

De polyfonie van de democratische rechtsstaat¹

Verschenen als

GUTWIRTH, S., ‘De polyfonie van de democratische rechtsstaat’ in *Wantrouwen en onbehagen*, ELCHARDUS, M., (red.), Balans 14, Brussels, VUBPress, 1998, 137-193.

Gelieve alleen naar de gepubliceerde versie te verwijzen

I. Justitie in opspraak

I.1. De storm van kritiek

Het verhaal is ondertussen genoegzaam gekend. De zaken van de vermiste, verkrachte en vermoorde meisjes hebben de laatste jaren ongemeen veel stof doen opwaaien. Naast de politici en het politiek systeem werden eerst en vooral het gerecht, de politiediensten en het penitentiair beleid het mikpunt van scherpe kritiek. Dat heeft echter niet zozeer te maken met de ondraaglijke confrontatie met het meedogenloos misbruik van kinderen dan wel met de talloze fouten en blunders die het gerechtelijk apparaat terzake heeft opgestapeld, soms met dramatische gevolgen. De onachtzaamheid en het klaarblijkelijke onvermogen van de Belgische instellingen hebben dan ook een diepe verontwaardiging en een storm van protest losgeweekt die in zichtbaarheid culmineerde in de ‘witte mars’ van 20 oktober 1996. Ongeveer anderhalf jaar later zou de korte ontsnapping van ‘s werelds bekendste verdachte, niettegenstaande het daarop onmiddellijk volgende offer van twee spilministers uit de regering, de apotheose van de onkunde van justitie belichamen en uiteraard nog koren op de molen van de kritiek en het scepticisme brengen. Dat was pas ‘une histoire belge’, zou men in Frankrijk grinniken.

Tegen de geuite onvrede, de omvang van het ongenoegen en de enorme maatschappelijke druk bleken de gebruikelijke pacificerende kanalen en conflictoplossende methodes van de Belgische politiek niet opgewassen. Hierop waren de beleidsverantwoordelijken duidelijk niet voorzien; zoiets trad buiten de oevers van de automatismen verbonden aan de klassieke breuklijnen en de verzuiling van de Belgische politiek². Op een uitzondering na (“er is toch al een partij van de burger !”) probeerden de gevestigde partijen uit angst voor een sterke terugslag niet op de beweging te gaan drijven om ze politiek te recupereren. Zij hulden zich in een zeer ongebruikelijke terughoudendheid. Wellicht kon de koning juist daarom als ‘neutrale’ en bezorgde volkshuisvader

¹ Deze bijdrage is mede gebaseerd op een redactioneel van *Recht en kritiek* dat in samenwerking met Koen Raes en David Roef werd geschreven, met name : GUTWIRTH, S., RAES, K. & ROEF, D., 'Redactioneel. België : een rechtsstaat met vormgebreken. Een proeve tot interpretatie van de Belgische rechtsstaat en van de tendenzen tot zijn instrumentalisering', *Recht en kritiek*, 1997/1, 3-15. Sommige ideeën en verwoordingen uit deze bijdrage zijn dan ook schatplichtig aan de genoemde collega's.

² HUYSE, L., *De lange weg naar Neufchâteau*, Leuven, Van Halewyck, 1996, 21 en STOUTHUYSEN, P., “De nieuwe burger en de crisis van de oude politiek” in ELIAERTS, C. (red.), *Kritische reflecties omtrent de zaak Dutroux*, Balans 10, Brussel, VUBPress, 55-56.

ten tonele verschijnen (of werd hij als dusdanig opgevoerd?). Ook de klassieke drukkingsgroepen en intermediaire structuren hadden de golf niet zien aankomen en leken wel verstand³. Maar toch zou de beweging op wat langere termijn zichtbaar effect hebben. Er kwam een (rechtstreeks uitgezonden) parlementaire onderzoekscommissie over de zaak Dutroux en vandaag de dag staan wel degelijk op ‘octopusoverleg’ (achtpartijenoverleg) gebaseerde hervormingen van politie en justitie op til.

1.2. Verklarende factoren

Het schokkende en aanstootgevende gehalte van de zaken van de vermiste en vermoorde meisjes verklaart geenszins waarom zij geen banale fait-divers zijn gebleven maar integendeel zijn uitgekristalliseerd tot een massaal protest dat vooral het rechtssysteem virulent en restloos onder vuur nam⁴. Bij deze ontwikkeling spelen een aantal andere factoren een rol.

In de eerste plaats is er niet aflatende ijver en het doorzettingsvermogen waarmee de betrokken ouders - gesteund door aanverwante slachtoffersverenigingen - zich hebben georganiseerd teneinde de instellingen het vuur aan de schenen te leggen en de publieke opinie te sensibiliseren en te mobiliseren. Hun succes hangt evenwel niet in het ijl. Het spoort ondubbelzinnig met een almaar groeiende en internationaal verspreide kritiek tegen het republikeinse model van het strafrecht zoals dat in de Latijnse landen aan de orde is. Het misdrijf wordt er vooral ervaren als een aanslag tegen de rechtsorde, terwijl het slachtoffer consequent op de achtergrond van de penale scène wordt verdrongen. Opsporingen, onderzoek, vervolging, berechting en uitspraak zijn - behalve wat betreft de niet onbelangrijke mogelijkheid tot burgerlijkepartijstelling - ‘inquisitoriale’ aangelegenheden die volledig in handen liggen van vertegenwoordigers van de staatsmacht (m.n. het Openbaar Ministerie en de rechters). Zulk strafrecht is uiteraard ingebed in een systeem dat eigenrichting of wraak wil vermijden, gelijkheid tussen de partijen wil verzekeren en, last but not least, het monopolie van het wettig geweld bij de staat heeft gelegd. Maar er zijn wel degelijk slachtoffers van vlees en bloed en steeds groter wordt het aantal dat geen genoegdoening meer vindt in het rechtssysteem zoals het nu werkt. Steeds groter wordt meteen ook de politieke betekenis van hun claims⁵. Dat leidt tot ingrepen die de rol van slachtoffers in het strafproces moeten vergroten⁶.

³ Hierover zie o.m. FOQUE, R., “Rechtsstatelijke evenwichten in de trias politica. De actuele betekenis van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht”, *Vigiles - Tijdschrift voor politierecht*, 1996/4, 1; HUYSE, L., o.c., 30 et seq. en STOUTHUYSEN, P., l.c., 51-76.

⁴ Een bepaalde bedenkelijke pers staat al sinds mensenheugnis bol van verhalen die in gruwelijkheid en dubbelzinnigheid tegen heel wat kunnen opbieden. Doch in de regel blijft de aandacht ervoor relatief beperkt en alleszins discreet. Rijst dan de vraag hoe het mogelijk is geworden dat de zaak Dutroux zo’n buitensporige aandacht heeft getrokken. Dezelfde vragen worden door Garapon, aan het begin van zijn boek, gesteld over de Franse ‘affaire du petit Gregory’ en de Amerikaanse O.J. Simson zaak; GARAPON, A., *Le gardien des promesses. Justice et démocratie* (Préface de Paul Ricoeur), Paris, Odile Jacob, 1996, 19.

⁵ Cf. RINGELHEIM, F., *Amour sacré de la justice ... A la recherche d’une introuvable*, Quartier libre, Bruxelles, Labor, 1998, 36. Voor Franse literatuur terzake zie o.m. : GARAPON, A. & SALAS, D., *La République pénalisée*, Paris, Hachette, 1996, 16 et seq. Wat betreft Nederlandse literatuur zie o.m. : BOUTELLIER, H., *Solidariteit en slachtofferschap*, Nijmegen, SUN, 1993, 251 p.; ‘t HART, A.C., *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 280 et seq. en HILDEBRANDT, M., “Slachtofferschap en legitimatie van het strafrecht”, *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1998/1, 39-54

⁶

Natuurlijk moet hier worden verwezen naar de hervormingen die worden voorgesteld door de Commissie Franchimont. Hierin verkrijgt het slachtoffer meer middelen om het strafprocesrechtelijke gebeuren te beïnvloeden. Cf. DE SMET, B., “De justitie in de steigers. Beschouwingen over het ontwerp Franchimont als steunpijler van een moderne

In de tweede plaats moet uiteraard melding worden gemaakt dat de zaken van de vermiste en vermoorde meisjes plaats nemen in een te lange reeks onopgehelderde misdrijven in België : de moordpartijen van de ‘bende van Nijvel’ die in 1985-86 28 slachtoffers hebben gemaakt; de moord op André Cools waarvan men nog altijd niet blijkt te weten wie er achter zat; de moord op de vleeskeurder Karel Van Noppen; ... Ook zijn er de talrijke corruptieschandalen (Agusta, UNISOP, Dassault, ...) die geleid hebben tot de politieke ‘val’ en inbeschuldigingstelling van een reeks kopstukken van de Belgische politiek. Die hebben zich samen met hun companen niet zelden ‘verdedigd’ door de gerechtelijke instanties in een verdacht daglicht te plaatsen en ze te beschuldigen van schending van de rechten van de verdediging, partijdigheid, politieke manoeuvres en complotten, wat in het lang en in het breed, in real-time, door de media werd verspreid. Toch moet vooralsnog worden vastgesteld dat - ook na de behandeling van de dossiers door het parlement - daarvoor geen harde aanwijzingen bestaan⁷.

In de derde plaats moet worden gezegd dat het wantrouwen van de Belgische burger voor het gerechtelijk apparaat geen nieuw feit is, maar reeds sinds lang is ingeworteld⁸. Voor hevige protest was een sluimerende basis al gelegd. Het Belgische gerecht wordt niet als het geweten van de natie (h)erkend. Gedurende de 19de eeuw hebben de Belgische hoven en rechtbanken zich ten aanzien van de arbeidersklasse en zijn emancipatiestrijd steeds als een conservatieve, repressieve en disciplinerende kracht geprofileerd. Toen was er wel degelijk sprake van een klassejustitie, die gericht was op het handhaven van de machtspositie en voorrechten van de kapitaalsburgerij⁹. De aanwezigheid van lekenrechters in de arbeidsgerechten, alsook de weigering van de vakbonden om zich als rechtspersonen te organiseren getuigen vandaag nog van het wantrouwen van de arbeidersbeweging voor de rechtspraak. Ook de trage, schoorvoetende en soms tegengewerkte vernederlandsing van het gerecht is zeker een doorn in het oog van talrijke Belgen geweest. Daarbij komt nog dat er (op de initiatieven van de wetswinkeliers van de jaren 60-70 na) in België geen doeltreffend werk is gemaakt van de organisatie van goedkope rechtshulp en drempelverlaging naar de rechtbanken toe. Dat is altijd tegengewerkt door de advocatuur (die vooral geïnteresseerd blijkt in lucratieve zaken) en de magistratuur. Maar ook de politiek vond dit maar een te kostelijke aangelegenheid. Het bestaan van een slecht functionerend pro-deo stelsel heeft de ongelijkheden op het vlak van rechtstoegang niet weggenomen maar gevoed. De daardoor ontstane ‘standenjustitie’ heeft dan ook bij velen terecht het gevoel losgeweekt dat justitie beter werkt als men sluwe advocaten kan betalen, ‘mensen kent’ en dezelfde taal- en sociale vaardigheden als de mensen van het recht beheerst. De ervaring van dit soort sociale ongelijkheid staat centraal in de algemene fustigatie van justitie¹⁰. Ongetwijfeld wordt zulks nog verscherpt door de zelfgenoegzame, wereldvreemde en hautaine houding die beduidende delen van de magistratuur en de advocatuur

gerechtelijke constructie”, *Panopticon*, 1997, 209- 220 en “La réforme ‘Franchimont’. Commentaire de la loi du 12 mars 1998 relative à l’amélioration de la procédure pénale au stade de l’information et de l’instruction”, *Journal des Tribunaux*, 1998, 417-449. Kritisch over de evolutie in de richting van een slachtoffergericht strafrecht zijn GARAPON, A. & SALAS, D., *o.c.*, 22 : “L’Etat ne se substitue plus au victimes mais s’identifie à elles. Le mouvement historique est inversé : ce n’est plus tant la loi commune qui est blessée que le corps meurtri de la victime. Si auparavant on faisait de chaque préjudice privé une affaire d’Etat, à présent l’Etat se justifie en se mettant au service des souffrances privées”. Ook kritisch ten aanzien van deze evolutie : RINGELHEIM, F. *o.c.*, 8, 36.

⁷

Cf. RINGELHEIM, F., *o.c.*, 43.

⁸

Cf. RAES, K., “Justitie : meer stand dan bijstand ?”, *Samenleving en politiek*, 1996/8, 1-2.

⁹

HUYSE, L. & SABBE, H., *De mensen van het recht*, Leuven, Van Halewyck, 1997, 232 en RINGELHEIM, F., *o.c.*, 17-18.

¹⁰

Ibid., 232-233.

zich maar al te dikwijls hebben aangematigd en nu ook dreigen aan te nemen ten aanzien van de kritiek¹¹.

De steeds maar groeiende ondoorzichtigheid en omvang van het Belgische rechtssysteem verschaft een vierde voedingsbodem voor het algemene ongenoegen dat het oogst. De opeenvolgende staatsvormingen hebben een bijzonder ondoorzichtig en ingewikkeld kluwen van instellingen en bevoegdheidsverdelingen in het leven geroepen waarin zelfs menig specialist wordt geconfronteerd met acute oriëntatieproblemen. Bovendien blijkt dat de opgezette bestuursstructuren al eens durven leiden tot onbestuurbaarheid, zoals dat voor Brussel het geval is. Overigens stijgt in het algemeen de hoeveelheid regelgeving exponentieel, wat zeker een gevolg is van de complexificatie van de samenleving die steeds nieuwe aandachtspunten en problemen genereert. Bij de kwaliteit van die wetgeving kunnen evenwel vraagtekens worden geplaatst : coherentie, overzichtelijkheid en aansluiting bij algemene rechtsbeginselen zijn in de regel ver te zoeken, nieuwe wetten zijn dikwijls fragmentair, incidenteel of louter op *ad hoc* basis gemaakt, heel wat wetten zijn volledig afhankelijk van de invulling die eraan wordt of zou moeten worden gegeven door secundaire wetgeving, enzoverder¹². Voor de burgers is het bijzonder moeilijk om in dit rommelige kluwen - in deze normexplosie - een waardevol maatschappijproject, laat staan 'hun' rechtsstaat te (h)erkennen¹³. Eerder overweegt de indruk dat deze onoverzichtelijkheid alleen maar het resultaat is van instrumentalistische belangenstrategieën en compromissen tussen de politieke zuilen van het land. Veel meer dan een rechtsstaat wordt België dan ook ervaren als een verzuilde staat die te kort schiet in termen van onpartijdigheid en algemeen belang¹⁴. Daarbij is tevens een sterke vermenigvuldiging van het aantal haarden van wetgeving zichtbaar, zowel infra- als internationaal. Op internationaal niveau ontstaat overigens steeds meer in België rechtstreeks toepasselijk recht (bv. het E.V.R.M.¹⁵ en het Europees gemeenschapsrecht), terwijl talrijke verdragen en richtlijnen uitgaande van internationale instellingen een sturende rol spelen wat betreft het nationale wetgevingsproces. Op infranationaal niveau wordt bovendien wetgeving geproduceerd niet alleen door de gewestelijke en gemeenschappelijke vertegenwoordigende organen, maar ook door de verschillende regeringen en ministers ('secundaire wetgeving'), door sociale overlegstructuren, door gedecentraliseerde instellingen (provincies, gemeenten) en door de ambtenarij zelf ('quasi' of 'pseudo'-wetgeving)¹⁶. Veeleer dan van één gesloten rechtsorde is er sprake van veelheid, complexiteit en heterogeniteit van concurrerende rechtsordes¹⁷.

Naast de groei van de wetgeving speelt in de vijfde plaats ook de aanhoudende stijging van het aantal ingeleide juridische procedures en de case-load van de rechters een rol. Steeds meer wordt er beroep gedaan op de rechter, steeds meer situaties uit het alledaagse leven worden gedefinieerd in

¹¹

Cf. EVERS, F., "Het geschokte vertrouwen. Waarom verliest ons gerecht zoveel aanzien", *Samenleving en politiek*, 1996/2, 4 en RINGELHEIM, F., *o.c.*, 18 ('la suffisance d'une magistrature conservatrice').

¹²

Cf. ADAM, M., "Het ongemakkelijke huwelijk tussen recht en politiek. Een essay over de rechter als evenwichtskunstenaar", *R.W.*, 1996-97, 1210.

¹³

Cf. RAES, K., *Tegen betere wetten in. Een ethische kijk op het recht*, Gent Academia Press, 1997, 9-10.

¹⁴

Cf. *Ibid.*, 16-17.

¹⁵

E.V.R.M. : Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden van 4 november 1950 (Rome), goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955, *B.S.*, 19 augustus 1955, 5028; met Nederlandse vertaling van het E.V.R.M. op 5039-5045.

