

THE ROLE OF THE SUPREME COURT IN A WESTERN DEMOCRACY (*)

by

Alfons DE VREESE
Justice in the Belgian 'Cour de Cassation',
Judge in the Benelux Court of Justice

The title of this article will already have persuaded the reader that it will not be possible to come up to his expectations.

The role of the Supreme Court in a Western Democracy is not a simple subject, nor is the role of a Supreme Court the same in all Western democracies.

The author, who is not a political scientist, will not try to give a definition of a Western democracy. He takes it for granted that everyone knows what fundamental values characterize a 'Western Democracy'. It should only be stressed that, for our problem, among those values, the 'rule of law' and the rights of the individual are of paramount importance.

*

* *

Turning to the role of the Supreme Court, it should first be mentioned that, broadly speaking, there are two sorts of Supreme Courts.

In most Common Law countries, the Supreme Court is simply the Court of last appeal and passes final judgment on the merits of the case.

The House of Lords in the United Kingdom is a good example of such a Supreme Court.

The French and Belgian 'Cour de Cassation' are good examples of the other category of Supreme Courts: in Belgium and France the 'Cour de Cassation' is not a third instance; it is not a second appeal.

The difference lies first in the fact that the 'Cour de Cassation' is not concerned with facts, but only with questions of law, with the lawfulness

(*) This article is the slightly adapted version of an address delivered on October 27th, 1978, in the 'Universitaire Faculteiten Sint Ignatius', Antwerp, on the occasion of the 30th Anniversary of the Commission for Educational Exchange between the U.S.A., Belgium and Luxemburg, organised by the Fulbright Alumni Association in Belgium.

of the decision attacked. It only controls if the judgment — say of the Court of Appeal — is legal or not. The difference is *also* that, if the decision is unlawful, for violation of the law or of substantial forms, the 'Cour de Cassation' will *quash* the decision and send the case for final judgment to another court of the same degree as the one which passed the quashed decision.

However, if *theoretically*, in Common law countries, and contrary to France or Belgium, the Supreme Court has the power to examine all questions of law *and of fact* which the case raises, in Common Law countries *too* the Highest Court will *practically* only examine questions of law, either because the decision on the facts by the jury is final, or because the Supreme Court wants to concentrate on what it thinks to be its main task.

So that, *everywhere*, the idea prevails that an appeal to the Supreme Court is only admissible if a point of *law* is at stake.

In other words, the said difference is of a more technical nature and its importance for the real role of the Supreme Court is, I think, a limited one.

*

* *

Related to this difference however, there exists a widespread and rather tenacious misconception, against which non-lawyers should be warned.

It is often thought that, since the 'Cour de Cassation' does not re-examine the facts, it only deals with questions of form.

That, of course, is a complete misconception.

To be sure, the 'Cour de Cassation' deals only with questions of law, but then with *all* questions of law.

E.g. in criminal matters, when a cassation-appeal is lodged by a convicted person, the Cour de Cassation will not examine if in this particular case *five* years imprisonment is too moderate or too heavy a penalty, *There* the decision of the trial court is final. But it will quash the decision if the penalty exceeds the legal maximum set by law for the particular offense, or if the legal elements of a crime have been misjudged, or if the judge, by pronouncing a penalty, has violated the statute of limitations (1).

The misconception is however, in a way, understandable. Many decisions are indeed quashed for errors in form. But these so-called questions of form can be essential! One of them is that all judgments must be motiva-

(1) indien verjaring was ingetreden — s'il y avait prescription.

ted. This, in this country, is legally considered as a question of form. But it is only too evident that the obligation for a judge to give reasons for his decision and to answer any objection put forward by any party — far from being a formality — is an essential guarantee that the rights of defense will be respected, in other words a vital safeguard of the fundamental rights of the individual.

Especially in criminal matters, where the individual is confronted with the investigating and punishing machinery of the State, questions of form are essential for securing 'equality of arms'.

To see to it that, in all courts of justice, judicial proceedings are performed according to such rules and under such safeguards as have been established for the protection of the individual — which in Common Law countries would be referred to as 'due process of Law' — is a highly important task of *any* Supreme Court.

*
* *

Let us now draw our attention to what is the *general task* of a Supreme Court.

There is common agreement that the task of every Supreme Court is in the first place: to see to it, that courts and tribunals *correctly apply and interpret the law*, and thus, by safeguarding the uniform interpretation of the law, to ensure the *unity and certainty* of the law all over the country.

The Supreme Court is the guardian of the law.

But the Supreme Court does not *merely* look at the correct application and interpretation of the existing law.

Certainly, in many cases the law is *clear* and the role of the Supreme Court will be to *impose* the only correct interpretation of *that* law.

But in a number of cases the legislative text is ambiguous, or uses general wording or vague legal concepts which leave a great deal of interpretation to the judge. In other cases the statutory provision is incomplete or is simply lacking (like in matters of privacy). In still other cases, legislation, although clear, is obsolete, or two different legislative texts seem equally applicable to the case.

In *such* cases the judge, and in last instance the Supreme Court, must itself find and state what the law is.

Of course, the judge may not infringe upon the task of the legislator, the province of Parliament.

The task of the judiciary is to administrate justice, *not* to legislate.

But when the rate of social change accelerates and the need of new law increases correspondingly, and — on the other hand — the legislator does not intervene, the latter consciously or unconsciously leaves the creation of new law to the Courts. In such a situation, judicial lawmaking becomes appropriate (2).

The law is a powerful instrument of social change and the Courts have an important part to play in this function.

To-day no one will anymore maintain that judges are merely 'la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur' (3).

Wolfgang Friedman admits 'that the judicial branch does indeed play a vital part in the evolution of the law' (4).

Chief Justice Kutscher, President of the Court of Justice of the European Communities, recently wrote: 'It is recognized that when a judge states the law, gives it concrete form and precision, fills gaps and develops the law, he participates in the law-making process; legislative bodies cannot be said to have a monopoly over the procreation of the law; the courts and the legislature share this task' (5). And a distinguished English Judge, Lord Radcliff, even said: 'I do not believe that it was ever an important discovery that judges are in some sense lawmakers' (6).

*

* * *

For obvious reasons, the demand for judicial lawmaking is greater in Common Law countries than in a system of *codified* law.

In the same way, the vague clauses of the American constitution, the complex federal structure of the United States, the fact that judge-made law is a familiar phenomenon in that country, and the more widely accepted idea that law and justice *are* instruments of social change, have resulted in a more active role of the justices of the Supreme Court, than in other Western Democracies.

But on the European continent too, the increasingly frequent use of broad and ambiguous clauses in modern legislation, inevitably increases the

(2) See, for the Common Law countries: JAFFE, Louis L., *English and American Judges as lawmakers*, Clarendon Press, Oxford, 1966, pp. 16-17.

(3) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XI,6.

(4) FRIEDMAN, W., *Legal Theory*, 5th Ed., New-York, 1967, p. 500.

(5) KUTSCHER, H., *Methods of Interpretation as seen by a Judge at the Court of Justice*, in 'Judicial and Academic Conference', 27-28 September 1976, Reports, C.J.C.E., Luxembourg, p. I, 46.

(6) RADCLIFF, *The Law and its Compass*, 1960, p. 14.

amount of judge-made law, which has as a necessary result that, here too, the law-making function of the Courts is more openly admitted(7).

*
* *

The question however is: how free is the judge in creating new rules of conduct? Should he be a bold innovator or should he make a virtue of cultivating his modest garden?

Of course the Courts must not be *forerunners* of social change, but neither must they delay the necessary modernisation of the law.

