale pressiegroepen.⁶³

iii) *De garanties inzake vorm en procedure van de beslissingen van de hoven en rechtbanken*

De bevoegdheid van de hoven en rechtbanken om de oorspronkelijke wil van de Natie te uiten, steunt eveneens op garanties inzake vorm en procedure die de rechten van de justitiabelen bedoelen te beschermen: hun handelingen mogen uitsluitend verricht worden in het kader van een openbaar en contradictoir debat (art. 148 Gw.) en moeten worden neergelegd in met redenen omklede beslissingen en worden uitgesproken in openbare terechtzitting (art. 149 Gw.).

iv) *Gevolgen van de beslissingen van de hoven en rechtbanken*

De gevolgen moeten vanuit twee standpunten worden bekeken.

Enerzijds hebben de rechtsprekende handelingen gezag van gewijsde, relatief gezag in burgerlijke zaken en gelding erga omnes in strafzaken. Aangezien zij wettelijke kracht van waarheid hebben, kunnen zij slechts bij wege van gewone of buitengewone rechtsmiddelen worden bestreden en in de gevallen waar de wet hervorming, nietigverklaring, cassatie of herziening toestaat.

Anderzijds zijn de rechterlijke beslissingen mede rechtshoofden.

Waar artikel 6 van het Gerechtelijk Wetboek (en vóór januari 1969 artikel 5 van het Burgerlijk Wetboek dat het opheft en vervangt), bepaalt dat de rechters in de zaken die aan hun oordeel zijn onderworpen, geen uitspraak mogen doen bij wege van algemene en als regel geldende beschikking, schijnt die wetsbepaling eraan in de weg te staan dat de rechtspraak beschouwd zou kunnen worden als een autonome bron van positief recht. Hoewel zij geen uitspraak mogen doen bij wege van algemene en als regel geldende beschikking, mogen, ja moeten de rechters evenwel, indien nodig, de wetten interpreteren en de lacunes ervan aanvullen. De

artikelen 5 van het Gerechtelijk Wetboek en 258 van het Strafwetboek verbieden namelijk dat zij weigeren recht te spreken onder enig voorwendsel, zelfs van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid van de wet.

Aangezien de rechtscolleges van de rechterlijke macht met de dwingende functie zijn bekleed om de geschillen waarvan zij kennis hebben genomen te beslechten, hebben zij tegelijk de macht en de plicht rechtsprekende oplossingen te bieden in alle gevallen waar de wetten de bij hen aanhangig gemaakte litigieuze kwestie niet hebben voorzien of geregeld. In die zin scheppen zij recht en geven zij, net als de wetgever, mede uiting aan de oorspronkelijke wil van de Natie, meestal door ze te actualiseren. Hoewel strikt genomen de hoven en rechtbanken alleen het recht niet mogen scheppen, nemen zij toch deel aan de schepping ervan; de rechtspraak wordt in de wet geïntegreerd: zij is de wet zoals de hoven en de rechtbanken ze, door hun beslissingen, hebben geïnterpreteerd en vervolledigd.⁶⁴

Al vindt Carré de Malberg dat een functie van loutere wetstoepassing geen vertegenwoordigende macht kan opleveren, toch geeft hij toe dat de rechtsprekende bevoegdheid «peut s'élever au degré d'une puissance de représentation dans le cas où le juge crée du droit et comble les lacunes des lois».⁶⁵

14. De voornaamste kritieken van de Franse rechtsleer tegen de mening dat de rechters een vertegenwoordigend karakter hebben, kunnen tot drie bezwaren worden teruggevoerd.

i) Het eerste bezwaar is dat de rechters van de rechterlijke macht geen vertegenwoordigende macht kunnen vormen omdat zij noch de uitvoerende, noch de wetgevende macht een halt kunnen toeroepen.⁶⁶

Carré de Malberg schrijft: «Comme le dit M. Hauriou (*Principes de droit public*, t.I, p. 450: 'Les organes juridictionnels ne constituent pas un pouvoir. En effet, ils ne peuvent arrêter ni l'organe exécutif, ni l'organe législatif', elles (les juridictions judiciaires) ne constituent pas, à proprement parler un pouvoir dans l'Etat».

Dat bezwaar kan in ons hedendaags publiek recht niet in aanmerking genomen worden. Naast het feit dat de rechtscolleges van de rechterlijke macht in België grondwettelijk tot staatsmacht zijn verheven, hebben zij, onder bepaalde omstandigheden, de bevoegdheid en de plicht om een halt toe te roepen aan zowel de uitvoerende als de wetgevende organen.

⁶⁴ Zie O.M. GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, aangehaalde rede, Brussel, 1970, pp. 7 tot 17 en de aldaar opgegeven verwijzingen.

⁶⁵ CARRÉ DE MALBERG, R., *op.cit.*, d. II, p. 279, noot 27. «Le juge», schrijft hij bovendien, «ne se borne pas à appliquer, dans un but exécutif, du droit légal déjà élaboré: sa mission d'apaisement des litiges lui confère aussi le pouvoir et même lui impose le devoir de créer des solutions juridictionnelles, au cas où la question contentieuse dont il est saisi n'a pas été prévue et réglée par la législation en vigueur. Dans cette mesure il détient une puissance de même nature que celle du législateur, il fait oeuvre de création comme celui-ci, il contribue à la formation de la volonté initiale de l'Etat.» (CARRÉ DE MALBERG, R., *op.cit.*, d. II, pp. 396-397).

⁶⁶ CARRÉ DE MALBERG, R., *op.cit.*, d. II, p. 397.

155 Gw.). Andere, door de Grondwetgever ingevoerde waarborgen inzake onafhankelijkheid hebben een algemenere strekking. Ze zijn vervat in de regels m.b.t. de inrichting (art. 146 Gw.) en de bevoegdheid van de rechtscolleges (artt. 13, 144, 145 en 159 Gw.).

De wetsbepalingen die deze onafhankelijkheid bekrachtigen zijn meer bepaald de artt. 1140 tot 1147 Ger.W. betreffende het verhaal op de rechter.

⁶² GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., concl. Cass., 21 december 1956 (*Bull. et Pas.*, 1957, I, 430).

⁶³ VELU, J. et ERGEC, R., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, 1990 (Aanv. VII van de R.P.D.B.), nr. 538 en de aldaar aangehaalde verwijzingen.

De toetsing van de handelingen van de uitvoerende organen is het oudst en bestaat al meer dan anderhalve eeuw. Om de justitiabelen te beschermen tegen eventuele onwettigheden van de uitvoerende organen, bepaalt artikel 159 van de Grondwet dat de hoven en de rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten alleen toepassen in zover zij met de wetten overeenstemmen. Bovendien heeft uw Hof – en niet langer de Koning, zoals onder het Nederlandse regime – krachtens artikel 158 van de Grondwet de bevoegdheid om uitspraak te doen over conflicten van attributie.

Toetsing van de handelingen van wetgevende organen is van recentere datum en gaat een kwarteeuw terug. Sinds het arrest van uw Hof van 27 mei 1971 in de zaak N.V. Fromagerie Franco-Suisse Le Ski⁶⁷ wordt aangenomen dat de hoven en rechtbanken de interne normen en meer bepaald de wetgevende normen slechts mogen toepassen voor zover zij verenigbaar zijn met de normen van de internationale verdragen die rechtstreekse werking hebben in de interne rechtsorde.⁶⁸ Overigens hebben de hoven en rechtbanken sinds 1984,⁶⁹ via de prejudiciële vragen die zij aan het Arbitragehof stellen, de bevoegdheid en het recht om te weigeren de wetten, decreten en ordonnantiën toe te passen die dat Hof in casu onverenigbaar heeft geacht met de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheden van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten. Sinds 1989,⁷⁰ ingevolge de uitbreiding van de bevoegdheden van het Arbitragehof, hebben zij bovendien, nog steeds via de aan dit Hof gestelde prejudiciële vragen, de bevoegdheid en het recht om te weigeren de wetten, decreten en ordonnantiën toe te passen die dat Hof in casu onverenigbaar heeft geacht met de grondwettelijke regels betreffende de gelijkheid voor de wet (art. 10 Gw.), het discriminatieverbod (art. 11 Gw.) en de vrijheid van onderwijs (art. 24 Gw.).⁷¹ Die jurisdictionele toetsing van de wetten laat zich verantwoorden door de idee dat de goedgekeurde wet de wil van de Natie slechts kan uitdrukken wanneer de regels van de internationale verdragen met rechtstreekse werking in het intern recht en de grondwettelijke regels worden in acht genomen.

ii) Een tweede bezwaar luidt dat de gewone rechters weliswaar recht kunnen scheppen maar dat dit recht slechts de waarde heeft van een zakelijke oplossing.⁷²

⁶⁷ Cass., 27 mei 1971 (A.C., 1971, 959) en de conclusie van procureur-generaal Ganshof van der Meersch.

⁶⁸ Zie mijn openingsrede van 1 september 1992, «*Toetsing van de grondwettigheid en toetsing van de verenigbaarheid met de verdragen*», Brussel 1992, nrs. 31-92 en de aldaar aangehaalde verwijzingen.

⁶⁹ Art. 107ter, § 2, opgenomen in de Grondwet op 29 juli 1980 (thans art. 142) en de artt. 1 tot 20 van de wet van 28 juni 1983 houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof.

⁷⁰ Herziening van art. 107ter, § 2, van de Grondwet op 15 juli 1988 (thans art. 142) en artt. 1 tot 30 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof.

⁷¹ Zie mijn rede, aangehaald in noot 68 nrs. 3 tot 29 en de aldaar opgegeven verwijzingen.

⁷² «Il est bien vrai», schrijft Carré de Malberg, «que le juge a la faculté de créer du droit. Mais ce droit n'a que la valeur d'une solution d'espèce: il forme bien, inter partes, l'équivalent d'une règle

Dat bezwaar lijkt mij niet doorslaggevend. Het is inderdaad zo dat de gerechtelijke beslissingen slechts zakelijke oplossingen die enkel gelden voor één bepaald geval en in die zin geen elementen zijn van de rechtsorde in haar geheel. Dat neemt evenwel niet weg dat de beginselen waarop de oplossing steunt en die zijn vervat in de dicta van die beslissingen en in de motieven waarop deze noodzakelijk zijn gegrond, deel gaan uitmaken van de wetten en aldus bijdragen tot «rechtsprekende schepping van algemene regels» die de rechtsorde uitmaken.

iii) Een derde bezwaar is dat de bevoegdheid van de gewone rechters om recht te scheppen alleen kan worden uitgeoefend in de geschillen tussen privé-personen of in geschillen waarin alleen privé-belangen in het geding zijn. Zij zijn immers in de regel niet bevoegd om geschillen te beslechten die voortvloeien uit de uitoefening van de openbare macht of die rechtstreeks een staatsbelang raken.⁷³

Dat bezwaar snijdt geen hout in het Belgisch recht.

In onze rechtsorde zijn de hoven en rechtbanken krachtens de artikelen 144 en 145 van de Grondwet in zeer algemene zin bevoegd om uitspraak te doen over geschillen inzake burgerlijke rechten en, behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen, over geschillen inzake politieke rechten. Daarbij is de hoedanigheid van de litigerende partijen zonder belang, evenmin als de aard van de handelingen of

législative; mais il ne devient pas une règle pour la collectivité, un élément de l'ordre juridique pris dans son ensemble. Plus exactement, le juge ne joue ici que le rôle d'un arbitre d'Etat appelé à intervenir au nom de la puissance publique, dans une affaire qui n'en reste pas moins une affaire privée. En imposant aux tribunaux l'obligation de trancher sans exception tous les litiges entre particuliers qui sont portés devant eux, l'art. 4 du Code civil ne fait que consacrer ce principe que les juges ne peuvent refuser leur arbitre à la partie demanderesse qui invoque le secours juridictionnel de l'Etat» (CARRÉ DE MALBERG, R., *op.cit.*, d. II, p. 397).

⁷³ «D'autre part», schrijft Carré de Malberg verder, «il importe de remarquer que ce pouvoir de créer du droit d'espèce par voie d'arbitrage judiciaire ne peut s'exercer que dans les procès qui s'élèvent entre les particuliers et qui engagent de simples questions d'intérêt privé. C'est là un point qui ressort clairement des explications fournies par Portalis touchant l'art. 4 (supra d. I, p. 736). La puissance juridictionnelle n'a pas été originairement conçue, dans le système du droit public français, comme une puissance égale à celle des organes capables de vouloir pour l'Etat: le juge peut bien innover pour les besoins de la solution des litiges, tant que ceux-ci ne concernent que les particuliers; mais il ne lui est pas permis de se faire l'arbitre des difficultés que soulève l'exercice de la puissance publique ou qui engagent directement un intérêt de l'Etat; du moins, ne peut-il les trancher de sa propre puissance et sans le secours d'un texte légal dont sa décision soit purement et simplement l'application» (CARRÉ DE MALBERG, R., *op.cit.*, d. II, pp. 397-398). «Toutes ces observations», vervolgt hij, «justifient la proposition émise plus haut, à savoir que les autorités juridictionnelles ne forment pas un des grands pouvoirs de l'Etat. Dans la sphère des relations privées, elles peuvent bien créer du droit et certes la sentence du juge présente incontestablement en ce cas le caractère d'une décision étatique; mais elle ne porte que sur une affaire d'ordre privé. Dans la sphère du droit public, les autorités juridictionnelles statuent, au contraire, sur des affaires intéressant l'Etat lui-même, mais ici, le juge ne peut créer du droit, son rôle se borne à appliquer le droit en vigueur. Ainsi, dans le premier cas, l'autorité juridictionnelle n'a pas à vouloir pour l'Etat; dans le second, elle veut pour lui, mais seulement d'une façon subalterne» (CARRÉ DE MALBERG, R., *op.cit.*, d. II, pp. 398-399).

belangen die tot het geschil hebben geleid. Aldus heeft de Grondwetgever, met betrekking tot de hoedanigheid van de litigerende partijen, geen onderscheid gemaakt tussen privé-personen en openbare personen, noch tussen de Staat optredend als privé-persoon en de Staat optredend als openbare persoon. De Staat is net zoals de burgers onderworpen aan de rechtsregels en, in beginsel, aan de gemeenrechtelijke regels inzake vergoeding van de schade die voortvloeit uit de foutieve miskennis van subjectieve rechten en van wettige belangen van de personen.⁷⁴

De bevoegdheid van de hoven en rechtbanken om mede recht te scheppen wordt niet alleen uitgeoefend in de processen tussen privé-personen of in processen die alleen privé-belangen betreffen. Hun tussenkomst kan niet worden teruggebracht tot een loutere arbitrage met een privé-karakter. Bij stilzwijgen, onduidelijkheid of onvolkomenheid van de wetten moeten zij deze uitleggen of de tekortkomingen ervan aanvullen. Dat geldt evenzeer wanneer zij te beslissen hebben over geschillen in verband met de uitoefening van de openbare macht of die rechtstreeks een staatsbelang betreffen.

b) Het openbaar ministerie

15. Het openbaar ministerie kan niet worden beschouwd, ik zei het reeds,⁷⁵ als een vertegenwoordiger van de uitvoerende macht bij de hoven en rechtbanken.⁷⁶ Het treedt niet op krachtens een delegatie van die macht. Zijn bevoegdheid komt rechtstreeks uit de wet (art. 138 Ger.W.; art. 1 wet 17 april 1878). Zoals Destouvelles voor het Nationaal Congres verklaarde, zijn de magistraten van het openbaar ministerie «in de eerste plaats de mannen van de wet en van de Natie».⁷⁷

Het openbaar ministerie behoort weliswaar tot de rechterlijke macht, toch oefent het activiteiten uit die nu eens van rechtsprekende dan weer van uitvoerende aard zijn.

In de uitoefening van de rechtsprekende functie verschaft het, in volledige onafhankelijkheid, de hoven en rechtbanken toelichting nopens de juiste draagwijdte van de wetten, door het geven van adviezen of het nemen van conclusies

over de uitlegging van de wetten of over de wijze waarop de leemtes ervan kunnen worden aangevuld. Dat het openbaar ministerie dusdoende optreedt als een vertegenwoordiger van de Natie, net zoals de hoven en rechtbanken, lijdt geen twijfel. Het is daarbij immers een orgaan van een macht die uitgaat van de Natie, en neemt aldus deel aan de uitdrukking van de oorspronkelijke wil van die Natie, inzonderheid door de bijdrage die het levert tot de rechtschepping.

Maar handelt het openbaar ministerie ook als vertegenwoordiger van de Natie wanneer het onder het gezag en het toezicht van de minister van Justitie een uitvoerende functie uitoefent, bijvoorbeeld wanneer het de strafvordering instelt of uitoefent, de gerechtelijke beslissingen uitvoert of dwangmaatregelen hanteert? Dat is een kieze vraag, vooral gelet op de talloze twistpunten die thans bestaan over de invloed van de uitvoerende macht op de functies van het openbaar ministerie. Het uitdiepen van die problematiek zou ongetwijfeld het bestek van mijn rede te buiten gaan.⁷⁸ Il wil hier enkel stellen dat uit de enkele omstandigheid dat een bepaalde handeling van het openbaar ministerie tot zijn uitvoerende functie behoort, niet kan worden afgeleid dat het die handeling niet noodzakelijk heeft verricht als vertegenwoordiger van de Natie.

2° Het verband tussen het begrip verkiezing en het begrip vertegenwoordiging van de Natie door de rechterlijke macht

a) De invloed van het feit dat de gerechtelijke ambten niet verkiesbaar zijn op de vertegenwoordiging van de Natie door de rechterlijke macht

16. Binnen de perken van zijn bevoegdheden vertegenwoordigt de rechterlijke macht dus de Natie, hoewel haar leden niet door het kiezerskorps zijn verkozen.

Het idee van verkiezing werd vaak verbonden met het begrip nationale vertegenwoordiging.

In de *Encyclopédie* schreef baron d'Holbach: «Nul ordre de citoyens ne doit jouir pour toujours du droit de représenter la Nation; il faut que de nouvelles élections rappellent aux représentants que c'est d'elle qu'ils tiennent leur pouvoir. Un corps dont les membres jouiraient sans interruption du droit de représenter l'Etat, en deviendrait bientôt le maître ou le tyran».⁷⁹

Tijdens de Franse Revolutie betoogde Roederer dat de vertegenwoordiging bepaald wordt door verkiezing: «L'essence de la représentation», zo zei hij tot de Assemblée Constituante, «est que chaque individu représenté vive, délibère dans son représentant; qu'il ait confondu, par une confiance libre, sa volonté individuelle dans la volonté de ce-

⁷⁴ Zie inzonderheid Cass., 5 november 1920 (*Bull. en Pas.*, 1920, I, 193) en de conclusie van procureur-generaal Paul Leclercq, toen eerste advocaat-generaal, en 10 december 1991, RG 8970 (*ibid.*, A.C., 1991-92, nr. 215) en de conclusie van het openbaar ministerie.

⁷⁵ Zie *supra*, nr. 10.

⁷⁶ Over het feit dat de magistraten van het openbaar ministerie handelen krachtens een rechtstreekse delegatie van de Natie, zie DELPÉRÉE, F., «Le ministère public et les assemblées ...», *op. cit.*, p. 195, HAYOT DE TERMICOURT, R., *op. cit.*, pp. 985-986; MEEUS, A., «L'institution du ministère public en Belgique», *op. cit.*, *Ann. dr.*, 1988, 20.

⁷⁷ «Il est», verklaarde Destouvelles, op de zitting van het Nationaal Congres van 24 januari 1831, «une différence entre le gouvernement absolu et le gouvernement constitutionnel; dans le premier, les officiers du parquet sont serviteurs du souverain; la loi émane du trône; ils sont ses véritables organes; mais dans le second, la loi étant l'ouvrage des trois branches du pouvoir législatif, et par conséquent de la volonté générale, les officiers du parquet sont avant tout les hommes de la loi et de la Nation» (HUYTTENS, E., *Discussions ...*, *op. cit.*, d. II, pp. 253-254; VAN OVERLOOP, *Exposé des motifs ...*, *op. cit.*, p. 636).

⁷⁸ Overigens staat het aan de wetgever de verplichtingen en prerogatieven van het openbaar ministerie vast te stellen, o.m. in de uitoefening van de uitvoerende functie. Professor Delpérée schrijft: «La Nation qui a rédigé la Constitution initiale de la Belgique, a exprimé la volonté que le ministère public soit organisé, non par le Roi et son gouvernement, mais par la loi dont il tire désormais son statut et ses fonctions» (DELPÉRÉE, F., «Le ministère public et les assemblées ...», *op. cit.*, p. 195).

⁷⁹ *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société de gens de lettres*, v° Représentants, d. XXVIII, Genève, nouvelle uitg., 1778, p. 856.

lui-ci. Ainsi, sans élection point de représentation; ainsi les idées d'hérédité et de représentation se repoussent l'une l'autre; ainsi un roi héréditaire n'est point représentant ... La confiance individuelle et l'élection peuvent seules conférer le caractère représentatif.»⁸⁰ Verscheidene leden van die assemblée, onder wie Robespierre,⁸¹ weigerden het representatieve karakter van de Koning te erkennen omdat zij oordeelden dat verkiezing een voorwaarde voor de vertegenwoordiging was.

De meerderheid van de Constituante verwierp dat standpunt. In de opvatting van de Constituante van 1791 is er geen noodzakelijk verband tussen verkiezing en vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging vloeit niet voort uit verkiezing.⁸² Zo komt het dat, enerzijds, de Grondwet van 1791 expliciet bepaalde dat de Koning een vertegenwoordiger van de Natie was (titel III, art. 2)⁸³ en dat, anderzijds, binnen het bestel van die grondwet, bepaalde ambtenaren, van wie verkiezing aan de oorsprong lag van hun ambt, niet als vertegenwoordigers van de Natie werden beschouwd omdat hun taak er niet in bestond de wil van de Natie uit te drukken maar wel haar wil uit te voeren.

Ons grondwettelijk bestel huldigt evenmin het idee dat verkiezing onlosmakelijk verbonden zou zijn met de vertegenwoordiging. Rector Foriers schreef: «La représentation s'analyse non pas comme ... on le répète trop souvent, en un rapport de mandat entre un élu et des électeurs, mais en un pouvoir constitutionnel appartenant aux représentants, leur permettant de vouloir pour la Nation et la représentation est

la compétence juridique qui les habilite à prendre des décisions étatiques».⁸⁴

In een onderzoek over de essentiële inbreng van het hedendaagse publiek recht is professor Delpérée terecht van oordeel dat die inbreng hoofdzakelijk hierin bestaat dat al wie een macht bezit zich nooit zo maar kan opdringen aan de leden van de politieke maatschappij. «Les autorités publiques», schrijft hij, «agissent parce qu'elles ont été sélectionnées selon les techniques que la Constitution détermine... De là, l'importance et la priorité que la Constitution réserve à l'inventaire des techniques de sélection des titulaires du pouvoir.»⁸⁵ Le choix des autorités publiques peut s'opérer selon des modalités diverses. Il peut relever d'une technique de désignation. Il peut encore recourir à une technique d'élection. Il peut encore recourir à des techniques plus complexes: ce sont celles qui empruntent, par exemple, des éléments particuliers aux techniques de désignation et d'élection.»⁸⁶ Zoals in Engeland wordt gezegd: de vertegenwoordiger is «selected not elected».

Ten aanzien van de keuze van de magistraten van de rechterlijke macht, oordeelde de Grondwetgever van 1831, als uitdrukking van de wil van de soevereine Natie, dat verkiezing door het kiezerskorps niet de meest adequate techniek was om die macht in staat te stellen de Natie desbevoegd het best te vertegenwoordigen.

Het Nationaal Congres had bijzonder veel aandacht voor het probleem van de werving van de magistraten en meer bepaald voor de vraag of die werving al dan niet moest gebeuren via verkiezing voor een bepaalde tijd.

Het wist heel goed dat de Franse grondwetten van 3 september 1791, van 24 juni 1793 en van 5 fructidor van het jaar III (22 augustus 1795) bepaalden dat de rechters, of althans sommigen onder hen, rechtstreeks door het volk werden verkozen.⁸⁷

Tijdens de periode van de aanhechting van België aan Frankrijk moesten, krachtens de Grondwet van het jaar III (1795), de vrederechters en de rechters van de diverse rechtbanken verkozen worden. Vanaf 1797 werden er in onze provincies dan ook verkiezingen van rechters gehouden. Dat systeem was echter geen lang leven beschoren. Toen Napoleon Bonaparte aan de macht kwam (1800) werd namelijk aan de eerste consul, en achteraf aan de keizer, de bevoegdheid toegerekend om bijna alle magistraten te benoemen. Alleen de vrederechters werden nog verkozen.⁸⁸

Weliswaar verplichtte de Grondwet van het jaar VIII (1800) de eerste consul de leden van de rechtbanken te kiezen uit diegenen die de kiezers op lijsten van notabelen hadden aangewezen, maar die verplichting verdween al twee jaar later.

⁸⁰ Rede van 10 augustus 1791. «Le peuple», verklaarde hij nog in die rede, «sait fort bien que le pouvoir législatif ne peut être exercé que par des représentants ... (mais) si le caractère de représentant peut être réputé héréditaire, rien, dans la théorie de la représentation, ne s'opposera plus à l'idée de législateurs héréditaires, tels qu'autrefois le Roi, les Parlements ont prétendu l'être, tels qu'à la suite peut-être les grands propriétaires terriens prétendront l'être à leur tour.»

⁸¹ «Mr. Roederer», verklaarde Robespierre, «nous a dit une vérité qui n'a pas même besoin de preuves: c'est que le Roi n'est pas le représentant de la Nation, et que l'idée de représentant suppose nécessairement un choix par le peuple, et vous avez déclaré la couronne héréditaire; le Roi n'est donc pas représentant du peuple: le hasard seul vous le donne, et non votre choix ... Je demande que le Roi soit appelé le premier fonctionnaire public, le chef du pouvoir exécutif, mais point du tout le représentant de la Nation» (rede van 10 augustus 1791).

