

“RECHTERS, PROCUREURS, RECHTERLIJKE ORDE, QUO VADIMUS?”

**(Over de scheiding der machten, de jurisdictionele domeinen, de rechter-
“politicus/manager” en het verzelfstandigd beheer)**

INLEIDING – OVER DE KEUZE VAN HET ONDERWERP	4
HOOFDSTUK 1. – DE RECHTERLIJKE MACHT EN DE SCHEIDING DER MACHTEN IN HET BELGISCH GRONDWETTELIJK RECHT. – EEN (FRAGIELE) EVENWICHTSOEFENING – THEORIE EN ONTWIKKELINGEN	11
Voorwoord. – Over de klassieke theorieën die het concept “staat” structureren, zoals het aan de basis ligt van de Grondwet van 1831 en van de rechterlijke macht in die grondwet	11
Sectie 1. – Verhouding tussen de rechterlijke macht en de overige staatsmachten – Onafhankelijkheid van de rechterlijke macht als staatsmacht	15
Paragraaf 1.- Legaliteitsbeginsel.....	15
Paragraaf 2.- Verbod op buitengewone rechtbanken en commissies	17
Paragraaf 3.- De oprichting, door de Grondwet zelf, van de hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde.....	18
Sectie 2 – De rechtsprekende functie – Van eenheid naar versnippering.....	20
Paragraaf 1.- 1831 – Ontstaan van de grondwettelijke inrichting van België	21
A) De politieke ontstaansgeschiedenis van de grondwettelijke inrichting van België	21
B) De Grondwet van 7 februari 1831	23
1) Het rechterlijk toezicht uitgeoefend op de uitvoerende macht.....	23
a) Aanvang – Grondslagen – Nalatenschap	23
b) Falende grondslagen en verzwakking van het rechterlijk toezicht.....	25
2) Het rechterlijk toezicht uitgeoefend op de wetgevende macht.....	32
a) Uitgangspunt – Grondslagen– Nalatenschap	32
b) Jurisprudentiële zelfcensuur en afwijkende rechtsleer.....	33
Paragraaf 2.- 1948 – De Raad van State	36
A) Gebrekkige grondslagen en limieten van de rechterlijke toetsing.....	36
B) Administratieve rechtscolleges.....	39
1) Raad van State	40
2) De jurisdictionele commissies.....	41
Paragraaf 3.- 1983 – Het Arbitragehof	47
A) Uitgangspunten	47
1) Voorrang van het verdragenrecht – Invasie van supranationale normen met rechtstreekse werking in het interne recht – Het Le Ski-arrest van 27 mei 1971 en de grondwettigheidstoetsing.....	47
2) De federalisering van de Belgische eenheidsstaat - Regeling van de bevoegdheidsconflicten - De Raad van State en het Arbitragehof.....	51
a) De Raad van State	51
b) Het Arbitragehof.....	54
B) Grondwettelijk gerecht.....	55

1) Het Arbitragehof – Uitbreiding van zijn bevoegdheid tot de eerbiediging van de grondwettelijke regels die de gelijkheid voor de wet en de vrijheid van onderwijs waarborgen en discriminatie verbieden	55
2) Het Grondwettelijk Hof.....	57
Sectie 3. – Concentratie van de rechtsprekende bevoegdheid	60
Paragraaf 1.- Concentratie ten aanzien van de administratieve rechter	60
A) Het geschil betreffende subjectieve rechten	60
1) De judicialisering – Sociale en fiscale geschillen	60
a) De sociale geschillen – de arbeidsrechtbank	61
b) De fiscale geschillen	63
2) Conflicten van attributie tussen de gerechtelijke rechtscolleges en de administratieve rechtscolleges	67
B) De zogenaamde “objectieve” geschillen	71
1) De theorie van het “werkelijke voorwerp van het beroep”	72
2) Het toezicht met volle rechtsmacht	73
3) De vereisten van het eerlijk proces	75
Paragraaf 2.- Concentratie ten aanzien van de grondwettelijke rechter	79
HOOFDSTUK II.- MYTHE EN WERKELIJKHEID VAN DE ACTIVITEIT VAN HET GERECHTELIJK RECHTSPREKEND ORGAAN IN DE 21ste EEUW	83
Inleiding	83
Sectie 1.- Grondwettelijke en wettelijke bescherming van de rechter door een specifiek statuut	83
Paragraaf 1.- Fundamentele principes en regels met betrekking tot de onafhankelijkheid van de rechter	83
A) Rechtsbronnen	83
B) Verhouding tussen functionele onafhankelijkheid en onpartijdigheid	84
C) Onderscheid tussen functionele en institutionele onafhankelijkheid	86
Paragraaf 2.- De functionele onafhankelijkheid	86
A) Externe functionele onafhankelijkheid	87
1) Jegens de uitvoerende macht	87
2) Jegens de wetgevende macht	87
a) Mogelijke schendingen van de functionele onafhankelijkheid door de wetgevende macht	88
b) Principieel verbod op retroactieve wetten	88
c) Inperking van de beoordelingsvrijheid van de rechter door de wetgever	89
B) Interne functionele onafhankelijkheid	90
1) Ten aanzien van hogere hoven en rechtbanken	90
2) Ten aanzien van de korpschef	91
Paragraaf 3.- Enkele concrete aspecten m.b.t. het statuut van de (individuele) rechter	91
A) Benoeming en aanwijzing van magistraten door derden	91
1) Benoeming	91
2) Aanwijzingen	92
B) Benoeming “voor het leven”	92
C) “Onafzetbaarheid”	93
D) “Onverplaatsbaarheid”	93
E) Bezoldiging	96

F) Cumulatie van ambten.....	96
Sectie 2.- Over de onverschrokken uitoefening van de rechterlijke macht door de justitiële rechter	98
Paragraaf 1.- Klassieke opvatting over de taak van de rechter als ‘bouche de la loi’	98
Paragraaf 2.- Wijzigende opvattingen over de taak van de rechter	99
Paragraaf 3.- Wijzigende rol van het Hof van Cassatie	101
Paragraaf 4.- Grenzen aan het rechterlijk beleid.....	102
Sectie 3. - Over de onverschrokken meningsuiting door de rechter(s) – de gezaghebbende mening?	108
Paragraaf 1.- Verenigingen van magistraten en adviserende organen	108
A) Belang en impact van verenigingen van magistraten	108
B) Magistratenverenigingen als think tanks	109
C) Magistratenverenigingen als syndicale organisaties	110
D) Hoge Raad voor de Justitie en Adviesraad voor de Magistratuur.....	112
E) Wie vertegenwoordigt wie?	113
Paragraaf 2.- De individuele rechter (magistraat)	114
Paragraaf 3.- Gevolg	118
Sectie 4. - Van rechter-“activist” naar rechter-“politicus”	118
Paragraaf 1.- Bij het uitleggen van de wet treedt de rechter politiek op (Politeia)	119
Paragraaf 2.- De (gerechtelijke) rechtsprekende functies zijn politieke functies in de Staat (Politeia)	127
Paragraaf 3.- Vorming van de rechtsprekende functie door de marktlogica: Ordoliberalisme en Rechtstaatlichkeit.....	129
HOOFDSTUK III.- VAN "POLITIEKE" RECHTER NAAR "MANAGEMENT"-RECHTER – JUDICIAL SELF- GOVERNMENT IN DE BELGISCHE RECHTSORDE	134
Inleiding - Judicial self-government in de Belgische rechtsorde	134
Sectie 1.- Traditionele samenwerkingsvelden – Rechterlijke benoemingen en Tucht – Operationele zwaartepuntverschuivingen	135
Paragraaf 1.- Rechterlijke benoeming – Rol van de HRJ.....	135
Paragraaf 2.- Oprichting van de tuchtrechtbanken	138
Sectie 2.- Verzelfstandigd beheer en financiële autonomie	141
Paragraaf 1.- De Wet van 28 februari 2014 betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie.....	141
A) Sociologische en politieke voorgeschiedenis	141
B) Het wetsontwerp – Weerstand en oplossingen	145
C) Een kaderwet.....	147
D) De mislukte poging om het Hof van Cassatie van een dotatie te voorzien	148
Paragraaf 2.- Beheersstructuren	150
Paragraaf 3.- Beheersmodel	151
Paragraaf 4.- Controle op het gebruik van de toegekende middelen	153
Paragraaf 5.- En nu?.....	154
SLOTBESCHOUWINGEN	158

INLEIDING – OVER DE KEUZE VAN HET ONDERWERP

1. Ik heb besloten om u vandaag te spreken over een archipel, een groep van naburige eilanden, welbekend maar niettemin raadselachtig: de “Belgische rechterlijke orde”, en haar inwoners. Al zullen we ons tijdens deze excursie voornamelijk toespitsen op één categorie van die inwoners, namelijk de “rechters”, en gaan we de “procureurs”, de “advocaten” en het leger aan andere, vaak onmisbare, beroepen niet behandelen. Niet omdat zij onbelangrijk zouden zijn, maar omdat zij veel minder van zich laten horen, terwijl er over eerstgenoemden een uitgebreide en uiterst gevarieerde literatuur bestaat. Om heel eerlijk te zijn: in de ogen van het volk staan zij symbool voor deze archipel¹.

De keuze van het onderwerp werd mij ingegeven door de rede die door wijlen procureur-generaal Jean-Marie PIRET werd uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van 1 september 1999, met als titel “Een eeuw bedenkingen over de Justitie”, en brengt de beschouwingen in herinnering die sinds het jaar 1900 door drieëntwintig procureurs-generaal bij het Hof zijn voorgesteld bij de opening van het nieuwe gerechtelijk jaar. De heer PIRET ging aldus op *“een, ietwat vermetele, ontdekkingsreis langs de markante passages in de openingsredes van de twintigste eeuw. Deze tocht zal aan heel wat zaken voorbijgaan, toch zal worden gepoogd te wijzen op het belangrijkste, op datgene wat ook nu nog een licht op de toekomst kan werpen”*².

De voortreffelijke redenaar verenigt de onderzochte beschouwingen in twaalf thema’s, waaronder “het Hof van Cassatie” (sectie 3), de “Hervormingsvoorstellen” die door de procureurs-generaal zijn verdedigd (sectie 6), “De plichten van de rechter” (sectie 7), “Het openbaar ministerie” (sectie 8), en de “Verhouding tussen de machten” (sectie 12).

In deze aanpak werd procureur-generaal PIRET voorafgegaan door procureur-generaal burggraaf TERLINDEN, die op de openingszitting van het Hof van 2 oktober 1922 een onderzoek zou voeren naar “Cinquante années de discours de rentrée a la Cour de cassation de Belgique (1869 à 1922)” (“Vijftig jaar openingsredes van het Hof van Cassatie van België (1869 tot 1922)”) ³. Naar aanleiding hiervan zou hij de aandacht vestigen op de werkzaamheden van één van zijn illustere voorgangers, procureur-generaal Charles FAIDER, die elk jaar in zijn openingsrede een aspect van de Grondwet belichtte.

TERLINDEN, onder de indruk, verklaarde: *“C'est de la Constitution que, pendant quatorze ans, il [FAIDER] vous parlera, sans se lasser et sans vous lasser jamais. Il la connaît. Il l'aime. Il l'étudie sans cesse. Ah! Messieurs, cette génération avait le culte de la Constitution. Elle savait ce qu'il avait fallu souffrir pour la conquérir. C'était le fruit d'innombrables efforts, de longs siècles de larmes et de sang. Elle la chérissait comme une mère aime l'enfant mis au monde*

¹ Ik wens hierbij de heren referendarissen Denis PATART en Floris PARREIN oprecht te bedanken voor hun gewaardeerde bijdrage aan deze redevoering. Mijn dank gaat ook uit naar mevrouw de rechter A. BOSSUYT en, uiteraard, de dienst Overeenstemming der teksten, die deze rede in moeilijke omstandigheden heeft moeten vertalen, alsook naar het secretariaat van het Parket.

² J.-M. PIRET, Rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van 1 september 1999.

³ G. TERLINDEN, “Cinquante années de discours de rentrée à la Cour de cassation de Belgique (1869 à 1922)”, openingsrede, 2 oktober 1922.

dans la douleur. Elle sentait encore peser sur ses épaules meurtries le poids du joug de l'étranger. Ah! elle lui eût tout sacrifié."

En inderdaad, er valt veel lering te trekken uit de geschriften van FAIDER. Zo citeert hij een zekere mijnheer Blagnies, die tijdens het debat over de instelling van de Belgische Senaat verklaarde: *"Je veux que, dans notre Constitution, tous les pouvoirs, toutes les institutions quelconques, même le roi, soient des garanties populaires; je ne vois que la nation et son plus grand bien, et je n'aperçois dans la chambre haute, dans la chambre des communes, dans l'hérédité du chef de l'Etat, dans les corps judiciaires, communaux et provinciaux, que des moyens de salut public, que des hypothèses de la liberté des peuples"*.

2. Aangezien het de laatste keer is dat ik het voorrecht heb om u in deze hoedanigheid toe te spreken, zal ik mij niet onttrekken aan deze, volgens mij, ambtseigen plicht van een bevoorrecht waarnemer. De hete adem van de hervormingen die de rechterlijke macht op zijn grondvesten doen daveren, waarbij het verleden wordt weggespoeld en een impressionistisch tableau van zijn toekomst wordt geschetst, maant mij daartoe aan.

3. Laten we echter nog even terugkeren naar het overzicht dat de heer PIRET heeft gegeven van de verhouding tussen de drie machten, waarover een tiental mercuriales zijn geschreven en waarvan ik in het bijzonder de volgende wil belichten:

- In 1955 ging procureur-generaal HAYOIT DE TERMICOURT in zijn uitvoerig onderzoek naar de voorwaarden en de gevolgen van de parlementaire onschendbaarheid uit van de stelling dat één van de essentiële vereisten van een democratisch stelsel erin bestond dat de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke machten hun bevoegdheden vrij en volledig konden uitoefenen⁴;

- procureur-generaal DUMON zou zich in 1981 buigen over "De rechterlijke macht, onbekend en miskend", waarbij hij met name beklemtoonde dat elke van de drie gestelde machten door de grondwetgever werd uitgerust met eigen bevoegdheden die niet door de andere machten konden worden uitgeoefend⁵;

- procureur-generaal Jacques VELU preciseerde in zijn these over "Vertegenwoordiging en rechterlijke macht" in 1996 dat, aangezien geen van de drie machten de grenzen van zijn bevoegdheden zelf kon bepalen, geen van hen dus als soeverein kon worden beschouwd⁶;

- procureur-generaal Eliane LIEKENDAEL, die in 1997 "De scheiding der machten aan de vooravond van het derde millenium"⁷ onderzocht, wees erop dat de scheiding der machten – een essentieel aspect in een democratie – wel elke inmenging van de ene in de bevoegdheden van de andere verbood, maar geenszins hun samenwerking in de weg stond;

- Zo moet de rechter bij de toepassing van de wet rekening houden met het doel dat de auteurs van die wet voor ogen hadden. Léon CORNIL had in 1936 overigens gewezen op de taak van advocaten en magistraten om tot de verbetering van de wetgeving bij te dragen,

⁴ R. HAYOIT DE TERMICOURT, "De parlementaire immuniteit", Openingsrede, 1 september 1955.

⁵ F. DUMON, "De rechterlijke macht, onbekend en miskend", Openingsrede, 1 september 1981.

⁶ J. VELU, "Vertegenwoordiging en rechterlijke macht", Openingsrede, 1 september 1996.

⁷ E. LIEKENDAEL, "De scheiding der machten aan de vooravond van het derde millenium", Openingsrede, 1 september 1997.

zoals zij dat hadden gedaan bij de voorbereiding van de wet van 15 mei 1912 op de kinderscherming⁸;

- Van zijn kant schreef Ernest KRINGS in zijn “Enkele beschouwingen betreffende rechtsstaat, scheiding der machten en rechterlijke macht”⁹ in 1989 dat de wetgever erover moet waken dat de wet toepasbaar is en de rechterlijke macht de nodige middelen moet bezorgen om het hoofd te kunnen bieden aan een steeds meer uitgebreide, ingewikkelde en allesoverheersende wetgeving.

- Jacques VELU beklemtoonde in zijn voormelde mercuriale van 1996 over “Vertegenwoordiging en rechterlijke macht” dat, hoewel de magistraten niet worden verkozen maar door de Koning worden benoemd, de rechterlijke macht de Natie vertegenwoordigt binnen de grenzen van zijn bevoegdheden. Elk gerecht wordt vertegenwoordigd door zijn korpschef en de korpschefs van de hoven en hun parketten vertegenwoordigen samen de rechterlijke macht.

Ziehier dus, als voorwoord tot de inleiding, een snel en summier overzicht van de standpunten van mijn eminente voorgangers. Zo zal u kunnen vaststellen dat de magistraten die sinds de oprichting van het Hof van Cassatie de uitzonderlijke eer, maar ook de delicate en zelfs moeilijke taak, hebben gehad om een ambt uit te oefenen dat geheel in dienst staat van het Recht, van de wet die slechts de toepassing daarvan is, en van het Hof, zich te allen tijde hebben gebogen over de plaats die de grondwetgever ons onder de gestelde lichamen heeft gegeven, over onze specifieke opdrachten binnen de Belgische Staat en dus over het statuut dat ons werd toegekend om die opdrachten te vervullen.

4. De laatste jaren spelen de vertegenwoordigers van de rechterlijke macht, van de federale overheidsdienst Justitie en van de beleidscel van de minister van Justitie een hoofdrol in de fundamentele herziening van de relaties tussen, enerzijds, de rechterlijke macht en, anderzijds, de andere twee gestelde machten. Samen met de leden van de rechterlijke orde is de minister van Justitie van plan de middelen te contractualiseren waarover zij moet beschikken om haar opdrachten te vervullen en gaat zijn administratie haar seculiere rol van toezichthoudende administratieve overheid grotendeels opgeven. Die hervorming is omstreden¹⁰. Hierop komen we terug in het derde en laatste hoofdstuk.

De wet van 18 februari 2014 betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie¹¹, die zich midden in een storm bevindt die soms de allure van een echte machtsstrijd krijgt, is een kaderwet, omdat ze wel een bepaald aantal essentiële

⁸ L. CORNIL, “De taak van magistrat en advocaat op het gebied van het strafrecht”, Openingsrede, 1 september 1936.

⁹ E. KRINGS, “Enkele beschouwingen betreffende rechtsstaat, scheiding der machten en rechterlijke macht”, Openingsrede, 1 september 1989.

¹⁰ Association syndicale des magistrats (ASM), mail van 9 mei 2023 gericht aan o.a. de korpschefs, en de daarbij gevoegde noot, waarin drie punten worden aangesneden: allereerst de kritiek op de bestaande situatie die het gevolg is van de wet van 18 februari 2014, vervolgens de kritiek op het voorstel van de minister en, ten slotte, het voorstel tot herziening van de wet, op basis van de *Blauwdruk voor een verzelfstandigd beheer van de hoven en rechtbanken en het openbaar ministerie*, opgemaakt door het vorige College van hoven en rechtbanken en bekendgemaakt op 26 juli 2017.

¹¹ In werking getreden op 1 april 2014, BS 4 maart 2014 (ed.2), p. 18.200.

structuren invoert en enkele door de hervormers belangrijk geachte beginselen vermeldt, maar toch nog de tussenkomst van de wetgever en de Koning vereist om verschillende centrale beleidsinstrumenten, zoals de beheersovereenkomsten, de vaststelling van de budgetten, enz. tot stand te brengen.

De meest recente documenten die aan de basis van deze wet liggen, zijn het regeerakkoord DI RUPO van 1 december 2011¹² en de algemene beleidsnota "Justitie" van 19 december 2011¹³. De regering drukte hierin haar wil uit om een toegankelijke, snelle en moderne Justitie tot stand te brengen door, met name, het gerechtelijk landschap te hertekenen door een radicale vermindering van het aantal gerechtelijke arrondissementen (van 27 naar 12), een grotere mobiliteit van magistraten en personeel, een versnelde informatisering van Justitie en de invoering van een systeem van verzelfstandigd beheer.

Twee belangrijke wetten zijn hieruit voortgekomen: de wet van 1 december 2013 tot hervorming van de gerechtelijke arrondissementen en tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op een grotere mobiliteit van de leden van de rechterlijke orde en de wet van 18 februari 2014 betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie¹⁴.

5. Op initiatief van de huidige minister van Justitie¹⁵ werd de voormelde wet van 18 februari 2014 herwerkt¹⁶. Het doel blijft echter nog steeds hetzelfde, namelijk eindelijk erin slagen die kaderwet daadwerkelijk en efficiënt uit te voeren. Dit heeft nu geleid tot een al bij al vrij complex mechanisme waarvan men beweert dat het de rechterlijke orde een ruime beheersautonomie zou kunnen of zelfs moeten opleveren.

Met de steun van de ambtenaren van de federale overheidsdienst Justitie en van vertegenwoordigers van de rechterlijke macht afkomstig uit reeds door de voormelde wet opgerichte intrajustitiële samenwerkingsverbanden hebben de minister van Justitie en zijn

¹² Regeerakkoord van 1 december 2011, <http://premier.fgov.be>. In feite waren er reeds eerder initiatieven in die richting genomen; zie hierna Hoofdstuk III.

¹³ *Parl.St.* Kamer, 2011-2012, nr. 53-1964/002.

¹⁴ *BS* 4 maart 2014 (ed.2), 18.200.

¹⁵ Vice-eersteminister en minister van Justitie en Noordzee V. VAN QUICKENBORNE, Beleidsverklaring 2.0 Justitie sneller-menselijker-straffer, <https://www.teamjustitie.be/wp-content/uploads/2021/02/plan-voor-justitie-Z1.pdf>, punt 1.1.3.

¹⁶ K. GEENS, professor economisch recht en advocaat, voorganger van de heer VAN QUICKENBORNE, had zich ook hieraan reeds gewaagd (zie K. GEENS, "Justitieplan Een efficiënte justitie voor meer rechtvaardigheid", <https://www.koengeens.be/policy/beleidsverklaringen/justitieplan>, april 2015, alsook "Court of the future: toegankelijker en stipter, en daarom rechtvaardiger", <https://www.koengeens.be/policy/court-of-the-future>, november 2017). Tijdens de intensieve onderhandelingen bleek na verloop van maanden en jaren, en voor zover dat nog nodig was, dat het project bijzonder ambitieus was en dat er een enorme kloof bestond, al was het maar in termen van bedrijfscultuur, tussen de verschillende actoren die, met wederzijds wantrouwen, rond de tafel hadden plaatsgenomen. Ondanks de onbetwistbare kwaliteiten van de minister als jurist en de energie die hij aan de dag legde, maakte zijn positie buiten de "Kern" zijn taak er niet eenvoudiger op; K. GEENS, "Justitie in transitie - stand van zaken na vier jaar hervormen", bekendgemaakt op 25 april 2019 door de minister, die de kwestie afsluit als volgt: "daarnaast moeten de belangrijke stappen die werden gezet in het kader van het autonoom beheer door een volgende minister van Justitie finaal in wetgeving worden gegoten" (p. 40) <https://www.koengeens.be/policy/justitie-in-transitie>

kabinet een originele maar tijdrovende discussiemethode op touw gezet. De deelnemers, van wie men zich in sommige gevallen kan afvragen of zij representatief zijn, hebben aanzienlijke inspanningen geleverd; de methode betekent in veel opzichten een paradigmaverschuiving, waarvan de wijze van wetten maken niet de minste is.

In dit hervormingstraject hebben de onderhandelaars, ondergebracht in werkgroepen of verenigd in algemene vergaderingen onder de leiding van het hoofd van de beleidscel van de minister, een akkoord bereikt over de uitwerking van de nieuwe procedures van beheersresponsabilisering die reeds in de bestaande gerechtelijke structuren waren voorzien, alsook over de controlemechanismen, de rapporteringen, enz. *In fine* hebben de vertegenwoordigers beslist dat de magistratuur een aantal aspecten van de dagelijkse werking van gerechten en parketten zou overnemen, in ruil voor de overdracht van een groot aantal managementbevoegdheden.

6. Onder het mom van schijnbaar hoofdzakelijk technische kwesties zijn echter fundamentele vragen gerezen die aan het statuut van de rechterlijke macht en van zijn leden raken. Deze hadden in de loop van de parlementaire voorbereiding van de kaderwet van 2014 reeds de aandacht van sommige, al dan niet bij een vakbond aangesloten, magistraten getrokken en hadden principiële kritiek uitgelokt. Noch de Raad van State, noch het Grondwettelijk Hof, waarbij beroepen aanhangig waren gemaakt, noch, *a fortiori*, het Parlement waren onder de indruk van deze kritieken¹⁷ en waarschuwingen en de kaderwet werd goedgekeurd. Vervolgens werden er lange onderhandelingsrondes gehouden tussen de uitvoerende macht en de wisselende magistratenteams, die zowel voor de enen als de anderen meer weg hadden van een lange lijdensweg dan van een triomftocht.

Zo zijn sinds 2014 alle gerechten en parketten, op alle niveaus, beheersmatig “*gerechtelijke entiteiten*” geworden. Een “*college van hoven en rechtbanken*” moet de behoeften van die gerechten bepalen en beheren. Een “*college van het openbaar ministerie*” doet hetzelfde voor de parketten, auditoraten, parketten-generaal en auditoraten-generaal. Het *Hof van Cassatie en zijn parket* vormen *samen* een gerechtelijke entiteit die, net als alle andere gerechtelijke entiteiten, door een directiecomité wordt beheerd maar, anders dan de overige gerechtelijke entiteiten, onder het gezamenlijke gezag en leiding van de twee korpschefs – eerste voorzitter en procureur-generaal – is geplaatst.

Een van de speerpunten van de hervorming, de contractualisering van de aan de “*gerechtelijke entiteiten*” toegekende middelen, zoals deze wettelijk is vastgelegd en waarvan het mechanisme thans wordt afgewerkt, verplicht de voorzitters van het *College van hoven en rechtbanken* en van het *College van het openbaar ministerie* alsook de twee korpschefs van de *Entiteit Cassatie* om met de minister van Justitie een beheersovereenkomst te sluiten waarin, met name, de te behalen doelstellingen worden vastgelegd, in ruil waarvoor hun respectieve organisaties middelen verkrijgen. Die nieuwe bedrijfscultuur gaat noodzakelijkerwijs gepaard met een werklasmeting en met gecentraliseerde organen die de behoeften identificeren en de middelen toewijzen. Men kan ervan uitgaan dat die

¹⁷ Zie *infra*, Hoofdstuk III.

marktlogica, zo niet *de jure*, dan toch op zijn minst *de facto*, niet zonder gevolgen kan blijven voor het door de Grondwetgever van 1831 gewilde institutionele evenwicht.

Bovendien wil ik erop wijzen dat ik, net als de eerste voorzitter van het Hof, een “mandaat” uitoefen dat beperkt is tot vijf jaar. Anders dan de eerste voorzitter werd ik in de loop van mijn mandaat geëvalueerd. De aanwijzing tot dit, niet-hernieuwbare, mandaat van vijf jaar werd afhankelijk gesteld van het opstellen van een beheersplan, op grond waarvan de Hoge Raad voor de Justitie de magistraat in kwestie ter aanwijzing voordraagt aan de Koning.

Alle korpschefs van het Koninkrijk zijn aan dezelfde regeling onderworpen: beheersplannen, (eenmalig) hernieuwbare mandaten, evaluaties (met uitzondering van de voorzitters en eerste voorzitters van de gerechten). Hiervoor was een grondwetswijziging noodzakelijk.

7. Een van de – vele – kwesties die ons bijzonder verontrusten, is met name de vraag of de wet van 2014, in haar nieuwe en bijna finale versie, een nog radicalere wijziging betekent van de verhoudingen tot de andere twee machten, zoals deze zijn vastgelegd in de originele Grondwet van 1831, dat het institutionele skelet vormt van ons land. Gaat het hier om een versterking of een verzwakking van de rechterlijke macht, met een soortgelijke weerslag op de bescherming van de rechtszoekenden en van onze democratische orde? Zo ook de vraag hoe de rechterlijke macht en, in het bijzonder, zijn hoogste vertegenwoordigers gepercipieerd worden door de leiders van de andere twee machten. Zijn de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, die jaarlijks een wetgevend verslag¹⁸ opstelt, of de eerste voorzitter die, samen met de procureur-generaal, jaarlijks een activiteitenverslag van het Hof opstelt en verdedigt, een verslag dat een schat aan inlichtingen over het Hof en zijn parket bevat¹⁹, door hun organieke, functionele en protocollaire positie van *primus inter pares*, nog steeds de bevoorrechte gesprekspartners van de uitvoerende macht, ja zelfs van het Parlement, terwijl zoveel organen, raden en beroepsverenigingen de ambitie koesteren om de magistratuur of zelfs de gehele rechterlijke macht te vertegenwoordigen? Hoe zwaar weegt de rechterlijke macht nog in het samenspel met de andere twee gestelde machten?

8. Ten slotte, en dit is geen onbelangrijke vaststelling in de context van onze vraagstelling, moeten we opmerken dat, naast die verschuiving in de interdependentie tussen de uitvoerende en de rechterlijke macht die zich nog maar net heeft voorgedaan in de organieke wetgeving van de inrichting van de rechterlijke macht, er opvallende of zelfs merkwaardige ontwikkelingen vast te stellen zijn bij de magistraten, als dragers van maatschappelijke verantwoordelijkheid en houders van macht over het leven van de mensen en de gang van zaken.

De complexloze medeplichtigheid in de pretoriaanse judiciarisering van maatschappelijke kwesties zoals de migratiecrisis die veroorzaakt worden door de ontwrichting van staten en door burgeroorlogen, de klimaatverandering en de gevolgen ervan voor de ecosystemen, die een nieuw misdrijf in het leven heeft geroepen – “ecocide”, “ecoterrorisme” – als vector

¹⁸ Te raadplegen op de website van het Hof: www.cass.be.

¹⁹ *Id.*

van de onmacht van de burgers, de normatieve en gerechtelijke aanpak van de covidpandemie, die de vorm heeft aangenomen van een maatschappelijk debat tegen een achtergrond van als vrijheidsdodend beschouwde staatspraktijken²⁰, het personeelstekort in gerechten en gevangnissen, enz., waardoor de staat zich voor de gewone rechter moet verdedigen, zijn één voor één thema's die, *a priori*, niet tot de traditionele, bij wet toegekende bevoegdheden van de rechter behoren.

Als we hieraan de vervaging toevoegen van de grenzen van de discretieplicht die traditiegetrouw aan de magistraat wordt opgelegd of het beroep dat op de rechter wordt gedaan als klokkenluider of zelfs als "politiek" activist, wordt de omvang van die verschuivingen meteen duidelijk²¹.

9. Bijgevolg gaan we trachten een eerste antwoord te schetsen, binnen de toelaatbare grenzen van de huidige redevoering, op de vraag of, in voorkomend geval en in welke mate, die ontwikkelingen het grondwettelijk patroon van de scheiding van de machten onopvallend maar zeker "op z'n Belgisch" wijzigt.

Dit antwoord omvat drie hoofdstukken.

In het eerste hoofdstuk komen we terug op de scheiding der machten in het Belgisch (grondwettelijk) recht, de plaats die de rechterlijke macht binnen de machtenscheiding bekleedt en hoe de rechtsprekende functie, die haar bestaan verantwoordt, zich heeft ontwikkeld; de versnippering van die functie heeft geleid tot een machtsconcentratie in de handen van de rechterlijke macht.

In het tweede hoofdstuk behandelen we eerst de "rechter" in ons grondwettelijk bestel, vervolgens de impact die de in het eerste hoofdstuk besproken versnippering van de jurisdictionele functie heeft gehad op zijn bevoegdheden en, uiteindelijk, de wijziging van de rol van de rechter in de hedendaagse Europese continentale democratie.

Het derde hoofdstuk geeft een korte voorstelling van de inhoud van de voormelde wet van 2014, waarom een aantal magistraten deze actief lijken te steunen en behandelt de gedaantewisseling van de rechterlijke macht en van zijn organen.

²⁰ Raadpl. het gezamenlijk werk S. PARSA en M. UYTENDALE (dir.), *La pandémie de covid-19 face au droit*, Anthemis, 2020, inz. F. OST, "Nécessité fait loi? La santé n'a pas de prix? Ce que le Covid fait au droit", 17 e.v.; J. SOHIER, "Réflexions sur le fonctionnement des juridictions Conseil d'Etat et Cour constitutionnelle", 219 e.v.; L. KENNES en M. PREUMONT, "La responsabilité pénale et la pandémie", 229 e.v. Voor een zeer kritische benadering van de houding van de rechters, die "*loin de se comporter comme les gardiens des libertés individuelles dans un Etat de droit (...) ont, du moins pour l'instant, largement cautionné les atteintes qui leur sont portées*", zie J.-P. CHAZAL, "L'Etat de droit: la fin d'une illusion?", Editorial, *Rec. Dalloz*, 26 november 2020, nr. 41.

²¹ F. THONET, "Le rôle du juge dans la cité, un rôle exorbitant", in *Justine, Bulletin de L'Association Syndicale des Magistrats*, december 2020, 3 e.v.; in de installatierede die mevrouw Françoise THONET, kamervoorzitter van het hof van beroep te Bergen, op 5 maart 2019 heeft gehouden, erkent zij weliswaar de "buitensporige" macht van de rechter, maar schrijft zij ook: "*Si les juges ne sont pas toujours aimés, puisqu'ils exercent une sanction et une contrainte, rien n'est pire que de n'avoir pas de juge. Avoir un juge indépendant et impartial est une aspiration profonde que l'on constate aujourd'hui dans les pays où l'Etat de droit est délabré par la guerre et la corruption: comme le disait un collègue: 'la justice coûte cher? Essayez l'injustice!'*" (p. 6).

Ten slotte rond ik mijn betoog af met enkele vaststellingen en met de gevolgen die ik hieruit meen te kunnen afleiden.

HOOFDSTUK 1. – DE RECHTERLIJKE MACHT EN DE SCHEIDING DER MACHTEN IN HET BELGISCH GRONDWETTELIJK RECHT. – EEN (FRAGIELE) EVENWICHTSOEFENING – THEORIE EN ONTWIKKELINGEN

Voorwoord. – Over de klassieke theorieën die het concept “staat” structureren, zoals het aan de basis ligt van de Grondwet van 1831 en van de rechterlijke macht in die grondwet

10. Sinds de Oudheid vormen justitie en politiek de twee zijden van dezelfde medaille. De rechterlijke macht – in zijn hedendaagse betekenis – wordt verpersoonlijkt door de vorst en zijn vertegenwoordigers, die recht spreken door als scheidsrechters op te treden.

De huidige rechterlijke macht is het resultaat van een lange ontwikkeling die wordt gekenmerkt door, enerzijds, de langzame schepping van het concept “Justitie” door het recht en, anderzijds, de formalisering van verschillende rechten.

In onze streken is dit zonder meer de verdienste van de Romeinse beschaving die, na het recht te hebben ontwikkeld, hiervan een tamelijk uitgewerkt rechtssysteem heeft gemaakt. Zij zijn echter niet de enigen. In andere delen van de wereld zouden met name China en Japan alsook de christelijke en de islamitische godsdiensten op hun manier vorm geven aan andere rechtssystemen.

Van het Romeins recht onthouden we de voornaamste rechtscategorieën, namelijk het *ius civile*, het *ius gentium* en het *ius naturale*, alsook het feit dat het leven in Rome werd geregeld door het recht en de eerste Romeinse grondwetten. Het canoniek recht, dat gebaseerd is op het Romeins recht, ontwikkelt zich in de Middeleeuwen en vormt het allereerste eengemaakte rechtsstelsel. Het is bovenal het eerste rechtsstelsel dat over georganiseerde en stabiele instellingen beschikt, waarin de aan hen voorbehouden geschillen inzake godsdienstige aangelegenheden worden geregeld door precieze normen. Zowel het moderne strafprocesrecht als het burgerlijk procesrecht is het canoniek recht veel verschuldigd. Kortom, het judiciële model zoals het wereldwijd, met weliswaar enkele belangrijke verschillen, werd overgenomen door het merendeel van de staten van enig geografisch, demografisch en economisch belang, is een vrij recent fenomeen. De moderne grondwetten vormden hiervan één van de meest krachtige instrumenten.

Van deze korte historische uitweiding onthouden we met name dat het jurisdictionele monopolie van een eengemaakt beroepskorps dat in hoven en rechtbanken is georganiseerd, een recent verschijnsel en geenszins een onwrikbare historische vanzelfsprekendheid is.

11. Het lijkt geen twijfel dat de Belgische Grondwet het toonbeeld is van een progressieve staatsstructuur. Ze vormt een opvallend originele toepassing van het concept van een natiestaat die optreedt door middel van drie hoofdmachten die van elkaar gescheiden

worden door hun hoofdtaak: wetten maken, wetten uitvoeren en de niet-naleving van de door de twee voornoemde machten gestelde handelingen toetsen of rechtzetten²².

Ter herinnering: Th. HOBBS²³ onderscheidt, binnen een “staats”-structuur, twee “Machten”: de ministers van de algemene administratie en de ministers van de bijzondere administratie. Hij wordt opgevolgd door J. LOCKE²⁴, die een onderscheid maakt tussen drie onderscheiden Machten: de wetgevende, de uitvoerende en de federatieve macht. Laatstgenoemde is niet de rechterlijke macht.

De verlichtingsfilosofen hebben de wereld het concept van de scheiding der machten geschonken. Van alle geschriften die aan het concept gestalte hebben gegeven, worden doorgaans die van Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu, kortweg “Montesquieu”, als voorbeeld aangehaald, en meer bepaald de volgende passage uit *Esprit des lois*:

*“Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté; parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement. Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers”*²⁵.

Naast de wetgevende en de uitvoerende macht heeft hij het dus ook uitdrukkelijk over een autonome rechterlijke macht. Weliswaar zijn in het werk van MONTESQUIEU, waarin hij Engeland als voorwendsel neemt maar in feite eerder, en misschien vooral, het Frankrijk van Lodewijk XV, een absolutistische vorst, bedoelt, de zaken minder duidelijk dan wat de latere auteurs-exegeten ervan gemaakt hebben. De kerngedachte die aan de basis ligt van onze moderne staten, is echter aanwezig.

²² Het gezag dat, op zijn minst ogenschijnlijk, van de Grondwet uitgaat, oefent op veel juristen, die voorstander zijn van een beheerste rationaliteit in de uitoefening van de machten, een zodanige aantrekkingskracht uit dat hun ontgoocheling des te groter is wanneer ze merken dat die Grondwet ook maar een beetje aan belang of aan inhoud moet inboeten, wat tot strenge terechtwijzingen leidt: *“Conserver des règles de droit qui ne correspondent plus à la réalité mais qui la dissimulent derrière un joli paravent, c'est une manière de remplacer l'Etat de droit par l'Etat menteur!”*, J. DE CODT, “Notre Constitution, n'est-elle pas de plus en plus en porte-à-faux avec la réalité”, *La Libre*, 14 september 2022, 40-41. Overigens kan men alleen maar de mening toejuichen dat *“il est vital que les étudiants des facultés de droit et des instituts d'étude politiques soient et restent pesamment nourris de droit constitutionnel [de la Vème République]”* (D. DE BECHILLON, “Lire la Constitution” - Autour de la 16^{ème} édition du Carcassonne & Guillaume”, in *La Semaine du droit*, LexisNexis, 2023, 1146. Dit geldt even goed voor de burger als voor de politiek.

²³ Th. HOBBS (1588-1679), *Léviathan*, hfdst. 23.

²⁴ J. LOCKE (1632-1704), *Two treatises of government*, 1690.

²⁵ MONTESQUIEU, “De la Constitution d'Angleterre” (hfdst. 6) in *L'esprit des lois*, XI, *Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution*.

12. Onze Grondwet gaat voordeel halen uit twee eerdere sleutelteksten.

Allereerst is er de Franse *Constitution* van 3-14 september 1791.

Vreemd genoeg hebben de revolutionairen van 1789 de subtiele “*check and balance*” van Montesquieu niet overgenomen, maar kozen ze eerder voor een absolutistische visie van de “scheiding der machten”, die werd vastgelegd in de *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* van 26 augustus 1789.

De machten werden op dat ogenblik opgevat als onsplitsbare, soevereine entiteiten. In het kader van de door de *Constitution* toegekende bevoegdheden treden ze volledig autonoom en soeverein op; elke invloed van een macht op een andere is uitgesloten.

In een dergelijke absolutistische visie van de inrichting van de staatsmachten zijn de voornaamste kenmerken van de rechterlijke macht de volgende:

- (i) een absolute scheiding der machten – een soort van “republikeinse monarchie” – waarin het parlementair stelsel wordt verworpen en de ministers geen enkele politieke rekenschap dienen af te leggen aan de *Assemblée*;
- (ii) het verbod voor de rechter om kennis te nemen van de bestuurshandelingen van de regering, waaruit het systeem van de ‘bestuurder-rechter’ is ontstaan, volgens welke de administratieve regering de legaliteit van haar handelingen zelf mocht beoordelen;
- (iii) het verbod voor de rechter om op de wet toezicht te houden;
- (iv) de *référé législatif*, volgens welke de rechter – die zich dient te beperken tot een automatische en slaafse toepassing van de wet – zich tot de wetgever moet richten indien hij aan de betekenis van een wetbepaling twijfelt.

Voor het overige moet de oprichting van de *Tribunal de cassation* in 1790 in het licht van die opvattingen worden begrepen. Die nieuwe instelling heeft tot taak “de eenheid van de wetgeving te bewaren en de diversiteit van de rechtspraak te voorkomen”. Door erop toe te zien dat de wet door de rechters geëerbiedigd wordt, moet de *Tribunal de cassation* de nieuwe rechtsorde beschermen. Ze is de gewapende arm van de wetgever, in wiens naam ze de rechterlijke macht controleert.

13. De tweede tekst is de *Constitutie van het Koninkrijk der Nederlanden* van 1815.

De Belgische Grondwet moet ook in grote mate worden gelezen als een ideologische reactie van een katholiek en Franstalig *establishment* op het (verlichte) despotisme van Willem I, koning der Nederlanden.

Wat de regeling van geschillen betreft, neemt de Grondwet van 1815 het Franse systeem van de “bestuurder-rechter” niet over. De burgerlijke rechter acht zichzelf bevoegd om uitspraak te doen over bestuursrechtelijke geschillen. In principe wordt uitgegaan van een ruime interpretatie van de exclusieve bevoegdheid van de rechterlijke macht om over bepaalde

rechten en vorderingen uitspraak te doen, los van de aard van de partijen en van de grondslag van hun onderliggende rechtsverhouding.

Toch zal het decreet van 5 oktober 1822 betreffende de geschillen de “bestuurder-rechter” onrechtstreeks herinvoeren. Wanneer de administratie meent dat de gewone rechter onbevoegd is, werpt ze een conflict op waarover de Koning, na advies van de Raad van State, uitspraak zal doen. Bijgevolg zou in meer dan drie vierde van de gevallen de gewone rechter onbevoegd worden verklaard wanneer een bestuurshandeling van de regering op het spel stond.

Het decreet werd slechts in enkele gevallen toegepast en werd in 1844 opgeheven. De bevoegdheid van de burgerlijke rechtbanken om over de bestuursrechtelijke geschillen uitspraak te doen wordt dus hersteld.

De absolutistische visie van de revolutionairen van 1789 op de taak van de rechter ten aanzien van het wetgevende werk zal ook invloed hebben op het Koninkrijk der Nederlanden: de wet van 15 mei 1829 *houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving* verbiedt de rechter om over de intrinsieke waarde of de billijkheid van de wet te oordelen, zodat hij geen toezicht mag houden op de inhoud van de wet.

14. En zo belanden we bij de Belgische Grondwet van 1831: de *trias politica* als controle- en evenwichtsmechanisme.

De Belgische Grondwet is zowel thematisch als pragmatisch opgevat.

De Grondwet bevat weliswaar geen uitdrukkelijke bepaling over de scheiding der machten²⁶, maar toch staat het vast dat de machtenscheiding verankerd is in de Grondwet²⁷. De scheiding der machten is een ongeschreven grondwettelijk beginsel dat voortvloeit uit inzonderheid titel III van de Grondwet²⁸.

Ter herinnering, die titel omvatte oorspronkelijk:

²⁶ Volgens het Hof van Cassatie is de scheiding der machten een algemeen rechtsbeginsel (Zie o.m. Cass. 26 juni 1980, *Pas.* 1980, I, 1341, concl. VELU; Cass. 21 maart 1985, *Pas.* 1985, I, 908, concl. VELU; Cass. 19 december 1991, *Pas.* 1992, I, 316, concl. VELU; Cass. 1 juni 2006, *RW* 2006-07, 213, concl. DE SWAEF).

²⁷ A. ALEN, “De scheiding der machten – Enkele inleidende kanttekeningen”, in *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten. Deel 2*, Brugge, die Keure, 2010, p. 3, nr. 2.

²⁸ In een advies van 3 oktober 1989 stelde de afdeling wetgeving van de Raad van State dat het in de eerste plaats aan de wetgever toekwam om de juiste positiefrechtelijke draagwijdte te bepalen van het beginsel van de scheiding der machten, met inachtneming van de eigentijdse noden en van de heersende opvattingen en met zijn representativiteit als uiteindelijke legitimatie (*Parl.St.* Kamer 1988-89, nr. 675/2, 5-6). In een reactie hierop stelden vier ereprocureurs-generaal van het Hof van Cassatie dat de scheiding der machten een grondwettelijk beginsel is, zodat de betekenis en de draagwijdte ervan alleen uit de Grondwet zelf kunnen worden afgeleid en niet uit nieuwe beslissingen van de wetgevende macht, die geen suprematie heeft t.o.v. de rechterlijke macht die haar in staat zou stellen deze te controleren (W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, R. DELANGE, F. DUMON en R. CHARLES, “De grondwettelijke onafhankelijkheid van de rechterlijke macht”, *RW* 1990-91, 18). Zie hierover A. ALEN, “De scheiding der machten – Enkele inleidende kanttekeningen”, in *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten. Deel 2*, Brugge, die Keure, 2010, p. 6, nr. 6.1-7.

- een eerste hoofdstuk betreffende de wetgevende macht (nu art. 36 - De [federale] wetgevende macht wordt gezamenlijk uitgeoefend door de Koning, de Kamer van volksvertegenwoordigers en de Senaat),
- een tweede hoofdstuk betreffende de uitvoerende macht (nu art. 37 - De [federale] uitvoerende macht, zoals zij door de Grondwet is geregeld, berust bij de Koning), en
- een derde hoofdstuk betreffende de rechterlijke macht (nu art. 40 - De rechterlijke macht wordt uitgeoefend door de hoven en rechtbanken. De arresten en vonnissen worden in naam des Konings ten uitvoer gelegd).

Het voormelde artikel 40 is tevens een illustratie van een ander beginsel: de scheiding der machten wordt in de Belgische Grondwet niet absoluut opgevat: de functies van de staatsorganen zijn niet beperkt tot hun hoofdfunctie, waardoor de scheiding der machten (in de zin van staatsorganen) tegelijk de grondslag is van hun samenwerking, die ertoe strekt de burger te beschermen door het inbouwen van allerlei *checks-and-balances*²⁹.

Het hoofddoel van deze ordening, in een liberaal geïnspireerde Grondwet, bestaat erin de burger te beschermen door in allerlei evenwichten te voorzien. Ook de oprichting van een rechterlijke macht als afzonderlijke, autonome en onafhankelijke derde staatsmacht past binnen die doelstelling.

Hierna gaan we onderzoeken wat we op grond van de hedendaagse opvattingen kunnen zeggen over het concept van de "onafhankelijkheid van de rechterlijke macht" ten aanzien van de andere twee gestelde machten (sectie 1) en over de evolutie van de rechtsprekende functie, die het bestaan ervan verantwoordt (sectie 2).

Sectie 1. – Verhouding tussen de rechterlijke macht en de overige staatsmachten – Onafhankelijkheid van de rechterlijke macht als staatsmacht

15. Ter bescherming van de 'structurele' onafhankelijkheid van de rechterlijke macht als staatsmacht, biedt de Grondwet een aantal waarborgen: (§ 1) het legaliteitsbeginsel dat de onafhankelijkheid van de rechtscollèges beschermt tegen de uitvoerende macht; (§ 2) het verbod op buitengewone rechtbanken en commissies en (§ 3) de verankering, in de Grondwet zelf, van het bestaan van de meeste rechtscollèges van de rechterlijke macht³⁰.

Paragraaf 1.- Legaliteitsbeginsel

16. Overeenkomstig artikel 146 van de Grondwet kan geen rechtbank, geen met eigenlijke rechtspraak belast orgaan worden ingesteld dan krachtens een wet. Uit deze bepaling kan

²⁹ A. ALEN, "De scheiding der machten – Enkele inleidende kanttekeningen", in *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten. Deel 2*, Brugge, die Keure, 2010, p. 4, nr. 3; J. GOOSSENS, "De vervaagde grens tussen burgerlijke en administratieve rechter", *TBP* 2014, p. 276, nr. 4.