Nor may the judge proceed as a legislator would do: he will rather *adapt* the existing law by piece-meal adjustments to new situations, and only *seldom* innovate.

Most important of all: if the judge comes to formulate a new rule of law, what are the guide-lines he should follow?

He should of course be led not by his own personal convictions, but by objective reasoning.

He must draw his inspiration from the bearing, the purpose and the spirit of the existing body of the law.

He may only lay down such new rules as he deems to be in conformity with the general principles of the law and consistent with the values that are fundamental in a modern Western Democracy (8).

During this operation he must try to achieve a difficult equilibrium between two objectives he should constantly have in mind: the necessary certainty and stability of the law, and the equally necessary modernisation of the law and its adaptation to social and economic evolution.

*
* *

(7) See: WIARDA, G.J., *Drie typen van rechtsvinding*, Tjeenk-Willink, Zwolle, 1972, p. 28 and passim.

(8) See, on this problem: WIARDA, G.J., *o.c.*, passim; — VAN GERVEN, W., *Het beleid van de rechter*, Standaard, Antwerpen, 1973, passim; — GANSHOF VAN DER MEERSCH, W., *Overwegingen omtrent de kunst recht te spreken en de uitoefening van het rechterlijk ambt*, R.W., 1973-1974, 116-118; (*Réflexions sur l'art de juger et l'exercice de la fonction judiciaire*, J.T., 1973, 510); — VAN GERVEN, W., *The Process of formulating legal rules*, in 'Rapports belges au IXe Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé', C.I.D.C., Bruxelles, 1974, p. 33-50; — DUMON, F., *De opdracht van de hoven en rechtbanken, Enkele overwegingen*, R.W., 1975-1976, 193 en 257 passim, (*La mission des cours et tribunaux. Quelques réflexions*, J.T., 1975, 541 and 561, passim); — VAN GERVEN, W., *De taak van de rechter in een West-Europese Democratie*, Kluwer, Antwerpen-Deventer, 1977.

That not only the Supreme Court of the United States, but also the French or Belgian 'Cour de Cassation' *do* occasionally assume this normative role is easy to prove.

Let me give a few examples, all taken from *one* important field of the law: liability in tort.

1. In both France and Belgium (and many other countries) the whole system of *liability in tort* is based on case-law, ultimately developed by the respective Supreme Courts, on the narrow basis of a few articles of the Civil Code, which were drafted 175 years ago; when no one could even imagine the innumerable, distinct and complex situations which to-day give rise to liability.

2. The liability of Belgian *public authorities* for damages caused by faulty activities of their organs — even by faulty *normative* acts of these organs — is also essentially based on decisions of the 'Cour de Cassation', some of them very recent and — admittedly — daring ones (9).

3. In Belgium the principle 'no liability without fault' is still a basic rule of law. This situation however created hardship when, e.g. my neighbour builds a sky-scraper next to my house and — although taking all necessary precautions — causes damage to my property. A not unusual occurrence. But the rule would be: 'no fault, no action', and the legislator did not intervene. Finally the Supreme Court — referring to an article of the Code which deals, not with liability, but with property (and the equal property-rights of the owners, deriving therefrom) — ruled, in a decision that was called revolutionary, that the faultless neighbour owed compensation for any damage beyond the *normal* disturbances which neighbourhood involves (10).

What is the authority of those judge-made rules? It is practically equivalent to the normative authority of Parliamentary legislation.

Legal practitioners rely on the rulings of the Supreme Court when giving advice, drawing up contracts or conducting litigation.

The lower judges — even in Belgium, where formally they are not bound by precedents — regularly comply with the Supreme Court's decisions and follow its rulings.

(9) Cass., 26.4.1963, *Pas.*, 1963, I, 905; — Cass., 24.4.1971, *Arr.Cass.*, 1971, 786, *Pas.*, 1971, 752.

(10) Cass. 6.4.1960, *Pas.*, 1960, I, 915; Cass., 28.1.1965, *Pas.*, 1965, I, 521; Cass., 10.1.1974, *Arr. Cass.*, 1974, 520; *Pas.*, 1974, I, 488.

Even when the legislator — as is the case at present in the Netherlands — drafts a new Civil Code, he essentially codifies rules already laid down by the 'Hoge Raad'.

*
* * *

The question whether the Supreme Court's task to control the administration of Justice is performed satisfactorily in Belgium, and whether the 'Cour de Cassation' manages to follow the middle of the road between the unity of interpretation and certainty of the law and its necessary evolution, is not a question which should be answered *by the author*.

The question whether the Supreme Courts, in Belgium and elsewhere, are still in *a position* to fulfill their task without *undue delay* — considering the alarming increase in the number of cases submitted to them — is certainly a serious problem. But to tackle it and to examine what are the appropriate remedies, would call for an other article.

*
* * *

So far some remarks on the *general task* of a Supreme Court.

It is time that we now draw our attention to a more *specific*, but very important task which is only assumed by *some* Supreme Courts and which certainly an American reader would miss in what I said until now.

I mean the power of *Judicial Review* of the constitutionality of *legislation*, more particularly of *parliamentary legislation*.

Two things should be carefully distinguished here.

In all Western Democracies, the *Courts*, and in last instance the Supreme Court, *have* the power to control the *legality* — and consequently the constitutionality, since the Constitution is a law — of all so-called 'lower' legislation, that is Royal decrees, and regulations passed by *regional* and *local* authorities, as well as of any action of the executive. Ch. Haines calls it 'a common practice throughout the world' (11).

But *that is not* our problem.

The problem *is* : Do the Courts have the power to control the *constitutionality* of legislation *proper*, that is of *parliamentary* legislation, in other words, of *statutes* enacted by the legislator himself.

(11) HAINES, Charles G., *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, New-York, 1959, p. 20.

Roughly speaking, three answers can be given to that question:

1. *Parliament* is 'supreme'. It decides itself, without any further control by any Court of Justice, if a law is in conformity with the Constitution.
2. A *special Tribunal*, a *Constitutional Court*, is set up, which has *alone* the power to declare that an act of Parliament is incompatible with the Constitution.
3. The *ordinary Courts* and in last instance the *Supreme Court*, have *full* power of Judicial Review.

1. *Parliament is 'Supreme'* :

It should immediately be specified that, when it is said that in a number of countries, like Belgium, parliament is supreme, that does *not* mean that parliament is not bound by the basic rules and principles laid down in the Constitution! Of course parliament must obey these fundamental rules. They can only be modified by a very special constitutional procedure. When one says that 'Parliament is Supreme', it only means that, once Parliament *has* enacted a statute, no *court* has the power to control its constitutional validity.

Good examples of this situation are provided by Belgium and the Netherlands.

No article of the Belgian Constitution clearly says that the Courts *have* or *do not* have the power to decide whether or not a statute is in conformity with the Constitution.

But already in 1849 (12), a judgment of the Cour de Cassation *interpreted* the Constitution in the sense that the Judiciary does *not* have that power. And so did a series of later decisions of the 'Cour de Cassation'.

Of course there is the Legislative Section of the 'Conseil d'Etat', but the 'Conseil d'Etat' can only give an *advice*, an opinion on a *proposed* legislation (a bill), by which opinion Parliament is *not* bound.

That Parliament can, or *could* enact a statute *notwithstanding* a *negative* advice of the Conseil d'Etat, that the Belgians all learned from their recent history.

However that may be, once parliament has enacted a statute, *be* it unconstitutional, no court can say so anymore.

Needless to recall that, in the United Kingdom too, where there *is* no *written* Constitution, Parliamentary Supremacy has become the cornerstone of the English Constitutional law.

(12) Cass., 23.7.1849, *Pas.*, 1849, I, 443.