¹⁶

Cf. HUYSE, L. & SABBE, H., *o.c.*, 36 et seq.

¹⁷

RIGAUX, F., *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1998, 15 et seq. Deze auteur spreekt van een 'guerre des normes'.

juridische termen, steeds groter wordt de vraag naar juridische dienstverlening¹⁸. Tegenover deze stijgende vraag bleek het gerechtelijk apparaat kwantitatief, noch kwalitatief opgewassen. De gigantische gerechtelijke achterstand spreekt hierover boekdelen, maar ook de verstarde en wereldvreemde manier van werken en communiceren van gerechtelijke actoren met rechtszoekenden zijn hiervoor illustratief. Zowel de personeelsbezetting als de infrastructuur (gebouwen, informatica, bibliotheken, ...) van de hoven en rechtbanken zijn van een flagrante ontoereikendheid¹⁹. Niet zelden verworpen ingeleide claims tot kostelijke en langdurige procedureslagen waarin de rechtszoekende zijn zaak niet meer herkent. Heel wat rechtszoekenden komen dan ook zwaar gefrustreerd en met littekens uit hun contacten met justitie en dat laat diepe sporen na. Die frustratie is overigens des te groter tegen de achtergrond van de steeds belangrijker en zichtbaar wordende rol van justitie als ‘externe macht’ - ja, zelfs als tegenmacht - tegenover de, doorheen de politieke partijen, te zeer met elkaar verweven en steeds meer gewantrouwe wetgevende en uitvoerende machten²⁰. De ‘derde macht’ heeft het laatste decennium in zowat alle Europese landen, naar aanleiding van talrijke corruptieschandalen en ‘affaires’, de feitelijke immuniteit van vele beleidsverantwoordelijken en politici doorbroken en dat heeft bij het publiek positief effect gehad, maar wellicht ook (té) hoge verwachtingen gecreëerd²¹. Sprekend voor dat dubbelzinnige samengaan van scherpe kritiek en hoge verwachtingen is wel dat de witte beweging, die in eerste instantie rabiaat gericht was tegen het rechtssysteem, toch een charismatisch boegbeeld of idool vond in de persoon van onderzoeksrechter Connerotte waarvan men tenslotte vond dat hij zijn rechterswerk goed deed ...²²

Tenslotte en ten zesde, hebben de media een cruciale rol gespeeld wat betreft zowel de omvang van de commotie, als haar inhoud. Het is duidelijk dat de media de publieke opinie naar aanleiding van de zaak van de vermiste meisjes met alle mogelijke middelen in spanning hebben gehouden. Niet alleen is de zaak als een geschenk uit de hemel komen vallen in de komkommertijd van augustus 1996, maar bovendien bevatte zij alle ingrediënten om het publiek aan te spreken en de oplagen of kijkcijfers de hoogte in te jagen. Vanaf dan zou de zaak de kranten en schermen gedurende zeker anderhalf jaar haast niet meer verlaten. De bikkelharde en dwangmatige concurrentie in de sector en de daaraan gekoppelde nood om als eerste met een *scoop* op de proppen te komen, hebben ertoe geleid dat er niet alleen disproportioneel, ja zelfs wansmakelijk veel aandacht aan besteed is, maar ook dat er talrijke fouten tegen de beginselen van ‘behoorlijke’ journalistiek werden begaan (voorbarige conclusies, verdachtmakingen, schendingen van de privacy, schendingen van het vermoeden van onschuld, verstoringen van het onderzoek, fouten in de berichtgeving ...)²³. Bovendien is er - veralgemenend - van een degelijke gerechtsjournalistiek veel

¹⁸ Volgens Adam wijst zulks op een verdergaande democratisering en het mondiger worden van de burger; ADAM, M., *l.c.*, 1211.

¹⁹ EVERS, F., *l.c.*, 4 et seq.

²⁰

Cf. HUYSE, L., *o.c.*, 16-17.

²¹

Cf. GARAPON, A., *o.c.*, 39 et seq. ; RINGELHEIM, F., *o.c.*, 13-15 en SALAS, D., *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, Paris, Hachette, 1998, 291 p.

²²

Vgl. “Il n’empêche, plus la société se fait injuste, plus se reporte sur le juge l’espérance de justice que la société déçoit. C’est pourquoi les grands échecs de la justice ébranlent la société toute entière. C’est ce qui explique la violence des réactions populaires devant la faillite des enquêtes judiciaires sur les disparitions d’enfants. Le public ayant porté le juge aux nues, d’autant plus rude fut son désenchantement. Le juge s’étant accoutumé à siéger dans les nuées, d’autant plus pénible fut sa chute”; RINGELHEIM, F., *o.c.*, 49.

²³

Cf. DE LAET, M., *Deontologie in de Vlaamse geschreven pers. Een inhoudsanalyse van de berichtgeving omtrent de zaak Dutroux*, Eindverhandeling Communicatiewetenschappen, Vrije Universiteit Brussel, 1998, 244 p. (niet gepubliceerd).

minder sprake geweest dan van een emotionele journalistiek die angst- en afschuwgevoelens heeft bespeeld. De dwangmatige ontwikkelingen en de ontsporing van de concurrentiële escalatie op het vlak van de berichtgeving blijken nog het duidelijkst uit het feit dat ons land een paar weken aan een stuk door alle media - tientallen, zoniet honderden journalisten, ook van de 'serieuze' media - in de greep gehouden van een ronduit absurde on-line verslaggeving over hoe in de mijn van Jumet géén lijken werden gevonden²⁴. Daarnaast heeft de verslaggeving rond de zaak Dutroux nog maar eens aangetoond hoe verschillend de logica's, werkwijzen en finaliteiten van pers en justitie wel zijn²⁵. Tussen beide is de spanning te snijden geweest, wat er wellicht heeft toe bijgedragen dat de aanvallen van de pers op justitie en vice versa, dikwijls verder zijn gegaan dan aanvaardbaar of gezond is. De ancestrale wederzijdse argwaan, de algemene spanning en gejaagdheid van het moment, alsook de escalatie van irritaties staan daarom niet minder te lezen in de agressieve wijze waarop over het gerecht werd bericht. Dit betekende ongetwijfeld olie op het vuur van een verdere polarisatie van de publieke opinie tegen het rechtssysteem en alles wat daarmee kan worden geassocieerd.

1.3. Alles is al gezegd maar niemand heeft geluisterd

De golf van woede en kritiek die het Belgische rechtssysteem in de nasleep van de zaak Dutroux heeft getroffen, is voor de politieke middens klaarblijkelijk zeer onverwacht gekomen. Daar zijn ongetwijfeld goede oorzaken voor aan te duiden²⁶. Maar het is zeker onjuist te stellen dat de mankementen en kwalen van het justitiële apparaat daarvoor niet waren gekend. Alle kritieken en problemen die met volle geweld aan de oppervlakte kwamen drijven, waren reeds ettelijke keren aan de orde gesteld. Zo hebben vooral wetenschappers uit o.m. de rechtswetenschappen, de politieke sociologie en de criminologie al ten overvloede gewezen op wat nu allemaal in het oog lijkt te springen. Dat de verantwoordelijkheden voortdurend worden doorgeschoven tussen de verschillende diensten en machten; dat er te veel slechte, onaangepaste, chaotische, verouderde en incidentele wetgeving is; dat politieke benoemingen geen borg voor kwaliteit zijn; dat er veel te weinig transparantie is; dat een geïntegreerd justitieel beleid ver zoek is; dat drempels van de rechtbanken veel te hoog liggen; dat de mensen gehavend uit hun contacten met het gerecht komen; dat het gevangenisstelsel verziekt is; dat er onvoldoende en steeds minder budgettaire middelen worden uitgetrokken niet alleen voor justitie in het algemeen, maar zelfs om genomen initiatieven ten uitvoer te brengen; *etcaetera etcaetera ad nauseam*, het staat allemaal al te lezen in talloze publicaties, wetenschappelijke onderzoeksverslagen en rapporten van allerlei terzake opgerichte

²⁴

Het ergste was misschien dat iedereen - behalve Geert Hoste - dat nog normaal leek te vinden ... Overigens ging het tijdens de zaak Dutroux soms zover dat we tijdens het nieuws journalisten op de beeldbuis zagen verschijnen die niets anders konden doen dan te vertellen hoe ze zich de ganse dag hadden verveeld ... ("Zoals U ziet sta ik hier onder een paraplu in de regen ...").

²⁵

Zie hierover o.m. : DE LAET, M., *o.c.*; GARAPON, A., *o.c.*, 73-94; LUYTEN, A., *De gerechtelijke informatieverstrekking en de gerechtelijke informatiegaring. Een haat-liefdeverhouding tussen pers, politie en justitie*, Brussel, VUBPress, 1998, 213 p en SALAS, D., *o.c.*, 221-255. Cf. "(L)es médias abolissent les trois distances essentielles qui fondent la justice : la délimitation d'un *espace* protégé, le *temps* différé du procès et la qualité officielle des acteurs de ce drame social. Ils délocalisent l'espace judiciaire, paralysent le temps et disqualifient l'autorité (...) Or personne ni aucun lieu ne peut prétendre incarner à soi seul l'espace public. Pas plus les institutions que les médias. Cet espace procède de l'équilibre - voire de la tension - entre un pouvoir institué et procédural, la justice, et un autre pouvoir, non institué et libre, la presse. Encore faut-il que chacun reste à sa place et qu'il soit sanctionné en cas de débordement"; GARAPON, A., *o.c.*, 74 en 76.

²⁶

HUYSE, L., *o.c.*, 20-25.

commissies²⁷. Die analyses en de praktijkgerichte suggesties die ze bevatten zijn wellicht, onder ettelijke centimeters stof terug te vinden in de archieven van administraties, die nu niet meer bestaan, omdat ze werden hervormd, afgeschaft, “gefederaliseerd”, van een departement naar een ander overgeheveld of omdat ze onder een andere politieke voorgedij kwamen. Overigens is het zo dat lang niet alleen externe wetenschappers, maar ook beleidsverantwoordelijken van justitie, magistraten, advocaten en leden van de politiediensten in het verleden al aan de alarmbel hebben getrokken. Het thema van de ‘crisis van justitie’ is eigenlijk al een constante in het gerechtelijk verloop en het komt al sedert het begin van de 20ste eeuw aan bod in de mercuriales bij de opening van het gerechtelijk jaar²⁸. Maar het aandeel van justitie in het budget bleef gestaag slinken.

Dat de problemen en wantoestanden nu door de druk van een sterke beweging op de politieke agenda zijn beland, dat er opnieuw wordt nagedacht en dat de kans reëel lijkt dat de justitie ook daadwerkelijk zal worden aangepakt, is een goede en hoopgevende zaak. Sommigen zullen dan ook met of zonder plezier hun analyses en voorstellen van weleer opnieuw ter tafel zien verschijnen in de loop van het thans op gang gebrachte hervormingsproces. Hoe dan ook, de gebeurtenissen van de voorbije jaren, de witte mobilisatie en de politieke druk die er van uitging, geven niemand het recht 'het verraad der intellectuelen' vast te stellen of op rabiante wijze alle Belgische juristen en rechtswetenschappers op één hoop te kappen en ze te beschuldigen van ongevoeligheid, stilzwijgen, corporatistische reflexen en verdedigingsmechanismen. De intellectuelen waren en zijn wel degelijk aanwezig waar ze dat horen te zijn. Op de open wonden van de Belgische justitie werd de laatste decennia reeds tot vervelens toe door 'intellectuelen' gewezen, maar niemand, ook aan de linkerkant, heeft geluisterd. Justitie was vooralsnog geen interessant electoraal thema om mee scoren; het kon bovendien niet gevat worden langs een gekende politieke breuklijn of het werd, door de marxistisch geïnspireerde politici, afgedaan als een louter bovenbouwverschijnsel. Het haalde de politieke agenda niet.

Uit de voorgaande paragrafen mag dan ook ten overvloede blijken dat de politici en beleidsverantwoordelijken alles behalve vrijuit gaan voor de crisis van justitie. Zij dragen inderdaad ‘een verpletterende verantwoordelijkheid’²⁹ in de mate dat zij nooit gehoor hebben gegeven aan de onvrede van de justitiabelen en de alarmkreten van de magistratuur en de wetenschappers. Het parlement en de regeringen - en dus de partijen - hebben bevredigende wetgeving noch voldoende infrastructurele, beleidsontwikkelings- en personeelsmiddelen ter beschikking gesteld. De ‘derde macht’ werd in België lang veronachtzaamd, zwak gehouden, betutteld en dus afhankelijk gemaakt, zowel budgettair als door de politisering van de magistratuur. Een verder negatief effect daarvan is dat de principiële onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in de praktijk nooit overtuigend kon worden vertaald en dat de magistratuur bijgevolg steeds snel van collusie met de corruptie werd verdacht. Dit leidt vandaag de dag in België tot een complexe situatie waarin tegelijk warm en koud wordt geblazen. Enerzijds brengt het gerechtelijk apparaat het laatste decennium (zoals o.m. in Italië, Frankrijk en Spanje) tal van affaires van corruptie en omkoping in de politieke wereld aan het licht. Controle en beperking van de ‘hegemonie’ van de uitvoerende en de wetgevende macht zijn zo opnieuw aan de orde. De rechterlijke macht bijt de politieke bevoogding minstens symbolisch van zich af en claimt een onafhankelijke, controlerende en bemiddelende rol in het evenwicht van (staats)machten (infra). Zodoende draagt hij bij tot de explicitering van een reeks oorzaken van het

²⁷ Hierover zie ELIAERTS, C., *l.c.*, 29 et seq.

²⁸

Voor een aantal voorbeelden zie RINGELHEIM, F., *o.c.*, 19-20. Ringelheim verwijst o.m. naar de mercuriale van Procureur-Generaal Ganshof van der Meersch (3 september 1973) waarin het systeem van politieke benoemingen in de magistratuur werd aangeklaagd. Een hevige en ontkennende reactie kwam er daartegen vanuit de rangen van de volkvertegenwoordigers (Vanderpoorten, Gol, Vranckx, De Croo). Slechts 20 jaar later werd het probleem door (soms dezelfde) politici onderkend en werd een wet gestemd die de depolitisering van de magistratuur op het oog had.

²⁹

ELIAERTS, C., *l.c.*, 29.

verlies aan legitimiteit van de politiek en meteen tot het herstel van die wankelende legitimiteit. Doch anderzijds blijft het negatieve gepolitiseerde beeld van de magistratuur overeind, daarin nog versterkt door allerlei onverklaarbare mislukkingen, met name dan vooral in de zaken van de vermiste meisjes en de Bende van Nijvel. Hierdoor blijven de rechters verdacht en wordt hun ‘onpartijdigheid’ steevast gelezen als ‘partijdigheid’, waarbij de acties van het gerecht als politieke afrekeningen worden geduid³⁰. In die zin is de legitimiteitscrisis in België algemeen en tast zij de democratische rechtsstaat in zijn geheel aan³¹.

1.4. Het kind en het badwater

Een groot deel van de hierboven genoemde kritieken op het Belgische gerechtelijke systeem kunnen zonder twijfel worden onderschreven. Er zijn wel degelijk heel wat mankementen en de rechtsbedeling loopt in ons land in de praktijk behoorlijk fout. Kortom, hier wordt niet tegengesproken dat er disfunctionele ontwikkelingen zijn; dat het gerechtelijk apparaat gebukt gaat onder zijn archaïsch en té formalistisch karakter; dat er een onaanvaardbare achterstand is; dat de rechtszoekende terecht komt in een kil en soms laatdunkend universum; dat de politiediensten op contraproductieve wijze rivaliseren in plaats van samenwerken; dat de *efficiency* van de opsporingsdiensten en parketten dikwijls te wensen over laat; dat er wel degelijk sociaal-financiële drempels bestaan die een ongelijke toegang tot de gerechtelijke instanties met zich meebrengen; enzovoort.

Er is echter meer aan de hand. De huidige legitimatiecrisis van het Belgische rechtssysteem is niet beperkt tot kritiek op de louter instrumentele werking van de verschillende actoren in het strafrechtelijk apparaat waarbij zowel politie, rijkswacht, openbaar ministerie als zittende magistratuur het moeten ontgelden. De onvrede en woede van grote delen van de bevolking, zoals die tot uiting kwamen tijdens en na de witte mars, reiken verder en dieper dan dat. Ook de grondvesten zelf van de democratische rechtsstaat staan voor schut. Tot en met fundamentele rechtsbeginselen zoals de rechten van de verdediging, het vermoeden van onschuld, de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter, de parlementaire onschendbaarheid en de scheiding van machten worden aan de kaak gesteld.