³⁰ Zie o.m. J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Les garanties constitutionnelles de l'indépendance de l'autorité judiciaire", in *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Utrecht*, Brussel, Bruylant, 2006, p. 543 e.v.

worden afgeleid dat de Koning niet op eigen initiatief een instelling mag oprichten of organiseren die als ‘rechtscollege’ kan worden bestempeld in de grondwettelijke zin van het woord, en die bevoegdheden zou kunnen uitoefenen die door de Grondwet aan de ‘rechtscolleges’ worden toevertrouwd³¹.

De in artikel 146 Grondwet gebruikte termen geven aan dat de bepaling betrekking heeft op alle rechtscolleges op het grondgebied van het koninkrijk, m.a.w. zowel op de hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde, als op de tuchtrechtbanken en de administratieve rechtscolleges. Wat de administratieve rechtscolleges betreft, wordt de in artikel 146 van de Grondwet opgenomen regel herhaald in artikel 161, en, met betrekking tot de Raad van State, uitgewerkt in artikel 160³².

17. Het Grondwettelijk Hof en de afdeling wetgeving van de Raad van State leggen het legaliteitsbeginsel relatief strikt uit.

Volgens het Grondwettelijk Hof mag enkel de wetgever de ‘essentiële beginselen’ van de rechtscolleges regelen, en vereist de Grondwet een wetgevend optreden voor het instellen van rechtbanken, voor de organisatie ervan op jurisdictioneel vlak (het aantal rechtbanken, de indeling in rechtsgebieden, de bevoegdheden van de rechtbanken, de samenstelling van de zetel, enz.) en voor het statuut van de rechters. Een delegatie aan de Koning is niet verzoenbaar met het legaliteitsbeginsel, behalve indien de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld³³.

18. In dezelfde lijn stelt de afdeling wetgeving van de Raad van State dat de grondregels voor de organisatie, de werkwijze en de procedure, in zoverre zij voortvloeien uit het ‘instellen’ van een rechtscollege in de zin van artikel 146 Grondwet, bij wet moeten worden vastgesteld³⁴.

Gelijkaardige principes zijn uiteraard van toepassing op de organisatie van de administratieve rechtscolleges door de Vlaamse decreetgever. In zijn advies nr. 53941/AV/3 van 17 oktober 2013 poneert de afdeling wetgeving:

“Gelet op het intrinsieke belang van de regels inzake de samenstelling en de werkwijze van en de rechtspleging van de betrokken rechtscolleges, moeten ook deze regels ten minste in hoofdzaak bij decreet worden vastgesteld. Bijkomstige en meer gedetailleerde regels kunnen dan ook op een lager niveau worden bepaald, maar daarbij moet dan rekening worden gehouden met de vereiste onafhankelijkheid van de betrokken rechtscolleges ten aanzien van de uitvoerende macht. Uit dit laatste beginsel vloeit weliswaar niet voort dat geen enkel

³¹ Cass. 21 december 1956, *Pas.* 1957, I, 430, concl. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH; S. VAN DROOGHENBROECK en J. VELAERS, “De onafhankelijkheid van de rechtscolleges”, in X. DE RIEMAECKER en R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Brugge, die Keure, 2020, 25.

³² S. VAN DROOGHENBROECK en J. VELAERS, “De onafhankelijkheid van de rechtscolleges”, in X. DE RIEMAECKER en R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Brugge, die Keure, 2020, 25.

³³ Zie bv. GwH 30 juni 2014, nr. 98/2014, B.14.2; GwH 15 oktober 2015, nr. 138/2015, B.40.1; GwH 31 mei 2018, nr. 62/2018, B.15.2.

³⁴ Adv.RvS nr. 25.663/2, 12 maart 1997, *Parl.St.* Senaat 1997-98, nr. 939/1, 22.

aspect van de inrichting en de werking van en de rechtspleging voor de betrokken rechtscolleges door de decreetgever aan de Vlaamse Regering kan worden gedelegeerd, maar op zijn minst zal telkens moeten worden nagegaan of de aan de Vlaamse Regering gedelegeerde regelingsbevoegdheid wel spoort met de vereiste onafhankelijkheid van het betrokken rechtscollege ten aanzien van de Vlaamse Regering.

Daarnaast is het ook mogelijk om de regeling van bepaalde aspecten van de inrichting en de werking van de rechtscolleges op te nemen in een huishoudelijk reglement of een reglement van orde dat wordt opgesteld door het betrokken rechtscollege (of door de algemene vergadering van de Vlaamse bestuursrechtscolleges). In dat geval kunnen evenwel enkel louter interne aspecten worden geregeld en geen aspecten die verplichtingen inhouden voor derden, zoals de procespartijen en hun raadslieden”³⁵.

Deze beginselen hebben de afdeling wetgeving van de Raad van State ertoe gebracht om, in het advies van 2 maart 2018 met betrekking tot de *Brussels International Business Court*, het voorontwerp van wet te bekritisieren omdat het de vereisten inzake beheersing van de Engelse taal die worden opgelegd aan de leden van dit rechtscollege niet formaliseerde en aan de Koning de bevoegdheid toekende om, zonder voldoende omkadering, zelf een aantal belangrijke kwesties te regelen zoals het aantal lekenrechters-experten die in dit nieuwe rechtscollege zouden moeten zetelen, alsook de werking en samenstelling van de commissie die verantwoordelijk is voor de selectie van deze rechters³⁶.

19. Het legaliteitsbeginsel wordt ook verankerd in artikel 6 EVRM, dat, met het oog op het waarborgen van een eerlijk proces, vereist dat het onafhankelijk en onpartijdig gerecht bij wet wordt ingesteld³⁷. Ook het EHRM acht een delegatie mogelijk, maar stelt relatief stenge eisen. Zo stelt het verslag van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens in de zaak *Zand t. Oostenrijk* dat artikel 6 EVRM “does not request the legislature to regulate each and every detail in this field by formal act of Parliament, if the legislature established at least the organisational framework for the judicial organisation” (eigen onderlijning)³⁸. VAN DROOGENBROECK en VELAERS merken terecht op dat deze rechtspraak opmerkelijk is, omdat ze breekt met de onverschilligheid van het EHRM wat betreft de formele bron van de normen die grondrechten beperken³⁹.

Paragraaf 2.- Verbod op buitengewone rechtbanken en commissies

³⁵ Zie bv. Adv.RvS nr. 53941/AV/3, 17 oktober 2013, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2383/1, 173.

³⁶ Adv.RvS nr. 62.411/2/AV, 2 maart 2018, over een voorontwerp van wet ter oprichting van de *Brussels International Business Court*, *Parl.St.* Kamer nr. 54-3072/1, p. 121 en 132-133; z. mijn rede “Over grensoverschrijdende fiscaliteit, andere internationale economische vraagstukken en de bijdrage van het Hof van Cassatie”, *Mercuriale* 2018, *Arresten* 2018, T.II, 3 september 2018; website vh Hof; RW 2018-19, nr.16.

³⁷ EHRM 22 juni 2000, *Coëme e.a. t. België*, r.o. 98; EHRM 27 oktober 2009, *Pandjigidze e.a. t. Georgië*, r.o. 103-105.

³⁸ EHRM, verzoekschrift nr. 7360/76, *Zand t. Oostenrijk*, verslag van de Commissie van 12 oktober 1978, *Beslissingen en verslagen*, 15, p. 70, 97.

³⁹ S. VAN DROOGENBROECK en J. VELAERS, “De onafhankelijkheid van de rechtscolleges”, in X. DE RIEMAECKER en R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Brugge, die Keure, 2020, 29.

20. Naast het legaliteitsbeginsel bepaalt artikel 146 van de Grondwet dat geen buitengewone rechtbanken of commissies, onder welke benaming ook, in het leven kunnen worden geroepen.

In zijn advies nr. 62.411/AV van 2 maart 2018 benadrukte de afdeling wetgeving van de Raad van State dat dit artikel de wetgever verbiedt om gelegenheidsinstanties of instanties met een politiek karakter op te richten die individueel bepaalde gevallen zouden beoordelen, en dat het de instelling van *ad hoc*-rechtscolleges voor individuele personen of situaties verhindert. Het verbod tot oprichting van buitengewone rechtbanken moet ook samen worden gelezen met artikel 144 van de Grondwet, in de zin dat het de oprichting verbiedt van een andere rechtbank, dan de hoven en rechtbanken door de Grondwet vermeld, voor de uitoefening van bevoegdheden die artikel 144 exclusief aan de hoven en rechtbanken voorbehoudt⁴⁰.

Het verbod vermeld in artikel 146 Grondwet moet samen worden gelezen met artikel 13 van de Grondwet ('Niemand kan tegen zijn wil worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent') en, ruimer gezien, met het gelijkheidsbeginsel⁴¹.

Paragraaf 3.- De oprichting, door de Grondwet zelf, van de hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde

21. De door artikel 146 Grondwet aan de wetgever toegekende macht om rechtscolleges op te richten, wordt aanzienlijk ingeperkt door de Grondwet zelf die in hoofdstuk 6 van titel III, de hoven en rechtbanken creëert die, krachtens artikel 40 Grondwet, de rechterlijke macht vormen⁴².

Het spreekt voor zich dat de wetgever geen rechtscollege kan afschaffen dat door de Grondwet zelf in het leven werd geroepen; daartoe is een voorafgaande grondwetsherziening vereist.⁴³ Wel waarschuwde de Raad van State, in de context van de naamswijziging van de rechtbanken van koophandel, voor overdreven formalisme⁴⁴.

22. Hoofdstuk 6 van titel III van de Grondwet alludeert niet op de oprichting door de wetgever van een volledig nieuw rechtscollege. De afdeling wetgeving van de Raad van State

⁴⁰ Adv.RvS nr. 62.411/2/AV, 2 maart 2018, over een voorontwerp van wet ter oprichting van de *Brussels International Business Court*, *Parl.St.* Kamer nr. 54-3072/1, p. 101.

⁴¹ S. VAN DROOGHENBROECK en J. VELAERS, "De onafhankelijkheid van de rechtscolleges", in X. DE RIEMAECKER en R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistraat*, Brugge, die Keure, 2020, 31.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Zie vb. de herziening van 17 december 2002, *BS* 31 januari 2003 (opheffing van de permanente militaire gerechten).

⁴⁴ Adv.RvS nr. 61995/1/2/3, 9 oktober 2017, over een voorontwerp van wet houdende hervorming van het ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer nr. 54-2828/1, 169: "Het moet worden opgemerkt dat die grondwetsbepaling [artikel 157, tweede lid, Gw] er niet aan in de weg staat dat de benaming van de rechtbanken van koophandel wordt gewijzigd, maar enkel dat deze rechtbanken zouden worden afgeschaft of dat hun de essentie van hun bevoegdheden zou worden ontnomen. De term "rechtbanken van koophandel" heeft immers in die grondwetsbepaling een generieke betekenis, net zoals de erin voorkomende termen "militaire gerechten" en "arbeidsgerechten".

verdedigt het bestaan van een *numerus clausus*, die impliceert dat geen andere rechtscolleges dan deze waarvan sprake is in hoofdstuk 6 van titel III van de Grondwet als rechtscollege mogen worden ingesteld om kennis te nemen van de geschillen waarvan de Grondwet het monopolie aan de rechterlijke macht toekent, met name de geschillen over de subjectieve burgerlijke rechten (art. 144 Gw)⁴⁵.

Ook voormalig procureur-generaal LECLERQ verdedigde het bestaan van een *numerus clausus*⁴⁶, die de wetgever elke werkelijke macht tot oprichting *ex novo* van een nieuw type van rechtscollege ontnemt en daardoor de verdienste heeft dat zij, op de meest doeltreffende manier, de bescherming van de rechterlijke macht en haar monopolie inzake de geschillen over subjectieve burgerlijke rechten waarborgt⁴⁷. Bepaalde hervormingen kunnen vanuit het principe van de *numerus clausus* kritisch worden geëvalueerd. VAN DROOGENBROECK en VELAERS verwijzen in deze context terecht naar de oprichting door de wetgever van de arrondissementsrechtbank⁴⁸ en naar de tuchtrechtbanken, die werden opgericht bij wet van 15 juli 2013 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de tucht⁴⁹.

⁴⁵ Zie Adv.RvS nr. 62411/AV, 2 maart 2018, o.c., p. 100-101.

⁴⁶ Noot onder Cass. 27 september 1928, *Pas.* 1928, I, 231, geciteerd door J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, II, Brugge, die Keure, 2019, 104.

⁴⁷ S. VAN DROOGENBROECK en J. VELAERS, o.c., 33.

⁴⁸ De arrondissementsrechtbank, een door de wetgever opgericht rechtscollege zonder grondwettelijk bestaan, werd opgericht tegen het advies van de Raad van State in (Adv.RvS 18 juni 1963 over een voorontwerp van Gerechtelijk Wetboek, *Parl.St.* Senaat 1963-64, nr. 60, 780-783). De omvang van de genadeslag die deze oprichting toebracht aan de *numerus clausus*, wordt beperkt door de omstandigheid dat de bevoegdheden van de arrondissementsrechtbank worden beperkt tot de schikking van bevoegdheidsgeschillen en geen betrekking hebben op de vonnissen inzake de geschillen waarin artikel 144 Grondwet voorziet (S. VAN DROOGENBROECK en J. VELAERS, o.c. 34).

⁴⁹ Artikel 157 Grondwet werd niet gewijzigd om het bestaan van de tuchtrechtbanken, opgericht bij wet van 15 juli 2013 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de tucht, in de Grondwet te verankeren. Deze rechtscolleges zijn wel degelijk te beschouwen als rechtscolleges van de rechterlijke orde, aangezien anders artikel 152 Grondwet, overeenkomstig welk geen rechter uit zijn ambt kan worden ontzet of worden geschorst dan door een vonnis, zwaar zou worden miskend (S. VAN DROOGENBROECK en J. VELAERS, o.c.). De afdeling wetgeving van de Raad van State was bijzonder kritisch over het ontbreken van de verankering van deze nieuwe rechtscolleges in de Grondwet: “De Raad van State, afdeling Wetgeving, dient thans vast te stellen dat de invoering van de tuchtrechtbanken heeft plaatsgevonden zonder herziening van de artikelen 152 en 157 van de Grondwet; tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 15 juli 2013 werd geoordeeld dat zulk een herziening niet noodzakelijk is om de nieuwe regeling inzake de tuchtrechtbanken doorgang te kunnen laten vinden. Aangezien de bepalingen van hoofdstuk 4 van het wetsvoorstel er toe strekken technische wijzigingen aan te brengen in de wet van 15 juli 2013 en de wetgever standpunt heeft ingenomen nopens de grondwettigheid van de nieuwe tuchtregeling, onthoudt de Raad van State zich ervan om over deze kwestie uitspraak te doen. Er wordt derhalve met name niet onderzocht of de huidige tekst van de Grondwet er al dan niet aan in de weg staat dat binnen de rechterlijke macht een nieuw type van rechtscollege wordt ingevoerd, of de tuchtrechtbanken mede kunnen worden samengesteld uit leden van het Openbaar Ministerie of uit niet-professionele rechters, en of het mandaat van de leden van de tuchtrechtbanken in tijd beperkt kan zijn. In voorkomend geval zal het Grondwettelijk Hof, binnen de perken van zijn bevoegdheid, uitspraak dienen te doen over deze kwesties” (Adv.RvS nr. 55.394/3 over een voorontwerp van wet houdende wijziging en coördinatie van verschillende bepalingen inzake justitie, *Parl.St.* Kamer nr. 53-3356/4, 14).

Sectie 2 – De rechtsprekende functie – Van eenheid naar versnippering

23. De moderne politieke wetenschap en het moderne grondwettelijk recht leren ons dat de scheiding der machten niet de autonomie van elke macht ten aanzien van de andere inhoudt, maar een *wederzijdse organieke interdependentie* en, bovenal, een *functionele verdeling*⁵⁰.

De *organieke interdependentie* wordt door de grondwetspecialisten gedocumenteerd. Het gaat om een subtiele vermenging van autonomie en samenwerking, die bij elk van de drie machten in een verschillende verhouding voorkomt. In dit opzicht is de rechterlijke macht ongetwijfeld de meest 'interdependente' macht van de drie: denk maar aan het feit dat zijn leden worden benoemd door de Koning of nog dat zijn *temporalia*, net als die van de erediensten, voornamelijk in de handen van de uitvoerende macht liggen.

De *functionele verdeling* betekent dat er geen sprake is van een strikte overeenstemming tussen de machten en de functies die hun vanouds worden toegewezen. Bepaalde functies

⁵⁰ Zie, bijvoorbeeld: A. ALEN, "Scheiding' of 'samenwerking' der machten?", in *Academiae Analecta. Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, letteren en schone kunsten van België*, Brussel, 1990, p. 7.

Zelf heeft het Hof, of op zijn minst zijn parket, gewezen op de onjuistheid van deze beperkende opvatting van de scheiding der machten. Zo verklaarde procureur-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH in zijn conclusie vóór het arrest van het Hof van 21 december 1956:

"Le principe de la séparation des pouvoirs, qui a longtemps guidé le droit public belge et français et qui est, à juste titre, considéré aujourd'hui encore comme une sauvegarde fondamentale pour l'exercice des libertés individuelles, nous a habitués à admettre que l'acte de juridiction correspond à l'une des trois fonctions de l'Etat, qu'accomplissent respectivement les institutions distinctes mentionnées dans la Constitution et qui se réalisent par des actes d'une nature propre. Mais, quand on étudie la compétence des organes étatiques qui, aux termes des articles 26, 29 et 30 de la Constitution, exercent respectivement le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, on est nécessairement amené à admettre que cette séparation des pouvoirs est, en droit belge, loin d'être absolue. Ce n'est qu'une autonomie relative qui permet, comme l'écrit Orban, d'éviter toute domination d'un pouvoir sur l'autre. Il y a de multiples chevauchements de compétence et une interpénétration fréquente de l'action des organes qui exercent ces pouvoirs dans le domaine soi-disant réservé aux autres.

Ainsi, le Roi, à qui appartient, sous le couvert de la responsabilité ministérielle, le pouvoir exécutif, a le droit d'initiative, le droit d'amendement et le droit de sanction, qui sont des actes de législation. Il a le pouvoir réglementaire qui, du point de vue matériel, relève de l'action législative. Par l'effet de la grâce, il peut annihiler certains effets des décisions des cours et tribunaux en matière répressive.

Les Chambres, qui exercent collectivement avec le Roi le pouvoir législatif, consacrent une importante part de leur activité au contrôle de l'action gouvernementale, qui n'est pas une action de législation. Lorsqu'elles votent le budget et la loi des comptes, elles font, en forme de loi, des actes de nature administrative. Elles accomplissent aussi des actes de haute tutelle, ainsi que des actes de juridiction. Elles peuvent, par l'amnistie, supprimer les traces et les effets des condamnations répressives prononcées par le juge.

Les cours et tribunaux, eux-mêmes, dont le constituant a pourtant fait – par égard pour leur qualité de protecteur des droits individuels – le pouvoir le plus indépendant des autres et qui, par ailleurs, exercent, dans un certain isolement institutionnellement organisé, des fonctions qui conservent un grand caractère d'unité, font autre chose que des actes de juridiction, lorsqu'ils accomplissent leur mission légale de 'juridiction gracieuse'.

Quant à l'acte de juridiction, il est accompli exceptionnellement par les assemblées parlementaires; chaque Chambre vérifie, en effet, les pouvoirs de ses membres et juge les contestations qui s'élèvent à ce sujet; la Chambre des représentants juge, sans recours ultérieur, les comptes lorsqu'un arrêt de la cour des comptes a été cassé par la cour de cassation. Plus exceptionnellement encore, l'acte de juridiction est accompli par les assemblées politiques que sont les conseils provinciaux; ceux-ci statuent, en effet, sur la validité des élections provinciales, vérifient les pouvoirs de leurs membres et jugent les contestations qui s'élèvent à ce sujet" (Pas., 1957, I, p. 433-434).

vereisen een samenwerking tussen de organen van de verschillende machten. Hét schoolvoorbeeld hiervan is uiteraard de deelname van de Koning aan de uitoefening van de wetgevende functie en, via zijn bevoegdheid tot gratieverlening, van de rechtsprekende functie. In sommige gevallen wordt dezelfde functie ook gelijktijdig uitgeoefend door organen die tot verschillende machten behoren. Dat is zeker het geval voor de jurisdictionele functie die ooit het bijna-monopolie van de rechterlijke macht was, maar thans versnipperd is geraakt over verschillende categorieën van gerechten.

Hieronder gaan we dieper in op de vraag hoe die twee aspecten van de scheiding der machten zich openbaren in de rechterlijke macht. Gemakshalve behandelen we eerst de kwestie van de verdeling van de jurisdictionele functie. Daarna bespreken we de organieke interdependentie.

24. Het Nationaal Congres had de jurisdictionele functie hoofdzakelijk aan de rechterlijke macht toegewezen. Sinds 1831 is die functie evenwel versnipperd geraakt, waardoor andere instellingen van andere machten een jurisdictionele activiteit zijn beginnen uit te oefenen (§ 1).

Men had kunnen vrezen dat, door die versnippering, de jurisdictionele functie aan efficiëntie zou hebben ingeboet. Dit was geenszins het geval. Integendeel, de rechterlijke macht is hier paradoxaal genoeg versterkt uitgekomen, waarbij ze thans alle essentiële aspecten van die functie in handen heeft (§ 2). Naarmate administratieve en grondwettelijke rechtscolleges werden opgericht, is de rechterlijke macht immers de enige houder van de volheid van het rechterlijk toezicht gebleken.

Paragraaf 1.- 1831 – Ontstaan van de grondwettelijke inrichting van België

25. Het ontstaan van de rechtsprekende functie kan worden uitgelegd aan de hand van drie datums: 1831 (A), 1946 (B) en 1983 (C).

A) De politieke ontstaansgeschiedenis van de grondwettelijke inrichting van België

26. Het moderne België is een kind van de Franse Revolutie: niet omdat zijn bevolking zich hierbij enthousiast zou hebben aangesloten maar omdat ze onrechtstreeks de onafhankelijkheid van het land in de hand heeft gewerkt. De weg ernaar was lang en gewelddadig. Hoeveel vreedzame Belgische dorpen zijn niet ooit het schouwtoneel van bloedige veldslagen geweest? Jemappes, Fleurus, waardoor het toekomstige België onder Frans bewind kwam te staan, en uiteraard Waterloo, dat het einde van het Franse Keizerrijk aankondigde.

De inlijving in de Republiek, voltrokken door het decreet van 9 *vendémiaire* jaar IV, duurde bijna twintig jaar toen, op 6 april 1814, Napoleon aftrad, wat tot de overgave leidde van de vestingen die nog verzet boden. “*Le 5 mai 1814, l’évacuation de la Belgique était complète*”⁵¹;

⁵¹ H. PIRENNE, *Histoire de Belgique*, dl. VI, Brussel, 1926, 216.

zijn grondgebied, dat door de coalitietroepen was bezet, werd de inzet van bewogen onderhandelingen, die slechts kort werden onderbroken door de Honderd Dagen⁵².

Willem I, een tweederangsfiguur in het diplomatieke schaakspel tussen voornamelijk Engeland en Pruisen, wordt aan het hoofd geplaatst van een koninkrijk dat het grondgebied van het toekomstige België omvat. Dit rijk, dat een amalgaam is van heterogene volkeren, heeft als belangrijkste verdienste dat het een militaire bufferzone vormt tussen de overwinnaars en de overwonnenen van Waterloo.

Willem I mocht dan al een speelbal zijn in de intriges tussen de grootmachten, zelf maakte hij er ook gretig gebruik van. Zo speelde hij met name de verdeeldheid tussen katholieken en liberalen uit om zijn macht te versterken⁵³.

Divide ut regnes. Dit machiavellistisch beginsel liet hem toe de Hollandse heerschappij over het grondgebied van het toekomstige België veilig te stellen. Of in ieder geval tot de katholieken en de liberalen een onwaarschijnlijk verbond sloten en hun vijandigheid tegen Willem I zelf richtten. Deze tijdelijke vereniging van belangen leidde niet enkel tot de revolutie van 1830 maar ook, omdat ze overeind bleef zolang de werkzaamheden van het Nationaal Congres niet waren beëindigd, tot de aanneming van een Grondwet waarvan men later unaniem het uiterst moderne en vernieuwende karakter zou beklemtonen.

Henri PIRENNE, die hier uitgebreid moet worden geciteerd, schrijft over de Grondwet: *“Un concours de circonstances aussi extraordinaire que fugitif a entouré sa naissance. A vrai dire, elle est une réussite. Sans l'accord momentané du catholicisme libéral et du libéralisme politique, elle eût été impossible. Elle se trouve pour ainsi dire au point de croisement de deux*

⁵² De “Honderd Dagen” bestrijken de periode waarin Napoleon I voor het herstel van het Keizerrijk ijverde. Na zijn troonsafstand op 6 april 1814 gaat Napoleon in ballingschap op Elba, vlak bij zijn geboorte-eiland Corsica, hetwelk hij als vorst mag besturen. Hij vlucht hiervan weg op 26 februari 1815 en landt op 1 maart, met een troepenmacht van ongeveer 1100 soldaten, te Golfe-Juan nabij Fréjus (Provence). De coalitiemachten, verenigd in Wenen, beslissen om hem vogelvrij te verklaren en verklaren hem de oorlog. Hij wordt verslagen te Waterloo op 18 juni 1815 en moet voor de tweede keer aftreden. Koning Lodewijk XVIII keert op 8 juli terug naar Parijs. De keizer wordt verbannen naar het eiland Sint-Helena (in de Zuid-Atlantische Oceaan), waar hij op 5 mei 1821 overlijdt.

⁵³ J.-J. THONISSEN, Voorwoord bij de tweede uitgave van *La Constitution belge annotée*, Brussel, 1876. Hij schrijft: *“Dans les premières années du royaume des Pays-Bas, les catholiques s'étaient montrés peu favorables aux libertés publiques. Leurs chefs avaient repoussé, comme attentatoire aux droits de l'Eglise, la Charte constitutionnelle que, sous le nom de Loi fondamentale des Pays-Bas, Guillaume Ier avait imposée aux Belges. Les évêques avaient solennellement réclamé le monopole de la liberté religieuse, l'exclusion des dissidents des emplois publics en rapport direct ou indirect avec le culte, la proscription de la liberté de la presse, l'entrée du clergé dans les assemblées nationales et provinciales à titre d'Ordre reconnu dans l'Etat, une dotation fixe pour l'Eglise et la direction souveraine de l'instruction publique. Dans le domaine des intérêts religieux, c'était à peu près le retour pur et simple à l'ancien régime. On devine sans peine l'effet que ces revendications inattendues exercèrent sur l'esprit et sur l'attitude des libéraux. En voyant les évêques belges réclamer des privilèges qu'on croyait à jamais anéantis par la révolution française, ils se placèrent résolument du côté du monarque hollandais et calviniste. Partisans convaincus des libertés modernes, ils acceptèrent avec empressement la Loi fondamentale repoussée par leurs adversaires. Egarés par la crainte de voir ressusciter les lois oppressives de l'Ancien Régime, ils prêtèrent, dans la sphère des intérêts religieux et moraux, un appui peu éclairé aux envahissements du pouvoir ministériel. Les mesures les plus arbitraires, les actes les plus despotiques obtenaient leur assentiment aussitôt que, de près ou de loin, ils tendaient à restreindre l'influence ou l'autorité de la hiérarchie catholique”.*

*courants d'idées qui avaient divergé dans le passé comme ils devaient diverger dans l'avenir, et elle a bénéficié de leur rencontre momentanée. L'union des catholiques et des libéraux conclue en 1828 n'eût plus été concevable après la publication, en 1832, de l'encyclique lancée par Grégoire XVI contre les libertés modernes, si bien que la constitution belge s'explique en réalité par sa date. Elle est le fruit de l'alliance imprévue qui unit en un même enthousiasme pour la liberté les fidèles et les adversaires de l'Église. Lamennais fut l'instrument de la brève entente des catholiques belges avec les libéraux ou, plutôt, il les transforma pour un instant en libéraux. Il importe peu que les uns aient revendiqué la liberté en faveur de la société religieuse, les autres, en faveur de la société civile. L'essentiel est qu'ils la revendiquèrent en commun. Leurs buts lointains différaient, leur but immédiat était le même, et de cette collaboration, dans laquelle chaque parti avec une bonne foi entière céda aux désirs de l'autre, sortit l'œuvre commune qui, ayant confondu en un seul deux programmes, ayant donné à chacun ce qu'il demandait, ayant prodigué les libertés à l'Église comme elle les prodiguait aux citoyens, n'ayant ni marchandé, ni restreint, ni chicané, trouva finalement sa sauvegarde dans les satisfactions qu'elle donnait à tout le monde"*⁵⁴.

B) De Grondwet van 7 februari 1831

1) Het rechterlijk toezicht uitgeoefend op de uitvoerende macht

a) Aanvang – Grondslagen – Nalatenschap

27. De ontevredenheid die reeds meerdere jaren latent aanwezig was, mondde in de herfst van 1830 uit in een opstand. Op 10 oktober 1830, amper zes dagen na de onafhankelijkheidsverklaring, had de voorlopige regering, *"qui s'était constitué à Bruxelles durant les combats qui fin septembre 1830, opposaient les Bruxellois à l'armée"*⁵⁵, op een bevolking van zo'n 3.875.000 inwoners 46.099 kiezers opgeroepen. Zowat dertigduizend kiezers verkozen op 3 november 1830 effectief een Nationaal Congres, samengesteld uit tweehonderd notabelen. De tiende van die maand vatte het zijn werkzaamheden aan.

De voornaamste opdracht van het Nationaal Congres bestond erin het land van een Grondwet te voorzien. Ze vertrokken geenszins van een leeg blad. Op het moment dat de voorlopige regering de onafhankelijkheid uitriep, richtte ze immers ook een commissie op die een ontwerp van grondwet zou moeten opmaken. Het Congres kon zich aldus op het werk van die commissie baseren.

De commissie bestond uit *"quatorze membres; sept seulement y siégèrent d'une manière permanente; quatre autres n'assistèrent qu'à une ou quelques séances, les trois derniers n'y vinrent pas. Tous étaient des juristes, à l'exception de Charles de Brouckère, qui avait toutefois une longue pratique des questions parlementaires, étant depuis longtemps membre des Etats Généraux"*⁵⁶.

⁵⁴ H. PIRENNE, o.c., p. 442-443. Vgl. X. MABILLE, *Histoire politique de la Belgique*, Bruxelles, CRISP, 1986, 95.

⁵⁵ J. GILISSEN, "La Constitution belge de 1831: ses sources, son influence", *Res Publica*, 1968, 112.

⁵⁶ *Ibid.*

GILISSEN merkt in dat verband op: *“la commission a travaillé du 12 au 16 octobre, soit en tout cinq jours. L'avant-projet rédigé par Devaux et Nothomb, fut approuvé – sans modifications substantielles, semble-t-il, par la Commission, puis remis comme projet, le 27 octobre, au Gouvernement provisoire. Il restait à faire approuver le projet par le Congrès National. [...] La discussion du projet de Constitution ne commença que le 4 décembre 1830; elle se termina le 7 février 1831 par le vote de l'ensemble du texte. Les discussions durèrent donc deux mois, décembre 1830 et janvier 1831”*⁵⁷.

De auteur vervolgt: *“En réalité, le Congrès National ne s'occupa activement que d'un nombre très limité de problèmes. Surtout la question du Sénat fit l'objet de longues discussions, du 4 au 18 décembre, puis celle des ‘droits des Belges’. Les autres matières furent traitées très rapidement; le plus souvent le Congrès national se contenta d'entériner le projet de la Commission de Constitution”*⁵⁸.

28. Zoals reeds gezegd, heeft de Grondwet van 1831, die werd opgesteld in de hierboven vermelde omstandigheden, heel wat elementen overgenomen uit eerdere grondwettelijke teksten: de Nederlandse Grondwet van 1815, het Franse Constitutioneel Handvest van 1830, de Franse Grondwet van 1791, of nog uit het Engelse recht. Volgens de overlevering was slechts tien procent van de tekst origineel⁵⁹.

De bepalingen betreffende de rechtsprekende functie waren vervat in de artikelen 92 en 93, onder Titel III, *“De machten”*, Hoofdstuk III, *“Van de rechterlijke macht”*. Die teksten zijn de voorgangers van de huidige artikelen 144 en 145. Eerstgenoemd artikel bepaalde dat *“alle geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de kennisneming van de rechter behoren”*, terwijl laatstgenoemd artikel bepaalde dat *“alle geschillen over staatsburgerlijke rechten tot de kennisneming van de rechter behoren, behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen”*.

Door de aldus verwoorde bepalingen aan te nemen, week het Nationaal Congres gedeeltelijk af van de suggesties die de commissie hem had voorgelegd. Uit de analyse van de historische documenten blijkt dat de commissie zich hierbij voornamelijk had gebaseerd op de Grondwet van het Koninkrijk der Nederlanden⁶⁰. Artikel 165 van die Grondwet verklaarde de rechterlijke

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*, p. 132: *“Mais, dans les limites de la recherche des sources formelles du texte constitutionnel, nous pouvons constater, grâce aux procès-verbaux de la Commission de Constitution, que: a) environ 40 % des dispositions sont plus ou moins textuellement empruntées à la loi fondamentale des Pays-Bas, de 1815; b) environ 35 % sont repris à la Charte constitutionnelle française de 1830 qui, à quelques articles près, n'est que la ‘Charte octroyée’ de 1814; c) environ 10 % viennent directement de la Constitution française de 1791; ils concernent surtout la limitation du pouvoir royal, la responsabilité ministérielle et quelques libertés fondamentales; d) environ 5 % pourraient venir du droit constitutionnel anglais; e) il reste 10 % de dispositions originales, dont quelques-unes sans intérêt. En fait, une dizaine d'articles seulement sont vraiment nouveaux: ils concernent surtout le mode de désignation des sénateurs, la liberté d'enseignement, les rapports de l'Église et de l'État, la liberté d'association”*.

⁶⁰ In zijn analyse van de historische documenten van de commissie, schrijft GILISSEN op p. 121: *“Dans l'élaboration de ce titre, faite dans la matinée du 16 octobre 1830, la Commission de Constitution a suivi une méthode de travail similaire à celle qu'elle avait adoptée pour l'étude des pouvoirs du Roi. Elle commence par copier l'article 165 de la Loi fondamentale, réservant aux tribunaux le jugement des contestations qui ont pour objet des droits civils; elle y ajoute les contestations ayant pour objet des droits politiques, mais prévoit que la loi peut établir des*

macht bevoegd om kennis te nemen van “*alle twistgedingen over eigendom of daaruit voortvloeiende rechten, over schuldvordering of burgerlijke rechten*”. In artikel 187 bepaalde ze bovendien dat “*de wet de judicature regelt wegens verschillen en overtredingen op het stuk van alle belastingen*”.

De commissie had die twee artikelen samengebracht in één enkele bepaling, luidens welke “*toutes les contestations qui ont pour objet les droits politiques et civils sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi*”⁶¹.

Aldus verwoord, bood de tekst de mogelijkheid om in alle zaken, ook in die welke betrekking hadden op geschillen betreffende burgerlijke rechten, van de bevoegdheid van de rechtbanken af te wijken. Dit zorgde voor de nodige beroering binnen het Nationaal Congres: het besliste om opnieuw een gedifferentieerde regeling in te voeren. Opnieuw zou men zich tot de gewone gerechten moeten richten voor alle geschillen betreffende burgerlijke rechten; voor de geschillen betreffende de politieke rechten was dit een mogelijkheid maar geen verplichting⁶².

b) Falende grondslagen en verzwakking van het rechterlijk toezicht

29. Het procedurele onderscheid tussen burgerlijke rechten en politieke rechten was voor de leden van het Nationaal Congres blijkbaar een vanzelfsprekendheid. Nochtans leidde dit onderscheid in de negentiende-eeuwse rechtsleer tot lange discussies. Hoe onderscheid je een politiek recht van een burgerlijk recht? Waarin bestaat de uitzonderingsregeling waaraan dat recht krachtens de wet onderworpen kan worden?

De eerste grondwetspecialisten die deze vragen onderzochten, gingen uit van de, volgens hen vanzelfsprekende, vaststelling dat de geschillen tussen particulieren alleen maar geschillen over burgerlijke rechten konden betreffen, “*ceux qui appartiennent à tous les membres de la*

exceptions. Elle examine ensuite l'article 166 de la même Loi fondamentale, dont elle adopte le principe: nul tribunal ne peut être établi qu'en vertu d'une loi. Mais elle le complète par un renvoi exprès à l'article 54 de la Charte française de 1830 qu'elle copie mot à mot: interdiction de créer des commissions ou tribunaux extraordinaires. Elle passe ensuite à l'article 167 de la Loi fondamentale, qu'elle cite et copie textuellement: personne ne peut être distrait, contre son gré, des juges que la loi lui assigne; disposition qu'elle trouve d'ailleurs aussi dans l'article 53 de la Charte française, qu'elle ne cite toutefois pas. Puis, elle renvoie expressément à l'article 168 de la Loi fondamentale, qu'elle déclare maintenir: nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance du juge, etc... La Commission passe alors à la Charte française, dont elle cite l'article 55 pour en reprendre le principe de la publicité des débats en matière criminelle. Cette règle n'était pas inscrite dans la Loi fondamentale; au contraire, en vertu d'un arrêté du 6 novembre 1814, aucune audience criminelle ou correctionnelle n'était publique avant le commencement des plaidoyers. Revenant au texte de la Loi fondamentale, la Commission en reprend les dispositions des articles 174 (tout jugement est prononcé en audience publique), 173 (tout jugement est motivé), 170 (inviolabilité du domicile), 171 (interdiction de la confiscation des biens), 172 (nulle peine établie ni appliquée qu'en vertu d'une loi). Ayant ainsi épuisé la section 'Dispositions générales' du titre 'De la Justice' de la Loi fondamentale, la Commission de Constitution y ajoute deux principes: l'inviolabilité du secret des lettres et la suppression de la loterie. Ce dernier principe avait été proclamé quelques jours auparavant – le 13 octobre – par le gouvernement provisoire, réagissant contre la pratique de la loterie nationale suivie au cours des années précédentes et vivement critiquée par l'opposition belge”.

⁶¹ E. HUYTENS, *Discussions du congrès national de Belgique*, IV, Brussel, 1844, 95.

⁶² *Ibid.*

société et qui ont pour objet leurs rapports ou leurs intérêts privés”⁶³. Uitgaand van het concept van de dualistische staat, gingen ze in omgekeerde zin ervan uit dat de geschillen tussen de burgers en de overheid hetzij politieke rechten hetzij burgerlijke rechten betroffen, al naargelang de overheid hetzij als openbare macht hetzij ter verdediging van haar privébelangen optrad⁶⁴.

In de ogen van die auteurs vormde het begrip “politiek recht” een categorie die uiteraard de klassieke politieke rechten omvat – *ius suffragii*, *ius honorum*, *ius tributum*, *ius militiae* – maar ook betrekking heeft op alle andere geschillen tussen de openbare macht en de burgers. Er bestonden dus geen geschillen die niet onder de *summa divisio* tussen geschillen over burgerlijke rechten en geschillen over politieke rechten zouden vallen.

De uitzonderingsregeling waarvan de grondwetgever had bepaald dat ze, op initiatief van een wet, kon worden toegepast op de geschillen over politieke rechten, gaf geen aanleiding tot lange discussies: het leek vanzelfsprekend dat een dergelijke regeling de administratie enkel in uitzonderlijke gevallen kon toestaan de geschillen tussen haarzelf en de burgers te beslechten.

De aanneming van het beginsel van de bestuurder-rechter was een evidentie, echter niet omdat, zoals sommigen beweren, de Belgische juristen een bijzondere verwantschap met de rechtsleer van Henrion de Pansey koesterden⁶⁵.

De reden hiervoor was veel eenvoudiger: net zomin als de coalitiemachten van 1814 hadden de Belgische opstandelingen de door de Fransen ingevoerde administratieve en gerechtelijke inrichting van het land gewijzigd; welnu, die inrichting wees de berechting van welbepaalde geschillen aan welbepaalde administratieve instanties toe. Met name in verkiezingszaken en fiscale zaken hadden de bestendige deputaties de rechtsprekende bevoegdheden⁶⁶ van de *directoires de département* overgeërfd en namen ze kennis van geschillen betreffende de berekening van de belasting, waarbij laatstgenoemde, in het censuskiesrecht, zelf de voorwaarde vormde voor deelname aan het leven van de *Cité*. Voor de eerste

⁶³ Ch. DE BROUCKÈRE en F. TIELEMANS, *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, VI, Brussel, 1843, p. 430.

⁶⁴ Dit was de stelling van – in de vorige voetnoot geciteerde – TIELEMANS, auteur, samen met Ch. DE BROUCKÈRE, van de *“Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique”*, een onvolledig werk waarvan enkel de eerste acht volumes werden gepubliceerd. Ze werd ook verdedigd in de jeugdgeschriften van Jules LEJEUNE, toekomstig minister van Justitie (J. LEJEUNE, *Du droit des tribunaux de vérifier la légalité des actes administratifs*, Brussel, 1857, 157 p.) en Alfred GIRON, toekomstig voorzitter van het Hof van Cassatie (A. GIRON, *Du contentieux administratif en Belgique*, Brussel, 1857, 144 p.).

⁶⁵ Pierre Paul Nicolas HENRION DE PANSEY, (1742-1829), Frans jurist, staatsman en magistraat (m. n. rechter bij de “tribunal de cassation”, voorzitter van de “chambre des requêtes à la Cour de cassation” en lid van de Franse Raad van State en, ten slotte, eerste voorzitter van het Franse Hof van Cassatie) zou de auteur zijn van de spreuk “Juger l'administration, c'est encore administrer”, een opvatting die volgens de Franse administratieve rechtsleer aan de basis ligt van het Franse jurisdictionele dualisme: de rechterlijke orde en de administratieve orde. De Franse Raad van State, opperrechter van de administratie en gespecialiseerd rechter die buiten de rechterlijke orde optreedt, door Napoleon opgericht om in zaken uitspraak te doen die van het gemeen recht afwijken, namelijk in administratieve zaken, is de meest opmerkelijke instelling die hieruit is voortgekomen.

⁶⁶ Zie, wat betreft het rechtsprekend karakter van de bevoegdheden van de bestendige deputaties, Cass. 18 juni 1881, *Pas.*, 1881, I, 399.

grondwetspecialisten leed het geen twijfel dat dit het soort situaties was die het Nationaal Congres voor ogen had toen het artikel 93 van de Grondwet goedkeurde.

30. Een arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 1840 zou in latere overpeinzingen zwaar gaan doorwegen. Het Hof, dat een subtiel onderscheid maakte tussen geschillen betreffende individuele rechten en geschillen betreffende regels die enkel de verwezenlijking van het algemeen belang⁶⁷ beoogden, oordeelde dat laatstgenoemde niet werden bedoeld in de artikelen 92 en 93 van de Grondwet en dat de rechterlijke macht dus ook niet bevoegd was om hierover uitspraak te doen⁶⁸.

Het arrest van 25 juni 1840 legde het bestaan vast van een categorie van geschillen die noch geschillen over burgerlijke rechten, noch geschillen over politieke rechten waren. Het sloeg aldus een bres in het grondwettelijk bestel. Het probleem hiervan was niet zozeer dat het Hof bepaalde handelingen aan het toezicht van de rechtbanken onttrok, maar dat het dit deed zonder dat was bepaald dat anderen zich met deze taak moesten inlaten. Zo verkreeg de administratie niet zomaar een voorrecht van rechtsmacht, maar werd haar zowaar een echte immuniteit verleend.

31. Die nieuwe oriëntering werd versterkt door een tweede fenomeen: na verloop van tijd werd het domein van de geschillen over burgerlijke of politieke rechten beperkt door hieruit

⁶⁷ Cass. 25 juni 1840, *Pas.* 1839-1840, I, 409. Zie, wat dit arrest betreft, P. GOFFAUX, "De l'échec du modèle moniste à la création du Conseil d'Etat", in *Le Conseil d'Etat de Belgique, cinquante ans après sa création*, Brussel, 1999, p. 44; S. LUST, *Rechtsherstel*, Brugge, 2000, p. 69-70.

⁶⁸ Bij het Hof was een cassatieberoep aanhangig gemaakt tegen een arrest van het hof van beroep te Luik dat uitspraak deed in een geschil over het beheer van de kerkfabriek van Juprelle. Laatstgenoemde werd, na allerlei wendingen waarop we niet verder ingaan, voorzien van twee verschillende kerkraden. Elke raad beweerde dat hij het enige regelmatige orgaan was en wilde zich de archieven van de kerkfabriek doen overhandigen. Het geschil eindigde voor de rechter en men voerde voor het Hof van beroep te Luik aan dat de hoven en rechtbanken niet bevoegd waren om tussen de twee concurrerende kerkraden te beslissen.

Het hof van beroep antwoordde ontkennend op die vraag: "Overwegende dat (de partijen) aanvoeren zelf de enige raad van de kerkfabriek van Juprelle te zijn; dat beide partijen zich tot staving van hun respectieve eisen beroepen op bestuurshandelingen van administratieve en inwendige orde die, als noodzakelijk gevolg van de scheiding en de onafhankelijkheid van de machten, niet door de rechterlijke macht kan worden beoordeeld; dat er in een zaak die de kerkfabriek aanbelangt evenwel dient te worden beslist wie haar ware lasthebbers zijn". Bijgevolg hebben de appelrechters de partijen verwezen naar de administratieve overheid, zodat deze zich zou uitspreken over de kwestie van de vertegenwoordiging van de kerkfabriek.

Een van de kerkraden stelde cassatieberoep in waarin het de schending van de artikelen 92 en 93 van de Grondwet aanvoerde. De voormelde partij voerde in essentie aan dat de appelrechter zelf moest beslissen welke van de twee raden de kerkfabriek rechtsgeldig vertegenwoordigde, ook al hield dit in dat hij zich zou moeten uitspreken over de geldigheid van de handelingen die twee concurrerende raden aanwezen. Volgens de eiser kon die kwestie enkel een geschil over burgerlijke rechten vormen, meer bepaald een geschil over politieke rechten. In beide gevallen kon het hof hiervan kennisnemen, hetzij rechtstreeks op grond van artikel 92 van de Grondwet, hetzij omdat er geen wettelijke afwijking van het in artikel 93 van de Grondwet vastgelegde bevoegdheidsbeginsel bestond.

Het Hof verwierp het cassatieberoep. Het oordeelde dat "*de prefecten, de bisschoppen en de raadsleden, in zoverre zij bestuurshandelingen stellen en mee over de oprichting of hernieuwing van de kerkraad beslissen, (...) slechts agenten van de regering zijn en hun handelingen bestuurshandelingen zijn, die als zodanig onderworpen zijn aan het toezicht en de controle van de regering; dat de hoedanigheid van kosters die, in werkelijkheid, slechts een louter administratieve opdracht inhoudt die hun door administratieve akten is toevertrouwd en hun bijgevolg geen enkel burgerlijk of politiek recht toekent waarvan de rechterlijke macht kan kennisnemen* (Ibidem, p. 417).

alle geschillen tussen de burgers en de overheid te halen, behalve in fiscale zaken en verkiezingszaken of wanneer het geschil betrekking had op de privébelangen van de overheid. Het aantal geschillen dat niet aan de rechtbanken kon worden voorgelegd, werd op mechanische wijze verhoogd.

Dit fenomeen was een van de verschijnselen die als “de cultus van de openbare macht” kon worden gekwalificeerd. Procureur-generaal Mathieu LECLERCQ was hier beslist geen stille tegenstander van: de voordracht die hij voor de koninklijke academie hield op 11 oktober 1852, met als titel “*Un chapitre du droit constitutionnel des Belges*”, lijkt, achteraf gezien, de geloofsbelijdenis ervan te vormen^{69 70}.

Mathieu LECLERCQ preciseerde ook dat zijn systeem niet in strijd was “*avec les lois qui supposent la possibilité de procès entre des particuliers et l’État, ainsi qu’avec les garanties que la constitution a entendu assurer aux particuliers contre toute oppression privée ou publique*”⁷¹. Volgens hem bestaat er geen enkele strijdigheid “*si l’on ne confond des choses distinctes ou si l’on ne perd de vue la véritable nature des garanties assurées par la Constitution contre l’abus de l’un ou l’autre des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire*”. Weliswaar, erkende hij, “*des procès sont possibles, il est vrai, entre l’État et des particuliers; mais dans ce cas, l’État n’est point la nation, corps souverain dont l’autorité s’étend à ce titre sur les personnes et les choses; il est lui-même une personne ayant des droits civils et des actions à exercer pour s’en assurer la conservation, comme toutes autres personnes, réglée comme elles dans ces droits et ces actions par la loi civile, assujettie comme elles à l’autorité publique non moins qu’à la loi civile*”. Dus, besluit hij, “*ce n’est qu’en confondant deux choses aussi distinctes, la nation et la personne de l’État, qu’on peut voir une contradiction dans la définition de la contestation; il suffit, en conséquence, de signaler cette confusion pour en détruire l’effet*”⁷².