2. A *special Tribunal*, the *Constitutional Court*, is set up.

In an increasing number of countries the idea prevails that a control of the constitutionality of parliamentary legislation by a *Court of Justice*, is an essential element of a 'Rechtsstaat', but it is believed that this should be the task of a Court specially set up for the purpose.

The 'Bundesverfassungsgericht' in Germany, the 'Verfassungsgerichtshof' in Austria and the 'Corte Costituzionale' in Italy are perfect examples of such special Court, with full judicial control of the constitutionality of any legislative act.

What about the French *Conseil Constitutionnel*, established by the French Constitution of 1958? I only mention it to point out that the 'Conseil' is not a constitutional *Court*. Its control is not judicial in nature. The 'Conseil Constitutionnel' only exercises *preventive* control *during* the legislative *procedure* and, for ordinary laws, it does so only if requested by the President, the Prime Minister or the Presidents of the Houses of Parliament. Once a statute is enacted and promulgated, its constitutional validity can no more be checked in the course of any litigation in Court. The 'Conseil' has been correctly described as exercising not a *judicial review* but a *political preview* (13).

3. Finally the *countries where ordinary Courts*, in last instance the Supreme Court, have full *power of Judicial Review*.

As everybody knows, this is the situation in the United States, moreover the Country where the doctrine of 'Judicial Review' *originated* (14).

In the Constitution of the United States — like in the Belgian Constitution — there is no provision proclaiming that legislation enacted by Congress can be controlled on its constitutionality by the Supreme Court.

But already in 1803, the Supreme Court, following the famous *opinion of Chief Justice John Marshall* in the case *Marbury v. Madison*, decided that it *had* such power (15).

The decision rests on the logical implication that — since the Court must determine *what* is the law governing a particular case, and since there is a hierarchy in legal rules — if the *higher* law of the *Constitution* prohibits what the *lower* law of the *legislator* attempts, the latter is legally null (16).

(13) ENGEL, Salo, *Judicial Review and political preview of legislation in Post-War France*, 6 *Inter-American Law Review*, 1964, 53.

(14) ABRAHAM, Henry J., *The Judicial Process, An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, New-York, 1962, p. 263, note 113.

(15) *Marbury v. Madison* I Cranch, 5 U.S., 137 (1803).

(16) See JACKSON, Robert H., *The Supreme Court in the American System of Government*, Harvard University Press, 1955, p. 22.

Consequently the Courts, and more particularly the Supreme Court, not only have the power to check the constitutional validity of Parliamentary legislation, but to *exercise* that power, *belongs to the very essence of judicial duty*.

Since this landmark decision, the doctrine of Supremacy of the Constitution above ordinary legislation and the final *control* of this supremacy by the *Courts*, has been firmly established.

The decision in *Marbury v. Madison* not only clearly showed the *independence* of the Supreme Court with regard to the legislator. It was *fundamental* for the establishment of the *rule of law* in the United States: it has been said with good reason, I think, that it was the most far-seeing, statesmanlike action in the judicial history of the United States (17).

In the system of government of the United States, based on 'checks and balances', the power of Judicial Review — that is the power to check the validity of any state or federal statute, or any action of the executive, alleged to offend the Constitution — is *one* of the checks.

The power of Judicial Review *molds* the Supreme Court into a not only *law-making*, but *policy-making* institution.

In a still broader context, Judicial Review may be considered as a specific American contribution to the science of Government.

*
* * *

It has been said with good reason that a Court with such a task requires statesmanship on the bench, and it has been said with equally good reason, I think, that an American Supreme Court, composed of Judges who would *only* be good jurists, could be dangerous. Its members should have a background as broad as possible; be familiar with political science, sociology, economics (18). And indeed the Supreme Court is largely made up of men of wider political experience than of legal expertise in questions of private law (19).

The result of 'Judicial Review' *is* that — in the guise of private controversies between litigating parties — a great number of tensions that exist within the American Society, and issues on which the Nation can be

(17) JAFFE, Louis L., *o.c.*, p. 86.

(18) WAGNER, W.J., *The Federal States and their Judiciaries*, Mouton & C^o, 'sGravenhage, 1959, p. 187.

(19) See JACHSON, Robert H., *o.c.*, p. 38.

deeply divided, are, sooner or later, *submitted to and ruled upon by the Supreme Court.*

Let me only recall three well known examples:

1. The famous decision of May 17th 1954 in the case *Brown v. Board of Education* (20), by which the consequences of 'equal protection of the law', guaranteed by the 14th Amendment, were applied to the *black population*: the half century old 'equal but separate' doctrine was set aside and segregated education was held *inherently* unequal and thus unconstitutional (21).

This and a series of similar decisions which followed had an immense repercussion and were the starting point of fundamental changes in the American Society.

In a completely different domain:

2. The *Steel Seizure Case*, in which the Supreme Court refused to sanction the seizure, by executive order, without an authorization by Congress, of the privately owned steel works, by President Truman during the Korean crisis. The Supreme Court held that the President has no such inherent power under the Constitution (22).

Richard N. Goodwin commented: 'No one doubted that President Truman would relinquish the steel industry when the Supreme Court ordered him to do so. It was simply unthinkable that he would refuse' (23).

3. The landmark decision on 'executive privilege' in the case *United States v. Nixon* given in July 1974 by an unanimous Burger Court (24).

In this decision the Supreme Court ruled that the President had to hand over (to a Federal Judge holding an enquiry) the tape recordings of the conversations held in his office-room in the White House, recordings which *he* considered confidential.

Few decisions are better proof of the independence of the Judiciary vis-à-vis the Executive. It illustrates the prominent position of the Su-

(20) *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S., 483 (1954).

(21) '(thus) restating the spirit of America and lighting a beacon of hope for Negroes, at a time when other governmental voices were silent', Cox, *The Warren Court*, Cambridge, Mass., 2nd ed., 1969, p. 27.

(22) *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S., 579 (1952).

(23) GOODWIN, Richard N., *The Shape of American Politics*, Commentary, June 1967, p. 28; — See also: TUNC, A., *Les pouvoirs du Président des Etats Unis et l'arrêt de la Cour Suprême relatif à la saisie des aciéries*, R.I.D.C., 1952, pp. 735-751.

(24) *U.S. v. Nixon*, July 24, 1974; — See: WESTIN Alan, *The Case for America*, in '*United States v. Nixon, The President before the Supreme Court*', New-York, Chelsea House Publishers, 1974, pp. IX-XXI; — See also: FREUND, Paul A., *On Presidential Privilege*, *Harvard Law Review*, 88 (1974-75) pp. 13-39.

preme Court in the American system of Government and its fundamental role in ensuring that Government functions in accordance with the 'rule of law'.

*
* *
* *

It should be recognized that the Supreme Court did not always follow the same philosophy, and that the 'scope' of Judicial Review and '*Judicial Review versus Judicial restraint*' are highly debated issues in American legal writing.

Let me again give two examples, although I am aware of a danger of over-simplification:

1. There was a time — in the thirties — when a 'conservative' Supreme Court systematically opposed President Roosevelt's 'New Deal' and declared Congress legislation unconstitutional, *invalidating* a series of statutes fixing minimum-wages, price controls and basic regulations of the economy.

Its attitude even induced President Roosevelt to launch his highly controversial so-called 'Court packing Plan'. But one of the judges deserted the conservative majority and joined with the 'liberals' to make a new majority. A wit of the time said 'a switch in time saved nine' (25).

2. In more recent years a 'liberal' Warren Court — sometimes called an 'activist' Court — by way of an extensive interpretation of the Constitution, prompted a social revolution in many fields.