Duidelijk is alleszins dat het maatschappelijk draagvlak voor de genoemde rechtsbeginselen is aangetast en verder dreigt te eroderen : bij velen krijgen veiligheid, criminaliteitsbestrijding en bescherming van slachtoffers absolute prioriteit, een discours dat door evenveel politici en beleidsverantwoordelijken wordt overgenomen. Daarmee komt de rechtsbeschermende functie van het (straf)recht in het gedrang en meteen ook de rechtspositie van alle verdachten én alle potentiële verdachten. Er ontstaat dan immers een niet te overbruggen kloof tussen de belangen van de verdediging en de desiderata van de samenleving naar meer veiligheid. Het strafrecht dreigt te evolueren tot een louter instrument in handen van het beleid waarmee de veiligheidsverlangens van een bangelijke bevolking worden vervuld. De orde moet worden hersteld, en daarvoor moet het

³⁰

Cf. “Ons insziens ligt hierin de verklaring waarom het Cassatie-arrest Connerotte, dat precies de onpartijdigheid van de rechter als essentieel rechtsgoed verdedigde, zo algemeen kon worden weggehoond als een radicaal partijdig arrest, dat niets anders kon beogen dan het verhinderen dat de waarheid aan het licht zou komen en dat slechts kon worden verklaard op grond van de partijpolitieke ‘kleur’ van de gevatte magistraten. In een land waarin alles, van de invoering van nieuwe instellingen tot het benoemen van magistraten in instrumentele termen wordt geduid, is het weinig verwonderlijk dat ook de producten van die instellingen of de uitspraken van magistraten door media en de publieke opinie in instrumentele zin worden geïnterpreteerd. Een arrest dat het opneemt voor de onpartijdigheid van de onderzoeksrechter kon aldus slechts als een partijdig arrest worden begrepen, dat specifieke belangen dient”;

³¹

Cf. SALAS, D., *o.c.*, 9-39, i.h.b. op p. 30.

(straf)recht als kleurloos glijmiddel dienen. Maar meteen ook verwordt de rechtsstaat tot een manager van veiligheid en repressie³². En dat is hoogst problematisch.

Onvermijdelijk gaat zo'n veiligheidsbeleid gepaard met vijandsbeeldvorming. Empathie, respect en solidariteit wijken voor afgunst, punitiviteit en uitsluiting. Het ligt voor de hand dat in een samenleving waarin de solidariteit van de angst voor "monsters" - zoals de rondhangende jongere, de illegale vluchteling, de migrant, de kinderverkrachter en de 'psychopaat'³³ - overheerst, een doordachte en uitgebalanceerde hervorming van het strafrechtssysteem onmogelijk is. Een fundamenteel - i.e. een onaantastbaar - recht op verdediging of op een onafhankelijke rechter kan dan niet worden erkend. De rechtsbescherming wordt teruggedrongen tot het minimum dat noodzakelijk wordt geacht om geen al te grote sociale onvrede te veroorzaken. De enige te tolereren grondslag en graad van rechtsbescherming kunnen dan nog slechts worden gevonden in de 'acceptatie door de burgers', maar dat is zoals we verder nog zullen zien, ten aanzien van fundamentele rechten en vrijheden in een democratische rechtsstaat opnieuw een hoogst problematische constructie.

Kortom : het kind mag niet met het badwater worden weggegooid. Een falend gerechtelijk apparaat en een veralgemeend ongenoegen over justitie rechtvaardigen nog niet dat korte metten wordt gemaakt met het project van de democratische rechtsstaat zoals dat tot uiting komt in fundamentele rechtsbeginselen, grondwettelijke bepalingen en supranationaal recht (zoals bv. het E.V.R.M. en het B.U.P.O.³⁴). In de kwestie van het veiligheidsbeleid impliceert dat natuurlijk nog niet dat de onveiligheidsgevoelens van delen van de bevolking niet *au sérieux* moeten worden genomen of dat er niet kan worden geijverd voor een efficiëntere criminaliteitsbestrijding³⁵. Het betekent echter wel dat bij de uitstippeling van zo'n beleid *ook* rekening wordt gehouden met een aantal essentialia of grondconcepten van het gehuldigde project van de democratische rechtsstaat. Dit project genereert overigens een aantal legitimiteitscriteria waaraan een beleid moeten voldoen, zoals daar zijn : de democratie, het mensenrechtenrecht, de rechtsstatelijkheid en de individuele vrijheid. Die worden in het vervolg van deze bijdrage besproken. M.i. zouden de krachten die de democratische rechtsstaat genegen zijn deze legitimiteitscriteria best als toetsstenen en limieten voor hun kritiek en alternatieven hanteren.

II. De polyfonie van de democratische rechtsstaat

II.1. Een polyfoon samenlevingsproject

³²

Een goed voorbeeld van zo'n evolutie is de Franse wet (Pasqua) van 21 januari 1995 inzake veiligheid, die de politie bijkomende bevoegdheden geeft; hierover zie DE HERT, P. & GUTWIRTH, S., "Cameratoezicht, veiligheid en de Wet Persoonsregistraties. Juridische denkoefeningen naar aanleiding van de Franse wet van 21 januari 1995 inzake veiligheid", *Recht en kritiek*, 1995/3, 218-250. Over het veiligheidsdiscours zie ook VAN SWAANINGEN, R., 'Het confectiepak van product-manager Justitia. Acht verhalen achter een *law and order* beleid', *Recht en kritiek*, 1995, 13-37.

³³ Garapon en Salas zien drie *nouvelles figures de l'insécurité* opduiken, met name *l'adolescent invulnérable, l'étranger indésirable en le pervers inguérissable*. De vijanden zijn niet langer de verre vreemdelingen; "le délinquant n'a plus les traits de l'autre sans visage mais du proche que nous n'arrivons plus à identifier"; GARAPON, A & SALAS, D., *o.c.*, 73 et seq.

³⁴

B.U.P.O. : Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten van 19 december 1966 (New York), goedgekeurd bij wet van 15 mei 1981, *B.S.*, 6 juli 1983, 8806-8807; met Nederlandse vertaling op 8815-8828.

³⁵ Over de interessante problematiek van een 'links' veiligheidsbeleid zie DE HERT, P. & HACHE, D., "Over de kleur van veiligheid", *Samenleving en politiek*, 1996/10, 4-18 en STOUTHUYSEN, P., "Veiligheid is ook een links thema", *Samenleving en politiek*, 1996/7, 1-3.

In polyfone muziek verlopen verschillende muzikale lijnen of melodieën simultaan naast elkaar, zonder hiërarchie of zonder dominante stem. Toch is het geheel geen cacofonie, geen wanklinkend, ongeorganiseerd en toevallig geheel van klanken. In de polyfonie zijn de verschillende zelfstandige melodieën wel degelijk op elkaar afgestemd. Dat gebeurt via de regels van het contrapunt die, zonder één melodie te bevoordelen of het overwicht te geven, bepalen wat samengaat en wat niet. Aldus bepaalt elke melodie in haar voortgang (in real-time) de mogelijkhedenvoorwaarden van de andere en vice versa, waarbij deze constante interactie tussen de melodieën door het contrapunt binnen de contouren wordt gehouden van wat uiteindelijk in zijn geheel een muzikaal resultaat behoort te zijn. Kortom : in een polyfonie functioneren melodische vrijheid en melodische veelheid als een muzikale eenheid.

Zoiets is ook aan de orde in het project van de democratische rechtsstaat dat in wezen onlosmakelijk is verbonden met pluralisme en diversiteit³⁶. Een democratische rechtsstaat is in die zin polyfoon dat hij, zonder dat het geheel in chaos zou vervallen, een zo groot mogelijke vrijheid geeft aan een zo groot mogelijk aantal individuen en hierbij de grootst mogelijke diversiteit beschermt. Zonder individuele vrijheid (of 'privacyvrijheid'³⁷), zonder veelheid aan inzichten, opinies, projecten en gedragmogelijkheden, geen democratische rechtsstaat. Deze laatste wordt dan ook minder gekenschetst door het feit dat een verkozen meerderheid de macht uitoefent dan doordat hij de macht van diezelfde meerderheid begrenst en beperkt. De verkozen overheid is gebonden aan de fundamentele rechten en vrijheden van elke burger, inclusief die van de leden van de minderheid. Wetgeving die daar haaks op staat is ongrondwettelijk of in strijd met internationale mensenrechtenverdragen. Gelijkheid betekent dan dat eenieder de vrijheid heeft zijn leven en persoonlijkheid zelf te bepalen, zelfs al gaat dat in tegen wat de meerderheid 'normaal' of 'moreel aanvaardbaar' vindt. Mensen zijn gelijk in de mate dat ze van elkaar verschillen. Eenieder moet autonoom en op basis van persoonlijke ontwikkeling aan de publieke zaak kunnen deelnemen. En dat impliceert dan weer een nauwgezet respect van de vrijheden van gewetens(vorming), meningsuiting, vergadering en vereniging, alsook van de persoonlijke vrijheid. 'Essenties', 'vaste waarden', 'absolute waarheden' en stroefheid dienen bijgevolg te wijken voor projecten, dialoog, ideeënconfrontatie, openheid en waar(he)denpluralisme. Homofonie wijkt voor polyfonie.

Maar een democratische rechtsstaat moet er tegelijk voor zorgen dat hij blijft voortbestaan. Een verregaande individualisering kan immers leiden tot de desintegratie van het geheel. Dan verwordt de polyfonie tot een cacofonie. Een politiek-institutioneel systeem moet worden uitgebouwd waarbinnen, paradoxaal genoeg, zowel diversiteit als samenhang mogelijk zijn. Sterk van elkaar verschillende individuen en groepen doen samenleven als een eenheid, dat is volgens Alain Touraine de uitdaging van de democratie. Opnieuw staan we voor een paradoxale verwachting. Want er moet tegelijk worden ingestaan voor de garantie van een maximum aan vrijheid én de bestendiging van het gemeenschappelijk project waarbinnen die vrijheid juist

³⁶

Hierover zie o.m. : DELMAS-MARTY, M., *Pour un droit commun*, Le Seuil/La librairie du XXe siècle, Paris, 1994, 306 p.; DELMAS-MARTY, M., *Vers un droit commun de l'humanité*, Paris, Textuel, 1996, 126 p.; GUTWIRTH, S., 'Het harlekijnspak en het vale ezelsvel. Individuele vrijheden in de greep van het recht op zelfbeschikking van volken, het nationalisme en andere aanspraken op een collectieve identiteit' in *Naar een nieuwe interpretatie van het recht op zelfbeschikking* ?, SYBESMA, N. & VAN BELLINGEN, J. (Eds.), Brussel, VUBPress, 1995, 53-88; GUTWIRTH, S., *Privacyvrijheid ! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Amsterdam/Den Haag, Cramwinckel/Rathenau Instituut, 1998, 152 p.; 't HART, A.C., *Mensenwerk ? Over rechtsbegrip en mensbeeld in het strafrecht van de democratische rechtsstaat*, Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Afdeling Letterkunde, Noord-Hollandsche, Amsterdam, 1995, Nieuwe reeks, Deel 58, no. 4, 40 p.; 't HART, A.C., *De meerwaarde van het strafrecht*, Sdu, Den Haag, 1997, 318 p. (i.h.b. hoofdstuk 34. "Rechtsbegrip en multiculturele samenleving" 293-312; TOURAINE, A., *Qu'est-ce la démocratie ?*, Paris, Fayard, 1994, 297 p.; TOURAINE, A., *Pourrons-nous vivre ensemble ? Egaux et différents*, Paris, Fayard, 1997, 395 p.; ...

³⁷ Cf. GUTWIRTH, S., *Privacyvrijheid !, o.c.*, 152 p.

mogelijk is. Spanningen zijn in zo'n project essentieel want de individuele vrijheden kunnen onderling botsen of haaks staan op het algemene project.

De organisatie van een polyfone, pluralistische en gediversifieerde samenleving vindt bijgevolg vertolking zowel in het politiek-ethische streven van de democratie als in het juridische project van de rechtsstaat. Beide aspecten zijn sterk verweven in het concept van de democratische rechtsstaat³⁸. Juist hier kan dit politiek-ethische streven een procedurele en normatieve uitwerking krijgen die in de praktijk kan worden verwerkelijkt. A.C. 't Hart stelt in dat verband dat de democratische rechtsstaat voor de diversiteit voorwaardenscheppend is. Zij dient het mogelijk te maken dat eenieder autonoom en op basis van persoonlijke ontwikkeling en ontplooiing aan de publieke zaak zou deelnemen³⁹. Begrijpelijkerwijs kan zo'n geheel niet functioneren zonder een autonome en onafhankelijke instantie die op permanente wijze bemiddelt tussen de actoren, belangen en machten teneinde leefbare en min of meer stabiele evenwichten te installeren. Deze instantie is het recht.

II.2. Een relationele rechtsopvatting ...

Aan de zonet beschreven plaats- en functiebeplanning van het recht in een democratische rechtsstaat beantwoordt een relationele rechtsopvatting zoals die door René Foqué en A.C. 't Hart grondslagentheoretisch werd uitgewerkt⁴⁰. De relationele rechtsopvatting vindt zijn wortels in het Verlichtingsdenken (o.m. van Montesquieu en Beccaria) dat een directe reactie belichaamt tegen de absolute macht van de vorst onder het ancien régime en derhalve ook tegen het imperativistisch of voluntaristisch rechtsdenken waarin het recht wordt herleid tot de bevelen of wilsuitingen van de soeverein. Hiertegenover geeft het relationeel rechtsdenken aan het recht de functie, om binnen de grenzen van zijn concepten, bemiddelend op te treden tussen de verschillende maatschappelijke machten en dat juist om absolute machtsverhoudingen onmogelijk te maken. Horizontale bemiddelingen treden in de plaats van de verticale bevelen.

In een relationeel rechtsbegrip dient het recht twee functies te vervullen door ze op elkaar te betrekken of te 'articuleren': een rechtsbeschermdende functie, die een rem beoogt te zijn op de ontsporingen van de macht (b.v. die van de centralistische despoot), en een instrumentele functie, die gericht is op de schepping van de mogelijkheden voor een maatschappelijke orde waarin vrijheid kan worden verwezenlijkt. Die verwevenheid tussen het instrumentele en machtskritische aspect impliceert dat het recht essentieel een bemiddelende rol te spelen heeft : het herbepaalt de verhouding tussen de maatschappelijke machten steeds opnieuw in functie enerzijds van de vrijheid van de individuen en anderzijds van de sturing van het gemeenschappelijke project waarin diezelfde

³⁸

Zie 't HART, A.C., *Mensenwerk ?*, o.c., 18 en 36-37 en TOURAINÉ, A., *Qu'est-ce la démocratie ?*, o.c., 38-39 en 188.

³⁹

't HART, A.C., *Mensenwerk ?*, o.c., 18-20.

⁴⁰ Over deze rechtsopvatting zie vooral FOQUE, R. & 't HART, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint/Kluwer, 1990, 501 p. Zie o.m. ook in FOQUE, R., *De ruimte van het recht*, Arnhem, Gouda/Quint, 1992, 44 p.; FOQUE, R., "Rechtsstatelijke vernieuwing. Een rechtsfilosofisch essay" in KUYPERS, P., FOQUE, R. & FRISSEN, P., *De lege plek van de macht. Over bestuurlijke vernieuwing en de veranderende rol van de politiek*, Amsterdam, De balie, 1993, 18-44; FOQUE, R., "Rechtsstatelijke evenwichten in de trias politica", *l.c.*, 1-5; 't HART, A.C., *Recht als schild van Perseus. Voordrachten over strafrechtstheorie*, Leerstoel Theodore Verhaegen 1989-1990 - Vrije Universiteit Brussel, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint/Kluwer, 1991, 191 p.; 't HART, A.C., *Openbaar ministerie en rechtshandhaving*, o.c., 403 p.; 't HART, A.C., *Mensenwerk ?*, o.c., 40 p. en 't HART, *De meerwaarde van het strafrecht*, o.c., 318 p. Tevens: GUTWIRTH, S., *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap. Een onderzoek naar de verhouding tussen recht en wetenschap met bijzondere illustraties uit het informaticarecht*, VUBPress/MAKLU, Brussel/Antwerpen, 1993, 235 et seq. en GUTWIRTH, S., *Privacyvrijheid !*, o.c., 54-57. Het hieropvolgende stuk is op deze bijdragen gebaseerd.

vrijheid centraal staat. Een duale structuur ruimt zodoende plaats voor een tripolaire waarin het recht modulerend optreedt tussen beide andere polen. Recht staat met zijn begrippenapparaat als dusdanig *buiten* die machtsverhoudingen, maar het geeft zichzelf inhoud tijdens de bemiddelende activiteit *tussen* die machten. De eigenheid van de democratische rechtsstaat is precies dat machtsverhoudingen er in rechte (en dus zonder geweld) kunnen worden afgewogen, met dien verstande dat het recht *tegelijk* het project van de democratische rechtsstaat (instrumentaliteit) en de vrijheid van de individuen veilig moet stellen (rechtsbescherming). Op deze wijze wordt dan ook betracht tegemoet te komen aan de dubbele eis die Touraine aan de democratie heeft verbonden: zoveel mogelijk differenties als een eenheid doen functioneren⁴¹.