⁶⁹ M. LECLERCQ, “Un chapitre du droit constitutionnel des Belges”, *B.J.*, 1889, k.1265; bij het duiden van de betekenis van het begrip “geschil” (“*contestation*”) in de artikelen 92 en 93 van de Grondwet, schrijft hij: “*la contestation suppose, quant à l’objet dont il s’agit ici, un intérêt de personne engagé de part et d’autre. S’il en est autrement, il n’y a plus de prétentions, il y a ou une discussion purement théorique, dans laquelle l’autorité publique n’a que faire, ou, d’une part, des prétentions et, d’autre part, une manifestation de la volonté nationale faite par les délégués de la nation investis du pouvoir législatif ou exécutif, et dans laquelle ces délégués sont personnellement désintéressés au point de vue des droits civils ou politiques; il y a du chef de l’un ou l’autre pouvoir un acte de souveraineté; à ce titre, obéissance lui est due par ceux auxquels ces deux pouvoirs commandent; aucun débat direct n’est donc possible entre eux; le pouvoir judiciaire d’ailleurs, qui n’émane de la nation que comme le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif eux-mêmes en émanent, c’est-à-dire ni plus ni moins qu’eux, ne pouvait par cela même, sans y porter atteinte et commettre une usurpation, permettre qu’on attraie devant lui ceux qui en sont investis, aux fins directes de débattre de leurs actes avec eux et d’en obtenir l’annulation*” (p. 1276).

⁷⁰ Vgl. zijn conclusie vóór Cass. 10 januari 1867, *Pas.*, 1867, I, 128.

⁷¹ *Ibid.*, k.1276. De cultus van de openbare macht was niet zo veralgemeend als men soms denkt. Ja, Mathieu LECLERCQ liet niet na dit onophoudelijk te verkondigen. Ja, hij concludeerde tot de niet-ontvankelijkheid van vorderingen waarvan de rechtbanken hadden moeten kennisnemen. Toch belette hij de rechtbanken niet om kennis te nemen van geschillen tussen de overheid en particulieren. Bewijs van de ongelijke toepassing van de regel is het feit dat, in fiscale zaken, het imperium van de belastingheffende overheid nooit lijkt te zijn aangevoerd om zich tegen de bevoegdheid van de rechtbanken te verzetten.

⁷² *Ibid.*

32. De cultus van de openbare macht maakte tal van omzwervingen alvorens in de overheidsaansprakelijkheid vaste voet aan de grond te krijgen. Aangezien de rechtbanken niet mochten kennisnemen van de vorderingen tot schadevergoeding, werd de vergoeding van het slachtoffer aan de goede intenties van de overheid overgelaten. Dat die overheid niet meer zou moeten instaan voor de gevolgen van haar fouten, was dan niets meer dan een volgende stap, en die werd gezet aan het einde van de negentiende eeuw.

In de zaak *Tastenoë tegen gemeente Jemappes*, verweet het cassatieberoep van Tastenoë het bestreden arrest *“het beginsel van de scheiding der machten, de wetten betreffende de respectieve bevoegdheid van de administratie en van de rechtbanken, de beginselen betreffende de aansprakelijkheid voor de zaken die men onder zijn bewaring heeft en van de fouten onrechtmatig toe te passen”*⁷³.

Dit cassatieberoep werd door het Hof verworpen, op grond *“dat de rechtsvordering gegrond is op een schadelijk verzuim van de plaatselijke overheid die, als openbare macht, moet instaan voor de veiligheid op de openbare wegen”, “dat de eisers uit een dergelijk verzuim geen enkele privaatrechtelijke verplichting hebben kunnen afleiden en dat de rechtbanken geenszins uitspraak kunnen doen over de vergoedingen die voor een dergelijk verzuim verschuldigd zijn”, dat “hoewel dat verzuim ten laste kan worden gelegd van de overheid die de politiewetten ten uitvoer moet brengen, die overheid voor het overige niet burgerrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld”*⁷⁴.

Naar aanleiding van een later arrest, op 13 februari 1902, in een zaak waarin de vergoeding werd gevorderd van de schade die door krijgsoefeningen aan gewassen was toegebracht, terwijl de wet enkel voorzag in een vergoeding voor een militaire bezetting van niet-verbouwde gronden, stelde het openbaar ministerie zonder te aarzelen dat *“de regering een vergoeding verschuldigd is wanneer ze de wet naleeft en deze niet voor ernstigere feiten verschuldigd is wanneer ze volkomen illegaal optreedt”*⁷⁵.

⁷³ Cass. 13 april 1899, *Pas.* 1899, I, 173. De echtgenote Tastenoë geraakte “zwaargewond door de val van een verrotte boom, op het ogenblik dat zij een begrafenis volgde op de gemeenteweg, waarvan die boom een aanhorigheid was”. De slachtoffers “stelden een aansprakelijkheidsvordering in tegen de gemeente, eigenaar van de boom en belast met het onderhoud ervan”. De gemeente wierp tegen die rechtsvordering “een exceptie van onbevoegdheid op, volgens welke de haar verweten feiten deel uitmaakten van haar administratieve en soevereine plichten, waarvan de rechtbanken niet kunnen kennisnemen”.

De eerste rechter had “die exceptie verworpen, op grond dat het onderhoud van de bomen die tot de gemeentewegen behoren, alsook het aanplanten en het vellen van die bomen handelingen waren die onder het burgerlijke leven van de gemeenten vielen, welke belang erbij hadden hun goederen te exploiteren en hieruit elk mogelijk voordeel te halen”.

Op het hoger beroep van de overheid verklaarde het hof van beroep “dat de feiten onder het beheer van het openbaar domein van de gemeente vielen, die als openbare macht belast is met de veiligheid op de wegen en verklaarde bijgevolg de rechterlijke macht onbevoegd”.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 177.

⁷⁵ Cass. 13 februari 1902, *Pas.* 1902, I, 152.

33. Zo'n uitgesproken jurisprudentiële herschikking van de grondwettelijke beginselen kon onmogelijk standhouden. Het Hof zou hiervan geleidelijk afstappen en gaf haar de genadeslag in het arrest *Stad Brugge tegen Flandria* van 5 november 1920⁷⁶.

Moeten we de inhoud van die beslissing hier nog herhalen? Een boom was op de plantages van het bedrijf Flandria gevallen en had ernstige schade veroorzaakt. Flandria stelde de stad Brugge hiervoor aansprakelijk, omdat zij eigenaar was van het terrein waarop de boom stond. De rechtbank had die vordering ingewilligd, niet zonder eerst te hebben geoordeeld dat ze bevoegd was om van de vordering kennis te nemen omdat de boom zich op het privaat domein van de stad leek te bevinden. In haar cassatieberoep betwistte de stad die kwalificatie, waarbij ze zich beriep op de *Tastenoë*-rechtspraak.

Dit cassatieberoep bood het Hof de ideale gelegenheid om ondubbelzinnig op zijn eerdere interpretaties terug te komen. Het Hof beklemtoonde de innerlijke samenhang van de overheidsaansprakelijkheidsregeling, die niet verschillend is naargelang de overheid als openbare macht dan wel als beheerder van haar privaat domein optreedt. Bijgevolg verloor het middel zijn belang, want zelfs in de veronderstelling dat de boom deel uitmaakte van het openbaar domein, bleef de beslissing van de rechter verantwoord⁷⁷.

Het Flandria-arrest was niet echt een keerpunt in de rechtspraak van het Hof; in eerdere beslissingen had het reeds afstand genomen van de eclectische rechtspraak van het einde van de negentiende eeuw. In werkelijkheid wilde het Hof eerder de bevoegdheid van de rechtbanken krachtig en openlijk bevestigen om korte metten te maken met de toenmalige discussies over de oprichting van een Raad van State⁷⁸.

Om komaf te maken met de vrijstelling van rechtsvervolgning van de openbare macht en, volgens de later ingeburgerde uitdrukking "de Staat aan het recht te onderwerpen", koos het

⁷⁶ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1899, I, 193.

⁷⁷ Het arrest besloot als volgt: "Uit dit alles volgt dat de stad Brugge, zelfs als de boom deel had uitgemaakt van haar openbaar domein, nog steeds burgerrechtelijk aansprakelijk is en dat het middel dus zonder belang is".

⁷⁸ S. LUST schrijft in dat verband (*Rechtsherstel*, Brugge, 2000, p.95): "De hoven en rechtbanken verklaarden zich enkel bevoegd voor geschillen tussen burgers onderling of tussen burgers en overheid, handelend als privaatrechtelijk rechtspersoon. Maar voor geschillen naar aanleiding van het optreden van een overheid als publiekrechtelijk persoon bekleed met het *ius imperii*, verklaarden zij zich stelselmatig onbevoegd, met als gevolg dat de burger vaak zonder enige rechtsbescherming was tegen de overheid, en heel wat rechten geen enkele jurisdictionele bescherming genoten, wat precies het omgekeerde was van hetgeen de Volksraad in 1831 voor ogen had gestaan. Dit leidde tot een voorstel van de regering om naar aanleiding van de Grondwetsherziening na de Eerste Wereldoorlog, de toenmalige artikelen 25, 105 en 106 van de Grondwet te herzien om een Raad van State en een Tribunal de conflits op te richten. Ook dit voorstel kreeg uiteindelijk geen verder gevolg. Het voorstel had blijkbaar wel enige onrust opgewekt bij de hoven en rechtbanken. Zij leken de bedreiging te voelen dat ze een belangrijk deel van hun bevoegdheid zouden verliezen ten voordele van nieuw op te richten rechterlijke instanties. Wellicht heeft dit bijgedragen tot de belangrijke kentering in de rechtspraak van het Hof van Cassatie, dat bij het reeds geciteerde *Flandria*-arrest van 5 november 1920 het onderscheid tussen de overheid handelend als particulier en de overheid handelend als overheid, definitief naar de prullenmand heeft verwezen, en het beginsel van de aansprakelijkheid van de overheid en het rechterlijk toezicht op elk overheidshandelen heeft erkend. Meteen werd ook de nood aan een Raad van State minder dringend, en verdween het probleem weer op de achtergrond."

Flandria-arrest ervoor het recht op vergoeding van het slachtoffer van de onrechtmatige overheidsdaad als “burgerlijk recht” te kwalificeren.

Dit blijkt duidelijk uit het arrest: het Hof herinnert eraan dat de Grondwet de kennisneming van geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting aan de hoven en rechtbanken heeft toegekend en wijst erop dat de Grondwet aldus alle burgerlijke rechten onder de bescherming van de rechterlijke macht heeft geplaatst, meer bepaald “alle private rechten die in het Burgerlijk Wetboek en zijn aanvullende wetten zijn vastgelegd en geregeld”. Dat is nu net het geval voor het recht op vergoeding van de geleden schade: het Hof zegt “dat wanneer de houder van een burgerlijk recht aanvoert dat dit recht werd miskend en de vergoeding van zijn schade vordert, de rechterlijke macht van het geschil kan en moet kennisnemen en de rechter bevoegd is om desgevallend de vergoeding van de schade te bevelen, zelfs als de vermeende dader van de schade de Staat, een gemeente of een andere publiekrechtelijke rechtspersoon is”⁷⁹.

34. Die keuze lijkt te zijn ingegeven door de noodzaak die het Hof ervaarde om de geschillenregeling inzake overheidsaansprakelijkheid onlosmakelijk aan de rechterlijke macht te binden; in het stelsel van de artikelen 92 en 93 Grondwet staat die band echter alleen onomstotelijk vast wanneer het geschil betrekking heeft op burgerlijke rechten.

Ze was ongetwijfeld ook het gevolg van de aanhoudende onzekerheid rond de regeling van geschillen die niet op burgerlijke rechten betrekking hebben. Blijkbaar kwam het in het Hof en in zijn procureur-generaal niet op dat geschillen die geen burgerlijke rechten betreffen toch onder de jurisdictie van de rechtbanken kunnen vallen wanneer het politieke rechten betreft.

Allicht hield het concept van ‘politiek recht’ ook het te grote risico in dat het in artikel 93 van de Grondwet bepaalde voorbehoud zou worden aangegrepen om een concurrerende rechtsprekende actor in het leven te roepen.

Dit lijkt A. MAST in elk geval te hebben gedacht toen hij in 1956 schreef: *“Il est des juristes qui, comme le procureur général P. Leclercq, voient ou, ce qui est pis, veulent voir des droits civils partout. L'article 93 étant ce qu'il est, le monopole juridictionnel du pouvoir judiciaire est un mythe, c'est même un mythe dangereux car il pousse ceux qui en subissent l'emprise à infléchir le sens de dispositions légales claires en soi. Le Procureur Général Paul Leclercq était à ce point imbu de la prééminence du pouvoir judiciaire qu'il mettait assez curieusement au rang du pouvoir législatif et, bien au-dessus du pouvoir exécutif - que l'idée même d'une juridiction administrative semblait lui être intolérable. Il a lutté avec plus d'acharnement que de clairvoyance contre ce qu'il appelait 'l'envahissement progressif d'une partie de l'édifice judiciaire par l'Administration, envahissement que la mystique du Conseil d'Etat réclame'. 'Le Conseil d'Etat, disait-il somptueusement, est un cadavre qu'on a beau tuer, il renâit des poussières administratives comme le Phénix de ses cendres’”*⁸⁰.

⁷⁹ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1899, I, 239.

⁸⁰ A. MAST, “Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative”, *R.J.D.A.*, 1956, 82-83.

2) Het rechterlijk toezicht uitgeoefend op de wetgevende macht

a) Uitgangspunt – Grondslagen– Nalatenschap

35. Anders dan wat men zou kunnen aannemen wanneer men de verdere ontwikkelingen ter zake in ogenschouw neemt, had de Grondwetgever van 1831 de rechterlijke macht niet verboden de wetten aan de Grondwet te toetsen. Integendeel, zodra de Grondwet van 1831 in zijn overgangsbepalingen bepaalde dat alle eerdere, hiermee strijdige wetten, van rechtswege zouden worden opgeheven, gaf hij impliciet toe dat de rechtbanken de overeenstemming van de wetsbepalingen, of althans de al eerder aangenomen bepalingen, met de tekst van de Grondwet konden controleren.

Procureur-generaal baron VELU schreef hierover: *“Aucune disposition de la Constitution de 1831 ne prévoit ni n'interdit de manière expresse le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois postérieures à la date où elle est devenue exécutoire. Pour ce qui est des lois antérieures, l'article 138 de la Constitution dispose: 'A compter du jour où la Constitution sera exécutoire, toutes les lois, décrets, arrêtés, règlements et autres actes qui y sont contraires, sont abrogés'. Les travaux préparatoires de la Constitution de 1831 ne contiennent pas d'éléments traitant explicitement du problème”*⁸¹.

Het Hof paste artikel 138 van de Grondwet in verschillende arresten toe. Zo besliste het Hof in een arrest van 9 december 1833 met name dat artikel 92 van de Grondwet 1831 de uitzonderingsbepaling van artikel 4 van de wet van 25 pluviôse van het jaar VIII heeft opgeheven, die, inzake overeenkomsten voor openbare werken, aan de administratieve overheid wezenlijk rechtsprekende bevoegdheden toekende⁸². Verder kan ook het arrest van 29 maart 1833 worden vermeld, dat beslist dat artikel 138 van de Grondwet de bepalingen van de wetten en decreten van 29 floréal jaar X, 25 juni 1806 en 16 december 1811 heeft opgeheven, die aan de administratieve overheden de kennisneming en bestraffing van overtredingen van bepaalde vergrijpen inzake grote wegen toewees⁸³.

36. Tussen de eerste commentatoren van het Belgisch publiek recht vindt men voorstanders van wat omschreven werd als *“la garantie du pouvoir judiciaire contre le pouvoir législatif”*. In deel V van hun *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique* schrijven TIELEMANS en DE BROUCKÈRE:

“La Constitution de 1831 a été plus sage, en donnant au pouvoir judiciaire tous les moyens d'indépendance que réclame la nature de sa mission. Voici les garanties qu'il possède aujourd'hui:

§ 1er. Contre le pouvoir législatif:

1° Le droit d'appliquer les principes de la Constitution aux litiges, qui sont de la compétence judiciaire et, par conséquent, le droit de ne pas appliquer les lois qui seraient en

⁸¹ J. VELU, *Droit public*, I, Brussel, 1986, p. 230-231, nr. 157.

⁸² Cass. 9 december 1833, *Bull.*, 1834, 97.

⁸³ Cass. 29 maart 1833, *Pas.* 1833, I, 75.

opposition avec ces principes. Ce moyen est sujet à de grandes contestations. Les uns prétendent que jamais les tribunaux ne peuvent connaître de la constitutionnalité des lois, parce qu'en leur attribuant cette faculté, on élèverait le pouvoir judiciaire au-dessus du pouvoir législatif. Les autres, au contraire, disent que si les tribunaux doivent aveuglément appliquer les lois qui violent la Constitution, il n'y a plus de garanties pour les libertés publiques. Nous croyons, nous, que la solution de cette difficulté dépend des circonstances. Toutes les fois que dans un procès engagé devant elle, l'autorité judiciaire aura des doutes sur la constitutionnalité d'une disposition législative, elle doit l'interpréter suivant la Constitution, et elle le peut sans porter atteinte à l'indépendance de la législature; car, d'un côté, il y a toujours présomption que le législateur n'a rien voulu d'inconstitutionnel, et, de l'autre, il n'y a point d'atteinte portée à l'existence de la loi, quand on se borne à l'interpréter dans le sens constitutionnel plutôt que dans un sens contraire.

S'il y a entre la Constitution et la loi une opposition si directe qu'il est impossible de les concilier par une interprétation raisonnable, c'est encore à la Constitution que le juge doit donner la préférence, et il peut la lui donner sans méconnaître l'indépendance de la législature, puisque ne statuant jamais que sur des cas particuliers, il laisse subsister la loi en thèse générale; il ne la déclare ni bonne ni mauvaise, ni valable ni nulle, mais, ayant à choisir entre sa disposition et celle de la Constitution qui lui est contraire, il juge le procès en appliquant la plus sacrée, la plus souveraine des deux.

Enfin, si l'acte que l'on invoque comme une loi est contesté pour vices de forme, il appartient aux tribunaux d'en apprécier le caractère légal, parce qu'il n'a mission d'appliquer que les lois véritables, c'est-à-dire les actes qui réunissent toutes les conditions requises pour constituer des lois. Néanmoins il ne peut, en se livrant à cette appréciation, s'immiscer dans l'examen des questions spéciales dont la connaissance est réservée à l'une ou l'autre des branches de la législature; par exemple, dans la vérification du mandat des sénateurs ou des représentants. (Art. 34 de la Const.)”⁸⁴.

b) Jurisprudentiële zelfcensuur en afwijkende rechtsleer

37. Hoewel de door het Nationaal Congres aangenomen tekst de rechterlijke toetsing van de grondwettigheid van de wetten niet uitsloot en de rechtsleer hiermee instemde, legde het Hof de rechtbanken in zijn arrest van 23 juli 1849 niettemin het verbod op de wetten aan de Grondwet te toetsen.

De feitelijke context van de zaak was vrij apart: een advocaat, daarnaast ook brigadier van de artilleriecompagnie van de burgerwacht, werd voor een tuchtraad tuchtrechtelijk vervolgd omdat hij verschillende opeenvolgende zondagen niet aan de oefening had deelgenomen. Hij stelde tegen zijn veroordeling cassatieberoep in en, in een van zijn zeventien middelen, beriep hij zich op de onregelmatige samenstelling van de zetel, omdat de *“kapitein-verslaggever niet door de wachters was verkozen, maar door de Koning was benoemd krachtens een ongrondwettige bepaling van de wet van 8 mei (1848)”*.

⁸⁴ CH. DE BROUCKÈRE en F. TIELEMANS, *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, V, Brussel, 1838, 194.

De eiser beriep zich zodoende op de strijdigheid van de wet van 8 mei 1848 met artikel 122 van de Grondwet 1831, dat bepaalde: *“Er bestaat een burgerwacht; haar inrichting is door de wet geregeld. De titularissen van al de graden, ten minste tot degene van kapitein, worden door de burgerwachten zelf benoemd, behoudens de uitzonderingen voor de rekenplichtigen nodig geoordeeld”*.

Om die grief te verwerpen, wees het Hof erop dat *“artikel 59 van de wet van 8 mei de benoeming van de verslaggevers formeel toekent aan de Koning”*, en oordeelde vervolgens *“dat het aan de rechterlijke macht niet toekomt te onderzoeken of die bepaling al dan niet in overeenstemming is met artikel 122 van de Grondwet”*⁸⁵.

38. In de rechtsleer werd hevig gedebatteerd over het verbod op de grondwettigheidstoetsing. Verschillende argumenten werden geformuleerd ter verdediging van het standpunt dat het Hof had ingenomen in 1849. Geen enkel daarvan kon echt overtuigen.

Vooreerst werd het stilzwijgen van de Grondwet aangevoerd; indien de auteurs van de Grondwet hadden gewild dat de rechterlijke macht kon kennisnemen van kritieken op de grondwettigheid van de wetten, dan hadden ze dat gepreciseerd. Terecht werd op de zwakheid van die rechtvaardigingsgrond gewezen, waarbij herhaald werd dat *“un silence n'est pas une preuve et peut s'interpréter de diverses façons”*⁸⁶.

Men beriep zich ook op een reeks grondwetsbepalingen die *a contrario* werden uitgelegd om hieruit af te leiden dat de grondwetgever de rechterlijke macht niet het recht heeft willen toekennen om de grondwettigheid van de wetten te toetsen. Zo voerde men artikel 28 aan, dat de authentieke uitlegging van de wetten voorbehoudt aan de wetgever, artikel 107 dat bepaalt dat de hoven en rechtbanken *enkel* de toepassing uitsluiten van besluiten en verordeningen die niet met de wetten overeenstemmen, of nog, het voormelde artikel 138 dat *enkel* voor de wetten die vóór 1831 waren aangenomen een – overigens impliciete – grondwettigheidstoetsing invoert.

De argumenten *a contrario* werden uiteraard weerlegd door ze om te draaien in een redenering *a pari*. Zo betoogde men, zonder in vraag te stellen dat de authentieke uitlegging van de wet aan de wetgever zelf is voorbehouden, dat *“l'interprétation de la loi par voie d'autorité et le contrôle de la conformité de la loi à la Constitution relèvent de deux ordres d'idées distincts”* en dat artikel 28 daarenboven *“n'exclut pas, par ailleurs, le droit pour les juridictions d'interpréter la Constitution ou la loi chaque fois que la solution du litige qui leur est soumis rend cette interprétation nécessaire”*⁸⁷.

Wat betreft artikel 107 van de Grondwet, maakt Jacques VELU een schitterende samenvatting van alle elementen die de verwijzing naar die bepaling irrelevant maken:

⁸⁵ Cass. 23 juli 1849, *Pas.* 1849, I, 443.

⁸⁶ J. VELU, *Droit public*, loc. cit., p. 231, nr. 158.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 232, nr. 159.

“- cette disposition est une application d'un principe général de compétence des organes juridictionnels, à savoir qu'en cas de conflit entre deux normes juridiques, le juge doit appliquer la norme hiérarchiquement supérieure;

- le Constituant a, pour des raisons historiques, visé ce qu'il considérait comme le “plerumque fit” (l'article 107 avait initialement été conçu par le Congrès national comme une sanction aux éventuels excès de pouvoirs du Roi; c'est à propos des pouvoirs du Roi que le Constituant a élaboré cette disposition; elle a ensuite été transférée au chapitre “du pouvoir judiciaire” sans que son contenu ne soit modifié dans l'esprit du Congrès);

- à supposer que le Constituant ait pu songer à l'abus que constituerait une violation de la Constitution par la loi, il est excessif d'affirmer que les travaux préparatoires de la Constitution montrent que dans la pensée des membres du Congrès national, si le Pouvoir législatif venait à violer la Constitution par une loi, aucune autorité constituée n'aurait le pouvoir de rendre cette loi sans effet;

- si l'on adopte l'argument “a contrario”, il faut, suivant la même interprétation restrictive, admettre que les juridictions autres que les cours et tribunaux sont sans pouvoir pour contrôler la conformité des règlements à la loi et que les cours et tribunaux ne peuvent contrôler la conformité des arrêtés et règlements ni aux règlements des autorités supérieures ni à la Constitution;

- le droit public belge comporte de nombreuses règles qui ne sont pas inscrites expressément dans le texte constitutionnel et que nul ne songe à contester encore qu'elles soient radicalement différentes de celles qui étaient applicables en Belgique sous les régimes politiques antérieurs ou qu'elles fussent connues à cette époque dans le droit public d'autres pays”⁸⁸.

Wat ten slotte artikel 138 van de Grondwet betreft, weerlegde men de redenering als volgt:

“- cette disposition a un caractère transitoire et il n'est pas contesté que le juge pourrait refuser d'appliquer une loi postérieure à 1831 mais antérieure à une modification de la Constitution et incompatible avec la disposition constitutionnelle modifiée;

- s'agissant d'une disposition abrogatoire, il est normal qu'elle n'envisage que la conformité de la législation antérieure à la Constitution;

- elle ne confère pas de compétence particulière au Pouvoir judiciaire mais est destinée à toutes les autorités et à tous les sujets de droit;

- si l'argument ‘a contrario’ utilisé à l'égard des lois était valable, il devrait s'appliquer logiquement aussi aux arrêtés et règlements; on devrait dès lors considérer que les cours et tribunaux ne sont pas compétents pour contrôler la constitutionnalité des arrêtés et règlements contraires à la Constitution alors que cette compétence n'est contestée ni dans la

⁸⁸ Ibid., p. 233-234, nr. 159.

*doctrine ni dans la jurisprudence; en vain prétendrait-on que cette compétence est précisément reconnue aux cours et tribunaux par l'article 107 de la Constitution: cette dernière disposition ne prévoit expressément que le contrôle de la conformité des arrêtés et des règlements aux lois*⁸⁹.

Niettegenstaande dat er steekhoudende argumenten werden aangedragen tegen het verbod voor de rechtbanken om over grieven betreffende de schending van de Grondwet door de wet uitspraak te doen, heeft het Hof van Cassatie dat verbod gedurende honderdvijfentwintig jaar herhaaldelijk bevestigd⁹⁰.

Paragraaf 2.- 1948 – De Raad van State

A) Gebrekkige grondslagen en limieten van de rechterlijke toetsing

39. Het *Flandria*-arrest was een problematische uitspraak die, onder druk van een ontwerp van grondwetsherziening, in allerijl werd gedaan en die op een onvoldoend uitgewerkt theoretisch denkproces is gegrond. Cyr CAMBIER heeft dit in zijn handboek bestuursrecht bondig in herinnering gebracht⁹¹.

Niet geheel ten onrechte verwijt hij advocaat-generaal Paul LECLERCQ dat hij in zijn conclusie geen aandacht heeft besteed aan artikel 107 van de Grondwet en aan de kwestie van de aard en intensiteit van het rechterlijk toezicht op de handelingen van de administratie. Wegens de

⁸⁹ *Ibid.*, p. 234-235, nr. 159.

⁹⁰ Cass. 19 juli 1921, *Pas.* 1921, I, 456; Cass. 10 december 1928, *Pas.* 1929, I, 36; Cass. 13 mei 1935, *Pas.* 1935, I, 247; Cass. 14 oktober 1935, *Pas.* 1936, I, 1; Cass. 21 februari 1938, *Pas.* 1938, I, 61; Cass. 10 januari 1939, *Pas.* 1939, I, 4; Cass. 29 juni 1939, *Pas.* 1939, I, 341; Cass. 23 oktober 1939, *Pas.* 1939, I, 434; Cass. 14 december 1950, AC 1951, 196; Cass. 26 november 1951, AC 1952, 143; Cass. 7 februari 1956, AC 1956, 462; Cass. 20 september 1956, AC 1957, 12; Cass. 20 november 1962, *Pas.* 1963, I, 362.

⁹¹ Cyr CAMBIER, *Droit administratif*, Brussel, 1968. In zijn commentaar bij het arrest van 5 november 1920 schetst hij de context waarin dit arrest was gewezen: “*Un projet de déclaration de révision de la Constitution est soumis aux Chambres en 1919. Il prévoit la formation d'une Cour du contentieux administratif et la création d'un tribunal réglant les conflits d'attributions aux lieu et place de la Cour de cassation. Ce projet est soumis au 'Comité des conseillers du gouvernement' près du Ministère de la justice. Il recueille, le 19 juillet 1920, un avis favorable. Un second avis est sollicité de cet organisme. La Cour de cassation prend les devants. Il est temps de réviser une jurisprudence dont les carences président à la réforme projetée. Un fait divers y donne lieu: un arbre croissant sur le domaine public de la ville de Bruges s'est abattu et a endommagé les plantations d'un horticulteur. Un jugement du tribunal de Bruges déboute la victime (sic): la puissance publique et le domaine public n'engagent pas la responsabilité du pouvoir. Pourvoi est pris contre ce jugement*” (p. 569).

Na de inhoud van de conclusie van het openbaar ministerie en het arrest te hebben geschetst, vervolgde CAMBIER: “*L'objectif immédiat est atteint: le 10 décembre 1920 le 'Comité des conseillers du gouvernement' émet son second avis qui cesse de préconiser une réforme du contentieux des droits subjectifs. Le judiciaire peut y pourvoir. L'on prête cette vertu à l'arrêt nouveau. A-t-il cette valeur et va-t-il plus loin que des déclarations d'intention et des manifestes de tendances – qui ne sont certes pas à négliger? L'on se demande, bien vite, si la distinction entre l'Etat-puissance publique et l'Etat-personne privée, n'est point réintroduite par le biais des actes décisifs qui ne donnent point matière à procès judiciaire. Le fait est que, fors l'ébauche d'une théorie du détournement de pouvoir, l'arrêt et les conclusions qui le précèdent, ne fixent point jusqu'où le contrôle du juge peut pénétrer dans l'opération administrative. Dans la fresque générale qu'il consacre aux prérogatives du pouvoir judiciaire, l'avocat général Paul Leclercq ne s'attache point à l'analyse de l'article 107 de la Constitution. Cette carence nous paraît aggravée par les indications, qu'en forme d'exemples, il donne sur les cas où la décision demeure souveraine. Il en ressort que rien n'est ici remis en question; les choses demeurent en l'état voulu du temps du culte de la puissance publique*”.

dringende omstandigheden moest echter snel, in eenvoudige bewoordingen, bevestigd worden dat de rechtbanken bevoegd waren om kennis te nemen van de tegen de overheid ingestelde aansprakelijkheidsvorderingen. Het opbouwen van een coherent en volledig theoretisch kader kon wachten.

Toch was het niet de meest geslaagde keuze om de kwestie van de vrijstelling van rechtsvervolgning van de openbare macht uitsluitend te regelen uit het oogpunt van de burgerlijke aansprakelijkheid⁹², waarbij het domein van de geschillen betreffende de burgerlijke rechten werd uitgebreid door hierin ook de geschillen betreffende de vergoeding van onrechtmatige overheidsdaden op te nemen.

Doordat het *Flandria*-arrest de bevoegdheid van de rechtbanken afhankelijk stelde van het bestaan van een geschil betreffende een burgerlijk recht, beperkte het net de mogelijkheid van de rechterlijke macht om de jurisdictionele functie geheel uit te oefenen. Het Hof zou immers vrij snel moeten vaststellen dat een aanzienlijk aantal geschillen tussen de overheid en haar burgers slechts ternauwernood in de categorie “geschillen betreffende een burgerlijk recht” paste.

40. Een eerste probleem waarmee het Hof moest afrekenen, was dat het prestaties, die nauwelijks privaatrechtelijke eigenschappen vertoonden, als burgerrechtelijke prestaties moest omschrijven om de rechtbanken bevoegd te kunnen verklaren.

MAST gebruikte de term “burgerlijk-recht-fetisjisme” om te wijzen op de geneigdheid van de rechtbanken om geschillen die volgens hem kennelijk politieke rechten betroffen, als een geschil over een burgerlijk recht te kwalificeren⁹³.

GOOSSENS schreef hierover, in meer sobere bewoordingen, in een artikel dat in de *Annales de la faculté de droit de l'université de Liège* verscheen: “La seule définition expresse que la Cour de cassation nous ait donnée est celle qui figure dans l'arrêt du 5 novembre 1920 et qui fait des droits civils ‘les droits organisés par le Code civil et les lois qui le complètent’. Cette définition aurait permis de ranger la Cour suprême parmi les adhérents à la conception stricte (des droits civils) si, sous l'influence notamment du Procureur Paul Leclercq et à la faveur de l'ambiguïté de la formule finale, la Cour n'avait, dans sa jurisprudence ultérieure, donné une assez grande étendue au champ des droits civils, tendant à considérer comme tel tout droit patrimonial même envisagé à l'égard des personnes publiques, tout droit découlant d'une obligation pécuniaire à charge de l'administration, quelle qu'en soit la source – tel le droit au traitement et à la pension à charge du Trésor public – et, plus généralement encore, en admettant l'existence d'un droit civil à l'intégrité de la personne et du patrimoine, dont la violation par la puissance publique, aussi bien que par les particuliers, donne ouverture à un

⁹² LEWALLE en L. DONNAY, *Contentieux administratifs*, 3^{de} uitg., Brussel, 2008, p. 439, nr. 316, merken terecht op: “La jurisprudence inaugurée par l'arrêt de cassation du 5 novembre 1920 en matière de responsabilité des pouvoirs publics atténua l'urgence d'une réforme de notre organisation contentieuse; mais elle ne résolvait certes pas l'intégralité du problème, puisqu'elle n'avait trait qu'à l'une des branches du contentieux administratif, celle de l'indemnité”.

⁹³ A. MAST, “Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative”, *RJDA*, 1956, p. 83 e.v.

droit civil à réparation. De cette façon, la Cour suprême en est, tout au moins jusqu'en 1956, arrivée à mettre en œuvre des conceptions larges qui parfois confinent à la conception extensive. Il est toutefois assez difficile de déterminer avec précision sa position exacte: cette position n'ayant jamais été exprimée dans une formule générale, on doit l'induire des solutions d'espèce, ce qui comporte toujours certains risques d'erreur"⁹⁴.

Het voorbeeld van het recht op pensioen toont aan dat het begrip "burgerlijk recht" niet onbeperkt als aanknopingspunt voor de bevoegdheid van de rechtbanken kan worden gebruikt.

Het arrest van 25 oktober 1934⁹⁵ maakte van een dergelijke kwalificatie gebruik voor de pensioenen van *rechters en militaires*. MAST uitte kritiek op die analyse: *"l'article 67 des lois coordonnées le 11 avril 1923, sur les pensions militaires, prévoit la formation de commissions chargées de statuer sur le droit à la pension pour invalidité; le même article dispose que la commission supérieure d'appel statuera en dernier ressort. Si le verbe statuer a un sens, la volonté du législateur est claire. Le législateur a entendu déférer à des juridictions administratives les contestations portant sur la reconnaissance des droits en cause"*⁹⁶.

In andere gevallen was de bevestiging van het burgerlijk karakter minder duidelijk. MAST wijst met name op het arrest van 27 september 1928⁹⁷ betreffende de verzekering van *mijnwerkers* tegen ouderdom en vroegtijdig overlijden. Hoewel de samenvatting van het arrest te kennen geeft dat het recht op de voordelen uit die verzekering een burgerlijk recht is, beslist het arrest dit niet en wordt die stelling enkel gestaafd met een voetnoot van het openbaar ministerie onder de samenvatting.

Die kwestie duikt overigens later opnieuw op: ze staat centraal in een later arrest van 22 oktober 1954⁹⁸, dat volgens MAST de burgerrechtelijke kwalificatie verwerpt. Het arrest heeft wellicht niet die draagwijdte, maar het wijst in elk geval op de toenemende aarzeling van het Hof, in de loop van de jaren 1950, om het domein van de burgerlijke rechten onophoudelijk uit te breiden.

We komen hier later op terug. We willen er echter meteen op wijzen dat er een aanzienlijk verschil bestaat tussen de zaken van de jaren 1920 en die van de jaren 1950: de eerste strekten ertoe de rechtsweigering te voorkomen, door te beslissen dat een jurisdictioneel beroep mogelijk was in zaken waarin werd beweerd dat dit niet mogelijk was; in de tweede reeks zaken kon weliswaar beroep worden ingesteld voor een commissie, waarvan echter werd beweerd dat ze zich met de bevoegdheden van de rechtbanken inliet, wat een geheel andere situatie is.

⁹⁴ CH. GOOSSENS, "Recherches sur les critères de distinction des droits individuels: droits civils, droits politiques, droits administratifs", *Ann. dr. Liège*, 1960, p. 187-189. Zie ook H. LENAERTS, *De burgerlijke, politieke en administratieve rechten in de bevoegdheidsregeling naar Belgisch recht*, Antwerpen, 1957, p. 98 e.v.

⁹⁵ Cass. 25 oktober 1934, *Pas.* 1935, I, 29.

⁹⁶ A. MAST, *Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative*, loc. cit., p. 83.

⁹⁷ Cass. 27 september 1928, *Pas.* 1928, I, 231.

⁹⁸ Cass. 22 oktober 1954, *Pas.* 1955, I, 151.

41. Een tweede probleem dat in de nasleep van het *Flandria*-arrest is gerezen, betreft geschillen die niet rechtstreeks verband houden met een voordeel dat door de rechtszoekende gevorderd wordt, maar die betrekking hebben op de naleving, door de administratie, van haar algemene gedragsregels.

Het *arrest van de kerkfabriek van Juprelle* had erop gewezen dat die geschillen aan de rechtbanken werden onttrokken en niets in het arrest van 20 november 1920 wees erop dat men op die uitspraak was teruggekomen. Integendeel, procureur-generaal LECLERCQ verwees in zijn conclusie uitdrukkelijk naar het arrest van 25 juni 1840, dat volgens hem deel uitmaakte van een stroming die hij als “grondwettelijk” omschrijft, in de zin dat het in overeenstemming was met de wil van de grondwetgever⁹⁹.

Bovendien kon dat probleem niet worden opgelost door een uitbreidende uitlegging van het begrip “burgerlijk recht”; in dit geval botste men immers op de eigenlijke grenzen van het begrip “geschil”; het ging niet louter om twijfel over de respectieve domeinen van de burgerlijke rechten en de politieke rechten, tenzij men erkende dat die laatste categorie ook het objectieve contentieux omvatte¹⁰⁰.

B) Administratieve rechtscolleges

42. Hoewel het *Flandria*-arrest erin slaagde de toen op tafel liggende ontwerpen van grondwetswijziging een halt toe te roepen, kon het aan het einde van de rit de algemene ontwikkeling van de administratieve rechtscolleges, die de hiaten zouden invullen, niet verhinderen.

⁹⁹ Hij verwees de lezer trouwens naar het werk van Louis WODON, waarop zijn analyse grotendeels was gebaseerd en die het arrest van 25 juni 1840 ook als een voorbeeld van een specifieke stroming beschouwde. Zie L. WODON, *Le contrôle juridictionnel de l'administration et la responsabilité des services publics en Belgique*, Brussel-Parijs, 1920, p. 88-89.

¹⁰⁰ Bovendien, zoals S. LUST benadrukt (*Rechtsherstel*, loc. cit., p. 96-97) – en ook Cyr CAMBIER heeft opgemerkt – erkende het *Flandria*-arrest enkel dat de administratie voor haar fout aansprakelijk was, maar omschreef het de beoordelingscriteria van die fout niet nader, waarbij het twijfel liet bestaan omtrent de precieze omvang van het door de rechtbanken uitgeoefende toezicht: “Het arrest van het Hof van Cassatie van 5 november 1920 kon immers niet het gehele probleem van het gebrek aan rechtsbescherming tegen de overheid oplossen, vermits het slechts betrekking had op één van de onderdelen van het administratieve contentieux, met name het aansprakelijkheidscontentieux. Het gebrek aan rechtsbescherming was echter ook nog te wijten aan het feit dat de rechtscolleges van de rechterlijke macht eveneens zeer terughoudend waren bij de toetsing van overheidshandelingen met toepassing van artikel 159 Gw. (toen artikel 107 Gw.). De rechtspraak beperkte zijn wettigheidscontrole in belangrijke mate tot loutere vormgebreken en bevoegdheidsproblemen, maar was niet geneigd om in te grijpen als de overheid haar discretionaire bevoegdheid mogelijks op een abusieve manier had aangewend. Ook kon op artikel 159 Gw. enkel een beroep worden gedaan bij wijze van exceptie in een geding dat een ander voorwerp had dan de overheidshandeling waarvan de legaliteit werd betwist. Een rechtstreeks beroep tegen een overheidshandeling met toepassing van artikel 159 Gw. werd onmogelijk geacht. Ten slotte werd, samenhangend hiermee, als een gemis aangevoeld dat geen ‘objectief beroep’ mogelijk was dat erop gericht was het objectieve recht te doen eerbiedigen los van de subjectieve rechten van de betrokkenen. Dit alles zette in de rechtsleer steeds meer een beweging in gang naar de oprichting van een Raad van State, als aanvulling op de (“subjectieve”) rechtsbescherming zoals deze tot dan toe door de hoven en rechtbanken van de rechterlijke macht werd geboden”.

Die ontwikkeling uitte zich op twee manieren: enerzijds, 1) de oprichting van een Raad van State, en anderzijds, 2) de toename van het aantal rechtscolleges die niet tot de rechterlijke macht behoorden, hoofdzakelijk in het domein van de sociale zekerheid.

1) Raad van State

43. Het ontstaan van de Raad van State was het rechtstreekse gevolg van de inperking van de bevoegdheid van de rechtbanken door het arrest van de *kerkfabriek van Juprelle*, waarop het *Flandria*-arrest niet terugkwam. Dat arrest, dat het bestaan bevestigde van geschillen waarvan het voorwerp zich op de vage grens tussen subjectief recht en algemeen belang bevindt en waarop derhalve de artikelen 92 en 93 Grondwet niet van toepassing zijn, vrijwaarde aldus, binnen die beperkte grenzen, de oude immuniteit van de bestuurder-rechter. Dit moest stoppen en omdat het Hof van Cassatie hierin niet tussenbeide wilde komen, leek de oprichting van een Raad van State naar Frans model de enige oplossing.

In 1930 publiceerde VELGE een werk met als titel *L'institution d'un Conseil d'Etat en Belgique*¹⁰¹ dat volgens de rechtshistorici alle bezwaren tegen de oprichting van een dergelijk rechtscollege stelselmatig weerlegt en de academische en politieke wereld wist te overtuigen¹⁰².

Het heeft wat tijd gekost om in dat opzet te slagen.

Reeds op 15 mei 1930 legde Carton de Wiart een wetsvoorstel neer *“en laquelle on a pu reconnaître le ‘vrai départ’ du mouvement qui allait conduire, non sans vicissitudes, à la loi du 23 décembre 1946 portant création d’un Conseil d’État. Ce parlementaire préconisait l’institution d’une ‘Cour du contentieux administratif’, dotée de plusieurs ordres de compétence: elle aurait eu à connaître de la réparation en équité des dommages causés par un acte ou par une négligence d’ordre administratif, de l’annulation pour excès de pouvoir ou pour détournement de pouvoir des actes des diverses autorités administratives, des conflits d’attributions entre les administrations publiques. Des lois particulières auraient pu déférer en outre à cette Cour la connaissance de requêtes en matière contentieuse administrative. Enfin, l’institution proposée aurait été amenée à donner des avis sur toutes questions d’ordre administratif que le Gouvernement lui aurait soumises”*¹⁰³. Die oorspronkelijke tekst, merken LEWALLE en DONNAY op, *“ne proposait pas de confier à la Cour du contentieux administratif la mission de préparer les textes des lois et règlements; il estimait que, moyennant certaines adaptations, le Conseil de législation déjà créé suffirait à cette tâche”*¹⁰⁴.

Achtereenvolgende ontbindingen van het Parlement verhinderden dat dit voorstel kans op slagen had. Men zou tot 1936 en de regering-Van Zeeland moeten wachten voordat de parlementaire werkzaamheden echt van start gingen. Les Nouvelles vermelden hierover: *“Le programme du gouvernement VAN ZEELAND, constitué le 24 juin 1936, prévoyait l’institution*

¹⁰¹ H. VELGE, *L'institution d'un Conseil d'Etat en Belgique*, Leuven, 1930, 320 p.

¹⁰² I. SIRJACOBS en H. VANDEN BOSCH, *Les juridictions administratives en Belgique depuis 1795*, Brussel, 2006, p. 46.

¹⁰³ P. LEWALLE en L. DONNAY, *Contentieux administratifs*, loc. cit., p. 439, nr. 316.

¹⁰⁴ *Ibid.*

d'un Conseil d'Etat. Le gouvernement créa une commission chargée d'élaborer un avis destiné à l'éclairer sur l'opportunité de la création d'un Conseil d'Etat, sur son organisation et sa compétence éventuelles. La commission, présidée par M. H. ROLIN, conseiller à la Cour de cassation, établit un rapport qui porte, dans l'usage courant, le nom du président de la commission ». Le projet de loi déposé sur le bureau de la Chambre par le gouvernement (Doc. parl., session 1936-1937, n° 211) reproduit en annexes de l' exposé des motifs l'avis de la commission et l'avant-projet de loi établi par celle-ci. Le projet du gouvernement conservait l'idée de la double compétence législative et contentieuse”¹⁰⁵.

De Tweede Wereldoorlog leidde echter tot een onderbreking van de parlementaire werkzaamheden. Maar, *“dès le 25 mai 1945, le ministre de l'Intérieur, M. VAN GLABEKKÉ, créait une commission consultative, chargée de rechercher une sorte de transaction entre les points de vue opposés des Chambres de l'avant-guerre. Le texte du projet de loi remanié fut adopté par la Chambre des Représentants en décembre 1945, puis par le Sénat le 4 décembre 1946; sanctionné et promulgué par le Régent le 23 décembre 1946, il devint la loi organique du Conseil d'État”¹⁰⁶.*

In 1946 werd de wet houdende de instelling van een Raad van State ook effectief goedgekeurd. Ze trad in werking op 23 augustus 1948¹⁰⁷. Naast zijn rol van adviesraad die adviezen moest uitbrengen over de ontwerpen van algemene normen, diende de Raad bovendien uitspraak te doen over, enerzijds, de beroepen tot nietigverklaring van akten en verordeningen van de verschillende administratieve overheden wegens miskenning van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, machtsoverschrijding of -afwending, en over, anderzijds, de toekenning van herstelvergoedingen wegens buitengewone, morele of materiële schade die door een administratieve overheid is veroorzaakt, wanneer geen enkel ander rechtscollege bevoegd is om hierover te beslissen.

2) De jurisdictionele commissies

44. De toevloed aan commissies die los van de rechterlijke macht werden opgericht en jurisdictionele opdrachten vervulden, vormde een ander aspect van de ontwikkeling van de administratieve rechtscolleges.

Niet dat dit in de negentiende eeuw niet heeft bestaan; zoals al eerder gezegd had België de Napoleontische inrichting overgeërfd, die voorzag in de berechting van bepaalde geschillen

¹⁰⁵ *“Cependant, on constate que le projet reprenait une idée contenue dans le rapport de la commission Rolin: ‘L'inconstitutionnalité d'un régime qui investirait le Conseil d'Etat du pouvoir redoutable de détruire un arrêté royal, un règlement provincial ou communal, pratiquement sans recours possible, est certaine’. Cela étonne car H. VELGE dans son ouvrage: ‘L'institution d'un Conseil d'Etat en Belgique’, publié en 1930, avait fait bonne justice des objections reprises en 1936. La section d'administration n'avait qu'une compétence d'avis sur des matières énumérées dans le projet. Les travaux préparatoires de la Chambre des représentants n'ont d'intérêt que pour l'historien du droit; la Chambre des représentants adopta le projet le 12 avril 1938”; zie Les Nouvelles, Droit administratif, VI, Le Conseil d'Etat, Brussel, 1975, p. 3 e.v., in het bijzonder p. 9, nr 13.*

¹⁰⁶ P. LEWALLE en L. DONNAY, *Contentieux administratifs*, loc. cit., p. 439, nr. 316.