It took the lead in matters of desegregation in education. It firmly established itself as the guardian of civil rights and public liberties (freedom of speech, of press, of religion, etc.), laid down in the Bill of Rights. It gave an extensive interpretation of such constitutional guarantees as 'equitable legal procedure' and 'due process of law'.

Especially in decisions — such as the much debated 'Miranda case' (26) — related to the rights of the suspected and the defendant in criminal procedure, the 'Warren-Court' went very far in granting additional procedural protection to the accused persons (27).

(25) JAFFE, Louis L., *o.c.*, p: 103.

(26) *Miranda v. Arizona*, 384 *U.S.*, 436 (1966).

(27) See: GRAHAM, *The Due Process Revolution, The self-inflicted Wound*, New-York, 1970, p. 157 and 192.

The circumstance that this happened in a time when an increasing sense of insecurity went over the country, did not ease the acceptance of these decisions.

One author wrote that the Supreme Court was — I quote — ‘acting like a Kadi under a tree, dispensing justice according to considerations of individual expediency’ (28).

*
* *

Occasional criticism however does not alter the fact that during its whole history the American Supreme Court took an essential part not only in the *legal*, but also in the *political, economic, social* and *moral* life of the Nation. Its immense powers gave it a prestige and an authority beyond comparison with any other Supreme Court.

One is not surprised to read in Henry Steele Commager’s ‘The American Mind’, the following appreciation (I quote):

‘The Supreme Court, in time, became the most nearly *sacrosanct* of American institutions — became to Americans what the Royal Family was to the British, the Army to the Germans, the Church to the Spaniards’ (29).

*
* *

After having examined the highlights of Judicial Review, I would like to come back to the practice of a ‘Cour de Cassation’.

No doubt, the *role* of the Supreme Court of the United States is much broader and much more far-reaching than that of its French or Belgian counterparts.

One should however not think that e. g. the Belgian Supreme Court is a *less vigilant guardian* of civil rights and public liberties, or lacks *independence* with regard to the legislative.

First: *Civil rights and liberties* :

Belgium has, as the reader knows, signed and ratified the European Convention on Human Rights and fundamental Freedoms.

(28) Kurland (citing Justice Frankfurter) in *The Supreme Court Review*, Chicago, 1971, pp. 265-268.

(29) STEELE COMMAGER, H., *The American Mind, An Interpretation of American Thought and Character since the 1880's*, New Haven, Yale University Press, 7th ed., 1955, p. 361.

On the one hand, the provisions of this Convention, which *guarantee* the rights and liberties of the individual and which — in more modern and more cautious wording — are substantially the *same* as those proclaimed in the Belgian Constitution, those provisions are, as lawyers say, '*directly applicable*', which means that any individual may invoke them before his national Court.

On the other hand, the Belgian 'Cour de Cassation' has — as we will see in a moment — solemnly proclaimed the supremacy of International Treaties and Conventions above national legislation.

The result is that *not only* any *executive action* or *regional* or *local* regulation, but even (let us suppose) a *parliamentary statute*, that would *violate* these rights and liberties, would be declared *illegal* and *non enforceable* by the 'Cour de Cassation'.

I think one may say that in the Democracies of Western Europe — which have practically all ratified the European Convention of Human Rights — civil rights and liberties enjoy an equally efficient protection as in the United States.

2. The *independence* of the Belgian 'Cour de Cassation' with regard to the legislative, was illustrated — in a spectacular way — a few years ago in a decision of that Court, which aroused worldwide interest.

The facts are as follows:

A particular *tax*, levied by the Belgian Government, had been declared *contrary* to the EEC-Treaty by the Court of Justice of the European Communities (30).

Thereupon the Belgian Government *abolished* the tax, *but* without retroactivity, that is: *not* for the past.

A Belgian firm which had been obliged to pay such taxes, claimed in Court the restitution, by the Belgian Government, of 60 million Belgian francs of *unduly paid* taxes.

At that moment the Belgian Parliament intervened and enacted a statute expressly prescribing that the taxes which *had* been paid were at once and for ever the property of the State and *could no more be questioned by any authority* (31).

(30) Judgment of Nov. 13, 1964 (n° 90 and 91/63), Commission CEE c. Grand Duché du Luxembourg et Royaume de Belgique, *Rec. X* (1964) p. 1217.

(31) Statute of March 19, 1968, *Omnilegie*, 1968, p. 896.

The situation could not be clearer: Before the Courts, the Belgian Government invoked the authority of the national statute and said that the Courts could not *declare unenforceable* an act of *Paliament*.

The case went up as far as the Supreme Court and, by a decision of May 27th, 1971, (in the case of 'Etat Belge c. Fromagerie Franco-Suisse Le Ski')(32) the 'Cour de Cassation' firmly proclaimed the supremacy of the Treaty. The Belgian Government would have to pay back the unduly paid taxes.

The decision was immediately acknowledged as a milestone in the development of the law of the European Communities: contrary to the traditional rule 'lex posterior derogat priori' (according to which later legislation annuls earlier legislation) the supremacy of a Treaty on even *later* national law was unequivocally proclaimed.

But the judgment was at the same time the clearest and firmest assertion of the independence of the Cour de Cassation with regard to the legislator of its own country.

*
* . *

At the outset of this article it was emphasized that a highly important task of the Supreme Court, in any country, is to be the guardian of the rule of law and of civil liberties, It should be recognised, I think, that in both countries which were more particularly under examination, the U.S.A. and Belgium, the highest courts, as different as their constitutional position may be and each in its own way, satisfactorily fulfill that task.

SAMENVATTING

DE TAAK VAN HET HOOGSTE HOF IN EEN WESTERSE DEMOCRATIE

Eerst wordt de aandacht gevestigd op een dubbel mogelijk misverstand.

Er zijn weliswaar twee soorten hoogste hoven: de ene, die, zoals het House of Lords, in laatste instantie over de grond van de zaak uitspraak doen, en *theoretisch recht en feit* beoordelen; de andere, die, zoals het Belgische of het Franse Hof van Cassatie, geen derde aanleg zijn, niet over de feiten oordelen, maar alleen de wettigheid van het bestreden vonnis of arrest nagaan, en, in geval van cassatie, de zaak voor uiteindelijke berechting

(32) Cass., 27.5.1971, *Pas.*, 1971, I, 886; *Arr. Cass.*, 1971, 959.

naar een ander hof of rechtbank (van dezelfde graad) verwijzen. *In werkelijkheid* nochtans is het toezicht van het hoogste hof overal beperkt tot *juridische* kwesties.

Een tweede misverstand — dat bij niet-juristen vaak voorkomt — is dat het Cassatiehof, vermits het niet over de feiten oordeelt, enkel begaan is met schending van vormvoorschriften. Dit is natuurlijk helemaal verkeerd. Het cassatiehof onderzoekt alle rechtskwesties. Maar het misverstand is in zekere zin begrijpelijk. Vele cassaties worden inderdaad uitgesproken wegens schending van vormvoorschriften. Maar vormvoorschriften kunnen zeer belangrijk zijn. De verplichting vonnissen en arresten te motiveren bvb. is naar Belgisch recht een vormvoorschrift. Het hoeft wel geen betoog dat de verplichting, voor de rechter, om zijn vonnis te motiveren en om alle verweermiddelen van de partijen te beantwoorden, een essentiële waarborg is van de rechten van de verdediging. Daàrtoe toezicht houden is een essentiële taak van elk hoogste hof.