Het voorgaande heeft als eerste gevolg dat een individuele sfeer van vrijheid door het positieve recht moet worden beschermd tegen inbreuken hetzij door de staat, hetzij door andere burgers of rechtspersonen (b.v. door strafrecht). Dit is wat 't Hart het eerste niveau van rechtsbescherming noemt⁴². De tweede implicatie van het relationeel rechtsdenken - het tweede niveau van de rechtsbescherming - ligt evenwel dieper, op conceptueel vlak. Het heeft betrekking op de verhouding tussen de begrippen van het recht en het werkelijke gebeuren. In een relationele rechtsopvatting is het recht noch pure werkelijkheidsafbeelding, noch pure idealiteit, maar een aanhoudende bemiddeling tussen beide. Dit vereist dat de rechtsbegrippen niet éénduidig zijn: er moet inderdaad een conceptuele ruimte zijn waarbinnen bemiddeling mogelijk is en blijft. Juridische begrippen moeten 'open' blijven en steeds ruimte laten voor andere visies, andere interpretaties, andere waarheden. In die zin - en nog steeds naar Foqué en 't Hart - zijn de (fundamentele) rechtsbegrippen 'contrafaktisch'. Hun concrete inhoud stemt niet overeen met de werkelijkheid, maar wordt bepaald in verhouding tot of doorheen de spanning met die werkelijkheid. Zij vallen nooit samen noch met één dominant maatschappelijk project of ideaal, noch met het werkelijke, empirische of feitelijke gebeuren zelf⁴³. Het tweede niveau van rechtsbescherming verzet zich dus tegen de verdrukkende en uitsluitende monopolisering van de juridische begrippen door één dominant wereld- of werkelijkheidsbeeld, door één groot verhaal, door één interpretatiecode of door één visie, alsof geen andere betekenisverlening mogelijk zou zijn⁴⁴. De rechtsbegrippen stellen vanuit die optiek vrijplaatsen voor waar de alteriteit tot uiting kan komen en in de balans kan worden gelegd. Met andere woorden moet het recht het bestaan van een ander verhaal blijven veronderstellen, ook wanneer de sterkste - zelfs wetenschappelijke⁴⁵ - waarheidsaanspraken worden geuit.

Het recht mag derhalve niet worden gemonopoliseerd door één dominant maatschappelijk project, wereld- of werkelijkheidsbeeld, alsof geen andere mogelijk of legitiem kunnen zijn. Met

41

Cf. Supra. TOURAINE, A., *Qu'est-ce la démocratie ?*, o.c., 171.

42

't HART, A.C., *Mensenwerk ?*, o.c., 20, 24.

43

Cf. "De contrafaktische begrippen zijn louter feitelijk noch louter ideëel (en in zoverre dus ook contra-ideëel), maar een constante bemiddeling tussen idealiteit en feitelijkheid. Zij zijn algemene, onderling samenhangende categorieën die niet opgaan in één enkele welbepaalde materiële invulling. Maar zij worden bij positiefrechtelijke empirisering wel verbonden met materiële inhouden, die telkens volgen uit een welbepaalde interpretatie van de maatschappelijke werkelijkheid waarin het positieve recht te gelden heeft. De bemiddelende functie speelt zich af op beide niveaus: het feitelijke, empirische noch het ideële kan uitputtend beschreven worden. Met andere woorden uitgedrukt: de juridische begrippen mogen niet opgaan in een specifieke empirische werkelijkheid, noch in een idealiteit die a priori vanuit een boven de historische maatschappelijke empirie verheven positie daaraan de norm zou opleggen. Door hun bemiddelende positie zijn zij geen elementen van één van beide, maar juist tegenspelers"; 't HART, A.C., *Recht als schild van Perseus*, o.c., 51.

44

't HART, A.C., *Mensenwerk ?*, o.c., 20-26.

45

Dit is het gevolg van het waarhedenpluralisme in het recht; zie GUTWIRTH, S., o.c., 846 p.

andere woorden mag het geen louter instrument worden van een beleid in functie van één cultureel, ethisch, etnisch, religieus, politiek, wetenschappelijk, mystisch of, zelfs, meerderheids-verhaal. Homofonie moet worden uitgebannen. Het recht moet juist het samenleven mogelijk maken van ettelijke individuen (en de groepen die zij vormen) met verschillende verhalen. Rechtsbegrippen zijn vanuit die optiek vrijplaatsen waar de alteriteit zo nodig tot uiting kan komen en in de balans kan worden gelegd. 'Een ander verhaal' moet steeds verondersteld blijven, ook wanneer de sterkste claims - zelfs wetenschappelijke waarheidsaanspraken - worden geformuleerd. Het recht waarborgt dus de uiting van het verhaal van de weerstand die, aanwezig in alle machtsverhoudingen⁴⁶, de zuurstof van de democratie aanlevert (Touraine). Bijgevolg mag het geen identiteit, gemiddelden of 'werkelijkheid' opleggen; het moet differenties beheren. Anders dreigen de vale eenvormigheid van het totalitaire en de grijze monotonie van de gemiddelden.

Wat voorafgaat maakt het recht echter nog niet volledig relatief of waardenloos. De democratische rechtsstaat moet immers ook als eenheid blijven voortbestaan en bijgevolg zijn eigen mogelijkheidsvoorwaarden en fundamentele waarden vrijwaren. Zo dient er op te worden toegekeken dat de invulling van de juridische begrippen geen afbreuk doet enerzijds aan het bemiddelende of relationele karakter van het recht zelf, en anderzijds aan de waarden die aan de democratische rechtsstaat ten grondslag liggen, met name die, doorgaans 'relationele' waarden die beantwoorden aan de dubbele binding van het project van de democratische rechtsstaat zoals respect voor fundamentele rechten en vrijheden, voor diversiteit, emancipatie, participatie, tolerantie, reciprociteit en proportionaliteit. Zo de democratische rechtsstaat dus gekenmerkt dient te blijven door een principiële seculiere 'neutraliteit', dan is deze laatste niet ingegeven door een gebrek aan waarden of door een waar(he)denrelativisme, maar juist vanuit zijn pluralistische en democratische ingesteldheid. Het pluralisme zelf, en de daarmee gepaarde gaande tolerantie en dialooggerichtheid, zijn de waarden die de rechtsstaat tot neutraliteit dwingen⁴⁷. Maar dit betekent dan weer niet dat een democratische rechtsstaat niet mag optreden tegen individuen en groepen die deze waarden door hun daden bedreigen. De democratische rechtsstaat moet zijn tanden kunnen laten zien. Zo kan bijvoorbeeld de privacyvrijheid van verdachten worden beperkt ter bestrijding van misdaad en hetzelfde geldt voor de uitingsvrijheid als die wordt gebruikt om anderen te belasteren of om de holocaust goed te praten⁴⁸.

II.3. ... die historisch is ingebed

De democratische rechtsstaat en het relationeel rechtsbegrip zijn niet alleen het product van een grondslagentheoretische constructie die teruggaat tot het Verlichtingsdenken van o.m. Beccaria en

⁴⁶

Cf. "(Cette résistance) n'est pas antérieure au pouvoir qu'elle contre. Elle lui est coextensive et absolument contemporaine(...) il y a une *possibilité* de résistance. *Nous ne sommes jamais piégés par le pouvoir* : on peut toujours en modifier l'emprise, dans des conditions déterminées et selon une stratégie précise"; FOUCAULT, M., "Entretien" in LEVY, B.-H., *Les aventures de la liberté. Une histoire subjective des intellectuels*, Paris, Grasset, 1991, 380-381. "Au coeur de la relation de pouvoir, la 'provoquant' sans cesse, il y a la rétivité du vouloir et l'intransitivité de la liberté"; FOUCAULT, M., "Deux essais sur le sujet et le pouvoir" in DREYFUS, H. & RABINOW, P., *Michel Foucault. Un parcours philosophique*, Paris, Gallimard, 1984, 315.

⁴⁷

Over deze 'neutraliteit' van de rechtsstaat zie o.m. : RAES, K., "Vrijheid van meningsuiting en de revisionistische geschiedvervalsing" in *Vrijheid van meningsuiting, racisme en revisionisme*, SCHUIJT, G.A.I. & VOORHOOF, D., Gent, Academia Press, 1995, 41 et seq. en RAES, K., *Tegen betere wetten in, o.c.*, 1-36.

⁴⁸

Dat laatste wordt evenwel terecht door een aantal auteurs geproblematiseerd en betwist, maar zij kregen echter geen gelijk van het Arbitragehof; zie hierover in VELAERS, J., "Het arbitragehof, de vrijheid van meningsuiting en de wet tot bestraffing van het negationisme en het revisionisme", *Chronique de droit public - Publiekrechtelijke Chronieken*, 1997, 573-580.

Montesquieu; zij zijn eveneens het resultaat van een reeks cruciale historische ontwikkelingen van de 17de en de 18de eeuw in Engeland, de Verenigde Staten en Frankrijk. Zij worden hier kort besproken enerzijds omdat hun politiek-historische context een verduidelijkend licht werpt op de geboorte van de democratische rechtsstaat en de inzet daarvan. Anderzijds genereerden die historische ontwikkelingen een reeks fundamentele juridische begrippen en beginselen, die nu nog steeds bij de fundamenten van het democratisch rechtsstatelijk project dienen te worden gerekend. Die begrippen zullen verder nog aan bod komen (sub II.4).

Na de *Glorious Revolution* aanvaardt de nieuwe Engelse koning William III (Willem van Oranje) bij zijn kroning onder eed de *Bill of rights*, waarvan de volledige titel luidt : *An act declaring the rights and liberties of the subject and settling the succession of the crown*. Deze tekst wordt later nog formeel bekrachtigd door het parlement en officieel goedgekeurd door de koning. De *Bill of rights* verschaft de basis van een nieuwe staatsorganisatie waarin de macht van de koning wordt beperkt en hij zijn absolute - goddelijk gefundeerde - macht kwijtspeelt. In de nieuwe 'constitutionele monarchie' is de suprematie van het parlement over de koning het leidmotief. Dat blijkt ten overvloede uit de uitdrukkelijke begrenzing van zijn macht en bevoegdheden. Zo gaat de wetgevende macht naar het parlement, met name de macht om wetten af te schaffen én om wetten uit te vaardigen⁴⁹: Als reactie op de despotische macht van de vorige (anti-protestantse) koning James trekt het parlement de bevoegdheid om de verhoudingen tussen de staatsmachten te regelen naar zich toe. Verder wordt de machtsuitoefening gelimiteerd door de verklaring van een aantal fundamentele burgerlijke (rechten die men heeft als mens) en politieke rechten (rechten die men heeft als lid van de georganiseerde samenleving). In de *Bill of rights* vindt men embryonale verwoordingen van het petitierecht, het recht op vrije verkiezingen, de uitingsvrijheid, het verbod van wrede straffen, het recht op 'trial by jury', enzovoort. Zelfs al kan terecht worden gesteld dat de *Bill of rights* en de *Glorious Revolution* het werk zijn van de rijke bourgeoisie die vooral zijn eigen belangen veiligstelt, dan is het toch van belang erop te wijzen dat voor het eerst een aantal begrippen samen op de voorgrond treden als basis voor een staatsorganisatie die wil breken met het machtscentralisme en de despotie van de vroegere vorsten. Met name de erkenning van fundamentele vrijheden en rechten aan individuen en de binding van de machtsuitoefening aan de wet zijn daarbij essentieel⁵⁰.

Wat minder dan een eeuw later woedt op het Noordamerikaanse continent de onafhankelijkheidsstrijd van de Amerikaanse colonies. Die leidt tot de afwerping van het Britse centrale gezag. De overwinning van de colonies wordt plechtig geproclameerd door *The declaration of independence of the thirteen colonies* (in Congress, July 4, 1776). Het doel van deze verklaring is tweeledig. Ten eerste wordt gebroken met het coloniaal verleden en zijn despotische regeerpraktijk. Daarom bevat de tekst een waslijst van verwijten en beschuldigingen aan het adres van de vroegere despoot en zijn *absolute Tyranny*. Die rechtvaardigen de verstoting en de onafhankelijkheid. Maar

⁴⁹

Het parlement verklaart "That the pretended power of suspending of laws, or the execution of laws, by regal authority, without consent of parliament, is illegal. That the pretended power of dispensing with laws, or the executions of laws, by regal authority, as it hath been assumed and exercised of late, is illegal (...) That levying money for or to the use of the crown, by pretence of prerogative, without grant of parliament, for longer time, or in other manner than the same is or shall be granted, is illegal".

⁵⁰

Een soortgelijke analyse kan worden gemaakt van de *Magna Carta* (1215). Ook in deze tekst is de herverdeling van de macht van de Engelse koning aan de orde, maar ditmaal ten voordele van de privileges van de adel. Net als de *Bill of rights* bevat de *Magna Carta* spelregels waaraan de koning zich nu moet gaan houden en bepalingen die zijn willekeur en arbitrariteit moeten indijken. Bv. "No freeman shall be taken, or imprisoned, or disseized, or outlawed, or exiled, or in any other way harmed - nor will we go upon or send upon him - (nor will we condemn him), *save by the lawful judgment of his peers, or by the law of the land*" (geen arbitaire aanhoudingen en veroordelingen) of nog "To none will we sell, deny or delay right of justice" (primitieve formulering van het recht op een eerlijk proces).

vooral, ten tweede, wordt de grondslag gelegd voor de ontwikkeling van een nieuwsoortige staatsorganisatie die niet langer op arbitraire en absolute macht kan berusten. Dat drukken de *founding fathers* van de Verenigde Staten uit in de volgende (sterk door Locke en Montesquieu geïnspireerde) beroemde zinnen : “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their creator with certain unalienable rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed. That whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or abolish it, and to institute new government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness”. Met andere woorden belichaamde de onafhankelijkheidsverklaring de oprichting van een door de burgers gecontroleerd en goedgekeurd gezag (het principe van volksoevereiniteit dat de weg opent naar democratie) dat op straffe van verzet en omverwerping een aantal essentiële rechten dient te eerbiedigen en te verzekeren, met name het leven, de vrijheid en het nastreven van geluk. Doch impliciet bevat de *Declaration* meer gegevens over de toekomstige staatsvorm : in de lange rij grieven aan het adres van de vroegere vorst staan *a contrario* een aantal andere principes vermeld, zoals het vertegenwoordigend karakter alsook de primauteit van de wetgevende macht, de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, de onderwerping van de militaire aan de burgerlijke macht, het recht op jury rechtspraak, het recht op vrije handel, ... De onafhankelijkheidsverklaring die de beginselen vastlegde zal later evenwel geen deel worden van de nog steeds van kracht zijnde Amerikaanse grondwet van 1791. Die heeft een groot deel van de vooropgestelde beginselen uitgewerkt, geconcretiseerd en opgelegd : een constitutioneel systeem van evenwicht van machten wordt georganiseerd (*checks and balances*) en in de aan de grondwet toegevoegde *Bill of rights* (oorspronkelijk 10 artikelen, nu 26) worden fundamentele rechten van de mens erkend (bv. geloofsvrijheid, persvrijheid, vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vereniging, het recht wapens te dragen (!), bescherming tegen arbitrair beslag en huiszoekingen, het recht op een eerlijk proces, ...). Kortom : ook in de 18de eeuwse Verenigde Staten van Amerika wordt een politiek-juridisch systeem in het leven geroepen dat terugvalt op de parlementaire democratie en de erkenning van individuele rechten en vrijheden,

In Frankrijk grijpt op ongeveer hetzelfde ogenblik de revolutie plaats. Die rekt af met het *ancien régime* waarin de macht van de Koning onbepaald en arbitrair was. “L’Etat, c’est moi !”, luidde het inderdaad uit de mond van Lodewijk XIV. Hiertegenover plaatsen de revolutionairen een heel ander maatschappijproject. Kort samengebond komt dit tot uitdrukking in de preambule van de *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* (26 augustus 1789) die als volgt luidt : “Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l’ignorance, l’oubli ou le mépris des droits de l’homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d’exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l’homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs; afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous. En conséquence, l’Assemblée nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l’Être Suprême, les droits suivants de l’Homme et du Citoyen”. Alweer legitimeert het nieuwe gezag zichzelf door verwijzing naar de wil van de natie of de ‘algemene wil’ (Rousseau). In de *Déclaration* komt zulks verder nog uitdrukkelijker tot uiting, bv. in art. 3 : “Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d’autorité qui n’en émane expressément”, of nog in art. 6 : “La loi est l’expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par

leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse". Hiernaast worden een reeks fundamentele natuurlijke rechten van de mens 'gedecclareerd' of erkend, zoals het recht op eigendom, vrijheid en veiligheid, het weerstandsrecht, de gewetensvrijheid, de godsdienstvrijheid en de vrijheid van meningsuiting. Op de rechtsbeschermende basisbeginselen van de (straf)rechtsbedeling - de willekeurige penaliteit van de vroegere vorsten ligt nog vers in het geheugen - wordt zeer sterk de nadruk gelegd; de *Déclaration* huldigt dan ook het recht op eerlijk proces en het verbod van willekeurige vrijheidsberoving, het legaliteitsbeginsel en de niet-retroactiviteit van de strafwet en het vermoeden van onschuld.