¹⁰⁷ Voor een recentere analyse, z. Ph. BOUVIER, *La naissance du Conseil d'État de Belgique: une histoire française?*, Brussel, Bruylant, 2012; P. TAPIE en M. LEROY, *“L'évolution du contentieux administratif en Belgique”, JT 1982, 222.*

door administratieve colleges. Deze geschillen hadden echter een welomlijnd voorwerp, beperkt tot de klassieke politieke rechten – *ius suffragii*, *ius tributii*, die in een cijnskiesstelsel trouwens met elkaar verbonden zijn. De administratieve rechtspraak was dus oorspronkelijk een afgebakend terrein, dat overigens geleidelijk – al was het op heteroclytische wijze – naar de rechtbanken werd teruggebracht: in 1849 en 1865 werd eerst het cassatieberoep tegen de beslissingen van de bestendige deputaties inzake patenten¹⁰⁸ en daarna voor alle directe belastingen¹⁰⁹ mogelijk; in 1881 werd een gemengde rechtspleging ingevoerd, met de opeenvolgende tussenkomst van de directeur der belastingen en van het hof van beroep, met de mogelijkheid tot cassatieberoep¹¹⁰.

Bijzonder aan de in de twintigste eeuw opgerichte jurisdictionele commissies was dat ze werden belast met de berechting van geschillen die betrekking hadden op nieuwe rechten, die met de ontwikkeling van positieve overheidsplichten verband hielden en niet aan de klassieke politieke rechten waren gekoppeld. Soms wordt naar die nieuwe rechten verwezen met de term “*droits-créances*”.

Andere bijzonderheid: een belangrijk gedeelte van dat nieuwe stelsel werd door de uitvoerende macht ingericht, waardoor uiteindelijk de grondwettigheid ervan in vraag zou worden gesteld, met name wat betreft de inrichting van de jurisdictionele procedures. Immers, artikel 93 van de Grondwet stond wel toe dat een geschillenregeling aan een administratief rechtscollege zou worden toevertrouwd, maar enkel onder de dubbele voorwaarde dat die geschillenregeling politieke rechten moest betreffen en dat het rechtscollege bij wet moest zijn opgericht. Het kwalificeren van de desbetreffende rechten als “burgerlijke rechten” zou overigens niets hebben opgelost, aangezien de geschillen betreffende laatstgenoemde rechten uitsluitend bij de rechtbanken aanhangig kunnen worden gemaakt.

45. We zeiden het al: de wildgroei aan “*droits-créances*” en aan commissies die van de hiermee verband houdende geschillen moeten kennisnemen, zou het Hof van Cassatie uiteindelijk confronteren met de tekortkomingen van het *Flandria*-arrest: de voortdurende uitbreiding van het domein van de burgerlijke rechten zou haar limiet bereiken zodra men te maken kreeg met rechten die waren ontstaan uit een gang van zaken die nog maar weinig met het burgerlijk recht te maken had.

De voorstanders van de administratieve rechtspraak, die geen genoegen namen met de oprichting van een Raad van State, begonnen campagne te voeren in publicaties waarin zij kritiek uitten op de traditionele rechtspraak van het Hof en de onverantwoorde uitbreiding van het begrip burgerlijk recht.

¹⁰⁸ Wet 22 januari 1849 tot wijziging van de patentenwet, 1849, 11.

¹⁰⁹ Wet 22 juni 1865 betreffende de bevoegdheid van deputaties om uitspraak te doen over bezwaren inzake directe belastingen, *Pasin.* 1865, p. 174.

¹¹⁰ Wet 30 juli 1881 tot wijziging van enkele wettelijke bepalingen tot regeling van de bevoegdheid van de bestendige deputaties, *Pasin.* 1881, 279.

Ze raakten het niet eens hoe ze de materies, die ze eensgezind uit het domein van de burgerlijke rechten wilden uitsluiten, positief konden benaderen. Sommigen, zoals MAST, beweerden dat het om politieke rechten ging¹¹¹. Anderen, zoals WIGNY, die trouw bleven aan de traditionele restrictieve opvatting van de politieke rechten, verdedigden het idee dat het om prerogatieven ging die buiten de traditionele opdeling vielen en een derde categorie van rechten vormden, die zij als “administratieve rechten” omschreven¹¹².

Uiteraard was de keuze van de enen of de anderen van groot belang voor de rechtspleging. Wie de “*droits-créances*” als politieke rechten beschouwde, stelde dat ze onder de bevoegdheid van de gewone rechtbanken vielen, behoudens de bij wet bepaalde uitzonderingen. Wie ze echter als administratieve rechten omschreef, liet ze aan de bepalingen van de Grondwet ontsnappen; dus was het logisch dat de desbetreffende geschillen dan door de administratieve rechtscolleges berecht moesten worden. In zijn eerste geschriften argumenteert WIGNY zelfs dat de rechtbanken in geen geval hiervan konden kennisnemen, zelfs niet bij wettelijke machtiging, aangezien de Grondwet niet toestond dat de rechtsmacht van de rechtbanken bij wet zou worden uitgebreid¹¹³.

46. Gaandeweg hebben die ontwikkelingen de inhoud van het debat gewijzigd zoals dat in 1920 en in de daaropvolgende jaren werd gevoerd. Het *Flandria*-arrest en de steeds verdere uitbreiding van het domein van de burgerlijke rechten hadden tot doel zich tegen een systeem te verzetten dat tot de straffeloosheid van de openbare macht had geleid – en, in tweede instantie, de oprichting van een administratieve justitie te dwarsbomen.

De naoorlogse discussies gingen over een ander onderwerp: het ging niet meer om straffeloosheid, maar om het conflict tussen rechterlijke instanties. De overheid had zijn rechter; alleen waren dat niet de rechtbanken en sommigen betwistten of dat wel in overeenstemming met de Grondwet was.

Het vermoeden van grondwettigheid van de wetten belette het Hof echter die kritieken te onderzoeken. Begin jaren 1950 had procureur-generaal CORNIL nog herhaald dat, “*aangezien de wetgever enkel wetten mag maken die in overeenstemming zijn met de Grondwet, aangezien de wetgever wordt vermoed trouw te blijven aan zijn eed om de Grondwet na te*

¹¹¹ A. MAST, “Les droits administratifs subjectifs existent-ils en droit public belge? Nature du droit aux allocations de chômage. La définition du droit civil par le juge est-elle utile et possible?”, noot bij Cass. 21 december 1956, *RCJB* 1957, p. 168-178; A. MAST, “Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative”, *loc. cit.*, 1956, p. 81-94; H. LENAERTS, *De burgerlijke, politieke en administratieve rechten in de bevoegdheidsregeling naar Belgisch recht*, *loc. cit.*, p. 165 e.v.

¹¹² Zie P. WIGNY, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, II, Brussel, 1952, p. 764; P. WIGNY, “Droits administratifs subjectifs. A propos de l’arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1956”, *JT* 1957, 361.

¹¹³ *Ibid.*, p. 364: “J’avais émis la pensée que les droits administratifs ne pouvaient pas tomber sous la compétence des tribunaux civils. Après de nouvelles réflexions, cette conclusion me paraît exagérée. Elle implique que la compétence des tribunaux ordinaires est limitativement établie par les articles 92 et 93 sans que le législateur puisse l’étendre. C’est là une proposition que rien ne vient imposer. Il faut reconnaître avec M. DIDERICH et M. VAN DEN BRANDEN DE REETH, que le législateur est libre d’attribuer la connaissance des litiges, soit aux cours et tribunaux, soit à des juridictions administratives. Mais il doit prendre la décision. A défaut d’indication légale, on ne peut appliquer automatiquement l’article 93”.

*leven, worden de wetten geacht in overeenstemming te zijn met de Grondwet en is de rechterlijke macht niet bevoegd om dat vermoeden te weerleggen*¹¹⁴.

We hebben al eerder het arrest van 22 oktober 1954¹¹⁵ aangehaald, dat volgens MAST weigert het pensioen van mijnwerkers als een burgerlijk recht te kwalificeren¹¹⁶. In werkelijkheid lijkt het Hof in dat arrest vooral te willen vermijden dat het dat recht zou moeten kwalificeren, uit vrees dat het uitspraak zou moeten doen – wat hem verboden was – over de grondwettigheid van de wettelijke regeling die aan de “*bestuurscommissies van de voorzorgskassen*” en aan het “*hoger scheidsgerecht*” rechtsmacht had toegekend¹¹⁷.

47. Later zou een cassatieberoep het Hof evenwel de mogelijkheid bieden om het probleem te onderzoeken zonder de vrees zich aan een grondwettigheidstoetsing van de wetten te bezondigen. Dat cassatieberoep heeft geleid tot het *Trine-arrest* van 21 december 1956¹¹⁸. De zaak betrof in essentie een geschil tussen de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van Financiën, en een werkloze. De partijen twistten over de omvang van de ten onrechte betaalde werkloosheidsuitkeringen die de rechtszoekende moest terugbetalen.

Aan de basis van het geschil lag de omstandigheid dat er twee verschillende bedragen waren vastgesteld. Enerzijds had de directeur van het gewestelijk bureau te Luik van het Steunfonds voor werklozen op 9 augustus 1948 beslist dat de verweerder ten onrechte werkloosheidsuitkeringen had ontvangen voor een totaalbedrag van 22.771 frank; die beslissing werd achtereenvolgens bevestigd door de *klachtencommissie* en door de *commissie voor beroep*, opgericht bij regentsbesluit van 26 mei 1945. Anderzijds was er een correctionele procedure ingeleid; deze werd afgesloten met de veroordeling van de verweerder tot een geldboete en tot de terugbetaling van de onrechtmatig verkregen werkloosheidsuitkeringen, die door het hof van beroep werden vastgesteld op 3.700 frank.

Tegen de administratie van Financiën die een bedrag van 22.177 frank terugvorderde, voerde de verweerder, voor de rechtbank waar hij tegen het dwangbevel verzet had aangetekend, het gezag van het rechterlijk gewijsde van de beslissing van het hof van beroep aan, die hem had veroordeeld tot terugbetaling van een bedrag beperkt tot 3.700 frank.

¹¹⁴ Concl. vóór Cass. 20 april 1950, *Pas* 1950, I, 562.

¹¹⁵ Cass. 22 oktober 1954, *Pas*. 1955, I, 151.

¹¹⁶ A. MAST, *Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative*, loc. cit., p. 83.

¹¹⁷ Om het middel te verwerpen dat onder meer de schending van de artikelen 92 en 94 van de Grondwet aanvoert en dat het arrest verweet te hebben erkend dat “*de bestuurscommissies van de voorzorgskassen en het hoger scheidsgerecht*” de door hen toegekende pensioenen en voordelen konden intrekken, terwijl de geschillen over burgerlijke rechten enkel bij de rechtbanken aanhangig konden worden gemaakt, besliste het Hof dat het middel faalde naar recht, na een argumentatie die echter formeel gezien enkel betrekking had op de wettelijke en verordenende bepalingen die de toekenning van de litigieuze pensioenen regelen. Er wordt nergens melding gemaakt van de Grondwet. In die zin is het niet zeker of de “faalt naar recht”-beoordeling ook op de aan het eind van het middel aangevoerde grief van grondwettigheid slaat. Hoe dan ook had het Hof, in de toenmalige context, de wettelijke bepalingen die aan “*de bestuurscommissies van de voorzorgskassen en het hoger scheidsgerecht*” rechtsmacht toekenden toch niet aan de Grondwet kunnen toetsen.

¹¹⁸ Cass. 21 december 1956, *Pas*. 1957, I, 430.

De context van het geschil hield noodzakelijkerwijs in dat de vraag naar de aard van de *klachtencommissie* en de *commissie voor beroep* moest worden gesteld en dat, in zoverre werd beweerd dat zij een jurisdictionele activiteit verrichtten, de grondwettigheid van de reglementering tot oprichting van die commissies in vraag werd gesteld. *In casu* kon laatstgenoemde grief worden geformuleerd zonder met het vermoeden van grondwettigheid van de wetten in aanvaring te komen, aangezien de commissies waren opgericht bij regentsbesluit van 26 mei 1945, te weten een rechtsnorm van een lagere rangorde dan een wet, waarvan de rechtbanken overeenkomstig artikel 107 van de Grondwet – het huidige artikel 159 – konden nagaan of die in overeenstemming was met de Grondwet.

48. De zaak bood het Hof dus de gelegenheid deze kwestie te onderzoeken. Het Hof ging hierop in en herformuleerde de problematiek in vijf paragrafen: *“Overwegende dat de geschillen omtrent subjectieve rechten niet behoren tot de bestuursactiviteit doch onder de jurisdictie vallen; dat de geschillen over burgerlijke rechten uitsluitend tot de kennisneming van de rechter behoren; dat de geschillen over staatsburgerlijke rechten in beginsel tot de kennisneming van de rechter behoren; dat de wetgever evenwel het kennisnemen ervan aan andere rechtscolleges kan overdragen; Overwegende dat het recht op werklozensteun begrepen is onder de rechten die in artikel 93 van de Grondwet bedoeld zijn met de termen ‘staatsburgerlijke rechten’; Overwegende dat een contentieus administratief rechtscollege*

niet kan worden opgericht dan uit kracht van een wet, welke ook de staatsburgerlijke rechten zijn waarop de aan dat rechtscollege voorgelegde geschillen slaan”¹¹⁹ 120 121.

Er werd weleens beweerd dat het *Trine*-arrest het zogenaamde organiek criterium van de politieke rechten bevestigde, dat door procureur-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH als volgt werd samengevat: *“Een recht is een politiek en geen burgerlijk recht wanneer de wetgever een administratief rechtscollege en dus niet de hoven en de rechtbanken heeft belast met de kennisneming van de geschillen over dat recht. Als het om een burgerlijk recht ging, had de wetgever de kennisneming ervan niet aan een administratief rechtscollege kunnen opdragen. Artikel 92 van de Grondwet verbiedt dat. De rechter vermoedt dat een*

¹¹⁹ AC 1957, 281. Verschillende aspecten verdienen aandacht.

Vooreerst stelt het Hof dat geschillen omtrent subjectieve rechten onder de bevoegdheid van de rechter vallen en niet tot de bestuursactiviteit behoren. Het gaat er niet om, zoals MAST in een noot in de *Revue critique de jurisprudence belge* schijnt te denken, staande te houden dat de administratie (in de organieke zin) nooit kan kennisnemen van geschillen (zie hiernavolgende noot). Er wordt enkel gezegd dat, wanneer de administratie hiervan kennisneemt, ze een rechtsprekende functie uitoefent. De stelling ligt geheel in lijn met de overwegingen van procureur-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH, die het onderscheid tussen (organieke) macht en grondwettelijke functie benadrukt. Merk op dat het Hof zich op dat ogenblik nog niet afvraagt of het geen probleem stelt dat de administratie, wanneer ze de rechtsprekende functie uitoefent, niet voldoet aan de elementaire vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid die men van een rechter verwacht. Dit komt later nog. Vervolgens maakt het Hof komaf met het door WIGNY verdedigde stelsel van de administratieve rechten. Voor het Hof bestaan er enkel geschillen over burgerlijke of over politieke rechten. Een derde categorie, buiten die tweedeling, is onaanvaardbaar. WIGNY, die het arrest in het *Journal des Tribunaux* becommentarieert, erkent dat zelf ook, hoewel hij niet geheel afziet van de opvatting dat de beslissing geen principesbeslissing zou zijn, maar een beslissing in een individuele zaak (zie noot hieronder). Ten slotte breekt het arrest met de uitbreiding van het domein van de burgerlijke rechten. Het erkent dat er andere politieke rechten bestaan dan de enkele beperkte rechten die door de negentiende-eeuwse rechtsleer waren geïdentificeerd. Wat dat laatste punt betreft, verduidelijkt het Hof evenwel niet op welke gronden het de politieke van de burgerlijke rechten onderscheidt. Het Hof vermeldt enkel dat het recht op werkloosheidsuitkeringen daarin begrepen is; een definitie wordt echter niet gegeven.

¹²⁰ A. MAST, “Les droits administratifs subjectifs existent-ils en droit public belge? Nature du droit aux allocations de chômage. La définition du droit civil par le juge est-elle utile et possible?”, noot onder Cass. 21 december 1956, *RCJB* 1957, p. 170: “Le premier considérant de l’arrêt annoté avance ‘que les contestations qui ont pour objet des droits subjectifs relèvent, non de l’administration active, mais de la juridiction’.

Cette affirmation fait surgir une nuée de points d’interrogation. Pourquoi donc un pouvoir juridictionnel ne pourrait-il être confié à des organes de l’administration active? Le législateur n’a-t-il pas maintes fois confié au Roi ou à la députation permanente, qui sont des organes de l’administration active, le pouvoir de trancher des litiges? La loi électorale communale, la loi du 27 novembre 1891 sur l’assistance publique, la loi du 11 octobre 1919, modifiée par la loi du 23 juillet 1924 et relative à la résiliation et à la révision de certains contrats conclus avant, ou pendant la guerre, la loi du 10 mars 1925 organique de l’assistance publique, n’en offrent-elles pas des exemples? Les arrêts de la Cour de cassation des 16 février 1954 et 14 février 1956 ne constatent-ils pas que les décisions du directeur des contributions, qui est pourtant un organe de l’administration active, sont des actes de juridiction? En vérité, l’article 93 se borne à disposer que les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi. Il n’interdit pas au législateur de déférer à un organe de l’administration active, comme le Roi, le pouvoir de trancher certains litiges. Le législateur eût parfaitement pu donner à un fonctionnaire le pouvoir de statuer sur le droit subjectif à l’indemnité de chômage. L’octroi de cette compétence eût impliqué une dérogation au principe de la compétence des tribunaux ordinaires. Elle eût permis au titulaire du droit subjectif en cause de saisir le Conseil d’Etat en application de la disposition finale de l’article 9 de la loi du 23 décembre 1946”.

¹²¹ P. WIGNY, “Droits administratifs subjectifs. A propos de l’arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1956”, *JT* 1957, p. 365: “L’arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1956 n’impose pas une solution de principe. Après tout, on pourrait considérer qu’en l’espèce, il s’agissait d’un droit à une somme due, échue et même payée – mais par excès. L’analogie est grande avec la jurisprudence relative aux traitements”.

uitgevaardigde wet in overeenstemming is met de Grondwet en dat vermoeden kan door geen enkel tegenbewijs worden weerlegd. De wetgever heeft beslist dat het recht niet een burgerlijk maar een politiek recht was en dat hij de kennisneming van de geschillen over dat recht aan andere organen dan de rechtbanken zou toevertrouwen. Om dat duidelijk te maken, heeft hij een voor de rechter beslissend criterium gehanteerd”¹²².

Die redenering, die gebruikmaakt van een ander aspect van het vermoeden van grondwettigheid van de wetten, had zijn voorstanders¹²³. Toch kan bezwaarlijk worden aangenomen dat het arrest hiervan toepassing maakt; het probleem waarop een antwoord moest worden geformuleerd, bestond immers net in het gebrek aan een wet die het desbetreffende administratieve rechtscollege, dat zijn grondslag vond in een regentsbesluit, aanwees¹²⁴. Om het recht op werkloosheidsuitkeringen als een politiek recht te kwalificeren, heeft het Hof dus noodzakelijkerwijs een ander stelsel gehanteerd, zonder te verduidelijken welk dat nu juist was.

Paragraaf 3.- 1983 – Het Arbitragehof

A) Uitgangspunten

1) Voorrang van het verdragenrecht – Invasie van supranationale normen met rechtstreekse werking in het interne recht – Het Le Ski-arrest van 27 mei 1971 en de grondwettigheidstoetsing

49. In 1971, in een zaak tussen de Belgische Staat en de naamloze vennootschap “*Fromagerie franco-suisse Le Ski*”, diende het Hof uitspraak te doen over het op dat ogenblik al veelbesproken vraagstuk van het conflict tussen het internationaal recht en de Belgische wet. Het Luxemburgse Hof van Cassatie¹²⁵ had de kwestie beslecht – in het voordeel van het internationaal recht – en de meest vooraanstaande Belgische rechtsleer riep diens Belgische tegenhanger op om dezelfde weg in te slaan¹²⁶. Bovendien had, reeds in 1964, ook het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, in het arrest *Costa t. Enel*, de vereiste voorrang van het Verdrag van Rome op de wetgeving van de lidstaten verduidelijkt.

¹²² *Pas.* 1957, I, 448-449.

¹²³ A. MAST, *De geschillen van bestuur naar Belgisch recht*, Brussel, 221 p.; A. MAST, “Les droits administratifs subjectifs existent-ils en droit public belge? Nature du droit aux allocations de chômage. La définition du droit civil par le juge est-elle utile et possible?”, *loc. cit.*, p. 168-178; A. MAST, “Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative”, *loc. cit.*, 1956, p. 81-94), dat door andere publicisten werd overgenomen (H. LENAERTS, *op. cit.*, p. 321, nr. 366)

¹²⁴ In werkelijkheid was het organiek criterium door zijn eigenlijke opbouw niet van die aard dat het door het Hof van Cassatie zou worden bevestigd. Indien een wet commissies een jurisdictionele opdracht heeft toevertrouwd, is het ondenkbaar dat het Hof zich over de kwestie van de kwalificatie van de kwestieuze rechten zou moeten uitspreken, aangezien het beantwoorden van die vraag zou inhouden dat het Hof uitspraak mag doen over de overeenstemming van de wet met de Grondwet, wat hem verboden was.

¹²⁵ Cour sup. just. (Cass.), 14 juli 1954, *Chambre des métiers c. Pagani*, *Pas. lux.*, XVI, 150.

¹²⁶ P. DE VISSCHER, “Les positions actuelles de la doctrine et de la jurisprudence belges à l’égard du conflit entre le traité et la loi”, in *Recueil d’études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, p. 608.

Op het middel van niet-ontvankelijkheid dat de Italiaanse Staat had aangevoerd tegen het verzoek tot uitlegging bij prejudiciële beslissing luidens hetwelk *“de nationale rechter, die gehouden is de interne wet toe te passen, ter zake niet bevoegd is gebruik te maken van artikel 177”*, had het Hof van Justitie geantwoord: *“overwegende dat het EEG-Verdrag, anders dan met de gewone internationale verdragen het geval is, een eigen rechtsorde in het leven heeft geroepen, die bij de inwerkingtreding van het Verdrag in de rechtsorde der lidstaten is opgenomen en waarmede de nationale rechters rekening dienen te houden”*.

Na die stelling uit verschillende invalshoeken te hebben toegelicht, besloot het Hof *“dat het verdragsrecht, dat uit een autonome bron voortvloeit, op grond van zijn bijzonder karakter, niet door enig voorschrift van nationaal recht opzij kan worden gezet, zonder zijn gemeenschapsrechtelijk karakter te verliezen en zonder dat de rechtsgrond van de Gemeenschap zelf daardoor wordt aangetast; dat, waar de lidstaten de rechten en plichten die uit de verdragsbepalingen voortvloeien aan de rechtsorde van de gemeenschap hebben overgedragen, dit impliceert dat hun soevereine rechten definitief zijn beperkt, zodat latere eenzijdig afgekondigde wettelijke voorschriften, die tegen het stelsel van de Gemeenschap ingaan, iedere werking ontberen; dat artikel 177 derhalve, ongeacht enige nationale wet, steeds toepassing dient te vinden wanneer een vraag rijst met betrekking tot de uitlegging van het Verdrag”*¹²⁷.

In zijn arrest van 27 mei 1971 hield het Hof dezelfde lijn aan. Het oordeelde: *“Overwegende dat wanneer het conflict bestaat tussen een internrechtelijke norm en een internationaalrechtelijke norm die rechtstreekse gevolgen heeft in de interne rechtsorde, de door het verdrag bepaalde regel moet voorgaan; dat deze voorrang volgt uit de aard zelf van het bij verdrag bepaald internationaal recht; Overwegende dat zulks te meer geldt wanneer, zoals hier, het conflict zich voordoet tussen een norm van het interne recht en een norm van het gemeenschapsrecht; dat immers de verdragen die het gemeenschapsrecht in het leven hebben geroepen, een nieuwe rechtsorde hebben ingesteld, ten behoeve waarvan de lidstaten de uitoefening van hun soevereine machten in de bij deze verdragen omschreven gebieden hebben beperkt”*¹²⁸.

Het arrest van 27 mei 1971, dat de voorrang van het verdragsrecht met rechtstreekse werking op het Belgisch recht bekrachtigde, zorgde ervoor dat het vermoeden van grondwettigheid van de wet in vraag zou worden gesteld. Indien de toepassing van de wet kan worden geweerd wanneer deze strijdig is met het internationaal recht, waarom zou dat dan niet kunnen wegens strijdigheid met de Grondwet, een aan dat recht ondergeschikte norm?

50. In een later arrest van 3 mei 1974 scheen het Hof die richting uit te gaan¹²⁹.

Tegen de eiser, een geneesheer, was voor de Raad van de Orde der Geneesheren een tuchtvordering ingesteld wegens het publiceren, of ten minste doen publiceren van een advertentie in een krant. In zijn conclusie voor de Raad van beroep voerde hij de

¹²⁷ HvJ, C-6/64, 15 juli 1964, *Costa t. Enel*.

¹²⁸ Cass. 27 mei 1971, *Pas.* 1971, I, 919.

¹²⁹ Zie Cass. 3 mei 1974, AC 1974, 967 met concl. van procureur-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH.

ongrondwettigheid aan van de beroepsvereniging die aan de beoefenaars van de geneeskunde wordt opgelegd bij koninklijk besluit nr. 79 van 10 november 1967. Die beroepsvereniging en meer bepaald de verplichting zich in te schrijven op de lijst van de Orde der Geneesheren zou volgens hem de vrijheid van vereniging miskennen.

Die redenering werd niet gevolgd door de appelrechter en in zijn cassatieberoep tegen die beslissing voerde de geneesheer opnieuw grieven aan waarin hij zich beriep op de ongrondwettigheid van het bijzonderemachtenbesluit tot oprichting van de Orde.

Uit het oogpunt van de exceptie van onwettigheid vertonen de genummerde koninklijke besluiten, namelijk de krachtens een machtigingswet aangenomen bijzonderemachtenbesluiten, niettemin bijzondere kenmerken. Hoewel er streng wordt toegezien op de naleving van de limieten van de machtiging, bestaat er discussie over de controle op hun overeenstemming met de Grondwet. Zodra het besluit in overeenstemming is met de machtigingswet, is immers niet de Koning maar de wet verantwoordelijk voor een eventuele schending van de Grondwet. In een stelsel waarin de wet op onweerlegbare wijze wordt vermoed in overeenstemming te zijn met de Grondwet, is dit echter ondenkbaar¹³⁰.

In casu was de grief van de eiser zodanig geformuleerd dat hierover enige dubbelzinnigheid bleef bestaan: dat hij het besluit verweet ongrondwettig te zijn, daarover bestond geen twijfel; dat hij die ongrondwettigheid niet aan de wet zelf verweet, bleek echter niet zo duidelijk.

51. Het openbaar ministerie vergiste zich niet toen het in zijn conclusie vermeldde:

“De vraag blijft gesteld, meen ik, of de Koning, door de beoefening van de geneeskunde in België van de voorafgaande inschrijving van de geneesheer op de lijst der Orde afhankelijk te maken, in het koninklijk besluit nr. 79 van 10 november 1967 niets anders heeft gedaan dan, overeenkomstig de wet van 31 maart 1967, een regel te herzien en aan te passen die in de wet van 25 juli 1938 neergelegd was. En zou daaruit niet kunnen worden afgeleid dat, zo het bewezen was, het door eiser aangevoerde gebrek van ongrondwettigheid zijn beginsel zou vinden zowel in de wet van 25 juli 1938 die de gekritiseerde regel inhield, als in de wet van 31

¹³⁰ De conclusie van procureur-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH vermeldt wat dat betreft: “Onder voorbehoud van het geval waarin zij het voorwerp zijn geweest van een bekrachtigingswet, zijn de op basis van bijzondere machten genomen koninklijke besluiten, als akten van de uitvoerende macht, ‘algemene besluiten en verordeningen’ welke onderworpen zijn aan het toezicht door de hoven en rechtbanken waarin artikel 107 van de Grondwet voorziet. Zoals de heer procureur-generaal CORNIL in 1950 in herinnering bracht, zijn de controverses dienaangaande stilgevallen sedert uw arrest van 19 maart 1928 de heldere conclusie was bijgetreden waarin de heer GESCHE, toen advocaat-generaal, de aard en de draagwijdte der bijzondere machten geanalyseerd had. De hoven en rechtbanken hebben de macht om de wettigheid van de op grond van bijzondere machten genomen besluiten te toetsen. Maar dat de machtigingswet bepaalt dat de Koning bestaande wetten mag opheffen of wijzigen, hieruit heeft de jurisprudentie over het algemeen afgeleid dat de bijzondere-machtenbesluiten alleen met de machtigingswet in overeenstemming behoeven te zijn.

Het Hof neemt aan dat in de regel de door artikel 107 van de Grondwet ingevoerde toetsing ook op de grondwettigheid van de bijzondere-machtenbesluiten slaat.

Maar deze toetsing van grondwettigheid doet kiese problemen rijzen wanneer het aangevoerde gebrek van ongrondwettigheid gelijk in deze zaak, aannemende dat het bewezen zij, zijn principe in de wet zou vinden”.

*maart 1967 die de Koning ertoe machtigde evengenoemde wet te herzien of aan te passen? Als dit het geval was, zou u ertoe kunnen worden gebracht de vragen opnieuw te moeten onderzoeken die de toetsing van de overeenstemming van de legislatieve akte met de Grondwet doet rijzen*¹³¹.

Aansluitend op die vaststelling besteedde procureur-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH ambtshalve een lange uiteenzetting aan de analyse en de kritiek van de traditionele rechtspraak van het Hof die uitsloot dat de rechtbanken uitspraak konden doen over de grondwettigheid van de wetten.

Zijn uiteenzetting bleef echter zuiver theoretisch. Nadat hij ervoor had gepleit de klassieke oplossing in vraag te stellen, besloot deze imminente hoge magistraat immers: *“Deze vragen, waarvan ik, mij dunkt, een beknopte uiteenzetting niet achterwege mocht laten, zult u zich alleen stellen indien u van oordeel bent dat het aangevoerde gebrek van ongrondwettigheid – aannemende dat het gegrond zij – noodzakelijk zijn beginsel in de wet vindt. Maar moeten wij het niet zo opvatten, als wij het middel strikt naar de letter nemen, dat eiser, wat de toetsing van de grondwettigheid betreft, aan het Hof enkel heeft willen voorleggen de vraag van de overeenstemming van het besluit met de Grondwet en met het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en van de fundamentele vrijheden? Ik neig ertoe dit aan te nemen*¹³².

Van zijn kant beperkte het Hof zich ertoe om, zonder verdere precisering van het concrete voorwerp van zijn toetsing, te stellen dat *“de verplichte inschrijving op de lijst van een orde, die, als de Orde der geneesheren, een publiekrechtelijke instelling is welke als opdracht heeft te waken over de naleving van de plichtenleer en de instandhouding van de eer, de discretie, de eerlijkheid en de waardigheid van haar leden, niet als onverenigbaar met de vrijheid van vereniging, vastgelegd in artikel 20 van de Grondwet, kan worden beschouwd*¹³³.

52. Het arrest van 3 mei 1974 bleek een eerste, weliswaar schuchtere, poging van het Hof om af te stappen van zijn traditioneel standpunt volgens hetwelk de rechtbanken de overeenstemming van de wetten met de Grondwet niet mochten nagaan.

Hoewel het arrest door sommige commentatoren werd toegejuicht¹³⁴, zou het unaniem bekritiseerd worden door, eensdeels, degenen die het vermoeden van grondwettigheid van de wetten tot elke prijs wilden behouden, en anderdeels, degenen die een grondwettigheidstoetsing wel gunstig gezind waren maar, als voorstander van een grondwettelijk rechtscollege *ad hoc*, niet konden aanvaarden dat die toetsing door elke rechtbank afzonderlijk zou worden verricht¹³⁵.

¹³¹ AC 1974, 973.

¹³² *Ibid.*, p. 981.

¹³³ AC 1974, 988.

¹³⁴ A. VANWELKENHUYZEN, “L’attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois”, *JT* 1974, p. 577 en 597.

¹³⁵ Zie, wat betreft die conceptuele verdeeldheid tussen de voorstanders van de grondwettigheidstoetsing van de wetten, K. RIMANQUE, “Overwegingen naar aanleiding van het cassatiearrest van 3 mei 1974 inzake Le Compte tegen de Ordre der Geneesheren”, *TBP* 1974, p. 255.

Het arrest werd bovendien zeer slecht onthaald door de toenmalige vertegenwoordigers van de wetgevende macht. Zo werd er in de Senaat onmiddellijk een wetsvoorstel ingediend door de senatoren M.-A. Pierson (Waals socialist), P. de Stexhe (Waals christen-democraat), J. Pede (Vlaams liberaal), L. Lindemans (Vlaams christen-democraat) en E. Van Bogaert (Vlaams socialist), waarvan het enige artikel tot doel had de aarzelende houding van het Hof van Cassatie van tafel te vegen door kortweg te bepalen dat *“de hoven en rechtbanken niet te oordelen hebben over de grondwettigheid van wetten en decreten: deze bevoegdheid staat uitsluitend aan de wetgevende macht”*¹³⁶.

Die tekst werd in de Senaatscommissie door de zeventien aanwezige leden eenparig aangenomen¹³⁷, maar geraakte daarna wijselijk in de vergetelheid. Zoals G. ROSOUX opmerkt, kon de grondwettigheid van die bepaling terecht als – op zijn zachtst gezegd – twijfelachtig worden bestempeld¹³⁸.

Ziehier, overigens, een mooi staaltje van de erg relatieve onafhankelijkheid van de derde gestelde macht en van de toorn die de wetgever op hem laat neerdalen wanneer het samenspel van de machten in het geding is¹³⁹.

2) De federalisering van de Belgische eenheidsstaat - Regeling van de bevoegdheidsconflicten - De Raad van State en het Arbitragehof

a) De Raad van State

53. Gelijktijdig met die gebeurtenissen vonden evenwel grote veranderingen plaats in het grondwettelijk bestel van het land. De eerste Staatshervorming, die al vanaf 1962 was voorgenomen, werd uitgevoerd tussen 1968 en 1971¹⁴⁰. In die context was de herziening van 24 december 1970 tegemoetgekomen aan de eis van culturele autonomie van de taalgemeenschappen door de oprichting van cultuurraden¹⁴¹. Het nieuwe artikel 59*bis* van de Grondwet richtte die raden op door middel van een functionele ontubbeling van de wetgevende macht, waarbij elk lid van de Kamers van rechtswege werd toegewezen aan een taalgroep die bij decreet, een met de wet gelijkwaardige akte, een aantal welbepaalde aangelegenheden moest regelen¹⁴².

¹³⁶ *Parl.St.* Senaat., 1974-1975, nr. 602/1.

¹³⁷ *Ibid.*, nr. 602/ 2.

¹³⁸ G. ROSOUX, “La Cour constitutionnelle de Belgique”, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, p. 202, noot 9.

¹³⁹ Zie, in dit verband, de intrekking van de bevoegdheid van het Hof om ministers te berechten, als gevolg van zijn arrest in de *Agusta-Dassault*-zaak, dat, met name, een bepaald aantal ministeriële hoogwaardigheidsbekleders streng veroordeelde, waaronder een minister van Staat! Volgens de politieke commentatoren had het Hof niet het vereiste begrip getoond voor de bijzonderheden eigen aan de uitoefening van mandaten in de uitvoerende macht.

¹⁴⁰ J. VELU, *Droit public*, I, *loc. cit.*, p. 185 e.v., nr. 123 e.v.; zie inz. de uitgebreide bibliografie, p. 181, nr. 119.

¹⁴¹ BS 31 december 1970, 13705.

¹⁴² De oorspronkelijke bevoegdheden van de cultuurraden waren, enerzijds, de culturele aangelegenheden, het onderwijs – met uitsluiting van al wat betrekking heeft op de schoolvrede, de leerplicht, de diploma's, de subsidies, de wedden, de schoolbevolkingsnormen – en de samenwerking tussen de cultuurgemeenschappen alsook de internationale culturele samenwerking en, anderzijds, het taalgebruik in bestuurszaken en in het

De eerste Staatshervorming voorzag eveneens in de oprichting van gewestelijke instellingen. Die hervorming was echter lang niet voltooid. De grondwetgever nam genoegen met de invoering in de Grondwet van een artikel 107^{quater}, waarin het beginsel van een mogelijke regionalisering werd vastgelegd en, voor het overige, de bijzondere wetgever de opdracht kreeg de vorm en het concrete nut van de gewestelijke instellingen te bepalen.

Pas bij de tweede Staatshervorming zouden het Waalse en het Vlaamse Gewest worden opgericht. Naar aanleiding hiervan werd tevens een artikel 26^{bis} in de Grondwet ingevoegd waarin bepaald werd dat de wetten tot organisatie van de gewestelijke instellingen “*de rechtskracht van de regelen [bepalen] die de organen, welke zij oprichten, nemen*” en dat ze – naar analogie met de bevoegdheid waarover de gemeenschappen reeds beschikten – aan die gewestelijke organen de bevoegdheid konden toekennen om decreten met kracht van wet uit te vaardigen¹⁴³.

54. Hoewel die toename aan regels met kracht van wet in de eerste plaats bedoeld was om de burgers tegen de machtsoverschrijdingen van de Kamers te beschermen, zou dit voorval leiden tot de noodgedwongen invoering in het Belgische rechtstelsel van een grondwettigheidstoetsing van de wet.

Hoewel, immers, de architecten van de opeenvolgende staatshervormingen er geen graten in zagen dat de Kamers de enige “rechters” waren die de verenigbaarheid van de wetten met de Grondwet mochten toetsen, en aldus toestonden dat die Kamers ongecontroleerd en onbelemmerd afbreuk konden doen aan de fundamentele vrijheden van de burgers, waren ze kennelijk meer bezorgd over de mogelijke concurrentie tussen de vele wetgevers die zij in het leven riepen.

Die bezorgdheid leidde onvermijdelijk tot de invoering van een toetsing van de eerbiediging, door elke wetgever, van de materiële en territoriale grenzen van zijn bevoegdheden. Aangezien die grenzen gedeeltelijk voortvloeiden uit de eigenlijke tekst van de grondwet, moest die toetsing ook, of althans gedeeltelijk, een grondwettigheidstoetsing zijn. Hierin werd voorzien in de achtste paragraaf van voormeld artikel 59^{bis}, die de wetgever opdroeg “*de procedure in te stellen om de conflicten tussen de wet en het decreet, alsook tussen de decreten te voorkomen en te regelen*”.

Aanvankelijk wilde de wet van 3 juli 1971 die toetsing aan de Raad van State toevertrouwen¹⁴⁴. Ze richtte binnen laatstgenoemde een afdeling “bevoegdheidsconflicten” op. Hij zou van geschillen hebben kunnen kennisnemen, hetzij bij verzoekschrift, hetzij naar aanleiding van een prejudiciële vraag. Het verzoekschrift moest uitgaan van de ministerraad

onderwijs in de door de overheid opgerichte, gesubsidieerde of erkende instellingen en in de sociale betrekkingen tussen de werkgevers en hun personeel.

¹⁴³ Art. 26^{bis} Grondwet, zoals ingevoegd herziening van 17 juli 1980, BS 18 juli 1980, 8644.

¹⁴⁴ Wet 3 juli 1971 tot indeling van de leden van Kamers in taalgroepen en houdende diverse bepalingen betreffende de cultuurraden voor de Nederlandse cultuurgemeenschap en voor de Franse cultuurgemeenschap, BS 6 juli 1971, 8449.

en door de eerste minister worden ondertekend. De prejudiciële vragen zouden kunnen worden voorgelegd *“door de hoven en rechtbanken of door enig ander rechtscollege”*.

In de procedure werden ook de wetgevende Kamers betrokken.

Enerzijds kregen zij van artikel 15 het laatste woord. Het preciseerde: *“de regelingsarresten [...] hebben executoriale kracht, tenzij zij door de Wetgevende Kamers worden nietig verklaard binnen negentig dagen te rekenen van de kennisgeving die daarvan door de griffier van de Raad van State aan de voorzitter van ieder van de Wetgevende Kamers wordt gedaan; de griffier brengt ze tegelijkertijd ter kennis van de Eerste Minister”*.

Anderzijds wilde men de gevoeligheden van de enen en de anderen ontzien door het Hof van Cassatie, ingeval hem een bevoegdheidsconflict werd voorgelegd, te verbieden aan de Raad van State een vraag te stellen; het moest zich in dat geval rechtstreeks tot de Kamers richten. Artikel 20 van de wet bepaalde: *“Wanneer een prejudicieel geschil, als bedoeld in artikel 14, voor het eerst voor het Hof van Cassatie wordt opgeworpen, hetzij door de partijen, hetzij ambtshalve, zendt het Hof het geschil voor beslissing over aan de Wetgevende Kamers. Dit verzoek schorst de loop van de verjaring. De beslissing van de Wetgevende Kamers heeft uitwerking vanaf de tiende dag die volgt op de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad”*.

De reglementering van 1971 bleef grotendeels dode letter¹⁴⁵.

Het enige arrest van het Hof dat, met toepassing van de wet van 3 juli 1971, besliste een prejudiciële vraag aan de wetgevende kamers over te leggen inzake de strijdigheid tussen een wet en een decreet, betreft een arrest van 11 juni 1979¹⁴⁶. In dat arrest, gewezen inzake

¹⁴⁵ Zoals procureur-generaal VELU terecht opwerpt in zijn lange studie over de “Toetsing van de grondwettigheid en toetsing van de verenigbaarheid met de verdragen” (J. VELU, *Toetsing van de grondwettigheid en toetsing van de verenigbaarheid met de verdragen*, Brussel, 1992, p. 17 e.v., nr. 18):

“(…) (de wet van 3 juli 1971) richtte binnen de Raad van State een nieuwe afdeling op, die ‘afdeling van de bevoegdheidsconflicten’ werd genoemd, maar die in werkelijkheid nooit is samengesteld. Men zou die afdeling kunnen vergelijken met het legendarische paard van Roeland dat schier alle deugden bezat op één essentiële hoedanigheid na: het bestaan. Die afdeling zou, in theorie, de conflicten tussen wetten en decreten, en tussen decreten onderling, geregeld hebben, hetzij op verzoek van de ministerraad, hetzij prejudicieel, op verzoek van een rechtscollege. De Raad van State zou echter niet het laatste woord hebben gehad. Het parlement zou de regelingsarresten van de afdeling bevoegdheidsconflicten hebben kunnen vernietigen. Dat stelsel werd vooral bekritiseerd wegens die belangrijke beperking van de executoriale kracht van de arresten van de afdeling bevoegdheidsconflicten: de regelingsarresten zouden pas executoriale kracht hebben verkregen als zij niet werden vernietigd door de wetgevende kamers binnen negentig dagen te rekenen vanaf de kennisgeving aan de voorzitter van ieder van de kamers.

Die regeling voor het oplossen van bevoegdheidsconflicten heeft alleen uitwerking gekregen ten gevolge van een uitzondering waarin de wet van 3 juli 1971 had voorzien voor het geval waarbij een prejudiciële vraag betreffende de strijdigheid tussen een wet en een decreet of tussen decreten van de Cultuurraad van de Nederlandse Cultuurgemeenschap voor het eerst voor het Hof van Cassatie werd opgeworpen. In dat geval diende het Hof die vraag niet voor te leggen aan de afdeling bevoegdheidsconflicten van de Raad van State: het Hof legde de vraag voor beslissing voor aan de wetgevende kamers.

Op 11 juni 1979 heeft uw Hof het enige arrest gewezen dat, met toepassing van de wet van 3 juli 1971, besliste een prejudiciële vraag aan de wetgevende kamers over te leggen inzake de strijdigheid tussen een wet en een decreet (…)” (arrest in zake VANDEPLAS t. Etablissement Bartholomé-Lovinfosse bvba).

¹⁴⁶ Cass. 11 juni 1979, AC 1978-1979, 1192.

Vandeplas t. Etablissement Bartholomé-Lovinfosse bvba, heeft het Hof enerzijds impliciet geoordeeld dat het decreet van 19 juli 1973 van de Nederlandse Cultuurraad tot regeling van het gebruik van de talen voor de sociale betrekkingen tussen de werkgevers en de werknemers in overeenstemming was met de grondwettelijke regels die de territoriale bevoegdheden van de cultuurraden vastleggen, maar heeft het anderzijds vastgesteld dat dit decreet strijdig was met artikel 52, § 1, van de op 18 juli 1966 gecoördineerde wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken en heeft het het prejudiciële geschil aan de wetgevende kamers overgezonden voor beslissing¹⁴⁷.

b) Het Arbitragehof

55. Aangezien het oorspronkelijke stelsel tot regeling van bevoegdheidsconflicten geen voldoening schonk, werd het tijdens de tweede Staatshervorming herbekeken. Er werd overeengekomen dat men aan een gerecht – het *Arbitragehof* – de bevoegdheid zou verlenen om toezicht te houden op de overeenstemming van de verschillende wetgevende akten met de regels die in of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld om de respectieve bevoegdheden van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten te bepalen. Het op 29 juli 1980 in de Grondwet ingevoegde artikel 107^{ter} voorzag in de tweede paragraaf in de oprichting van een Arbitragehof, dat de mogelijke conflicten tussen de wet, het decreet en de in artikel 26^{bis} bepaalde regels zou regelen, alsook tussen de decreten onderling en tussen de in artikel 26^{bis} bepaalde regels onderling.

Het nieuwe stelsel zou echter niet onmiddellijk in werking moeten treden; er was voorzien in een overgangsperiode van zes maanden, waarin de regeling van de bevoegdheidsconflicten nog hoofzakelijk zou verlopen volgens de eerder bepaalde modaliteiten, wat, bij gebrek aan oprichting van een afdeling voor bevoegdheidsconflicten in de Raad van State, dus betekende dat die niet zou plaatsvinden. Enkel de door het Hof voorgelegde prejudiciële geschillen zouden kunnen worden beslecht. Op dat punt verschilde de overgangsregeling licht van die van de wet van 1971: ze schrapte de verwijzing naar de Kamers en kende het Hof de bevoegdheid toe om zelf over het prejudicieel bevoegdheidsconflict uitspraak te doen¹⁴⁸.

¹⁴⁷ “Het is duidelijk dat het stelsel voor de regeling van de bevoegdheidsconflicten zoals dat in de wet van 3 juli 1971 was uitgewerkt, niet uitsluitend jurisdictioneel was; alleen het nationaal parlement was bevoegd wanneer de strijdigheid tussen wet en decreet of tussen decreten onderling tijdens een cassatiegeding aan het licht kwam; in de andere gevallen was de oplossing alleen mogelijk mits het parlement daarmee instemde.” (J. VELU, *ibid.*)

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 25: “De voornaamste wijziging betrof het geval van een prejudiciële vraag betreffende de strijdigheid tussen een wet en een decreet of tussen decreten die voor het eerst voor Uw Hof werd opgeworpen. In het vorige stelsel diende Uw Hof in dat geval de zaak voor beslissing over te zenden naar de Kamers; in het overgangsstelsel van de wet van 9 augustus 1980 echter was Uw Hof bevoegd om daarover te beslissen. Maar, net zoals het hypothetisch regelingsarrest van de Raad van State, werd het arrest van Uw Hof pas definitief mits het door de wetgevende Kamers niet nietig werd verklaard binnen negentig dagen na de kennisgeving ervan aan de voorzitter van ieder van de Kamers. Het arrest moest tegelijkertijd ter kennis worden gebracht van de eerste minister of van de voorzitter van de Gemeenschaps- of Gewestexecutieve, naar gelang van het geval. Aldus diende het Hof in dat overgangsstelsel, als het vaststelde dat er een strijdigheid bestond tussen een wet en een decreet of tussen twee decreten, alvorens over de voorziening uitspraak te doen, zelf uitspraak te doen over de uit die strijdigheid ontstane prejudiciële vraag. Zoals het vroegere stelsel heeft ook dat overgangsstelsel maar echt kunnen functioneren in het geval dat ik net heb vermeld.”

Het Hof heeft dat mechanisme toegepast in de zaak *Van Hoet t. Aimo nv* die tot twee arresten leidde, waarbij het eerste¹⁴⁹ het bevoegdheidsconflict regelde en het tweede¹⁵⁰ gevolgen verbond aan het gebrek aan nietigverklaring van die beslissing door de Kamers¹⁵¹. Het is veelzeggend dat die gebeurtenis, waarin het Hof erin slaagde een conflict te beslechten via zijn uitlegging van de Grondwet, met de goedkeuring van het parlement, nauwelijks nog in de herinnering van de grondwetspecialisten voortleeft.

56. De overgangsperiode, die zes maanden moest beslaan, zou in werkelijkheid pas eindigen in 1984. Het duurde nog drie jaar voordat de wet van 28 juni 1983 houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof zou worden goedgekeurd¹⁵². De leden van het Hof werden aangesteld in oktober 1984 en de eerste arresten werden gewezen in 1985¹⁵³.