⁸² De verkiezing werd beschouwd als een gewone functie die was ingesteld in naam van de soevereine Natie «de qui seule émanent tous les pouvoirs» en die kon beperkt worden tot alleen de actieve burgers die bekwaam werden geacht ze uit te oefenen. Wat de uitoefening van een verkozen mandaat betreft: die beantwoordde aan een andere functie: nl. het tot uitdrukking brengen van de wil van de Natie. Die functie kon aan een ander orgaan dan het verkozen Wetgevend Korps worden opgedragen: de Koning was vertegenwoordiger van de Natie o.m. omdat hij, in zoverre de decreten van het Wetgevend Korps aan hem werden voorgelegd en hij zijn toestemming kon weigeren, mede de wil van de Natie tot uitdrukking bracht (zie *supra*, noot 35).

⁸³ Zie *supra*, noot 35.

Over de controverses i.v.m. de vraag of de rechters onder die Grondwet al dan niet vertegenwoordigers waren, zie *supra*, nr. 11.

⁸⁴ FORIERS, P., «Le droit investi par la politique», in *Dialogues multiples-Hommage à Paul Foriers*, Brussel 1981, pp. 13-33, inz. p. 17.

⁸⁵ Professor Delpérée haalt de oude artt. 32, 60, 100 et 107 *quatre* van de Grondwet, thans de artt. 39, 42, 85 en 152, aan.

⁸⁶ DELPÉRÉE, F., *Droit constitutionnel*, op.cit., d. II, p. 10.

⁸⁷ Gw. 3 september 1791, titel III, art. 5; Gw. 24 juni 1793, artt. 88 en 95; Gw. 5 fructidor an III, artt. 209, 212, 216, 217.

⁸⁸ Krachtens het senatusconsultus van het jaar X (1802), werden de vrederechters uitsluitend benoemd door de eerste consul die hen moest kiezen uit twee door de kantonassemblée verkozen kandidaten.

Onder het Nederlandse bewind bleef men, in afwachting van een nieuwe wet over de gerechtelijke organisatie,^{89 90} het Franse systeem toepassen hoewel de Fundamentele Wet van de Nederlanden voorschreef dat de leden van de hoven van justitie (hoven van beroep) door de Koning werden benoemd uit een lijst van drie kandidaten die door de Provinciale Staten werden voorgedragen.⁹¹

Het probleem van de recrutering van de magistraten mondde uit in een debat tijdens de zitting van het Nationaal Congres van 22 januari 1831 waar verschillende tendensen naar voren kwamen. Volgens het systeem van het ontwerp van de Grondwetscommissie, dat terugging op de Fundamentele Wet van 1815, zouden de vrederechters, de rechters en voorzitters in de rechtbanken van eerste aanleg, de raadsheren en voorzitters in de hoven van beroep door het staatshoofd benoemd worden uit een lijst van drie kandidaten die door de provincieraden werden voorgedragen terwijl de voorzitters en raadsheren in het Hof van Cassatie door het staatshoofd zouden worden benoemd uit een door de kieskamer voorgelegde lijst van drie kandidaten.⁹² Tijdens de besprekingen bleek dat verscheidene leden van het Congres de rechtstreekse verkiezing van sommige rechters door het kiezerskorps gunstig gezind waren. Ridder de Theux de Meylandt diende tegen het ontwerp een amendement in volgens hetwelk de vrederechters rechtstreeks door de burgers zouden worden verkozen voor een periode van tien jaar. Alexander Rodenbach steunde dit amendement.⁹³ Van Snick stelde een termijn van vijf jaar voor, terwijl de Robaulx een amendement indiende luidens hetwelk alle vrederechters en rechters van eerste aanleg⁹⁴ zouden moeten worden verkozen. Verslaggever Raikem viel hem daarin bij.⁹⁵ Bij de stem-

ming werden de amendementen van de Theux, Rodenbach en de Robaulx verworpen.⁹⁶ Zoals blijkt uit de verklaringen van Claus⁹⁷, Fransman⁹⁸ Lebeau⁹⁹, Destouvelles¹⁰⁰ en De Smet¹⁰¹ was de Grondwetgever van oordeel dat de verkiezing van de rechters voor een bepaalde tijd door het volk niet voldoende de rechtschapenheid van de magistraten en hun kennis van het recht waarborgde.

De oplossing die uiteindelijk in de Grondwet werd overgenomen, die trouwens vrij dicht aanleunt bij het napoleontische systeem, combineert, zoals bekend, drie benoemings-systemen voor de beroepsmagistraten: de benoeming door het Staatshoofd van de vrederechters en rechters in de rechtbanken van eerste aanleg (art. 151, eerste lid, Gw.) en die van de ambtenaren van het openbaar ministerie (art. 153 Gw.), zonder dat daarvoor kandidaten door een of meer gestelde lichamen worden voorgedragen, de benoeming door het Staatshoofd van de voorzitters en ondervoorzitters in de rechtbanken van eerste aanleg, de raadsheren in de hoven van beroep en de raadsheren in het Hof van Cassatie uit twee lijsten van twee kandidaten, de ene, naar gelang het geval, door het hof van beroep of door het Hof van Cassatie, de andere door een provincieraad (eventueel de Raad van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest) of beurtelings door de Kamer van Volksvertegenwoordigers en de Senaat voorgedragd (art. 151, tweede tot vijfde lid); de coöptatie waarbij de

parviendra à ce but en abandonnant aux électeurs le choix des juges de paix et des juges de première instance. Que l'on ne craigne pas que le peuple fasse de mauvais choix: il est trop intéressé à avoir de bons juges et puisqu'on lui suppose assez de lumières pour élire de bons députés, on peut bien lui supposer également assez de lumières pour choisir de bons juges» (HUYTTENS, E., *op.cit.*, d. II, p. 237; VAN OVERLOOP, *op.cit.*, p. 633).

⁹⁶ HUYTTENS, E., *op.cit.*, d. II, p. 237; VAN OVERLOOP, *op.cit.*, p. 633.

⁹⁷ «Les juges de paix», merkte Claus op, «ne sont pas seulement appelés à un ministère de conciliation, ils sont encore appelés à décider d'actions possessoires, de points de droit difficiles, de questions importantes» (HUYTTENS, E., *op.cit.*, d. II, p. 236; VAN OVERLOOP, *op.cit.*, p. 632).

⁹⁸ «Le but de l'institution des juges de paix», verklaarde Fransman, «fut d'établir des conciliateurs, afin d'éviter des procès non fondés et qui seraient le résultat de querelles particulières. Pour remplir ces fonctions, il ne suffit pas d'être juste et intègre, mais il faut encore avoir une connaissance parfaite de la jurisprudence. Il est donc à désirer que les juges de paix soient nommés à vie pour que des hommes qui ont fait une longue étude du droit puissent demander ces places sans crainte de se voir éloigner par une élection populaire» (HUYTTENS, E., *op.cit.*, d. II, p. 237; VAN OVERLOOP, *op.cit.*, p. 633).

⁹⁹ Toen Lebeau uitlegde waarom hij tegen het amendement de Theux zou stemmen, zei hij: «Ce n'est pas en accordant au peuple le droit de choisir les juges de paix que vous parviendrez à améliorer cette institution: c'est en exigeant des garanties de science et de probité des candidats que vous atteindrez ce but. Déjà l'on a fait une part bien mince à la prérogative royale; ne la retrécissons pas davantage. Laissons au chef de l'Etat le choix des juges de paix, mais rendons les juges de paix inamovibles» (HUYTTENS, E., *op.cit.*, d. II, p. 237; VAN OVERLOOP, *op.cit.*, p. 633).

¹⁰⁰ Destouvelles liet zich in dezelfde zin uit als Lebeau (HUYTTENS, E., d. II, p. 237; VAN OVERLOOP, *op.cit.*, p. 633).

¹⁰¹ Camille De Smet kante zich tegen de verkiezing omdat «les habitants des campagnes ne réunissent pas toujours les connaissances nécessaires pour faire de bons choix» (HUYTTENS, E., *op.cit.*, d. II, p. 237; VAN OVERLOOP, *op.cit.*, p. 633).

⁸⁹ Fundamentele wet van 1814, art. 109; Fundamentele Wet van 1815, art. 182.

⁹⁰ Die wet werd aangenomen in 1827 maar werd ten gevolge van de Revolutie van 1830 niet van kracht.

⁹¹ GILISSEN, J., «L'ordre judiciaire en Belgique au début de l'indépendance (1830-1832)», *J.T.*, 1983, 565-596; NANDRIN, J.P., *Hommes, normes et politique: Le pouvoir judiciaire en Belgique aux premiers temps de l'indépendance*, proefschrift U.C.L., 1994-1995.

⁹² Ontwerp van de commissie, art. 110 (HUYTTENS, E., *op.cit.*, d. IV, p. 48; VAN OVERLOOP, *op.cit.*, p. 631).

⁹³ «Un grand nombre de juges de paix de la Flandre occidentale», legde hij uit, «exercent une profession mercantile. Les uns sont marchands de draps, d'autres vendent du vin et le plus grand nombre sont agents d'affaire; beaucoup d'entre eux abusent de leurs fonctions pour acquérir des richesses: si les électeurs avaient le droit de nommer directement ces magistrats, ils auraient grand soin d'écarter les juges de paix spéculateurs» (HUYTTENS, E., *op.cit.*, d. II, p. 237; VAN OVERLOOP, *op.cit.*, p. 633).

⁹⁴ «Les antécédents me servent», verklaarde hij. «Rappelez-vous ... que sous la république française, tous les magistrats étaient élus par la Nation directement et, c'est ici le lieu de leur rendre cette justice, que ceux qui ont été élus font encore aujourd'hui l'honneur de la magistrature, tant par leur intégrité que par leurs connaissances. Le peuple se trompe rarement sur ce qui lui convient, le passé nous le prouve; il me paraît qu'il vaut mieux admettre l'élection populaire que les nominations dues à la faveur des antichambres et au protectorat des flatteurs» (HUYTTENS, E., *op.cit.*, d. II, pp. 237; VAN OVERLOOP, *op.cit.*, p. 632-633).

⁹⁵ «Nous avons admis», zei hij, «dans la Constitution, une combinaison des principes monarchique et républicain. Il faut conserver cette combinaison dans l'organisation de l'Ordre judiciaire. On

hoven uit hun leden hun voorzitters en hun ondervoorzitters kiezen (art. 151, zesde lid).¹⁰²

b) De invloed van het feit dat parlementsleden worden verkozen op de vertegenwoordiging van de Natie door de rechterlijke macht

17. Uit de bewoordingen van artikel 42 van de Grondwet «de leden van beide Kamers vertegenwoordigen de Natie, en niet enkel diegenen die hen hebben verkozen»¹⁰³ kan niet worden afgeleid dat enkel de leden van de twee federale Kamers zorgen voor de vertegenwoordiging van de Natie en dat, bijgevolg, de rechterlijke macht die Natie niet kan vertegenwoordigen.

In de gangbare terminologie slaat de term «vertegenwoordiger» weliswaar meestal op de leden van de Kamer van Volksvertegenwoordigers¹⁰⁴ en de uitdrukking «de nationale ver-

¹⁰² Ons publiek recht kent echter twee andere vormen van selectie: de uitloting en de verkiezing.

De jury die, krachtens art. 150 van de Grondwet, is ingesteld voor alle criminele zaken, alsmede voor politieke misdrijven en drukpersmisdrijven, bestaat uit twaalf leden die onder de algemene kiezers worden aangewezen volgens een ingewikkelde procedure waarin de uitloting een belangrijke rol speelt.

Vóór de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek werden de rechters van de rechtbanken van koophandel en de leden van de werkrechtersraden verkozen (over de huidige regels m.b.t. de benoeming van de leden van de rechtbank van koophandel en de arbeidsrechtbank, zie de artt. 197 tot 206 van het Gerechtelijk Wetboek).

¹⁰³ De tekst van het door de Grondwetgever van 1831 goedgekeurde art. 32 luidde als volgt: «Les membres des deux Chambres représentent la Nation, et non uniquement la province ou la subdivision de province qui les a nommés».

Het ontwerp van de centrale sectie bepaalde dat «les députés représentent la Nation, et non uniquement la province ou la subdivision de province qui les a nommés». Dat ontwerp werd besproken op de zitting van het Nationaal Congres van 6 januari 1831. In de tekst van het door het Nationaal Congres goedgekeurde art. 32 werden de woorden «les députés» vervangen door «les membres des deux Chambres».

Eerst had baron Beyts aangevoerd dat «les sénateurs, étant électifs, représentent aussi la Nation» en had hij derhalve voorgesteld die tekst op te nemen onder de bepalingen gemeen aan beide Kamers.

Nadat Devaux dat voorstel had gesteund, had Forgeur de volgende tekst gesuggereerd: «Les deux Chambres représentent la Nation ...»

Lebeau had toen voorgesteld niet te zeggen «les deux Chambres ...» maar «les membres des deux Chambres».

De aldus geamendeerde tekst werd aangenomen, goedgekeurd en verwezen naar het hoofdstuk betreffende de bepalingen gemeen aan beide Kamers. (HUYTENS, E., *op.cit.*, d. II, p. 31; VAN OVERLOOP, *op. cit.*, pp. 360-361).

¹⁰⁴ Sommige auteurs, onder wie Carré de Malberg, leren dat er twee juridische begrippen, het ene ruim, het andere eng, bestaan van de nationale vertegenwoordiging. In de ruime betekenis zou het begrip vertegenwoordiging van de Natie overeenstemmen met de *supra*, nrs. 8-9 gegeven definitie. In de enge betekenis zou het begrip vertegenwoordiging van de Natie enkel gelden voor de verkozen leden van de Kamers van het Parlement; de idee van vertegenwoordiging zou hier verbonden zijn met de idee van verkiezing: de leden van de wetgevende vergaderingen zouden worden beschouwd als vertegenwoordigers van de Natie in zoverre zij verkozen zijn door

vertegenwoordiging» op de leden van die twee assemblées, maar het is ook zo dat de gangbare terminologie vaak niet aan de juridische regels aangepast is. Terwijl luidens artikel 33, eerste lid, van de Grondwet «alle machten uitgaan van de Natie» blijft zij het hebben, zoals professor Delpérée opmerkt, over «soevereine kamers», een «soevereine» vorst en zelfs over «soevereine» rechters.¹⁰⁵ Hetzelfde geldt voor de begrippen «vertegenwoordiger» en «nationale vertegenwoordiging».

Krachtens de artikelen 33 en 42 van de Grondwet zijn zowel de senatoren als de volksvertegenwoordigers ongetwijfeld vertegenwoordigers van de Natie¹⁰⁶ maar krachtens artikel 33 van de Grondwet wordt zij ook door andere staatsorganen dan de leden van beide federale Kamers vertegenwoordigd.

De artikelen 33 en 42 van de Grondwet moeten worden geïnterpreteerd in onderling verband. Artikel 33 komt logisch en chronologisch op de eerste plaats en artikel 42 geeft er slechts een beperkte toepassing van, en niet omgekeerd, aldus professor Delpérée.¹⁰⁷

In de opvatting dat het begrip nationale vertegenwoordiging uitsluitend op de leden van beide verkozen federale Kamers slaat, worden die leden in hoofdzaak als vertegenwoordigers van de Natie beschouwd omdat ze verkozen zijn en wordt aangenomen dat de juridische verhoudingen die uit die verkiezing ontstaan van contractuele aard zijn, net als de verhoudingen die, in privaatrecht, voortvloeien uit de mandaatsovereenkomst. Het betreft hier de bekende theorie van het representatieve mandaat: de verkiezing van de vertegenwoordiger is een mandaat waarbij de kiezer de mandant en de verkozen de mandataris is. De mandateringsoperatie die de verkiezing eigenlijk is, heeft tot gevolg dat de kiezers in zekere zin hun machten aan de verkozenen delegeren. Krachtens het mandaat dat zij van de kiezers hebben gekregen, vervullen de verkozenen hun ambt als gevolmachtigden.¹⁰⁸

de leden van het nationaal korps of ten minste door een groot aantal onder hen (zie CARRÉ DE MALBERG, R., *op.cit.*, d. II, p. 203; vgl. met de in de vorige noot aangehaalde tussenkomst van baron Beyts in het Nationaal Congres).

¹⁰⁵ DELPÉRÉE, F., *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, d. I, p. 302.

¹⁰⁶ Sedert de institutionele hervormingen heeft het bestaan van taalgroepen in elke federale Kamer en van gemeenschapssenatoren tot gevolg dat ieder parlements lid tevens de gemeenschap vertegenwoordigt waartoe hij behoort (ALEN, A., *Handboek ...*, *op.cit.*, p. 157; DELPÉRÉE, F., *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, d. II, p. 66; ERGEC, R., *Introduction au droit public*, 2e uitg., Brussel, 1994, d. I, p. 138).

¹⁰⁷ DELPÉRÉE, F., *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, d. II, pp. 63-64.

¹⁰⁸ In die opvatting wordt ervan uitgegaan dat de Natie van wie de machten uitgaan op het ogenblik van de verkiezing het kiezerskorps is en dat door de verkiezing iedere kiezer aan de verkozenen het deel openbare macht waarmee hij is bekleed, toevertrouwt. Aldus gaat de openbare macht over van de kiezers naar de verkozenen en naar de Kamers die zij vormen. De reden waarom de verkozen leden van de federale Kamers de openbare macht uitoefenen (sommigen zeggen «dragers zijn van de soevereiniteit») is dat zij door de verkiezing en als gevolg daarvan, als mandatarissen bekleed zijn met de macht van de kiezers die hun mandanten zijn. Bijgevolg moeten de handelingen van de openbare macht die zij verrichten beschouwd worden als handelingen van de Natie, net zoals in het burgerlijk recht de handelingen van de mandataris beschouwd moeten worden als het werk van de mandant.

Op juridisch vlak kunnen tegen de theorie van het representatieve mandaat heel wat bezwaren worden gemaakt. De rechtsleer heeft dan ook duidelijk op die bezwaren gewezen: ¹⁰⁹ die theorie is namelijk onverenigbaar met de essentiële regels van het mandaat, meer bepaald met de regels betreffende de aard van het mandaat, ¹¹⁰ de verplichtingen van de mandataris, ¹¹¹ de wijze waarop het mandaat eindigt ¹¹² en de gevolgen van het mandaat. ¹¹³

Hoewel, krachtens artikel 42 van de Grondwet, de leden van beide federale Kamers de Natie vertegenwoordigen en niet enkel diegenen die hen hebben verkozen, kan die vertegenwoordiging niet voortvloeien uit een mandaat waarbij de kiezers, bij de verkiezingen, de openbare macht zouden delegeren aan de kamerleden die zij hebben verkozen; daarvoor ontbreken immers essentiële elementen die inherent zijn aan de mandaatsovereenkomst.

Overigens kan uit het feit dat de leden van beide federale Kamers verkozen zijn door de actieve burgers niet worden afgeleid dat de verkozenen hun macht, bij wege van delegatie, van die kiezers hebben ontvangen. Zoals ik er al op heb gewezen, bestaan er in ons grondwettelijk bestel diverse technieken om de houders van machten te kiezen en het is niet omdat de houder van een macht, volgens de Grondwet, door een bepaalde persoon wordt aangewezen dat hij noodzake-

lijkerwijs zijn macht van die persoon ontvangt. Eén voorbeeld ter illustratie: het feit dat de Koning de rechters benoemt, betekent niet dat dezen, bij wege van delegatie, hun machten van de Koning zouden ontvangen. Dit voorbeeld toont duidelijk aan dat de selectiewijze, die de benoeming vormt, louter een keuze van personen is en geen overdracht van machten. Hetzelfde geldt voor de leden van de kamers: juridisch gezien is die verkiezing louter een aanwijzingsprocedure van de leden van de wetgevende Kamers die mutatis mutandis kan worden vergeleken met de handeling waarbij de Koning de leden van de rechterlijke macht benoemt; zij houdt geen overdracht in van machten van de kiezers aan de verkozenen. De leden van de federale Kamers zijn weliswaar tot de macht geroepen door degenen die hen hebben verkozen en in die zin kan worden gezegd dat de kiezer de bewerker is van de machten van de door hem verkozen parlementsleden, maar de bevoegdheden die de leden van beide Kamers ingevolge hun verkiezing hebben ontvangen zijn niet afkomstig van degenen die hen hebben verkozen, ¹¹⁴ wat uiteraard niet betekent dat, voor de goede werking van het electoraal en politiek systeem, de verkozenen op sociologisch vlak, anders gezegd via zijn houding, de mening van zijn kiezers of van hun groepen niet dient te vertolken. ¹¹⁵

Artikel 42 van de Grondwet houdt in dat de leden van beide federale Kamers hun machten ontvangen van de Natie, geconcipeerd als, zoals Carré de Malberg schrijft, «corps unifié, envisagé dans son universalité globale et distingué, par conséquent, des unités individuelles et des groupes partiels que ce corps national comprend en soi». ¹¹⁶ Die parlementsleden vertegenwoordigen de Natie omdat de Grondwet hun, binnen de perken van de bevoegdheden van de federale Kamers, de macht heeft toevertrouwd om de oorspronkelijke wil van de Natie uit te drukken of mede uiting te geven aan die wil. Zo komen wij opnieuw bij het reeds uiteengezette idee dat wat de vertegenwoordiger van de Natie kenmerkt er niet in bestaat verkozen te zijn maar voor de Natie te willen. Als vertegenwoordigers van de Natie hebben de leden van de federale kamers de taak om de wil van de Natie, en niet alleen die van hun kiezers, uit te drukken ¹¹⁷ en is de macht die zij uitoefenen die van de Natie en niet die van hun kiezers. ¹¹⁸

¹⁰⁹ Zie o.m. CARRÉ DE MALBERG, R., *op.cit.*, d. II, pp. 212-216.

¹¹⁰ In ons grondwettelijk bestel is elke georganiseerde ondergeschiktheid van de verkozenen aan zijn kiezers verboden: het imperatief mandaat mist elke juridische waarde. Wanneer een parlements lid door een dergelijk mandaat gebonden is, is hij in rechte niet verplicht dat mandaat uit te voeren, daar het in rechte nietig is. Het mandaat is echter van nature imperatief in die zin dat de mandant het recht heeft om aan de mandataris richtlijnen te geven over diens handelwijze en dat de mandataris verplicht is de door hem overeenkomstig die richtlijnen aangegane verbintenissen na te komen (artt. 1989 en 1998 B.W.).

¹¹¹ De leden van de twee federale Kamers zijn in rechte niet aansprakelijk voor hun gedrag jegens hun kiezers. Ze zijn noch burgerrechtelijk noch strafrechtelijk aansprakelijk voor de meningen en de stemmen die ze in de uitoefening van hun functie hebben uitgebracht (art. 58 Gw.). Als een parlements lid door zijn stemmen of meningen de door hem jegens zijn kiezers aangegane verbintenissen niet nakomt, kunnen zij hem bovendien in rechte geen rekening vragen of hem in rechte vervolgen. Volgens de op de mandaatsovereenkomst toepasselijke beginselen evenwel is elke mandataris niet alleen aansprakelijk voor zijn opzet maar ook voor zijn schuld in de uitvoering van zijn opdracht (artt. 1991-1992 B.W.) en is hij bovendien rekenschap verschuldigd (art. 1993 B.W.).

¹¹² De kiezers hebben vóór het verstrijken van de legislatuur niet het recht om hun verkozenen te herroepen, zelfs wanneer laatstgenoemden hun electorale verbintenissen niet zijn nagekomen of fouten hebben begaan. Volgens de op de mandaatsovereenkomst toepasselijke beginselen (artt. 2003 en 2004 B.W.), kan de mandant het mandaat herroepen wanneer hem zulks goeddunkt.

¹¹³ Blijkens de reeds aangehaalde bewoordingen van art. 42 van de Grondwet vertegenwoordigen de leden van de beide Kamers de Natie en niet enkel hun kiezers. Zoals in beginsel elke overeenkomst kan de mandaatsovereenkomst enkel gevolgen hebben tussen de erbij betrokken partijen. De leden van de twee Kamers zouden alleen als mandatarissen kunnen worden beschouwd als zij uitsluitend hun kiezers zouden vertegenwoordigen. Aangezien zij niet uitsluitend de kiezers van hun kiesomschrijving vertegenwoordigen, maar ook de Natie in haar geheel, kan hun representatief karakter niet berusten op een mandaat.

¹¹⁴ CARRÉ DE MALBERG, R., *op.cit.*, d. II, pp. 217-221.

¹¹⁵ DELPÉRÉE, F., *Droit constitutionnel, op.cit.*, d. II, pp. 62-63; zie *supra*, nr. 7.

¹¹⁶ CARRÉ DE MALBERG, R., *op.cit.*, d. II, p. 224.

¹¹⁷ «Puisque», verklaarde Sieyès in 1789, «dans une assemblée bailliagère, vous ne voudriez pas que celui qui vient d'être élu se chargeât du vœu du petit nombre contre le vœu de la majorité, à plus forte raison vous ne devez pas vouloir qu'un député de tous les citoyens du Royaume écoute le vœu des seuls habitants d'un bailliage ou d'une municipalité contre la volonté de la Nation entière. Ainsi, il n'y a, il ne peut y avoir, pour un député, de mandat impératif, ni même de vœu positif, que le vœu national: il ne se doit aux conseils de ses commettants directs qu'autant que ces conseils seront conformes au vœu national» (rede van 7 septembre 1789).

Thouret zal in 1791 verklaren: «Quand un peuple est obligé d'élire par sections, chacune des sections, même en élisant immédiatement, n'élit pas pour elle-même, mais élit pour la Nation entière» (rede van 11 augustus 1791).

¹¹⁸ De omstandigheid dat de nationale collectiviteit niet samenvalt met de fysieke personen waaruit ze bestaat, betekent niet dat

Zo ook vertegenwoordigen de hoven en rechtbanken, alsook het openbaar ministerie, de Natie aangezien de Grondwet en de krachtens die Grondwet uitgevaardigde wetten hun bevoegdheden heeft toegekend die eveneens inhouden dat zij de macht hebben om de oorspronkelijke wil van de Natie uit te drukken of mede uiting te geven van die wil.