Voorbij hun onderlinge verschillen, blijken de drie beschreven ontwikkelingen fundamenteel gelijkaardig. Dit is niet zo verwonderlijk daar zij zich afzetten tegen eenzelfde soort arbitraire macht geïnspireerd door hetzelfde denkgoed en dezelfde politieke filosofie (Montesquieu, Locke, Rousseau, ...). Ook zijn de Engelse, Amerikaanse en Franse (r)evoluties het werk van dezelfde categorie van mensen, met name de 'derde stand' of de nieuwe rijke en handeldrijvende klasse, of nog, de proto-liberale kapitalistische bourgeoisie die een samenleving voor ogen heeft waarin zij haar activiteiten en positie het beste kan waarborgen. Daarvoor waren individuele vrijheid, de bescherming van eigendom, rechtszekerheid, scheiding tussen publiek en privé, de afschaffing van privileges en arbitraire staatsinterventies en een beperkte/gecontroleerde staatsmacht prioritair. De gemeenschappelijke basisingrediënten van deze drie historische omwentelingen vertegenwoordigen nog steeds de conceptuele grondvesten van de huidige democratische rechtsstaat⁵¹. Ze worden in de volgende paragraaf verder besproken.

II.4. Drie pijlers en even zoveel legitimiteitscriteria : democratie, fundamentele rechten en vrijheden van de mens en rechtsstatelijkheid

Eerder werd al gewezen op de fragiele complexiteit van een democratische rechtsstaat in de mate dat die steeds moet voldoen aan twee doelstellingen die tot elkaar in spanning staan : het mogelijk maken van individuele vrijheid en diversiteit, maar dat wel binnen een duurzaam geheel dat toch als een eenheid functioneert. Het recht kan in zo'n opzet niet louter instrumentalistisch - als bevelstructuur voor het beleid - worden benaderd; het moet integendeel- zonder te verzaken aan zijn dubbele binding - de complexe maatschappelijke (machts)verhoudingen beheren door ze met elkaar in relatie te brengen en te bemiddelen teneinde conflicten te kanaliseren. Een soortgelijke complexiteit is aan de orde bij de uittekening van het concreet juridisch-institutioneel uitvoeringsplan van zo'n maatschappijproject. Daarom ook dat de door de 17/18de eeuwse denkers en revolutionairen geformuleerde hervormingen tot en met de huidige structuren van de democratische rechtsstaten eveneens op ingewikkelde, dynamische en evenwichtszoekende leest zijn geschoeid. Meer concreet proberen zij in de schoot van één geheel, de democratische rechtsstaat, drie tot elkaar in spanning staande en elkaar soms overlappende principes te verenigen⁵² : de democratie, de fundamentele vrijheden en rechten van de mens, en de rechtsstatelijkheid. Om te blijven passen binnen het project van een democratische rechtsstaat moeten beleid, handelingen, kritieken en hervormingsvoorstellen tegemoetkomen aan de vereisten van elk van de drie principes. Daarom zijn de drie principes tevens legitimiteitscriteria.

⁵¹ Daarom ook dat heel wat tegenwoordige grondwetten, niet alleen in het Westen, niet alleen geschoeid zijn op dezelfde leest, maar soms expliciet refereren aan de genoemde basisdocumenten. Zo vindt men bv. in artikel 13 van de Japanse grondwet letterlijk de woorden van John Locke en de Amerikaanse *Declaration of independance* terug: eenieder geniet *the right to life, liberty, and the pursuit of happiness*. Dat ligt natuurlijk aan het feit dat de naoorlogse grondwet werd opgesteld onder toezicht van de geallieerde overwinnaars, waarbij vooral de Amerikanen hun stempel doordrukten.

⁵²

Verder worden deze drie principes om didactische redenen elk afzonderlijk beschouwd. Het is evenwel zo dat ze in de praktijk in elkaar lopen. Bepaalde implicaties die ik verder zal afleiden uit één van de principes, kunnen dan ook toegeschreven worden aan het samenspel van twee of drie van de principes.

a. *Democratie*. De eerste pijler van de democratische rechtsstaat is verbonden met de idee van de politieke zelfdeterminering van het volk. Na de periode van de vorst-soeverein breekt die van het soevereine volk aan. Gezag, macht en *government* zijn voortaan alleen dan legitiem als zij emaneren van het volk en als dusdanig reconstrueerbaar zijn. De verschillende variaties op het thema van het sociale contract (Beccaria, Locke, Rousseau, Hobbes, ...) zijn in die zin telkens metaforen (of contrafaktische begrippen) die het mogelijk maken om het ontstaan en het constitueren van een politieke gemeenschap gebaseerd op de wil van het volk te funderen⁵³. De soeverein wordt dan geacht gevormd te zijn geweest door bv. de optelsom van de stukjes door de individuen afgestane vrijheid (Beccaria) of door de *volonté générale* (Rousseau). Anders uitgedrukt : de maatschappelijke macht (de 'sovereiniteit') moet dankzij zulke grondslagentheoretische begrippen steeds kunnen worden teruggevoerd tot het volk.

In de democratie staat bijgevolg de participatie van de burgers aan het beleid centraal. Zowel de wetgeving als het beleid dienen in principe afgestemd te zijn op 'de wil van het volk', d.w.z. het 'algemeen belang'. Dat wordt gerealiseerd doorheen verkiezingen die de representativiteit van de organen en instellingen moeten verzekeren. Zowel de wetgever als de regering vinden als gevolg van de toepassing van de meerderheidsregel een draagvlak in het volk dat hen rechtstreeks of onrechtstreeks verkiest. Idealiter zijn de wetgevende en de uitvoerende macht dan ook effectief toegespitst op de realisatie van een gemeenschappelijk en algemeen project dat minstens de instemming van de meerderheid wegdraagt. Tegenover deze achtergrond is het overigens duidelijk dat een democratie niet denkbaar is zonder dat een permanent open en publieke debat wordt gevoerd over de normen en waarden die zij dient te verwerkelijken. Zonder mogelijkheid tot onafhankelijke en vrije opinievorming voor de burgers of zonder onafhankelijke stem van het volk, komt de democratie in ademnood⁵⁴. Het is duidelijk dat de media bij de vervulling van de voorwaarden een bijzondere verantwoordelijkheid dragen.

Een eerste probleem rijst wanneer de vertegenwoordigende mechanismen verloederen en zij van de publieke zaak vervreemden. Het politieke cliëntelisme of dienstbetoon, zoals dat in België lang schering en inslag is geweest, is in die zin een gevaarlijke zaak. Het heeft immers tot gevolg dat de politiek verwordt tot een spel van onmiddellijke private belangenbehartiging zonder verdere inbedding in de publieke zaak. Indien het 'arrangeren' van een bouwvergunning, een baan, een vrijstelling van legerdienst, een seponering van een boete, een benoeming of een bevordering doorslaggevend worden voor snelle (maar efemere) electorale successen, dan staan de politiek en de democratie op de helling⁵⁵.

Een tweede probleem is dat de democratie zoals die hierboven werd omschreven - als sterk getekend door het principe van de 'wet van de meerderheid' - het gevaar in zich draagt dat zij ook evolueert tot een tirannie van de meerderheid, waarbij deze laatste de plaats inneemt van de oude absolutistische soeverein. De meerderheid zou immers over alles en om het even welke *legitieme* beslissingen kunnen nemen als die maar tot stand komen in een representatief orgaan. Dat kunnen we ons vandaag de dag echter niet langer voorstellen, omdat het samengroeien van de democratie, de rechtsstaat en de fundamentele rechten van de mens zulks in principe niet langer mogelijk maken (infra). Tevens heeft dit samengaan aan de democratie een verderreikende betekenis verleend⁵⁶.

⁵³

Hierover o.m. FOQUE, R. & 't HART, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, o.c., o.m. op 67-180.

⁵⁴

FOQUE, R., "Rechtsstatelijke evenwichten ...", *l.c.*, 1-5 en FOQUE, R., "De ethische rol van de onafhankelijke rechter", *Trema. Tijdschrift voor de rechterlijke macht*, 1993-11, 462 et seq.

⁵⁵

FOQUE, R., "Rechtsstatelijke evenwichten ...", *l.c.*, 4.

⁵⁶

In die zin bv. CHEVALLIER, J., *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, 1994, 58-62 en GARAPON, A., o.c., passim.

Thans is de democratie gebonden aan een reeks beperkende constitutionele spelregels die in functie staan van de bescherming van de individuen en de minderheid, alsook van het streven machtsuitoefening door machtsevenwichtsmechanismen te beperken en te kanaliseren (infra). Inhoudelijk impliceert dit, zoals Touraine goed heeft beschreven, dat een democratisch politiek systeem vandaag de dag het bestaan moet erkennen van maatschappelijke - individuele en groepsmatige - diversiteit en van onvermijdelijke en onoverbrugbare waardenconflicten. Een democratie verzoent zodoende in haar schoot steeds eenheid en diversiteit, vrijheid en integratie, door middel van de verkiezing van de bestuurders door de bestuurden, die dan weer gehouden zijn tot het respect van fundamentele rechten en vrijheden van allen, inclusie de leden van de minderheid. In een democratie worden de verliezers - de anderen - niet langer uitgesloten of vernietigd, zij worden juist een mondige minderheid. Kortom: "La démocratie n'existe pas en dehors de la reconnaissance de la diversité des croyances, des origines, des opinions et des projets. Ce qui définit la démocratie, ce n'est donc pas seulement un ensemble de garanties institutionnelles ou le règne de la majorité, mais avant tout le respect des projets individuels et collectifs, qui combinent l'affirmation d'une liberté personnelle avec le droit de s'identifier à une collectivité sociale, nationale ou religieuse particulière (...) L'égalité pour être démocratique, doit signifier le droit de chacun de choisir et de gouverner sa propre existence, le droit à l'individuation contre toutes les pressions qui s'exercent en faveur de la et de la normalisation"⁵⁷. In die zin is democratie eerst en vooral een permanent proces waarbinnen het evenwicht tussen de verschillende (soms tegengestelde) krachten - en dus de eenheid van het systeem - wordt gehandhaafd, zonder dat zulks zou uitmonden in één centrale lijn of één politiek streven⁵⁸.

b. *De fundamentele rechten en vrijheden van de mens.* Om hen tegen ontspoorde machtsuitoefening te beschermen verkrijgen de individuen fundamentele vrijheden en rechten, die overeenkomstig het dominante oorspronkelijke verhaal van het natuurrecht vooraf gaan aan elke staatsvorming en onopzegbaar, onvervreemdbaar, heilig en onvergankelijk zijn. Zij worden geacht van nature aan ieder individu te behoren om de loutere reden dat zij of hij een mens is. Daardoor transcenderen de fundamentele vrijheden en rechten van de mens het nationale recht en de politieke macht van het moment⁵⁹. Het individu bestaat als rechtssubject dus los van, en zelfs tegen de staat. De fundamentele rechten en vrijheden belichamen in die zin tegelijk een erkenning van de macht van de individuen en de ondergrens van de aanvaardbare inmengingen van de staatsmacht.

⁵⁷

TOURAINÉ, A., *Qu'est-ce la démocratie ?*, o.c., 26-27. En op p. 35: "La démocratie repose sur la reconnaissance de la liberté individuelle et collective par les institutions sociales, et la liberté individuelle et collective ne peut pas exister sans le libre choix des gouvernants par les gouvernés et sans la capacité du plus grand nombre de participer à la création et à la transformation des institutions sociales. Tout ceux qui ont pensé que la liberté véritable résidait dans l'identification de l'individu à un peuple, à un pouvoir ou à un dieu, ou, au contraire, que l'individu et la société devenaient libres ensemble en se soumettant à la raison, ont ouvert la voie à des régimes autoritaires. La pensée démocratique ne peut survivre aujourd'hui qu'à partir du refus de ces réponses unitaires".

⁵⁸ Een zodanig begrip van democratie impliceert dat deze per definitie haaks staat op "de obsessie van de nationale, religieuze of etnische identiteit" en de uniformiserende en vervlakkende massacultuur, gedragen door de economische krachten (TOURAINÉ, A., *Qu'est-ce la démocratie ?*, o.c., 29). Of om het met de ongezouten woorden van Touraine te zeggen : een nationale samenleving die cultureel homogeen is, is per definitie antidemocratisch (*ibid.*, 175). Zie ook op p. 30-31: "L'appel à la communauté détruit la démocratie chaque fois qu'au nom d'une culture il renforce un pouvoir politique, chaque fois qu'il détruit l'autonomie du système politique et qu'il impose une relation directe entre un pouvoir et une culture, en particulier entre un Etat et une religion". Over de m.i. onoverbrugbare kloof tussen het nationalisme (en dus ook het Vlaams nationalisme) en de basisbeginselen van een democratische rechtsstaat zie : GUTWIRTH, S., 'Het harlekijnspek en het vale ezelsvel', *l.c.*, 53-88 en GUTWIRTH, S., *Privacyvrijheid !*, o.c., 93-98.

⁵⁹

Niettemin sloeg men erin - om maar één voorbeeld te geven - om die mooie universalistische mensenrechtelijke idealen in de 19de eeuw gedurende lange decennia te verzoenen met slavernij en slavenhandel.

Thans moet er niet langer worden teruggevallen op het natuurrecht. Niettegenstaande de vanzelfsprekende weerstand van de staten, die terzake hun soevereiniteit inriepen, breekt de internationale bescherming van de rechten van de mens door na de tweede wereldoorlog. In principe is nu ieder mens krachtens het internationale recht titularis van fundamentele rechten en vrijheden⁶⁰. Soms zijn hiermee supranationale controlemechanismen verbonden. Voor België zijn terzake zowel het B.U.P.O. als het E.V.R.M. van het allergrootste belang. Deze verdragen met rechtstreekse werking in de Belgische rechtsorde vormen een toetssteen voor de wetgeving, het beleid en de rechtspraak. Zij vervullen a.h.w. respectievelijk een internationale en regionale 'constitutionele' functie. Daarnaast is het uiteraard zo dat het overgrote deel van de hedendaagse nationale grondwetten een hoofdstuk fundamentele rechten en vrijheden bevatten, waarin de nationale rechtsorde zich in zijn hoogste norm verbindt tot het respect van de opgesomde rechten en vrijheden. Hieraan weze volledigheidshalve nog toegevoegd dat steeds meer blijkt dat de fundamentele rechten en vrijheden ook gelden in horizontale verhoudingen. Dat is logisch. Immers, zo de staat, die in principe het algemeen belang behartigt, zich niet mag inmengen in de privacy van de burgers, waarom zou dat dan niet gelden voor werkgevers, handelaars, verhuurders, bureaus en anderen, die zich tegenover de schending slechts een privé-belang kunnen beroepen? Voor journalisten ligt dat dan weer anders, want die kunnen het recht op informatie en de vrije meningsuiting als tegenrecht doen gelden. Maar zelfs voor journalisten zijn er limieten.