In alle landen heeft het Hoogste Hof tot taak te waken over de eenvormige interpretatie van de wet door de „lagere” hoven en rechtbanken en aldus de rechtseenheden en rechtszekerheid te verzekeren. Dit betekent echter niet dat die taak beperkt is tot het louter toezicht over de interpretatie van de vigerende wetteksten. In een aantal gevallen — wanneer de wetteksten dubbelzinnig, onvolledig of verouderd is of gewoon ontbreekt, of wanneer de wetteksten vage begrippen hanteert, of wanneer twee verschillende wetteksten voor toepassing in aanmerking komen — moet de rechter, en moet uiteindelijk het Hoogste Hof, zèlf de rechtsregel vaststellen. Vooral wanneer, bij snelle sociaal-economische ontwikkeling, de wetgever in gebreke blijft, is de rechter wel verplicht normatief, rechtscheppend op te treden.

Voorzeker is die „law-making function” van de rechter in common law landen en vooral in de federale U.S.A. groter dan in landen met gecodificeerd recht. Maar ook in deze laatste landen wordt de creatieve rol van de rechter vandaag meer en meer erkend.

De rechter zal echter, bij het uitoefenen van die taak, omzichtig moeten te werk gaan. Hij mag het terrein van de wetgever niet betreden. Hij zal het bestaande recht stap bij stap aanpassen aan de nieuwe toestanden en slechts zelden innoveren. Hij zal zich vooral niet laten leiden door persoonlijke opvattingen, maar door objectieve redenering, uitgaande van de draagwijdte, het oogmerk en de geest van het geheel van de bestaande wetten. Hij mag slechts rechtsregels formuleren die in harmonie zijn met de algemene beginselen van zijn rechtsorde en met de fundamentele waarden van een moderne Westerse democratie. Bij dit alles moet hij het vereiste evenwicht in stand houden tussen de noodzakelijke zekerheid van het recht en de even noodzakelijke aanpassing ervan aan de sociale en economische evolutie.

Dat ook het Belgische Cassatiehof deze normatieve taak niet uit de weg gaat blijkt o.m. duidelijk uit de jurisprudentiële ontwikkeling in zake aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad. Het ganse omvangrijke domein van de quasi-delictuele aansprakelijkheid werd, op grond van de schaarse artikelen 1382 en vlg. van het Burgerlijk Wetboek, jurisprudentieel geregeld. Ook de aansprakelijkheid van de overheid, zelfs in de uitoefening van haar verordenende bevoegdheid, werd aan de hand van enkele, soms gedurfde arresten van het Hof geregeld. Ten slotte heeft het Hof, in zake burenhinder, de regel „geen aansprakelijkheid zonder fout” doorbroken. Het gezag van deze jurisprudentiële regels verschilt weinig van dat van de wet, en de wetgever zèlf codificeert herhaaldelijk oplossingen die reeds door de rechtspraak werden uitgewerkt.

Een bijzonder aspect van de taak van — althans sommige — hoogste hoven, verdient speciale aandacht: het rechterlijk toetsingsrecht van de grondwettigheid van de parlementaire wetgeving.

Dit probleem kreeg in de verschillende landen drie verschillende oplossingen:

1. Het parlement heeft het laatste woord. Dit is bvb. de oplossing in België en Nederland. Reeds in 1849 besliste het Belgische Hof van Cassatie dat de hoven en rechtbanken de bevoegdheid om de grondwettigheid van de wet te toetsen niet hebben. Die rechtspraak werd telkens weer bevestigd. Niet dat de wetgever niet zou gehouden zijn de grondwet te eerbiedigen. Dat is hij wél. De slagzin „parliament is supreme” betekent alleen dat, eens dat een wet door het parlement is uitgevaardigd, geen gerechtelijke instantie nog bevoegd is om de ongrondwettigheid ervan vast te stellen.

2. Een bijzonder rechtscollege wordt daartoe opgericht. In een stijgend aantal landen wordt het toetsingsrecht van de grondwettigheid van de wetten door een gerechtelijke instantie, geacht een voorwaarde te zijn van een Rechtsstaat. Het *Bundesverfassungsgericht* in Duitsland, het *Verfassungsgerichtshof* in Oostenrijk en de *Corte Costituzionale* in Italië zijn voorbeelden van zulk Hof. De Franse *Conseil Constitutionnel* is geen eigenlijk constitutioneel Hof: het oefent slechts een (politieke) preventieve controle uit.

3. De hoven en rechtbanken, en in laatste instantie het Hoogste Hof, oefenen het toetsingsrecht uit. De U.S. Supreme Court is natuurlijk het prototype van zulke regeling. Reeds in 1803 besliste de Supreme Court, aan de hand van Chief Justice Marshall's beroemde „opinion”, in het bekende *Marbury v. Madison* arrest, dat de hoven en rechtbanken de „power of judicial review” bezitten. Niet alleen stelde die beslissing de onafhankelijkheid van de Supreme Court tegenover de wetgever duidelijk in het licht en was zij essentieel voor het vestigen van de „rule of law” in de U.S.A.; zij maakte van de U.S. Supreme Court, benevens een rechtscheppend college, ook een beleidsorgaan in het Amerikaanse staatsbestel.

Het resultaat van dit grondwettig toetsingsrecht is dat een groot aantal van de problemen die de Amerikaanse maatschappij diep beroeren of verdelen, uiteindelijk, via rechtsgeschillen, aan de Supreme Court worden onderworpen en door haar worden beslecht. Een paar voorbeelden tonen dit duidelijk aan.

1. Het arrest *Brown v. Board of Education* (1954) waarbij de „equal but separated” doctrine werd verlaten en rassendiscriminatie in openbare scholen „inherently unequal” en dus ongrondwettig werd verklaard. Het arrest bracht grondige wijzigingen met zich in de Amerikaanse samenleving.

2. Het arrest *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer* (1951) waarbij aan President Truman de bevoegdheid werd onzegd om, tijdens de Korea-crisis, bij „executive order” de inbeslagneming te bevelen van de private staalindustrie.

3. Het arrest *U.S. v. Nixon* (1974) inzake prerogatieven van de uitvoerende macht, waardoor een unanieme 'Burger'-Court President Nixon verplichtte de bandopnamen vrij te geven van de in zijn bureau op het Witte Huis gevoerde gesprekken, een arrest dat de onafhankelijkheid van de Supreme Court tegenover de uitvoerende macht bijzonder in het licht stelde.

Wel is de omvang van het toetsingsrecht voorwerp van discussie en komen „toetsingsrecht” en „gerechtelijke reserve” met mekaar in conflict. In de dertiger jaren remde een conservatieve Supreme Court President Roosevelt's „New Deal”-wetgeving af, wat aanleiding gaf tot diens „Court Packing Plan”. Later zou een „activist Warren Court” in een aantal domeinen — desagregatie, individuele vrijheden van de burgers, „due process of law” — een progressief jurisprudentieel beleid weten door te voeren en in zake rechten van de beklagde zelfs een zeer liberale (en overigens betwiste) jurisprudentie inleiden („Miranda-case”).

Dat de Supreme Court af en toe kritiek te verduren kreeg, doet niets af van de essentiële rol die het Hof ononderbroken speelt in het juridisch, economisch, sociaal, moreel en politiek leven van de natie.

Dat de taak van de Supreme Court ruimer en verstrekkender is dan die van het Belgische Hof van Cassatie lijkt geen twijfel. Dit betekent echter geenszins dat het Belgische Cassatiehof een minder strenge bewaker zou zijn van de rechten van het individu of zich minder onafhankelijk zou opstellen tegenover de wetgever.