C. BIJZONDERE PROBLEMEN

18. Het representatieve karakter van de rechterlijke macht ten opzichte van de Natie roept verscheidene specifieke problemen op. De voornaamste daarvan betreffen respectievelijk de rekrutering van de magistraten, de samenstelling van de hoven en rechtbanken en het toezicht op de werking van de rechterlijke macht.

1° Aanwerving van magistraten

19. Het eerste probleem houdt verband met de werving van magistraten: als de rechterlijke macht binnen de perken van haar bevoegdheden de Natie vertegenwoordigt, moet dit dan gevolgen hebben voor de werving van magistraten?

In het Verenigd Koninkrijk wordt de magistratuur verweeten dat zij onvoldoende representatief is voor de maatschappij. Zij zou namelijk te veel mannelijke leden tellen die in het algemeen uit de hoge burgerij en te weinig uit de culturele en etnische minderheden afkomstig zijn. Vandaar de huidige tendens om als «magistrates» meer vrouwen, mindervaliden of personen uit het Commonwealth in dienst te nemen. De Verenigde Staten ondervinden soortgelijke moeilijkheden.¹¹⁹

Bij de beoordeling van de verhoudingen inzake vertegenwoordiging die tussen de Natie en de rechterlijke macht bestaan, inzonderheid in verband met de werving van magistraten, moet er beslist rekening worden gehouden met de ontwikkeling van de verhoudingen inzake vertegenwoordiging tussen de Natie en de twee overige machten, in het bijzonder de wetgevende Kamers. Wat betreft de verhoudingen inzake vertegenwoordiging tussen de Natie en de wetgevende Kamers moeten, volgens mij, vooral twee factoren in die ontwikkeling onderstreept worden.

De eerste factor is de groeiende invloed van het kiezerskorps op de verkozenen. In feite is de verhouding tussen kiezers en verkozenen er niet langer een van loutere aanwijzing: geleidelijk aan zijn de kiezers een effectieve controle gaan uitoefenen op het gedrag en de beslissingen van hun verkozenen. Om hun herverkiezing niet in het gedrang te brengen, zijn de parlementariërs gaandeweg hoe langer hoe meer in grote lijnen de directieven gaan volgen die zij van hun kiezers inzake verschillende politieke kwesties meegekregen hebben.¹²⁰ Die ondergeschiktheid van de verkoze-

nen aan het kiezerskorps werd in de loop van de vorige eeuw achtereenvolgens versterkt door de invoering van het algemeen meervoudig stemrecht in 1893 en van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging in 1899, en in de loop van deze eeuw door de invoering van het enkelvoudig stemrecht voor mannen in 1919 en van het enkelvoudig stemrecht voor mannen en vrouwen in 1948. De leden van beide kamers zijn in werkelijkheid de vertegenwoordigers van hun kiezers of van hun partij geworden, zodat de regel van artikel 42 van de Grondwet, krachtens welke zij de Natie vertegenwoordigen en niet enkel de kiezers die hen verkozen hebben, door de feiten tegengesproken wordt.¹²¹

De tweede factor is de verschuiving van de vertegenwoordigingsproblematiek van het juridische naar het sociologische vlak. Aanvankelijk was de theorie van de vertegenwoordiging van de Natie een zuiver juridische kwestie. Haar juridische draagwijdte heb ik hierboven reeds uiteengezet. De theoretici van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging en de daaropvolgende invoering van dat kiesstelsel in 1899 hebben de vertegenwoordigingsproblematiek naar het sociologische vlak verplaatst.¹²² In de uitdrukking «evenre-

pagne voor een academische verkiezing: de band tussen kiezer en verkozen was vooral van persoonlijke aard. Door de verkiezingen kan het kiezerskorps tevens zijn wil aangaande een of meer politieke kwesties tot uiting brengen. De dag van vandaag krijgt dat aspect van de verkiezingen de meeste klemtoon.

¹²¹ Tal van auteurs hebben gewezen op de discordantie tussen de klassieke theorie van de nationale vertegenwoordiging en de politieke realiteit.

«Le caractère théorique de la souveraineté et de sa représentation», onderstreept Ganshof van der Meersch terecht, «apparaît de plus en plus sous la poussée constante des partis ... Il n'est plus possible aujourd'hui de nier que la formule juridique classique de la démocratie représentative, dont le formalisme subsiste intact, ne correspond plus à la réalité qu'elle abrite» (GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Pouvoir de fait et règle de droit dans le fonctionnement des institutions politiques», Brussel, 1957, p. 38).

In alle landen met een systeem van vertegenwoordiging gegrond op het beginsel van de nationale soevereiniteit, ligt de politieke realiteit ergens halverwege tussen die leer en die van het imperatief mandaat. Dat systeem waaraan soms de benaming «semi-representatieve democratie» gegeven werd wijkt af van de klassieke leer van de nationale vertegenwoordiging in die zin dat de parlementsleden in feite zowel door de regeerders als door de geregeerden worden geacht gebonden te zijn aan de kiesomschrijving die hen verkozen heeft en aan de partij waartoe zij behoren.

Heden ten dage kan worden gezegd dat het parlementslid «maar voor de helft vertegenwoordiger meer is, daar hij voor de andere helft aangestelde is». De politieke realiteit stemt evenwel ondanks alles niet overeen met de leer van het imperatief mandaat. Naast het feit dat de politieke problemen steeds talrijker en complexer worden en vele ervan niet meer te voorzien zijn, zijn de bij de verkiezingen opgemaakte programma's vaak vaag. Het laat zich bijgevolg moeilijk indenken dat een parlementslid gedurende de legislatuur werkelijk contractueel gebonden zou kunnen zijn jegens de kiezer. Hoe dan ook beantwoordt de klassieke leer van de vertegenwoordiging gegrond op het beginsel van de nationale soevereiniteit volgens Jeanneau aan een blijvende waarheid, «à savoir que l'intérêt général, celui de la Nation tout entière, n'est pas toujours la somme des intérêts des électeurs» (JEANNEAU, B., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Parijs, 1968, p. 17).

¹²² DUVERGER, M., «Esquisse d'une théorie de la représentation politique», in *L'évolution du droit public - Mélanges en l'honneur d'A. Mestre*, Parijs, 1956, pp. 211-220, inz. p. 213.

die entiteit daarom geen eigen wil kan hebben. De Staat als juridische personificatie van de Natie heeft immers tot hoofddoel de Natie te organiseren, d.w.z. haar de organen te geven die in haar naam en voor haar rekening willen en handelen.

¹¹⁹ Zie GARAPON, A., *op.cit.*, p. 262.

¹²⁰ Door de wetgevende verkiezingen kan het kiezerskorps voor eerst zijn wil te kennen geven wat de keuze van de parlementsleden betreft. In den beginne overheerste dat aspect van de verkiezingen: in de eerste tijden van onze onafhankelijkheid verschildte het uitzicht van een verkiezingscampagne nauwelijks van dat van een cam-

dige vertegenwoordiging » heeft het begrip vertegenwoordiging niet langer meer zijn traditionele juridische betekenis. Nadat de electorale sociologie aan het licht had gebracht dat verkiezingen een manier zijn om meningen te uiten, is het voornaamste probleem van de vertegenwoordiging dat van de trouwe weergave van die uiting geworden. Duverger zegt hierover: «Le Parlement est considéré désormais comme une image du pays, comme la reproduction à échelle réduite de l'ensemble des électeurs: il représente la nation comme un portrait représente son modèle ...»¹²³

De groeiende invloed van het kiezerskorps op de verkozenen en de verschuiving van de vertegenwoordigingsproblematiek van het juridische naar het sociologische vlak hebben aldus tot gevolg gehad dat het sociologisch begrip van vertegenwoordiging van de meningen van het kiezerskorps voortaan nauw verbonden is met het juridisch begrip van de vertegenwoordiging van de Natie.

20. Die ontwikkeling die de verhoudingen inzake vertegenwoordiging tussen de Natie en de politieke machten kenmerkt, moet wel een weerslag hebben op de aard van de verhoudingen die tussen de Natie en de rechterlijke macht moeten bestaan: wil de rechterlijke macht binnen de perken van haar bevoegdheden de Natie vertegenwoordigen, dan moet zij in zo ruim mogelijke mate een afspiegeling zijn van de verschillende opiniestromingen in onze maatschappij.

¹²³ DUVERGER, M., *op.cit.*, pp. 213-214.

Op te merken valt dat de ontwikkeling van de politieke partijen én het feit van de verkiezingen én de leer van de vertegenwoordiging grondig heeft gewijzigd wegens hun invloed niet alleen op de keuze van de parlementsleden en op de stabiliteit van de opinie maar ook op de juistheid van de vertegenwoordiging van de nationale wil in de sociologische betekenis van de uitdrukking. De ontwikkeling van de partijen maakt dat de nationale wil in twee opzichten niet meer juist vertegenwoordigd wordt. Enerzijds wijzigt ze de mate van overeenstemming tussen de wil van de Natie en de parlementaire expressie ervan doordat ieder partijensysteem noodzakelijkerwijs de opinie kanaliseert. Anderzijds wijzigt ze de mate van overeenstemming tussen de wil van de Natie en de expressie van die wil op regeringsvlak.

Theoretisch gesproken moeten de verkiezingen de vorming van een regeringsmeerderheid mogelijk maken; de feitelijke situatie wijkt hiervan evenwel sterk af naargelang het partijensysteem al dan niet de vorming van homogene meerderheidsregeringen mogelijk maakt. In het geval dat, zoals in België vanaf 1919, geen enkele partij de absolute meerderheid nog behaalt, is de regeringsmeerderheid geen «opgelegde meerderheid» meer, d.w.z. een meerderheid die de rechtstreekse emanatie is van de Natie.

Het is een «vrije meerderheid», d.w.z. een meerderheid die grotendeels afhankelijk is van de partij-onderhandelingen. De verkiezingen maken weliswaar de vaststelling van de in percenten uitgedrukte invloed van de partijen mogelijk, maar verhinderen de Natie onduidelijk haar stempel te drukken op het politieke beleid van het land: welke de verkiezingsuitslagen ook mogen zijn, meestal blijven verschillende meerderheidsformules mogelijk. De distortie tussen de wil van de Natie en de uitdrukking van die wil op regeringsniveau is des te schrijnender nu iedere partij tijdens de verkiezingscampagnes een politiek programma verdedigt waarvan met zekerheid kan worden voorspeld dat het niet integraal zal worden toegepast door de na de verkiezingen gevormde coalitieregering (DUVERGER, M., *Les partis politiques*, 10e uitg., Parijs, 1976, pp. 466 e.v., inz. p. 489; HOJER, C.H., *Le régime parlementaire belge de 1918 à 1940*, Uppsala-Stockholm, 1946, p. 340).

Ik ben het dan ook volledig eens met commissievoorzitter Lallemand, die in 1991 in de Senaat verklaarde dat «le fait de permettre la représentation de courants d'opinion au sein de (la magistrature) n'est nullement une chose détestable, mais plutôt nécessaire parce que si la magistrature belge n'est pas élective, n'est pas le produit d'une représentation populaire, elle doit néanmoins être représentative de la Nation».¹²⁴

Het uitoefenen van de rechterlijke ambten mag niet het monopolie vormen van één enkele klasse, van één enkele partij noch van één enkele politieke, filosofische of godsdienstige stroming. Het rapport van de door de heer Krings voorgezeten werkgroep over de opleiding en de rekrutering van de magistraten preciseert in dat verband: «Het is bijgevolg normaal, dat de uitvoerende macht, die uit kracht van de Grondwet de politieke verantwoordelijkheid voor de benoemingen draagt, deze factor in aanmerking neemt om het onmisbaar evenwicht te handhaven of, mocht zulks nodig blijken, te bereiken».¹²⁵

Nochtans moeten we hier onmiddellijk aan toevoegen dat het nastreven van dat evenwicht niet de enige factor is die in overweging mag worden genomen bij het kiezen van een kandidaat voor een eerste benoeming of een promotie.

Zoals het rapport dat ik zonet vermeld heb, met klem onderstreept, «Het fundamentele vereiste dat onder alle omstandigheden bij de keuze moet doorwegen is de waarde van de kandidaat, zowel op menselijk en zedelijk gebied, d.w.z. zijn karakteristieke eigenschappen, als op het gebied van zijn intellectuele aanleg, bekwaamheid en arbeidsvermogen. (...) De minister moet aangaande de bekwaamheid en kwaliteiten van de kandidaat een maximum aan inlichtingen inwinnen, zodat de politieke keuze pas daarna kan plaatsvinden tussen kandidaten van nagenoeg gelijke waarde».¹²⁶

2° De samenstelling van hoven en rechtbanken

21. Het tweede probleem betreft de samenstelling van de hoven en rechtbanken: houdt de bewering dat de rechterlijke macht, binnen de perken van haar bevoegdheden, de Natie vertegenwoordigt, in dat het rechterlijke ambt moet worden opengesteld voor een groter aantal lekenrechters?

¹²⁴ Senaat, z. 26 maart 1991, *Parl. Hand.*, p. 1824.

¹²⁵ *La formation et le recrutement des magistrats*, verslag van een werkgroep die door de minister van Justitie is opgericht onder voorzitterschap van J.E. Krings, toen advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie, Brussel, Ministerie van Justitie, 1976, p. 91.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 91.

De wet van 18 juli 1991 tot wijziging van de voorschriften van het Gerechtelijk Wetboek die betrekking hebben op de opleiding en de werving van de magistraten is bedoeld om een objectievere toegang tot de magistratuur mogelijk te maken en een betere opleiding van de magistraten te verzekeren.

Met dat doel voor ogen heeft ze twee wegen om in de magistratuur te komen ingevoerd: de eerste staat open voor hen die een onmiddellijke roeping hebben en dadelijk in de magistratuur willen gaan; zij kunnen deelnemen aan een examen om toegelaten te worden tot een proeftijd in de magistratuur, na afloop waarvan zij kunnen benoemd worden; de tweede weg staat open voor de gegadigden die een specifieke beroepservaring hebben opgedaan en die moeten slagen voor een examen over hun beroepsbekwaamheid.

Antoine Garapon heeft onlangs de stelling ontwikkeld dat als iedere rechter een burger is, iedere burger, volgens de grote erfenis van 1789, dan ook een rechter is.

«Tout citoyen», schrijft hij, «est à ce titre un détenteur d'une partie de la souveraineté. Cette partie judiciaire de la citoyenneté mérite d'être réveillée au moment où les missions de la justice se diversifient. L'accaparement de la fonction de juger par l'Etat nous a fait oublier que, dans la République, ce n'est pas le juré qui est l'exception, mais plutôt le juge. Les débats révolutionnaires insistent beaucoup sur le fait que la justice est une fonction et non un métier et encore moins un état, et qu'elle gît en puissance en tout citoyen».¹²⁷

Vanuit dit standpunt bekeken, zou men, door een ruimer beroep te doen op lekenrechters, niet enkel een betere vertegenwoordiging van de burger tot stand brengen, maar tevens verschillende problemen van justitie beter kunnen oplossen, met name problemen in verband met de middelen, functionele problemen en problemen van het vertrouwen van de burger in de justitie.

Vooreerst de problemen in verband met de middelen.

De problemen van justitie zijn in hoofdzaak problemen van middelen. Een verhoogde participatie van de burger in de rechtsbedeling zou in dat verband, zo zegt men, kunnen helpen de moeilijkheden op te lossen die voortvloeien uit het feit dat de verhoging van het aantal beroepsrechters ontoereikend blijkt te zijn om het hoofd te bieden aan de toename in gerechtelijk werk; een situatie die natuurlijk leidt tot gerechtelijke achterstand. «On ne sortira pas des problèmes de la justice», schrijft A. Garapon, «en recrutant des milliers de juges professionnels supplémentaires».¹²⁸

Vervolgens de functionele problemen.

De problemen van justitie zijn tevens functionele problemen. In onze veranderende samenleving ondergaat de rol van de justitie ingrijpende wijzigingen.

Professor van Compernelle schrijft in dat verband dat «que ce soit dans l'exercice de pouvoirs largement discrétionnaires, dans la mise en oeuvre de la magistrature présidentielle ou provisoire, dans le contrôle renforcé de l'action administrative et même dans la censure de la loi au regard de la norme internationale, le juge cesse de correspondre à l'image classique d'un simple exécutant d'une volonté légale préétablie».¹²⁹ Meer en meer moet de rechter, die geconfronteerd wordt met de onvolkomenheden van de rechtsorde, een keuze maken tussen verschillende mogelijkheden om uitspraak te doen in geschillen, waarin tegenstrijdige waarden in het geding zijn.

De professionalisering van de rechters, zegt men, is makkelijk te begrijpen als de justitiële functie zich beperkt tot het louter toepassen van de wet. Moet men zich niet, zoals A. Garapon, de vraag stellen of die professionalisering niet achterhaald is, als justitie zoveel andere taken vervult en «repose alors sur un sursaut de citoyenneté». «Les fonctions de

juge aux affaires familiales, de juge des enfants ou de juge des tutelles», zo merkt diezelfde auteur op, «peuvent être exercées par n'importe quel citoyen normalement intelligent et soucieux de la chose publique. Dire si telle pratique éducative met l'enfant en danger ne relève pas seulement d'une expertise psychologique ni ne se déduit de l'application de règles techniques, mais s'apprécie souverainement. Pourquoi les petites sanctions ne pourraient-elles pas être administrées par les citoyens comme le demandent les différents rapports sur la politique de la ville? Pourquoi ne pas faire contrôler les sanctions internes à la prison par des civils qui viendraient rendre la justice en prison et qui surveilleraient l'état du mitard? L'hypothèse n'est pas aussi farfelue puisqu'elle est déjà pratiquée par nos voisins britanniques».¹³⁰ Zijn de assisenhoven, de arbeidsgerechten, de militaire gerechten en de rechtbanken van koophandel geen voorbeelden die aantonen dat justitie er belang bij heeft om op dezelfde bank beroepsrechters te laten plaatsnemen, wier bekwaamheid om recht te spreken voortvloeit uit hun kennis van het recht, samen met lekenrechters die die bekwaamheid verworven hebben door andere kwaliteiten: hun geweten, hun ervaring, hun interesse voor de materie, hun reputatie in hun activiteitssector ...? Waarom zou onze gerechtelijke organisatie geen ruimere plaats toebeden aan het schepenschap voor, onder meer, het behandelen van strafzaken, in navolging bijv. van de Duitse kantongerechten¹³¹ en gewestelijke gerechten?¹³²

En, ten laatste, het vertrouwensprobleem.

De problemen van de justitie zijn tevens vertrouwensproblemen. Het gerecht is altijd al, terecht of ten onrechte, zwartgemaakt. Feit is dat het nooit zo erg is bekritiseerd als de laatste jaren en dat bij een aantal personen zijn krediet er-

¹³⁰ GARAPON, A., *op.cit.*, p. 269.

¹³¹ De strafvonnissen van de Duitse kantonrechtbanken worden gewezen ofwel door de kantonrechter die alleen uitspraak doet ofwel door een college «schepenenrechtbank» genoemd (Schöffensgericht) dat in de regel bestaat uit de kantonrechter als voorzitter en twee schepenen-assessoren. Laatstgenoemden hebben dezelfde rechten en bevoegdheden als de beroepsrechter en kunnen hem bijgevolg in minderheid stellen. Hun keuze valt in zekere zin te vergelijken met de keuze van de gezworenen van onze hoven van assisen. De wet bepaalt de gevallen waarin de misdrijven tot de bevoegdheid van de alleenrechtsprekende rechter of tot die van de schepenenrechtbank behoren. Zij bepaalt bovendien dat in belangrijke of ingewikkelde zaken een «verruimde schepenenrechtbank» (erweitertes Schöffengericht) kan worden opgericht, bestaande uit twee rechters en twee schepenen. De rechtbank zelf dient op verzoek van het parket te beslissen of zij al dan niet in die samenstelling zitting zal houden (zie FROMONT, M., en RIEG, A., *Introduction au droit allemand*, d. I, Parijs, 1977, pp. 110-111).

¹³² In strafzaken houden de Duitse regionale rechtbanken nu eens zitting in strafkamer, dan weer als hof van assisen of als jeugdkamer.

De strafkamer (Strafkammer) die in eerste aanleg en in hoger beroep bevoegd is, houdt zitting ofwel als «grote strafkamer» (grosse Strafkammer) bestaande uit drie beroepsrechters en twee schepenen, ofwel als «kleine strafkamer» (kleine Strafkammer), bestaande uit een beroepsrechter en twee schepenen. Het assisenhof (Schwurgericht) heeft dezelfde samenstelling als de «grote strafkamer». De jeugdkamer (Jugendkammer) bestaat uit drie beroepsrechters en twee schepenen (zie FROMONT, M. et RIEG, A., *op.cit.*, d. I, pp. 112-113).

¹²⁷ GARAPON, A., *op.cit.*, pp. 262-263.

¹²⁸ GARAPON, A., *op.cit.*, p. 263.

¹²⁹ VAN COMPERNELLE, J., «Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit belge» in *La crise du juge*, (LENOBLE, J.), Brussel-Parijs 1990, pp. 9-29, inz. p. 28.

door aangetast is. Zou een verhoogde participatie van de burgers in zijn optreden het vertrouwen niet kunnen herstellen dat de Natie het gerecht verschuldigd is? Zou de openbare mening niet op een positievere manier reageren op vonnissen waarbij lekenrechters werden betrokken, niet alleen omdat die rechters inderdaad als de rechtstreekse vertegenwoordigers van de Natie zouden overkomen, maar ook omdat sommigen onder hen in complexe materies hun kennis zouden kunnen inbrengen van de techniek of van de cultuur die eigen is aan die materie? «La légitimité de la justice», schrijft A. Garapon nog, «ne peut plus être exclusivement rationnelle mais doit procéder de plusieurs types de légitimité: charismatique, rationnelle et représentative. Le juge doit non seulement maîtriser les concepts juridiques mais jouir d'une autorité personnelle et permettre au groupe social de se reconnaître en lui. La légitimité du juge dépend désormais de sa stature autant que de son statut.»¹³³

22. Al valt het niet te betwijfelen dat in de rechtscollages waar beroepsrechters en lekenrechters samen zitting hebben, de inbreng van heel wat van deze laatste aanzienlijk is, toch neemt dat niet weg dat ik mij om de volgende drie redenen niet met de voormelde stelling kan verenigen.

De eerste reden houdt verband met de rechtsleer en de rechtsgeschiedenis: in tegenstelling tot wat de voornoemde stelling oppert, impliceert «de grote erfenis van 1789» niet dat elke burger een rechter is. De Rousseausiaanse theorie van de volkssoevereiniteit verkondigde weliswaar dat elke burger een deel van die soevereiniteit bezat en dus een deel van het vermogen om te oordelen. Maar de theorie van de nationale soevereiniteit, zoals ze in de Verklaring van de rechten van de mens en de burger van 1789 en in de Franse Grondwet van 1791 werd aangenomen, stelde dat de soevereiniteit aan de nationale entiteit behoort en niet was op te vatten als een som van individuele soevereiniteiten. Uit die theorie volgt niet dat iedere burger houder zou zijn van de macht om te oordelen.¹³⁴

De tweede reden is dat het uitoefenen van rechtspreken de functies juridische kennis vereist zowel als ervaring en onafhankelijkheid en vrijheid van geest. Een lekenrechter zal doorgaans niet alleen geen passende opleiding hebben genoten noch voldoende ervaring hebben opgedaan, maar bovendien bestaat de kans dat hij de nodige vrijheid van geest ontbeert wegens zijn economische of sociale bindingen. Hij kan weliswaar de beroepsrechter laten profiteren van zijn beroepservaring, maar dat voordeel mag ook weer niet worden overdreven; zelden dient de lekenrechter immers uitspraak te doen in zaken die zijn beroep betreffen en zelfs dan kan zijn onpartijdigheid in het gedrang komen als een van de partijen een concurrent is.

De derde reden is dat, indien het mandaat van de lekenrechter tijdelijk is en kan worden hernieuwd, en de benoeming tot rechter alleen op voordracht van representatieve instellingen kan gebeuren, het risico bestaat dat de rechter die de instelling die hem oorspronkelijk heeft voorgedragen niet in het gelijk heeft gesteld, door deze niet opnieuw zal worden voorgedragen. Een dergelijke toestand is van-

zelfsprekend geen waarborg voor de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de lekenrechter.¹³⁵

Overigens moet worden vastgesteld dat de wetgevende ontwikkeling de andere richting lijkt uit te gaan dan die welke in bovenvermelde stelling wordt voorgestaan. Dat blijkt inzonderheid uit het feit dat de wet van 10 oktober 1967 tot invoering van het Gerechtelijk wetboek een einde heeft gemaakt aan de samenstelling met alleen maar lekenrechters van de rechtbanken van koophandel en de arbeidsgerechten en het voorzitterschap van die rechtscollages aan een beroepsrechter heeft opgedragen. Vooruitzichten van grondwets- of wetswijzigingen die de bovenstaande stelling zouden bekrachtigen lijken dus beperkt.

3° Het toezicht op de handelingen van de rechterlijke macht

23. Het derde probleem betreft het toezicht op de handelingen van de rechterlijke macht: als de rechterlijke macht, binnen het domein van haar bevoegdheden, de Natie wil vertegenwoordigen, is het dan in een democratische Staat niet logisch dat in naam en voor rekening van de Natie een bepaald toezicht op haar optreden kan worden uitgeoefend? De democratie mag zeker niet volstaan met de beweringen dat alle machten uitgaan van de Natie of dat deze door een macht wordt vertegenwoordigd. Die beweringen blijven immers louter platonisch als de Natie, waarvan alle machten uitgaan, geen toezicht op de uitoefening ervan kan uitoefenen.

Het is dus niet voldoende te verkondigen dat de rechterlijke macht uitgaat van de nationale collectiviteit of dat zij die vertegenwoordigt, men moet bovendien weten of toezicht wordt uitgeoefend op haar optreden en, zo ja, welk toezicht.