Meteen blijkt hieruit dat de fundamentele rechten en vrijheden niet absoluut zijn. Zij vinden hun limieten in de rechten en vrijheden van anderen, alsook in het algemeen belang. Dat betekent dat *legitieme* schendingen perfect mogelijk zijn. Die worden in de verdragen en grondwetten doorgaans ook expliciet voorzien. Overeenkomstig het E.V.R.M., bijvoorbeeld, zijn (staats)inmengingen in de privacy slechts legitiem indien zij voldoen aan bepaalde zwaarwichtige voorwaarden. Ten eerste moet de aantasting bij wet - of equivalent bevonden rechtsbron - voorzien worden (formeel criterium); ten tweede kan zij uitsluitend geschieden als zij nodig is in een democratische samenleving (noodzakelijkheids criterium); ten derde, kan zulks alleen ter verwezenlijking van bepaalde, limitatief in art 8 tweede lid E.V.R.M. opgesomde wettige doeleinden zoals openbare veiligheid, volksgezondheid of de vrijwaring van rechten en vrijheden van anderen (legitimiteitscriterium) en ten vierde heeft het Hof te Straatsburg daaraan als voorwaarde nog toegevoegd, dat de inmenging nuttig, onontbeerlijk en evenredig moet zijn voor de verwezenlijking van het vooropgestelde doel (proportionaliteitscriterium). Het laatste criterium impliceert meer concreet dat het vooropgestelde doel niet had kunnen worden bereikt door een maatregel die de gewaarborgde vrijheid in mindere mate zou hebben aangetast. Indien aan die voorwaarden wordt voldaan, kan de overheid legitieme maatregelen treffen die een inmenging in de privacy voorstellen, zo niet kan het Hof te Straatsburg ze in tegenstrijd met het E.V.R.M. verklaren. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn als telefoontap in een staat wordt bevolen zonder wetgeving die deze mogelijk en voorzienbaar maakt. Globaal genomen is het beschermingssysteem van fundamentele rechten en vrijheden dan ook getekend door evenwichtsoefeningen en afweging van

⁶⁰

Zo vanzelfsprekend is dat natuurlijk niet, en er bestaan nog steeds talrijke discussies zowel over de universaliteit zelf als over de juridische grondslag van die universaliteit. Over de eerste discussie zie o.m. FALK, R., "Cultural foundations for the international protection of human rights" in *Human rights in cross-cultural perspective. A quest for consensus*, AN-NA'IM, A.A., Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, 44-64 en RAES, K., "De universele strekking en de contextuele variabiliteit van mensenrechten" in *Van wereldburger tot 'bange blanke man'*, CORIJN, H. (Ed.), Brussel, VUBPress, 1994, 91-115. Over de tweede zie o.m. HENKIN, L., "Human rights and state 'sovereignty'" en D'AMATO, A., "Human rights as a part of customary international law : a plea for change of paradigms" in *Customary international human rights law : evolution, status and future*, LILLICH, R.B., WILNER G.M. & HODGE, S.A. (Eds.), Special Issue of the *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, 1995/1996, nrs. 1&2, 31-98.

rechten en belangen. Dat heeft tot gevolg dat meestal wel goede of slechte argumenten kunnen worden gevoerd ter staving van de legitimiteit van een bepaalde inbreuk op een fundamentele vrijheid, maar nooit kan het recht in zijn geheel worden uitgehouden. Staten die zover gaan dat ze de beleving van bepaalde fundamentele rechten volledig hypothetisch maken, kunnen dan van illegitimiteit worden beschuldigd, ongeacht of zij ageren met de steun van de meerderheid van de bevolking.

Nochtans zijn er ook een aantal mensenrechten waarvan nooit op legitieme wijze kan worden afgeweken. Hun schending druist daarvoor te ver in tegen de menselijke waardigheid. Met name is dat het geval voor het slavernijverbod, voor het verbod te folteren en onmenselijke of ontorende behandelingen op te leggen en voor het beginsel van de niet-retroactiviteit van de strafwet⁶¹. Schendingen van die rechten zijn steeds illegitiem. De spiegel van deze ‘harde kern’ van rechten zijn de onverjaarbare misdaden tegen de mensheid. Het gaat dan om quasi-metafysische misdrijven, die naast hun materiële dimensie ook nog een elementair begrip van de menselijkheid (*humanité*) schokken : deportaties, uitroeiingen, genocides, apartheid, etnische zuiveringen, systematische verkrachtingen, ... Zij komen erop neer dat het mens-zijn van de ander wordt ontkend. Kortom, zelfs al bestaat er geen instantie die gemachtigd is om zich uit te spreken over de legitimiteit van een politiek bewind of regime, dan zijn er toch juridische criteria voorhanden om zich daarover uit te spreken. In die zin zijn er vandaag, refererend aan de naoorlogse ontwikkelingen op het vlak van de mensenrechten, voldoende juridische normen voorhanden om het Naziregime, niettegenstaande de verkiezingsoverwinningen van de NSDAP, vanuit mensenrechtelijk oogpunt te diskwalificeren⁶². Het democratische (of sociologische) criterium heeft zo zijn beperkingen.

3. Het derde principe betreft de *rechtsstatelijkheid*⁶³. Het moet er borg voor staan dat de uitoefening van de maatschappelijke macht niet opnieuw absoluut, arbitrair en bevelmatig zou worden. Basisgedachte is de onderwerping van de staatsmacht aan constitutionele spelregels, waardoor hij wordt beperkt en begrensd⁶⁴. Zo is de overheidsmacht zelf gebonden door het recht en kan hij slechts overeenkomstig het recht worden uitgeoefend. Alle machten emaneren van de grondwet - die op zijn beurt van het volk emaneert (democratisch principe) - en moeten als dusdanig kunnen worden geïnterpreteerd. Elke machtsuitoefening moet in overeenstemming met de grondwet en op deze basis controleerbaar zijn. De rechtsstatelijkheid verwijst bijgevolg ‘naar de gedachte dat moderne samenlevingen *door wetten en niet door mensen worden geregeerd*, dat het gezag, met andere woorden, onpersoonlijk en niet persoonlijk wordt uitgeoefend. Geen willekeurige bevelen van een persoon, maar redelijke wetten moeten de samenleving ordenen. Die wetten hebben op hun beurt als centraal kenmerk dat zij *algemeen* zijn, in alle gevallen voor alle personen gelijk (zouden moeten) gelden en ‘abstractie maken’ van particuliere verschillen tussen mensen en situaties. Dit impliceert de formele gelijkheid tegenover de wet’⁶⁵. De legaliteit van het beleidshandelen en de bevoegdheidsbeperking van de staatsorganen nemen dus een cruciale plaats in.

⁶¹ Men kan dus nooit worden vervolgd of bestraft voor een feit dat op het ogenblik van de feiten niet bij wet was strafbaar gesteld.

⁶²

Over de vraag naar de legitimiteit van het Nazi-regime zie RIGAUX, Fr., *o.c.*, 85-124 (‘Légalité et légitimité de Weimar à Nuremberg’). Zie ook RIGAUX, F., ‘Les juristes allemands dans l’Etat totalitaire (1933-1945)’, *Bulletin de la Classe des lettres et des Sciences Morales et Politiques*, 1995, 411-477.

⁶³ Verwante begrippen zijn : constitutionalisme, de heerschappij van het recht, de *rule of law*, de *Rechtsstaat*, de *prééminence du droit*, ...

⁶⁴

CHEVALLIER, J., *o.c.*, 11.

⁶⁵

RAES, K., *Tegen betere wetten in*, *o.c.*, 1.

Uiteraard is de rechtsstatelijke idee historisch en politiek-filosofisch ingebed in het liberalisme⁶⁶. Dat speelt niet alleen in negatieve zin, d.w.z. als reactie *tegen* het vroegere absolutisme dat de opkomst van de handeldrijvende en concurrerende bourgeoisie in de weg stond, maar ook in positieve zin in de mate dat de idee de vrije concurrentie naar de toekomst voor eenieder moet waarborgen. Voor de burgerij wordt een minimaal rechtsstatelijk kader geschapen waarbinnen optimaal, zonder concurrentievervalsing overheidsingrijpen (tenzij dan om de belangen van dezelfde burgerij te verdedigen : veiligheid waarborgen, eigendom beschermen, ...), handel kan worden gedreven. De nadruk wordt gelegd enerzijds op regels die de staatsmacht beperken - evenwicht van machten, bevoegdheidsopsplitsingen, procedures - en anderzijds op de erkenning van de vrijheden van de enkelingen, die overigens ook geen interventie maar een abstinentie van de staat impliceren. Naar de daadwerkelijke sociale ongelijkheid en de ongebreidelde uitbuiting, die het gevolg zijn van de contractuele vrijheid, wordt niet gekeken. Dat maakt zo'n rechtsstaat louter *formeel* en waardenloos : procedures moeten de macht van de overheid beperken en die van de burgerij bevrijden, en daar blijft het bij. Zo'n rechtsstaat is natuurlijk niet automatisch een democratische, laat staan een sociale rechtsstaat. Sprekend hiervoor is dat een reeks vermaarde Duitse juristen, alsook de hoven en rechtbanken, de machtsovername door Hitler - voorbij de misdadige en discriminatoire inhoud van zijn programma - in overeenstemming hebben bevonden met de Weimar-grondwet en dus met de rechtsstatelijke principes. Overigens volstrekt ten onrechte, daar meteen na het aantreden van Hitler als rijkskanselier (1933) flagrante schendingen van de vigerende grondwet kunnen worden geduid⁶⁷.

Het begrip van de rechtsstaat heeft sinds de 19de eeuw evenwel een verdieping ondergaan. Zeer zeker werden gaandeweg de interne controlemechanismen verscherpt (infra), doch tevens heeft de rechtsstatelijke gedachte, naast zijn formeel karakter, ook substantie gekregen. Zij is evenzeer '*materieel*' geworden⁶⁸. Dit werd hierboven reeds aangesneden wanneer, bij de evocatie van de relationele rechtsopvatting, de relativiteit of waardenloosheid van het recht werd genuanceerd. Vandaag de dag roept de rechtsstaat inderdaad meer op dan het bestaan van een formeel en gehiërarchiseerd staatkundig geheel. De idee is nu ook verbonden met de bescherming en bekrachtiging van een aantal fundamentele rechten en vrijheden binnen een dispositief dat streeft naar evenwichten tussen die rechten en vrijheden onderling en dit wel, tegen de achtergrond van het nastreven van het algemeen belang of de publieke zaak. Zoals reeds gesuggereerd is deze evolutie zeker een reactie tegen de totalitarismen van deze eeuw. Doch tevens is zij het gevolg van de opkomst van de verzorgingsstaat die naast het beschermen van de individuele vrijheid ook streeft (of streefde ?) naar de verwezenlijking van de materiële behoeften van de mens of de 'gelijkheid' tussen hen. In die zin is de evolutie verbonden met de uitbouw en grondwettelijke/internationaalrechtelijke verankering van de sociaal-economische of 'tweede generatie' rechten van de mens die wel degelijk een positieve interventie van de staat veronderstellen. Voorbeelden van zulke rechten zijn het recht op onderwijs, op degelijke huisvesting, op gezondheid, op arbeid, enzovoort; rechten die voor hun verwezenlijking een actie van de staat veronderstellen en dus per definitie op gespannen voet staan met de 'eerste generatie' mensenrechten, met name de fundamentele vrijheden. De democratische rechtsstaat moet bijgevolg de verhoudingen regelen tussen deze rechten en vrijheden en de tegenstrijdige belangen die zij kunnen dragen. Dit impliceert dan weer dat 'relationele waarden' zoals emancipatie, participatie,

⁶⁶

CHEVALLIER, J., *o.c.*, 54-55 en RAES, K., *Tegen betere wetten in, o.c.*, 3-4.

⁶⁷

RIGAUX, Fr., *o.c.*, 85-124.

⁶⁸

Hierover zie CHEVALLIER, J., *o.c.*, 73-119.

diversiteit, respect, proportionaliteit, dialoog en belangenafweging het geheel wel degelijk moeten schragen.

Een ander essentieel aspect van de rechtsstatelijkheid is de *trias politica* of het evenwicht van machten⁶⁹. Doelstelling is de staatsmacht te spreiden over verschillende machtscentra met onderscheiden bevoegdheden en functies. Om de macht te beperken wordt een pluraliteit van machtshaarden in het leven geroepen die elkaar op dynamische wijze in evenwicht moeten houden door een systeem van wederzijdse controle (*checks and balances*). Dit stelsel kan uiteindelijk worden teruggevoerd tot de beroemde zinnen uit Montesquieu's *De l'esprit des lois*: "Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir"⁷⁰. Om macht te remmen, moet hij worden opgesplitst. In plaats van de ondeelbare, absolute, centrale en personifieerbare soeverein komt een constructie waarbij de soevereiniteit wordt verdeeld tussen verschillende concurrerende machtscentra die samen dienen te handelen én elkaar wederzijds controleren. Deze *balance of power* leidt tot begrenzing en kanalisering van de staatsmacht en past bijgevolg in het ideaal van een geordende (liberale) samenleving waarin de individuele vrijheid centraal staat. "Machtconcentratie moet vermeden worden door *checks and balances*. Waar standen, klassen, organisaties, individuen *in iudicis* op elkaar botsen moet de ene macht de andere macht afstoppen opdat de tirannie, ook die van de meerderheid, wordt vermeden. In deze botsing van strevingen moet het mogelijk zijn dat rationeel handelende individuen in en door hun organisaties een strategie weten te vinden die tot gecoördineerd gedrag leidt"⁷¹. Kortom: een centralistische machtsorganisatie moet wijken voor het principiële pluricentrisme van de macht⁷². Ook hier worden de strijd en de projecten van de 18de eeuwse revolutionairen zichtbaar.

Meer concreet impliceert de machtsevenwichtstheorie een grondwettelijke organisatie van de verhoudingen en evenwichten tussen de drie staatsmachten die elk een staatkundige functie te vervullen hebben. De verkozen wetgevende macht maakt de wetten en controleert de uitvoerende macht, de regering. Eveneens (onrechtstreeks of rechtstreeks) verkozen, voert deze laatste, binnen de ruimte uitgestippeld door de wetgeving, het politiek, economisch en sociaal beleid uit. De onafhankelijke rechterlijke macht verzekert de toepassing van de wet in het kader van de beslechting van geschillen, waarbij zijn bemiddelende activiteit essentieel is. In een machtsevenwichtstheorie kunnen de krachtsverhoudingen tussen de drie machten worden bijgesteld. Zij worden niet beschouwd als strikt gescheiden (naar functies, personen en organen) maar er wordt gestreefd "een onafhankelijkheid te bereiken die leidt tot wederzijdse afhankelijkheid (*interdependence*)"⁷³. Natuurlijk zijn hiermee niet alle problemen van de baan, zelfs al zijn ze welbekend. Zo zijn ten aanzien van de wetgevende functie een reeks ontwikkelingen problematisch zoals bv. het veelvuldig gebruik van delegaties of volmachten, het terugvallen op kaderwetgeving en de aangroei van pseudo-wetgeving. De uitvoerende macht doet dan weer veel meer dan louter de

⁶⁹

Terzake wordt dikwijls, maar ten onrechte, gesproken van 'scheiding van machten'. Een praktijk van werkelijke 'scheiding' en impermeabiliteit van machten is onbestaande. Over deze problematiek en de verschillende toonaarden die het verhaal van de *trias politica* kan aannemen; zie de fraaie oratie van WITTEVEEN, W.J., *Evenwicht van machten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, 101 p. Zie o.m. ook ADAM, M., *l.c.*, 1209 et seq.; FOQUE, R., "Rechtsstatelijke evenwichten ...", *l.c.*, 3; FOQUE, R. & 't HART, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming, o.c.*, 80 et seq.; RAES, K., *Tegen betere wetten in, o.c.*, 3 en RINGELHEIM, F., *o.c.*, 11 et seq.

⁷⁰ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, t. 1, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, 293.

⁷¹

WITTEVEEN, W.J., *o.c.*, 70.

⁷²

FOQUE, R., "Rechtsstatelijke evenwichten ...", *l.c.*, 2-3. Cf. ook FOQUE, R., "Rechtsstatelijke vernieuwing. Een rechtsfilosofisch essay", *l.c.*, 18-44.

⁷³

WITTEVEEN, W.J., *o.c.*, 22.

wet uit te voeren : de regering bestuurt op basis van een beleid ('het regeerakkoord') dat niet in het parlement tot stand komt. Met betrekking tot de rechterlijke macht rijst de vraag naar de grenzen van diens controle op de wil van de wetgever en op de beleidsvrijheid van de regering.

De verhoudingen tussen de drie machten hebben in de loop van de laatste twee eeuwen overigens een aantal ingrijpende veranderingen ondergaan. Tijdens de 19de eeuw heeft de wetgevende macht duidelijk het overwicht. Hij put zijn legitimiteit in het feit dat hij de natie en de algemene wil vertegenwoordigt. Het parlement verricht dan ook daadwerkelijk het legislatieve werk en het controleert, ontbindt en maakt de regeringen⁷⁴. De rechterlijke macht dient zich strikt (althans op het Europese vasteland) aan zijn rol te houden en moet niet meer, niet minder zijn dan *la bouche de la loi*. De rechter wordt gezien als een figuur met weinig macht : "Simple mécaniciens dans la vaste machine du droit édifîée par le législateur, sa carrière est celle d'un bureaucrate, sa fonction est 'étroite, mécanique, non créative'"⁷⁵. De minimale rol die de rechter wordt toegeschreven hangt natuurlijk samen met zijn gebrek aan representativiteit⁷⁶. Op het ogenblik dat de overgang van de vorstelijke naar de volkssoevereiniteit nog vers in het geheugen ligt, oogst dit 'aristocratische' personage weinig vertrouwen.

In de loop van de 20ste eeuw verwatert de macht van de wetgever ten bate van de uitvoerende macht. De regering wordt oppermachtig. Dit is te wijten aan de stijgende complexiteit van de sociaal-economische uitdagingen, de versnelling van het maatschappelijke leven en de uitbouw van de verzorgingsstaat. Steeds meer wordt het beleid uitgestippeld buiten de parlementaire cenakels, bijvoorbeeld op het vlak van het sociaal-economisch en het sociaal zekerheidsrecht waar de sociale gesprekspartners en de uitvoerende macht de hoofdrolspelers zijn⁷⁷. Maar ook in meer algemene termen zijn het wetgevend initiatief, het voorbereidend legislatief werk en de bepaling van het beleid een zaak van de regering geworden : de uitvoerende macht "trekt" het parlement, daarin gesteund door een door toedoen van de partijen gedisciplineerde meerderheid. De controle van het parlement op de regering is grotendeels fictief geworden⁷⁸. Daarbij komt nog dat kader- en volmachtwetten niet zelden expliciet een grote vrijheid aan de regering geven. Ook op de rechterlijke macht heeft de regering, via budgetbepaling, benoemings- en promotiebeleid een bijzonder grote greep gekregen (supra).