In zake rechten van de enkeling zijn de bepalingen van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (Verdrag dat België bindt) „rechtstreeks toepasselijk”, zodat de enkeling zich erop kan beroepen voor zijn nationale rechter. Vermits België de voorrang aanvaardt van de Internationale Verdragen boven de — zelfs latere — nationale wet, zal niet alleen elke maatregel van de uitvoerende macht of elke verordening, maar zelfs elke door het parlement gestemde wet die de rechten van de mens zou aantasten, door het Cassatiehof buiten toepassing worden gelaten.

Anderzijds was het bekende arrest van 27 mei 1971 in zake *Belgische Staat t. Fromagerie Franco-Suisse „Le Ski”* niet alleen een mijlpaal in de ontwikkeling van het Gemeenschapsrecht, maar was het tevens een schoolvoorbeeld van de onafhankelijkheid van het Belgische Cassatiehof tegenover de wetgevende macht. Een wet die precies beval dat bepaalde, met het Verdrag van Rome strijdige invoerrechten, eens betaald, onherroepelijk waren en „geen aanleiding konden geven tot enige betwisting ten overstaan van om het even welke overheid”, werd strijdig geacht met het Verdrag en „buiten werking gelaten”.

SOMMAIRE

LE RÔLE DE LA COUR SUPRÊME DANS UNE DÉMOCRATIE OCCIDENTALE

L'auteur signale d'abord un double malentendu possible.

Il y a certes deux sortes de cours suprêmes : les unes, comme la Chambre des Lords, se prononcent en dernière instance sur le fond des affaires et connaissent, *en théorie, du fait et du droit*; les autres, telles la Cour de Cassation belge ou française, ne sont pas une troisième instance, ne connaissent pas du fait, mais vérifient uniquement la légalité de la décision attaquée, et, en cas de cassation, renvoient le jugement de l'affaire à un autre tribunal ou une autre cour (de même degré). *En réalité* cependant, partout, ces cours suprêmes se bornent à l'examen des questions *de droit*.

Un deuxième malentendu — fréquent chez les non-juristes — est que la Cour de Cassation, puisqu'elle ne connaît pas du fait, ne sanctionne que les vices de forme. C'est là évidemment une erreur : la Cour de Cassation examine *toutes* les questions de droit. Le malentendu est pourtant compréhensible. Les cassations prononcées pour vice de forme sont nombreuses. Mais les dispositions légales qui prescrivent une forme déterminée peuvent être très importantes. Ainsi, en droit belge, l'obligation de motiver les jugements et arrêts est considérée comme une prescription de forme. Il va sans dire que l'obligation, pour le juge, de motiver sa décision et de répondre à tous les moyens que les parties ont fait valoir, est une garantie essentielle des droits de la défense. Assurer l'observation de cette obligation constitue une des tâches principales de toute cour suprême.

Dans tous nos pays, la plus haute Cour a comme tâche de veiller à l'interprétation uniforme de la loi par les cours et tribunaux et d'assurer ainsi l'unité et la sécurité du droit. Mais cela ne signifie pas que la Cour se borne au seul contrôle de l'interprétation des lois en vigueur.

Dans de nombreux cas — lorsque le texte légal est ambigu ou incomplet, ou a vieilli, ou en cas de carence de texte, ou lorsque la loi utilise des notions vagues, ou encore lorsque deux textes différents pourraient être appliqués, — le juge, et en dernière instance la Cour de Cassation, doivent eux-mêmes arrêter la règle juridique. Surtout lorsque, en présence d'une évolution sociale rapide, le législateur reste en défaut, le juge est bien obligé d'intervenir de manière normative et de créer la règle de droit.

Certes la « law-making function » du juge est-elle bien plus patente dans les pays de Common Law et surtout dans l'état fédéral que sont les Etats-Unis, que dans les pays de droit codifié. Mais dans ces derniers pays aussi, le rôle du juge comme créateur de droit, est aujourd'hui de plus en plus reconnu.

Mais le juge devra s'acquitter de cette tâche avec une grande circonspection. Il ne peut s'engager sur le terrain du législateur; c'est pas à pas qu'il adaptera le droit existant à la réalité nouvelle et ce n'est qu'exceptionnellement qu'il pourra innover. Il ne se laissera pas guider par sa conviction personnelle, mais procédera par raisonnement objectif, s'inspirant de la portée, du but et de l'esprit de l'ensemble des lois existantes. Il ne pourra formuler que des règles qui soient en harmonie avec les principes généraux de son ordre juridique et avec les valeurs fondamentales d'une démocratie occidentale moderne. Ce faisant, il devra veiller à l'équilibre indispensable entre les exigences de la sécurité du droit et celles de l'adaptation du droit aux transformations de la société.

Qu'en Belgique aussi la Cour de Cassation s'acquitte de cette tâche, cela se manifeste clairement dans l'évolution jurisprudentielle en matière de responsabilité civile. Toute la vaste matière de la responsabilité quasi-délictuelle fait l'objet de solutions jurisprudentielles développées au départ des quelques articles 1382 et ss. du Code Civil. La responsabilité de l'autorité publique elle aussi, même dans l'exercice de sa compétence réglementaire, a été réglée par quelques arrêts, parfois audacieux, de la Cour de Cassation. Enfin, en matière de troubles de voisinage, la Cour a su se départir judicieusement de la règle « pas de responsabilité sans faute ». L'autorité de ces règles jurisprudentielles est similaire à celle de la loi et souvent le législateur lui-même entérine, en les codifiant, des règles déjà élaborées par la jurisprudence.

Un aspect particulier de la tâche, propre du moins à *certaines* cours suprêmes, mérite une attention spéciale: le droit de contrôler la constitutionnalité des lois proprement dites.

Ce problème a reçu, dans les différents pays, trois solutions différentes:

1) Le parlement a le dernier mot. C'est le cas en Belgique et aux Pays-Bas. Déjà en 1849 la Cour de Cassation belge jugea que les cours et tribunaux ne sont pas compétents pour juger de la constitutionnalité des lois et cette jurisprudence a été maintes fois confirmée. Cela ne signifie nullement que le parlement n'est pas tenu de respecter la règle constitutionnelle. Il doit au contraire la respecter. Le slogan « Parliament is supreme » signifie seulement que, une fois qu'une loi a été votée par le parlement, aucune instance juridictionnelle n'est désormais compétente pour constater son caractère inconstitutionnel.

2) Une Cour spéciale est instituée à cet effet. Dans un nombre croissant de pays on considère que le contrôle de la constitutionnalité des lois par un organe juridictionnel est une condition nécessaire d'un état de droit. Le *Bundesverfassungsgericht* en Allemagne, le *Verfassungsgerichtshof* en Autriche et la *Corte Costituzionale* en Italie sont des exemples de telles cours. Le *Conseil Constitutionnel* français au contraire n'est pas une véritable Cour Constitutionnelle: il n'exerce qu'un contrôle (politique) préventif.

3) Les cours et tribunaux et, en dernière instance, la Cour Suprême, exerce ce contrôle. La *Supreme Court* des Etats-Unis est évidemment le prototype d'une telle Cour. Déjà en 1803 la Cour Suprême, se conformant à la fameuse « opinion » du Chief Justice John Marshall, décida, dans l'arrêt célèbre *Marbury v. Madison*, que les cours et tribunaux avaient le pouvoir de « judicial review ». Cette décision ne met pas seulement en lumière l'indépendance de la Cour Suprême à l'égard du législateur. Elle établit fermement la « rule of law » aux Etats-Unis et fit de la Cour Supreme, en plus d'une juridiction créatrice de droit, un organe de décision (*a policy-making institution*) dans l'organisation de l'Etat.

Le résultat de ce droit de contrôle de la constitutionnalité des lois est qu'un grand nombre de problèmes qui agitent et parfois divisent la société américaine sont ultimement, par la voie de litiges juridiques, soumis à la Cour Suprême et tranchés par elle.