Het is onjuist te beweren, zoals al te vaak gebeurt, dat geen enkel toezicht mag worden uitgeoefend op de rechterlijke macht. De magistraten van de rechterlijke macht zijn niet «de onkreukbaren» die zij heten te zijn. Voorzitter Lallemand schreef in 1987: «L'acte de juger est contrôlé de mille façons».¹³⁶

Weliswaar kent het mogelijke toezicht op de werking van de rechterlijke macht bepaalde beperkingen,¹³⁷ inzonderheid die welke voortvloeien uit het beginsel van de scheiding der machten zoals dat is vastgelegd in de Grondwet en inzonderheid in haar artikelen 33 tot 41. Dat beginsel bedoelt vooral de onafhankelijkheid van de gerechten te verzekeren, zoals die inzonderheid wordt gewaarborgd door de artikelen 6.1 van het Europees verdrag van de rechten van de mens en 14.1 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.¹³⁸

¹³⁵ Zie KRINGS, J.E., «Les juges professionnels et non professionnels», in *Rapports belges au Xe Congrès international de droit comparé*, Brussel, 1978, pp. 165-172, inz. pp. 171-172.

¹³⁶ LALLEMAND, R., «Indépendance et discipline», in *Les pouvoirs du judiciaire* (onder de leiding van F. RINGELHEIM en C. PANIER) uitg. Labor, pp. 27-42, inz. p. 27.

¹³⁷ Zie mijn rede *Overwegingen omtrent de betrekkingen tussen de parlementaire onderzoekscommissies en de rechterlijke macht*, uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof op 1 september 1993, Brussel, 1993, nrs. 5 tot 8, pp. 7-9.

¹³⁸ Zie *supra*, noten 61 tot 63.

¹³³ GARAPON, A., *op.cit.*, p. 265.

¹³⁴ Zie *supra*, noot 18.

Op 22 juli 1980 besliste de Franse «Conseil constitutionnel» in de volgende bewoordingen wat de onafhankelijkheid van de gerechtelijke overheid ten opzichte van de wetgevende en de uitvoerende macht impliceert: «Considérant que (...) l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le gouvernement; qu'ainsi, il n'appartient ni au législateur, ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence». ¹³⁹

Dat geldt des te meer voor België, zoals ik reeds heb gezegd, nu de Belgische grondwetgever, in tegenstelling tot de Franse, van de rechterlijke macht een staatsmacht heeft gemaakt die onderscheiden is van de wetgevende en de uitvoerende macht. Het mogelijke toezicht van de politieke machten op de rechterlijke macht wordt aldus drievoudig beperkt door: - het verbod om de beslissingen van de gerechten te censureren, - het verbod om hen injuncties te geven, - het verbod om in hun plaats te treden bij het berechten van geschillen die tot hun bevoegdheid behoren. Het is dus niet voldoende dat een politiek toezicht niet tot doel of gevolg heeft aan de toezichthoudende overheid bevoegdheden toe te kennen die niet in de plaats komen van die van de gewone gerechten of dezer bevoegdheden niet belemmeren, om te kunnen stellen dat dit toezicht de onafhankelijkheid van de gerechten niet in het gedrang brengt. Het politiek toezicht mag bovendien niet tot voorwerp of gevolg hebben dat de toezichthoudende overheid beslissingen van de gerechten kan censureren of hen injuncties kan geven.

Het toezicht dat krachtens de Grondwet of de wetten mogelijk is op het optreden van de rechterlijke macht kan worden onderverdeeld in toezicht door die macht zelf en toezicht door andere machten.

a) Het toezicht dat door de rechterlijke macht zelf wordt uitgeoefend.

24. Dat interne toezicht vrijwaart volledig de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Aangezien het in principe wordt uitgeoefend naar aanleiding van een betwisting, beoogt het de toepassing van de rechtsregels, zonder acht te slaan op opportuniteitsoverwegingen en inzonderheid op overwegingen van politieke aard. In zijn openingsrede van 1989 heeft procureur-generaal Krings het belang en de omvang van dat toezicht uitstekend beklemtoond. Ik kan me slechts aansluiten bij zijn diepgaande analyse en kan hier derhalve met een bondige verwijzing volstaan. ¹⁴⁰

¹³⁹ Besl. 119 D.C., *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, 46.

De Raad past het beginsel van de onafhankelijkheid van de rechtscolleges niet enkel toe op de vonnis- maar ook op de onderzoeksrechters en de onderzoeksgerechten (20 januari 1981, Besl. 127 D.C., *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, 15). Zie LUCHAIRE, F., «Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel français», in *Présence du droit public et des droits de l'homme - Mélanges offerts à J. Velu*, Brussel 1992, d. I, pp. 441-451.

¹⁴⁰ Enkele beschouwingen betreffende rechtsstaat, scheiding der machten en rechterlijke macht, rede uitgesproken op de plechtige

Vooraf dient te worden herinnerd aan enkele desbetreffende grondwettelijke bepalingen. De eerste bepaling is die van artikel 149, eerste zin, van de Grondwet: «Elk vonnis moet met redenen omkleed zijn.»

Een van uw arresten zegt in hoofdzaak dat de motivering van de vonnissen een essentiële waarborg is tegen willekeur en aantoonde dat de magistraat de hem voorgelegde middelen nauwlettend heeft onderzocht en zijn beslissing overdacht heeft. ¹⁴¹ De motiveringsplicht, als regel die onafscheidelijk is verbonden met de opdracht van de rechter om een geschil uit te wijzen, waarborgt de onpartijdigheid. Zij stimuleert de rechter nu hij aldus de wet moet uitdiepen. Door die motivering kunnen de hogere gerechten, waarbij een hoger beroep is aangewend, nagaan of de beslissing in rechte en eventueel in feite gegrond is.

- Twee andere grondwettelijke bepalingen dienen te worden vermeld: de artikelen 148 en 149, tweede zin, die voorschrijven dat de terechtzittingen en de uitspraak van de vonnissen in het openbaar moeten geschieden.

De regels van de openbaarheid zijn, volgens Bentham, «de ziel van het gerecht». ¹⁴² De rechters zijn geneigd meer nauwkeurigheid en omzichtigheid aan de dag te leggen wanneer zij recht spreken voor een publiek dat hen op zijn beurt beoordeelt. «Si la Nation», zo stelde Beaumarchais, «n'est jamais le juge des particuliers, elle est en tout temps le juge des juges; et loin que cette assertion soit un manque de respect à la magistrature, je sens vivement qu'elle doit être aussi chère aux bons magistrats que redoutable aux mauvais.» ¹⁴³

openingszitting van het Hof op 1 september 1989, Brussel 1990, nrs. 22 tot 27, *R.W.*, 1989-90, 169.

¹⁴¹ Cass., 12 mei 1932 (*Bull.*, en *Pas.*, 1932, I, 166).

¹⁴² BENTHAM, *Des preuves judiciaires*, boek II, hfdst. X, Parijs 1839, p. 146.

¹⁴³ BEAUMARCHAIS, *Mémoires contre Goëzman*.

Daaruit kan niet worden afgeleid dat de publieke opinie samenvalt met de wil van de Natie.

De publieke opinie is een collectieve houding die de wijze van oordelen of voelen uitdrukt en die, rekening houdende met de onverschilligen, de meerderheid van de leden van de nationale collectiviteit achter zich schaaft.

Zij vervult in de eerste plaats een informatieve rol t.a.v. de magistraten en de rechtzoekenden. Het is belangrijk dat degenen die deelnemen aan de uitoefening van de jurisdictionele functie weten wat de publieke opinie denkt van de organisatie en de werking van het gerecht, ook al is ze slecht op de hoogte, ook al is zij wat de externe pressiegroepen ervan maken, en ook al is zij wispelturig en gepassioneerd. Ook al mag de inhoud van de beslissingen van de rechters en de officieren van het openbaar ministerie niet door de publieke opinie worden bepaald, toch hebben ze er alle belang bij haar te kennen teneinde de kansen die zij hebben om gehoord te worden te kunnen beoordelen en teneinde ook de efficiëntie van hun optreden te kunnen inschatten.

De publieke opinie is tevens een machtige bron van kritiek. In zoverre zij de organisatie en de werking van het gerecht beoordeelt, verplicht zij de magistraten ertoe de wijze waarop zij hun ambt uitoefenen ter discussie te stellen en na te denken over de initiatieven die geschikt zouden kunnen zijn om meer begrip voor hen te wekken.

Bovendien kan de publieke opinie, in zoverre zij bestaat uit een geheel van overtuigingen, banden of opvattingen die niet door voorbijgaande emoties of verbintenissen in het gedrang komen, ook bijdragen tot de consolidatie van de legitimiteit van de rechterlijke

De openbaarheid van de debatten en van de uitspraak van de vonnissen blijft ook nu nog haar functie behouden, hoewel die in het huidige maatschappelijk bestel niet meer in de eerste plaats door de aanwezigheid van de burgers in de rechtszalen wordt waargenomen, maar veeleer door de aanwezigheid van vertegenwoordigers van de verschillende informatiekanalen die de openbare opinie over die debatten en vonnissen inlichten.¹⁴⁴

- Ten slotte dient ook nog melding te worden gemaakt van artikel 147 van de Grondwet houdende oprichting van het Hof van Cassatie. De voornaamste opdracht van het Hof bestaat erin toezicht uit te oefenen op de werking van hoven en rechtbanken met betrekking tot de eerbiediging van de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereisten, alsook op de toepassing en de uitlegging van de wetten. Die taak wil in de eerste plaats voorkomen dat de rechters de wetten overtreden, inzonderheid door persoonlijke opvattingen te laten prevaleren boven de wil van de wetgevende of uitvoerende organen.

25. De voornaamste interne gerechtelijke controles zijn: de aanwending van rechtsmiddelen, het toezicht van het openbaar ministerie op bepaalde handelingen van de hoven en rechtbanken, het toezicht van de hoven en rechtbanken op

macht. In die zin kan van haar gezegd worden dat zij die macht steunt. Die macht moet in dat perspectief beschouwd voorkomen dat door de opeenvolging van beslissingen die door de opinie van het ogenblik worden afgekeurd geleidelijk de legitimiteit wordt uitgehouden die de diepe opinie haar toekent.

Ten slotte versterkt de publieke opinie de cohesie van de nationale wil op de gebieden waar de rechterlijke macht zich opwerpt als de vertolker van die wil, in zoverre zij een geheel van fundamentele overtuigingen over het gerecht weerspiegelt waarover nagenoeg consensus bestaat en die niet worden aangetast door controverses over sommige punten.

¹⁴⁴ DE BRAY, L., FISCHER, G., en VERSELE, S., «Justice et publicité», *Rev. dr. pén. et crim.*, 1960, 490.

De pers vervult weliswaar «een vooraanstaande rol in een Rechtsstaat» en «zij moet met inachtneming van haar plichten en verantwoordelijkheden, inlichtingen en meningen verspreiden over politieke en andere zaken van algemeen belang, mits zij daarbij bepaalde grenzen niet overschrijdt», en hoewel tot die zaken «ongetwijfeld ook de werking van het gerecht behoort, welke instelling voor iedere democratische samenleving van wezenlijk belang is», nu «de pers een van de middelen is waarover de politieke leiders en de publieke opinie beschikken om na te gaan of de rechters hun hoge verantwoordelijkheden uitoefenen conform de hen toevertrouwde opdracht», «moet toch rekening worden gehouden met de bijzondere opdracht van het gerecht in onze samenleving». Het arrest dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op 26 april 1995 gewezen heeft in de zaak *Prager en Oberschlick* beklemtoont uitdrukkelijk: «Als borg voor de gerechtigheid, die fundamentele waarde in een Rechtsstaat, kan het gerecht zijn opdracht alleen waarmaken als zijn werking het vertrouwen van de burgers geniet. Zijn werking moet dan ook zo nodig worden beschermd tegen vernietigende aanvallen zonder ernstige grondslag, te meer daar de aangevallen magistraten, wegens de terughoudendheid waartoe zij zijn gehouden, niet mogen reageren» (Hof Mensenrechten, arrest *Prager en Oberschlick* van 26 april 1995, § 34; zie met name mijn rede «Beschouwingen over de Europese regelgeving inzake betrekkingen tussen gerecht en pers», uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof op 1 september 1995 en de aldaar aangehaalde verwijzingen).

bepaalde handelingen van het openbaar ministerie en de toepassing van de regels m.b.t. de aansprakelijkheid van de Staat en de magistraten.

i) De gewone vorm van interne controle bestaat in de aanwending van rechtsmiddelen tegen de beslissingen van de rechters.

Dat is ongetwijfeld de meest efficiënte vorm van toezicht, want niet alleen wordt het in de meeste gevallen uitgeoefend door de voornaamste betrokkenen, namelijk de partijen, maar bovendien wordt hierdoor wijziging of vernietiging van de onwettige beslissing mogelijk.¹⁴⁵

ii) Het openbaar ministerie heeft met name tot taak toezicht te houden op de werking van de hoven en rechtbanken en zulks op verschillende wijzen, onder meer door rechtsmiddelen (hoger beroep of cassatieberoep) aan te wenden in alle zaken waar het optreedt als partij en, in de overige zaken, wanneer de openbare orde in gevaar is door een toestand die moet worden verholpen, door cassatieberoep in te stellen in het belang van de wet of, op vordering van de minister van Justitie, door bij uw hof aangifte te doen van de door machtsoverschrijding aangetaste handelingen van de rechters, door bij uw Hof een verzoek tot onttrekking van de zaak aan een rechter in te dienen wanneer deze gedurende meer dan zes maanden verzuimd heeft de zaak te berechten die hij in beraad genomen heeft, door toezicht uit te oefenen op de griffies behalve wat de bijstand betreft die de griffies verlenen aan de rechters, door tuchtvorderingen uit te oefenen of door het instellen van die tuchtvorderingen te eisen ...

iii) De onafhankelijkheid van het openbaar ministerie ten opzichte van de hoven en rechtbanken belet niet dat deze bepaalde vormen van toezicht uitoefenen op zijn werkzaamheden.

Dat toezicht geschiedt, algemeen gesproken, doordat de rechtscolleges uitspraak doen over de vorderingen van het openbaar ministerie.

Maar daarnaast heeft de wet bijzondere vormen van toezicht ingevoerd in welbepaalde gevallen. Zo bepaalt artikel 343 van het Gerechtelijk Wetboek dat het hof van beroep in verenigde kamers een van zijn leden kan horen in de aangifte van misdaden en wanbedrijven en de procureur-generaal kan ontbieden om hem bevel tot vervolging wegens die feiten te geven of om hem de reeds ingestelde vervolging te horen verantwoorden. Krachtens artikel 235 van het Wetboek van Strafvordering kunnen de hoven van beroep bovendien in alle zaken, zolang zij niet beslist hebben of de inbeschuldigingstelling dient te worden uitgesproken, om het even of de eerste rechters al dan niet een onderzoek hebben ingesteld, ambtshalve vervolgingen gelasten, zich de stukken doen overleggen, de zaak onderzoeken of doen onderzoeken, en daarna beschikken zoals het behoort.

iv) Magistraten kunnen tuchtrechtelijk, strafrechtelijk of burgerrechtelijk aansprakelijk worden gesteld.

¹⁴⁵ De kwaliteit van het door het appelgerecht uitgeoefende toezicht kan verschillen naar gelang het al dan niet op collegiale wijze geschiedt.

De magistraten kunnen tuchtrechtelijk worden vervolgd wanneer zij hun ambtsplichten verzuimen of wanneer zij door hun gedrag afbreuk doen aan de waardigheid van hun ambt. Recentelijk beklemtoonde eerste voorzitter Draï evenwel dat tegen de inhoud van de vonnissen en tegen de maatregelen die zij gelasten alleen maar rechtsmiddelen kunnen worden aangewend en dat ze nooit voor de tuchtrechtelijke overheid kunnen worden gebracht.¹⁴⁶

De magistraten kunnen ook strafrechtelijk worden vervolgd en veroordeeld wegens de misdrijven die ze zowel binnen als buiten de uitoefening van hun ambt hebben gepleegd.¹⁴⁷

In het gerechtelijk toezicht op de handelingen van de rechterlijke macht wordt eveneens voorzien door de regels betreffende de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat en van de magistraten. Uitgaande van het denkbeeld dat «wie macht zegt, in een democratische samenleving ook aansprakelijkheid zegt»,¹⁴⁸ opperen sommigen de mogelijkheid dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de magistraten van de rechterlijke macht zou worden getoetst en vastgesteld, wanneer een van hun handelingen schade heeft berokkend aan de persoon die deze handeling betrof.

M.i. bestaat in onze huidige rechtsorde een harmonieus evenwicht tussen de twee te dezen in acht te nemen vereisten, namelijk het vereiste van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en haar magistraten, enerzijds, en het vereiste om aan personen vergoeding toe te kennen voor de schade die ze door bepaalde handelingen van die magistraten hebben geleden, anderzijds.¹⁴⁹

¹⁴⁶ DRAÏ, P., rede op 12 januari 1996 uitgesproken op de plechtige zitting van het begin van het gerechtelijk jaar in het Franse Hof van Cassatie, uitgesproken bij het begin van het gerechtelijk jaar, p. 16.

¹⁴⁷ Terecht heeft Uw Hof beslist dat de magistraten van het openbaar ministerie, op grond van de aard zelve van hun functies en ten gevolge van de verplichtingen en de verantwoordelijkheden welke deze impliceren, het recht en de plicht hebben – onder het eventueel voorbehoud nochtans van het disciplinair toezicht – alles te zeggen en eventueel te schrijven o.m. wanneer zij optreden voor een strafrecht, wat zij in geweten oordelen noodzakelijk te zijn voor het vervullen van de opdracht die hun is toevertrouwd; de aldus uitgesproken redevoeringen en voorgelegde geschriften kunnen dus niet wettelijk tot strafvervolgingen leiden (Cass., 9 mei 1978, *A.C.*, 1978, 1051, en concl. Dumon, toen eerste advocaat-generaal in *A.C.*, 1978, 1051).

¹⁴⁸ ZAVARO, M., «La protection de l'indépendance de la magistrature en France», in *Les pouvoirs du judiciaire* (onder de leiding van F. RINGELHEIM en C. PANIER) uitg. Labor 1988, pp 77-86, inz. pp. 85-86.

¹⁴⁹ In het recht van de internationale instrumenten inzake mensenrechten gelden verschillende regels inzake de aansprakelijkheid voor jurisdictionele handelingen.

Eenzijds worden twee aspecten van die aansprakelijkheid geregeld door bepalingen betreffende de inhoud en de omvang van de rechten en vrijheden: het recht op schadeloosstelling in bepaalde gevallen van vrijheidsbeneming (Verdrag Mensenrechten, art. 5.5; I.V.B.P.R., art. 9.5) en het recht op schadeloosstelling in bepaalde gevallen van gerechtelijke dwaling (I.V.B.P.R., art. 14.6 en Protocol nr. 7 bij het door België nog niet geratificeerde Europese Verdrag, art. 3).

Anderzijds zijn regels betreffende het toezicht op de eerbiediging van de rechten en vrijheden o.m. van toepassing wanneer een jurisdictionele handeling de verdragsrechtelijke verbintenissen heeft

Hoewel in het interne recht noch de Grondwet noch de wet een algemene regeling bevat betreffende de burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor schadeveroorzakende handelingen, door magistraten gepleegd in de uitoefening van hun ambt, heeft de wetgever nochtans voor dergelijke handelingen verscheidene bijzondere regelingen vastgesteld waarvan sommige verband houden met de persoonlijke aansprakelijkheid van de magistraten en andere met de aansprakelijkheid van de Staat. Twee bijzondere regelingen betreffen de persoonlijke aansprakelijkheid van de magistraten.¹⁵⁰

- Krachtens de artikelen 1140, 1°, 2° en 3°, en 1141 van het Gerechtelijk Wetboek bestaat er verhaal op de rechters en op de magistraten van het openbaar ministerie, indien deze zich aan bedrog of list schuldig hebben gemaakt hetzij tijdens het onderzoek, hetzij bij het vonnis, indien verhaal op de rechter uitdrukkelijk bij de wet is bepaald of indien de

miskend. Aldus bepaalt art. 50 van het Europees Verdrag dat, indien het (Europees Hof voor de rechten van de mens) verklaart dat een beslissing of een maatregel welke door een rechterlijke instantie (...) van een Hoge Verdragsluitende Partij is genomen, geheel of gedeeltelijk in strijd is met de verplichtingen welke uit het (...) Verdrag voortvloeien, en indien het nationale recht van deze partij slechts gedeeltelijk rechtsherstel ten aanzien van de gevolgen van deze beslissing of van deze maatregel toestaat, wordt bij de beslissing van het Hof, zo nodig aan de getroffen partij een billijke genoegdoening toegekend.

¹⁵⁰ De wet kent drie bijzondere regelingen inzake de aansprakelijkheid van de Staat.

- Krachtens de artt. 443 tot 447bis van het Wetboek van Strafvordering kan in geval van gerechtelijke dwaling de herziening van de in kracht van gewijsde gegane veroordelingen in criminele of correctionele zaken gevraagd worden in geval van onverenigbaarheid tussen veroordelingen, vals getuigenis of nieuwe feiten en onder bepaalde voorwaarden; in het ene geval moet, in het andere geval kan een vergoeding ten laste van de Staat worden toegekend aan de veroordeelde of diens rechtverkrijgenden.

- Krachtens art. 27 van de wet van 13 maart 1973 betreffende de vergoeding in geval van onwerkdadige voorlopige hechtenis wordt een recht op vergoeding toegekend aan elke persoon die beroofd werd van zijn vrijheid in omstandigheden die strijdig zijn met de bepalingen van art. 5 van het Europees Verdrag betreffende de rechten van de Mens.

- Krachtens art. 28 van dezelfde wet mag in vier gevallen dat de hechtenis door de wet als onwerkdadig wordt beschouwd, op een vergoeding aanspraak maken elke persoon die in voorlopige hechtenis werd gehouden gedurende meer dan acht dagen, zonder dat deze hechtenis of de handhaving ervan te wijten is aan zijn persoonlijke gedraging.

Bovendien neemt het Hof sedert het arrest dat het op 19 december 1991 in de zaak De Keyser e.a. t/ Belgische Staat, minister van Justitie, gewezen heeft en dat bekend is onder de naam Anca, aan dat krachtens de artt. 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek de Staat in de regel aansprakelijk kan worden verklaard voor de schade ten gevolge van een door een rechter of een ambtenaar van het O.M. begane fout, wanneer die magistraat binnen de grenzen van zijn wettelijke bevoegdheden heeft gehandeld of ieder redelijk en voorzichtig mens moet aannemen dat hij binnen die grenzen heeft gehandeld, onder voorbehoud dat, indien die handeling het rechtstreekse voorwerp is van de rechtsprekende functie, de vordering tot vergoeding van de schade echter, in de regel, slechts ontvankelijk is als de litigieuze akte bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen is wegens schending van een gevestigde rechtsnorm. (Cass. 19 december 1991, RG 8970 (*A.C.*, 1991-92, nr. 215) en de conclusie van het openbaar ministerie).

wet de rechter aansprakelijk stelt voor eventuele schade; krachtens artikel 1140, 4, van voornoemd wetboek, bestaat er mogelijkheid tot verhaal op de rechters (maar niet op de magistraten van het openbaar ministerie) indien rechtsweigeren is geschied.

- Krachtens artikel 4 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering kan, ingeval de schadeveroorzakende fout van een magistraat een misdrijf oplevert, de rechtsvordering tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade onder bepaalde voorwaarden terzelfder tijd en voor dezelfde rechters worden vervolgd als de strafvordering.

Ik ben van mening dat de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en van haar magistraten eraan in de weg staat dat, buiten de gevallen waarin verhaal op de rechter mogelijk is, en de gevallen dat magistraten strafrechtelijk zijn veroordeeld, de magistraten persoonlijk burgerrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld voor beroepsfouten. Buiten die gevallen zijn de rechters alleen aan hun geweten verantwoording verschuldigd voor hun beslissingen en kunnen die beslissingen nooit anders dan door een rechtsmiddel worden bestreden.

«Dans l'exercice du pouvoir de juger ses semblables», zo betoogde nauwelijks enkele maanden geleden de h. Draï, toen nog eerste voorzitter van het Franse Hof van Cassatie, «le juge, tenu par une éthique professionnelle exigeante et toujours présente, ne saurait jamais relever que d'une juridiction supérieure (cour d'appel ou Cour de cassation) à peine de perdre sa liberté d'appréciation et sa faculté de décision. Que penser d'un juge qui, pour chacun de ses actes, craindrait de se voir lui-même juger et qui devrait répondre sur sa personne ou sur ses biens, des conséquences de cet acte, unique en son essence même, le jugement? L'indépendance du juge et l'efficacité même de sa démarche ne seraient plus que des mythes». ¹⁵¹

In dezelfde zin betoogde professor Jacques Robert toen hij deed opmerken: «Si chaque fois qu'il se détermine le juge doit se demander ce qui risque de lui arriver pour le cas où il se serait finalement trompé et où sa décision aurait causé un préjudice au justiciable, il sera inéluctablement enclin à l'attentisme, à l'immobilisme ou à une coupable indulgence». ¹⁵² En sommigen voegen er nog aan toe dat de rechter ook geneigd zal zijn tot conformisme. ¹⁵³

Zoals het uit de artikelen 1140 tot 1147 van het Gerechtelijk Wetboek blijkt, geldt het beginsel van de onafhankelijkheid van de magistraten ook, hoewel in een verschillende mate, voor de leden van het openbaar ministerie. De onafhankelijkheid van die magistraten hangt nauw samen met die van de rechters. Procureur-generaal Krings heeft in zijn openingsrede van 1989 zeer terecht opgemerkt dat «gebrek aan onafhankelijkheid van het parket onvermijdelijk de onafhankelijkheid van de zetel in het gedrang brengt, en in ie-

der geval bestaat het gevaar dat er een schijn van gebrek aan onafhankelijkheid wordt gewekt». ¹⁵⁴

b) Het politieke toezicht

i. Het toezicht van de federale uitvoerende macht

26. De federale uitvoerende macht kan, binnen bepaalde grenzen, toezicht uitoefenen op het optreden van de rechterlijke macht. ¹⁵⁵

Terwijl enerzijds het beginsel van de scheiding der machten en van de onafhankelijkheid der gerechten verbiedt dat de uitvoerende macht de beslissingen van de gerechten censureert, hen injuncties geeft of in hun plaats treedt bij de berechting van geschillen die tot hun bevoegdheid behoren, voeren de artikelen 105 en 108 van de Grondwet bovendien nog twee belangrijke beperkingen in op de toezichtsbevoegdheid van de uitvoerende macht: artikel 105 bepaalt dat de uitvoerende macht geen andere toezichtsbevoegdheid heeft dan die welke de Grondwet en de krachtens de Grondwet uitgevaardigde bijzondere wetten haar uitdrukkelijk toekennen, en artikel 108 bepaalt dat haar toezicht nooit als voorwerp of gevolg kan hebben dat wetten worden geschorst of dat vrijstelling van hun uitvoering wordt verleend.