Op dat ogenblik was het Arbitragehof uitsluitend bevoegd om over bevoegdheidsconflicten uitspraak te doen. Wie zich echter aan een wat grondigere analyse waagde, beseftte dat er reeds voortekens waren van een onvermijdelijke uitbreiding van de bevoegdheden en een omvorming van het Grondwettelijk Hof tot een volwaardig grondwettelijk gerecht¹⁵⁴.

B) Grondwettelijk gerecht

1) Het Arbitragehof – Uitbreiding van zijn bevoegdheid tot de eerbiediging van de grondwettelijke regels die de gelijkheid voor de wet en de vrijheid van onderwijs waarborgen en discriminatie verbieden

57. Eind jaren tachtig zette de derde Staatshervorming het werk van de institutionele en culturele transformatie van het land voort.

Twee factoren werkten de verdere federalisering in de hand: “*l’effondrement de l’industrie de l’acier en Wallonie et les plans d’économie du gouvernement Martens/Verhofstadt dans l’enseignement.*”¹⁵⁵ Wat dat laatste betreft: “*les mesures d’économies annoncées en 1986-*

¹⁴⁹ Cass. 30 maart 1981, AC 1980-1981, nr. 437.

¹⁵⁰ Cass. 8 februari 1982, AC 1981-1982, nr. 344.

¹⁵¹ J. VELU, “Toetsing van de grondwettigheid en toetsing van de verenigbaarheid met de verdragen”, *loc. cit.*, 26: “In een eerste arrest, d.d. 30 maart 1981, oordeelde Uw Hof impliciet dat het decreet van 19 juli 1973 van de Nederlandse Cultuurraad tot regeling van het gebruik van de talen voor de sociale betrekkingen tussen de werkgevers en de werknemers in overeenstemming was met de grondwettelijke regels tot vaststelling van de territoriale bevoegdheid van de cultuurraden; het stelde bovendien vast dat er strijdigheid bestond tussen artikel 10 van dat decreet en artikel 59 van de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, gecoördineerd op 18 juli 1966, en besliste, alvorens verder uitspraak te doen, dat toepassing diende te worden gemaakt van artikel 10 van het decreet en niet van artikel 59 van de gecoördineerde wetten. In een tweede arrest d.d. 8 februari 1982 stelde Uw Hof vast dat zijn arrest van 30 maart 1981 niet nietig werd verklaard binnen negentig dagen te rekenen vanaf de kennisgeving aan de voorzitter van ieder van de Kamers, waarna het aan dat arrest uitwerking verleende en de bestreden beslissing vernietigde met toepassing van artikel 10 van het decreet van 19 juli 1973”.

¹⁵² BS 8 juli 1983, 8911.

¹⁵³ G. ROSOUX, “La Cour constitutionnelle de Belgique”, *loc. cit.*, p. 203; zie verslag van de plechtige zitting van 1 oktober 1984, APT 1984, 243.

¹⁵⁴ J. VELU, “Toetsing van de grondwettigheid en toetsing van de verenigbaarheid met de verdragen”, *loc. cit.*, 32.

¹⁵⁵ M. VAN DEN WEYNGAERT, “Le fédéralisme belge”, in *D’une Belgique unitaire à une Belgique fédérale*, Brussel, 2011, 30.

1987 dans l'enseignement avaient révélé les importantes différences existant entre le coût des enseignements flamand et francophone" en voorts "la Flandre ne voulait plus payer", noch voor "l'industrie wallonne déficitaire", noch voor "l'enseignement francophone coûteux"¹⁵⁶.

De nood aan financiële verantwoordelijkheidszin vormde dus de aanzet tot de communautarisering van het onderwijs. Die bevoegdheidsoverdracht hield echter een groot risico in, namelijk de kans dat, in beide gemeenschappen, de subtile evenwichten van het Schoolpact op de helling zouden worden gezet.

Om dat te voorkomen werd beslist om de bevoegdheden van het Arbitragehof uit te breiden. Voortaan zou het zich niet enkel kunnen uitspreken over de eerbiediging door elke wetgever van de bevoegdheidsverdelende regels, maar ook over de eerbiediging van de grondwettelijke regels die de gelijkheid voor de wet en de vrijheid van onderwijs waarborgen en discriminatie verbieden: de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet van 1831. Ook de wijzen van aanhangigmaking van zaken werden uitgebreid: in geval van nietigverklaring zou de zaak niet langer enkel door de institutionele actoren bij het Hof aanhangig kunnen worden gemaakt; dat zou eenieder kunnen die het vereiste belang hiervan deed blijken.

Het is niet geweten of de auteurs van de hervorming de grondwettigheidstoetsing strikt wilden beperken tot de onderwijswetgeving¹⁵⁷. Indien dat hun bedoeling was, zou een aandachtige lezing van de rechtspraak van de eerste jaren van het Arbitragehof hen duidelijk hebben gemaakt dat laatstgenoemde de neiging had om zijn opdracht ruim op te vatten¹⁵⁸.

¹⁵⁶ *Ibid.* Zie ook wat betreft de nationale sectoren en de financiële impact van de desbetreffende communautaire conflicten, B. BAYENET en G. PAGANO, *Le financement des entités fédérées: un système en voie de transformation*, Brussel, 2011, 34.

¹⁵⁷ Zie F. DELPEREE en A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage*, Brussel, 1996, nr. 64: "Certains ont défendu l'idée que les trois dispositions devaient être jumelées: ce n'est que dans les matières touchant à la liberté de l'enseignement que la Cour d'arbitrage aurait reçu mission de contrôler le respect du principe d'égalité. L'argument le plus précis, sinon le plus pertinent, à l'appui de cette thèse est d'ordre textuel: la Cour d'arbitrage est chargée de censurer une loi ou un décret qui méconnaît les articles 10, 11 et 24 de la Constitution. Si la thèse inverse devait être défendue, n'aurait-il pas fallu opter pour la préposition 'ou'?"

Zie ook J. VELAERS, *Van Arbitragehof naar Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, 1990, 162: "Op grond van een louter 'grammaticale' interpretatie kan men deze vraag niet beantwoorden. Het woord 'elk' kan immers een collectieve of een distributieve nevenschikking aanduiden. In casu is het niet duidelijk of de grondwetgever met: 'Het Hof doet ... uitspraak over de schending van de artikelen 6, 6bis en 17' heeft bedoeld 'de schending van artikel 6, de schending van artikel 6bis en de schending van artikel 17' (distributieve nevenschikking), dan wel de 'schending van de artikelen 6, 6bis en 17 samen'. (collectieve nevenschikking). De tekst is ambigu. Vanuit louter grammaticaal oogpunt is hij voor twee interpretaties vatbaar".

¹⁵⁸ Zoals procureur-generaal VELU opmerkte in zijn mercuriale in 1992: "Het Arbitragehof werd evenwel reeds tijdens die periode van 1984 tot begin 1989, terwijl het grondwettelijk en wettelijk alleen bevoegd was om bepaalde bevoegdheidsconflicten te regelen, ertoe genoopt om, ongeacht rechtstreeks toepasselijke verdragsregels, andere grondwettelijke regels uit te leggen en zelfs toe te passen dan die welke de respectieve bevoegdheden van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten bepalen, en inzonderheid de grondwettelijke regels betreffende de fundamentele rechten en de vrijheden. De rechtsleer heeft gemeend dat zogenaamd 'afgeleid' of 'indirect' gevolg van de gespecialiseerde toetsing door het Arbitragehof te kunnen verklaren, zowel door de werkwijze van dat rechtcollege als door de aard zelf van de grondwettelijke regel ter bescherming van de fundamentele rechten. Volgens de opvatting van kelsen komen alle grondwettige tekortkomingen van de wetgevende normen uiteindelijk neer op onbevoegdheid, in die zin dat de ongrondwettigheid van een door een wetgever uitgevaardigde norm hieraan te wijten is dat die norm alleen door de grondwetgever geldig kon worden uitgevaardigd. Die opvatting is noch door de grondwetgever van 1980 en 1988, noch door de wetgever van 1983

In 1990 merkte J. VELAERS op: *“Door de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet binnen het toetsingsbereik van het Arbitragehof te brengen, heeft de Grondwetgever de bevoegdheid van het Hof enorm uitgebreid. Artikel 6 van de Grondwet bepaalt immers: ‘Er is in de Staat geen onderscheid van standen. De Belgen zijn gelijk voor de wet; zij alleen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld. Artikel 6bis van de Grondwet luidt: ‘Het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend moet zonder discriminatie verzekerd worden. Te dien einde waarborgen de wet en het decreet onder meer de rechten en vrijheden van de ideologische en filosofische minderheden.’ Aangezien het gelijkheidsbeginsel een algemene draagwijdte heeft en aangezien een met de overige grondwetsbepalingen strijdige regel vaak ook een schending van het gelijkheidsbeginsel inhoudt, zal het Hof voortaan zichzelf nog slechts nauwelijks een ‘grondwettelijk hof met een beperkte bevoegdheid’ kunnen noemen. Alhoewel het aantal grondwetsartikelen waaraan het Hof kan toetsen beperkt blijft, zal het onvermijdelijk verschillende aspecten van de grondwettigheid in de toetsing aan de artikelen 6 en 6bis dienen te betrekken”*¹⁵⁹.

2) Het Grondwettelijk Hof

58. Artikel 142 van de Grondwet (volgens de nummering van 1994), zoals gewijzigd door de derde Staatshervorming, richtte “voor geheel België een Arbitragehof” op “waarvan de samenstelling, de bevoegdheid en de werking door de wet worden bepaald”, en bepaalde dat dit Hof bij wege van arrest uitspraak doet over de bevoegdheidsconflicten en over de schending door een wet, een decreet of een in artikel 134 bedoelde regel, van de artikelen 10, 11 en 24.

Artikel 142, tweede lid, 3°, stond echter toe dat het Hof uitspraak zou doen over de schending door een wet, een decreet of een in artikel 134 bedoelde regel, van andere artikelen van de Grondwet. Die bepaling vereiste dat die andere artikelen door een bijzondere wet werden aangewezen.

Het toepassingsgebied van de referentienormen werd tot tweemaal toe uitgebreid door de bijzondere wetgever.

Eerst door toepassing van de bijzondere wet van 9 maart 2003, waarvan de artikelen 2 en 9 de artikelen 1 en 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 hebben gewijzigd, waarbij aan dat Hof de bevoegdheid werd verleend om uitspraak te doen over de beroepen tot

en 1989 vastgelegd en het Arbitragehof heeft ze, terecht, niet overgenomen. Maar men treedt die opvatting nog niet bij als men aanneemt dat er vaak een nauwe band bestaat tussen de grondwettelijke bevoegdheidsregels en de eigenlijke grondwettelijke regels, en dat het onderscheid tussen de toetsing aan de ene en de toetsing aan andere soms kies is.” (J. VELU, “Toetsing van de grondwettigheid en toetsing van de verenigbaarheid met de verdragen”, loc. cit., 27-28). Het was dan ook logisch dat het Arbitragehof, nu het ruimere bevoegdheden had gekregen, deze zou gebruiken om ze nog verder uit te breiden en dat het, door het verbod op discriminatie van de vrijheid van onderwijs los te koppelen, een grondwettigheidstoetsing met een algemene draagwijdte zou verrichten, al zou het dat doen door die toetsing via de vraag naar de eerbiediging van de gelijkheid voor de wet te laten verlopen.

¹⁵⁹ J. VELAERS, *Van Arbitragehof naar Grondwettelijk Hof*, loc. cit., 166.

nietigverklaring en over de prejudiciële vragen die betrekking hebben op de schending door een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel, “van de artikelen van titel II, ‘De Belgen en hun rechten’, en de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet”¹⁶⁰.

Nadien werden de artikelen 1 en 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 eveneens gewijzigd door de artikelen 47 en 48 van de bijzondere wet van 6 januari 2014 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming, zodat aan het voormelde Hof de bevoegdheid kon worden verleend om kennis te nemen van beroepen of vragen die schending van artikel 143, § 1, van de Grondwet aanvoeren, waarin de loyauteitsplicht van de Belgische federale componenten is vastgelegd¹⁶¹.

Inmiddels verantwoordde de uitbreiding van de bevoegdheden van het Hof in 2003 een naamswijziging en het Arbitragehof heette van dan af aan het Grondwettelijk Hof¹⁶².

¹⁶⁰ Bijzondere wet 9 maart 2003 tot wijziging van de bijzondere wet 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *BS* 11 april 2003, 18.384.

De memorie van toelichting (*Parl. St.* Senaat, 2000-2001, nr. 897/1, 2, vermeldde met betrekking tot het ontwerp van hervorming:

“Overeenkomstig artikel 142 van de Grondwet doet het Arbitragehof uitspraak over de schending door een wet, een decreet of een ordonnantie van de grondwettelijke of wettelijke bevoegdheidsverdelende regels, van de artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet en van de artikelen van de Grondwet die de wet bepaalt.

De Grondwet voorziet dus in de mogelijkheid om de bevoegdheid van het Arbitragehof uit te breiden bij wet, aangenomen met een bijzondere meerderheid (cf. artikel 4, laatste lid, van de Grondwet).

Dit ontwerp van bijzondere wet, dat de regering de eer heeft aan u voor te leggen, strekt ertoe de bevoegdheid van het Hof uit te breiden tot alle rechten en vrijheden die in de Grondwet zijn opgenomen.

Volgens vaste rechtspraak van het Arbitragehof moeten de grondwettelijke rechten en vrijheden en de grondrechten van rechtstreeks werkende internationale verdragen in België zonder discriminatie gewaarborgd zijn. Deze rechtspraak houdt in dat het Hof zich bevoegd acht om wetten, decreten en ordonnanties te toetsen aan de grondwettelijke rechten en vrijheden, zij het dat deze toetsing via de artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet moet verlopen. Deze ‘toetsing via een omweg’ heeft tot gevolg dat zowel het Arbitragehof, als de partijen voor het Hof onnodig ingewikkelde redeneringen moeten opbouwen om uiteindelijk tot een zelfde resultaat te komen als bij een ‘rechtstreekse toetsing’. In het belang van de rechtszekerheid en de duidelijkheid van de rechtspraak van het Hof, lijkt het bijgevolg aangewezen om het Hof de bevoegdheid te verlenen om wetgevende akten rechtstreeks te toetsen aan de rechten en vrijheden.

Het is dus geenszins de bedoeling van deze hervorming dat op enige wijze aan de huidige rechtspraak van het Hof zou worden geraakt.

De bevoegdheidsuitbreiding betreft de grondwettelijke rechten en vrijheden, namelijk Titel II van de Grondwet, artikel 172 van de Grondwet, dat voorziet in het gelijkheidsbeginsel inzake belastingen, en artikel 191 van de Grondwet, volgens hetwelk iedere vreemdeling die zich op het grondgebied van België bevindt, de bescherming geniet verleend aan personen en aan goederen, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen.

Deze uitbreiding van de bevoegdheid van het Hof tot alle grondwettelijke rechten en vrijheden zal leiden tot een meer uniforme interpretatie van deze grondrechten”.

¹⁶¹ Bijzondere wet 6 januari 2014 met betrekking tot de zesde Staatshervorming, *BS* 31 januari 2014, 8654.

¹⁶² Wijziging aan de Grondwet van 7 mei 2007, *BS* 8 mei 2007, 25.101.

De memorie van toelichting van het voorstel tot herziening (*Parl. St.* Senaat, 2004-2005, nr. 1052/1, 2) zei hierover:

“In elk geval is het duidelijk dat de benaming ‘Arbitragehof’ niet langer adequaat is gelet op de huidige bevoegdheden van het Arbitragehof. Het Hof had bij zijn oprichting maar één bevoegdheid, namelijk het regelen van conflicten tussen de wet, het decreet en de in artikel 26bis (thans 134) van de Grondwet bedoelde regelen of tussen de decreten onderling of de in artikel 26bis bedoelde regelen onderling.

De grondwetsherziening van 15 juli 1988 (Belgisch Staatsblad van 29 juli 1988) en de bijzondere wet van 9 maart 2003 tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof hebben nieuwe en zeer belangrijke bevoegdheden toegekend aan het Arbitragehof.

Die overgang van een scheidsgerecht naar een gerecht ging gepaard met een indringende perceptie van zijn exclusieve bevoegdheid van enige uitlegger van de Grondwet; het dogma van het monopolie van de grondwettelijke toetsing en, bijgevolg van de verenigbaarheid met de bepalingen van de grondwet, in het voordeel van het Koningsplein¹⁶³ en in het nadeel van het Poelaertplein¹⁶⁴, was geboren.

Een recente illustratie hiervan is te vinden in de wet houdende instemming met Protocol nr. 16 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, gedaan te Straatsburg op 2 oktober 2013¹⁶⁵. Protocol nr. 16 heeft tot doel ervoor te zorgen dat de hoogste rechterlijke instanties van een Hoge Verdragsluitende Partij, zoals ze door dat Protocol werden aangewezen, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens kunnen verzoeken advies uit te brengen over principiële kwesties inzake de uitlegging of de toepassing van de rechten en vrijheden die zijn omschreven in het Verdrag of de bijgevoegde protocollen.

Die dialoog tussen de hoogste nationale rechterlijke instanties en het Hof wordt beschreven in de preambule van het Protocol, die enerzijds wijst op de verbeterde interactie tussen het Hof en de nationale autoriteiten en, anderzijds, op de versterkte uitvoering van het Verdrag overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel. Na raadpleging van die rechterlijke instanties stelde de Belgische regering het Grondwettelijk Hof, het Hof van Cassatie en de Raad van State voor.

Op uitdrukkelijk verzoek en aandringen van het Grondwettelijk Hof preciseerde de regering dat de aanneming van Protocol nr. 16 geen afbreuk deed aan de regel betreffende de chronologische voorrang inzake de toetsing van wetten, decreten en ordonnances in geval van samenloop van grondrechten zoals vastgelegd in artikel 26, § 4, van de bijzondere wet

Het Hof doet voortaan ook uitspraak over de beweerde schendingen door een wet, decreet of ordonnantie, van de artikelen van titel II, 'De Belgen en hun rechten', en de artikelen 170, 172 (legaliteitsbeginsel en gelijkheid en niet-discriminatie inzake belastingen) en 191 (rechten en vrijheden van vreemdelingen) van de Grondwet.

De bevoegdheden van het Arbitragehof zijn dus al lang niet meer beperkt tot het regelen van of arbitrerende in bevoegdheidsconflicten tussen de verschillende wetgevers van dit land.

Daarom wordt voorgesteld de benaming van het Arbitragehof te wijzigen in 'Grondwettelijk Hof'. Die naamswijziging verandert helemaal niets aan de attributies en de opdrachten die het Hof nu reeds heeft.

De wijziging van de benaming van het Arbitragehof in 'Grondwettelijk Hof' brengt mee dat het opschrift van hoofdstuk V van de Grondwet en van afdeling II van dat hoofdstuk, in dezelfde zin moeten worden aangepast. Daarvoor kan gebruik worden gemaakt van artikel 198 van de Grondwet.

Het spreekt vanzelf dat ook de verwijzing naar het Arbitragehof in de bijzondere en andere wetten zal moeten worden aangepast aan de nieuwe benaming van het Hof".

In lijn met deze machtsuitbreiding werd de protocollaire rang van het Hof van Cassatie aangepast. Tot dan toe werd het afgewisseld met het Arbitragehof als hoogste rechtscollege, wat al een moeilijk compromis was omdat het Hof van Cassatie het hoogste rechtscollege van de derde grondwettelijke macht is waarvan het Arbitragehof, als *sui generis* instelling, geen deel uitmaakte. Nu zou het Grondwettelijk Hof, eveneens buiten de rechterlijke macht, onder het voorzitterschap van de baronnen Pr. dr. Alen en Pr. dr. Bossuyt, permanent de eerste rang bekleden. Geen essentieel feit, maar een veelzeggend symbool.

¹⁶³ Zetel van het Grondwettelijk Hof.

¹⁶⁴ Zetel van het Hof van Cassatie.

¹⁶⁵ Wet 30 oktober 2022 houdende instemming met het Protocol nr. 16 bij het verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. De wet werd op 5 december 2022 in het *Belgisch Staatsblad* gepubliceerd. Het Protocol nr. 16 heeft in België volkomen gevolg sinds 1 maart 2023.

van 6 januari 1989, zodat het Hof van Cassatie en de Raad van State hierover nog steeds eerst het Grondwettelijk Hof moeten raadplegen. Het is vrij zeker dat dit niet het doel was dat het EHRM met dat Protocol nastreefde¹⁶⁶.

Sectie 3. – Concentratie van de rechtsprekende bevoegdheid

59. De rechterlijke macht deelt haar rechtsprekende functie met instellingen van andere machten. Ze blijft echter de enige macht die er ten volle over beschikt.

Paragraaf 1.- Concentratie ten aanzien van de administratieve rechter

60. Het administratieve rechtscollege heeft dus zijn intrede gemaakt in de loop van de twintigste eeuw, niet alleen door de oprichting van de Raad van State, maar ook door de vermenigvuldiging van rechtsprekende commissies die belast werden met de berechting van geschillen inzake subjectieve rechten.

Wat dat laatste betreft (**punt A**), stelt men vast dat er, na een periode van chaotische vermenigvuldiging van de commissies, een rationaliseringsproces in gang werd gezet, waardoor ze uiteindelijk in de rechterlijke macht werden opgenomen (**punt 1**).

Toch blijven er een aantal beperkte vormen van administratieve commissies over die een rechtsprekende functie uitoefenen, waardoor de vraag rijst op welke wijze toezicht kan worden gehouden op hun regelmatigheid, of, meer in algemene zin, op de regeling van de conflicten van attributie (**punt 2**).

Afgezien van de opdrachten van de Raad van State die de berechting van geschillen van subjectieve rechten betreffen, en die van hem een rechtsprekend orgaan als alle andere maakt, stelt zich ook de vraag naar de precieze aard van de zogenaamde objectieve geschillen (**punt B**). Dit concept is in werkelijkheid paradoxaal, wat ook al blijkt uit het debat over de theorie van “het werkelijke voorwerp van de voorziening” of over de vereiste “volheid van rechtsmacht” voortvloeiend uit artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Er is maar één manier om de samenhang te herstellen, en die bestaat erin dat men uitgaat van de premisse dat het zogenaamde “objectieve” geschil slechts een variant van het geschil betreffende politieke rechten is.

A) Het geschil betreffende subjectieve rechten

1) De judiciarisering – Sociale en fiscale geschillen

61. De Grondwet biedt de wet de mogelijkheid om geschillen over subjectieve rechten van politieke aard aan de administratieve rechter toe te vertrouwen. De wetgever heeft op verschillende vlakken van die mogelijkheid gebruikgemaakt. In twee gevallen is hij uiteindelijk op die keuze teruggekomen en heeft hij de rechtbanken, de natuurlijke rechters van het geschil betreffende subjectieve rechten, uiteindelijk de bevoegdheden toegekend die hij hen

¹⁶⁶ Wetsontwerp houdende instemming met het Protocol nr. 16, Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, nr. 55-2631/001, 6.

had geweigerd. Het gaat om, enerzijds, **(a)** de socialezekerheidsgeschillen en, anderzijds, **(b)** de fiscale geschillen.

a) De sociale geschillen – de arbeidsrechtbank

62. De socialezekerheidsgeschillen hebben zich geleidelijk en, vooral, geval per geval, ontwikkeld. Naarmate het bestaan van steeds meer sociale rechten werd erkend, werd aan elk van die rechten een eigen jurisdictioneel kader toegekend. Dit leidde tot het ontstaan van een chaotisch ecosysteem, waarin tal van sterk uiteenlopende procedures naast elkaar bestonden¹⁶⁷.

In zijn doctoraatsthesis van 1957 verricht LENAERTS een uitvoerig onderzoek naar de vele toepasselijke regels¹⁶⁸. Hij verduidelijkt de bestaande rechtsstelsels inzake mijnwerkerspensioenen¹⁶⁹, arbeiderspensioenen¹⁷⁰, bediendenpensioenen¹⁷¹, zeevaarderspensioenen¹⁷², zelfstandigenpensioenen¹⁷³, die niet enkel onderling, maar ook inzake andere sociale rechten verschilden: werkloosheidsuitkeringen¹⁷⁴, ziekte - en invaliditeitsuitkeringen¹⁷⁵, kinderbijslag¹⁷⁶, vakantiegeld¹⁷⁷, arbeidsongevallen¹⁷⁸, beroepsziekten¹⁷⁹ en tegemoetkomingen voor invaliden en gehandicapten¹⁸⁰.

Hij besluit zijn analyse als volgt:

“Uit het onderzoek van de sociale wetgeving dringt zich als eerste besluit onvermijdelijk op dat het absolute burgerrechtelijk karakter van de sociale rechten door de positieve wetgeving wordt tegengesproken. De meeste wetten van sociale zekerheid dragen de beoordeling van de geschillen waartoe de sociale rechten aanleiding geven, aan administratieve rechtscolleges op. Voorzeker, het systeem van administratieve rechtspraak in de verschillende takken van de sociale zekerheid is zeer verscheiden en onsamenhangend: in sommige gevallen is het rechtsprekend karakter van de ingestelde organen zeer twijfelachtig, in andere gevallen kan op het eerste gezicht niet met zekerheid worden gezegd of de wetgever administratieve rechtscolleges heeft willen oprichten dan wel de mogelijkheid heeft verleend de geschillen te

¹⁶⁷ Zie, voor een uitgebreid onderzoek naar het ecosysteem van de administratieve rechtsprekende commissies en het ontstaan van de arbeidsrechtbanken, A. HENKES, toenmalig substituut-generaal, Rede naar aanleiding van de plechtige openingszitting van het Arbeidshof te Luik, 4 september 1991, over “*La commission administrative nationale - considérations à propos d'un organe administratif quasi juridictionnel*”, in JTT 1992, nrs. 516 en 517.

¹⁶⁸ H. LENAERTS, *De burgerlijke, politieke en administratieve rechten in de bevoegdheidsregeling naar Belgisch recht*, loc. cit., 240 e.v., nr. 270 e.v.

¹⁶⁹ *Ibid.* p. 248, nr. 280.

¹⁷⁰ *Ibid.* p. 250, nr. 283.

¹⁷¹ *Ibid.* p. 264, nr. 299.

¹⁷² *Ibid.* p. 264, nr. 300.

¹⁷³ *Ibid.* p. 266, nr. 303.

¹⁷⁴ *Ibid.* p. 268, nr. 305.

¹⁷⁵ *Ibid.* p. 273, nr. 312.

¹⁷⁶ *Ibid.* p. 275, nr. 315.

¹⁷⁷ *Ibid.* p. 277, nr. 317.

¹⁷⁸ *Ibid.* p. 280, nr. 321.

¹⁷⁹ *Ibid.* p. 281, nr. 323.

¹⁸⁰ *Ibid.* p. 282, nr. 324.

*laten beslechten door eigenlijke scheidsgerichten in de zin van de artikelen 1003 en vlg. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, die geen afbreuk doen aan de uitsluitende bevoegdheid van de rechterlijke macht*¹⁸¹.

63. De gerechtelijke hervorming die in 1967 zou leiden tot de invoering van het Gerechtelijk Wetboek, bood de gelegenheid om een denkoefening te houden over de wenselijkheid van een stelsel waarin justitiële rechtbanken en administratieve rechtscolleges naast elkaar bestaan. Hieruit bleek dat het weliswaar wenselijk was om een synthesepoging te ondernemen, maar dat deze niet in het kader van de hervorming zou kunnen plaatsvinden.

In zijn verslag schreef koninklijk commissaris voor de gerechtelijke hervorming VAN REEPINGHEN hierover:

*“Aan de rechtbanken komt in beginsel de verdediging van alle rechten toe in geval van geschil. Enkel de zogezegd politieke rechten, en voor zoveel de wetgever dit bij uitzondering toestaat, kunnen een andere rechter krijgen, indien artikel 94 van de Grondwet wordt geëerbiedigd. Men kan van mening verschillen over het onderscheid tussen burgerlijke en politieke rechten. Het leunt aan bij datgene dat indertijd gewoonlijk werd gezien tussen de burgerlijke en de politieke wetten. Het doet tal van betwistingen rijzen bij de toepassing. Wat men ook moet denken van de begrenzing van de attributies van de rechterlijke macht en van de andere rechtsprekende instellingen, men kan de ogen niet sluiten voor de grondregel van artikel 92 waarvan artikel 93 overigens het complement is. In geval van twijfel aangaande de aard van de subjectieve rechten, moet men aan de gewone organen van het gerecht die macht voorbehouden om er kennis van te nemen. Het is enkel bij wege van afwijking dat men sommige betwistingen aan de algemene bevoegdheid van de rechtbanken mag onttrekken. Nochtans neemt de wetgever eerder dikwijls zijn toevlucht tot het instellen van gerechten die uitzonderlijk belast zijn met het beslechten van geschillen die betrekking hebben op rechten van ‘politieke’ aard. Administratieve commissies werden opgericht. Hun samenstelling, bevoegdheid en rechtspleging zijn veranderlijk. Zij hebben deze disparate en complexe organisatie te danken aan de toevalligheden van een werking die aangepast is aan de bijzondere en verscheidene stof waarmee zij zich bezighouden, of ook aan improvisatie. Niemand zal ontkennen dat een poging tot synthese kan worden ondernomen en men houdt er zich mee bezig. Het vraagstuk dat dit onderwerp betreft, gaat het raam van de gerechtelijke hervorming te buiten. Men gelooft inderdaad niet, hoe verlokkelijk het opnemen van een integratieformule ook weze, dat de rechterlijke macht ertoe bereid is deze in werkelijkheid om te zetten met onbetwiste grondgegevens en aangepaste hulpmiddelen*¹⁸².

64. Hoewel de auteurs van de hervorming dus van meet af aan hebben afgezien van het idee om tot een algemene synthese van het geschil inzake subjectieve rechten over te gaan, stelden ze niettemin een gedeeltelijke vereenvoudiging voor, die beperkt was tot de sector van de sociale zekerheid.

¹⁸¹ *Ibid.* p. 285, nr. 328.

¹⁸² *Parl. St. Senaat*, 1963-64, nr. 60, p. 41-42.

In zijn verslag wijst de koninklijke commissaris erop dat *“er (...) een sector is waar de materialen klaarliggen en waarin het vraagstuk formeel gesteld is door de wetgever: die van de sociale zekerheid. Zonder afbreuk aan de bevoegdheid van het gerecht, is hij thans toevertrouwd aan verscheidene commissies. Over het algemeen beschouwt men als twijfelachtig en voorlopig de formule die aan deze commissies de macht geeft recht te spreken in betwistingen in verband met deze tak van het sociaal recht, met voorbehoud van de attributies die, in dit domein evenals in alle andere, krachtens artikelen 92 en 93 van de Grondwet aan de hoven en rechtbanken blijven behoren. Een algehele oplossing is nodig die, door een hergroepering van de stof, aan het sociaal recht in zijn verscheidene uitingen een gemeenschappelijk en gespecialiseerd gerecht moet geven dat beantwoordt aan zijn noden, aan de paritaire structuur van zijn rechtsprekende organen en aan de noodwendigheden van een eenvoudige, soepele en kosteloze rechtspraak”*¹⁸³.

De arbeidsrechtbank, die de oude werkrechtshoven opvolgde, was dus niet langer enkel bevoegd om kennis te nemen van de geschillen inzake arbeidsverhoudingen, maar kon voortaan ook in alle socialezekerheidsgeschillen uitspraak doen¹⁸⁴.

b) De fiscale geschillen

65. Naast de socialezekerheidsgeschillen, is er een ander soort administratieve geschillen betreffende subjectieve rechten die een geleidelijke judiciarisering heeft gekend: de fiscale geschillen.

Die ontwikkeling heeft zich echter niet op dezelfde manier als in sociale zaken voorgedaan. Enerzijds waren de fiscale geschillen ouder dan de sociaalrechtelijke geschillen omdat ze al van bij het ontstaan van de Belgische Staat bestonden, zodat ze lange tijd werden gekenmerkt door de ongedifferentieerdheid tussen de justitiële en administratieve functies. Hierdoor werd de jurisdictionele aard van de opdrachten van bepaalde organen van de uitvoerende macht niet onmiddellijk erkend. Anderzijds woog traditie in fiscale geschillen veel zwaarder door; de judiciarisering is zeer geleidelijk verlopen en werd uiteindelijk pas dertig jaar na de socialezekerheidsgeschillen afgerond.

Oorspronkelijk werden fiscale geschillen gekenmerkt door een duidelijk onderscheid tussen geschillen betreffende directe belastingen en geschillen betreffende indirecte belastingen. De geschillen betreffende indirecte belastingen werden door de rechtbanken berecht, de geschillen betreffende directe belastingen door de administratie. Voor geschillen betreffende patenten was de provinciale bestendige deputatie bevoegd (artikel 28 van de wet van 21 mei 1819); wat betreft persoonlijke bijdragen moest het bezwaarschrift bij de provinciegouverneur worden ingediend (artikel 100 van de wet van 29 juni 1822); ter zake

¹⁸³ *Ibid.* p. 42.

¹⁸⁴ De hervorming, die door sommigen sterk werd bepleit, werd niet unaniem gesteund door anderen, die vonden dat men de voorkeur had moeten geven aan administratieve rechters die met de bijzonderheden van de reglementaire materie meer vertrouwd waren; zie met betrekking tot geschillen betreffende de uitsluiting van langdurige werklozen, A. HENKES, “La commission administrative nationale - considérations à propos d'un organe administratif quasi juridictionnel”, *o.c.*, nrs. 21 e.v.

van eigendomsbelasting werden de Franse regels toegepast, waarbij de betwistingen werden gebracht voor de prefectuurraad, die later werd vervangen door de bestendige deputatie (artikel 4 van de wet van 28 pluviôse jaar VIII, afgeleid uit artikel 1 van het decreet van 6-11 september 1790).

66. De judiciarisering van de geschillen betreffende indirecte belastingen verliep in verschillende fasen.

In een eerste fase werd cassatieberoep tegen de beslissingen van de bestendige deputaties mogelijk. Een wet van 22 januari 1849 voerde het cassatieberoep inzake patenten in¹⁸⁵. In 1865 werd die regeling veralgemeend voor alle directe belastingen¹⁸⁶.

In een tweede fase, in 1881, werd die bevoegdheid aan de bestendige deputaties ontnomen, en werden laatstgenoemden vervangen door een gemengde regeling, waarbij eerst de belastingsdirecteurs uitspraak zouden doen, en hun beslissing hierna nog kon worden verwezen naar het hof van beroep. De wet van 30 juli 1881¹⁸⁷ had in de eerste plaats tot doel het verkiezingsgeschil te hervormen door de bestendige deputaties elke rechtsprekende bevoegdheid in die materie te ontfangen. De hervorming was voornamelijk ingegeven door de wil om orde te brengen in verkiezingsgeschillen: de hoven van beroep, die sinds 1869 konden kennisnemen van de beroepen tegen de beslissingen in verkiezingszaken, hadden de onrechtmatige praktijken van de bestendige deputaties aan het licht gebracht¹⁸⁸. De herschikking reikte echter verder dan de verkiezingsgeschillen, aangezien in navolging hiervan ook de geschillen inzake directe belastingen werden aangepast¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Wet 22 januari 1849 tot wijziging van de patentenwet, 1849, 11. Volgens de parlementaire voorbereiding van die wet, werd de invoering van het cassatieberoep voor die specifieke aangelegenheid verantwoord door de omstandigheid dat “les questions de principe, que soulèvent les réclamations en matière de patentes, ne sont pas toujours résolues dans le même sens par les députations permanentes des conseils provinciaux appelées à statuer” (*Parl. St. Kamer*, 1848-1849, nr. 44, p. 3). De tussenkomst van het Hof van Cassatie werd overwogen als middel om de vervelende meningsverschillen tussen die bestendige deputaties inzake de toepassing van de wet stop te zetten en te voorkomen.

¹⁸⁶ Wet 22 juni 1865 betreffende de bevoegdheid van deputaties om uitspraak te doen over bezwaren inzake directe belastingen, *Pasin.* 1865, p. 174. Volgens de parlementaire voorbereiding van de wet, “la législation sur les patentes consacre le principe du jugement des réclamations par les députations permanentes des conseils provinciaux et du recours en cassation à exercer éventuellement contre leurs décisions. Une longue expérience ayant démontré l'utilité de ces dispositions, et la législature qui les a consacrées en ayant elle-même étendu l'application par l'article 4 de la loi du 18 juin 1849 sur la milice, le gouvernement vient en toute confiance soumettre à vos délibérations un projet de loi ayant pour objet de déférer aux députations permanentes et à la Cour de cassation les questions relatives à l'application des lois sur les contributions directes en général” (*Pasin.* 1865, 174).

¹⁸⁷ Wet 30 juli 1881 tot wijziging van enkele wettelijke bepalingen tot regeling van de bevoegdheid van de bestendige deputaties, *Pasin.* 1881, 279.

¹⁸⁸ Volgens de memorie van toelichting van de wet: “La loi de 1869 qui a déféré aux cours d'appel la connaissance en dernier ressort des contestations électorales, était à peine votée, que d'étranges révélations, puisées dans les documents d'une mortuaire venaient établir au grand jour que le sentiment de défiance qui avait inspiré la loi de 1869 n'était que trop justifié, et que certaines députations permanentes elles-mêmes recelaient des juges, avant tout homme de parti, qui entretenaient secrètement avec des agents politiques, parties en cause, des rapports suivis ayant pour effet et pour but avoué de les constituer eux-mêmes juges et parties”. *Zie Pasin.* 1881, 282.

¹⁸⁹ Volgens de memorie van toelichting: “le projet de loi enlève également aux députations permanentes le jugement des réclamations fiscales. Cette réforme est une conséquence de la première. Il y a déjà actuellement

De wet van 30 juli 1881 voorzag in een driestappenregeling. De bezwaren werden eerst voor de provinciale directeurs van de directe belastingen gebracht, die uitspraak moesten doen bij een met redenen omklede beslissing¹⁹⁰. Vervolgens kon beroep worden ingesteld voor het hof van beroep van het rechtsgebied waarin de woonplaats van de klager gelegen was, hetzij wegens overbelasting, hetzij wegens geen of onvoldoende belastingheffing¹⁹¹. Ten slotte konden de partijen cassatieberoep instellen tegen de beslissing van het hof van beroep¹⁹².

67. Door de directeur van de belastingen te belasten met de taak om de bezwaren van de belastingplichtigen te beslechten, heeft de wetgever de precieze aard van de bevoegdheden van laatstgenoemde niet in twijfel getrokken. In de loop van de twintigste eeuw is men zich uiteindelijk wel vragen beginnen te stellen bij de rol van de directeur, met name of hij als administratieve overheid dan wel als administratief rechter optreedt. Nadat het Hof aanvankelijk aan de eerste oplossing de voorkeur gaf,¹⁹³ heeft het vanaf de jaren vijftig meerdere arresten in tegengestelde zin gewezen¹⁹⁴.

Het spreekt voor zich dat die toestand uiteindelijk voor moeilijkheden zou zorgen naarmate de juridische wereld de theorie van de bestuurder-rechter zou opgeven en zou erkennen dat de rechter, zelfs de administratieve rechter, onafhankelijk en onpartijdig moet zijn. Eind twintigste eeuw heeft het Hof met name beslist dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid worden miskend wanneer de ambtenaar die over het bezwaar uitspraak doet, al eerder van de zaak heeft kennisgenomen, hetzij als taxatieambtenaar, hetzij als onderzoeksambtenaar¹⁹⁵.

Het is echter het Arbitragehof dat de genadeslag heeft toegediend aan het in 1881 ingevoerde stelsel. Een advocaat had op initiatief van de collega's van een onkiese taxatieambtenaar, aan wiens opsluiting hij had meegewerkt, een belastingherziening gekregen; in antwoord op een prejudiciële vraag van de rechter in kort geding, aan wie was gevraagd om het onderzoek van het bezwaar toe te vertrouwen aan een dienst die geen band had met de opgesloten ambtenaar, heeft het Arbitragehof geoordeeld dat er een onaanvaardbaar verschil in behandeling bestaat tussen de belastingplichtige wiens beroep wordt beslecht door een

une inconséquence à leur déférer ce jugement en dernier ressort, alors qu'elles ne jugent qu'en premier ressort des affaires électorales avec lesquelles les contestations fiscales sont étroitement liées". Zie *Pasin.*, 1881, p. 282.

¹⁹⁰ Art. 23 Wet 30 juli 1881.

¹⁹¹ Art. 27 Wet 30 juli 1881.

¹⁹² Art. 35 Wet 30 juli 1881.

¹⁹³ *RPDB*, V, zie *Impôts*, Brussel, Bruylant, 1933, p. 789, nr. 650, en de verwijzingen.

¹⁹⁴ Zie Cass. 31 januari 1956, AC 1956, 433; Cass. 28 februari 1957, AC 1957, 522; Cass. 21 februari 1961, *Pas.* 1961, I, 676, waarin enkel wordt aangenomen dat de beslissingen van de directeur gezag van gewijsde hebben. Later zou het Hof zich explicieter uitdrukken en nadrukkelijk vermelden dat de directeur rechtsprekend werk verricht: Cass. 14 december 1989, AC 1989-90, nr. 246; Cass. 23 maart 1990, AC 1989-90, nr. 446; Cass. 18 november 1993, AC 1993, II, nr. 470 met conclusie van procureur-generaal PIRET, toen advocaat-generaal, op datum in *Pas.*; Cass. 21 november 1996, AC 1996, nr. 448, die betrekking hebben op de eis van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van degene die een rechtsprekende functie uitoefent. Zie ook Cass. 26 juni 1998, AC 1998, nr. 343, waarin het Hof de kwestie van de aansprakelijkheid van de Staat onderzoekt, doordat de directeur een fout had begaan in het uitoefenen van zijn rechtsprekende functie.

¹⁹⁵ Cass. 14 december 1989, AC 1989-1990, nr. 246; Cass. 23 maart 1990, AC 1989-1990, nr. 446; Cass. 18 november 1993, AC 1993, II, nr. 470 met conclusie van advocaat-generaal PIRET op datum in *Pas.*; Cass. 21 november 1996, AC 1996, nr. 448.

rechter die tevens het orgaan van de tegenpartij is en de rechtszoekenden bij andere administratieve rechtscolleges, waarvan de rechters geen functionele band met een van de strijdende partijen hebben¹⁹⁶.

Het arrest van het Arbitragehof liet de wetgever geen andere keuze dan de procedure te hervormen. Er werd een dubbel wetsontwerp ingediend dat tot twee wetten zou leiden: enerzijds, de wet van 15 maart 1999 betreffende de beslechting van fiscale geschillen¹⁹⁷ en, anderzijds, de wet van 23 maart 1999 betreffende de rechterlijke inrichting in fiscale zaken¹⁹⁸. Deze wetten lossen het probleem van het gebrek aan onafhankelijkheid van de directeur op door het bezwaar van zijn rechtsprekend karakter te ontdoen: het wordt behouden, maar het is voortaan niet meer dan een louter administratief beroep.¹⁹⁹ Tegelijkertijd verdwijnen de beperkingen van de oude procedure: een rechtspraak in twee instanties wordt ingevoerd en de oude procedurele grenzen, waardoor de rechter slechts in beperkte mate kan kennisnemen van andere grieven dan die welke voor de administratieve rechter waren gebracht, worden opgeheven.

68. Als er lering kan worden getrokken uit de ontwikkeling van de fiscale geschillen en van de socialezekerheidsgeschillen, dan is het wel dat de voordelen die doorgaans aan het administratieve rechtscollege boven de rechtbanken worden toegeschreven, hetzij een voorwendsel, hetzij een illusie zijn.

¹⁹⁶ Arbitragehof 10 juni 1998, nr. 67/98, AA 1998, 817. Zie ook M. MORIS, "La procédure de réclamation devant le directeur régional des contributions après l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 10 juin 1998", *RGF* 1998, p. 331; T. AFSCHRIFT en M. IGALSON, "La procédure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999", *JT* 1999, 490; L. HERVE, *La nouvelle procédure fiscale issue de la réforme de 1999*, Brussel, Kluwer, 2001, p. 19 e.v.; P. VAN ORSHOVEN, "Gerechtelijke geschillenregeling", in *De hervorming van de fiscale procedure*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 205.

¹⁹⁷ BS 27 maart 1999, 9882.

¹⁹⁸ BS 27 maart 1999, 9894.

¹⁹⁹ Die wijziging van de aard van de beslissing over het bezwaar heeft overigens terugwerkende gevolgen: in de loop van de parlementaire voorbereiding van het wetsontwerp, heeft de regering immers een amendement ingediend om een uitleggende bepaling in het ontwerp op te nemen, die deze beslissing voor het verleden bevestigt. Die tekst, die artikel 98 van de wet van 15 maart 1999 is geworden, bepaalt dat "de directeur van de belastingen of de door hem gedelegeerde ambtenaar beslist over de bezwaarschriften in zijn hoedanigheid van administratieve overheid". Zie Amendement nr. 98 van de regering, *Parl. St. Senaat*, 1998-1999, nr. 966/7, 14-15; Cass. 28 februari 2000, *Bull.* 2000, 485; Cass. 26 juni 2000, *Bull.* 2000, 1179; O. NEYRINCK, noot onder Luik 22 maart 2000, *JDF* 2000, 120; F. STEVENART MEEÛS, "Artikel 98 van de wet van 15 maart 1999 betreffende de beslechting van fiscale geschillen is een uitleggende bepaling die ook voor de geschillen geldt die nog niet zijn berecht op 6 april 1999", noot onder Cass. 28 februari 2000, *JLMB*, 2001, 1081-1082.

Terloops kan worden opgemerkt dat, op vlak van lokale belastingen, de wet een soortgelijke geschillenregeling invoerde als die welke reeds voor directe belastingen bestond, met dat verschil dat bezwaren van belastingplichtigen nog steeds aanhangig werden gemaakt bij de bestendige deputaties, zoals dat vóór 1881 het geval was voor inkomstenbelastingen. Net als de directeur, werd de bestendige deputatie geacht op te treden als een administratief rechtscollege. Bij wet van 24 december 1996 werd echter beslist om aan dat beroep een zuiver administratief karakter toe te kennen, behalve in Brussel. Dat verschil in behandeling leidde tot vernietiging van de wet door het Arbitragehof (arrest nr. 30/98 van 18 maart 1998, AA 1998, 359). Tijdens de parlementaire behandeling van het ontwerp heeft de regering amendementen ingediend met het oog op de aanpassing van de wet van 1996: het beroep, dat opnieuw een administratief karakter kreeg, zou voortaan worden ingesteld bij de overheid die de lokale belasting had ingekohierd. Zo kon men het door het Arbitragehof bekritiseerde verschil in behandeling voorkomen.

De wens om op administratieve rechtscolleges een beroep te doen, wordt soms verantwoord door de vakkundigheid van de gespecialiseerde administratieve rechter. Men weigert dergelijke geschillen aan de rechtbanken toe te vertrouwen, maar men verkiest om vanuit het niets een *ad hoc*-rechtcollege op te richten, met als argument dat men er personen zal laten uitspraak doen van wie wordt aangenomen dat ze die geschillen veel beter zullen begrijpen dan de justitiële rechter. Het probleem is dat hun begrip vaak voortkomt uit een nauwe band met het geschil, waarin ze in andere hoedanigheden optreden, wat de vereiste onafhankelijkheid van de rechter in gevaar brengt ...²⁰⁰.

Die illusie komt voort uit het feit dat de keuze voor het administratieve rechtcollege vaak verband houdt met de wil om zich te ontdoen van de gerechtelijke procedure, die te traag of te duur wordt geacht, en deze te vervangen door een *ad hoc*-stelsel dat geschikter wordt bevonden²⁰¹. Dit is geen volstrekte nonsens, maar het voorbeeld van de judiciarisering van de socialezekerheids geschillen toont aan dat het probleem ook vanuit een andere hoek kan worden benaderd en dat de gerechtelijke procedure kan worden aangepast aan de specifieke behoeften van dit specifieke soort geschillen. Hieraan moet worden toegevoegd dat de vermenigvuldiging van afwijkende procedures ook het schaalvoordeel verloren doet gaan dat verkregen werd door de geschillen inzake subjectieve rechten centraal te laten behandelen door de gespecialiseerde instellingen die de hoven en rechtbanken zijn.

Gelet op al deze elementen blijkt de judiciarisering van de administratieve geschillen betreffende subjectieve rechten een logische noodzaak.

2) Conflicten van attributie tussen de gerechtelijke rechtscolleges en de administratieve rechtscolleges

69. De administratieve geschillen inzake subjectieve rechten worden regelmatig teruggebracht in de schoot van de rechterlijke macht. Die judiciarisering is echter een, per definitie, onvoltooide ontwikkeling. Ook al zet ze zich voort, het is een feit dat rechtsprekende commissies blijven bestaan, onder meer omdat de wetgever er geregeld nieuwe opricht²⁰².