Quelques exemples en fournissent la preuve :

1. L'arrêt *Brown v. Board of Education* (1954), dans lequel la Cour abandonne la doctrine « égaux mais séparés » et déclare « essentiellement inégale », et donc anticonstitutionnelle, la ségrégation raciale dans les écoles publiques. Cet arrêt entraîna des transformations profondes dans la société américaine.

2. L'arrêt *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer* (1952) par lequel la Cour dénia au président Truman le pouvoir de saisir, par un « executive order » pendant la crise coréenne, l'industrie privée de l'acier.

3. L'arrêt *U.S. v. Nixon* (1974) en matière de prérogatives de l'exécutif, par lequel la *Burger-Court* unanime obligea le président Nixon à remettre (à un juge fédéral procédant à une enquête) les bandes enregistrées des conversations tenues dans son bureau de la Maison Blanche. Par cet arrêt l'indépendance de la Cour Suprême à l'égard de l'exécutif était solennellement affirmée.

L'étendue du contrôle de la constitutionnalité fait certes l'objet de discussions, et « pouvoir de contrôle » et « réserve juridictionnelle » s'affrontent. Dans les années 30 une cour « conservatrice » tenta de freiner la législation qui mettait en œuvre la politique de « New Deal » du président Roosevelt. Plus tard une Warren-Court « activiste » imposa une jurisprudence progressiste en de nombreux domaines : déségrégation, libertés du citoyen, « due process of Law ». En matière de droit de l'accusé elle se signala par une jurisprudence très libérale et d'ailleurs critiquée.

Que la Supreme Court ait été à plusieurs reprises l'objet de critiques, n'enlève d'ailleurs rien au rôle essentiel qu'elle joue de manière permanente dans la vie juridique, économique, sociale, morale et politique de la nation.

Que le rôle de la Cour Suprême des Etats-Unis soit plus étendu et aille plus loin que celui de la Cour de Cassation belge est indiscutable. Mais cela ne signifie aucunement que la Cour de Cassation belge serait une gardienne moins vigilante des libertés individuelles ou se montre moins indépendante à l'égard du législateur.

1. En matière de droits de l'individu, les dispositions de la Convention Européenne des droits de l'homme (qui lie la Belgique) sont « directement applicables », c.à.d. que toute personne peut s'en prévaloir devant son juge national. Puisque la Belgique admet la préséance des Traités Internationaux sur la loi nationale même postérieure, non seulement toute mesure de l'exécutif et toute mesure réglementaire, mais même une loi du parlement qui violerait les droits de l'homme, serait déclarée dénuée d'effet par la Cour de Cassation.

2. D'autre part, l'arrêt du 17 mai 1971 en cause *Etat Belge c. Fromagerie Franco-Suisse « Le Ski »* n'est pas seulement une étape importante dans la formation du Droit Communautaire. Il a fourni un exemple remarquable de l'indépendance de la Cour de Cassation belge à l'égard du Pouvoir législatif. Une loi qui précisément prescrivait que certains droits d'entrée, déclarés contraires au Traité de Rome, seraient, une fois payés, irrévocables et ne pourraient « donner lieu à contestation devant quelque autorité que ce soit », fut jugée contraire au Traité et dénuée d'effet.

ZUSAMMENFASSUNG

DIE AUFGABE DES OBERSTEN GERICHTES IN EINER WESTLICHEN DEMOKRATIE

Der Autor weist zunächst auf die Möglichkeit eines doppelten Mißverständnisses hin. Zwar gibt es zwei Arten von obersten Gerichtshöfen: die einen, die — wie das House of Lords — sich in letzter Instanz über den Grund einer Sache aussprechen und — in der Theorie — Tatsachen und Rechtsanwendung beurteilen; die anderen, so etwa der belgische oder französische Kassationsgerichtshof, die keine dritte Tatsacheninstanz sind, die nicht über Tatsachen befinden, sondern einzig und allein die Gesetzmäßigkeit der angegriffenen Entscheidung prüfen und, im Falle einer Aufhebung, die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an ein anderes Gericht verweisen. In der Rechtswirklichkeit aber sind diese obersten Gerichte überall auf die Prüfung von Rechtsfragen beschränkt.

Ein zweites Mißverständnis, das bei Nichtjuristen oft vorkommt, liegt darin, daß man glaubt, das Kassationsgericht beschäftige sich nur mit der Verletzung von Formvorschriften, da es an die festgestellten Tatsachen gebunden sei. Das ist ein offensichtlicher Irrtum: das Kassationsgericht untersucht alle Rechtsfragen. Das Mißverständnis ist jedoch verständlich. Viele Aufhebungen von Entscheidungen im Wege der Kassation erfolgen wegen Verletzung von Formvorschriften. Die Gesetzesbestimmungen, die eine bestimmte Form vorschreiben, können sehr wichtig sein. So ist beispielsweise nach belgischem Recht die Verpflichtung, Urteile und Entscheidungen zu begründen, eine Formvorschrift. Selbstverständlich ist aber die Verpflichtung für den Richter, seine Entscheidung zu begründen und auf das Parteivorbringen einzugehen, eine wesentliche Garantie für die Rechte der Verteidigung. Die Einhaltung dieser Verpflichtung zu beaufsichtigen ist eine der wesentlichen Aufgaben jedes obersten Gerichtshofes.

In allen Ländern hat das oberste Gericht die Aufgabe, die einheitliche Gesetzesauslegung durch die Instanzgerichte zu überwachen und so Rechtseinheit und Rechtssicherheit zu gewährleisten. Das bedeutet allerdings nicht, daß sich diese Aufgabe auf die alleinige Kontrolle der geltenden Gesetze beschränken würde. In zahlreichen Fällen — wenn etwa der Gesetzestext zweideutig, unvollständig, veraltet ist oder einfach fehlt, wenn das Gesetz unbestimmte Begriffe verwendet, auch wenn zwei verschiedene Textfassungen für die Anwendung in Betracht kämen — dann muß der Richter und muß letztlich der Kassationshof die Rechtsregel selbst festlegen. Das gilt in besonderem Maße, wenn bei einer schnellen sozialen Entwicklung der Gesetzgeber in Verzug ist, dann ist der Richter gezwungen normativ einzugreifen und ein rechtliche Regelung zu schaffen.

Sicherlich ist diese rechtsschöpfende Funktion des Richters in den Ländern des common law und besonders in einem Bundesstaat wie den Vereinigten Staaten von größerer Bedeutung als in Ländern mit kodifiziertem Recht. Aber auch in diesen Ländern wird die rechtsschöpferische Rolle des Richters heute mehr und mehr anerkannt.