Er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen het toezicht van de federale uitvoerende macht op het openbaar ministerie en haar toezicht op de hoven en rechtbanken.

27. Het toezicht van de federale uitvoerende macht op de handelingen van het openbaar ministerie geschiedt rechtstreeks ten aanzien van de procureurs-generaal en de auditor-generaal bij het militair hof en onrechtstreeks ten aanzien van de andere magistraten van het openbaar ministerie. Dat betekent dat voor laatstgenoemden het toezicht langs hiërarchische weg gebeurt door toedoen van de procureurs-generaal of van de auditor-generaal bij het militair hof.

De onafhankelijkheid van de magistraten van het openbaar ministerie is minder omvangrijk dan die van de zittende magistraten. De minister van Justitie heeft gezegd over de eerstgenoemden. ¹⁵⁶ Dat gezag omvat geen leidinggevende

¹⁵⁴ Procureur-generaal Krings, *Considérations sur l'Etat de droit* ..., aangehaalde rede, Brussel 1990, nr. 39, *J.T.*, 521-532, inz. 531.

¹⁵⁵ Zie, meer in het bijzonder, ALEN, A., «Het openbaar ministerie en de federale regering, de gemeenschaps- en gewestregering», in *Een eigentijds openbaar ministerie*, Brussel, 1994, pp. 211-221 en de aldaar aangehaalde verwijzingen.

¹⁵⁶ Het ambt van openbaar ministerie bij het Hof van Cassatie wordt onder het gezag van de minister van Justitie uitgeoefend door de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie (art. 142, eerste lid, Ger.W.).

Het is ook onder het gezag van de minister van Justitie dat de procureurs-generaal bij de hoven van beroep (door toedoen van de minister die de Arbeid in zijn bevoegdheid heeft voor de aangelegenheden die behoren tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten) alle opdrachten van het openbaar ministerie uitoefenen bij de hoven van beroep, de arbeidshoven, de hoven van assisen en de rechtbanken van hun rechtsgebied (art. 143, tweede lid, Ger.W.).

Het is eveneens onder zijn gezag dat de procureurs-generaal toezicht uitoefenen op alle officieren van gerechtelijke politie en openbare en ministeriële ambtenaren van het rechtsgebied (art. 148 Ger.W.).

¹⁵¹ DRAÏ, P., aangehaalde rede, p. 16.

¹⁵² ROBERT, J., «De l'indépendance des juges», *Rev.dr.publ. et sc. pol.*, 1988, 5-22, inz. 21.

¹⁵³ DEJEMEPPE, B. et PANIER, C., «La responsabilité professionnelle des magistrats. Indices d'une mutation?», *J.T.*, 1989, 429-433, inz. 431.

bevoegdheid. Het komt in hoofdzaak neer op een bevoegdheid om aanzetten te geven en om tuchtrechtelijk op te treden.

Het staat inzonderheid aan de minister van Justitie om te waken over de uitoefening van de strafvordering, om reenschap te vragen over het optreden van het openbaar ministerie, om de procureurs-generaal met raadgevingen bij te staan, ja zelfs hen te verzoeken bepaalde vervolgingen niet in te stellen zonder vooraf met hem daarover te hebben beraadslaagd opdat hij hen enige toelichting kan geven, om aan die procureurs-generaal, als hij dat nodig acht, de algemene lijnen van hun wettelijke opdracht in herinnering te brengen en om tegen hen op te treden als zij hun functie niet naar behoren vervullen.¹⁵⁷

De minister oefent zijn toezicht uit op alle ambtenaren van het openbaar ministerie (art. 400 Ger.W.).

Ingevolge zijn bevoegdheid van gezag en toezicht kan hij aan de magistraten van het openbaar ministerie informatie vragen en die magistraten zijn verplicht hem die te verstrekken; hij vermag ook toe te zien op de wijze waarop die magistraten hun ambt uitoefenen of nagaan of zij door hun gedrag de waardigheid van hun ambt niet in het gedrang brengen.

In tuchtzaken heeft de Koning, krachtens artikel 153 van de Grondwet, de macht om de magistraten van het openbaar ministerie te ontslaan. Dat ontslagrecht mag niet willekeurig worden uitgeoefend. Procureur-generaal Hayoit de Termicourt schreef dienaangaande: «C'est le droit de sévir contre le fonctionnaire qui a fait un acte qui lui était interdit d'accomplir ou qui s'est abstenu d'un acte qu'il devait faire. Le magistrat du ministère public qui refuse d'intenter une poursuite que le ministre de la Justice lui ordonne d'exercer en raison d'une infraction, manque à son devoir car il viole l'article 274 du C.I.Cr. Il reste à établir qu'en ne déférant pas à une défense du ministre de poursuivre, ce magistrat transgresse aussi la loi».¹⁵⁸

De minister van Justitie zijnerzijds kan elke ambtenaar van het openbaar ministerie waarschuwen, censureren of aan de Koning voorstellen hem te schorsen of af te zetten (art. 414 Ger.W.).¹⁵⁹

In burgerlijke zaken kan de minister van Justitie de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie vragen de handelingen waarbij de magistraten van het openbaar ministerie hun bevoegdheid hebben overschreden, bij dit Hof aan te brengen om ze te doen vernietigen (art. 1088 Ger.W.).

In strafzaken beschikt de minister van Justitie over een positief injunctierecht dat zijn wettelijke grondslag vindt in artikel 274 van het Wetboek van Strafvordering, luidens hetwelk «de procureur-generaal aan de procureur des Konings ambtshalve of op bevel van de minister van Justitie opdracht geeft om de misdrijven waarvan hij kennis draagt, te vervolgen». Hij kan wel het openbaar ministerie bevelen de straf-

vordering op gang te brengen, maar hij mag zich niet mengen in de vervolging zelf. Geen enkele grondwettelijke of wettelijke bepaling geeft aan de minister van Justitie de macht om negatieve injuncties aan het openbaar ministerie te geven, noch in een bepaalde zaak, noch bij wege van algemene richtlijnen. Dergelijke injuncties zouden tot gevolg hebben dat de strafwetten worden geschorst of dat vrijstelling van hun uitvoering wordt verleend. Ik ben het overigens eens met professor Alen wanneer hij zegt: «Meer dan in vervolgingsrichtlijnen geloven we in wederzijds overleg en informatie tussen het O.M. en de minister van Justitie daar dit toelaat aan de federale uitvoerende macht haar standpunt uiteen te zetten zonder de onafhankelijkheid van het O.M. prijs te geven».¹⁶⁰

Die macht van gezag, toezicht en tucht die de minister van Justitie, ingevolge de wet, mag uitoefenen ten aanzien van de magistraten van het openbaar ministerie, kan inmenging zijnerzijds in de bevoegdheden van de rechterlijke macht niet verantwoorden.¹⁶¹ Die macht verleent hem evenmin een recht van onderzoek zoals dat waarover elk van de federale Kamers krachtens artikel 56 van de Grondwet beschikt.¹⁶²

¹⁶⁰ ALEN, A., *op.cit.*, pp. 220-221.

¹⁶¹ Nadat de minister van Justitie twee universiteitsprofessoren belast had met een «onderzoek naar het onderzoek» in een strafzaak, heeft het Hof in algemene vergadering op 21 december 1995 in een resolutie van die dag onderstreept dat «noch het gezag over de procureurs-generaal, noch het toezicht op ambtenaren van het openbaar ministerie, dat door de artt. 143, 148 en 400 van het Gerechtelijk Wetboek wordt toegekend aan de minister van Justitie, noch de plicht van de minister ervoor te zorgen dat de Rechterlijke Macht over de middelen beschikt die zij voor haar werking nodig heeft, een inmenging van de minister van Justitie wettigen in de grondwettelijke en wettelijke opdrachten van de Rechterlijke Macht».

Volgens het Hof was er te dezen wel degelijk sprake van een dergelijke inmenging, aangezien «krachtens art. 235 van het Wetboek van Strafvordering, de volheid van onderzoeksbevoegdheid aan de kamer van inbeschuldigingstelling behoort; dat alleen de kamer van inbeschuldigingstelling de fouten, begaan bij een gerechtelijk onderzoek dat niet is afgesloten, vermag op te sporen en recht te zetten; dat, zo magistraten, belast met het onderzoek hun ambtsplichten hebben verzuimd, zij aan de rechterlijke tucht, overeenkomstig de artt. 398 tot 427 van het Gerechtelijk Wetboek onderworpen zijn» (R.W., 1995-96, 833).

¹⁶² De beslissing van de minister van Justitie waarvan sprake was in de vorige noot en die aanleiding gaf tot de resolutie van het Hof van 21 december 1995 riep delicate problemen op m.b.t. de inzage van de dossiers van het gerechtelijk onderzoek, alsook m.b.t. het verhoor van de personen die beroepshalve aan het onderzoek hadden meegewerkt en door het beroepsgeheim gebonden zijn.

Dienaangaande heeft het Hof in voormelde resolutie wat de inzage van de dossiers van het onderzoek betreft, overwogen: «het ter inzage geven aan door de minister aangewezen hoogleraren, van stukken uit een aan de gang zijnde gerechtelijk onderzoek maakt een schending uit van het geheim van het onderzoek; een machtiging met dit doel gegeven door een procureur-generaal bij een hof van beroep, kan niet als rechtvaardiging worden aangevoerd, nu zij onwettig zou zijn; de discretionaire macht die art. 125 van het Algemeen Reglement op de gerechtskosten in strafzaken aan de procureurs-generaal bij de hoven van beroep toekent, is geen absolute macht omdat in een rechtsstaat een macht alleen mag worden aangewend voor het doel waartoe zij is verleend» en, wat het verhoor van de door het beroepsgeheim gebonden personen betreft: «de magistraten en allen die beroepshalve hun medewerking verlenen aan het gerechtelijk onderzoek zijn tot beroepsgeheim gehouden en kun-

¹⁵⁷ HAYOIT DE TERMICOURT, R., *op.cit.*, pp. 990-991.

¹⁵⁸ HAYOIT DE TERMICOURT, R., *op.cit.*, p. 989.

¹⁵⁹ Art. 414 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt bovendien dat de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie de advocaten-generaal bij dit hof en de procureurs-generaal bij de hoven van beroep als straf de waarschuwing, de enkele censuur en de censuur met berisping kan opleggen, en dat de procureurs-generaal bij de hoven van beroep dezelfde bevoegdheid uitoefenen ten aanzien van de onder hen staande magistraten van het openbaar ministerie.

28. Het toezicht van de federale uitvoerende macht op de handelingen van hoven, rechtbanken en zittende magistraten is erg beperkt. Dat toezicht overigens is onrechtstreeks, in die zin dat het enkel door tussenkomst van het openbaar ministerie kan worden uitgeoefend.¹⁶³

In tuchtzaken kan de minister van Justitie, indien hij van oordeel is dat een zittend magistraat zijn ambtsplichten heeft verzuimd of, door zijn houding, afbreuk heeft gedaan aan de waardigheid van zijn ambt, het openbaar ministerie verzoeken van de bevoegde overheid te vorderen dat zij de tuchtvoordering instelt (Art. 418 Ger.W.).

In burgerlijke zaken kan hij de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie verzoeken bij dat Hof aangifte te doen van de handelingen waarbij rechters en de magistraten van het openbaar ministerie, alsmede de tuchtverheer van de ministeriële ambtenaren of van de balie, hun bevoegdheid mochten hebben overschreden (art. 1088 Ger.W.).

In strafzaken kan hij tevens de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie vragen bij dat Hof aangifte te doen van de gerechtelijke akten, arresten of vonnissen die strijdig zijn met de wet (art. 441 Sv.).

In al die gevallen staat het openbaar ministerie vrij tijdens de terechtzitting een persoonlijke mening naar voren te brengen die niet overeenstemt met die van de minister («La plume est serve, mais la parole est libre»).

ii. Het toezicht van de federale Kamers

29. Ook de federale Kamers kunnen, binnen bepaalde grenzen, toezicht uitoefenen op de werking van de rechterlijke macht.¹⁶⁴ Of men dit nu al dan niet betreurt, feit is dat men de laatste jaren evolueert naar een verscherping van die controle.

Zoals ik reeds heb aangehaald, zijn de voornaamste grenzen van dat toezicht die welke voortvloeien uit de beginselen van de scheiding der machten en van de onafhankelijkheid der gerechten, namelijk die volgens welke de Kamers niet in de plaats van de gerechten kunnen treden bij de beoordeling van geschillen die tot hun bevoegdheid behoren, hen geen injuncties kunnen opleggen en hun beslissingen bovendien niet kunnen censureren.

Hun toezicht geschiedt nu eens rechtstreeks bij wege van het parlementair onderzoek, dan weer onrechtstreeks door middel van de controle op het regeringswerk.

- Het parlementair onderzoek

nen op grond van art. 458 van het Strafwetboek strafbaar zijn wanneer zij, buiten de uitzonderingen bij de wet bepaald, zoals een getuigenis in rechte, het beroepsgeheim schenden, hetgeen het geval zou kunnen zijn indien zij aan die hoogleraren hun medewerking verlenen. Hoogleraren die belast zijn door een orgaan van de Uitvoerende macht met een opdracht die een inmenging inhoudt in de grondwettelijke en wettelijke bevoegdheden van de Rechterlijke Macht, hebben geen enkele bevoegdheid of recht; verklaringen die aan hen mochten worden afgelegd, kunnen aldus niet worden gelijkgesteld met verklaringen afgelegd in rechte.»

¹⁶³ Procureur-generaal Krings, *Considérations sur l'état de droit* ..., aangehaalde rede, nr. 28.

¹⁶⁴ DELPÉRÉE, F., «Le ministère public et les Assemblées législatives, fédérales, communautaires et régionales», in *Een eigentijds openbaar ministerie*, Brussel, 1994, pp. 193-209.

30. Het recht van de federale Kamers om een onderzoek in te stellen, is vervat in artikel 56 van de Grondwet en wordt georganiseerd bij de wet van 3 mei 1880, zoals gewijzigd bij de wet van 30 juni 1996.

Dat recht is van het grootste belang in een democratisch stelsel en laat zich verantwoorden door de noodzaak om de parlementaire vergaderingen in staat te stellen op een efficiënte manier inlichtingen in te winnen over, onder meer, de rechtsbedeling, teneinde met kennis van zaken hun onderscheiden functies uit te oefenen. Zijn finaliteit is uitsluitend politiek van aard.

De aanwending van parlementaire onderzoekscommissies is in de loop van de jongste jaren behoorlijk toegenomen en roept delicate problemen op in verband met de verhoudingen tussen die commissies en de rechterlijke macht. Dit is voornamelijk het geval wanneer die onderzoekscommissies bedoelen na te gaan wat er tijdens een gerechtelijk onderzoek goed of fout gedaan werd.¹⁶⁵

Aangezien ik mijn openingsreden van 1993 aan die problemen gewijd heb, zou ik daarover thans zeer kort kunnen zijn,¹⁶⁶ was het niet dat intussen de wet van 30 juni 1996 in werking is getreden, die de wet van 3 mei 1880 op het parlementair onderzoek en artikel 458 van het Strafwetboek heeft gewijzigd. Had ik voldoende tijd, dan zou er heel wat over die wet te zeggen zijn. Ik zal hier echter niet verder ingaan op de twistpunten die die wet oproept of zou kunnen oproepen, onder meer over de vraag of zij, over het geheel genomen, aan de parlementaire onderzoekscommissies, ten op-

¹⁶⁵ Het Parlement heeft heel wat voorbehoud gemaakt wat die nasporingen betreft.

«De onderzoekscommissie», merkte volksvertegenwoordiger Gol op in een interpellatie van 22 juni 1994 voor de commissie van Justitie van de Kamer «is het resultaat, enerzijds, van het wantrouwen ten aanzien van de rechterlijke macht, anderzijds, van een campagne die gevoerd wordt tegen de rechterlijke macht. De rechterlijke macht en al zijn organen staan terecht als beschuldigen in die onderzoekscommissie ... Het politieke gevolg van de onderzoekscommissie is geweest dat men prerogatieven heeft ontnomen aan de rechterlijke macht en het ministerie van Justitie heeft benadeeld ten voordele van Binnenlandse Zaken», *Hand. Kamer*, 1993-94, p. 77.

Meer recent verklaarde volksvertegenwoordiger Duquesne voor de commissie van Justitie van de Kamer: «De onderzoekscommissie kan zich – zelfs niet gedeeltelijk – met een gerechtelijk onderzoek inlaten om na te gaan wat goed ging en wat fout liep... Een dergelijke inmenging zou haaks staan op het beginsel van de scheiding der machten. Voorts moet de vraag worden gesteld of een onderzoekscommissie kan worden opgericht om na te gaan of een bepaald onderzoek naar behoren is uitgevoerd. Op grond van het beginsel van de scheiding der machten antwoordt spreker daarop ontkennend. Om op een dergelijke situatie in te spelen, voorziet het Gerechtelijk Wetboek in een aantal beroepsprocedures: bij de procureur-generaal, bij de kamer van inbeschuldigingstelling in tuchtzaken. Al die beroepsprocedures worden binnen de rechterlijke macht zelf ingeleid. Als men bijgevolg bedenkingen heeft bij de manier waarop een gerechtelijk onderzoek wordt uitgevoerd, moeten die middelen (opnieuw) worden benut». (*Gedr. St., Kamer*, 1995-96, 532/4-95/96, p. 5).

¹⁶⁶ VELU, J., *Overwegingen omtrent de betrekkingen tussen de parlementaire onderzoekscommissies en de rechterlijke macht*, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof op 1 september 1993, Brussel, 1993.

zichte van de rechterlijke macht, meer bevoegdheden heeft verleend.¹⁶⁷

31. Als resultaat van een compromis tussen vaak tegenstrijdige standpunten maakt de nieuwe wet een einde aan een aantal onzekerheden uit het verleden, inzonderheid drie punten die ik in mijn openingsrede van 1993 nader besproken heb: de getuigenis van magistraten,¹⁶⁸ de getuigenis van personen die zich door hun verklaringen blootstellen aan strafvervolg¹⁶⁹ en de inzage van gerechtelijke dossiers.¹⁷⁰ De nieuwe bepalingen die van toepassing zijn op de getuigenis van magistraten en op de inzage van gerechtelijke dossiers wijken in aanzienlijke mate af van de bepalingen die vervat waren in verschillende sinds 1989 ingediende wetsvoorstellen.¹⁷¹

a) Wat de getuigenis van de magistraten voor de parlementaire onderzoekscommissies betreft, blijkt uit de artikelen 6¹⁷² en 10¹⁷³ van de wet van 30 juni 1996 dat de toe-

¹⁶⁷ Hoewel sommige parlementsleden vinden dat de nieuwe wet aan de onderzoekscommissies meer mogelijkheden geeft, «die voor sommigen dan wel frustrerend mogen zijn, maar toch volkomen in de lijn liggen van de prerogatieven die grondwettelijk aan het Parlement zijn toegekend» (verklaring van volksvertegenwoordiger Bourgeois, *Gedr. St., Kamer*, 1995-532/4-95/96, p. 8), vinden anderen daarentegen dat de wet de bevoegdheden van die commissies niet preciseert of uitbreidt en dat «zij kadert in de 'aftocht' die het parlement maakt tegen de aanvallen van een gedeelte van de publieke opinie, de pers, de rechterlijke en uitvoerende macht» (verklaring van volksvertegenwoordiger S. Moureaux, *ibid.*, p. 11). De minister van Justitie is van oordeel dat de wet de bevoegdheden van die commissies heeft verruimd. (*ibid.*, p. 15).

¹⁶⁸ Over de vragen die de getuigenis van magistraten voor de parlementaire onderzoekscommissie doet rijzen, zie bovenvermelde rede, inz. nrs. 14-29, en de aldaar aangehaalde verwijzingen.

¹⁶⁹ Over de vragen die de getuigenis voor de parlementaire onderzoekscommissies doet rijzen van personen die zich door hun verklaringen blootstellen aan strafvervolg, zie bovenvermelde rede, inz. nrs. 30-43, en de aldaar aangehaalde verwijzingen.

¹⁷⁰ Over de vragen die de inzageverlening van gerechtelijke dossiers aan de parlementaire onderzoekscommissies doet rijzen, zie bovenvermelde rede, inz. nrs. 44-45, en de aldaar aangehaalde verwijzingen.

¹⁷¹ Zie: het wetsvoorstel Onkelinx en Di Rupo van januari 1989 (*Gedr. St., Kamer*, 1988-89, nr. 675/1); het wetsvoorstel Onkelinx van januari 1992 (*Gedr. St., Kamer*, B.Z. 1991-92, nr. 47/1); het wetsvoorstel Arts van juli 1992 (*Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 446); en het wetsvoorstel Vandenberghe van november 1995 (*Gedr. St., Senaat*, 1995-96, nr. 1 - 148/1). Zie ook het verslag van de gemengde werkgroep onder voorzitterschap van de heren Mouton en Landuyt (*Gedr. St., Kamer*, B.Z. 1991-92, nr. 561/1, en *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 429/1); vgl. met de voorstellen Pinoie van mei 1992 en juni 1995 (*Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 356/1 en B.Z. 1995, nr. 1-31/1).

¹⁷² Art. 6 van die wet vervangt art. 8 van de wet van 3 mei 1880 door een nieuwe tekst, waarvan het tiende lid, dat betrekking heeft op personen die zich door hun verklaringen kunnen blootstellen aan strafrechtelijke vervolgingen, begint met de woorden «onverminderd het invoeren van het beroepsgeheim bedoeld in art. 458 van het Strafwetboek ...».

¹⁷³ Art. 10 van de wet voegt in art. 458 van het Strafwetboek, dat betrekking heeft op het beroepsgeheim, de woorden «of voor een parlementaire onderzoekscommissie» in tussen de woorden «buiten

stand van een persoon die als getuige wordt opgeroepen voor een parlementaire onderzoekscommissie, gelijkgesteld moet worden met die van een persoon die geroepen wordt om in rechte getuigenis af te leggen: ¹⁷⁴ bijgevolg kunnen de personen, die uit hoofde van hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd, deze aan de parlementaire onderzoekscommissie bekendmaken, als zij menen zulks te moeten doen. Zij kunnen echter niet gedwongen worden die geheimen bekend te maken, indien zij menen daarover het stilzwijgen te moeten bewaren.¹⁷⁵

Wanneer een magistraat dus voor een parlementaire onderzoekscommissie opgeroepen wordt om te getuigen over feiten die onder het beroepsgeheim vallen, mag hij die bekendmaken als hij dit nodig acht, maar hij kan niet gedwongen worden die geheimen bekend te maken, als hij meent daarover het stilzwijgen te moeten bewaren. Hij beoordeelt

het geval dat zij geroepen worden om in rechte getuigenis af te leggen» en de woorden «en buiten het geval dat de wet hen verplicht die geheimen kenbaar te maken» (Zie *Gedr. St., Senaat*, 1995-96, nr. 1-148/3, pp. 14-15, 18, 114-117, en *Gedr. St., Kamer*, 1995-96, nr. 532/4 - 95/96, p. 10).

¹⁷⁴ Zie mijn voornoemde rede, nrs. 16 en 18, en de aldaar aangehaalde verwijzingen.