Deze *montée en puissance de l'exécutif*⁷⁹ lijkt thans voorbij haar hoogtepunt. Een reeks auteurs stelt vast dat opnieuw een verschuiving in het evenwicht van machten plaatsgrijpt, waar de uitvoerende macht verzwakt uitkomt en de rechterlijke macht op de voorgrond treedt⁸⁰. Dat de uitvoerende macht aan slagkracht inboet heeft in de eerste plaats te maken met het lange aanslepen van de sociaal-economische crisis (werkloosheid, sociale ongelijkheid en uitsluiting, ...) en de gestage afbouw van de verzorgingsstaat. Dit gaat gepaard met een steeds aanzwellend vertrouwensverlies, dat nog wordt versterkt door de door de partijen gestuurde wederzijdse dekking tussen de wetgevende en de uitvoerende macht. Maar ook de uitbreiding en verdieping van de inter-

⁷⁴

Hierover zie RINGELHEIM, F., *o.c.*, 13; SALAS, D., *o.c.*, 8 et seq.

⁷⁵

SALAS, D., *o.c.*, 15.

⁷⁶

Cf. ADAM, M., *l.c.*, 1209.

⁷⁷

RAES, K., *Tegen betere wetten in*, *o.c.*, 8.

⁷⁸

RINGELHEIM, F., *o.c.*, 13.

⁷⁹

CHEVALLIER, J., *o.c.*, 74.

⁸⁰

Zie : GARAPON, A., *o.c.*, 281 p.; GARAPON, A. & SALAS, D., *o.c.*, 140 p.; RINGELHEIM, F., *o.c.*, 89 p. en SALAS, D., *o.c.*, 291 p.

en supranationale rechtsordes (Europese Unie, Verenigde Naties, Raad van Europa, GATT, ...) gaan gepaard met een afkalving en beperking van de nationale bevoegdheden en beleidsvrijheid. Tenslotte blijkt ook dat de staat steeds minder vat lijkt te kunnen krijgen op het gemondialiseerde economische gebeuren. Gevolg van deze evoluties is wel dat de machtige plaats die de uitvoerende macht heeft verworven op grootschalige wijze wordt geïnterpreteerd. Er is vraag naar een hertekening van het evenwicht van machten.

Zulks uit zich in de opkomst van rechterlijke macht⁸¹. “Aujourd’hui, schrijft Salas, la justice s’arrache à un long sommeil où la plongée notre culture politique. Un glissement majeur se produit : *la justice quitte son statut de dépendance de l’exécutif et devient un pouvoir spécifique en imposant l’arbitrage du droit entre le peuple et le politique (...)* entre les représentants et les représentés”⁸². Het duidelijkst blijkt deze evolutie uiteraard uit de spectaculaire conflicten tussen de rechterlijke en de uitvoerende macht, waarbij overal in Europa, corruptie en schandalen in de schoot van de regeringen door de rechterlijke macht aan het licht werden gebracht. Deze ‘affaires’ zijn van fundamenteel belang omdat zij de jarenlange feitelijke immuniteit van de politieke klasse doorprikken en inhoud geven aan zoiets als een onafhankelijke controle op de staatsmacht. In die zin kunnen zij niet worden herleid tot acties van overijverige rechters (die al dan niet meedoen aan politieke afrekeningen) of tot door de media opgefokte feuilletons⁸³. Zij liggen integendeel in het verlengde van een vertrouwensverlies in de politiek of, anders gesteld, van de spreekwoordelijke ‘kloof’ tussen de burger en de politiek. De versterking van de rechterlijke macht moet dus worden gesitueerd tegenover een implosie van onze democratische samenlevingen. Ook het verdwijnen van het Oostblok en het daarmee gepaard gaande legitimerende vijandsbeeld hebben bijgedragen tot een herbezinning over de functie van de staat en zijn organisatie. De strijd tussen ideologieën en de koude oorlog voorbij, kijken de Westerse democratieën in eigen boezem op zoek naar legitimiteitscriteria. Positief geformuleerd geven de affaires dan ook uiting aan een hernieuwde invulling van het democratiebegrip. Politieke claims worden nu vooral *juridisch* vertaald en er wordt sterk nadruk gelegd op het belang van een onafhankelijke controlerende macht over de machten. Of zoals Garapon het stelt : “Le droit n’est plus l’instrument de la conservation sociale mais de sa contestation : il se pose désormais comme la *source* d’une société qui se constitue dans la quête d’elle même”⁸⁴. De democratische rechtsstaat verfijnt zich door een plaats te voorzien waar een uitspraak kan worden gedaan over zichzelf, over de politiek, over het beleid⁸⁵. De rechterlijke macht kan voortaan dwarsliggen voor een uitvoerende macht die zich sterk maakt een vrijbrief te hebben ontvangen voor een jarenlange regeerperiode. Illustratief voor deze ontwikkelingen is dat de rechterlijke macht zich gaandeweg ook loswerkt van zijn bevoegding door de uitvoerende macht. De ‘depolitiseren van de magistratuur’ leidt er inderdaad toe dat de regering inzake benoemingen en bevorderingen van de magistratuur plaats moet ruimen voor een onafhankelijk orgaan.

De opkomst van de rechterlijke macht blijkt overigens nog genoegzaam uit andere ontwikkelingen. Zo worden na de tweede wereldoorlog in tal van landen constitutionele gerechtshoven opgericht, die bevoegd zijn om wetgeving, beleid en rechtspraak te toetsen aan de

⁸¹

Zie ook ADAM, M., *l.c.*, 1210-1213.

⁸²

SALAS, D., *o.c.*, 9 en 13 (originele cursivering).

⁸³

Of zoals Garapon het kernachtig stelt : “C’est moins le juge qui devenu un nouvel acteur politique que les hommes politiques de nouveaux justiciables”; GARAPON, A., *o.c.*, 31.

⁸⁴ GARAPON, A., *o.c.*, 46.

⁸⁵

Deze nood aan een plaats waar een *juridisch* oordeel kan worden geveld over beleidsdaden komt overigens ook tot uiting in de oprichting van parlementaire onderzoekscommissies die typisch gerechtelijke taken waarnemen. Deze trend illustreert ongetwijfeld de onmacht (onwil) van het parlement om *politieke* controle op de regering uit te oefenen.

grondwet. Niet toevallig geschiedt dit eerst in Duitsland, Italië en Japan⁸⁶. Later, in de zeventiger jaren, is het de beurt aan Spanje, Portugal en Griekenland, en ook de ex-oostbloklanden richten na 1989 grondwettoetsende organen op: het totalitarisme heeft diepe wonden geslagen en men wil zich wapenen tegen de macht van de staat⁸⁷. Wetgeving en beleid moeten zich voortaan, onder toezicht van de constitutionele rechters, houden aan de fundamentele beginselen vooropgesteld door de grondwet. Op internationaal vlak vindt ook na de tweede wereldoorlog een soortgelijke ontwikkeling plaats. De internationale bescherming van de rechten van de mens, plechtig geboren in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens⁸⁸, steekt ook dan van wal. Zij wordt een onomzeilbare toetssteen voor het beleid van de staten. Op Europees niveau ontstaat een supranationale mensenrechtelijke rechtsorde waarin het Hof van Straatsburg - op de wijze van een constitutioneel hof - nationale wetgeving, bestuurshandelingen en rechtspraak kan toetsen aan het E.V.R.M. (supra)⁸⁹. Kortom, zeker in Europa, worden stappen gezet die grenzen moeten stellen aan een mogelijke heropleving van de totalitaire staat (zelfs al wordt deze gedragen door de meerderheid van de bevolking). In zowat alle Europese staten functioneren thans constitutionele hoven die, o.m. op initiatief van de burgers, de naleving van het recht door de macht(en) dienen op te leggen⁹⁰. Procedures zijn voorzien waarbij de rechter - als *gardien des promesses* - teruggrijpend naar de grondwet, toeziet op de macht van de regering en de wetgever. Naast de periodieke controle doorheen de verkiezingen heeft de democratische rechtsstaat een permanente - of juister : een permanent activeerbare - controle op de regeerders geïnstalleerd⁹¹.

Het geaffirmeerde grondslagentheoretische belang van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in een democratische rechtsstaat en vooral het daadwerkelijk op de voorgrond treden van rechter leiden onvermijdelijk tot de opwerping van het gevaar van de ‘gouvernement des juges’⁹². Dit gevaar wordt overigens nog gevoed door de genoemde ontwikkeling van

⁸⁶

In de Verenigde Staten van Amerika oefent het *Supreme Court* zijn grondwettoetsende bevoegdheid reeds uit sinds het begin van de 19de eeuw (*Marbury vs Madison*, 1803).

⁸⁷

CHEVALLIER, J., *o.c.*, 88 et seq. en SALAS, D., *o.c.*, 21-22.

⁸⁸

U.V.R.M. Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, resolutie 217 A (III) aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties op 10 december 1948, *B.S.*, 31 maart 1949, 2488-2490.

⁸⁹ Parrallel hiermee toetst het Hof van Justitie te Luxemburg de handelingen van de Lid-Staten van de Europese Unie aan de afgesloten verdragen. Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam zou de bevoegdheid van het Hof zich thans ook kunnen uitstrekken tot mensenrechtelijke kwesties; hierover zie SUDRE, F., “La communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d’Amsterdam : Vers un nouveau système européen de protection des droits de l’homme”, *La semaine juridique*, 1998/1-2, doctrine I-100, 9-16.

⁹⁰ In België is dat het in 1989 opgerichte Arbitragehof. Cf. ADAM, M., *l.c.*, 1210.

⁹¹

Hiernaast dient ook melding te worden gemaakt van de ontwikkeling van speciale administratieve rechtbanken (in België van de Raad van State) die bevoegd zijn voor de oplossing van geschillen tussen burgers en de overheid, waarbij o.m. de legaliteit van het overheidshandelen wordt getoetst.

⁹²

Door zijn laatste boek *La loi des juges* als titel mee te geven, roept François Rigaux een nog sterker beeld op, met name dat van de rechter-wetgever. Geconfronteerd met steeds meer verschillende en concurrerende rechtsordes (supra) komt het de rechter toe, om via de kwalificatie van het feitenbestek, te opteren voor één van de in aanmerking komende normenstelsels. Zo kan een zaak van sado-masochistische seks louter strafrechtelijk (‘slagen en verwondingen’) dan wel mensenrechtelijk (‘privacy en seksuele vrijheid’) worden bekeken. Als dusdanig vervult de rechter, en dat is nooit echt anders geweest, zelfs een legislatieve opdracht. In tegenstelling tot wat Beccaria en Montesquieu vooropstelden is de rechter nooit ‘la bouche de la loi’ geweest. Zo’n beeld staat natuurlijk haaks op de dominante rol die oorspronkelijk aan de wetgevende macht in de trias politica werd toegewezen. Rigaux’ boek is evenwel geen alarmistisch betoog : hij relateert sterk het gevaar dat de rechters kunnen betekenen (infra). Zie RIGAUX, Fr., *o.c.*, 319 p. en GUTWIRTH, S., “La loi des juges. Compte rendu”, *La Revue Nouvelle*, Septembre 1998 - nr. 9, 73-77.

constitutionele gerechtshoven die regering en wetgever, in naam van het hoger belang van de grondwet (de mensenrechten en de trias politica), kunnen censureren. Ook vele vervolgde politici schreeuwen terzake onmiddellijk moord en brand : hoe kan het toch dat rechters - die tenslotte niet verkozen zijn - hen, de verkozenen van het volk, het vuur aan de schenen leggen en hun politiek handelen aan een juridisch oordeel onderwerpen⁹³? Rijst dan de vraag of het gevaar van een ‘gouvernement de juges’ een realiteit dan wel een spookbeeld is.

Dat de rechter nooit een loutere ‘bouche de la loi’ is geweest hangt nauw samen met de dynamiek van de verhoudingen tussen de rechters en de wetgever. Zij beïnvloeden elkaar : rechters geven hints aan de wetgever (bv. in het Belgische abortus debat) terwijl deze laatste de rechtspraak, door wetgeving, kan breken of bevestigen. Bovendien kan bezwaarlijk worden gesteld dat de appreciatievrijheid van de rechter onbeperkt is, zelfs al ligt dat vooral aan de zelfbeperkingen en terughoudendheid (de *judicial self restraint*) die de rechters zichzelf opleggen. De rechtspraak is overigens zelden zeer innovatief, laat staan revolutionair, en ‘originele’ uitspraken worden dikwijls door hogere gerechtshoven verbroken. Veeleer blijkt dat rechters voorzichtig en met mate met hun interpretatievrijheid omspringen. Tevens dienen zij hun beslissingen (in principe) grondig te motiveren, waardoor zij verantwoording afleggen en aanspreekbaar zijn. Zij zijn gebonden aan procedures die (alweer in principe) machtsontsporingen dienen tegen te gaan en garant moeten staan voor de deugdelijkheid van hun juridische bemiddelingsactiviteit. Daarbij komt nog dat zij geen zeggenschap hebben over het aantal en de aard van de zaken die hen worden voorgelegd. Tenslotte neemt de rechter, zoals François Rigaux opmerkt, steeds beslissingen van tijdelijke en vergankelijke aard : rechters instaureren in elke casus een ‘wapenstilstand’ (*une trêve*) die, daarom niet minder belangrijk, steeds kan worden verbroken. Dit alles maakt van de rechterlijke macht ongetwijfeld de minst gevaarlijke van de drie staatsmachten⁹⁴.

Het is hoedanook moeilijk een juist evenwicht te vinden tussen enerzijds het *gouvernement des juges* (de politieke inmenging of het politiek activisme van de rechters) en het democratisch principe, dat in zijn extreemste vorm kan leiden tot een volledige bestuurlijke onderwerping van de rechterlijke macht. Niettemin kan, zoals reeds gezegd, het project van de democratische rechtsstaat niet worden gerealiseerd zonder onafhankelijke bemiddelende instantie die conflicten op geweldloze wijze beslecht en de realiteit van het dagelijkse leven betreft op het abstracte recht dat het samenlevingsproject vertolkt. Dat in de praktijk dikwijls aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechters kan worden getwijfeld, doet niet af aan de essentiële plaats van het *beginsel* van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in een democratische rechtsstaat. Overigens is het een waanbeeld te veronderstellen dat recht en politiek gescheiden zijn en dat de rechter geen politieke actor is⁹⁵. De rechter moet immers instaan voor de bescherming van de burger o.m. tegen overmatig overheidsbeleid, en dat is bij uitstek het geval voor de administratieve rechter⁹⁶. Gezien de relatieve zwakte van zijn macht en de spelregels waaraan hij gebonden is, scheidt deze politieke dimensie van zijn ambt geen fundamentele problemen. Kortom : de nood aan een onafhankelijke rechter vloeit voort uit de natuur van een samenlevingsproject waarin zowel democratie, als rechtsstatelijkheid en mensenrechten worden gehuldigd. De rechterlijke macht werpt

⁹³ Cf. RINGELHEIM, F., *o.c.*, 14 : “Des politiciens n’ont pas manqué d’agiter l’épouvantail du gouvernement des juges”.

⁹⁴

Zie hierover uitgebreid in RIGAUX, Fr., *o.c.*, 319 p.

⁹⁵

ADAM, M., *l.c.*, 1209-1215.

⁹⁶

Hieruit blijkt overigens nogmaals het belang van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, *ibid.*, 1212.

zich door zijn bemiddeling op als waakhond van de machtsevenwichten en van de individuele rechten en vrijheden van de burgers⁹⁷.

III. Uitleiding

De afgelegde weg indachtig, kan worden geconcludeerd dat de in de nasleep van de zaak van de vermoorde meisjes geuite kritiek, de legitimiteitscriteria van de democratische rechtsstaat dikwijls niet heeft gerespecteerd. Dat kan natuurlijk een bewuste keuze zijn. Zo hebben (extreem) rechtse commentatoren en politici, in het licht van een soort 'ethisch reveil', vol zelfgenoegzame zekerheid gepleit voor een terugkeer naar de 'goede oude en echte waarden' die de rechter zonder enige onafhankelijkheid of bemiddeling zou moeten opleggen en waarin de vijand en het kwade ongenuanceerd worden aangeduid. Aan de (extreme) linkerzijde wordt eigenlijk hetzelfde verhaal ontwikkeld in de mate dat zoiets als de 'rechtstreekse wil van het volk' wordt voorgesteld als enig criterium voor rechtvaardigheid. Deze wil moet dan consequent op onbemiddelde wijze worden opgelegd, vooral zonder tussenkomst van justitie (die voor vele nostalgische revolutionairen toch niets anders kan zijn dan een per definitie geperverteerde 'klassejustitie'). Beide posities, die elkaars spiegelbeeld zijn, maken van het recht een louter instrument van één macht : zij zien het samenspel van de drie legitimiteitscriteria niet in, zij zijn instrumentalistisch en miskennen de essentiële rol van de rechter in de samenleving. Zij zijn gevaarlijk.