²⁰⁰ Het geval van de directeur van de belastingen is in dit opzicht opmerkelijk. Het lijdt geen twijfel dat hij door zijn ervaring bijzonder bedreven is in belastingzaken; de bron van die ervaring ligt echter precies in het feit dat hij ten dienste staat van één van de partijen, wat onherroepelijk uitsluit dat hij nog de rol van rechter kan uitoefenen.

²⁰¹ Zie, voor een recent voorbeeld van die reflex om een beroep te blijven doen op administratieve rechtsprekende commissies, A. HENKES en F. PARREIN, "L'indemnisation par l'Etat belge du dommage physique et moral des enfants juifs cachés sous l'occupation nazie - La souffrance jamais apaisée mais une part d'humanité rendue.- Etude comparative", in *Liber Amicorum* Xavier DIEUX, 2022, Larcier, p. 1596 e.v.

²⁰² In zijn beknopt handboek over administratieve geschillen, merkt M. LEROY op: "*Il existe plusieurs centaines de juridictions administratives, régies chacune par des textes spécifiques qui en déterminent la compétence, la composition, la procédure. Est-il besoin de le préciser? Aucune uniformité ne règne dans ce petit monde. Tout au plus la création du Conseil d'État et la soumission à son contrôle des décisions contentieuses qui ne pouvaient faire l'objet d'un recours auprès du pouvoir judiciaire ont-ils permis d'imposer à toutes un minimum de règles de procédure sans lesquelles il n'est pas de saine justice. Des projets de réorganisation ont plusieurs fois été mis en chantier. Un seul a abouti, mais il ne s'agit que d'une rationalisation partielle, touchant, il est vrai, un secteur particulièrement important, que la réforme a fait échapper à la juridiction administrative au profit de l'ordre judiciaire: le Code judiciaire, entré en vigueur en 1970, a substitué les tribunaux du travail à diverses commissions juridictionnelles qui étaient compétentes en matière de sécurité sociale. Pour le reste, le stade des études*

Een onderzoek van alle rechtsprekende commissies die thans actief zijn, gaat het opzet van deze uiteenzetting te buiten. We vermelden echter wel de bijzondere commissie voor de vergoeding voor onwerkzame voorlopige hechtenis, die onze aandacht trekt omdat het Hof hieraan actief meewerkt. Die commissie, die bij wet van 13 maart 1973 werd opgericht, treedt op als beroepsorgaan tegen de beslissingen van de minister van Justitie in die aangelegenheid. Ze is samengesteld uit de eerste voorzitter van het Hof van Cassatie, de eerste voorzitter van de Raad van State en de voorzitter van de orde van de balies van de taal van de rechtspleging en de procureur-generaal van het parket van het Hof van Cassatie.

70. Het voortbestaan, in de marge, van administratieve rechtscolleges die over geschillen inzake subjectieve rechten uitspraak moeten doen, heeft tot gevolg dat er nog steeds conflicten van attributie kunnen voorkomen. De regels van bevoegdheidsverdeling zijn weliswaar duidelijk, maar zijn, zoals alle regels, vatbaar voor interpretatie en die interpretaties kunnen verschillen. Er is dus nood aan een regeling voor conflicten van attributie.

Historisch gezien heeft de Grondwet aan het Hof van Cassatie de bevoegdheid toegekend om conflicten van attributie te regelen. Artikel 106 van de Grondwet van 1831, dat artikel 158 is geworden volgens de nummering van 1994, bepaalt dat het *“uitspraak doet over conflicten van attributie, op de wijze bij wet geregeld”*.

De draagwijdte van die tekst is geleidelijk geëvolueerd naarmate het begrip “scheiding van de machten” verfijnd werd.

71. Aanvankelijk was het conflict van attributie een conflict tussen de rechter en de bestuurder. Volgens de logica van het Nationaal Congres maakte artikel 106 van de Grondwet van 1831 deel uit van een geheel van bepalingen dat de uitvoerende macht aan het toezicht van de rechter moest onderwerpen. Het vormde een aanvulling op de regeling die werd gevormd door, enerzijds, de artikelen 92 en 93 (huidige artikelen 144 en 145) en, anderzijds, artikel 107 (huidig artikel 159).

Artikel 106 was in het bijzonder bedoeld om de herhaling te voorkomen van de door Willem I ingevoerde praktijk, die erin bestond dat de uitvoerende macht, die zich als de rechter van het conflict van attributie had opgeworpen, van de gelegenheid gebruikmaakte om akten, waarvan ze beweerde dat ze onder de bevoegdheid van de administratie vielen, aan de rechtspraak te onttrekken²⁰³.

préparatoires n'est guère dépassé” (M. LEROY, *Contentieux administratif*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, 109).

²⁰³ THONISSEN schrijft hierover: *“On sait que Guillaume Ier, par un arrêté inconstitutionnel du 5 octobre 1822, avait attribué aux gouverneurs de province le droit d'arrêter l'action des tribunaux, par la simple déclaration que l'autorité administrative revendiquait la connaissance de la cause. Le conflit une fois élevé, le roi lui-même était appelé à ‘statuer ce qui au cas paraîtrait appartenir’. [...] L'usage excessif que les ministres hollandais avaient fait de cette prétendue prérogative royale était devenu, dans les dernières années du royaume des Pays-Bas, l'objet de plaintes à peu près unanimes. Les rédacteurs de la Constitution, en enlevant ce privilège à la royauté, ne pouvaient manquer d'obtenir l'assentiment du Congrès national. L'article 106, qui attribue à la cour suprême le jugement des conflits, fut voté sans discussion”* (J.-J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, 3^{de} uitg., Brussel, 1879, p. 324-325).

Artikel 106 preciseert bovendien dat het Hof in die materie optreedt “op de wijze bij de wet geregeld”. Onder de eerste publicisten heeft de exacte betekenis van die bewoordingen voor veel discussie gezorgd. THONISSEN zag hierin een uitnodiging om het conflict van attributie op dezelfde wijze als bevoegdheidsconflicten tussen rechtbanken te regelen²⁰⁴. TIELEMANS en GIRON waren eerder de mening toegedaan dat de administratie een exceptie moest opwerpen, gegrond op het gebrek aan rechtsmacht van de rechter bij wie de zaak aanhangig werd gemaakt, en dat het Hof uitspraak moest doen op de bij wet bepaalde wijze, namelijk op een cassatieberoep tegen de beslissing die, in laatste aanleg, over de gegrondheid van die exceptie uitspraak had gedaan²⁰⁵.

In de loop van de negentiende eeuw werden voor het Hof sporadisch middelen aangevoerd die zich beriepen op artikel 106 van de Grondwet van 1831. Zo heeft het Hof in een arrest van 30 januari 1837 uitspraak gedaan over een cassatieberoep dat rechtstreeks tot doel had het Hof te doen oordelen wie, van het gerecht of van de bestendige deputatie, bevoegd was om uitspraak te doen over een geschil tussen eigenaars van naburige erven, die beiden elkaar verweten de bedding van een waterloop te hebben verplaatst²⁰⁶.

Gaandeweg zou de differentiatie, binnen de opdrachten van de uitvoerende macht, tussen de functies van besturen en rechtspreken, leiden tot een evolutie van het begrip ‘conflict van attributie’. Voortaan zou een onderscheid moeten worden gemaakt tussen twee soorten gerechten: het gerechtelijk rechtscollege en het administratieve rechtscollege.

Die evolutie zou duidelijk zichtbaar worden met de oprichting van de Raad van State. De opkomst van een administratief rechtscollege dat ook duidelijk als zodanig wordt opgevat, zou een gedetailleerde regeling voor mogelijke conflicten tussen de administratieve rechtspraak en de rechtbanken noodzakelijk maken. De wetgever gaat in de wet tot oprichting van de Raad van State een reeks bepalingen ter uitvoering van artikel 158 van de Grondwet opnemen die voorzien in de mogelijkheid om bij het Hof cassatieberoep in te stellen wanneer de Raad van State uitspraak doet over een exceptie van onbevoegdheid. In de tweede helft van de twintigste eeuw nam het belang van dit soort geschillen toe.

72. Artikel 158 van de Grondwet staat het Hof toe de bevoegdheidsoverschrijdingen van de uitvoerende macht te berispen, hetzij omdat ze beweert dat ze administratief moet optreden in een zaak die moet worden berecht, hetzij omdat ze bestuursrechtelijk uitspraak wil doen in een zaak die door de justitiële rechter moet worden behandeld.

Dat toezicht wordt echter al meteen beperkt door het feit dat er bij het Hof cassatieberoep moet worden ingesteld “op de wijze bij de wet geregeld” en er geen algemene werkwijze bestaat om dergelijke zaken bij het Hof aanhangig te maken, tenzij men ervoor zou kiezen de in het arrest van 30 januari 1837 gehanteerde oplossing nieuw leven in te blazen.

²⁰⁴ J.-J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, 3^{de} uitg., Brussel, 1879, 328.

²⁰⁵ A. GIRON, *Du contentieux administratif en Belgique*, Brussel, 1857, 140.

²⁰⁶ Cass. 30 januari 1837, *Pas.* 1837, I, 25.

Laten we echter niet uit het oog verliezen dat het ontbreken van een regeling van conflicten van attributie niet inhoudt dat de rechtbanken, door het bestaan van administratieve rechtscolleges, het voorrecht zouden verliezen om kennis te nemen van geschillen die onder hun bevoegdheid vallen. Het betekent alleen maar dat twee rechtsprekende ordes gelijktijdig optreden.

Anders gezegd: het feit dat een administratief rechtscollege heeft kennisgenomen van een geschil waarvan de rechtbanken oordelen dat het tot hun bevoegdheid behoort, belet hen niet dat geschil zelf te beslechten.

Hieruit zullen misschien tegenstrijdige beslissingen voortkomen, die op hun beurt tot problemen van tenuitvoerlegging kunnen leiden. Dit kan echter niet tot gevolg hebben dat de rechtbanken zich onbevoegd moeten verklaren om van het geschil kennis te nemen. De krachtmeting zal dan eerder plaatsvinden op het niveau van de effectieve tenuitvoerlegging van die beslissingen. Op dat vlak hebben de rechtbanken echter een uitgesproken voordeel op de administratieve rechter: niet alleen kunnen rechterlijke beslissingen voorzien worden van belangrijke stimulansen voor een vrijwillige tenuitvoerlegging (zoals een dwangsom), maar bovenal kunnen de tussengeschillen betreffende de tenuitvoerlegging van een beslissing, zelfs al werd deze door een administratieve rechter gewezen, alleen aan de rechtbanken worden voorgelegd²⁰⁷.

73. In geval van cassatieberoep tegen de beslissing die de in artikel 144 van de grondwet vastgelegde bevoegdheid van de rechtbanken bevestigt, zal het Hof zich kunnen beperken, zonder zich het verwijt van een verboden grondwettigheidstoetsing op de hals te halen, tot een wettigheidstoets van de kwalificatie, door de feitenrechter, van de in het geding zijnde rechten als burgerlijke rechten.

De grondwettigheid van een wet kan daarentegen voor de administratieve rechter in vraag worden gesteld wanneer een partij zich verdedigt door het argument dat die rechter niet van dat geschil kan kennisnemen. In een dergelijk geval moet de administratieve rechter zich tot het Grondwettelijk Hof richten.

²⁰⁷ Het voorgaande geldt voor een bevoegdheidsoverschrijding die het gevolg is van het enkele optreden van de uitvoerende macht, zoals in geval van oprichting van administratieve rechtscolleges bij koninklijk besluit. Gaat het er anders aan toe wanneer de bevoegdheidsoverschrijding het gevolg is van het optreden van de wetgever die een recht ten onrechte als een politiek recht omschrijft, terwijl het duidelijk om een burgerlijk recht gaat? Kunnen de rechtbanken zich bevoegd verklaren om van het geschil kennis te nemen, niettegenstaande dat de wetgever het aan een administratieve rechter meende te kunnen toewijzen?

Ter herinnering, artikel 144, eerste lid, van de Grondwet bepaalt dat "geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoren. De wet kan echter, volgens de door haar bepaalde nadere regels, de Raad van State of de federale administratieve rechtscolleges machtigen om te beslissen over de burgerrechtelijke gevolgen van hun beslissingen". Wanneer een rechtbank zich bevoegd verklaart om kennis te nemen van een geschil, maakt ze dan niet enkel gebruik van de prerogatieven die ze rechtstreeks aan artikel 144 van de Grondwet ontleent? Zou men kunnen tegenwerpen dat de rechtbanken zich in een dergelijk geval uitspreken over de grondwettigheid van de wet?

Wat de rechtbank zeker niet mag doen, is bij de bevestiging van haar eigen bevoegdheid de administratieve rechter de bevoegdheid onzeggen die hij aan de wet meent te ontleen en, die wet met het oog hierop ongrondwettig verklaren.

Dit heeft zich herhaaldelijk voorgedaan. Het arrest nr. 14/97 van het Arbitragehof van 18 maart 1997 heeft uitspraak gedaan over een prejudiciële vraag van de Raad van State waarbij een beroep tegen een beslissing van de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen aanhangig was gemaakt. Hierin betwistte de asielzoeker de grondwettigheid van de wetsbepaling die de kennisneming van dergelijke geschillen aan een rechtsprekende commissie voorbehoudt. Hij voerde aan dat het geschil betrekking had op burgerlijke rechten, zodat de bepaling die de berechting van dat geschil aan een administratief rechtscollege toevertrouwde, discriminerend was, omdat de andere geschillen inzake burgerlijke rechten aan de hoven en rechtbanken worden voorgelegd.

Het Grondwettelijk Hof heeft geoordeeld dat *“wanneer een overheid van de Staat uitspraak doet over een aanvraag tot het verkrijgen van de hoedanigheid van vluchteling, met de gevolgen die aan die beslissing verbonden zijn ten aanzien van de toelating tot verblijf en vestiging, die overheid optreedt in uitoefening van een functie die in een dergelijke verhouding staat tot de prerogatieven van het openbaar gezag van de Staat, dat zij zich buiten de werkingssfeer bevindt van de gedingen van burgerlijke aard in de zin van artikel 144 van de Grondwet. Daaruit volgt dat een betwisting omtrent de hoedanigheid van vluchteling, een betwisting omtrent een politiek recht is.”*^{208 209}

B) De zogenaamde “objectieve” geschillen

74. Het bestaan van de zogenaamde “objectieve” geschillen ontkracht de stelling niet dat enkel de rechterlijke macht over de volheid van de rechtsprekende functie beschikt.

Ter herinnering, het begrip “objectieve geschillen” is uiterst dubbelzinnig. Het vindt zijn historische oorsprong in de wil van bepaalde vroege auteurs om de administratie aan het toezicht van de rechtbanken te onttrekken. Het doel bestond erin een gedeelte van de geschillen tussen de overheid en haar burgers aan de in de artikelen 92 en 93 van de

²⁰⁸ Andere arresten doen uitspraak over prejudiciële vragen van de “Commissie van beroep ingesteld bij de Dienst voor geneeskundige controle van het RIZIV” (Arbitragehof 30 oktober 2001, nr. 133/2001, AA 2001, 1791; Arbitragehof 30 januari nr. 26/2002, AA 2002, 273; Arbitragehof 5 juni 2002, nr. 94/2002, AA 2002, 1149; Arbitragehof 12 juni 2002, nr. 98/2002, AA 2002, 1201; Arbitragehof 12 februari 2003, nr. 23/2003, AA 2003, 205). Een arrest van 27 mei 2008 herhaalt dat de betwisting omtrent de hoedanigheid van vluchteling betrekking heeft op een politiek recht (GwH 27 mei 2008, nr. 81/2008). Een ander arrest van 26 november 2009 bevestigt dat het geschil inzake het bedrag van de gerechtskosten dat kan worden gevorderd door een dienstverlener die werd gevraagd om tot de goede werking van de openbare dienst van Justitie te willen bijdragen, een geschil inzake politieke rechten is. (GwH 26 november 2009, nr. 188/2009 en de noot van F. JUDO, “Onderscheid tussen burgerlijke en politieke rechten”, *NjW* 2010, 23).

²⁰⁹ Aanvullend kan de vraag worden gesteld in hoeverre de rechtbanken gebonden zijn door de kwalificatie van politieke rechten die door het Grondwettelijk Hof wordt gegeven – per definitie in een andere procedure dan die welke bij hen aanhangig werden gemaakt – om de grondwettigheid te verantwoorden van de wet die een bepaald geschil aan een administratief rechtscollege toewijst. Die vraag verwijst in werkelijkheid naar de kwestie van het gezag van gewijsde van de arresten van het Grondwettelijk Hof. In dit opzicht is het gezag van gewijsde van die arresten echter relatief, behalve in geval van vernietiging, en niets wijst erop dat de rechtbanken gebonden zouden zijn door het oordeel van het Hof over de aard van het in het geding zijnde recht. Anders gezegd, het komt aan het Grondwettelijk Hof niet toe om de bevoegdheden van de rechtbanken te bepalen, zelfs al zou het dit doen om de bevestiging, door een administratieve rechter, van zijn eigen bevoegdheden tegen te spreken.

Grondwet bepaalde categorieën te onttrekken door uitgerekend te ontkennen dat het hier om geschillen ging.

Hoewel de stelling van de jurisdictionele immuniteit in de loop der tijd aan terrein heeft ingeboet, is de opvatting blijven bestaan volgens welke geschillen over de algemene wettigheid van administratieve handelingen geen betrekking hebben op subjectieve rechten en een bijzonder soort geschillen vormen, die *a priori* niet aan een rechter kunnen worden voorgelegd. Dat schijnbare gebrek aan een rechter die door de Grondwet wordt aangewezen om van die zogenaamde “objectieve” geschillen kennis te nemen, leidde tot de oprichting van de Raad van State.

Het probleem van die intellectuele constructie is dat ze een oplossing beweert te bieden voor het probleem van de geschillen die geen justitiële rechter hebben omdat ervan wordt uitgegaan dat deze, wegens de in het geding zijnde rechten, niet tot zijn rechtsprekende bevoegdheid behoren. De verantwoording zal worden gevonden in de concepten van **(1)** “*het werkelijke voorwerp van het beroep*”, **(2)** “*de vereiste volheid van rechtsmacht*” en **(3)** de vereisten van het eerlijk proces.

1) De theorie van het “werkelijke voorwerp van het beroep”

75. De theorie van het *werkelijke voorwerp van het beroep* is een conceptueel kader dat door het Hof van Cassatie werd ontwikkeld in zijn hoedanigheid van rechter van het conflict van attributie. Het is een antwoord op de veelbesproken kwestie van de respectievelijke grenzen tussen de objectieve geschillen en de geschillen die subjectieve rechten betreffen.

Een formele benadering, gegrond op het voorwerp van de vordering, werd al snel door het Hof van Cassatie veroordeeld. Het Hof heeft geoordeeld dat een geschil niet louter tot de bevoegdheid van de Raad van State behoort omdat de vordering tot nietigverklaring van een bestuurshandeling strekt.

Gaandeweg is het Hof beginnen te oordelen dat het ultieme criterium om te bepalen of een geschil al dan niet subjectieve rechten betreft, bestaat in de voorwaarden die op het optreden van de openbare rechtspersoon zijn gesteld. Al naargelang de op dit optreden gestelde regels de auteur van de handeling een zekere beoordelingsvrijheid geven of hem integendeel verplichten op een welbepaalde wijze te handelen, heeft het beroep al dan niet betrekking op een objectief geschil.

Dit onderscheid verwijst in werkelijkheid naar het -klassieke- onderscheid tussen de discretionaire en de gebonden bevoegdheid. Men spreekt van een gebonden bevoegdheid wanneer de uitoefening ervan verplicht is en de uitoefeningsvoorwaarden uitsluitend van objectieve aard zijn. Die twee voorwaarden zijn cumulatief. Wanneer aldus de uitoefening van de bevoegdheid facultatief is, dat wil zeggen wanneer het orgaan van de openbare rechtspersoon geheel vrij is om al dan niet een beslissing te nemen, is er geen sprake van een subjectief recht; het geschil over de beslissing of het uitblijven van een beslissing wordt geacht niet aan de bevoegdheid van de rechtbanken te ontsnappen. Ook wanneer het orgaan

van de politieke collectiviteit moet optreden, maar vrij kan oordelen over de te nemen maatregel, gaat het om een discretionaire bevoegdheid en wordt ervan uitgegaan dat er geen enkel subjectief recht in het geding is²¹⁰.

Deze gedachtegang kan vragen doen rijzen. Indien een bevoegdheid discretionair is, betekent dit dat het de administratie geheel vrij stond deze beslissing en geen andere te nemen. Haar beslissing kan dus niet aan het rechterlijk toezicht onderworpen worden, aangezien dit juist veronderstelt dat de administratie zou kunnen worden verweten deze keuze en geen andere te hebben gemaakt. Als de rechter daarentegen wel toezicht op de beslissing van de administratie kan houden, betekent dit dat de bevoegdheid niet, of althans niet in al haar aspecten, discretionair was. Het geschil valt bijgevolg *a priori* onder de bevoegdheid van de rechtbanken.

De dubbelzinnigheid van de objectieve geschillen stelt ook problemen voor de volheid van rechtsmacht en voor de eerbiediging van de vereisten van het eerlijk proces.

2) Het toezicht met volle rechtsmacht

76. In het interne recht werden de administratieve geldboeten oorspronkelijk onderworpen aan de algemene regels die de verhoudingen tussen de rechter en de administratie regelen.

Aanvankelijk werd ervan uitgegaan dat de rechter enkel een strikt wettigheidstoezicht kon houden. Wat betekende dat indien de administratieve bevoegdheid volledig gebonden is, de rechter moet onderzoeken of de bij wet bepaalde sanctie wel degelijk die is welke de administratie heeft toegepast. Indien de wet de administratie daarentegen een zekere beoordelingsvrijheid liet, mocht de rechter zich niet mengen in de uitoefening van die discretionaire bevoegdheid.

Het Hof van Cassatie zou vervolgens in de *sociale geschillen* een emancipatiebeweging in gang zetten²¹¹.

In de zaak *Lapeire t. Belgische Staat* van 3 maart 1972 besliste het Hof, in verenigde kamers, dat “krachtens artikel 107 Grondwet de aldus (uitdrukkelijk bij wet) aan de rechtbanken van de rechterlijke orde toegekende bevoegdheid niet is beperkt tot de toetsing van de externe wettigheid, en zich dus uitstrekt tot de controle van het bestaan van een machtsoverschrijding of -afwending”²¹².

²¹⁰ Zie B. LOMBAERT, F. TULKENS en A. VAN DER HAEGEN, “Cohérence et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours” in H. DUMONT, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK, *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Brussel, Die Keure, 2007, 17-66; B. BLERO, “La théorie de l'objet véritable du litige n'est-elle pas véritablement devenue sans objet?” (noot onder Cass. 20 december 2007), *RCJB* 2009, 440.

²¹¹ A. HENKES, “La Commission administrative nationale - Considérations à propos d'un organe administratif quasi juridictionnel”, *JTT* 1992, nrs. 516 en 517, 17-28 en 37-48.

²¹² Cass. 3 maart 1972, *JT* 1972, 372.

Het arrest *Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening t. Hoogveld* van 18 mei 1981 is van buitengewoon belang voor onze uiteenzetting. Het betreft een geschil dat was ontstaan uit een weigering van een raad van bestuur om de niet-stakende werknemers te vergoeden. In welke mate mogen de arbeidsgerechten een dergelijke beslissing van de raad van bestuur onderzoeken? Het arbeidshof zou zich bevoegd verklaren, zowel om de wettigheid van de beslissing te toetsen en, aangezien die beslissing niet rechtmatig bleek, deze door zijn eigen beslissing te vervangen door, op grond van de feitelijke gegevens die het vaststelt, te beslissen dat de werkloosheid onvrijwillig was en er aan de werknemer werkloosheidsuitkeringen waren verschuldigd. Het Hof keurt die benadering goed, op grond *“dat het die gerechten toekomt de wettigheid van de aangevochten beslissing, ook met betrekking van de vaststelling van de feiten, te toetsen en uitspraak te doen over het recht van de uitkeringsgerechtigde”*²¹³.

Het Hof had al eerder, in andere materies, in dezelfde zin uitspraak gedaan, waarbij het de gewone rechtscolleges bevoegd had verklaard om, in hun uitspraak over de grond van de zaak, hun vonnis in de plaats te stellen van de bestreden administratieve beslissingen²¹⁴.

In zijn conclusie vóór het arrest van 29 januari 1981²¹⁵ stelt procureur-generaal DUMON dezelfde vraag en antwoordt hij hierop dat het meer aangewezen is het gerecht, na vernietiging van de beslissing, over de grond van de zaak uitspraak te laten doen dan het gerecht het geschil voor beslissing naar de raad van bestuur te laten terugwijzen. Laatstgenoemde mogelijkheid botst volgens hem op de logheid van de procedure en is bovendien in strijd met artikel 580 van het Gerechtelijk Wetboek, dat de arbeidsrechtbanken volstrekt bevoegd verklaart²¹⁶.

FLAMME schrijft aldus: *“(...) la mission juridictionnelle est non seulement de dire le droit mais encore de le rétablir”*(...)²¹⁷.

De heer WERQUIN besluit in zijn bijzonder uitvoerige studie van de *“Etendue et [les]limites des pouvoirs du juge dans le contentieux de la sécurité sociale”*²¹⁸ dat, *“lorsque la juridiction du travail connaît d'une contestation relative au droit à une prestation sociale et que la juridiction constate que la décision administrative est illégale, il y a lieu, dans la mesure où celle-ci n'agit pas comme une juridiction administrative dont la compétence se limiterait à annuler les décisions administratives, d'inviter les parties à conclure relativement à ce droit devant la juridiction pour qu'ainsi celle-ci puisse ensuite statuer, vider sa saisine pouvant se conclure notamment par la condamnation de l'autorité administrative au paiement d'une somme d'argent en cas de reconnaissance du droit à la prestation sociale postulée”*²¹⁹.

²¹³ Cass. 18 mei 1981, AC 1980-1981, nr. 532.

²¹⁴ Cass. 3^e kamer, 5 september 1973, in de zaak R.I.Z.I.V. t. echtgenoten M... en L.V.N.M., AC 1974, I, 12; Cass. 13 maart 1974, in de zaak C.C.A.F. t. J..., AC 1974, 778; Cass. 22 mei 1978, in de zaak R.I.Z.I.V. t. L..., AC 1978, 1109.

²¹⁵ JTT 1981, 179 e.v., met een uitgebreide passage uit de conclusie van procureur-generaal DUMON.

²¹⁶ Procureur-generaal DUMON, JTT, 1981, 182.

²¹⁷ M.-A. FLAMME, “Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'administration”, JT 1972, 422.

²¹⁸ Openingsrede uitgesproken door substituut-generaal Thierry WERQUIN op de plechtige openingszitting van het arbeidshof van Brussel van 2 september 1993, JTT 1993, 337 e.v.

²¹⁹ Ibid., 347.

3) De vereisten van het eerlijk proces

77. Een ander soort geschillen deden een soortgelijke vraag rijzen die eerder was gericht op de vereisten van het eerlijk proces: het toezicht op de administratieve geldboetes door de gerechten.

Het probleem werd in meerdere stappen opgelost.

Artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens bepaalt dat *“bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging, eenieder recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld”*.

Die bepaling staat in theorie niet in verband met de objectieve geschillen, aangezien deze geacht worden niet op burgerlijke rechten of verplichtingen betrekking te hebben. Bepaalde aspecten van de objectieve geschillen bleken echter binnen het domein van de strafrechtelijke vervolging te vallen. Het gaat om de geschillen waarin op sommige administratieve sancties toezicht wordt gehouden.

Administratieve sancties zijn als zodanig geen strafrechtelijke sancties. Het begrip strafrechtelijke vervolging, in de zin van het Verdrag, heeft in het kader daarvan echter een autonoom karakter, wat uitsluit dat de toepassing van artikel 6 kan worden bepaald door kwalificaties in het interne recht²²⁰.

Nu blijkt, volgens de autonome categorieën van het verdragsrecht, dat de administratieve sancties onder bepaalde voorwaarden wel een strafrechtelijk karakter kunnen hebben. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hanteert immers drie criteria om te bepalen of een sanctie als een strafrechtelijke sanctie kan worden gekwalificeerd.

Het eerste criterium is de kwalificatie die de sanctie in het interne recht krijgt: indien die sanctie hierin als een strafrechtelijke sanctie wordt beschouwd, valt ze onder artikel 6 van het Verdrag.

Als ervan uitgegaan wordt dat de kwalificatie in het interne recht niet doorslaggevend is, zijn er twee andere criteria van toepassing. Het eerste criterium bestaat in de bestaansreden van de sanctie, krachtens welke een sanctie van strafrechtelijke aard is wanneer ze aan de gehele bevolking kan worden opgelegd en ertoe strekt een bepaald gedrag te bestraffen en te voorkomen; het tweede bestaat in de ernst van de maximale sanctie. Het gaat hier om twee

²²⁰ A. ALEN, “Administratieve geldboeten: hun internationaal- en internrechtelijk kwalificatie”, in *Liber amicorum G. Baeteman*, Deurne, Kluwer, 1997, 382, nr. 9.1; A. ALEN, “Naar een betere rechtsbescherming inzake administratieve geldboeten na de koerswijziging van het Hof van Cassatie in zijn arresten van 5 februari 1999”, *RW* 1999-2000, 630, nr. 3; S. NUDELHOLC en J. KIRKPATRICK, “Le contrôle judiciaire des amendes fiscales et le principe de proportionnalité” (noot onder Cass. 5 februari 1999), *RCJB* 2002, 628, nr. 33; J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, Brugge, Die Keure, 2011, 53, nr. 67; P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling bij geschillen over directe rijksbelastingen*, *loc. cit.*, 118, nr. 105; F. BOUHON, “Réflexions autour de la qualification pénale des amendes fiscales”, *JT* 2009, 681, inz. 683.

alternatieve criteria die gezamenlijk kunnen worden toegepast wanneer ze, afzonderlijk genomen, niet volstaan om met zekerheid een beslissing te nemen²²¹.

Wanneer de administratieve sancties strafrechtelijke sancties blijken te zijn, heeft de rechtszoekende het recht om de gegrondheid van de vervolging te laten onderzoeken door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie.

Hoe valt deze eis te rijmen met het feit dat de sanctie wordt opgelegd door een administratieve overheid? Zou een dergelijke maatregel niet uitsluitend door de rechter mogen worden opgelegd, zonder dat de administratie zich hierin mag mengen?

Het Hof voor de Rechten van de Mens heeft een regeling uitgewerkt waarin de tussenkomst van de administratie wordt toegestaan en deze kan beslissen om de administratieve geldboete op te leggen. Wel is vereist dat de beslissing van de administratieve overheid, aangezien ze zelf niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 6.1, achteraf kan worden onderzocht door een *gerechtelijk orgaan met volle rechtsmacht*²²².

78. Aanvankelijk hebben de hooggerechtshoven getracht de klassieke opvatting van de tegenstrijdige vereisten van het eerlijk proces en van de scheiding der machten te verzoenen door een uiterst doorgedreven wettigheidstoezicht te verankeren.

Zo heeft het Hof van Cassatie in een arrest van 5 februari 1999 geoordeeld dat *“artikel 6.1 EVRM en artikel 14.1 IVBPR zich niet verzetten tegen een stelsel waarbij aan het bestuur de vervolging en sanctionering van inbreuken op de fiscale reglementering wordt toevertrouwd, mits de belastingplichtige de opgelegde sanctie kan laten controleren door een rechterlijke instantie die alle garanties biedt welke in die bepalingen worden omschreven; dat die rechter aldus moet kunnen nagaan of voldaan is aan alle wettelijke vereisten van de straf en hiervoor de elementen in feite en in rechte moet kunnen beoordelen; dat die rechter aldus de mogelijkheid moet hebben de werkelijkheid na te gaan van de sanctionering en eveneens te beoordelen of de sanctie met de wettelijke voorschriften overeenstemt, en inzonderheid of zij niet indruist tegen specifieke wettelijke bepalingen of tegen algemene rechtsbeginselen, en of zij niet in strijd is met de zorgvuldigheidsplicht van het bestuur; dat de uitoefening van dit toetsingsrecht evenwel niet inhoudt dat de rechter om loutere redenen van opportuniteit of billijkheid de belastingplichtige zou kunnen bevrijden van de bedoelde verplichtingen die hem wettelijk zijn opgelegd door de overheid”*²²³.

²²¹ Zie A. ALÉN, “Naar een betere rechtsbescherming inzake administratieve geldboeten na de koerswijziging van het Hof van Cassatie in zijn arresten van 5 februari 1999”, *loc. cit.*, 630-631, nr. 3; S. NUDELHOLC en J. KIRKPATRICK, o.c., 628-629, nr. 33.

²²² EHRM 24 februari 1994, *Bendenoun t. Frankrijk*, *Publ. Eur. Court H.R.* 1994, Serie A, nr. 284, 46; EHRM 4 maart 2004, *Silvester's Horeca Services t. België*, nr. 47650/99, § 25; EHRM 7 juni 2012, *Segame S.A. t. Frankrijk*, nr. 4837/06, § 54; Zie ook G. VAN HAEGENBORGH, “Artikel 159 van de grondwet in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof. Bedenkingen vanuit Europees perspectief”, in *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Brugge, Die Keure, 2010, 257, nr. 39; S. NUDELHOLC en J. KIRKPATRICK, o. c., 632, nr. 38.

²²³ Cass. 5 februari 1999, AR C.97.0441.N, AC 1999, nr. 67, 152-153.

In dezelfde periode heeft het Grondwettelijk Hof, in zijn arresten nr. 22/99 en nr. 32/99, na te hebben herhaald dat, volgens de uitlegging van de rechter in hoger beroep, *“de categorie van de personen die door een administratieve geldboete inzake B.T.W. wordt getroffen, niet de mogelijkheid heeft een beroep in te stellen dat hen ertoe in staat stelt door een rechter te laten toetsen of een administratieve beslissing met repressief karakter in rechte en in feite verantwoord is en of zij de wettelijke bepalingen en algemene beginselen die de administratie in acht moet nemen, waaronder het evenredigheidsbeginsel, eerbiedigt”*, geoordeeld dat dit een verschil in behandeling uitmaakt dat niet redelijk verantwoord is ten opzichte van de rechtszoekenden die aan een zuiver strafrechtelijke bestraffing onderworpen worden. Het Hof heeft hieruit afgeleid dat *“het aan de wetgever staat te beoordelen of het aangewezen is de administratie en de rechter te dwingen tot gestrengheid wanneer die overtredingen inzonderheid het algemeen belang schaden. Maar indien hij van oordeel is dat de administratie de mogelijkheid moet hebben om de omvang van de sanctie te moduleren, dan mag niets van wat onder de beoordeling van de administratie valt aan de controle van de rechter kunnen ontsnappen”*²²⁴.

In hun arresten hebben het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof, ondanks andere bewoordingen, voor dezelfde oplossing gekozen: die van een uiterst nauwkeurige wettigheidstoetsing via het evenredigheidsbeginsel, maar zonder te durven stellen dat de rechter zijn eigen beoordeling in de plaats van die van de administratie mocht stellen.

In de rechtsleer rees evenwel de vraag of een rechterlijk toezicht zonder substitutiebevoegdheid wel in overeenstemming was met de vereisten van een eerlijk proces. Volgens sommigen sloot het ontbreken van een substitutiebevoegdheid niet uit dat het toezicht kon worden beschouwd als een toezicht met volle rechtsmacht in de zin van artikel 6 van het Verdrag, voor zover de evenredigheid van de sanctie kon worden onderzocht; voor anderen voldeed het toezicht zonder substitutiebevoegdheid niet aan de vereisten van artikel 6, zelfs als dat toezicht ook een evenredigheidstoetsing toestond²²⁵.

79. Kortom, die kwestie kon alleen worden beslecht door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Dit Hof heeft de vereiste volheid van rechtsmacht finaal omschreven als de bevoegdheid, voor het gerechtelijk orgaan, *“de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi”*²²⁶.

In het *Silvester's Horeca Services*-arrest oordeelde het voormelde Hof dat er sprake is van een schending van artikel 6.1 van het Verdrag wanneer de rechter bij wie het beroep van de

²²⁴ Arbitragehof, 24 februari 1999, nr. 22/99, AA 1999, 257 en de noot van B. COOPMAN en G. STESENS, “Mensenrechtelijke waarborgen toepasselijk op de administratieve fiscale boete: reflecties bij de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Arbitragehof”, *TFR* 1999, 385; Noot van C. VERMEERSCH, “Rechterlijke bevoegdheid met betrekking tot administratieve fiscale sancties”, *RW* 1998-99, 1346; Arbitragehof 17 maart 1999, nr. 32/99, AA 1999, 371.

²²⁵ S. NUDELHOLC en J. KIRKPATRICK, o.c., 635, nr.40.

²²⁶ EHRM 4 maart 2004, *Silvester's Horeca Services t. België*, nr. 47650/99, § 27. Zie commentaar van B. COOPMAN, “Rechterlijke toetsing van fiscale boetes: cassatie teruggefloten door Straatsburg”, *TFR* 2004, 641-643.

belastingplichtige aanhangig is gemaakt, beslist dat hij enkel de werkelijkheid van de overtredingen moet onderzoeken en de wettigheid van de fiscale geldboetes moet toetsen, zonder dat hij een opportuniteitstoetsing mag verrichten of die geldboetes geheel of gedeeltelijk mag kwijtschelden.

In het *Segame*-arrest heeft het Hof daarentegen besloten dat er geen sprake was van een schending, na te hebben vastgesteld dat de verzoekster, een Franse onderneming die een geschil had met de Franse belastingdienst, *“a pu former devant le tribunal administratif un recours visant la décharge du rappel de taxe et des pénalités, et saisir ensuite la cour administrative d’appel et le Conseil d’État d’un appel et d’un pourvoi en cassation”* en dat het in dit geval bovendien ging om *“un recours de plein contentieux, dans le cadre duquel le juge administratif dispose de pouvoirs étendus: il apprécie tous les éléments de fait et de droit et peut non seulement annuler ou valider un acte administratif, mais également le réformer, voire substituer sa propre décision à celle de l’administration et se prononcer sur les droits de l’intéressé; en matière fiscale, il peut décharger le contribuable des impôts et pénalités mis à sa charge ou en modifier le montant dans la limite de l’application de la loi, et en matière de pénalités, substituer un taux inférieur à un taux supérieur pour autant que la loi le prévoit”*²²⁷.

Het staat dus vast dat, thans, het beroep tegen de administratieve sanctie slechts in overeenstemming met het Verdrag wordt geacht als de rechter in staat is die sanctie te verminderen, binnen de door de wet aan de administratie opgelegde grenzen. Nog vóór de uitspraak van het *Silvester’s Horeca Services*-arrest had het Grondwettelijk Hof de formulering van zijn arresten trouwens aangepast door hierin de vereiste substitutiebevoegdheid te integreren in de vorm van een vermindering of een kwijtschelding van de geldboete²²⁸.

80. Voor de rechtbanken levert de onderwerping van de administratie aan een toezicht met volle rechtsmacht, met de bevoegdheid om hun beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratie, geen bijzondere theoretische problemen op. Tenslotte gaat het er gewoon om het toezicht op de administratieve sancties af te stemmen op het toezicht in strafzaken in de strikte zin, wat bovendien tot hun exclusieve bevoegdheden behoort.

Voor de Raad van State liggen de zaken anders. Met uitzondering van de enkele gevallen waarin de Raad van State de rol van een rechtsprekende commissie vervult die over politieke rechten uitspraak doet, zijn zijn bevoegdheden beperkt tot de zogenaamde “objectieve” geschillen, die in essentie intrinsiek onverenigbaar zijn met de opvatting van een substitutiebevoegdheid.

Het opduiken van de vereisten van een eerlijk proces in de objectieve geschillen plaatst de administratieve rechter voor een onoplosbaar probleem. Als hij aan die vereisten voldoet, zal hij de grenzen van het andere miskennen. En als hij die grenzen eerbiedigt, wordt het proces

²²⁷ EHRM 7 juni 2012, *Segame S.A. t. Frankrijk*, nr. 4837/06, § 56.

²²⁸ Arbitragehof 12 juni 2002, nr. 96/2002, AA 2002, 1167. Zie ook Arbitragehof 24 september 2003, nr. 125/2003, AA 2003, 1585; Noot van P. HANNES, “Art. 74/4bis Vreemdelingenwet: de onschuld van de vervoerder mag worden aangetoond”, RW 2003-04, 1337; Grondwettelijk Hof, 15 mei 2008, nr. 79/2008, AGwH 2008, 1139 en de noot van M. MARLIERE en C. SCHOTTE, “Le contrôle judiciaire des amendes T.V.A.”, RGCF 2009, 171.

niet eerlijk gevoerd, aangezien de administratieve overheid aan het rechterlijk toezicht is onttrokken²²⁹.

81. In feite is deze situatie niets meer dan een illustratie van de paradox die aan het concept van de zogenaamde “objectieve” geschillen ten grondslag ligt, namelijk die wil om iets aan het rechterlijk toezicht te onderwerpen waarvan eerder al was vastgesteld dat het niet aan een dergelijk toezicht kon worden onderworpen, omdat het nu eenmaal binnen het voorbehouden domein van de administratie valt.

Een manier – zo niet de enige manier – om de coherentie van dit conceptuele geheel te herstellen, zou erin bestaan de idee te aanvaarden – zoals sommige auteurs trouwens ook stellen²³⁰ – dat legaliteitsgeschillen een vorm van geschillen over politieke rechten zijn. Toch zou die teruggevonden coherentie ook een keerzijde hebben, namelijk dat deze geschillen dan onder de toepassing van artikel 145 van de Grondwet zouden vallen en dus, behoudens de bij wet bepaalde uitzonderingen, tot de bevoegdheid van de rechtbanken zouden behoren.

Paragraaf 2.- Concentratie ten aanzien van de grondwettelijke rechter

82. Ten overstaan van de administratieve rechter lijdt het geen twijfel dat de rechtbanken over de volheid van de rechtsprekende functie beschikken.

Ten overstaan van de grondwettelijke rechter blijken de zaken echter anders te liggen, aangezien de rechtbanken de grondwettigheid van wetten niet mogen toetsen. Die beperking is echter niet zo absoluut als ze op het eerste gezicht lijkt. De vraag naar de grondwettigheid van wetten valt immers grotendeels samen met die naar de verenigbaarheid ervan met het internationaal recht, aangezien beide categorieën van normen hetzelfde doel hebben. Meer nog: de Grondwet kan onmogelijk afwijken van het verdragsrecht, zoals het Hof in drie arresten van 9 en 16 november 2004 heeft bevestigd.

In die beslissingen heeft het Hof de voorrang van het verdragsrecht op de tekst van de Grondwet verankerd, zodat een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof op basis van een *a fortiori*-redenering nutteloos is. Aangezien de Grondwet ondergeschikt is aan het internationaal recht, ontsloeg de verenigbaarheid van een wet met de verdragsbepaling het Hof van de verplichting om de grondwettigheid van die wet in vraag te stellen, omdat de Grondwet in geen geval mag afwijken van de vereisten van het EVRM.

²²⁹ In tegenstelling tot wat de Raad van State in een aantal reeds oudere arresten heeft beslist: AR RvS 20 december 1984, *Broeckx*, nr. 24.937; AR RvS 3 juli 1986, *Broeckx en Van Craen*, nr. 26.840; AR RvS 28 juni 1989, *Ockerman en Notebaert*, nr. 32.886; AR RvS 28 juni 1989, *Vandenberg*, nr. 32.887. Zie S. NUDELHOLC en J. KIRKPATRICK, o.c., 636, nr. 41. Vgl. M. MELCHIOR, “La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme” in *Présence du droit public et des droits de l’homme — Mélanges offerts à Jacques Velu*, III, Brussel, Bruylant, 1992, 1341.

²³⁰ Zie B. BLERO, “L’article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l’excès de pouvoir et le juge judiciaire” in *Le Conseil d’État, cinquante ans après sa création*, Brussel, Bruylant, 1999, 203-267; B. BLERO, “La théorie de l’objet véritable du litige n’est-elle pas véritablement devenue sans objet” (noot onder Cass. 20 december 2007), *RCJB* 2009, 420 e.v., inz. 476 e.v.; zie ook de uiteenzetting van P. WIGNY, “Droits administratifs subjectifs. A propos de l’arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1956”, *JT* 1957, 361. Vgl. M. LEROY, *Contentieux administratif*, 4de uitg., Brussel, Bruylant, 2008, 91.

Het arrest van 9 november 2004 vermeldt aldus dat “*het EVRM primeert op de Grondwet*”²³¹. De arresten van 16 november 2004 vermelden meer in het algemeen dat “*het verdrag met rechtstreekse werking voorrang heeft op de Grondwet*”²³².

Die beslissingen zijn het logische gevolg van het *Le Ski*-arrest en van het feit dat het Hof zich heeft aangesloten bij de monistische opvatting van de relatie tussen het nationaal en het internationaal recht²³³.

In de ogen van het Hof zijn ze ook de tegenhanger van het arrest van het Grondwettelijk Hof van 22 juli 2004, waarin de theorie van het “*ondeelbaar geheel*” is vastgelegd²³⁴. Krachtens die theorie toetst het Grondwettelijk Hof niet alleen of wetten in overeenstemming zijn met de Grondwet, maar ook of ze in overeenstemming zijn met de internationale instrumenten die de rechten van de mens beschermen, wanneer de grondwettelijke bepalingen een soortgelijk grondrecht waarborgen en als dusdanig een onlosmakelijk geheel vormen²³⁵.

De verankering van het begrip “*ondeelbaar geheel*” door het Grondwettelijk Hof geeft een nieuwe wending aan zijn bevoegdheden. Een oppervlakkige analyse zou kunnen laten uitschijnen dat het Grondwettelijk Hof zich hiermee de bevoegdheden van de rechtbanken toe-eigent. Dat is echter niet het geval omdat, zoals we hierboven over de betrekkingen tussen de rechtbanken en de administratieve gerechten reeds hebben vermeld, het feit dat een dergelijk gerecht zich bevoegd verklaart niet *per se* betekent dat het andere gerechten de bevoegdheid ontzegt om van hetzelfde geschil kennis te nemen.

Jammer genoeg heeft men, door een verkeerde uitlegging van artikel 26, § 4, van de bijzondere wet van 6 januari 1989, weleens het tegendeel beweerd.

Die tekst, gewijzigd door de bijzondere wet van 12 juli 2009, bepaalt dat “*wanneer voor een rechtscollege de schending wordt opgeworpen door een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel van een grondrecht dat op geheel of gedeeltelijk analoge*

²³¹ Cass. 9 november 2004, AC 2004, nr. 539; TBP 2005, 43 en noot F. MEERSCHAUT, “De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet”; RDPK 2005, 789 en noot M.-F. RIGAUX, “Quand la Cour de cassation arbitre”; CPDK 2005, 597 en noot A. VANDAELE, “Het Hof van Cassatie tussen de hamer van de directe werking en het aambeeld van de prejudiciële vraagstelling”; RCJB 2007, 31 en noot J. VAN MEERBEECK en M. MAHIEU, “Traité international et Constitution nationale”.

²³² Cass. 16 november 2004, AC 2004, 1834 en 1840 en conclusie van advocaat generaal P. DUINSLAEGER; CPDK 2005, 610 en noot A. VANDAELE, “Het Hof van Cassatie tussen de hamer van de directe werking en het aambeeld van de prejudiciële vraagstelling”; RCJB 2007, 36 en noot J. VAN MEERBEECK en M. MAHIEU, “Traité international et Constitution nationale”; RW 2005-2006, 388 en noot P. POPELIER, “Wie is de hoeder van onze grondrechten?”; T.Strafr. 2005, 285 en noot R. VERSTRAETEN en S. DE DECKER, “Antigoon sluit de achterpoort maar opent een raam”.

²³³ Cass. 27 mei 1971, AC 1971, 959 en de concl. van procureur-generaal W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH op datum in *Pas*.

²³⁴ Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 136/2004, CDPK 2004, 403 en noot J. GHYSELS, “Verjaren stedenbouwmisdrijven nog na het arrest nr. 136/2004 van het Arbitragehof?”; RW 2004-2005, 582, en de noot van I. VAN GIEL, “Eerste arrest van het Arbitragehof over de ongrondwettigheden in het verjaringsdecreet ruimtelijke ordening”; NJW 2004, 1274, en de noot van D. VAN HEUVEN en J. BELEYN, “Verjaring van stedenbouwmisdrijven. Problemen na het arrest nr. 2004/136 van 22 juli 2004 van het Arbitragehof”; MER 2004, 307, en de noot van K. ROELANDT, “Verjaring van stedenbouwmisdrijven: een zoektocht naar rechtszekerheid”.