¹⁷⁵ Het systeem dat is ingesteld door de wet van 30 juni 1996 wijkt af van hetgeen beoogd werd door de wetsvoorstellen tot aanvulling van de wet van 3 mei 1880, neergelegd in de Kamer in januari 1989 door mevrouw Onkelinx en de heer Di Rupo (*Gedr. St., Kamer*, 1988-89, nr. 675/1) en in januari 1992 door mevrouw Onkelinx (art. 3), die art. 8 van de wet van 3 mei 1880 wilden aanvullen met een derde lid, volgens hetwelk «art. 458 van het Strafwetboek niet van toepassing is op degenen die in een parlementair onderzoek door de voorzitter van de Kamer of de voorzitter of een van de leden van de onderzoekscommissie worden verplicht geheimen bekend te maken die hun uit hoofde van hun staat of beroep zijn toevertrouwd» (*Gedr. St., Kamer*, B.Z. 1991-92, nr. 47/1), en die vertrokken van de idee dat de onderzoekscommissies de bevoegdheid hebben de personen aan wie beroepsgeheimen zijn toevertrouwd te verplichten hun die te onthullen. Ik kom hier niet terug op de ernstige tegenwerpingen waartoe die voorstellen aanleiding hebben gegeven. Het systeem wijkt eveneens af van hetgeen werd beoogd door het wetsvoorstel tot wijziging van met name de wet van 3 mei 1880, neergelegd in de Senaat in november 1995 door de heer Vandenberghe e.a. (*Gedr. St., Senaat*, 1995-96, nr. 1 - 148/1), dat aan de oorsprong ligt van de nieuwe wet en grotendeels het wetsvoorstel herneemt dat in juli 1992 werd neergelegd door de heer Arts (*Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 446). Het wetsvoorstel Vandenberghe e.a. bevatte twee artt. met betrekking tot de invoering van het beroepsgeheim tijdens een parlementair onderzoek: art. 4, dat art. 8 van de wet van 1880 verving door een nieuwe tekst, waarvan het achtste lid overeenkwam met het tiende lid van het nieuwe art. 8 bedoeld in art. 6 van de wet van 30 juni 1996, en art. 8, dat art. 458 van het Strafwetboek wijzigde, zodanig dat de woorden «of een parlementaire onderzoekscommissie» werden ingevoegd tussen de woorden «... de wet ...» en de woorden «... hen verplicht die geheimen bekend te maken, ...». Dat voorstel was dubbelzinnig, om niet te zeggen tegenstrijdig, want het maakt het onmogelijk te weten of, hetgeen art. 4 leek in te houden, een persoon aan wie een beroepsgeheim is toevertrouwd het beroepsgeheim zou kunnen invoeren om te weigeren voor een onderzoekscommissie te getuigen over feiten die onder dat geheim vallen, dan wel of, hetgeen art. 8 leek in te houden, een parlementaire onderzoekscommissie de bevoegdheid zou hebben zo'n persoon te verplichten haar dat geheim te onthullen. Deze laatste interpretatie gaf aanleiding tot dezelfde tegenwerpingen als die welke waren gemaakt tegen de voorstellen van mevrouw Onkelinx en de heer Di Rupo.

in volle onafhankelijkheid de opportuniteit van zijn beslissing, voornamelijk met betrekking tot de onderscheiden rechten en rechtmatige belangen die daarbij op het spel staan: de rechtmatige belangen van het parlementair onderzoek, enerzijds, en de rechten en de rechtmatige belangen van de personen en de rechtmatige belangen van het gerechtelijk onderzoek, anderzijds. Als hij weigert te getuigen, mag hij het beroepsgeheim echter niet van zijn doel afwenden.¹⁷⁶

Ik ben bovendien van oordeel dat de magistratuur die als getuige voor een parlementaire onderzoekscommissie opgeroepen wordt, niet gehouden is vragen te beantwoorden die betrekking zouden hebben op handelingen die rechtstreeks verband houden met zijn rechtsprekende functie, of indien uit de gestelde vragen duidelijk zou blijken dat het de bedoeling is de beslissingen van de gewone rechtscolleges te censureren, hun injuncties op te leggen, of in hun plaats te treden bij de beoordeling van de geschillen die tot hun bevoegdheid behoren.¹⁷⁷

Niet langer dus kan de stelling in aanmerking worden genomen, volgens welke de personen die houder zijn van een beroepsgeheim en als getuige voor een onderzoekscommissie moeten verschijnen, ertoe gehouden zijn de bekendmaking ervan aan de commissie te weigeren, op grond dat zij niet beschouwd kunnen worden als personen die geroepen zijn om in rechte getuigenis af te leggen, en dat de wet hen niet verplicht die geheimen aan de commissie bekend te maken.¹⁷⁸ Evenmin kan nog de stelling in aanmerking worden genomen, volgens welke uit de aard van het onderzoeksrecht en uit de algemene opzet van de wetgeving op het parlementair onderzoek volgt dat een onderzoekscommissie de personen die kennis dragen van beroepsgeheimen kan verplichten die aan de commissie bekend te maken wanneer zij als getuige voor haar verschijnen, zodat die personen het recht niet hebben het beroepsgeheim voor de commissie aan te voeren en derhalve, willen zij het misdrijf van getuigenisweigering ontgaan, aan de commissie de geheimen moeten bekendmaken waarvan zij kennis dragen.¹⁷⁹

b) Wat de getuigenis voor de parlementaire onderzoekscommissies betreft van personen, die zich door hun verklaringen blootstellen aan strafvervolgning, vervangt artikel 6 van de voornoemde wet van 30 juni 1996 artikel 8 van de wet van 3 mei 1880 door een nieuwe tekst die in alinea 10 uitdrukkelijk bepaalt dat «iedere getuige (kan aanvoeren) dat (hij), door naar waarheid een verklaring af te leggen, zich zou kunnen blootstellen aan strafvervolgning en derhalve getuigenis weigeren».¹⁸⁰

c) Wat de inzage van de gerechtelijke dossiers door de parlementaire onderzoekscommissies betreft, vervangt artikel

5 van de wet van 30 juni 1996 artikel 4 van de wet van 3 mei 1880 door een nieuwe tekst, waarvan de vijfde paragraaf de kwestie regelt.¹⁸¹

Het eerste lid bevestigt het recht van de procureur-generaal bij het hof van beroep of van de auditeur-generaal bij het militair gerechtshof om over de inzage van die dossiers te beslissen. Dat lid bepaalt: «Wanneer inlichtingen moeten worden opgevraagd in criminele, correctionele, politie- en tuchtzaken, richt de commissie tot de procureur-generaal bij het hof van beroep of de auditeur-generaal bij het militair gerechtshof een schriftelijk verzoek tot het lichten van een door haar onontbeerlijk geacht afschrift van de onderzoeksverrichtingen en de proceshandelingen».

Krachtens het tweede lid moet de weigering van de procureur-generaal of van de auditeur-generaal echter met redenen omkleed zijn en kan hiertegen in beroep worden gekomen bij een ad hoc college. Die bepaling is als volgt geformuleerd: «Zo deze magistratuur bij gemotiveerde beslissing meent niet te kunnen ingaan op dit verzoek, kunnen de Kamer, de commissie of hun voorzitters hiertegen in beroep gaan bij een college dat bestaat uit de eerste voorzitter van het Hof van Cassatie, de voorzitter van het Arbitragehof en de eerste voorzitter van de Raad van State. Dit college houdt zitting met gesloten deuren en regelt de procedure. Het kan de voorzitter van de commissie en de betrokken magistratuur op zeer korte termijn horen. Het beslecht het geschil definitief en bij gemotiveerde beslissing uitgesproken in openbare vergadering, met inachtneming van de aan de orde gestelde belangen en, in het bijzonder, met eerbiediging van de rechten van verdediging.»¹⁸²

¹⁸¹ Zie *Gedr. St., Senaat*, 1995-96, nr. 1-148/3, pp. 13-14, 27-35, 71-72, 83-96, en *Gedr. St., Kamer*, 1995-96, nr. 532/4-95/96, pp. 3, 7-15, 30-32.

¹⁸² De wetgever heeft dus niet gekozen voor het systeem van de wetsvoorstellen, ingediend in de Kamer in januari 1989 door mevrouw Onkelinx en de heer Di Rupo (*Gedr. St., Kamer*, 1988-89, nr. 675/1) en in januari 1992 door mevrouw Onkelinx, die met name (art. 1, eerste en achtste lid) in de wet van 3 mei 1880 een art. 4bis wilden invoegen, waarvan het tweede lid, eerste zin, bepaalde dat «geen enkele voor het onderzoek noodzakelijke inlichting mag worden achtergehouden» en dat «in criminele, correctionele, politie- en tuchtzaken de procureur-generaal bij het hof van beroep of de auditeur-generaal op uitdrukkelijk verzoek van de voorzitter van de Kamer of van de voorzitter van de onderzoekscommissie een expeditie of een afschrift van de onderzoeksverrichtingen en proceshandelingen die de Kamer of de commissie voor het goede verloop van haar opdracht nuttig acht, (moet) afgeven» *Gedr. St., Kamer*, B.Z., 1991-92, nr. 47/1). Ik kom hier niet terug op de ernstige tegenwerpingen waartoe dit voorstel aanleiding gaf. Het voorgestelde systeem zou de magistraten ertoe verplichten aan de onderzoekscommissies een afschrift te bezorgen of hen kennis te laten nemen van alle gerechtelijke dossiers waarvan de overzending zou worden gevraagd.

De wetgever heeft zich evenmin aangesloten bij het systeem voorgesteld in het wetsvoorstel neergelegd in de Senaat in november 1995 door de heer Vandenberghe c.s. (*Gedr. St., Senaat*, 1995-96, nr. 1-148/1), dat aan de oorsprong ligt van de nieuwe wet en grotendeels het wetsvoorstel herneemt dat in juli 1992 werd neergelegd door de heer Arts (*Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 446).

Het eerste lid van paragraaf 4 van het nieuwe art. 4 van de wet van 3 mei 1880, zoals het was geformuleerd in art. 3 van dit voorstel, regelde het recht van de commissie om een afschrift te vragen van de gerechtelijke akten aan de procureur-generaal bij het hof van

¹⁷⁶ Zie mijn voornoemde rede, nrs. 23-24 en 28, en de aldaar aangehaalde verwijzingen.

¹⁷⁷ Zie mijn voornoemde rede, nr. 25, en de aldaar aangehaalde verwijzingen.

¹⁷⁸ Zie mijn voornoemde rede, nrs. 15 en 23, en de aldaar aangehaalde verwijzingen.

¹⁷⁹ Zie mijn voornoemde rede, nrs. 15 en 23, en de aldaar aangehaalde verwijzingen.

¹⁸⁰ Zie met name *Gedr. St., Senaat*, 1995-96, pp. 14-15, 35-38, 99-109, en *Gedr. St., Kamer*, 1995-96, p. 8.

Het aldus door de wetgever aangenomen systeem bekrachtigt bijgevolg noch de opvatting, volgens welke een onderzoekscommissie geen inzage of afschrift van straf- of tuchtdossiers mag krijgen, omdat zulks noodzakelijk leidt tot een toetsing door parlementsleden die hiertoe niet bevoegd zijn en tot een bevoegding van de rechterlijke macht, waardoor de grondwettelijke beginselen van de scheiding der machten en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht worden miskend,¹⁸³ noch de opvatting volgens welke het parlementair onderzoeksrecht inhoudt dat een onderzoekscommissie het absolute recht heeft kennis of afschrift te krijgen van straf- of tuchtdossiers, nu dat laatste recht inherent is aan het eerste.¹⁸⁴

32. Ik voeg hieraan nog toe dat ik, in mijn rede van 1 september 1993, vermeld heb dat onze wetgeving op het parlementaire onderzoek, mijns inziens, twee belangrijke zwakke punten vertoont: enerzijds, de onvoldoende waarborgen voor de bescherming van het vertrouwelijk karakter van bepaalde inlichtingen of stukken die aan de onderzoekscommissies werden meegedeeld;¹⁸⁵ anderzijds, het ontbreken van enig verbod op het samen bestaan van een parlementair en een gerechtelijk onderzoek.¹⁸⁶ De wetgever heeft ge-

beroep of de auditeur-generaal bij het Militair Gerechtshof en het tweede lid van die paragraaf regelde het recht van de Kamer, de commissie of hun voorzitter om in geval van weigering van de procureur-generaal of de auditeur-generaal beroep in te stellen bij een ad-hoccollege, samengesteld uit drie leden van het Arbitragehof, met name de voorzitter, de oudstbenoemde magistraat en het oudste gewezen parlements lid. De minister van Justitie had bij de voorbereidende werken niet nagelaten zijn strengste voorbehoud uit te spreken wat betreft het principe van een beroep ingesteld bij een ad-hoccollege.

«Dat is in strijd met het principe van de onafhankelijkheid van het openbaar ministerie ten aanzien van de hoven en rechtbanken», zo luiden zijn woorden. «De betrokken procureur-generaal dreigt ertoe te worden verplicht melding te maken van informatie die onder het beroepsgeheim valt, terwijl hij dat beroepsgeheim precies wilde bewaren door te weigeren het dossier over te zenden» (*Gedr. St., Kamer*, 1995-96, nr. 532/4-95/96, p. 3).

Wat de samenstelling van het ad-hoc college betreft, heeft de rapporteur van de Kamer voor de commissie van Justitie verklaard dat «hij in dat verband meer voelt voor het voorstel van de minister die in ondergeschikte orde de kamer van inbeschuldigingstelling de bevoegdheid verleende voor de beslechting van eventuele geschillen tussen de procureur-generaal en een onderzoekscommissie» (aangehaald stuk, p. 8).

¹⁸³ Zie mijn voormelde rede, nr. 44 tot 46, en de vermelde verwijzingen. Het feit blijft dat in de ogen van een aantal parlementsleden, de procureur-generaal bij het hof van beroep of de auditeur-generaal bij het Militair Gerechtshof in principe de vraag tot overzending niet kan verwerpen «omwille van het vertrouwen dat hij verschuldigd is aan het parlement, de belichaming van de Natie»; maar indien hij van dat principe meent te moeten afwijken, dient hij zijn beslissing te motiveren (zie met name de verklaringen van volksvertegenwoordiger Van Parys, *Gedr. St., Kamer*, 1995-96, nr. 532/4-95/96, p. 7 en 31, en van volksvertegenwoordiger Landuyt, *ibid.*, pp. 11-12).

¹⁸⁴ Idem.

¹⁸⁵ Zie mijn voormelde rede, nrs. 57-61, en de aldaar aangehaalde verwijzingen.

¹⁸⁶ Zie mijn voormelde rede, nrs. 62-68, en de aldaar aangehaalde verwijzingen.

meend dat hij zich niet kon aansluiten bij de voorstellen die ik in mijn rede geformuleerd had om die zwakheden te verhelpen.¹⁸⁷

- Interpellaties en parlementaire vragen

33. Het toezicht van de federale Kamers op de werking van de rechterlijke macht wordt meestal onrechtstreeks uitgeoefend door middel van het toezicht op het regeringswerk en meer bepaald door middel van interpellaties en vragen die tot de minister van Justitie gericht worden.

België is een Staat met een parlementair regime, wat betekent dat het een stelsel heeft van scheiding der machten waarin de leden van de regering politiek gezien aan minstens één van de Kamers van het Parlement verantwoording verschuldigd zijn.

Die politieke verantwoordelijkheid van de regeringsleden voor minstens één van de Kamers van het Parlement verplicht de minister van Justitie inzonderheid verantwoording af te leggen voor de handelingen waarvoor hij de verantwoordelijkheid dient te dragen.¹⁸⁸ De verschillende vor-

¹⁸⁷ Wat het eerste punt betreft, had ik met name gesuggereerd dat in de wet een bepaling zou worden ingevoegd die aan de leden van de onderzoekscommissies de verplichting zou opleggen het geheim te eerbiedigen en het niet eerbiedigen ervan tot misdrijf zou maken. Art. 4 van de wet van 30 juni 1996 vervangt art. 3 van de wet van 3 mei 1880 door een tekst, waarvan het vierde lid bepaalt dat «de leden van de Kamer tot geheimhouding zijn verplicht met betrekking tot de informatie verkregen naar aanleiding van de niet openbare commissievergaderingen» en dat «schending van die geheimhouding wordt gestraft met de sanctie bepaald in het reglement van de Kamer waartoe zij behoren».

Voor de kamercommissie van Justitie achtte de minister van Justitie het nodig op te merken dat «de (onderzoeks)commissie bij de publieke opinie ook geloofwaardiger zou overkomen indien de leden zelf, net als in andere landen, door het beroepsgeheim, en dus door art. 458 van het Strafwetboek, gebonden zouden zijn» (*Gedr. St., Kamer*, 1995-96, nr. 532/4 - 95/96, p. 3).

Wat het tweede punt betreft, vervangt art. 2 van de wet van 30 juni 1996 art. 1 van de wet van 3 mei 1880 door een nieuwe tekst, waarvan het tweede lid uitdrukkelijk bepaalt dat een parlementair onderzoek tegelijkertijd met een gerechtelijk onderzoek kan plaatshebben; het bepaalt dat «de door de Kamers ingestelde onderzoeken niet in de plaats treden van de onderzoeken van de rechterlijke macht; ze kunnen daarmee samenlopen, maar mogen het verloop ervan niet hinderen».

Bij de bespreking van deze bepaling in de debatten voor de kamercommissie van Justitie had de minister van Justitie met name verklaard: «Het is duidelijk dat indien een parlementair onderzoek wordt ingesteld naar dezelfde feiten als die waarvoor een gerechtelijk onderzoek loopt, dit het gerechtelijk onderzoek kan hinderen, gelet op de onderzoeksbevoegdheid waarover de onderzoekscommissie beschikt: volgens art. 4, § 1, kan de onderzoekscommissie alle in het Wetboek van Strafvordering omschreven onderzoeksmaatregelen nemen» (aangehaald stuk, p. 2).

¹⁸⁸ De reden waarom de Grondwetgever van 1831 voor het oud art. 101 van de Grondwet (het huidige art. 153) niet het ontwerp Forgeur e.a. heeft gevolgd, volgens hetwelk de ambtenaren van het openbaar ministerie net als de rechters onafzetbaar zouden zijn (art. 77), is dat, zoals blijkt uit de woorden van de heer Lebeau, omdat hij in die kwestie het principe van de ministeriële verantwoordelijkheid wilde vrijwaren. «L'inamovibilité des officiers du parquet», verklaarde Lebeau op de zitting van het Nationaal Congres van 24 januari 1831, «est contraire au principe de la responsabilité

men van politieke verantwoordelijkheid van de minister van Justitie zijn de tegenhanger van de controlemiddelen waarover de wetgevende vergaderingen beschikken met betrekking tot het regeringswerk op het vlak van de rechtsbedeling. Tot bij de jongste parlementsverkiezingen had die verantwoordelijkheid tot gevolg dat, onder voorbehoud van het ontbindingsrecht, een duidelijke uiting van afkeuring van één van beide Kamers van het regeringswerk op dat vlak, de minister van Justitie, ja zelfs de regering, dwong om de Koning zijn of haar ontslag aan te bieden, en de Koning dwong om dat te aanvaarden. Sinds de jongste parlementsverkiezingen kan de politieke verantwoordelijkheid van de regering enkel nog voor de Kamer van volksvertegenwoordigers in het geding worden gebracht; die mogelijkheid werd bovendien gerationaliseerd door het invoeren van de techniek van de zogenaamde «constructieve motie van wantrouwen»; de federale regering moet haar ontslag aan de Koning aanbieden, wanneer de Kamer van volksvertegenwoordigers, bij volstreekte meerderheid van haar leden, een motie van wantrouwen aanneemt die een opvolger voor de eerste minister voor benoeming aan de Koning voordraagt, of een opvolger voor de eerste minister voor benoeming aan de Koning voordraagt binnen drie dagen na het verwerpen van een motie van vertrouwen.^{189 190}

Het kan gebeuren dat bepaalde parlementsleden, tijdens de bespreking van de begroting van Justitie, kritiek uitoefenen op de gedragingen van de magistraten, bijvoorbeeld het gebrek aan onderling overleg,¹⁹¹ of zelfs op bepaalde beslissingen waarbij zij betrokken waren.¹⁹²

Daarnaast is het voorgekomen dat sommige parlementsleden, bij het onderzoek van wetsontwerpen of wetsvoorstellen, beweerden dat een aantal rechtscolleges weigeren bepaalde wettelijke bepalingen toe te passen, zoals bijvoorbeeld de artikelen 730¹⁹³ of 747¹⁹⁴ van het Gerechtelijk Wetboek.

ministérielle. La responsabilité suppose le pouvoir de faire le mal et le bien. Ce n'est qu'en supposant l'amovibilité de ces officiers que vous pouvez comprendre l'action d'un ministre de la Justice; car ce fonctionnaire doit pouvoir imprimer une direction uniforme à tous les parquets». (HUYTTENS, E., *op.cit.*, d. II, pp. 253-254; VAN OVERLOOP, *op.cit.*, p. 636).

¹⁸⁹ Artt. 96, tweede lid en 101, eerste lid, Gw.

¹⁹⁰ Wat de Gemeenschaps- en de Gewestraden betreft, zij hebben weliswaar de mogelijkheid hun regeringen te interpellieren, hun vragen te stellen of een recht van onderzoek uit te oefenen aangaande hun activiteiten, maar, zoals professor Delpérée opmerkt, «on ne saurait imaginer qu'un conseil de communauté ou de région entende exercer ses prérogatives de contrôle à l'encontre du ministre de la Justice» zodanig dat «le conseil risque fort d'être dépourvu d'interlocuteur, alors même que le parquet se montrerait négligent ou abusivement interventionniste dans des matières qui sont pourtant de compétence communautaire et régionale» (DELPÉRÉE, F., «Le ministère public ...», *op.cit.*, p. 203).

¹⁹¹ Verklaring van de heer Lallemand op de zitting van de Senaat van 29 november 1990, *Hand.Sen.*, p. 397.

¹⁹² Verklaring van de heer Lallemand op de zitting van de Senaat van 20 december 1994, *Hand.Sen.*, p. 659.

¹⁹³ Zie de verklaring van de heer Lozie op de zitting van de Senaat van 10 november 1993, *Hand. Sen.*, p. 209.

¹⁹⁴ Zie de verklaring van de heer Govaerts op de zitting van de Senaat van 10 februari 1994, *Hand.Sen.*, p. 1155.

Toch is het meestal door tot de minister van Justitie gerichtte interpellaties en vragen dat de gedragingen of de beslissingen van magistraten van het openbaar ministerie, ja zelfs van zittende magistraten, onrechtstreeks betrokken worden.¹⁹⁵

34. Het toezicht dat de federale Kamers door middel van interpellaties en vragen uitoefent op de wijze waarop het openbaar ministerie zich van zijn taken kwijt, geschiedt onrechtstreeks door tussenkomst van de minister van Justitie en van de onder zijn gezag geplaatste procureurs-generaal en auditeur-generaal.¹⁹⁶

Het beginsel van de scheiding der machten staat eraan in de weg dat bijvoorbeeld een van de federale Kamers of haar commissie voor de Justitie leden van het openbaar ministerie oproept om verantwoording te geven over hun initiatieven of hun optreden.¹⁹⁷ Niets belet hen echter om, met toestemming van de minister van Justitie, de procureurs-generaal te verzoeken met hen overleg te plegen of hun advies te geven over bepaalde aangelegenheden van algemene aard met betrekking tot de werking van Justitie.

Onder voorbehoud van de bepalingen van de wet van 3 mei 1880, zoals die gewijzigd werd bij de wet van 30 juni 1996, die van toepassing zijn op magistraten in geval van parlementair onderzoek, sluit het beginsel van de scheiding der machten tevens uit dat een federale Kamer of haar commissie voor de Justitie welke injunctie dan ook kan opleggen aan de leden van het openbaar ministerie. Zelfs een parlementaire onderzoekscommissie beschikt, in tegenstelling tot de minister van Justitie, niet over een positief injunctierecht te hunnen opzichte. Zoals minister van Justitie De Clerck echter onlangs voor de kamercommissie voor de Justitie deed opmerken, kan de onderzoekscommissie «vragen dat de minister dit recht zou gebruiken» en «indien de minister daar, zonder gegronde redenen, niet zou op ingaan, dan komt zijn politieke verantwoordelijkheid in het gedrang».¹⁹⁸

Als een federaal kamerlid uitleg wenst over een initiatief of over wat hem een nalatigheid lijkt van een parketmagistraat, dan dient hij zich dus te richten tot de minister van Justitie, die ertoe gehouden is die uitleg te vragen aan de bevoegde procureur-generaal of auditeur-generaal.

Het is normaal dat met die interpellaties en vragen wel eens uitleg wil verkregen worden over het strafbeleid dat het openbaar ministerie in overleg met de minister van Justitie voert.

Tevens moet worden toegegeven dat het normaal is dat parlementsleden de minister van Justitie interpellieren of hem vragen stellen over bepaalde situaties die verband hou-

¹⁹⁵ We blijven hier niet staan bij de kritiek die de parlementsleden spuien op de rechterlijke macht in het algemeen, kritiek voornamelijk dan op de gerechtelijke achterstand en het strafbeleid. Evenmin blijven we staan bij de soms al te scherpe uitlatingen van deze of gene naar aanleiding van de zogenaamde «gevoelige» zaken.

¹⁹⁶ Voor de aangelegenheden die behoren tot de bevoegdheid van de arbeidsgerichten, voeren de procureurs-generaal bij de hoven van beroep door toedoen van de minister die de arbeid in zijn bevoegdheid heeft alle opdrachten uit van het openbaar ministerie (art. 143, tweede lid, Ger.W.).

¹⁹⁷ DELPÉRÉE, F., «Le ministère public ...», *op.cit.*, p. 201.

¹⁹⁸ *Gedr. St., Kamer*, 1995-96, nr. 532/4-95/96, p. 17.

den met de werking van het openbaar ministerie en waarover zij meer uitleg wensen.

Voorbehoud moet echter worden gemaakt als bepaalde interpellaties of vragen gaan over de houding of de beslissingen van het openbaar ministerie in één of meer welbepaalde zaken, in het bijzonder als een zaak nog sub judice is of op het punt staat dat te zijn. «Le ministre de la Justice», schrijft professor Delpérée, «ne saurait, même de manière détournée, donner l'impression que le gouvernement ou les assemblées peuvent, à un moment ou à un autre, infléchir, à la faveur de leurs prérogatives de contrôle, le cours de la justice». ¹⁹⁹ Dit geldt eveneens voor een afgedane zaak waarin een beslissing is gevallen die in kracht van gewijsde is gegaan. «Le ministre de la Justice», vervolgt professor Delpérée, «ne peut laisser entendre qu'il reviendrait à l'un ou à l'autre des pouvoirs constitués de censurer la manière dont l'oeuvre de justice a été engagée ou a été rendue». ²⁰⁰

In feite snijden de interpellaties en vragen over de werking van het openbaar ministerie de meest uiteenlopende onderwerpen aan. Sommige handelen over de houding en het optreden van het openbaar ministerie in het algemeen, andere over zijn handelwijze in een welbepaald domein van zijn bevoegdheid, nog andere over zijn optreden in één bepaalde zaak.