Der Richter wird aber sich dieser Aufgabe mit großer Umsicht unterziehen müssen. Er kann sich nicht auf dem Gebiet des Gesetzgebers engagieren; das bedeutet, daß er Schritt für Schritt das geltende Recht den neuen Gegebenheiten anpassen und nur ausnahmsweise erneuern wird. Der Richter soll sich vor allem nicht durch seine persönliche Überzeugung, sondern durch objektive Überlegungen leiten lassen, wobei er von der Tragweite, dem Gesetzeszweck und von Geist und Inhalt der Gesamtheit der Gesetznormen auszugehen hat. Er soll nur Rechtsregeln formulieren, die mit den allgemeinen Prinzipien seiner Rechtsordnung und mit den Grundwerten einer modernen westlichen Demokratie in Einklang stehen. Wenn er dies tut, wird er über das unverzichtbare Gleichgewicht zwischen den Erfordernissen der Rechtssicherheit und denen der Anpassung des Rechts an die Veränderungen der Gesellschaft wachen. Daß sich auch der Belgische Kassationshof dieser Aufgabe stellt, ergibt sich deutlich in der Entwicklung der Jurisprudenz bei der Frage der zivilrechtlichen Haftung. Der umfangreiche Bereich der quasideliktischen Haftung fand seine Lösung durch die Jurisprudenz aufgrund der Artikel 1382 ff des Code Civil. Die Haftung der Obrigkeit, sogar in Ausübung ihrer Regelungskompetenz, wurde durch einige, manchmal kühne Entscheidungen des Kassationsgerichts geregelt. Schließlich hat sich das Kassationsgericht in Fällen von nachbarschaftlichen Störungen von der Regel "keine Haftung ohne Verschulden" entfernt. Die Autorität dieser Regelungen der Jurisprudenz ist ähnlich derjenigen des Gesetzes, und der Gesetzgeber selber kodifiziert häufig Lösungen, die von der Jurisprudenz erarbeitet wurden.

Ein besonderer Aspekt der Aufgaben der obersten Gerichte, wenigstens einiger von ihnen, verdient spezielle Aufmerksamkeit: das Recht, die Verfassungsmäßigkeit von ordnungsgemäß verkündeten Gesetzen zu prüfen. Diese Problem fand in den einzelnen Ländern drei verschiedene Lösungen:

1. Das Parlament hat das letzte Wort. Dies ist der Fall in Belgien und in den Niederlanden. Schon 1849 urteilte der belgische Kassationshof, daß die Gerichte keine Befugnis zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes haben. Diese Rechtsprechung wurde immer wieder bestätigt. Das bedeutet keineswegs, daß das Parlament nicht gehalten wäre, die Verfassung zu beachten. Im Gegenteil, es muß sie respektieren. Der Slogan "Parliament is supreme" bedeutet lediglich, daß nach dem Erlaß eines Gesetzes durch das Parlament, keine gerichtliche Instanz zuständig ist, dessen Verfassungswidrigkeit festzustellen.
2. Ein besonderes Gericht ist zu diesem Zweck geschaffen. In einer wachsenden Zahl von Ländern ist man der Auffassung, daß die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen durch eine richterliche Instanz notwendige Voraussetzung eines Rechtsstaates sei. Das Bundesverfassungsgericht in Deutschland, der Verfassungsgerichtshof in Österreich und der "Corte Costituzionale" in Italien sind Beispiele derartigen Gerichte. Der französische "Conseil Constitutionnel" ist kein eigentliches Verfassungsgericht: er übt nur eine (politische) präventive Kontrolle aus.
3. Die Gerichte und — in letzter Instanz — der oberste Gerichtshof üben das Prüfungsrecht aus. Der "Supreme Court" der Vereinigten Staaten ist der Prototyp eines derartigen Gerichts. Schon im Jahre 1803 beschloß der Supreme Court anhand der berühmten "opinion" des Chief Justice John Marshall in der berühmten Entscheidung *Marbury v. Madison*, daß die Gerichte die "power of judicial review" besitzen. Diese

Entscheidung setzt nicht nur die Unabhängigkeit des Supreme Court gegenüber dem Gesetzgeber ins rechte Licht, sie legt die "rule of law" in den Vereinigten Staaten fest. Sie machte aus dem obersten Gerichtshof über seine rechtsschöpferische Funktion hinaus ein Entscheidungsorgan (a policy making institution) in der Staatsorganisation.

Das Ergebnis dieses Rechts zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen ist, daß eine große Zahl der Probleme, die die amerikanische Gesellschaft zutiefst berühren, ja sogar aufspalten, letztlich in Form von Rechtsstreitigkeiten dem Supreme Court vorgelegt werden und von ihm entschieden werden.

Einige Beispiele liefern des Beweis:

1. Die Entscheidung *Brown v. Board of Education* (1954), in welcher das oberste Gericht die Doktrin "gleich aber getrennt" aufgibt und die Rassendiskriminierung in den öffentlichen Schulen als Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes und daher verfassungswidrig erklärt hat. Diese Entscheidung führte tiefgreifende Veränderungen in der amerikanischen Gesellschaft herbei.
2. Die Entscheidung *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer* (1952), in der der oberste Gerichtshof dem Präsidenten die Befugnis absprach, während der Korea-Krise durch eine "executive order" die Beschlagnahme der privaten Stahlindustrie anzuordnen.
3. Die Entscheidung *US v. Nixon* (1974) betreffend die Prärogativen der Exekutive, in welcher der Burger-Court Präsident Nixon verpflichtete, dem Richter eines Bundesgerichts, der eine Untersuchung durchführte, die Tonbandaufnahmen herauszugeben, die in dem Büro des Weißen Hauses aufgenommen worden waren. Durch diesen Beschluß wurde die Unabhängigkeit des obersten Gerichtshofs in Bezug auf die Exekutive in besonderer Weise hervorgehoben.

Allerdings ist der Umfang der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit Gegenstand der Diskussion. Prüfungsbefugnis und richterliche Selbstbeschränkung stehen sich gegenüber. In den dreißiger Jahren versuchte ein konservativer Supreme Court, die Gesetzgebung zu bremsen, die die Politik des "New Deal" des Präsidenten Roosevelt in die Tat umsetzen sollte. Später leitete ein aktivistischer "Warren Court" eine fortschrittliche Rechtsprechung in zahlreichen Bereichen ein: Desegregation, individuelle Freiheiten der Bürger, "due process of law". Hinsichtlich der Rechte des Angeklagten leitete der oberste Gerichtshof eine sehr liberale, übrigens hierwegen kritisierte Rechtsprechung ein.

Daß der Supreme Court gelegentlich Kritik erfahren hatte, leistet übrigens seiner wesentlichen Rolle keinen Abbruch, die er ununterbrochen im juristischen, wirtschaftlichen, sozialen, moralischen und politischen Leben der Nation spielt.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Rolle des obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten ausgedehnter und weitgehender ist als die des belgischen Kassationshofs. Aber das bedeutet keineswegs, daß der belgischen Kassationshof ein weniger wachsamer Hüter der Freiheitsrechte des Einzelnen wäre oder sich dem Gesetzgeber gegenüber weniger unabhängig zeigen würde.

1. Hinsichtlich der Rechte des einzelnen sind die Bestimmungen der Europäischen Konvention der Menschenrechte (die Belgien binden), unmittelbar anwendbar, d. h., daß sich jedermann vor seinem nationalen Richter darauf berufen kann. Weil Belgien den Vorrang der internationalen Verträge vor dem nationalen — sogar späteren — Gesetz bestimmt, würde nicht nur jede Maßnahme der Exekutive und jede Regelung, sondern auch jedes vom Parlament erlassene Gesetz, das die Menschenrechte beeinträchtigen würde, vom Kassationshof als wirkungslos erklärt werden.
2. Andererseits ist die Entscheidung vom 17.5.1971 in Sachen Belgischer Staat gegen Fromagerie Franco-Suisse "Le Ski" nicht nur ein Markstein in der Entwicklung des

Gemeinschaftsrechts, sie ist gleichzeitig ein Lehrbeispiel der Unabhängigkeit des belgischen Kassationshofs gegenüber der gesetzgebenden Gewalt. Ein Gesetz das genau vorschrieb, daß gewisse Einfuhrrechte, die in Widerspruch zum Römischen Vertrag erklärt wurden, wenn sie einmal bezahlt seien, unwiderruflich seien und von keiner Behörde bestritten werden könnten wurde vom Gericht, als mit dem Vertrag in Widerspruch stehend, ohne Wirkung beurteilt.