²³⁵ G. ROSOUX, “Les droits fondamentaux, au cœur de la pluralité de sources et de la pluralité des juges: vers une “dématérialisation” des droits fondamentaux? - Résumé de thèse”, RFDL 2016, 53-75.

*wijze is gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de Grondwet en in een bepaling van Europees of internationaal recht, het rechtscollege eerst aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag dient te stellen over de verenigbaarheid met de bepaling uit titel II van de Grondwet*²³⁶.

Deze bepaling verplicht de rechtbanken dus om aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen voordat ze de verenigbaarheid van een wet met het internationaal recht kunnen onderzoeken. Het heeft geen andere uitwerking. Het kan met name niet betekenen dat de rechtbanken gebonden zijn door de overwegingen die het Grondwettelijk Hof in zijn grondwettigheidstoetsing zou maken over de verenigbaarheid van de wet met het internationaal recht. Geen enkele wet, zelfs geen met bijzondere meerderheid aangenomen wet, mag de rechtbanken immers een bevoegdheid ontzeggen die hun rechtstreeks door de Grondwet is toegekend²³⁷.

Wanneer, bijgevolg, het Grondwettelijk Hof zich heeft uitgesproken over de verenigbaarheid van een wet met de instrumenten van het EVRM, staat het de hoven en rechtbanken nog steeds vrij een andere analyse in aanmerking te nemen.

Het Hof heeft dit in zijn arresten van 15 december 2014²³⁸ en 29 september 2017²³⁹ herhaald. Laatstgenoemd arrest stelt ondubbelzinnig:

²³⁶ De bijzondere wet van 4 april 2014 heeft hieraan toegevoegd dat, *"indien voor het rechtscollege slechts de schending van de bepaling van Europees of internationaal recht wordt opgeworpen, dient het rechtscollege, zelfs ambtshalve, na te gaan of titel II van de Grondwet een geheel of gedeeltelijk analoge bepaling bevat. Deze verplichtingen doen geen afbreuk aan de mogelijkheid van het rechtscollege om, tegelijkertijd of op een later tijdstip, ook een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen"*.

²³⁷ Artikel 26, §4, vindt zijn oorsprong in de werkzaamheden van een symposium dat op 21 oktober 2005 door de drie Belgische hooggerechtshoven werd gehouden. De verslagen van dit colloquium bevatten bepaalde passages waarin wordt gesteld dat het arrest van het Grondwettelijk Hof gezag van gewijsde zou hebben ten aanzien van de rechtbanken, ook met betrekking tot de punten die geen verband houden met de grondwettigheidstoetsing. Zie J. VELAERS, "Le contrôle des lois, décrets et ordonnances au regard du titre II de la Constitution et des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, en cas de concours de droits fondamentaux", in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, Brussel, Die Keure, 2006, 125-149: *"Afin de prévenir que les plus hautes juridictions rendent des arrêts manifestement contradictoires, il est nécessaire de souligner que les arrêts dans lesquels la Cour d'arbitrage contrôle des lois, des décrets ou des ordonnances au regard des droits fondamentaux inscrits au titre II de la Constitution, lus en combinaison avec les dispositions analogues de conventions internationales, ont l'autorité, y compris en ce qui concerne ces dernières. Pour autant que ces considérants relatifs aux conventions soient effectivement indissociablement liés aux considérants relatifs à la Constitution, ils en font partie intégrante"*.

²³⁸ Cass. 15 december 2014, AC 2014, nr. 789 en de conclusie van advocaat generaal J.M. GENICOT op datum in *Pas*; *JLMB* 2015, 1122, en de noot van Ch. BERHENDT en M. VRANCKEN, "Deux principes bien distincts? Le principe de non-discrimination... et le principe de non-discrimination"; Zie ook de uitvoerige beschouwingen van Th. WERQUIN over deze kwestie, "Concours de droits fondamentaux en matière sociale: réflexions à propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 15 décembre 2104", in *Le droit du travail au XXIe siècle. Liber amicorum Claude Wantiez*, Brussel, Larcier, 2015, 849-886. Zie ook M. BOSSUYT, "Schuift het Hof van Cassatie een moeizaam bereikt compromis inzake samenloop van grondrechten terzijde?" (noot onder Cass. 15 december 2014), *RW* 2014-2015, 1624.

²³⁹ Cass. 29 september 2017, AR S.12.0081.F, AC 2017, nr. 514, en de conclusie van toenmalig eerste advocaat-generaal A. HENKES, op datum in *Pas*.

“Luidens artikel 26, § 4, Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof, zoals het van toepassing is op het geschil, dient een rechtscollege, wanneer voor hem de schending wordt opgeworpen door een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel van een grondrecht dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de Grondwet en in een bepaling van Europees of internationaal recht, eerst aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen over de verenigbaarheid met de bepaling uit titel II van de Grondwet. Uit die bepaling volgt niet dat de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof wordt uitgebreid tot het onderzoek naar de verenigbaarheid van de daarin bedoelde normen van intern recht met normen van Europees of internationaal recht die grondrechten bekrachtigen die tevens op geheel of gedeeltelijk analoge wijze zijn gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de Grondwet. Hieruit volgt dat, wanneer het Grondwettelijk Hof aan die normen van Europees of internationaal recht nog het onderzoek toevoegt naar de verenigbaarheid van een norm van intern recht met een bepaling uit titel II van de Grondwet, zijn beslissing, in zoverre ze betrekking heeft op de voornoemde, rechtstreeks toepasselijke normen van het internationaal verdragsrecht, niet het gezag heeft dat artikel 9, § 2, Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof eraan toekent”.

HOOFDSTUK II.- MYTHE EN WERKELIJKHEID VAN DE ACTIVITEIT VAN HET GERECHTELIJK RECHTSPREKEND ORGAAN IN DE 21ste EEUW

Inleiding

83. Samen met de magistraten van het openbaar ministerie vormt de rechter de gewapende arm van de rechterlijke macht; zij geven haar leven en inhoud. Deze dankt zijn bestaan aan de noodzaak om de functie van rechter, namelijk de rechtsprekende activiteit, los te koppelen van de andere functies van de staat. De "rechter" is de sleutelfiguur van de rechtsprekende, gerechtelijke, administratieve en grondwettelijke functie.

In het eerste hoofdstuk hebben we de plaats van de rechterlijke macht in de Grondwet en de grenzen van zowel de jurisdictionele functie (in organieke zin) als van de jurisdictionele macht (in de oorspronkelijke zin van het woord) onderzocht.

In dit hoofdstuk behandelen we de justitiële "rechter". Er zijn een schier aantal boeken geschreven over hem en zijn opdrachten, zijn macht en zijn gemoedstoestand. We gaan niet alles wat er over hem is geschreven nogmaals overlopen om hieruit vervolgens een kern van waarheid te halen. We gaan daarentegen stilstaan bij wat men in de negentiende eeuw wou dat hij was en wat hij bij aanvang van deze eenentwintigste eeuw werkelijk geworden is. Hierbij zullen we eerst terugkomen op het bijzondere statuut van dit orgaan in de Grondwet en in de wettelijke bepalingen die betrekking hebben op de functie (**Sectie 1**). In de nasleep wat we in het eerste hoofdstuk hebben geleerd over de concentratie van de rechtsmacht in handen van de rechterlijke macht, en inzonderheid van de rechter, zullen we vervolgens vaststellen dat de rechter deze vastberaden uitoefent (**Sectie 2**). Tot slot zullen we, uitgaand van deze vaststelling, het geruststellende beeld van de afstandelijke rechter, de trouwe dienaar van een duidelijke wet, dooreenschudden, om het politieke aspect van de rechtsprekende activiteit in de verf te zetten (**Sectie 3**).

Sectie 1.- Grondwettelijke en wettelijke bescherming van de rechter door een specifiek statuut

Paragraaf 1.- Fundamentele principes en regels met betrekking tot de onafhankelijkheid van de rechter

A) Rechtsbronnen

84. Artikel 151, § 1, van de Grondwet bepaalt dat de rechters onafhankelijk zijn in de uitoefening van hun rechtsprekende bevoegdheden. Deze bepaling werd pas uitdrukkelijk in de Belgische Grondwet opgenomen door de grondwetsherziening van 20 november 1998, maar het lijkt geen twijfel dat de grondwetgever dit beginsel al zonder voorbehoud had bekrachtigd in 1831. De rechterlijke onafhankelijkheid werd door de Grondwet van 1831 dankzij een aantal beginselen verzekerd, waaronder de onafzetbaarheid van rechters, het monopolie voor de wetgever om nieuwe rechtsgebieden in het leven te roepen en om het

financiële statuut van magistraten vast te leggen, de openbaarheid van zittingen en de motivering van vonnissen²⁴⁰.

85. Vanaf 1979 ontwaarde het Hof van Cassatie een algemeen rechtsbeginsel in de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van rechters, dat van toepassing is op alle rechtsgebieden, ook in tuchtzaken²⁴¹. Met de verankering van de rechterlijke onafhankelijkheid wenste de grondwetgever in 1998 dus enkel de “*vandaag geldende principes inzake onafhankelijkheid in te schrijven*”²⁴². Verschillende auteurs merkten terecht op dat de grondwetswijziging in 1998 veeleer symbolisch was, net omdat er reeds een algemeen rechtsbeginsel bestond²⁴³.

86. De artikelen 14.1 IVBPR en 6.1 EVRM garanderen elke rechtszoekende het recht op een eerlijk proces, en, bijgevolg, dat zijn zaak wordt behandeld door een onafhankelijke en onpartijdige rechtbank. Deze internationaalrechtelijke bepalingen, die dateren van lang vóór de grondwetsherziening van 1998, hebben uiteraard rechtstreekse werking in het interne recht en kunnen worden ingeroepen voor de Belgische rechter²⁴⁴.

B) Verhouding tussen functionele onafhankelijkheid en onpartijdigheid

87. Zowel de *onafhankelijkheid* als de *onpartijdigheid* van rechters worden beschermd door artikel 14.1 IVBPR en 6.1 EVRM, en zijn inhoudelijk nauw met elkaar verweven.

Voor sommigen is *onpartijdigheid* eerder een psychologisch dan een juridisch begrip, waarbij een onpartijdige rechter geen vooroordelen heeft over de te nemen beslissing, zich niet laat leiden door informatie die hij buiten de zittingszaal heeft verkregen of onder welke druk dan ook, en zich uitsluitend laat leiden door objectieve elementen²⁴⁵.

De onpartijdigheid heeft zowel een subjectieve als een objectieve component: *justice must not only be done, it must also be seen to be done*²⁴⁶. In het spaghettiarrest van 14 oktober

²⁴⁰ M. MALLIEN, “De functionele onafhankelijkheid”, in X. DE RIEMAECKER en R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistraat*, Brugge, die Keure, 2020, 115.

²⁴¹ Cass. 15 juni 1979, AC 1978-79, 1232; Cass. 20 juni 1979, AC 1978-79, 1256. De Raad van State huldigt dezelfde opvatting: RvS 27 mei 2008, nr. 183.479, *Baert*, en nr. 183.480, *Slabbaert*, r.o. 9.

²⁴² *Parl.St.* Kamer 1997-98, nr. 1675/1, 5. Zie ook P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, “De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België”, in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 1-2, nr. 1.

²⁴³ J.-Fr. en S. VAN DROOGHENBROECK, “Les garanties constitutionnelles de l’indépendance de l’autorité judiciaire”, in E. DIRIX en Y.-H. LELEU, *Rapports belges au Congrès de l’Académie internationale de droit comparé à Utrecht*, Brussel, Bruylant, 2006, 524.

²⁴⁴ P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, “De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België”, in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 1, nr. 1; M. MALLIEN, “De functionele onafhankelijkheid”, in X. DE RIEMAECKER en R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistraat*, Brugge, die Keure, 2020, 116-118.

²⁴⁵ A. OOMS, “De rechterlijke onpartijdigheid is niet steeds wat ze lijkt. Een historische en prospectieve analyse over de grens tussen objectieve en subjectieve onpartijdigheid”, *CDPK* 2010, 500; E. MICHAUX, G. VERVAEKE, D. VAN DAELE en R. MORTIER, “De goede rechter ten tijde van het New Public Management: een verhaal van onverzoenbare verwachtingen?”, *RW* 2017-18, 936.

²⁴⁶ I. DUPRÉ, “Ontwikkelingen inzake de rechterlijke onafhankelijkheid in België”, in *Onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De randvoorwaarden voor het bestuur en beheer van de rechterlijke macht*, 1999, 46-47.

1996 oordeelde het Hof van Cassatie dat de onpartijdigheid van de rechter een fundamentele regel is van de rechterlijke inrichting, dat zij samen met het beginsel van de onafhankelijkheid van de rechters ten aanzien van de andere machten de grondslag zelf is, niet alleen van de grondwettelijke bepalingen die het bestaan van de rechterlijke macht regelen, maar van elke democratische staat en dat zulks voor de rechtsonderhorigen de waarborg inhoudt dat de rechters de wet op een gelijke wijze zullen toepassen²⁴⁷. Voorzitter DE CODT benadrukt terecht dat dit *dictum* de rechters aan de opdracht herinnert, met name aan de juiste afstand die aan de grondslag van hun ambt ligt²⁴⁸.

88. *Onafhankelijkheid* heeft daarentegen veeleer betrekking op de banden tussen de rechter en andere instanties, zoals de wetgevende en uitvoerende macht, maar ook zijn oversten en collega's, en zelfs op zijn beïnvloeding door drukingsgroepen of de publieke opinie. Een onafhankelijke rechter kan recht spreken zonder afhankelijk te zijn van wie dan ook, zonder ongeoorloofde druk of beïnvloeding, en zonder dat hem bevelen kunnen worden opgelegd²⁴⁹.

89. MALLIEN wijst erop dat *onafhankelijkheid* en *onpartijdigheid* twee facetten van eenzelfde werkelijkheid vormen, waarbij objectiviteit centraal staat. Onpartijdigheid kan worden geïnterpreteerd als de verplichting voor de rechter om te garanderen dat hij over voldoende (schijnbare) vrijheid van geest beschikt, waardoor hij de ene partij niet van bij het begin bevoordeelt ten koste van de andere. Onafhankelijkheid zou daarentegen veeleer een plicht zijn in hoofde van alle anderen – politici, oversten, drukingsgroepen, media... – om geen druk uit te oefenen, bevelen te geven, censuur te plegen, enz. op de magistraten van de zetel. Daar waar onpartijdigheid een plicht is voor de rechter, is onafhankelijkheid een (functioneel) recht, zowel voor de rechter als voor de rechtszoekende²⁵⁰.

De onderlinge verwevenheid van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid wordt door het Hof van Cassatie erkend. In een arrest van 10 februari 2015 oordeelde het Hof dat de vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter nauw met elkaar verbonden zijn zodat bij de beoordeling van de objectieve onpartijdigheid van de rechter de waarborgen van diens individuele onafhankelijkheid in aanmerking kunnen worden genomen²⁵¹. In deze context merken BOUHON en LACROIX terecht op dat de onafhankelijkheid een juridisch mechanisme is dat het gerecht doelmatig maakt, aangezien ze tot doel heeft de onpartijdigheid van de rechtbanken te handhaven en bijgevolg de rechtstaat te

²⁴⁷ Cass. 14 oktober 1996, *Pas.*, I, nr. 379, *JLMB* 1997, 175.

²⁴⁸ J. DE CODT, "Rapport introductif. De ce qui est dit sur la loi à ce qui est dit être dans la loi", in *De magistratuur en de professor. Hulde aan Walter Van Gerven/Le Magistrat et le professeur. Hommage à Walter Van Gerven*, Brussel, Larcier, 2017, 33.

²⁴⁹ P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, o.c. p. 3, nr. 2 en p. 21, nr. 24; M. MALLIEN, "De functionele onafhankelijkheid", in X. DE RIEMAECKER en R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Brugge, die Keure, 2020, 118; J. VELU, *Vertegenwoordiging en Rechterlijke Macht*, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1996, p. 33, nr. 23.

²⁵⁰ M. MALLIEN, "De functionele onafhankelijkheid", in X. DE RIEMAECKER en R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Brugge, die Keure, 2020, 119.

²⁵¹ Cass. 10 februari 2015, AR P.15.0172.N, AC 2015, nr. 97.

bewerkstelligen²⁵². De bepalingen die de onafhankelijkheid van de rechter vrijwaren, dragen ook bij tot een objectieve en onpartijdige rechtspleging voor de rechtszoekende²⁵³.

C) Onderscheid tussen functionele en institutionele onafhankelijkheid

90. Een onderscheid moet worden gemaakt tussen de *institutionele onafhankelijkheid* van de rechter – *i.e.* de onafhankelijkheid van de *rechterlijke orde* binnen de Staat, waardoor vermeden wordt dat de rechterlijke orde in de verhouding met de andere machten onder druk wordt gezet of bevelen ontvangt – en de *functionele onafhankelijkheid* van de rechter, die verband houdt met de rechterlijke besluitvorming zelf en betrekking heeft op de vrijheid van de rechter om geval per geval en zonder beperkingen geschillen te beslechten die hem ter kennis worden gebracht, op een manier die volgens hem het best strookt met de geldende rechts- en procedureregels²⁵⁴.

Terwijl de *functionele onafhankelijkheid* aan de beoordeling zelf raakt, houdt de *institutionele onafhankelijkheid* in dat de rechterlijke orde niet ondergeschikt is aan de wetgevende of uitvoerende macht. Beide facetten van rechterlijke onafhankelijkheid zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden: het is net omdat de rechterlijke orde een volwaardige macht is in de *trias politica* en omdat er instellingen bestaan zoals de Hoge Raad voor de Justitie (HRJ), dat de rechter recht kan spreken zonder onder druk te worden gezet, met name door de twee andere machten²⁵⁵.

Paragraaf 2.- De functionele onafhankelijkheid

91. Volgens procureur-generaal VELU houdt de *functionele onafhankelijkheid* drie verboden in²⁵⁶:

- (i) De beslissing van de rechter mag niet worden gecensureerd. De rechtszoekende heeft er met andere woorden recht op dat de beslissing, zodra ze uitgesproken is, wordt gehandhaafd in al haar gevolgen (gezag van gewijsde, uitvoerbaarheid, feitelijk gevolg, bewijskracht...) zonder dat enig gezag dat tegenwerkt.
- (ii) Het is verboden om rechters bevelen te geven, zij het positief, zij het negatief. Een rechter is niet gebonden door een dergelijk bevel en mag er geen rekening mee houden tijdens zijn beraadslaging. Elke poging tot beïnvloeding (ook via commentaar van – o.a. – politici in de media over gevelde of te vellen uitspraken) staat haaks op het beginsel van de functionele onafhankelijkheid.
- (iii) De indeplaatsstelling door een andere macht of een andere instantie van de rechter in zijn jurisdictionele opdracht is verboden. Dit principe wordt met name gewaarborgd door de exclusieve toewijzing van geschillen inzake burgerlijke subjectieve rechten aan de rechtbanken van de rechterlijke orde door artikel 144, § 1, Grondwet.

²⁵² F. BOUHON en M. LACROIX, “L’(ir)responsabilité du pouvoir judiciaire: fondement et mise à l’épreuve de l’immunité judiciaire en droits québécois et belge”, *Rev.dr.intern.comp.* 2017, 425.

²⁵³ M. MALLIEN, *o.c.*, 119.

²⁵⁴ P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, *o.c.*, p. 2, nr. 2; M. MALLIEN, *o.c.*, 120.

²⁵⁵ M. MALLIEN, *id.*

²⁵⁶ J. VELU, *Représentation et pouvoir judiciaire*, Brussel, Bruylant, 1996, 640.

92. De functionele onafhankelijkheid van de rechter is enerzijds extern **(A)**: de uitvoerende **(1)** en de wetgevende **(2)** machten mogen zich niet inmengen in een specifiek vonnis; **(B)** als intern: hetzelfde verbod geldt voor andere leden van de rechterlijke orde.

De externe functionele onafhankelijkheid van de rechter houdt niet in dat de andere machten geen enkele vorm van controle kunnen uitoefenen op de rechterlijke macht. DUPRÉ stelt in die zin: *“de absolute onafhankelijkheid van de rechter, zonder wederzijdse controle, zou een aanslag zijn op de rechtsstaat. Daarom bestaat het evenwicht tussen de machten: elke macht werkt samen en oefent vanuit zijn positie en afhankelijk van zijn verantwoordelijkheden een wederzijdse controle uit, zonder zich in te mengen in de domeinen van de ander of zich die toe te eigenen”*²⁵⁷. Zo belet de functionele onafhankelijkheid van de rechters niet dat zij worden benoemd door de uitvoerende macht, noch dat de wetgevende macht de wet hervormt om bepaalde ongewenste evoluties in de rechtspraak een halt toe te roepen²⁵⁸.

A) Externe functionele onafhankelijkheid

1) Jegens de uitvoerende macht

93. De (grond)wetgever schonk het meeste aandacht aan de functionele onafhankelijkheid van de rechter jegens de uitvoerende macht. Sommige bepalingen van de Grondwet, die in een volgend deel van deze mercuriale meer in detail worden geanalyseerd, moeten deze onafhankelijkheid waarborgen, zoals het financiële statuut van rechters, dat uitsluitend door de wet wordt bepaald (art. 154 Gerechtelijk Wetboek), het verbod om enige bezoldigde functie te bekleden voor de regering of, in het algemeen, de onverenigbaarheden (art. 155 Gerechtelijk Wetboek) en de onafzetbaarheid van rechters (art. 152 Gerechtelijk Wetboek). Rechters worden, net als hun korpschefs, weliswaar benoemd door de Koning, maar op voordracht van de bevoegde benoemings- en aanwijzigingscommissie, waarbij de Koning deze voordracht enkel kan weigeren op de wijze bij de wet bepaald en mits zijn beslissing met redenen is omkleed (art. 151, §§ 4 en 5, Gerechtelijk Wetboek).

Het grootste gevaar voor de functionele onafhankelijkheid van rechters ten aanzien van de uitvoerende macht wordt in de praktijk veroorzaakt door verklaringen die politici afleggen in de media met betrekking tot hangende zaken²⁵⁹. Omgekeerd betekent dit niet dat regeringsleden en anderen die deel uitmaken van de uitvoerende macht tot stilzwijgen gedoemd zijn, met name met betrekking tot bepaalde ontwikkelingen in de rechtspraak. Er anders over oordelen zou uiteraard het publieke debat belemmeren. Terughoudendheid kan wel worden verwacht als het gaat over specifieke zaken die nog lopende dan wel gewezen zijn²⁶⁰.

2) Jegens de wetgevende macht

²⁵⁷ I. DUPRÉ, “Ontwikkelingen inzake de rechterlijke onafhankelijkheid in België”, in *Onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De randvoorwaarden voor het bestuur en beheer van de rechterlijke macht*, 1999, 45.

²⁵⁸ M. MALLIEN, o.c., 123.

²⁵⁹ M. MALLIEN, o.c., 124.

²⁶⁰ M. MALLIEN, o.c., 124-125.

a) Mogelijke schendingen van de functionele onafhankelijkheid door de wetgevende macht

94. Het is de wetgever verboden om zich op een ongeoorloofde wijze in te mengen in de rechtsprekende functie van de rechtscolleges. Uit het arrest *Baka* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat de rechterlijke onafhankelijkheid ten aanzien van de wetgevende macht wordt beschermd door artikel 6.1 EVRM. Deze zaak heeft betrekking op de beslissing van het Hongaars Parlement om de voorzitter van het Hooggerechtshof uit zijn ambt te ontsetten zonder mogelijkheid tot hoger beroep, nadat hij zich negatief had uitgesproken over bepaalde ontwikkelingen in de wetgeving. Het Europees Hof oordeelde dat Hongarije artikel 6.1 EVRM geschonden had²⁶¹.

De wetgever komt in België niet tussen in de benoeming en ontsetting van rechters, maar legt wel overeenkomstig de artikelen 152, eerste lid, en 154 van de Grondwet hun wedden en pensioenen vast. In deze context merkt MALLIEN op dat ook een beperking van het aantal magistraten of de druk voor een hogere rendabiliteit een invloed zou kunnen hebben op de besluitvorming, aangezien rechters door tijdsgebrek steeds vaker genoodzaakt zouden worden om hun toevlucht te nemen tot bepaalde standaarden²⁶².

Het spreekt voor zich dat de wetgever de nodige beleidskeuzes kan maken bij het bepalen van de financiële middelen die aan de rechtscolleges ter beschikking worden gesteld. De toekenning van kennelijk ontoereikende middelen staat evenwel op gespannen voet met het beginsel van de onafhankelijkheid van de rechter, omdat hij daardoor wordt belet in volle onafhankelijkheid te oordelen²⁶³.

b) Principieel verbod op retroactieve wetten

95. Het verbod om, behoudens in uitzonderlijke omstandigheden, een retroactieve wet aan te nemen en af te kondigen is een beperking voor de wetgever ter vrijwaring van de functionele onafhankelijkheid van de rechter ten aanzien van de wetgevende macht²⁶⁴.

Het Grondwettelijk Hof maakt in zijn vaste rechtspraak een onderscheid tussen 'gewone' terugwerkende wetten en wetten die tot doel hebben de afloop van bepaalde procedures te beïnvloeden. Wat betreft de eerste categorie oordeelt het Hof dat de terugwerkende kracht van wetsbepalingen, die van aard is dat zij rechtsonzekerheid in het leven kan roepen, enkel kan worden verantwoord op grond van bijzondere omstandigheden, inzonderheid wanneer zij onontbeerlijk is voor de goede werking of de continuïteit van de openbare dienst. Indien bovendien blijkt dat de terugwerkende kracht van de wetskrachtige norm tot gevolg heeft dat de afloop van een of meer gerechtelijke procedures in een welbepaalde zin wordt beïnvloed of dat rechtscolleges verhinderd worden zich over een bepaalde rechtsvraag uit te spreken, dienen uitzonderlijke omstandigheden of dwingende redenen van algemeen belang het

²⁶¹ EHRM 23 juni 2016, *Baka t. Hongarije*.

²⁶² M. MALLIEN, o.c., 125.

²⁶³ Adv.RvS nr. 53.519/3, 11 juli 2013, over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 28 februari 2014 betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3068/001, 54, nr. 4; P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, o.c., nr. 59., p. 49.

²⁶⁴ M. MALLIEN, o.c., 125-126.

optreden van de wetgever te verantwoorden, dat ten nadele van een categorie van burgers afbreuk doet aan de allen geboden jurisdictionele waarborgen²⁶⁵. Het doorbreken van de scheiding der machten, dat zich in dit laatste geval voordoet, verklaart waarom het criterium strenger is. Een absoluut verbod op beïnvloeding van hangende gedingen door middel van een retroactieve wet bestaat evenwel niet²⁶⁶.

De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt door gelijkaardige principes beheerst²⁶⁷.

Wel moet worden vastgesteld dat het begrip “bijzondere omstandigheden” soepel wordt geïnterpreteerd. Zo werd aanvaard dat bepaalde fiscale bepalingen met terugwerkende kracht werden aangenomen, omdat het hangende geding nog steeds een voorspelbare afloop zou hebben aangezien de nieuwe tekst de vorige van kracht zijnde bepaling overnam²⁶⁸.

c) Inperking van de beoordelingsvrijheid van de rechter door de wetgever

96. Los van de functionele onafhankelijkheid van de rechter ten aanzien van de wetgever, (en de uitvoerende macht) stelt doctrine eveneens vast dat de beoordelingsvrijheid van de rechter in meer traditionele materies door de wetgever wordt ingeperkt. Zo wijst MALLIEN²⁶⁹ erop dat de wetgever in het familierecht inhoud heeft gegeven aan het begrip “belang van het kind” door de gelijkmatig verdeelde huisvesting als referentie op te werpen²⁷⁰ en dat hij criteria vastlegde voor het alimentatiegeld²⁷¹. Verder verwijst deze auteur naar het artikel 37/1 Arbeidsovereenkomstenwet, waarin de duur van de opzeggingstermijnen wordt vastgelegd, terwijl die vroeger naar billijkheid werden beoordeeld door de rechter.

De neiging van de wetgever om normen te objectiveren die vroeger door de rechter konden worden geïnterpreteerd, brengt de functionele onafhankelijkheid van de rechter *in se* niet in het gedrang, aangezien de rechter uiteraard de (aangepaste) wet moet volgen. Toch is het niet ondenkbaar dat, door de inperking van de beoordelingsvrijheid van de rechter, de gerechtelijke controle niet meer ten volle kan spelen, waardoor het evenwicht tussen de machten dreigt te worden verstoord²⁷².

²⁶⁵ Zie als schoolvoorbeeld het arrest van het Grondwettelijk Hof van 26 november 2009 (Arrest nr. 186/2009) tot bekrachtiging van een wetgevende maatregel (artikel 2 van de wet van 24 juli 2008 ter bekrachtiging van de vestiging van sommige aanvullende gemeentebelastingen en de aanvullende agglomeratiebelasting op de personenbelasting voor elk van de aanslagjaren 2001 tot 2007 en tot wijziging, met ingang van aanslagjaar 2009, van artikel 468 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992) tegen wie beroep tot vernietiging was ingesteld, die is genomen om de gevolgen van twee arresten van het Hof van Cassatie (Cass. 14 maart 2008, AR F.07.0067.F, AC 2008, nr. 184; Cass. 14 maart 2008, AR F.07.0068.F, genomen op basis van de conforme conclusies van A. HENKES, destijds advocaat-generaal) welke de betreffende gemeentebelastingen wegens onwettelijke terugwerkende kracht vernietigde, te neutraliseren. Het Grondwettelijk verklaarde de ingreep van de wetgever geldig. Zie ook GwH 7 december 2005, nr. 177/2005, B.18.1. en GwH 9 oktober 2014, nr. 146/2014, B.10.1.

²⁶⁶ P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, *o.c.*, p. 49, nr. 58.

²⁶⁷ Zie bv. EHRM 23 oktober 1997, *Building Societies t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 112.

²⁶⁸ GwH 20 mei 1998, nr. 49/98, B.5.1.

²⁶⁹ M. MALLIEN, *o.c.*, 126.

²⁷⁰ Art. 374, § 2, Oud BW, zoals gewijzigd door de wet van 18 juli 2006, BS 4 september 2006.

²⁷¹ Art. 1321 Gerechtelijk Wetboek, zoals gewijzigd door de wet van 19 maart 2010, BS 21 april 2010.

²⁷² M. MALLIEN, *o.c.*, 127.

B) Interne functionele onafhankelijkheid

97. De functionele onafhankelijkheid van een rechter wordt niet alleen gewaarborgd ten aanzien van (de uitvoerende macht en) de rechterlijke macht, maar ook ten aanzien van **(1)** andere rechtbanken (al dan niet hoger in de hiërarchie), de korpschefs en zelfs de collega-magistraten **(2)**.

1) Ten aanzien van hogere hoven en rechtbanken

98. Hoewel vonnissen en arresten vernietigd kunnen worden ingevolge gewone en buitengewone rechtsmiddelen, kunnen hogere rechtbanken de lagere rechtbanken niet bevelen om in deze of gene zin te oordelen. Een rechter is in de regel niet gebonden door de rechtspraak van hogere rechtbanken²⁷³. Uit die ‘interne’ functionele onafhankelijkheid wordt eveneens afgeleid dat evaluatoren van een magistraat bij zijn evaluatie geen rekening mogen houden met de inhoud van zijn beslissingen, noch met criteria als de vernietigingsgraad of het aantal zaken dat aanleiding hebben gegeven tot een hoger beroep of een voorziening in cassatie²⁷⁴.

Er bestaan enkele uitzonderingen op het principe dat een rechter niet gebonden is door de rechtspraak van (hogere) rechtbanken:

- (i) artikel 1110, vierde lid, van het Gerechtelijk Wetboek, dat bepaalt dat de rechtbank waarnaar een zaak door het Hof van Cassatie wordt verwezen, zich voegt naar het arrest van het Hof betreffende het door het Hof beslechte rechtspunt;
- (ii) artikel 28, eerste lid, Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof, overeenkomstig hetwelk het rechtscollege dat de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof heeft gesteld evenals elk ander rechtscollege dat in dezelfde zaak uitspraak doet voor de oplossing van het geschil naar aanleiding waarvan de in artikel 26 bedoelde grondwettelijke vragen zijn gesteld, zich moeten voegen naar het arrest van het Grondwettelijk Hof;
- (iii) de verplichting voor de burgerlijke rechter om zich te voegen naar de punten die beslecht zijn door de strafrechter krachtens het algemeen rechtsbeginsel van het gezag van gewijsde van de strafrechtbanken ten opzichte van de burgerlijke rechtbanken²⁷⁵

Behoudens deze gevallen kan een rechter een volledig ander oordeel vallen en de wettelijke bepalingen volledig anders interpreteren dan andere, zelfs hogere, rechtbanken, ook al lijkt het logisch dat een rechter zijn rechtspraak zal afstemmen op die van de hogere rechtbanken en hoven. Onafhankelijkheid houdt uiteraard niet in dat de rechter de totale vrijheid heeft en zich mag overgeven aan willekeur; hij dient zich overeenkomstig het beginsel van de rechtsstaat te conformeren naar de wet²⁷⁶.

²⁷³ M. MALLIEN, o.c., 127-128; P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, o.c., p. 21, nr. 24.

²⁷⁴ P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, o.c., p. 21-22, nr. 24; M. MALLIEN, “De functionele onafhankelijkheid”, in X. DE RIEMAECKER en R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistraat*, Brugge, die Keure, 2020, 127. MALLIEN verwijst op dit punt naar K. MUNUNGU LUGUNGU, “Le management judiciaire ou le glas de l’indépendance du juge”, *Rev.dr. ULB* 2014, 144.

²⁷⁵ Zie bv. Cass. 3 februari 2014, AR C.12.0474.F, AC 2014, nr. 88.

²⁷⁶ X. DE RIEMAECKER, “De deontologie”, in X. DE RIEMAECKER en R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistraat*, Brugge, die Keure, 2020, 419; P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, “De onafhankelijkheid van de

2) Ten aanzien van de korpschef

99. In een arrest van 13 maart 2012 oordeelde het Hof van Cassatie dat een rechter onafhankelijk is in de uitoefening van zijn rechtsprekende functie zodat magistraten van een rechtscollege in de uitoefening ervan dan ook niet zijn onderworpen aan het hiërarchisch gezag van hun korpschef²⁷⁷. De functionele onafhankelijkheid heeft dus niet betrekking op een rechtbank in haar geheel, maar wel op elke individuele magistraat.²⁷⁸ Korpschefs mogen geen bevelen geven, richtlijnen uitvaardigen of druk uitoefenen om in een bepaalde zin te oordelen in een specifieke zaak, of, algemener, om de rechtspraak in een bepaalde richting te sturen (bv. door het opleggen van instrumenten of ‘standaarden’ die de besluitvorming vergemakkelijken)²⁷⁹.

100. Een rechter is uiteraard evenmin gebonden door het standpunt ingenomen door een korpschef van een hogere rechtbank. Wanneer een korpschef van een hogere rechtbank openlijk een standpunt inneemt, dan ontnemt dit de magistraten van de lagere rechtbanken hun onafhankelijkheid bijgevolg niet.²⁸⁰

Paragraaf 3.- Enkele concrete aspecten m.b.t. het statuut van de (individuele) rechter

101. De verhouding tussen de rechterlijke macht enerzijds en de uitvoerende macht en wetgevende macht anderzijds is complex. Uiteraard wordt die verhouding in de eerste plaats bepaald door de functionele onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, die een onpartijdig en onafhankelijk rechterlijk optreden moet garanderen. Toch zijn de drie staatsmachten geen op zichzelf staande monolieten. De verhouding van de rechterlijke macht tot de andere staatsmachten is er een van interdependentie, waarbij autonomie en samenwerking subtiel worden samengebracht.

Dit blijkt uit verschillende aspecten die verband houden met het (persoonlijk) statuut van de magistraat, met name zijn *benoeming* of *aanwijzing*, *onafzetbaarheid* en *onverplaatsbaarheid*, *bezoldiging* en de mogelijkheid tot *cumulatie van ambten*.

A) Benoeming en aanwijzing van magistraten door derden

1) Benoeming

102. Ingevolge de grondwetsherziening van 20 november 1998 werd ook het Gerechtelijk Wetboek bij wet van 22 december 1998 inzake de benoeming en aanwijzing van magistraten grondig gewijzigd²⁸¹. Deze wet maakt een onderscheid tussen de *benoeming* tot het ambt van

rechter en de rechtsprekende macht in België”, in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 22, nr. 24.

²⁷⁷ Cass. 13 maart 2012, AR P.11.1750.N, AC 2013, nr. 166.

²⁷⁸ M. MALLIEN, o.c., 130.

²⁷⁹ P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, “De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België”, in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 22, nr. 25.

²⁸⁰ Cass. 13 maart 2012, AC 2013, 651.

²⁸¹ Zie hierover J. VAN COMPERNOLLE, “La nomination et la désignation des magistrats: un nouveau statut”, in J. LAENENS en M. STORME (eds.) *In de ban van Octopus*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 43-63.

magistraat van de zetel of van het parket, die in beginsel voor het leven geldt, en de *aanwijzing* in een bepaald mandaat met een tijdelijk karakter²⁸².

De Koning benoemt de magistraten, op gemotiveerde voordracht van de bevoegde benoemings- en aanwijzingscommissie (BAC) in de Hoge Raad voor de Justitie (HRJ) (*infra*).

2) Aanwijzingen

103. De korpschefs worden op gemotiveerde voordracht van de bevoegde BAC van de HRJ door de Koning aangewezen²⁸³. De aanwijzingsprocedure stemt grotendeels overeen met de benoemingsprocedure. De kandidaten moeten een beleidsplan voorleggen. De HRJ stelde standaardprofielen voor de verschillende korpschefs op²⁸⁴.

104. De *adjunct-mandaten* worden aangewezen door de bevoegde algemene vergadering van de hoven en rechtbanken²⁸⁵. Betreft het parketmagistraten, dan worden zij door de Koning aangewezen op gemotiveerde voordracht van twee kandidaten door de korpschef²⁸⁶.

105. De Koning wijst de titularissen van de *bijzondere mandaten* aan op voordracht van de bevoegde algemene vergadering uit de kandidaten die de korpschef heeft voorgesteld.²⁸⁷ Voor een aantal bijzondere mandaten gelden bijzondere regels. Dit is het geval voor het mandaat van de verbindingsmagistraten in jeugdzaken, bijstandmagistraten en van de federale magistraten²⁸⁸. Verder worden de rechters in de strafuitvoeringsrechtbank door de Koning aangewezen op voordracht van de eerste voorzitter van het hof van beroep²⁸⁹. De substituut-procureurs des Konings gespecialiseerd in strafuitvoeringszaken worden door de Koning aangewezen op voordracht van de procureur-generaal bij het hof van beroep²⁹⁰.

B) Benoeming “voor het leven”

106. Rechters worden “voor het leven” benoemd²⁹¹. Ingevolge de grondwetswijziging van 23 januari 1981 worden zij in ruste gesteld op de bij wet bepaalde leeftijd en genieten zij het bij wet bepaalde pensioen²⁹². De leeftijdsgrens voor de magistraten van de rechterlijke orde, waartoe ook de magistraten van het openbaar ministerie behoren, is op zeventig jaar

²⁸² De wetgever onderscheidt in artikel 58*bis* van het Gerechtelijk Wetboek verschillende categorieën van mandaten: het vijfjarig, één keer onmiddellijk hernieuwbaar mandaat van korpschef van de zetel of van het parket; het driejarig, onmiddellijk hernieuwbaar adjunct-mandaat, dat na negen jaar ambtsvervulling definitief wordt, en het bijzonder mandaat met een welbepaalde aanwijzigingsduur.

²⁸³ Art. 151, § 5, Gw.

²⁸⁴ Zie KB 15 maart 2000 tot vastlegging van de categorieën van standaardprofielen, BS 30 maart 2000.

²⁸⁵ Art. 259*quinquies*, § 1, en 340 Gerechtelijk Wetboek.

²⁸⁶ Art. 259*quinquies*, § 1, 2°, Gerechtelijk Wetboek.

²⁸⁷ Art. 259*sexies*, § 1, 1° en 2°, Gerechtelijk Wetboek.

²⁸⁸ Art. 259*sexies*, § 1, 3°, Gerechtelijk Wetboek.

²⁸⁹ Art. 259*sexies*, § 1, 4°, Gerechtelijk Wetboek.

²⁹⁰ Art. 259*sexies*, § 1, 5°, Gerechtelijk Wetboek.

²⁹¹ Art. 152, eerste lid, Gw.

²⁹² Zie hierover J. HUBIN, “Wettelijke pensioenen van de magistraten van de rechterlijke orde”, in X. DE RIEMAECKER en G. LONDERS (eds.) *Statuut en deontologie van de magistraat*, Brugge, die Keure, 2000, 213-307.

gebracht voor wat de leden van het Hof van Cassatie betreft en op zevenenzestig jaar wat de leden van de andere rechtscolleges betreft²⁹³.

Rechters blijven ook na hun opruststelling met hun ambt bekleed, hoewel ze dit niet meer daadwerkelijk uitoefenen²⁹⁴. Zij blijven onderworpen aan de wettelijke onverenigbaarheden²⁹⁵ en aan de tuchtregels²⁹⁶. Dit is anders voor de magistraten die vervroegd hun pensioen aanvragen en onder de regeling van artikel 397 Gerechtelijk Wetboek vallen: zij verliezen dan hun hoedanigheid van magistraat²⁹⁷.

C) “Onafzetbaarheid”

107. Rechters zijn onafzetbaar. Zij kunnen weliswaar uit hun ambt worden ontzet of worden geschorst, maar de ontzetting of schorsing kan enkel door een vonnis²⁹⁸. Noch de Koning, noch de wetgevende macht kan tussenkomen²⁹⁹.

Overeenkomstig artikel 153 van de Grondwet kunnen de magistraten van het openbaar ministerie theoretisch wel door de Koning ontslagen worden.

D) “Onverplaatsbaarheid”

108. Een rechter kan in principe niet worden overgeplaatst dan door een nieuwe benoeming en met zijn toestemming³⁰⁰. De grondwetgever wilde op die manier vermijden dat een politieke overheid een gedwongen overplaatsing als drukingsmiddel op rechters zou gebruiken³⁰¹.

Met de in 1998 aangevatte en in 2013 vervulde mobiliteit van de magistraten en hun verruimde inzetbaarheid beoogt de wetgever een beter evenwicht bij de spreiding van de werklast en het wegwerken van de gerechtelijke achterstand zonder uitbreiding van de gerechtelijke kaders, en anderzijds wil hij specialisatie mogelijk maken³⁰².

²⁹³ Art. 383 Gerechtelijk Wetboek. Ondertussen bestaan wel de mogelijkheden van driemaal verlenging na 67 of 70 jaar, hetzij als “gewone” magistraat in functie hetzij als plaatsvervangende magistraat buiten kader.

²⁹⁴ Cass. 8 juni 1973, AC 1973, 972; J. LAENENS e.a., *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, p. 206, nr. 374.

²⁹⁵ F. DUMON, “De rechterlijke macht, onbekend en miskend”, *RW* 1981-82, p. 587, nr. 30; J. LAENENS e.a., *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, p. 206, nr. 374.

²⁹⁶ G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires*, Luik, 1992, p. 216, nr. 186; J. LAENENS e.a., *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, p. 206, nr. 374.

²⁹⁷ Die geldt des te meer voor de magistraten die op eigen wens mits een K.B. de magistratuur verlaten. DE LEVAL, o.c., p. 217, nr. 187; X. DE RIEMAECKER en G. LONDERS, “Het stelsel van onverenigbaarheden”, in X. DE RIEMAECKER en G. LONDERS (eds.) *Statuut en deontologie van de magistraat*, Brugge, die Keure, 2000, p. 139, vn. 5; J. LAENENS e.a., *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, p. 206, nr. 374.

²⁹⁸ Art. 152, tweede lid, Gw.

²⁹⁹ J. LAENENS e.a., *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, p. 207, nr. 376.

³⁰⁰ Art. 152, derde lid, Gw.

³⁰¹ A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgische Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, p. 631, nr. 559; P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, “De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België”, in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 34, nr. 43.

³⁰² J. LAENENS e.a., *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, p. 209, nr. 382; P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, “De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België”, in *Rechterlijke*

109. Alle magistraten worden benoemd in een rechtscollege en subsidiair in dezelfde rechtscolleges binnen een bepaald rechtsgebied, zodat zij geroepen kunnen worden hun ambt te vervullen in alle rechtbanken van dat rechtsgebied³⁰³.

Wanneer de behoeften van de dienst dit rechtvaardigen, kan een rechter in de rechtbank van eerste aanleg of in de ondernemingsrechtbank, met diens instemming en met eerbiediging van de wet van 15 mei 1935 op het gebruik van talen in gerechtszaken, door de eerste voorzitter van het hof van beroep worden opgedragen om zijn ambt tijdelijk, volledig of bijkomend respectievelijk in de ondernemingsrechtbank of in een rechtbank van eerste aanleg gelegen binnen hetzelfde rechtsgebied van het hof uit te oefenen³⁰⁴.

In het rechtsgebied van het hof van beroep en het arbeidshof van Luik kunnen rechters met hun instemming en met inachtneming van de wet van 15 juni 1935 op gebruik der taal in gerechtszaken (grondige kennis der Duitse taal) geroepen worden om zowel als rechter in de rechtbank van eerste aanleg, als rechter in de ondernemingsrechtbank of als rechter in de arbeidsrechtbank, Eupen te zetelen³⁰⁵. Omgekeerd kan een rechter in Eupen worden geroepen om zijn ambt elders in het rechtsgebied van het hof van beroep of het arbeidshof te Luik uit te oefenen³⁰⁶.

110. Een vrederechter kan worden geroepen om zijn ambt in elk kanton binnen een bepaald gerechtelijk arrondissement uit te oefenen³⁰⁷, en kan gelijktijdig tot rechter in de politierechtbank worden benoemd³⁰⁸. Daarnaast kan, naargelang de behoeften van de dienst, de voorzitter van de vrederechters en rechters in de politierechtbank een vrederechter of een politierechter, mits diens instemming en mits eerbiediging van de wet van 15 mei 1935 op het gebruik van talen in gerechtszaken, opdragen om tijdelijk respectievelijk het ambt van politierechter of van vrederechter uit te oefenen binnen het gerechtelijk arrondissement³⁰⁹.

111. Een specifieke regeling bestaat in het gerechtelijk arrondissement Eupen.

De rechters die benoemd zijn in een rechtbank, worden in subsidiaire orde benoemd in de andere rechtbanken van het arrondissement³¹⁰. Er wordt een enkele voorzitter aangewezen voor de rechtbank van eerste aanleg, de arbeidsrechtbank en de ondernemingsrechtbank. Hij oefent binnen deze rechtbanken de bevoegdheden uit die de wet toekent aan de voorzitter van de rechtbank. De rechters benoemd in de rechtbank van eerste aanleg, in de ondernemingsrechtbank en in de arbeidsrechtbank, kunnen met hun instemming door de

onafhankelijkheid, LeA Uitgevers, 2023, p. 35, nr. 43; P. VAN ORSHOVEN, "De arrondissementen, de mobiliteit en het beheer", in B. ALLEMEERSCH, P. Taelman, P. VAN ORSHOVEN en B. VANLERBERGHE (eds.) *Nieuwe Justitie*, Antwerpen, Intersentia, 2014, p. 24, nr. 24.

³⁰³ Art. 90, § 4, en 100, § 1, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek. Zie ook J. LAENENS e.a., *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, p. 208, nr. 378.

³⁰⁴ Art. 98, eerste t.e.m. derde lid, Gerechtelijk Wetboek.

³⁰⁵ Art. 98, vierde lid, Gerechtelijk Wetboek.

³⁰⁶ Art. 98, vijfde lid, Gerechtelijk Wetboek.

³⁰⁷ Art. 59 Gerechtelijk Wetboek.

³⁰⁸ Art. 60, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek.

³⁰⁹ Art. 65, § 1, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek.

³¹⁰ Art. 100/2 Gerechtelijk Wetboek.

voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg opgedragen worden het ambt van vrederechter of van rechter in de politierechtbank uit te oefenen in een vredegerecht of in de politierechtbank van het arrondissement. In de beschikking wordt vermeld waarom een beroep moet worden gedaan op een rechter van een van deze drie rechtbanken van het arrondissement en worden de nadere regels van de opdracht omschreven³¹¹.

112. De eerste voorzitters van de hoven van beroep en van de arbeidshoven kunnen, naargelang de behoeften van de dienst, een rechter of kamervoorzitter van een hof, mits zijn instemming en mits eerbiediging van de taalwet in gerechtszaken, opdracht geven zijn ambt uit te oefenen in een ander hof van beroep of arbeidshof³¹². Onder dezelfde voorwaarden kan aan een raadsheer bij een hof van beroep worden opgedragen om het ambt van rechter in een rechtbank van eerste aanleg of in een ondernemingsrechtbank uit te oefenen en aan een raadsheer bij een arbeidshof om het ambt van rechter in een arbeidsrechtbank uit te oefenen³¹³.