Ik moge hier enkele voorbeelden geven van interpellaties en vragen over de houding en het optreden van het openbaar ministerie in het algemeen, waarbij ik met opzet niet uit de meest recente actualiteit heb geput. Voorbeelden hiervan zijn interpellaties of vragen die verband houden met een uitspraak van een procureur-generaal bij een hof van beroep over de nodige maatregelen om het objectief karakter van de debatten te vrijwaren, ²⁰¹ die wijzen op de nefaste invloed van het systematisch seponeren van kleine misdrijven, ²⁰² die klagen over het gebrek aan slachtofferhulp, ²⁰³ die het openbaar ministerie verdenken van discriminatie op politieke basis, ²⁰⁴ die het betichten van rassendiscriminatie ²⁰⁵ of die zijn onaangepaste hiërarchische structuren hekelen. ²⁰⁶

Voorbeelden van interpellaties of vragen over de houding van het openbaar ministerie in één bepaald domein van zijn bevoegdheid, zijn interpellaties of vragen die kritiek uitoefenen op de instructie van van een procureur-generaal met betrekking tot de toepassing van een wet, ²⁰⁷ die een andere procureur-generaal verwijten maken over zijn adviezen be-

treffende de naturalisaties, ²⁰⁸ die de tekortkomingen aanklaagt van de parketten van het rechtsgebied van een bepaald hof van beroep in verband met de bestrijding van de vrouwenhandel en van de corruptie in bepaalde politiekringen, ²⁰⁹ die hun beklag doen over het feit dat een magistraat van het parket van Brussel zich uitsluitend in het Frans heeft uitgedrukt tijdens een vergadering van de politiecommissarissen van het arrondissement Halle-Vilvoorde ²¹⁰ of die betrekking hebben op de toepassing door een parket van herstelstraffen ten gunste van jongeren. ²¹¹

Vaker echter stellen interpellaties of vragen de houding van het openbaar ministerie in één bepaalde zaak aan de kaak. Zo wordt bijvoorbeeld aan een procureur des Konings verweten dat hij aan de minister van Justitie een brief heeft geschreven die beledigend wordt geacht voor bepaalde parlementsleden en dat hij in verschillende andere zaken valsheid in geschrifte zou hebben gepleegd, ²¹² worden door het openbaar ministerie ingestelde beroepen betwist, ²¹³ wordt kritiek uitgeoefend op de traagheid van een disciplinair onderzoek ten laste van een procureur des Konings, ²¹⁴ wordt een «verbeurdverklaring», waartoe een parket besloten had, ter sprake gebracht, ²¹⁵ wordt een lid van het parket-generaal ten laste gelegd dat hij een onderzoeksrechter de opdracht gegeven heeft om het verhoor van een parlements lid op te schorten, ²¹⁶ wordt de seponering door een procureur-generaal van een dodelijk verkeersongeval waarbij een magistraat betrokken was afgekeurd, ²¹⁷ wordt gevraagd waarom een parket-generaal opdracht heeft gegeven om personen in hechtenis te houden, in weerwil van een beslissing van de rechter in kort geding ²¹⁸ of wordt ingegaan op een rekwisitoor voor het hof van assisen, waarin het openbaar ministerie een zwaardere straf gevorderd had, omdat het ermee rekening had gehouden dat de beschuldigde, dankzij de wet Le Jeune, vervroegd vrijgelaten kon worden. ²¹⁹

²⁰⁸ Vragen nr. 178 van de heer Eerdeken van 22 april 1992, *Vr. en Antw.K.*, 1991-92, p. 1674, en nr. 178 van dezelfde volksvertegenwoordiger van 6 oktober 1992, *ibid.*, 1993-94, p. 8997.

²⁰⁹ Vraag nr. 446 van de heer Kuypers van 17 juni 1993, *Vr. en Antw. Sen.*, 5 april 1994, p. 5326.

²¹⁰ Vraag van de heer Van Vaerenbergh, Kamer, 8 december 1994, *Hand.*, nr. 13, p. 346.

²¹¹ Interpellatie van de heer Mayeur, Kamer, 12 januari 1994, *Hand.*, nr. C 38, p. 55.

²¹² Vraag nr. 350 van de heer Eerdeken van 5 september 1990, *Vr. en Antw.K.*, 1990-91, p. 12305, en vraag nr. 695 van dezelfde volksvertegenwoordiger van 8 augustus 1994, *Vr. en Antw.K.*, 1993-94, p. 12791.

²¹³ Vraag van de heer Cortois, Kamer, 12 juli 1991, *Hand.*, nr. C 120, p.10, en vraag van de heer Coveliens, Kamer, 29 oktober 1992, *Hand.*, nr. 5, p. 128.

²¹⁴ Vraag van de heer De Croo, Senaat, 2 juli 1992, *Hand.*, nr. 43, p. 1328.

²¹⁵ Vraag van de heer Monfils, Senaat, 16 juli 1992, *Hand.*, nr. 51, p. 1594.

²¹⁶ Interpellatie van de heer Matagne, Kamer, 12 mei 1993, *Hand.*, nr. C 99, p. 47.

²¹⁷ *Idem.*

²¹⁸ Vraag van mevrouw Aelvoet, Kamer, 9 december 1993, *Hand.*, nr. 17, p. 559.

²¹⁹ Vraag van de heer De Mol, Kamer, 9 maart 1994, *Hand.*, p. 1124.

¹⁹⁹ DELPÉRÉE, F., *op.cit.*, p. 204.

²⁰⁰ *Idem.*

²⁰¹ Interpellatie van de heer Pataer, Senaat, 29 maart 1990, *Hand.*, nr. 68, p. 1827.

²⁰² Vraag van de heer Van Vaerenbergh, Kamer, 31 januari 1991, *Hand.*, nr. 19, p. 1924.

²⁰³ Vraag van de heer Ansoms, *Hand. Kamer*, nr. 29 van 31 januari 1991, p. 1924; *Hand. Kamer*, nr. 16 van 7 mei 1992, p. 476.

²⁰⁴ Vraag van de heer Verreycken, Senaat, 2 december 1993, *Hand.*, nr. 16, p. 359.

²⁰⁵ Vraag van de heer Verreycken, Senaat, 21 april 1994, *Hand.*, nr. C 60, p. 51.

²⁰⁶ Interpellatie van de heer Coveliens, Kamer, 15 februari 1995, *Hand.*, nr. 62, p. 1891.

²⁰⁷ Vraag nr. 658 van de heer Van der Maelen van 6 maart 1991, *Vr. en Antw. K.*, 1990-91, p. 14291.

Sommige interpellaties of vragen die aan de minister van Justitie gesteld worden met betrekking tot de houding van de parketten, bedoelen niet deze te bekritisieren maar veel eerder de minister van Justitie te verwijten dat hij toelaat dat een andere minister zich kwetsend uitlaat over het openbaar ministerie. Zo voert een interpellatie aan dat «de ongezouten uitspraken van de minister van Binnenlandse Zaken en (het) verontrustend stilzwijgen (van de minister van Justitie) over de verklaringen van (zijn) collega, beschamen de korpsen die (die laatste) vertegenwoordigt»²²⁰ of stelt een andere interpellatie de minister van Justitie de vraag of hij oordeelt dat de door de minister van Binnenlandse Zaken in een tijdschrift gedane verklaringen die de advocaten-generaal bij de hoven van beroep grof beledigden, pasten in het kader van een duidelijk omlijnde regeringssolidariteit.²²¹

35. Hoe langer hoe vaker menen de federale Kamers een onrechtstreeks toezicht te mogen uitoefenen op de zittende magistratuur door interpellaties of vragen te richten aan de minister van Justitie.

Voorbij schijnt de tijd te zijn waarin minister Robert Henrion in 1987 kon schrijven dat «le parlementaire respecte généralement l'oeuvre du magistrat dans l'interprétation et l'application de la loi. Ainsi, il est exceptionnel qu'en assemblée, le gouvernement soit interrogé sur le déroulement d'un procès en cours; l'intervenant sera d'ailleurs rapidement rappelé à l'ordre.»²²²

De federale Kamers kunnen zeer zeker interpellaties of vragen richten tot de minister van Justitie om meer inlichtingen te verkrijgen over precieze toestanden in verband met de werking van de hoven en rechtbanken. Zo schreef procureur-generaal Krings: «Dit is immers de normale weg, vermits wanneer een tekortkoming van de Rechterlijke Macht wordt aangeklaagd, de minister van Justitie de mogelijkheid heeft om, via het openbaar ministerie, niet alleen ingelicht te worden, doch eventueel ook opdracht te geven de vereiste middelen aan te wenden. De verstrekte uitleg kan overigens wijzen op een gebrek in de wetgeving, in welk geval de wetgever hetzij op voorstel van de regering, hetzij op eigen initiatief kan optreden om dat te verhelpen.»²²³ De parlementsleden kunnen de minister van Justitie vragen of hij het niet nodig acht om, gelet op het gedrag van een zittend magistraat, het openbaar ministerie te verzoeken bij de bevoegde overheid een tuchtmaatregel tegen die magistraat te laten vorderen. Zij kunnen de minister van Justitie ook vragen of hij het niet nodig acht om, ten gevolge van een rechterlijke beslissing, een verzoekschrift bij het Hof van Cassatie in te dienen, hetzij met toepassing van artikel 441 van het Wetboek van Strafvordering, hetzij met toepassing van artikel 1088 van het Gerechtelijk Wetboek.

In feite zijn de interpellaties of vragen die de zittende magistratuur in het geding brengen, van velerlei aard. Ze heb-

ben nu eens betrekking op een volledig rechtsgebied, dan eens op de houding van bepaalde rechters, dan weer op rechterlijke beslissingen. De voorbeelden die ik hieronder opsom, heb ik alweer met opzet niet uit de recente actualiteit gehaald.

In een parlementaire vraag werd de minister van Justitie om uitleg verzocht over de juistheid van een aantal kranten-artikelen die kritiek uitoefenden op een bepaald rechtscollege in zijn geheel en waarin de leden ervan verweten werd dat ze niet werkten, en de voorzitter van de rechtbank, de procureur des Konings en de griffier aangewreven werd dat zij hun taak niet vervulden maar hun medewerkers het leven zuur maakten.²²⁴

Verschuillende parlementaire vragen handelen niet over de beslissingen maar over de gedragingen van bepaalde leden van de zittende magistratuur. Zo werd aan raadsheren van een hof van beroep verweten dat zij zich afhankelijk hadden betoond tegenover het openbaar ministerie,²²⁵ wordt het gering aantal bezoeken van onderzoeksrechters aan de strafinrichtingen en het formele karakter ervan op de korrel genomen,²²⁶ wordt melding gemaakt van het feit dat een bijzitter zou geweigerd hebben een arrest te ondertekenen, omdat de andere bijzitter het Nederlands niet machtig was,²²⁷ of wordt de houding van een voorzitter van het hof van assisen of van een voorzitter van een rechtbank jegens Vlaamse getuigen gehekeld.²²⁸

Andere interpellaties of vragen hebben wel betrekking op rechterlijke beslissingen maar zijn niet per se als kritiek bedoeld. Dit is onder meer het geval met vragen die een proces willen doen herzien.²²⁹ Vaak worden zij zodanig verwoord dat zij slechts uiting geven aan een onrechtstreekse kritiek.

Bepaalde interpellaties of vragen gaan over de vonnissen en de arresten in het algemeen, zoals bijvoorbeeld een vraag over de begrijpelijkheid van de uitspraak van de vonnissen en arresten.²³⁰

De meeste interpellaties en vragen over vonnissen en arresten hebben betrekking op beslissingen die door strafge-rechten werden gewezen. Zo bijvoorbeeld de interpellaties en vragen die klagen over «de rechtsonzekerheid als gevolg

²²⁴ Vraag van de heer Landuyt, Kamer, 8 december 1994, *Hand.*, nr. 13, p. 348.

²²⁵ Vraag nr. 19 van mevrouw Mayence - Goossens van 7 december 1990, *Vr. en Antw. Sen.*, 5 feb. 1991, p. 707.

²²⁶ Vraag nr. 29 van de heer De Mol van 27 maart 1992, *Vr. en Antw.K.*, B.Z. 1991-92, p. 1851.

²²⁷ Vraag van de heer Van Vaerenbergh, Kamer, 2 juli 1992, *Hand.*, nr. 35, p. 1364.

²²⁸ Vraag nr. 757 van de heer Annemans van 22 november 1994, *Vr. en Antw. K.*, 1994-95, p. 13984 en vraag van de heer Van Grembergen, Kamer, 8 december 1994, *Hand.*, p. 347.

²²⁹ Zie met name de vraag nr. 264 van de heer Ylief van 3 februari 1993, *Vr. en Antw. K.*, 1992-93, p. 4156; zie ook de interpellatie van de heer Van Hauthem van 26 oktober 1984, *Hand.K.*, nr. C 5, p. 1, en de vraag van de heer Loones, Senaat, 2 december 1993, *Hand.*, nr. 16, p. 359; de interpellatie van de heer Ylief van 30 maart 1994, *Hand. Kamer*, p. 51.

²³⁰ Vraag nr. 372 van de heer Verlinden van 19 april 1993, *Vr. en Antw. Senaat*, 5 oktober 1993, p. 3933.

²²⁰ Interpellatie van de heer Beyssen, Kamer, 21 mei 1990, *Hand.*, nr. 51, p. 2458.

²²¹ Vraag nr. 806 van de heer Duquesne van 13 januari 1995, *Vr. en Antw.K.*, 1994-95, p. 14971.

²²² HENRION, R., «Le parlementaire et le juge», in *Les pouvoirs du judiciaire* (onder de leiding van F. RINGELHEIM et C. PANIER), uitg. Labor, 1988, pp. 95-100, inz. p. 100.

²²³ Procureur-generaal Krings, *Considérations sur l'état de droit* ..., vermelde rede, nr. 29.

van betwiste gerechtelijke uitspraken en handelingen», ²³¹ die de invrijheidstelling door een kamer van inbeschuldigingstelling van een van moord verdachte persoon hekel, ²³² die opheldering vragen over het gebrek aan eenvoudigheid in de jurisprudentie inzake de weigering tot betaling van een parkeerretributie, ²³³ die, op grond van «de grote morele verantwoordelijkheid van de overheid» de vrijpraak bekritisieren van 4 industriële maalders in een fraudezaak, een vrijpraak welke uitgesproken werd op de vooravond van de verjaring van de strafvordering, ²³⁴ die het onmiskenbaar gebrek aan samenwerking tussen de verschillende onderzoeksgerechten in een bepaalde zaak aan de kaak stellen, ²³⁵ die een kamer van inbeschuldigingstelling ten laste leggen dat zij beslist had om drie van drugshandel verdachte personen op borgtocht vrij te laten, ²³⁶ die een strafgerecht verwijten dat het zes voormalige kabinetsmedewerkers vrijgesproken heeft, aan wie ten laste gelegd was dat zij de gewestplannen wederrechtelijk gewijzigd hadden. ²³⁷

Het zijn niet uitsluitend vonnissen of arresten in strafzaken die aanleiding geven tot interpellaties of vragen. Soms worden ook vonnissen en arresten van jeugdrechtbanken of jeugdkamers ter discussie gesteld, zoals bijvoorbeeld het arrest van een hof van beroep dat de beslissing van een jeugdrechtbank om drie minderjarigen op te sluiten, onwettig verklaard had, ²³⁸ een voorlopige beschikking waarbij een jeugdrechter een prestatiemaatregel bevolen had ²³⁹ of een beslissing van een jeugdrechtbank die bij wijze van alternatieve straf een voettocht van 112 dagen naar Santiago de Compostela opgelegd had. ²⁴⁰ Beslissingen van kortgedingrechters komen in interpellaties of vragen ook ter sprake. Bij wijze van voorbeeld vermeld ik interpellaties over uitspraken van kortgedingrechters met betrekking tot het stakingsrecht ²⁴¹ of een vraag die opkwam tegen de uitspraak waarbij een voorzitter van een rechtbank van koophandel een krant veroordeelde tot het opnemen van een recht van antwoord. ²⁴²

Vaak hebben interpellaties of parlementaire vragen ook betrekking op rechterlijke beslissingen die geen vonnissen of arresten zijn. Zo oefenen verschillende interpellaties en vragen kritiek uit op beslissingen van onderzoeksrechters of op het gebrek aan beslissing hunnerzijds, zoals bijvoorbeeld interpellaties of vragen die insinueren dat het gebrek aan initiatief van een onderzoeksrechter de ontsnapping van een beklaagde in de hand gewerkt heeft, ²⁴³ die te verstaan geven dat een onderzoeksrechter ongeoorloofd telefoongesprekken gelokaliseerd en huiszoekingen verricht heeft, ²⁴⁴ die een huiszoeking en een inbeslagneming van documenten ter sprake brengen, welke in het buitenland in het kader van een ambtelijke opdracht verricht werden, ²⁴⁵ of die volhouden dat een beslissing van telastelegging een politieke strekking heeft die beweren dat het voorlopig in hechtenis nemen van een persoon afhankelijk is van diens politieke identiteit ²⁴⁶ of die volhouden dat een beslissing van tenlastelegging een politieke strekking heeft, ²⁴⁷ die een onderzoeksrechter verwijten dat hij geen huiszoeking heeft laten verrichten. ²⁴⁸ Zo betreffen bepaalde vragen ook de verdagingen waartoe gerechten besloten hebben, zoals bijvoorbeeld de vragen betreffende de politieke betekenis van de verdaging van een bepaald proces ²⁴⁹ of de verdaging voor een bepaalde tijd van verschillende verkeerszaken, in afwachting van de inwerkingtreding van een nieuwe wet. ²⁵⁰ In dat verband vermelden we nog de interpellaties of vragen over de vrijlating van beklaagden ten gevolge van procedurerefouten ²⁵¹ of de raad die een politierechter een veroordeelde zagezegd gegeven had om zijn boete niet te betalen. ²⁵²

Voor zover die interpellaties en vragen erop neerkomen of tot gevolg hebben dat de beslissingen van rechters gecensureerd worden, lijken zij mij bezwaarlijk verenigbaar met de beginselen van de scheiding der machten en de onafhankelijkheid van de gerechten.

(Slot in volgend nummer)

²³¹ Interpellatie van de heer Caudron, Kamer, 14 oktober 1992, *Hand.*, nr. C 4, p. 25.

²³² Vraag van de heer Annemans van 10 november 1993, *Hand.Kamer*, nr. 10, p. 242.

²³³ Vraag van de heer Schuermans, Kamer, 10 november 1993, *Hand.*, p. 31.

²³⁴ Interpellatie van de heer M. Verwilghen, Kamer, 8 december 1993, *Hand.*, nr. C 25, p. 108.

²³⁵ Vraag van de heer Van Parys van 28 april 1994, *Hand. Kamer*, nr. 39, p. 1637.

²³⁶ Vraag van de heer Van den Eynde van 18 oktober 1994, *Vr. en Antw. Kamer*, 1994-95, p. 15526.

²³⁷ Vraag van de heer Verreycken van 27 oktober 1994, *Hand. Senaat*, p. 118.

²³⁸ Interpellatie van de heer Eerdeken van 7 maart 1991, *Hand.Kamer*, nr. C 62, p. 32.

²³⁹ Interpellatie van de heer Mayeur van 10 maart 1993, *Hand.Kamer*, nr. C 84, p. 45.

²⁴⁰ Vraag van mevrouw Stengers van 27 oktober 1994, *Hand.Kamer*, nr. 2, p. 22.

²⁴¹ Interpellaties van de heren Sleenckx en Van Vaerenbergh van 12 mei 1993, *Hand.Kamer*, nr. C 99, p. 43.

²⁴² Vraag van de heer Erdman van 19 januari 1995, *Hand.Senaat*, p. 1002.

²⁴³ Interpellatie van de heer Mahieu van 11 oktober 1989 betreffende de zaak Beyer, *Hand.Kamer*, nr. C 1, p. 4.

²⁴⁴ Vraag van de heer Mottard van 26 april 1990, *Hand.Kamer*, nr. 45, p. 2129, en vraag van de heer Pataer van 3 maart 1993, *Hand. Senaat*, nr. 67, p. 1999.

²⁴⁵ Vraag van de heer Erdman van 5 juni 1990, *Hand. Senaat*, nr. 76, p. 2072.

²⁴⁶ Vraag van de heer Verreycken van 2 december 1993, *Hand. Senaat*, nr. 16, p. 359.

²⁴⁷ Vraag nr. 675 van de heer Annemans van 24 juni 1994, *Vr. en Antw.Kamer*, 1993-94, p. 12231.

²⁴⁸ Interpellatie van de heer Matagne van 29 maart 1995 betreffende de zaak Härdtner, *Hand.Kamer*, p. 27.

²⁴⁹ Vraag van de heer Vandenbergh van 22 april 1993, *Hand. Sen.*, nr. 81, p. 2341.

²⁵⁰ Vraag van de heer Erdman van 1 december 1994, *Hand.Senaat*, nr. 12, p. 357.

²⁵¹ Vraag van de heer Verreycken van 6 december 1990, *Hand. Senaat*, nr. 21, p. 694, en vraag van de heer Landuyt van 14 juli 1993, *Hand.Kamer*, nr. 77, p. 3417.

²⁵² Vraag van de heer Dewael van 28 oktober 1993, *Hand.Kamer*, nr. 5, p. 127.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

5 MAART 1996

Voorzitter: de h. Melchior

Rapporteurs: de hh. Martens en De Baets

Arbitragehof – Vordering tot schorsing – Schending van gezag van gewijsde

Met toepassing van art. 20, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, kan tot schorsing worden besloten als een beroep is ingesteld tegen een norm die identiek is met een reeds door het Hof vernietigde norm en die door dezelfde wetgever is aangenomen.

Twee bepalingen zijn identiek wanneer zij dezelfde inhoud hebben en dezelfde materie regelen.

Arrest nr. 15/96

IV. In rechte

...

1. De verzoeker baseert zijn vordering tot schorsing uitsluitend op artikel 20, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof. Volgens die bepaling kan tot schorsing worden besloten «als een beroep is ingesteld tegen een norm die identiek is met een reeds door het Arbitragehof vernietigde norm en die door dezelfde wetgever is aangenomen».

Twee bepalingen zijn identiek wanneer zij dezelfde inhoud hebben en dezelfde materie regelen.

2. De verzoeker voert aan dat artikel 43, tweede lid, van het decreet van de Franse Gemeenschap van 5 augustus 1995 houdende de algemene organisatie van het hoger onderwijs in hogescholen, waarvan hij de schorsing vordert, identiek is met de bij het arrest nr. 33/92 van 7 mei 1992 vernietigde bepaling.

Bij dat arrest heeft het Hof, wegens schending van artikel 17, § 5, – thans 24, § 5, – van de Grondwet, artikel 4 van het decreet van de Franse Gemeenschap van 12 juli 1990 tot wijziging van sommige bepalingen van de wetgeving inzake onderwijs vernietigd. De vernietigde bepaling betrof de door de student te betalen inschrijvingsrechten voor een jaar universitaire studie.

De bepaling waarvan de schorsing wordt gevorderd betreft de te betalen inschrijvingsrechten om deel te nemen aan de examens die voor de examencommissies voor het hoger onderwijs in de Franse Gemeenschap worden georganiseerd.

De twee bepalingen kunnen niet als identiek worden beschouwd in de zin van artikel 20, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof.

3. De vordering tot schorsing is dus klaarblijkelijk ongegrond. Bijgevolg kan de zaak zonder verdere rechtspleging worden afgedaan.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 1 MAART 1996

Voorzitter: de h. Rappe

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaten: mrs. Tournicourt en De Bruyn

Inkomstenbelastingen – Aanslagtermijn van vijf jaar – Niet-aangegeven inkomsten – Bewijskrachtige gegevens

Art. 263, § 1, W.I.B. (1964) verbiedt het belastingbestuur niet om, bij de vaststelling van het bedrag van de belastbare inkomsten, zich te baseren op een gegeven dat het, gelet op de feitelijke omstandigheden van de zaak, als bewijskrachtig kan beschouwen, na het in verband te hebben gebracht met andere gegevens waarover het al beschikte.

G. t/ Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest, op 23 maart 1995 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

...

Over het tweede middel (...)

Overwegende dat elk onderdeel van het middel ervan uitgaat dat een gegeven enkel bewijskrachtig kan zijn in de zin van artikel 263, § 1, 4°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964) als het op zich al een aanslag mogelijk maakt, zodat geen andere bewijselementen meer nodig zijn om de inkohiering van de belasting te verantwoorden;

Overwegende dat artikel 263, § 1, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964) het belastingbestuur niet verbiedt om, bij de vaststelling van het bedrag van de belastbare inkomsten, zich te baseren op een gegeven dat het, gelet op de feitelijke omstandigheden van de zaak, als bewijskrachtig kon beschouwen, na het in verband te hebben gebracht met andere gegevens waarover het beschikte;

Dat het arrest, nu het beslist dat «het belastingbestuur na de gevraagde inlichtingen te hebben gekregen, over alle gegevens beschikte om tot zijn overtuiging te komen en de belasting vast te stellen; dat het ter kennis van dat bestuur gekomen gegeven dus in zoverre bewijskrachtig was en het bestuur geen verder onderzoek hoefde te doen; dat niets het belastingbestuur verbiedt het bewijskrachtig gegeven in de zin van artikel 263, § 1, 4°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964) in verband te brengen met andere gegevens waarover het reeds beschikt om de redenering op grond waarvan de belasting kan worden vastgesteld sluitend te maken», niet tegenstrijdig is en geen van de in het middel aangegeven wettelijke bepalingen schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 25 APRIL 1996

Voorzitter-rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Dubrulle

Advocaten: mrs. De Gryse, Van Ommeslaghe en Bützler

Overheidsopdrachten – Te laten uitvoering – Bekendmaking – Doel – Toepassing

Art. 17, A, van het M.B. van 14 oktober 1964 heeft tot doel het bestuur in staat te stellen de werkelijkheid van het aangevoerde feit vast te stellen, de gevolgen ervan te beoordelen en ze in voorkomend geval te verhelpen. De erin bedoelde bekendmaking is niet vereist als ze hierop geen invloed kan hebben.

Vlaams Gewest t/ N.V. De M. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 15 november 1991 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel;

...

Over het tweede middel, (...)