Niet minder problematisch zijn de aanvallen op het *principe* van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Die vallen evenwel niet gelijk te stellen met geïndividualiseerde beschuldigingen van partijdigheid aan het adres van deze of gene rechter. Uiteraard is veel kritiek op de rechterlijke macht noodzakelijk en terecht (*supra*). Maar zelfs al is de omzetting van het ideale democratische rechtsstatelijke project gedoemd om in gebreke te blijven (alle actoren zijn toch maar mensen), dan toch dienen de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de rechter, op straffe van verloochening van de democratische rechtsstaat, als essentiële rechtsgoederen te worden beschermd. Daarom dat de virulente aanvallen op het spaghetti-arrest dikwijls excessief waren. Dit arrest verdedigde immers het principe van de onpartijdigheid van de rechter, en dit geheel in de lijn van het door het Hof van Straatsburg vooropgestelde principe : *justice must not only be done, it must be seen to be done*. Door geschenken te aanvaarden van en te tafelen met de burgerlijke partij had Connerotte de schijn van partijdigheid gewekt. Daar is hij ondubbelzinnig in de fout gegaan, zelfs al was hij een uitstekende onderzoeksrechter (hij had zijn sympathie overigens ook op talloze andere manieren kunnen uiten). Dat Connerotte door de bevolking de hemel werd ingeprezen, volstaat niet om zijn fout door de vingers te zien. Het recht kan bezwaarlijk *à la tête du client* worden opgevat, zelfs al staat de cliënt aan de goede kant. Ook in andere omstandigheden moet immers kunnen worden opgekomen tegen rechters die met partijen gaan tafelen.

Ook het recht van verdediging, het vermoeden van onschuld en het recht op een eerlijk proces (*due process of law*) werden aan de kaak gesteld, als een onaanvaardbare last voor de voortgang van de strafprocedure. Het ging, zo luidde het toch, om zulk crapuul, waarvan de schuld toch vaststond, dat maar eens expeditief en streng moest worden gestraft. Maar zulke verhalen sturen ons terug naar de middeleeuwen of naar staten waar men op basis van verdachtmakingen of zeer magere aanwijzingen zonder meer wordt neergeknald door de politie of een woedende menigte,

97

Er kan natuurlijk worden opgeworpen dat het niet vanzelfsprekend is dat deze onafhankelijke bemiddelende rol aan de klasse van rechters wordt overgelaten. Maar men staat met zulke bedenking geen stap verder als niet wordt gezegd wie deze rol beter zou vervullen. Volkstribunalen of een nieuwsoortige media/internet justitie zijn alleszins geen valabele alternatieven daar zij juist de macht van de meerderheid bezegelen en het gevaar inhouden dat het individu zijn fundamentele proces- en materieelrechtelijke rechten verliest.

het doet er eigenlijk niet toe. De rechten van verdediging van verdachten zijn essentieel daar de machtsverhoudingen tussen hen en de staat zeer ongelijk zijn, alsook omdat het strafproces er juist toe kan leiden dat de fundamentele rechten en vrijheden van de verdachten worden beknot tijdens en na het strafproces. Afwijkingen dienen terzake te beantwoorden aan zeer strikte en stringente voorwaarden. En dat geldt ook voor de vermoedelijke daders in de zaak Dutroux. Ook zij hebben recht om lichamelijk noch juridisch te worden gelyncht.

Het procedurele karakter van het rechtssysteem stond ook al hevig onder vuur. Natuurlijk zijn er procedureschermutselingen en -truuks, en wordt er van formele vereisten misbruik gemaakt. Niet zelden heeft dat onaanvaardbare en disproportionele gevolgen. Maar de functie van procedures is essentieel in de zin dat zij een kader scheppen waarbinnen de juridische bemiddeling kan en moet geschieden. Zij creëren een setting waarbinnen instrumentaliteit van het recht moet worden afgewogen aan rechtsbescherming. Een louter bevelmatig of instrumentalistisch recht, zoals dat van de vroegere vorst, heeft geen procedures nodig. Bevelen zijn bevelen en komen hoe ze komen. Het is de nood aan rechtsbescherming die een dwingend kader van procedures noodzakelijk maakt. Bovendien zorgen procedures ervoor dat ook het algemeen belang, en de behoorlijke rechtsbedeling die het veronderstelt, in de rechtspleging aanwezig blijven. Zij maken het mogelijk dat conflicten worden opgelost overeenkomstig de dubbele binding van de democratische rechtsstaat.

In de algemene commotie naar aanleiding van de zaken van de vermoorde meisjes hebben talloze instanties betrokken bij het gerechtelijke werk het - dikwijls terecht - moeten ontgelden. De zittende magistratuur, het OM, de politiediensten en de beleidsverantwoordelijken voor justitie werden door het publiek en de pers aangepakt omwille van hun incompetentie, hun gebrek aan vindingrijkheid, hun verstarde en verroeste denken, hun strikt legalisme, hun korpsgeest, hun gebrek aan deontologie, hun vatbaarheid voor corruptie, hun 'ons kent ons'-mentaliteit, hun vriendjespolitiek, enz. Opvallend is evenwel dat de rechtsfaculteiten, die uiteindelijk instaan voor de vorming van het juridische personeel, volledig buiten schot zijn gebleven. Nochtans vallen hier ook zeer opvallende zaken vast te stellen. De Belgische curricula van de rechtsfaculteiten zijn in hoge mate gecentreerd op 'wetboekcursussen' die op gesloten wijze omgaan met het positieve recht van een bepaalde rechtstak, waarbij aan de studenten vooral een bepaalde wijze van 'knutselen' met wetgeving en rechtspraak wordt aangeleerd. Integratievakken, waarbij de rol van het recht in een samenleving grondig wordt besproken, en meta-juridische cursussen (rechtstheorie, rechtsantropologie, rechtsfilosofie, recht en economie, rechtsgeschiedenis, rechtspsychologie, rechtspolitiek, rechtsepistemologie, enz.) zijn in de curricula sterk ondervertegenwoordigd, indien al niet afwezig, en worden door het juridisch establishment en de studenten weinig au sérieux genomen. Interdisciplinariteit wordt in de regel niet aangemoedigd. Daarbij komt nog dat de meest voorkomende 'studeermethodologie' het 'van buiten leren' is waarbij de student op het mondelinge examen een aantal paragrafen of stukken van de cursus reproduceert of navertelt en het recht leert vanuit een toepassingsdenken waarin het als een verzameling van technische regels wordt opgevat die 'principeloos' moeten worden ingezet. Het is zeer de vraag of van een zodanige vorming - die meer weg heeft van een professionele training dan van een universitaire wetenschappelijke vorming - kan worden verwacht dat zij mensen vormt die in staat zijn met het recht, in al zijn dimensies en met oog voor al zijn maatschappelijke functies, te werken. De toepassing van het recht staat immers nooit los van het maatschappijproject waarin het fungeert. Dat betekent dat 'werken' met het recht altijd en minstens een verwijzing moet inhouden na de drie hierboven behandelde legitimeitscriteria.

Ook naar het bredere publiek toe schiet het onderwijs ernstig tekort. In het lager en secundair onderwijs heeft de prioriteit steeds gelegen bij de verworvenheden van de politieke strijd en de democratie (algemeen stemrecht, emancipatie, ...) en de sociale verworvenheden van verzorgingsstaat (sociale zekerheid, bestaansgaranties, ...). Aan het recht en de rechtsstatelijkheid

wordt amper aandacht besteed. De verworvenheden van de democratische rechtsstaat en zijn complexiteit komen in het onderwijs nauwelijks aan bod, niettegenstaande zij juist de mogelijkheidsvoorwaarden aandienen waarbinnen politieke bewegingen (zoals de 'witte mars') en een virulent kritische pers kunnen gedijen. Die lacunes op het niveau van het basisonderwijs werpen dan ook een verklarend licht op het onbegrip van de bevolking ten aanzien van het functioneren van de gerechtelijke instanties en het feit dat een reeks editorialisten van Belgische dagbladen op onverantwoordelijke en zelfvernietigende wijze de vloer hebben afgedweild met het concept zelf van de democratische rechtsstaat. Kortom : in het onderwijs moet op alle niveaus meer aandacht worden besteed aan het belang en de eigenheid van het recht in een complexe en polyfonische democratische rechtsstaat. Dit kan een broodnodig zakelijke cultuur van respect voor pluraliteit van levensprojecten alleen maar ten goede komen.

Serge Gutwirth

Vrije Universiteit Brussel en Erasmus Universiteit Rotterdam

25 september 1998

Bibliografie

ADAM, M., "Het ongemakkelijke huwelijk tussen recht en politiek. Een essay over de rechter als evenwichtskunstenaar", *R.W.*, 1996-97, 1209-1215.

BOUTELLIER, H., *Solidariteit en slachtofferschap*, Nijmegen, SUN, 1993, 251 p.

CHEVALLIER, J., *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, 1994, 158 p.

DE HERT, P. & GUTWIRTH, S., "Cameratoezicht, veiligheid en de Wet Persoonsregistraties. Juridische denkoefeningen naar aanleiding van de Franse wet van 21 januari 1995 inzake veiligheid", *Recht en kritiek*, 1995/3, 218-250.

DE HERT, P. & HACHE, D., "Over de kleur van veiligheid", *Samenleving en politiek*, 1996/10, 4-18

DELMAS-MARTY, M., *Pour un droit commun*, Le Seuil/La librairie du XXe siècle, Paris, 1994, 306 p.

DELMAS-MARTY, M., *Vers un droit commun de l'humanité*, Paris, Textuel, 1996, 126 p.

ELIAERTS, C., "Naar een justitie voor de 21ste eeuw ?" in ELIAERTS, C. (red.), *Kritische reflecties omtrent de zaak Dutroux*, Balans 10, 1997, Brussel, VUBPress, 29-49

EVERS, F., "Het geschokte vertrouwen. Waarom verliest ons gerecht zoveel aanzien", *Samenleving en politiek*, 1996/2, 4-11

FALK, R., "Cultural foundations for the international protection of human rights" in *Human rights in cross-cultural perspective. A quest for consensus*, AN-NA'IM, A.A., Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, 44-64

FOQUE, R., *De ruimte van het recht*, Arnhem, Gouda/Quint, 1992, 44 p.

FOQUE, R., "Rechtsstatelijke evenwichten in de trias politica. De actuele betekenis van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht", *Vigiles - Tijdschrift voor politierecht*, 1996/4, 1-5

FOQUE, R., "De ethische rol van de onafhankelijke rechter", *Trema. Tijdschrift voor de rechterlijke macht*, 1993-11, 455-469.

FOQUE, R., "Rechtsstatelijke vernieuwing. Een rechtsfilosofisch essay" in KUYPERS, P., FOQUE, R. & FRISSEN, P., *De lege plek van de macht. Over bestuurlijke vernieuwing en de veranderende rol van de politiek*, Amsterdam, De balie, 1993, 18-44.

FOQUE, R. & 't HART, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint/Kluwer, 1990, 501 p.

FOUCAULT, M., "Deux essais sur le sujet et le pouvoir" in DREYFUS, H. & RABINOW, P., *Michel Foucault. Un parcours philosophique*, Paris, Gallimard, 1984, 297-321.

GARAPON, A., *Le gardien des promesses. Justice et démocratie* (Préface de Paul Ricoeur), Paris, Odile Jacob, 1996, 281 p.

GARAPON, A. & SALAS, D. *La République pénalisée*, Paris, Hachette, 1996, 140 p.

GUTWIRTH, S., 'Het harlekijnspak en het vale ezelsvel. Individuele vrijheden in de greep van het recht op zelfbeschikking van volken, het nationalisme en andere aanspraken op een collectieve identiteit' in *Naar een nieuwe interpretatie van het recht op zelfbeschikking ?*, SYBESMA, N. & VAN BELLINGEN, J. (Eds.), Brussel, VUBPress, 1995, 53-88

GUTWIRTH, S., *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap. Een onderzoek naar de verhouding tussen recht en wetenschap met bijzondere illustraties uit het informaticarecht*, VUBPress/MAKLU, Brussel/Antwerpen, 1993, 846 p.

GUTWIRTH, S., *Privacyvrijheid ! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Amsterdam/Den Haag, Cramwinckel/Rathenau Instituut, 1998, 152 p.

GUTWIRTH, S., "La loi des juges. Compte rendu", *La Revue Nouvelle*, Septembre 1998 - nr. 9, 73-77

GUTWIRTH, S., RAES, K. & ROEF, D., 'Redactioneel. België : een rechtsstaat met vormgebreken. Een proeve tot interpretatie van de Belgische rechtsstaat' en van de tendenzen tot zijn instrumentalisering', *Recht en kritiek*, 1997/1, 3-15

't HART, A.C., *Recht als schild van Perseus. Voordrachten over strafrechtstheorie*, Leerstoel Theodore Verhaegen 1989-1990 - Vrije Universiteit Brussel, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint/Kluwer, 1991, 191 p.

't HART, A.C., *Openbaar ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 402 p.

't HART, A.C., *Mensenwerk ? Over rechtsbegrip en mensbeeld in het strafrecht van de democratische rechtsstaat*, Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Afdeling Letterkunde, Noord-Hollandsche, Amsterdam, 1995, Nieuwe reeks, Deel 58, no. 4, 40 p.

't HART, A.C., *De meerwaarde van het strafrecht*, Sdu, Den Haag, 1997, 318 p.

HENKIN, L., "Human rights and state 'sovereignty'" & D'AMATO, A., "Human rights as a part of customary international law : a plea for change of paradigms" in *Customary international human rights law : evolution, status and future*, LILLICH, R.B., WILNER G.M. & HODGE, S.A. (Eds.), Special Issue of the *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, 1995/1996, nrs. 1&2, 31-98.

HILDEBRANDT, M., "Slachtofferschap en legitimatie van het strafrecht", *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1998/1, 39-54

HUYSE, L., *De lange weg naar Neufchâteau*, Leuven, Van Halewyck, 1996, 231 p.

HUYSE, L. & SABBE, H., *De mensen van het recht*, Leuven, Van Halewyck, 1997, 245 p.

LUYTEN, A., *De gerechtelijke informatieverstrekking en de gerechtelijke informatiegaring. Een haat-liefdeverhouding tussen pers, politie en justitie*, Brussel, VUBPress, 1998, 213 p

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, tome 1, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, 507 p.

RAES, K., "De universele strekking en de contextuele variabiliteit van mensenrechten" in *Van wereldburger tot 'bange blanke man'*, CORIJN, H. (Ed.), Brussel, VUBPress, 1994, 91-115.

RAES, K., "Vrijheid van meningsuiting en de revisionistische geschiedvervalsing" in *Vrijheid van meningsuiting, racisme en revisionisme*, SCHUIJT, G.A.I. & VOORHOOF, D., Gent, Academia Press, 1995, 31-77

RAES, K., "Justitie : meer stand dan bijstand ?", *Samenleving en politiek*, 1996/8, 1-2.

RAES, K., *Tegen betere wetten in. Een ethische kijk op het recht*, Gent Academia Press, 1997, 215 p.

RIGAUX, F., *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1998, 319 p.

RINGELHEIM, F., *Amour sacré de la justice ... A la recherche d'une introuvable*, Quartier libre, Bruxelles, Labor, 1998, 89 p.

SALAS, D., *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, Paris, Hachette, 1998, 291 p.

STOUTHUYSEN, P., "De nieuwe burger en de crisis van de oude politiek" in ELIAERTS, C. (red.), *Kritische reflecties omtrent de zaak Dutroux*, Balans 10, 1997, Brussel, VUBPress, 51-76

STOUTHUYSEN, P., "Veiligheid is ook een links thema", *Samenleving en politiek*, 1996/7, 1-3

SUDRE, F., “La communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d’Amsterdam : Vers un nouveau système européen de protection des droits de l’homme”, *La semaine juridique*, 1998/1-2, doctrine I-100, 9-16.

TOURAINÉ, A., *Qu'est-ce la démocratie ?*, Paris, Fayard, 1994, 297 p.

TOURAINÉ, A., *Pourrons-nous vivre ensemble ? Egaux et différents*, Paris, Fayard, 1997, 395 p.

VAN SWAANINGEN, R., 'Het confectiepak van product-manager Justitia. Acht verhalen achter een *law and order* beleid', *Recht en kritiek*, 1995, 13-37

WITTEVEEN, W.J., *Evenwicht van machten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, 101 p.