Overwegende dat, krachtens artikel 16, C, van het ministerieel besluit van 14 oktober 1964, de aannemer ertoe gehouden is het bestuur ten spoedigste en schriftelijk in te lichten over de onder A en B van dit artikel bedoelde feiten en omstandigheden en het bondig de invloed te doen kennen die ze zouden kunnen hebben op de goede gang en de kosten van de onderneming; dat, krachtens hetzelfde artikel, de klachten en verzoeken in elk geval niet ontvankelijk zijn indien de aangeklaagde feiten en omstandigheden niet werden bekendgemaakt binnen dertig dagen nadat ze zich hebben voorgedaan of na de datum waarop de aannemer ze normaal had moeten kennen;

Dat die termijn toepasselijk is op een vordering ingesteld op grond van artikel 17, A, van het genoemde ministerieel besluit;

Dat die bepaling tot doel heeft het bestuur in staat te stellen de werkelijkheid van het aangevoerde feit vast te stellen, de gevolgen ervan te beoordelen, en in voorkomend geval, ze te verhelpen; dat die bekendmaking niet vereist is als zij hierop geen invloed kan hebben;

Overwegende dat het arrest eensdeels vaststelt dat er geen twijfel over kan bestaan dat het bestuur de feiten en omstandigheden waarvan sprake, m.n. de weersomstandigheden en de werktijdverkorting, kende, anderdeels, zonder deswege te worden bekritiseerd, oordeelt dat een formele melding van deze feiten voor het bestuur geen enkel nuttig gevolg kon hebben in het licht van de doelstelling van voormeld artikel 16, C; dat het op die gronden beslist dat de niet-naleving van deze meldingsplicht niet tot gevolg heeft dat de op grond van voormeld artikel 17, A, ingestelde vordering niet ontvankelijk is;

Dat het aldus de in het middel aangewezen wetsbepalingen niet schendt;

...

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

13e KAMER – 27 JANUARI 1993

Voorzitter: de h. Winnen

Raadsheren: de hh. Raspé en Mahieu

Openbaar ministerie: de h. Ruys Advocaat: mr. Vandendriesche

Verzekering – Motorrijtuigen – Aanhangwagens

De verplichte verzekering voor motorvoertuigen moet volledig het voertuig viseren, al of niet voorzien van een aanhangwagen.

Een motorvoertuig met aanhangwagen mag derhalve slechts in het verkeer worden gebracht indien het in een rechtsgeldige verzekeringspolis volledig beschreven en geïdentificeerd is. Zowel het motorvoertuig als de aanhangwagen dienen uitdrukkelijk verzekerd te zijn. De omstandigheid dat de verzekeraar het gebrek aan verzekering van de aanhangwagen aan derden niet kan tegenwerpen, neemt niet weg dat beklaagde wegens niet-verzekering kan worden vervolgd krachtens de artt. 1 en 22, § 1, van de wet van 21 november 1989.

V.

Overwegende dat luidens artikel 1 van de wet van 1 juli 1956 van toepassing op het ogenblik van de feiten, een aanhangwagen, al dan niet met een rij- of voertuig verbonden, als een deel van dat voertuig moet worden beschouwd; dat de burgerlijke aansprakelijkheid van zulk een voertuig gedekt is indien er een geldige verzekering voor afgesloten is;

Overwegende dat de af te sluiten verzekering het volledig voertuig dient te viseren, al of niet met een aanhangwagen voorzien; dat een motorvoertuig met een aanhangwagen derhalve slechts in het verkeer op de openbare weg mag worden gebracht indien het als dusdanig volledig verzekerd is en in een rechtsgeldige verzekeringspolis volledig beschreven en geïdentificeerd is; dat de eerste rechter terecht oordeelde dat het gebruik van een dergelijk voertuig zowel voor het motorvoertuig als voor de aanhangwagen het voorwerp dient uit te maken van een aan de wet beantwoordende verzekering;

Overwegende dat zulks te dezen niet het geval is; dat uit het strafdossier is komen vast te staan dat, op het ogenblik der feiten, het voertuig slechts verzekerd was zonder aanhangwagen; dat de verzekering van het voertuig met aanhangwagen slechts aangevraagd werd vanaf 28 november 1986;

Overwegende dat zowel motorvoertuig als aanhangwagen uitdrukkelijk verzekerd dienen te zijn; dat de omstandigheid dat de verzekeraar het gebrek aan verzekering, van de aanhangwagen aan derden niet kan tegenwerpen, gebaseerd is op artikel 11 van de wet van 1 juli 1956 en dus niet wegneemt dat de beklaagde wegens niet-verzekering kan worden vervolgd.

Overwegende dat de feiten thans strafbaar worden gesteld ingevolge de bepalingen van de wet van 21 november 1989, meer bepaalde de artikelen 1 en 22, § 1, van deze wet;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

1e KAMER – 23 MEI 1996

Voorzitter: de h. Mertens

Raadsheren: de hh. De Buck en De Cooman

Advocaten: mrs. Brodcorne en Bekaert

Spel en weddenschap – Wettigheid – Bingo

Een spel kan verboden zijn volgens de regels van het privaatrecht, terwijl het wel toegelaten is door het strafrecht.

Het bingospel is volgens de regels van het privaatrecht onwettig omdat het niet voldoet aan de voorwaarden van art. 1966 B.W.

G. t/ N.V. W.

1. De vraag of de overdracht van schuldvordering (door de N.V. H. aan geïntimeerde op regelmatige wijze aan appellant ter kennis is gebracht of door deze erkend, is voor de oplossing van dit geschil irrelevant evenals het antwoord op de vraag of er al dan niet schuldvernieuwing is ontstaan (cf. infra).

2. Het is uitermate belangrijk er voorafgaandelijk op te wijzen dat een spel verboden kan zijn volgens de regels van het privaatrecht (cf. artt. 1965-1966 B.W.), terwijl het wel toegelaten is door het strafrecht (cf. wet van 24 oktober 1902 op het spel (kansspelen); zie tevens wat betreft de exploitatie van de speelautomaten: K.B. 13 januari 1975, K.B. 25 september 1980 en K.B. 3 juni 1991).

Zoals dikwijls gebeurt, maakt geïntimeerde dit onderscheid *niet* en meent zij, ten onrechte, haar rechtsoverdracht te kunnen baseren op wetsbepalingen uit het strafrecht, waarin de exploitatie van de «BINGO», onder bepaalde voorwaarden, toegelaten wordt.

In het privaatrecht echter, dat in casu dient te worden toegepast, worden alle kansspelen als onwettig aangemerkt behoudens die welke geschikt zijn tot bevordering van de behoudigheid en de geoefendheid van het lichaam wanneer het bedrag niet buitensporig voorkomt (cf. art. 1966 B.W.).

Het bingo-spel is, volgens de regels van het privaatrecht, dan ook onwettig omdat het niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 1966 B.W.

Een dergelijk spelcontract is, volgens privaatrechtelijke normen, nietig omdat het geen gerechtvaardigde economische oorzaak heeft, geen grondslag die waardig is voor juridische bescherming en tevens omdat het een sociaal gevaar uitmaakt.

Het betreft hier geen relatieve maar een absolute nietigheid omdat zij de openbare orde aanbelangt.

Deze absolute nietigheid brengt niet enkel mee dat het contract van spel of weddenschap nietig is maar tevens alle contracten gesloten met het oog op het spel of zijn exploitatie omdat zij aangetast zijn door een onwettige extrinsieke oorzaak doordat de partijen een onwettig doel, nl. de exploitatie van een verboden spel, beogen (cf. De Page, *Traité*, II, nr. 475, B; De Page, *Traité*, V, nr. 300, A en B).

Het gesloten verhuuringscontract i.v.m. een bingo is derhalve nietig omdat het strijdig is met de openbare orde en met de goede zeden (wat dit laatste betreft: cf. De Page, *Traité*, V, nr. 297).

3. De absolute nietigheid van de aanvankelijke overeenkomst brengt mee dat zij geacht dient te worden nooit te hebben bestaan zodat zij geen rechtsgeldige basis kan vormen voor een overdracht van schuldvordering of voor novatie.

Gelet op het voorafgaande is de oorspronkelijke overdracht van geïntimeerde ongegrond.

BOEKEN

S. VAN DER MERWE, L.F. HUYSTEEN, M.F.B. REINECKE, G.F. LUBBE EN J.G. LOTZ, **Kontraktereg, algemene beginsels**, Kenwyn, Juta en Kie, 1994, 410 pp.

Dit boek, dat tevens in het Engels is uitgegeven onder de titel «Contracts - General principles», is het resultaat van de samenwerking tussen verscheidene professoren contractenrecht van diverse Zuid-Afrikaanse rechtsfaculteiten (namelijk Universiteit Stellenbosch, Randafrikaanse Universiteit, Universiteit van West Kaapland en UNISA). Het is in de eerste plaats bedoeld als handboek naar studenten toe en omvat een systematisch overzicht van wat hier doorgaans onder de noemer «verbintenissen uit contract» valt.

Het Zuid-Afrikaans contractenrecht is geïnspireerd op het Rooms-Hollands recht enerzijds en de Engelse Common law anderzijds. Dit resulteert in een op precedënten gebaseerd recht waar, gelet op de nauwelijks voorhanden zijnde formele wetgeving (bv. de Wet op Kredietovereenkomsten 75 van 1980, de Verjaringswet 68 van 1969), de rechtspraak primeert als bron van recht. De Rooms-Hollandse traditie manifesteert zich o.m. in de talrijke verwijzingen naar en interpretaties van teksten uit de Digesten van Justinianus, alsook de geschriften van auteurs als Voet en De Groot.

De eerste acht hoofdstukken worden gewijd aan de uiteenzetting van cruciale begrippen als wilsovereenstemming, aanbod, wilsgebreken, vormvereisten, overmacht en geoorloofdeheid. Zonder afbreuk te doen aan de pedagogische kwaliteiten, gebeurt dit nogal omstandig zonder tegelijk ook echt diepgaand te zijn. In hoofdstuk 9 komt het werk dan echt op gang met een analyse van de inhoud en de werking van het contract. Bijzondere aandacht gaat daarbij uit naar de bewijs- en interpretatieregels inzake contracten. Hoofdstuk 10 en 11 omvatten een beschrijving van de diverse types contractbreuk («positieve en negatieve wanprestatie», «repudiëring», d.i. nagenoeg gelijk te stellen met de eenzijdige ongeoorloofde contractbeëindiging naar Belgisch recht, en «onmoontlikmaking», d.i. het gebrek aan medewerking bij de uitvoering van het contract naar Belgisch recht) met hun respectieve sancties («remedies»). Ten slotte wordt in de twee laatste hoofdstukken uitvoerig ingegaan op de leerstukken van de cessie en het tenietgaan van verbintenissen.

Bij wijze van besluit kan gesteld worden dat dit boek een compleet overzicht biedt van het Zuid-Afrikaanse algemeen contractenrecht. Daarbij is het, zowel in de tekst als in de voetnoten, rijkelijk gestoffeerd met belangrijke overwegingen uit en verwijzingen naar de relevante gezaghebbende rechtspraak. Praktisch is verder ook dat een alfabetische lijst van de gebruikte «Hofsake» (35 blz.), met verwijzing naar de plaats van publicatie, vooraan in het boek werd aangebracht. Anderzijds is het werk wel eerder beschrijvend van aard en zelden kritisch t.a.v. het bestaande recht. In meer betwiste aangelegenheden beperken de auteurs zich veelal tot het naast elkaar stellen van de diverse standpunten, zonder zelf hun voorkeur te motiveren, behalve dan in hoofdstuk 12 i.v.m. de cessie.

Wie echter beoogt kennis te maken met het geldende Zuid-Afrikaans contractenrecht, zal in dit boek een uitstekende gids vinden.

Koen Van Raemdonck

F. DELPÉRIÉE, A. RASSON-ROLAND en M. VERDUSSEN, (red.), *Regards croisés sur la Cour d'Arbitrage*, Brussel, Bruylant, 1995, 364 pp.

Dit boek bundelt de bijdragen tot het Colloquium dat op 7 april 1995 plaats had te Brussel naar aanleiding van het tienjarig bestaan van het Arbitragehof. De organisatoren onder de leiding van F. Delperée hadden een interessante formule bedacht. De «kijk op het Arbitragehof» wordt geschetst vanuit 15 verschillende gezichtspunten: die van de grondwetgever (F. Tulkens), de Wetgevende Kamers (H. Simonart en D. Renders), de Gemeenschaps- en Gewestraden (V. Bartholomé en B. Renaud), de Regeringen (P. Van Orshoven), de Raad van State (R. Andersen, P. Nihoul en S. Dupré) de rechterlijke macht (J. van Compernelle), de internationale en Europese rechter (R. Ergéc), de burger (X. Delgrange), de onderneming (G. Keutgen en C. Darville-Finet), de advocaat (M. Verdussen), de student in de rechten (D. De Bruyn), de media (F. Jongen) en het buitenland (L. Favoreu). Niet de omgang van het Arbitragehof met de Grondwet en de eigen organieke bijzondere wet van 6 januari 1989 staat hier centraal, maar wel de omgang van de diverse overheden en de samenleving in het algemeen met het Arbitragehof. Dat levert tal van boeiende perspectieven op. Zo lijken de wetgevende vergaderingen weinig met het Hof te maken te hebben: hun voorzitters maken nauwelijks gebruik van hun bevoegdheid om een beroep tot vernietiging in te dienen (pp. 39 e.v., en pp. 83 e.v.), en uit nieuwe wetgevende initiatieven blijkt dat de wetgevers vaak de rechtspraak van het Hof niet kennen. De Raad van State, afdeling Wetgeving, moet hen er voortdurend op attenderen. De Raad van State zelf lijkt het wel moeilijk te hebben om op deze rechtspraak te anticiperen. Merkwaardig is bv. dat van de drieëntwintig ongrondwettige wetten die het Hof in de periode 1993-94 bestraftte in zijn arresten, er slechts twee vooraf in de fase van het voorontwerp of het voorstel ook reeds op een negatief advies van de Raad van State, afdeling Wetgeving, waren gestuit. Een onderzoek van het Centrum Grondslagen van het Recht (UFSIA) over de gehele rechtspraak van het Hof, waarvan de resultaten eerlang zullen worden gepubliceerd, wijst in dezelfde richting. De stelling van Simonart dat dit «rien d'incompréhensible» heeft (p. 64), is o.i. niet overtuigend. In twintig van de drieëntwintig gevallen bracht de Raad van State een advies uit, slechts in twee daarvan detecteerde de Raad de ongrondwettigheid die het Arbitragehof later zou veroordelen. Wijst dit op de «relativiteit» van een ongrondwettigheidsoordeel? Is het grondwettigheidstoezicht van de Raad van State, door zijn globale beoordeling en door de tijdsdruk waaronder hij vaak moet werken, minder diepgaand dan dat van het Arbitragehof? Verder onderzoek is hier raadzaam.

Voor de practicus zijn vooral de bijdragen van Andersen, Van Compernelle en Van Orshoven uitermate nuttig. Dat geldt zeker voor de analyse van de talrijke arresten waarin de Raad van State er, ondanks de (al te) stringente wettelijke verplichting om de prejudiciële vraag te stellen, toch in slaagt om herhaaldelijk die vraag te ontwijken of te weigeren ze te stellen (pp. 169 tot 174), voor het onderzoek van de rechtspraak van de Raad m.b.t. de weerslag van een arrest van het Arbitragehof op hangende of toekomstige gedingen voor de Raad (pp. 177-189), en voor de schets van de soms moeilijke interactie tussen de rechter a quo die de vraag stelt en de rechter ad quem, het Arbitragehof, dat ze beantwoordt (pp. 197-203). In de bijdrage van Ergéc (pp. 205-227) staat de uitermate moeilijke vraag centraal naar de te volgen weg wanneer de grieven die men tegen een wet, decreet, of ordonnantie aanvoert, zowel binnen de bevoegdheidssfeer van het Arbitragehof, als van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen vallen.

Door de verschillende bijdragen heen komt ook de rechtspraak van het Arbitragehof zelf voortdurend aan bod. Zo bespreekt X. Delgrange in zijn bijdrage de ruime interpretatie van het begrip «belang» door het Hof. Hij toont aan (p. 243) dat die rechtspraak echter niet altijd even coherent is, (bv. de arresten i.v.m. het belang van een kiezer om de vernietiging van de Europese zetelverdeling resp. de vernietiging van de toekenning van het gemeentelijk stemrecht aan vreemdelingen te vragen, in het licht van het «gewicht» van diens stem). Volgens Delgrange weert het Hof soms via een restrictieve interpretatie van het «belang» al te delicate verzoekschriften af. Hij pleit er daarom voor niet langer een individueel belang te vereisen. Dat lijkt ons wel een extreme oplossing. Tot wat een toevloed van zaken zal dit immers leiden? Een ander punt dat Delgrange aan-

raakt is dat de minderbegoede klassen van de bevolking de weg naar het Arbitragehof minder gemakkelijk inslaan. Het betreft hier uiteraard een algemeen probleem. Het aanvaarden van het collectief belang bij allerlei organisaties, kan dat verhelpen.

Uit de bijdrage van Keutgen en Darville-Finet blijkt dat rechtspersonen – vennootschappen, V.Z.W.'s, beroepsverenigingen enz. – de weg naar het Arbitragehof wel vaak inslaan. Volgens deze auteurs verwachten de ondernemingen van het Hof de bescherming van de economische en monetaire eenheid en van de rechtszekerheid (pp. 260-262).

Marc Verdussen belicht in zijn bijdrage de rol van de advocaat voor het Arbitragehof. Hij noemt het terecht «stupéfiant» dat het K.B. over de rechtsbijstand bij het Hof nog steeds niet is uitgevaardigd (p. 274) en signaleert verder een aantal praktische problemen die de advocaat aantreft in de rechtspleging voor het Hof (schriftelijk karakter van de schorsingsprocedures, korte termijnen enz.). In zijn beschrijving van de attitude van de advocaat t.a.v. het Hof valt op dat hij het heeft over de afwezigheid van een «constitutionele reflex» bij vele leden van de balie. Wellicht zal dat bij een volgende generatie juristen minder het geval zijn, naarmate, zoals studente D. De Bruyne in haar bijdrage onderstreept, de «constitutionnalisering» van de verschillende rechtstakken zich steeds meer doorzet in het onderwijs, wat zich o.m. zou moeten uiten in een veralgemeende aandacht voor de rechtspraak van het Arbitragehof in de verschillende rechtsvakken. Ook het belang van de rechtsleer – onderwerp van de bijdrage van Scholsem – is daarbij moeilijk te onderschatten. In zijn bijdrage over «La Cour d'Arbitrage et les médias» belicht F. Jongen niet alleen de rechtspraak van het Hof m.b.t. de media (de bevoegdheidsverdeling inzake handelreclame, regeringsmededelingen, technische aspecten van de omroep en recht van antwoord (pp. 310-316) en de gelijkheid inzake vrije radio's en geschreven pers (316319), maar hij gaat ook kort in op de relatie van de media tot het Hof, waarbij het gebrek of zelfs het gebrek aan een degelijk «communicatiebeleid» van het Hof wordt gehekeld (pp. 320-322). De blik vanuit het buitenland wordt geworpen door L. Favoreu, die in Aix-en-Provence een onderzoeksgroep over constitutionele rechtsbedeling leidt en die t.a.v. het Belgische Arbitragehof opmerkt dat het niet volgens een voorafbestaand model is ontworpen doch «de manière empirique, en tenant compte des nécessités et des particularités du système politique et juridique belge». Het valt Favoreu op dat de paritaire structuur (N-F) van het Hof de coherentie van de rechtspraak niet verstoort, wat inderdaad als een uitermate belangrijke verdienste van de rechters van het Hof mag worden beschouwd.

Het moge duidelijk zijn: de verschillende gezichtspunten in dit boek, de «regards croisés», leveren een schat aan interessante inzichten en uiterst nuttige informatie op voor al wie met het Arbitragehof te maken heeft.

Jan Velaers

MEDEDELINGEN

Studienamiddag: Europese IPR-Verdragen

Op 17 en 24 januari 1997 organiseert het Instituut voor Internationaal Handelsrecht van K.U. Leuven twee studienamiddagen over Europese IPR-Verdragen. Het EEX- en het EVEX-Verdrag inzake Rechterlijke Bevoegdheid en Tenuitvoerlegging - Het Europees Overeenkomstenverdrag.

Spreekers zijn: M. Tuintjer-Tebbers, H. Van Houtte, J. Eraux, M. Pertegas Gender, K. Broeckx, I. Couwenberg, C. Engels, J. Stuyck en H. Cousy - C. Van Schoubroeck.

Het referatenboek zal tijdens de studienamiddagen ter beschikking zijn en is tevens, vanaf 15 januari 1997, te verkrijgen bij Acco, Tiensestraat 134, Leuven.

Wie inschrijft voor de twee namiddagen betaalt 6.000 BEF. Wie inschrijft voor één studienamiddag betaalt 4.000 BEF, (referatenboek inbegrepen).

Storten op rekening nr. 431-0370001-13 met vermelding 735250/6/E02/3620/121111.

Meer informatie: V. Verbist, tel. 016/32.51.30, fax 016/32.54.64.

De Vakgroep Sociaal Recht van de Universiteit Gent & ASSOCIARE
organiseren in het kader van de
CYCLUS VOOR PRAKTIJKVORMING EN STUDIE, CYPRES genaamd,
een studieavond rond het thema

"Loonmatiging. De preventieve matiging van de loonkostenontwikkeling door de wet van 26 juli 1996"

Programma

1. *Het vastleggen van de beschikbare loonmarge voor loonkostenontwikkeling.*
(Prof. Dr. P. Humblet, docent Universiteit Gent)
2. *Concrete inhoudelijke draagwijdte, Begrippenkader en wettelijke uitzonderingen.*
(Marc De Vos, aspirant-FWO Universiteit Gent)
3. *Naleving en sanctieregeling.*
(Prof. dr. Willy van Eeckhoutte, hoogleraar Universiteit Gent, voorzitter van de
Vakgroep Sociaal Recht, advocaat)

De studieavond heeft plaats op dinsdagavond 21 januari 1997, van 17.00 tot 19.00 uur in lokaal 1 (1ste verdieping), Paddenhoek 3, te bereiken via de parking Faculteit van de Rechtsgeleerdheid, Universiteitstraat 4, 9000 Gent.

De deelnameprijs, inclusief documentatie, bedraagt

- 500 BF voor leden (ASSOCIARE) en
- 750 BF voor niet-leden

te storten op rekeningnummer 448-0075791-35 van ASSOCIARE, Universiteitstraat 4, 9000 Gent, met vermelding van CYPRES 1997/1.

Inschrijving gebeurt door het terugsturen van een inschrijvingsformulier en storting van het verschuldigde bedrag.

Omdat de klemtoon ligt op interactie tussen de deelnemers en het panel, is het aantal deelnemers beperkt.

Inschrijvingsformulieren en inlichtingen:

Vakgroep Sociaal Recht, mevr. Cl. Van Poucke, Universiteitstraat 4, 9000 Gent,
☎ 09/264.68.43 – fax 09/264.69.94 – e-mail: Claudine.VanPoucke@rug.ac.be.

VERSCHENEN

BASISWETTEKSTEN INZAKE HET RECHT VAN DE INTELLECTUELE EIGENDOM

Hendrik VANHEES

ISBN 90-5095-002-7 – Omvang: 528 pag. – Prijs: 895,-BF

In dit wetboek worden een groot aantal basiswetteksten op het gebied van de intellectuele eigendom samengebracht (auteursrecht, octrooirecht, merkenrecht, tekeningen- en modellenrecht, de bescherming van topografieën van halfgeleiders, kwekersrecht, de bestrijding van namaak). Zowel internationale overeenkomsten (o.a. het TRIPS-akkoord, het Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom, de conventie van Bern voor de bescherming van letterkundige en kunstwerken) als Europese wetteksten (o.a. de verordening inzake het Gemeenschapsmerk, de richtlijn databanken) en Belgische wetgeving (o.a. de auteurswet, de octrooiwet, de Benelux Merkenwet, de Benelux Tekeningen- en modellenwet) werden opgenomen.

De materie is bijgewerkt tot 30 september 1996.

INTERSENTIA Uitgevers NV
Antwerpen - Groningen

Volhardingstraat 27 – 2020 Antwerpen
☎ 03/248.74.54 – Fax 03/248.83.82

VERSCHENEN

DE HERVORMING VAN HET VOORONDERZOEK IN STRAFZAKEN

Moet het gerechtelijk onderzoek in zijn huidige vorm gehandhaafd blijven?

Bart DE SMET

ISBN 90-5095-001-9 – Omvang: ca. 480 pag. – Prijs: 3.450,-BF

De hervorming van het strafrechtelijk vooronderzoek, een thema dat lang in de academische sfeer bleef hangen, is momenteel niet meer uit de actualiteit weg te denken. Steeds meer groeit het besef dat de diverse schakels van de strafvorderlijke keten niet optimaal zijn afgestemd en dat de strafvordering dringend structurele aanpassingen behoeft. Meermaals werd gepoogd de strafvordering te moderniseren, doch telkens ontbrak consensus over de opzet en de omkadering van het proces.

Het struikelblok op weg naar hervormingen blijkt vooral de rol van de onderzoekrechter te zijn. Terwijl sommigen het noodzakelijk achten de onderzoeksrechter als leider van het onderzoek te handhaven, pleiten anderen voor een geheel nieuwe structuur waarin de politie onder de controle staat van een rechter van het onderzoek. Deze magistraat zou dan niet meer gelast zijn met de leiding van een aantal dossiers, maar zou slechts mogen optreden als een partij hem daartoe uitdrukkelijk verzoekt.

In dit boek geeft Dr. Bart De Smet een overzicht van de argumenten pro en contra het gerechtelijk onderzoek en gaat hij na of deze onderzoeksvorm nodig is om een efficiënte en evenwichtige rechtshandhaving tot stand te brengen.

INTERSENTIA Uitgevers NV
Antwerpen - Groningen

Volhardingstraat 27 – 2020 Antwerpen
☎ 03/248.74.54 – Fax 03/248.83.82