Magistraten van het openbaar ministerie worden eveneens subsidiair benoemd in de andere parketten van hetzelfde rechtsgebied³¹⁴.

113. In de doctrine werd de vraag gesteld of de toegenomen mobiliteit van magistraten geen inbreuk kan uitmaken op hun functionele onafhankelijkheid, in zoverre overplaatsingen kunnen worden gebruikt als een 'verhulde tuchtstraf'³¹⁵.

Als antwoord op die kritiek voorzag de wetgever in twee beroepsmogelijkheden³¹⁶:

- de magistraat die wordt opgedragen om zijn ambt uit te oefenen in een andere afdeling of gerechtelijke entiteit en die daarmee niet hoeft in te stemmen, kan tegen die opdracht administratief beroep aantekenen bij het College van de hoven en rechtbanken of bij het College van het openbaar ministerie;
- tegen die beslissing staat vervolgens een beroep open bij de Raad van State.

Na het doorlopen van het eerste administratief beroep kan de magistraat tegen de maatregel ook nog beroep instellen bij de tuchtrechtbank³¹⁷.

114. Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat de mobiliteitsregeling niet strijdig is met de Grondwet, omdat de regeling – zelfs zonder dat de toestemming van de betrokkene hierin werd gevrijwaard – gerechtvaardigd was, niet alleen vanwege de nagestreefde doelstellingen

³¹¹ Art. 99bis Gerechtelijk Wetboek. Over de specifieke organisatie van de rechtbanken van het arrondissement Eupen, die werken met twee rechtbankhoofden en interoperabiliteit van rechters en plaatsvervangers, zie A. HENKES en M. DALE, "Particularités et défis de l'emploi de la langue allemande au sein des juridictions judiciaires belges - Une histoire mouvementée", bijdrage die zal worden gepubliceerd in een themanummer dat door het AP wordt uitgegeven ter gelegenheid van de 50e verjaardag van de Duitstalige Gemeenschap.

³¹² Art. 113bis Gerechtelijk Wetboek.

³¹³ Art. 113bis Gerechtelijk Wetboek.

³¹⁴ Art. 100, § 1, tweede lid Gerechtelijk Wetboek.

³¹⁵ Zie bv. M. MALLIEN, "De functionele onafhankelijkheid", in X. DE RIEMAECKER en R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistraat*, Brugge, die Keure, 2020, 131.

³¹⁶ Art. 330quinquies Gerechtelijk Wetboek.

³¹⁷ Art. 413, § 5 en 418, § 4, Gerechtelijk Wetboek.

(bevorderen van een kwaliteitsvolle rechtspraak, betere dienstverlening met behoud van een zekere nabijheid tot de burger, een beter beheer en een grotere efficiëntie van het gerechtelijk apparaat, het wegwerken van de achterstand en een snellere rechtsbedeling), maar ook omdat in diverse maatregelen was voorzien om de magistraten zo goed mogelijk te betrekken bij die mobiliteitsmaatregelen en omdat er in nieuwe rechtsmiddelen tegen zulke maatregelen was voorzien³¹⁸.

E) Bezoldiging

115. Overeenkomstig artikel 154 van het Gerechtelijk Wetboek worden de wedden van de leden van de rechterlijke orde door de wet vastgesteld. De weddeschalen zijn opgenomen in het Gerechtelijk Wetboek³¹⁹. Dit principe bevestigt de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht (en de individuele rechter) ten aanzien van de uitvoerende macht³²⁰.

F) Cumulatie van ambten

116. Ter vrijwaring van de onafhankelijkheid van de rechter, verbiedt de Grondwet hem bezoldigde ambten te aanvaarden van de regering, tenzij hij die onbezoldigd uitoefent en behoudens de gevallen van onverenigbaarheid bij de wet bepaald³²¹. Hij kan in de regel evenmin voor enige andere openbare dienst worden opgevorderd³²². Met machtiging van de Koning kan hij, op voordracht van de minister van Justitie, wel een onderwijsambt bekleden³²³. Dit vereist het advies van de korpschef of de hiërarchische meerdere³²⁴. Daarnaast kan hij worden gemachtigd om opdrachten van algemeen belang te vervullen bij internationale, supranationale of buitenlandse instellingen³²⁵.

Voor de publicatie van wetenschappelijke artikels en bijdragen moeten magistraten geen toestemming vragen³²⁶. Naar aanleiding van een wrakingsprocedure verduidelijkte het Hof van Cassatie dat wanneer een rechter een bepaald standpunt inneemt over een juridisch twistpunt in een wetenschappelijke publicatie of in het kader van de redactie van een juridisch tijdschrift, dit niet noodzakelijk tot gevolg heeft dat de rechter daardoor ongeschikt wordt om kennis te nemen van een geschil waarin dat rechtspunt aan de orde is. Dit is evenmin het geval wanneer de rechter hierbij afkeuring of bijval doet blijken voor een bepaald standpunt, op voorwaarde dat dit gebeurt met de gematigdheid en genuanceerdheid die het optreden van een magistraat steeds dient te kenmerken³²⁷.

³¹⁸ GwH 15 oktober 2015, nr. 139/2015, B.7.2 en B.8.1.

³¹⁹ Art. 355-379^{quater} Gerechtelijk Wetboek.

³²⁰ J. LAENENS e.a., *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, p. 210, nr. 383.

³²¹ Art. 155 Gerechtelijk Wetboek.

³²² Art. 296 Gerechtelijk Wetboek.

³²³ Art. 294 Gerechtelijk Wetboek.

³²⁴ Art. 295 Gerechtelijk Wetboek.

³²⁵ Art. 308 Gerechtelijk Wetboek.

³²⁶ J. FLO, "Belangenconflicten: wrakingen en onverenigbaarheden", in X. DE RIEMAECKER en R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistraat*, Brugge, die Keure, 2020, 477; P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, "De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België", in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 28, nr. 32.

³²⁷ Cass. 15 oktober 2010, AR C.10.0580.N, AC 2010, nr. 604.

117. De ambten van de rechterlijke orde, zowel van de zetel als van het parket, zijn onverenigbaar met de uitoefening van een bij verkiezing verleend openbaar mandaat, met enige bezoldigde openbare functie of openbaar ambt van politieke of administratieve aard, met het ambt van notaris of van gerechtsdeurwaarder, met het beroep van advocaat, met de militaire stand en met de geestelijke stand³²⁸.

Dit verbod vloeit voort uit de scheiding der machten, uit de Grondwet en uit het fundamentele recht van de rechtszoekende op geschillenbeslechting door een onafhankelijke en onpartijdige rechter: stelt een magistraat zich verkiesbaar, dan doet dat bij het publiek twijfel ontstaan over zijn onpartijdigheid³²⁹.

Als burger geniet de magistraat uiteraard het recht op vereniging, zodat hij lid mag worden van een politieke, filosofische, culturele, wetenschappelijke, artistieke, menslievende, sociale of godsdienstige vereniging en aan de activiteiten van die vereniging mag deelnemen.³³⁰ In zijn optreden moet de magistraat wel vermijden dat het vertrouwen in zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid wordt geschokt. Het voeren van ‘actieve politieke propaganda’ wordt hiermee niet verenigbaar geacht³³¹.

118. De leden van de hoven, rechtbanken, parketten en griffies mogen niet tegen bezoldiging in een scheidsgerecht optreden³³². Zij mogen evenmin mondeling of schriftelijk de verdediging van de partijen voeren en hun consult geven³³³. Verder moeten zij zich onthouden van elke handelsactiviteit³³⁴. Het cumulatieverbod wordt wel versoepeld voor de plaatsvervangende raadsheren, de plaatsvervangende rechters, de raadsheren en rechters in sociale zaken en de rechters in ondernemingszaken³³⁵.

119. Ook het verbod van cumulatie van rechterlijke ambten, opgenomen in artikel 292 van het Gerechtelijk Wetboek, waarborgt de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter. Het cumulatieverbod betreft zowel de gelijktijdige (art. 292, eerste lid) als de

³²⁸ Art. 293, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek. Zie, wat de cumul met een politiek mandaat betreft, eveneens artikel 11, 2°, van het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur. Een politiek mandaat is dus uitgesloten, zowel op federaal, regionaal als lokaal niveau.

³²⁹ L. HUYBRECHTS, “Artikel 293 Ger.W.”, in *Artikelsgewijze commentaar. Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, 2013, p. 4, nr. 4; J. FLO, “Belangenconflicten: wrakingen en onverenigbaarheden”, in X. DE RIEMAECKER en R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistraat*, Brugge, die Keure, 2020, 467; P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, “De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België”, in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 27, nr. 31 en p. 29, nr. 35.

³³⁰ Volgens het Hof van Cassatie creëert de loutere levensbeschouwing van een rechter geen schijn van partijdigheid, zodat de omstandigheid dat een magistraat lid zou zijn van een levensbeschouwelijke vereniging en deelneemt aan de activiteiten van die vereniging niet van aard is om te besluiten dat getwijfeld kan worden aan diens onafhankelijkheid en onpartijdigheid (Cass. 8 mei 2012, AR P.12.0730.N, AC 2012, nr. 598).

³³¹ Cass. 15 maart 1951, AC 1951, 401 (tuchtstraf opgelegd aan een magistraat die lessen had gegeven aan leden van een politieke partij en zich aldus had gedragen als een ‘actief agent’ van die partij).

³³² Art. 298 Gerechtelijk Wetboek.

³³³ Art. 297 Gerechtelijk Wetboek.

³³⁴ Art. 299 Gerechtelijk Wetboek. Het louter burgerlijk beheer van het eigen vermogen is niet verboden, zolang dat geen handelsrechtelijk karakter krijgt (Cass. 23 september 2005, AR C.04.0475.F, AC 2005, nr. 457).

³³⁵ Art. 300 Gerechtelijk Wetboek.

achtereenvolgende cumulatie (art. 292, tweede lid) en raakt de openbare orde³³⁶. Een vonnis dat gewezen is door een magistraat die in dezelfde zaak achtereenvolgens als lid van de staande magistratuur en als lid van de zetel optrad, is nietig³³⁷. Dezelfde sanctie treft het arrest dat werd gewezen door een raadsheer die voorheen als onderzoeksrechter had kennisgenomen van de strafvordering³³⁸.

120. Er dient wel nog te worden opgemerkt dat een indrukwekkend aantal bestuurscommissies met jurisdictioneel karakter, die in de plaats van administratieve rechtbanken op allerlei gebieden over beroepen tegen bestuursbeslissingen betreffende financiële tussenkomsten van administratie uitspraak doen, *de facto* en *de jure* door magistraten voorgezeten worden. Meestal zijn ze door een federale of regionale minister aangeduid en wij veronderstellen dat ze daarvoor de toestemming van hun korpschef gekregen hebben.

Sectie 2.- Over de onverschrokken uitoefening van de rechterlijke macht door de justitiële rechter

Paragraaf 1.- Klassieke opvatting over de taak van de rechter als ‘bouche de la loi’

121. Hoewel LOCKE als de grondlegger van de theorie van de scheiding der machten moet worden beschouwd³³⁹, gaat MONTESQUIEU door als de vader ervan³⁴⁰. In Boek XI, hoofdstuk VI van zijn *De l’Esprit des Lois* prijst MONTESQUIEU de ongeschreven Engelse constitutie aan als voorbeeld van een goede staatsinrichting omdat zij de individuele vrijheid tot haar recht laat komen. Om machtsmisbruik te vermijden, mogen de drie machten – “*la puissance législative*”, “*la puissance exécutrice*” en “*la puissance de juger*” – niet in de dezelfde handen rusten. Hoe MONTESQUIEU zelf deze ‘scheiding der machten’ zag, is niet geheel duidelijk: volgens een bepaalde (minderheids)visie ging hij uit van een absolute scheiding; anderen verdedigen daarentegen dat MONTESQUIEU vertrok vanuit een wederzijdse beperking van de machten door het inbouwen van *checks and balances* en een onderlinge samenwerking tussen de machten³⁴¹.

Een ander probleem met betrekking tot de interpretatie van het werk van MONTESQUIEU betreft zijn opvatting over de rechterlijke macht. MONTESQUIEU beperkte de rechterlijke functie tot “*punir les crimes*” en “*juger les différends des particuliers*”, waardoor hij een rechterlijk toezicht op de administratieve overheid leek uit te sluiten³⁴². Verder wenste hij

³³⁶ Cass. 13 oktober 1975, AC 1976, 191.

³³⁷ Cass. 8 november 1979, AC 1979-80, 305, RW 1979-80, 2505.

³³⁸ Cass. 18 maart 1981, AC 1980-81, 789 en RW 1980-81, 2533. Zie ook Cass. 29 mei 1985, AC 1984-85, nr. 592.

³³⁹ Zie A. ALEN, *Rechter en bestuur in het Belgische publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, I, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, 169-173.

³⁴⁰ A. ALEN, “‘Scheiding’ of ‘samenwerking’ der machten?”, in *Academiae Analecta. Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, letteren en schone kunsten van België*, Brussel, 1990, p. 7, nr. 2.

³⁴¹ A. ALEN, *Rechter en bestuur in het Belgische publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, op.cit., 67-68 en 176-177; A. ALEN, “‘Scheiding’ of ‘samenwerking’ der machten?”, op.cit., p. 7-8, nr. 4.

³⁴² *Ibid.*, A. ALEN, “‘Scheiding’ of ‘samenwerking’ der machten?”, op.cit., p. 9, nr. 5; F.P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Parijs, 1968, p. 287, nr. 507.

zonder twijfel de onafhankelijkheid van de rechter te vrijwaren. Minder duidelijk is de betekenis van zijn beroemd gezegde dat de rechter optreedt als “*bouche qui prononce les paroles de la loi*”. Daaruit wordt vaak afgeleid dat de rechter volgens MONTESQUIEU de wet louter mechanisch en automatisch dient toe te passen, zonder zijn eigen interpretatie of denkbeelden in de plaats te stellen.

Paragraaf 2.- Wijzigende opvattingen over de taak van de rechter

122. Later werd deze lezing van de beroemde uitspraak van MONTESQUIEU terecht genuanceerd³⁴³. In de realiteit is zulke strikt legalistische opvatting over de taak van de rechter inderdaad niet meer houdbaar³⁴⁴. De samenleving is te complex geworden om alle mogelijke geschillen op voorhand te overzien. De wet kan niet voor alle rechtsverhoudingen op voorhand in een oplossing voorzien. Wetten zijn bovendien onduidelijk en behoeven interpretatie. CORNELIS stelt terecht dat zonder ‘*jurisprudentiële bezieling*’ wetteksten weinig voorstellen; de toegevoegde waarde van rechterlijk activisme blijkt aldus volgens hem uit het feit dat er meer jurisprudentiële dan wettelijke rechtsregels bestaan³⁴⁵.

De wetgever zelf geeft trouwens de rechter een deel van zijn beslissingsmacht door wanneer hij gebruikmaakt van open (blanco) normen die wel door de rechter moeten worden ingevuld (openbare orde, goede trouw, redelijkheid en billijkheid,...)³⁴⁶. Het deed DE PAGE besluiten dat “*la loi vivante n’est plus celle du législateur*”³⁴⁷.

123. Deze nood aan rechterlijk ‘beleid’ is des te sterker wanneer het verlies aan ‘*feitelijk gezag*’ van de wet voor ogen wordt gehouden. De door de Franse revolutionairen aan de wet toegekende kenmerken van abstractie, algemeenheid en permanentie hebben plaats gemaakt voor een wet die in voortdurende evolutie is, waardoor ze haar stabiliteit kwijt is. Gevaren voor incoherentie, onzekerheden en tegenstrijdigheden liggen daarbij op de loer, waardoor de algemeenheid van de rechtsregel en het gelijkheidsbeginsel dreigen te worden

³⁴³ Zo bepleit FOQUÉ een ‘actualiserende nuancerings’ van de rechter als “*bouche de la loi*”: de rechtsprekende rechter brengt de vaak abstracte kern van het bestel tot leven en geeft er een gezicht aan. Hij spreekt niet namens zichzelf, maar brengt als institutie het recht, met al zijn abstracties, tot leven en tot spreken. Distantie en anonimiteit zijn daarbij de juiste voorwaarden waarop de rechter zijn rol ten volle kan spelen (R. FOQUÉ, *De democratische rechtsstaat: een onrustig bezit?*, Utrecht, Forum Instituut voor multiculturele vraagstukken, 2011, 55-56).

³⁴⁴ Zie ook o.m. M. VAN DER HAEGEN, *Het Hof van Cassatie als lichtbaken voor het Belgische rechtsbestel*, Antwerpen, Intersentia, 2020, p. 81, nr. 87.

³⁴⁵ L. CORNELIS, “De toegevoegde waarde van rechterlijk activisme: uitdagend”, in *De Indicatieve Tabel 2016: kansen en kritiek*, Antwerpen, Intersentia, 2018, p. 136, nr. 13.; Zie J. VAN DONINCK en E. DE KEZEL, “De dynamische rechter: een bescheiden rechtsvormer” in F EVERS (red.), op-RECHT-uit: *Een hulde aan Alain Bloch*, Die Keure, Brugge, 2022, p. 41-59.

³⁴⁶ M. STORME, “De wetgever en de onafhankelijke rechter”, in *De rol van de rechter en de wetgever bij de rechtsontwikkeling in België en Nederland*, Leiden, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, 1995, 23; M. VAN DER HAEGEN, *Het Hof van Cassatie als lichtbaken voor het Belgische rechtsbestel*, Antwerpen, Intersentia, 2020, p. 85, nr. 90; I. VEROUGSTRAETE, “De rechter en de macht”, in *Recht en macht*, Brussel, Koninklijke academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, 1990, 190.

³⁴⁷ H. DE PAGE, *À propos du gouvernement des juges: l’équité en face du droit*, Brussel, Bruylant, 1931, 187.

aangetast³⁴⁸. Het spreekt voor zich: hoe gebrekiger de kwaliteit van de wetgeving, hoe ‘activistischer’ een rechter zal (moeten) optreden, wanneer hij in een concrete zaak wordt geroepen de interpretatieproblemen die verband houden met de gebrekkige wet het hoofd te bieden³⁴⁹.

124. Deze evolutie – die door sommigen wordt geduid als een *déclin de la loi*³⁵⁰ – hangt samen met andere veranderingen: van beschermmiddel van de burger tegen de overheid wordt de wet een technisch middel om politiek beleid te realiseren (de facto door de uitvoerende en wetgevende macht samen). Bovendien is er sprake van een “*bouleversement*” in de opbouw en structuur van de rechtsbronnen: een veelheid aan rechtsbronnen, de toekenning van normatieve bevoegdheid aan (para-)administratieve overheden, de tendens van een overheid om eigen bevoegdheden aan een ondergeschikte bevoegdheid over te laten, enz.³⁵¹

De ‘ambivalentie’ in de verhouding tussen ‘politiek’ en ‘justitie’ wordt bovendien bepaald door de omstandigheid dat de politiek soms op de rechter een beroep doet om politieke problemen en conflicten betreffende de machtsuitoefening op te lossen (de zogenaamde ‘*judicialisation du pouvoir politique*’)³⁵².

Daarnaast moet rekening worden gehouden met de relatief recente evolutie naar een *public interest litigation*, waarbij burgers of actiegroepen binnen een subjectief contentieux naar collectieve oplossingen zoeken voor maatschappelijke problemen zoals luchtkwaliteit, nachtvluchten of klimaatverandering³⁵³. Steeds vaker betwist de burger politiek geladen overheidsbesluiten voor de burgerlijke rechter – te denken valt bv. aan de vele procedures tegen de coronamaatregelen – maar ook het uitblijven van overheidsoptreden in maatschappelijk kritische domeinen wordt door de kritische burger op het bord van de

³⁴⁸ A. ALEN, “‘Scheiding’ of ‘samenwerking’ der machten?”, in *Academiae Analecta. Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, letteren en schone kunsten van België*, Brussel, 1990, p. 54- 55, nr. 28.

³⁴⁹ Zie ook, specifiek voor wat het jeugdrecht betreft, F. VROMAN, “Over de noodzaak tot rechterlijk activisme in het jeugdrecht”, *RW* 2017-18, 483-489.

³⁵⁰ Ph. QUERTAINMONT, “Le déclin de l’Etat de droit”, *JT* 1984, 273-280.

³⁵¹ J.-J. DAIGRE schrijft: “La loi, conçue depuis la Révolution comme devant être générale et impersonnelle pour être la même pour tous, devient de plus en plus souvent particulière et expérimentale. Il est vrai que sa conception est de plus en plus conditionnée par la diversité de ses destinataires qui ne peuvent plus être appréhendés comme un ensemble homogène de citoyens abstraits, et de plus en plus marquée par son contexte, non seulement politique et économique mais surtout social, environnemental et sociétal, ce qui explique l’affaiblissement de la conception absolutiste d’origine et un relativisme grandissant” (“L’appel de l’expérimentation législative”, Editorial, Recueil Dalloz, 2023, n° 28. Hij heeft het over een Franse poging wetgeving dynamischer te maken; z. <https://www.modernisation.gouv.fr/transformer-laction-publique/france-experimentation>” Zie ook A. ALEN, “‘Scheiding’ of ‘samenwerking’ der machten?”, *op. cit.*, p. 54-55, nr. 28.

³⁵² A. ALEN, “De scheiding der machten – Enkele inleidende kanttekeningen”, in *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten. Deel 2*, Brugge, die Keure, 2010, p. 11, nr. 2.

³⁵³ E. VAN GOOL, “De klimaatzaak als symptoom”, *RW* 2021-22, 42. ADAMS merkt in deze context op dat de rechter daarbij evolueert van een “*toepasser van het recht*” naar een “*belangenbeslechter*” (M. ADAMS, “Dynamische rechtspraak. Noopt de Klimaatzaak tot een andere blik op de trias politica?”, *De Juristenkrant* 12 mei 2021, 9);

burgerlijke rechter gelegd³⁵⁴. Sommigen voeren aan dat het niet wenselijk is om complexe vraagstukken – zoals het klimaatbeleid – voor te leggen aan rechters, die de nodige democratische legitimiteit ontberen³⁵⁵.

VAN GOOL merkt hierover op dat de belangvereiste nochtans steeds minder vaak een probleem vormt en dat er alsmaar stevigere rechtsgronden zijn om ook binnen een subjectief contentieux succesvol te vorderen tegen een vermeend gebrekkig optredende overheid. Anderzijds kan het verkrijgen van een adequate remedie een obstakel vormen³⁵⁶, alsook de traagheid van de burgerlijke rechtspleging³⁵⁷.

Paragraaf 3.- Wijzigende rol van het Hof van Cassatie

125. Deze evolutie in de opvatting omtrent de rechterlijke taak tekent zich ook af in de weg die het Hof van Cassatie heeft afgelegd.

Het *Tribunal de cassation*, in 1790 opgericht, had als taak “*maintenir l’unité de législation et prévenir la diversité de jurisprudence*”. Door het verzekeren van de eerbied van de rechters voor de wet, diende het *Tribunal de cassation* de nieuwe rechtsorde te bewaken. KRYNEN vat de taak treffend samen: “*sans volonté propre, établi ‘auprès du corps législatif’ sa mission devait être des plus simples: surveiller la mécanique application judiciaire des lois, ‘casser’ les jugements des tribunaux rendus en contravention des lois, sans lui-même les expliquer ou les interpréter*”³⁵⁸. Het *Tribunal de cassation* was met andere woorden een verlengstuk van de wetgever, in wiens naam het de rechterlijke macht controleerde³⁵⁹.

Nadien werd – in het zog van de invoering van de *Code civil* – weliswaar aangenomen dat er ruimte was voor (cassatie)rechterlijke interpretatie en aanvulling, maar niettemin bleef men vasthouden aan de ondergeschiktheid van de rechter ten opzichte van de wetgever³⁶⁰. Zo stelde PORTALIS dat “*un juge est associé à l’esprit de législation; mais il ne saurait partager le pouvoir législatif*”³⁶¹.

³⁵⁴ A. WIRTGEN, “Trias politica revisited? Over civiele procedures tegen het nalaten van de overheid om normerend op te treden”, in *De Grondwet en Jan Velaers. IV. Een vriendschapsgewijze commentaar*, Brugge, die Keure, 2022, p. 417, nr. 2.

³⁵⁵ Zie o.m. K. DEKETELAERE en T. DE BACKER, *Geschillenbeslechting inzake klimaat- en omgevingsgeschillen: naar een gouvernement des juges?*, Brugge, die Keure, 2019, 32.

³⁵⁶ VAN GOOL verwijst naar het vonnis van 17 juni 2021 van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel in de klimaatzaak, waarin de rechtbank geen concreet reductiebevel oplegde en daarbij oordeelde dat de vaststelling van een tekortkoming door de overheid haar niet toeliet om zelf de broeikasgasemissiereductiedoelstellingen van België te bepalen gelet op de scheiding der machten (Rb. Brussel 17 juni 2021, *JLMB* 2022, 361, noot M. WUINE en *TMR* 2021, 387, noot P. LEFRANC).

³⁵⁷ E. VAN GOOL, “De klimaatzaak als symptoom”, *RW* 2021-22, 42.

³⁵⁸ J. KRYNEN, *L’emprise contemporaine des juges*, Parijs, Gallimard, 2012, 40.

³⁵⁹ A. HENKES, “La requête en cassation: un recours extraordinaire”, verschijnt weldra in een verzameld werk bij uitgeverij Larcier; M. VAN DER HAEGEN, *Het Hof van Cassatie als lichtbaken voor het Belgische rechtsbestel*, Antwerpen, Intersentia, 2020, p. 36, nr. 37.

³⁶⁰ Voor deze evolutie, zie M. VAN DER HAEGEN, *op.cit.* p. 80, nr. 84.

³⁶¹ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours, Rapports et Travaux inédits sur le Code civil*, Parijs, Joubert, 1844, 159.

Het (Franse) Hof van Cassatie zelf oordeelde in gelijkaardige zin in een arrest van 25 mei 1814: *“attendu qu’il n’appartient pas aux tribunaux de juger la loi, et qu’ils doivent l’appliquer telle qu’elle est, sans qu’il leur soit jamais permis de la modifier ou de la restreindre par aucune considération quelque puissante qu’elle soit”*³⁶².

126. De slaafse houding van de rechter ten opzichte van de wet was geen lang leven beschoren, en dit heeft uiteraard ook zijn gevolgen voor het Hof van Cassatie: de cassatierechtspraak interpreteert gezagvol de wet en heeft in de praktijk het laatste woord. De bodemrechter kan zich enten op de cassatierechtspraak bij de toepassing van de wet. Wetgever en cassatierechter zijn in de praktijk partners geworden in de rechtsvorming³⁶³.

De wetgever gaf de rechtsvormende taak van het Hof van Cassatie trouwens een wettelijke grondslag. Sinds de Wet van 10 april 2014³⁶⁴, die artikel 1105*bis* van het Gerechtelijk Wetboek wijzigde, is de beperkte kamer met drie raadsheren bevoegd om te beslissen over de zaken waarvan de behandeling niet noopt tot de beantwoording van rechtsvragen in het belang van de eenheid van de rechtspraak *of van de rechtsontwikkeling*. Dit bevestigde impliciet de opdracht van de cassatierechter om het recht te ontwikkelen³⁶⁵.

Omgekeerd laat de wetgever zich ook inspireren door de rechtspraak van het Hof van Cassatie bij het opstellen van nieuwe wetgeving³⁶⁶. De wet voorziet daartoe trouwens in communicatielijnen. Zo verplicht artikel 11 van de wet van 25 april 2007³⁶⁷ de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie om jaarlijks het parlementair comité belast met de wetsevaluatie in te lichten over de wetten die in de loop van het jaar problemen hebben opgeleverd bij de toepassing of interpretatie ervan. Dit rapport wordt ook opgenomen in het jaarverslag van het Hof van Cassatie en op zijn website gepubliceerd.

Paragraaf 4.- Grenzen aan het rechterlijk beleid

127. Het is niet strijdig met de scheiding der machten wanneer de rechter zijn rechtsprekende functie ook uitoefent ten aanzien van de wetgevende en uitvoerende macht: op grond van het beginsel van de rechtsstaat moet de burger de binding van de twee andere staatsmachten aan het recht voor de rechter kunnen afdwingen³⁶⁸. Concreet betekent dit dat de rechterlijke macht haar eigen functie kan uitoefenen door het toetsen van

³⁶² Cass. (Fr.) 25 mei 1814, *Journal du Palais* XII, 218.

³⁶³ M. VAN DER HAEGEN, *op.cit.*, p. 83-84, nr. 88.

³⁶⁴ Wet 10 april 2014 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de procedure voor het Hof van Cassatie en de wrakingsprocedure, *BS* 15 mei 2014.

³⁶⁵ M. VAN DER HAEGEN, *o.c.*, p. 84, nr. 89.

³⁶⁶ M. VAN DER HAEGEN, *o.c.*, p. 86, nr. 91.

³⁶⁷ Wet 25 april 2007 tot oprichting van het Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie, *BS* 11 mei 2007. Zie bv. het “Wetgevend verslag 2022” van de procureur-generaal op de website van het Hof (www.cass.be).

³⁶⁸ A. WIRTGEN, “Trias politica revisited? Over civiele procedures tegen het nalaten van de overheid om normerend op te treden”, in *De Grondwet en Jan Velaers. IV. Een vriendschapsgewijze commentaar*, Brugge, die Keure, 2022, p. 418, nr. 4.

overheidsbeslissingen aan de hogere rechtsregels en door de aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatig bestuur of wetgeving vast te stellen³⁶⁹.

128. Niettemin blijft het principe van de scheiding der machten grenzen stellen aan de inmenging door de rechterlijke macht in de andere staatsmachten.

De rechter wordt op de eerste plaats begrensd door het kader waarbinnen het overheidsoptreden gerechtelijk kan worden getoetst. De rechter mag zich niet in de plaats stellen van het bestuur. Hij kan op het handelen of nalaten van de overheid slechts een marginaal toetsingsrecht uitoefenen, aangezien een rechterlijk opportuniteitsoordeel uitgesloten is. De rechterlijke controle betreft m.a.w. een louter legaliteitsoordeel³⁷⁰.

In deze context benadrukt FOQUÉ terecht dat de rechter de spreekbuis *van het recht* dient te zijn, en niet de spreekbuis van de politiek of van het volk. De gronden van de oordeelsvorming van de rechter, als niet-verkozen dienaar van de publieke zaak, moeten beperkt blijven tot het recht. Politieke doelstellingen of algemene oriëntaties voor het overheidsbeleid, die voorbehouden zijn aan de wetgevende en uitvoerende macht, vallen buiten zijn bevoegdheid³⁷¹. Van de burgerlijke rechter wordt verwacht dat hij zich terughoudend opstelt in zaken met een beleidscomponent, uit eerbied voor de driemachtenleer³⁷².

129. Daarnaast wordt de rechter begrensd door de aard van de maatregelen die hij kan opleggen aan de overheid. Weliswaar kunnen de hoven en de rechtbanken, op verzoek van een partij die zich op een subjectief recht beroept, aan de overheid maatregelen opleggen die nodig zijn om een schending van dat recht te voorkomen, maar het recht op integraal herstel is niet onbegrensd: onder omstandigheden zal het slachtoffer genoeg moeten nemen met een geldelijke schadeloosstelling wanneer herstel in natura onmogelijk is. Die onmogelijkheid kan het gevolg zijn van materiële of juridische beletsels, zoals de scheiding der machten³⁷³. Bij het bevelen van maatregelen ter voorkoming of ter beëindiging van een schending van een subjectief recht, mag de rechter de overheid haar politieke vrijheid niet ontfangen.

130. Wanneer de overheid is tekortgeschoten in haar verplichting om wet- of regelgeving uit te vaardigen, wordt aangenomen dat een rechterlijke ‘injunctie’ om normerend op te treden te verregaand zou zijn: de rechter kan in die visie geen toekomstig gedrag aan de wet- of regelgever dicteren, maar enkel retrospectief diens gedrag in het verleden als foutief

³⁶⁹ Z. vooropgaand *Kapitel I*; J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, II, Brugge, die Keure, 2019, 106; A. WIRTGEN, o.c.; Zie in concreto, de veroordeling van Fedasil en de Belgische Staat om de nieuwkomers onder asiel zoekenden in een opvangcentrum onder te brengen en materieel hulp te verlenen met bijkomende voordeling tot een dwangsom in geval van niet-naleving: Arbeidsrechtbank Brussel (Fr.) (k. ged.) 20 januari 2022, A.R. nr. 20/4/C. (niet gepubliceerd); Arbeidsrechtbank Brussel (Fr.) 17 maart 2022, nr. 22/10/c. (niet gepubliceerd).

³⁷⁰ A. WIRTGEN, o.c., p. 418-419, nr. 5.

³⁷¹ R. FOQUÉ, *De democratische rechtsstaat: een onrustig bezit?*, Utrecht, Forum Instituut voor multiculturele vraagstukken, 2011, 54-55.

³⁷² A. WIRTGEN, o.c., p. 417, nr. 2.

³⁷³ G. JOCQUE, “Herstel in natura bij onrechtmatige handeling van overheid”, *NjW* 2015, 246; P. WERY, “La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle”, *RGDC* 2012, 251; A. WIRTGEN, o.c., p. 419, nr. 5.

aanmerken³⁷⁴. Aan de overheid kan m.a.w. geen (direct) wetgevings- of reguleringsbevel worden opgelegd.

Illustratief is een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel van 4 oktober 2013, waarin de rechtbank te oordelen had over de nalatigheid van de regering om uitvoering te geven aan de basiswet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van gedetineerden, door te voorzien in de oprichting van een aantal commissies. Het feit dat er geen commissies in het leven waren geroepen, en dus ook geen beroepscommissie, zoals bepaald door de basiswet, meer dan acht jaar nadat de wet was aangenomen, vormde volgens de rechtbank een foutieve nalatigheid in hoofde van de uitvoerende macht. Toch weigerde de rechtbank in te gaan op de vordering van de eiser om de overheid te bevelen de vastgestelde onwettigheid in natura te herstellen: gelet op de manoeuvreerruimte die de wetgever aan de uitvoerende macht liet, zou de veroordeling van de Belgische Staat om de omstreden bepalingen in werking te laten treden de scheiding der machten aantasten. De morele schade ontstaan door het ontbreken van een daadwerkelijk rechtsmiddel en van het verlies van een kans op herziening van de omstreden bijzondere veiligheidsmaatregelen kon volgens de rechtbank worden hersteld door de toekenning van een vergoeding *ex aequo et bono*³⁷⁵.

131. In deze context is de rechtspraak van het Hof van Cassatie over de aanvulling door de rechter van een door het Grondwettelijk Hof vastgestelde ongrondwettige lacune in de wetgeving relevant³⁷⁶. Volgens het Hof mag de rechter deze lacune niet aanvullen wanneer dit de invoering van een volledig nieuwe procesregeling³⁷⁷, het maken van keuzes die aan de wetgever voorbehouden zijn³⁷⁸ of het opnieuw afwegen van maatschappelijke belangen³⁷⁹ zou vereisen. Als het kader van de bestaande wettelijke bepalingen dit toelaat, mag en moet de rechter de lacune aanvullen³⁸⁰.

132. Hoewel het opleggen van een direct wetgevings- of reguleringsbevel door de rechter een stap te ver is, wordt in bepaalde uitspraken aan de overheid wel het bevel gegeven bepaalde doelstellingen te behalen, met behoud van de vrijheid om de daartoe geschikte middelen te bepalen³⁸¹.

In een vonnis van 9 januari 2019 sprak de Brusselse rechtbank van eerste aanleg zich uit over de overbevolking in de gevangnissen van Sint-Gillis en Vorst. Het voortduren van een

³⁷⁴ S. VAN DROOGENBROECK, "Flandria, Anca, Ferrara... Urgenda? Entre réparation et prévention, de l'indemnisation à l'injonction", *JT* 2020, 751; A. WIRTGEN, *o.c.*, p. 419-520, nr. 6.

³⁷⁵ Rb. Brussel 4 oktober 2013, *JLMB* 2014, 1052 met noot Q. PFEIFFER.

³⁷⁶ Zie ook M. VAN DER HAEGEN, *op.cit.*, p. 96, nr. 101.

³⁷⁷ Cass. 17 januari 2008, *RW* 2008-09, 1184; Cass. 14 oktober 2008, AR P.08.1329.N, AC 2008, nr. 547; Cass. 25 november 2008, AR P.07.0345.N, AC 2008, nr. 659; Cass. 22 december 2009, AR P.09.1256.N, AC 2009, nr. 779.

³⁷⁸ Cass. 2 september 2009, AR P.09.0458.F, AC 2009, nr. 468; Cass. 26 januari 2011, AR P.11.0035.F, AC 2011, nr. 77.

³⁷⁹ Cass. 3 november 2008, *NjW* 2009, 360; Cass. 29 september 2011, AR C.09.0570.N, AC 2011, nr. 512.

³⁸⁰ Cass. 4 september 2015, AR F.14.0128.F, AC 2015, nr. 487; Cass. 5 februari 2016, AR C.15.0011.F, AC 2016, nr. 82; Cass. 16 november 2017, AR F.15.0034.N, AC 2017, nr. 648; Cass. 23 maart 2018, AR F.17.0065.F, AC 2018, nr. 202.

³⁸¹ Voor een overzicht, zie A. WIRTGEN, *o.c.*, p. 420 e.v.

ernstige overbevolking in de Brusselse gevangenissen gedurende meer dan tien jaar, in combinatie met onbetamelijke detentievoorwaarden, werd door de rechtbank als een fout van de Staat aangemerkt.

De eiser had onder meer de wijziging gevorderd van de wet betreffende de voorlopige hechtenis, de uitbreiding van de voorwaarden voor de toekenning van de opschorting van de uitspraak en van het uitstel en het aannemen van wettelijke voorwaarden m.b.t. de niet-uitvoering van de korte straffen met een invloed op de gevangenisbevolking. Wat betreft de maatregelen die ten aanzien van de wetgever werden gevorderd, herinnerde de rechtbank eraan dat het recht op integraal rechtsherstel niet onbegrensd is en dat het slachtoffer genoeg moet nemen met een geldelijke schadeloosstelling bij equivalent wanneer herstel *in natura* onmogelijk is, wat het gevolg kan zijn van materiële of juridische beletsels zoals de scheiding der machten. De rechtbank oordeelde dat de gevorderde maatregelen die ertoe strekken de veroordeling van de Belgische Staat te verkrijgen om materiële of budgettaire wetten aan te nemen of te wijzigen, niet door een rechtscollège kan worden bevolen op straffe van afbreuk te doen aan de scheiding der machten. Hoewel de rechter aan de uitvoerende macht maatregelen kan opleggen om een einde te maken aan een schadelijke feitelijkheid, kan dit bevel niet zo ver gaan dat aan het bestuur wordt bevolen om een beslissing in een bepaalde zin te nemen in een domein waar het over een discretionaire bevoegdheid beschikt. Het vonnis van 9 januari 2019 besloot dat, hoewel er sprake is van een foutief voortduren van een fenomeen van overbevolking in de gevangenissen, de rechtbank niet een of andere wetgevende of reglementaire maatregel mag opleggen aan de Staat, noch diens handelswijze mag bepalen. Wel werd de Belgische Staat veroordeeld, onder verbeurte van een dwangsom, tot het behalen van een bepaalde doelstelling, met name om het aantal gedetineerden te herleiden tot de maximale toegelaten capaciteit in elk van de betrokken strafinrichtingen³⁸².

133. In een andere zaak had de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel zich uit te spreken over een door Greenpeace tegen het Vlaamse Gewest ingestelde milieustakingsvordering, waarin Greenpeace onder meer een reeks maatregelen ter bevordering van de luchtkwaliteit vorderde, waaronder een progressief verbod op diesel. De rechter weigerde hieraan gevolg te geven. Toch beperkte hij zich niet tot een herinnering aan het beginsel van de scheiding der machten, maar veroordeelde hij het Vlaamse Gewest tot de opstelling, binnen een termijn van één jaar en onder verbeurte van een dwangsom, van een luchtkwaliteitsplan, voor alle zones en agglomeraties van het Vlaamse Gewest, in de zin van de Luchtkwaliteitsrichtlijn en in overeenstemming met alle vereisten die aan zulk plan worden gesteld, inzonderheid de plicht om de periode van overschrijding van de grenswaarden zo kort mogelijk te houden³⁸³. Aldus betrof de rechterlijke injunctie dus enkel een door het objectieve recht voorgeschreven resultaat (de opstelling van een

³⁸² Rb. Brussel 9 januari 2019, *JLMB* 2019, 414, noot.

³⁸³ Vz. Rb. Brussel 10 oktober 2018, *TMR* 2018, 706, noot A. CARETTE.

luchtkwaliteitsplan), en had de injunctie geen betrekking op de precieze inhoud van dat plan³⁸⁴.

134. In andere zaken waarin een rechter vaststelt dat het uitblijven van wetgeving onrechtmatig is, wordt wel nog vastgehouden aan een striktere opvatting over de scheiding der machten³⁸⁵.

135. Uiterst relevant in deze context is uiteraard de Klimaatzaak. Bij vonnis van 17 juni 2021 deed de Franstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel uitspraak in deze zaak, en veroordeelde de federale Staat en de drie gewesten voor hun nalatig klimaatbeleid. Volgens de rechtbank waren de betrokken overheden tekortgekomen aan de zorgvuldigheidsnorm, opgenomen in artikel 1382 OBW, en hadden de overheden door hun falend beleid de artikelen 2 en 8 EVRM geschonden.

De eisers hadden als rechtsherstel gevraagd om de betrokken overheden concrete reductiedoelstellingen op te leggen. De rechtbank oordeelde daaraan geen gevolg te kunnen geven omdat een dergelijk reductiebevel afbreuk zou doen aan het beginsel van de scheiding der machten. De rechtbank stelde dat de rechterlijke macht, zelfs wanneer de overheid een discretionaire bevoegdheid uitoefent, weliswaar bevoegd is om een fout van de overheid vast te stellen, maar dat de rechter bij die gelegenheid de overheid niet mag beroven van haar politieke vrijheid, noch zich in haar plaats mag stellen.³⁸⁶ De rechtbank ging na of de gevraagde injunctie niet erop zou neerkomen dat de rechter zich in de plaats zou stellen van de wetgevende of regelgevende overheid in de uitoefening van diens discretionaire bevoegdheid, en stelde daarbij vast dat noch de internationale akkoorden, noch het Europees recht België rechtstreeks opleggen de uitstoot van broeikasgassen te beperken ten belope van de door de eisers voorgestelde percentages. Verder verwees de rechtbank naar verschillende regionale klimaatplannen waarin concrete reductiedoelstellingen werden opgenomen. Hierover oordeelde de rechtbank dat noch de regeringsverklaringen, noch de onderscheiden plannen of andere strategische nota's op zichzelf juridisch dwingende verbintenissen voor de Belgische overheden inhouden, zodat de wijze waarop België bijdraagt aan de mondiale doelstelling om de uitstoot te verminderen, tot de beoordelingsvrijheid van haar wetgevende en uitvoerende macht behoort.

Hoewel het dus aan de rechtbank toekomt om een deficit in hoofde van de federale Staat en de drie Gewesten vast te stellen, laat die vaststelling haar niet toe om zelf de

³⁸⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, "Flandria, Anca, Ferrara... Urgenda? Entre réparation et prévention, de l'indemnisation à l'injonction", *JT* 2020, 754; S. VAN DROOGHENBROECK, "We will see you in court: over klimaatzaken, mensenrechten en daadwerkelijke rechtsmiddelen", in *Klimaatrechtspraak. Waarom de rechters het klimaat (niet) zullen redden?*, Brugge, die Keure, 2021, 84-85; A. WIRTGEN, o.c., p. 422, nr. 9.

³⁸⁵ Zie A. WIRTGEN, o.c., p. 423, nr. 11.

³⁸⁶ In zijn annotatie merkt DE WINTER op dat dit "heel anders is indien er een de facto gebonden bevoegdheid voorligt omdat uit de concrete omstandigheden blijkt dat de overheid zijn initiële discretionaire bevoegdheid liet verdampen. In een dergelijk geval kan de rechter de wetgever wel verplichten de nodige maatregel te nemen, zonder zich op diens stoel te verplaatsen" (M. DE WINTER, "Belgische klimaatzaak: als het overstroomt in Den Haag, druppelt het in Brussel", *TBBR* 2023, p. 103, nr. 34).

reductiedoelstellingen voor de uitstoot van broeikasgassen voor België te bepalen³⁸⁷, wat verschillende commentatoren doet besluiten dat het vonnis in de Belgische klimaatzaak ‘minder tanden’ heeft dan de uitspraak in de Nederlandse Urgenda-zaak³⁸⁸.

136. In het zog van de Klimaatzaak stelden verschillende auteurs dat moet worden afgestapt van de rechterlijke terughoudendheid wanneer de overheid op foutieve wijze haar verplichting om wet- of regelgeving uit te vaardigen niet is nagekomen³⁸⁹, en dat in zulk geval de scheiding der machten niet verbiedt dat een zeer precieze doelstelling aan de overheid wordt opgelegd, voor zover de overheid vrij blijft in de keuze van de middelen om dat doel te bereiken³⁹⁰. Dit geldt des te meer indien de injunctie algemeen van aard blijft, in die zin dat het te bereiken resultaat om de overeenstemming met hogere rechtsregels te herstellen wordt voorgeschreven, zonder dat de rechter zich precies en exhaustief uitspreekt over de middelen die daartoe moeten worden ingezet³⁹¹.

Voorstanders van een sterker rechterlijk toezicht inzake het klimaatbeleid wijzen erop dat hun pleidooi niet mag worden begrepen als een onverholen pleidooi voor een ‘*gouvernement des juges*’. SCHOUKENS en SOETE stellen in dit verband: *“Uitspraken zoals het geannoteerde arrest in de Urgenda-zaak herinneren eraan dat Montesquieu’s welbekende trias politica als een dynamisch gegeven moet worden begrepen, een soort wisselwerking in plaats van een starre machtenscheiding. Dit bleek nog meer uit de overwegingen vermeld in de uitspraak in eerste aanleg. Bij falende risicoregulering in het kader van erg omvattende milieudreigingen zoals de klimaatverandering is het niet meer dan gewettigd en logisch dat de rechter zijn corrigerende rol kan opnemen, als één (belangrijk) deel van de ‘checks and balances’-approach die het beginsel van de scheiding der machten onderstut. In die context is het de taak van een rechter om een falend overheidsbeleid te beteugelen wanneer dit haaks staat op het beginsel van de zorgplicht. Dat de zorgplicht een erg ruime norm is, is correct. Maar als men overheidsaansprakelijkheid aanvaardt in andere contexten voor handelen of nalatigheid in hoofde van de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht, waarom dan niet bij klimaatverandering – een voorbeeld bij uitstek van risicoregulering. Dit argument is nog des te sterker wanneer men die klimaatdreiging kwalificeert als een schending van individuele mensenrechten. Kan men de rechterlijke macht uitsluiten van het klimaatbeleid dat zo fundamenteel is voor de toekomst van onze soort en onze planeet?”*³⁹²

137. Uiteraard moet, zoals gezegd, de grens van het ‘rechterlijk meeregeren’ worden bewaakt: bij het bevelen van maatregelen ter voorkoming of tot herstel van een schending

³⁸⁷ Rb. Brussel 17 juni 2021, *TMR* 2021, 387, noot P. LEFRANC.

³⁸⁸ Zie o.m. F. AUVRAY, C. BORUCKI en P. GILLAERTS, “Belgische klimaatzaak: enkele vaststellingen?”, *Juristenkrant* 27 oktober 2021, 7; P. LEFRANC, “Het klimaatvonnis: wachten op “De man die bomen plantte”?”, *TMR* 2021, 340.

³⁸⁹ Het spreekt voor zich dat de discussie over de rol van de rechter in de milieuzaken zou kunnen worden vermeden wanneer de politiek verantwoordelijke actoren zelf duidelijke regelgeving zouden aannemen die strookt met de internationale engagementen (zie uitgebreid C. JENART, “De verantwoordelijkheid van de overheid om te regeren”, *RW* 2022-23, (883) 886).

³⁹⁰ S. VAN DROOGENBROECK, “Flandria, Anca, Ferrara... Urgenda? Entre réparation et prévention, de l’indemnisation à l’injonction”, *JT* 2020, 754; A. WIRTGEN, o.c., 424, nr. 12.

³⁹¹ S. VAN DROOGENBROECK, o.c., 753; A. WIRTGEN, o.c.

³⁹² H. SCHOUKENS en A. SOETE, “Klimaatverandering in de rechtbank”, *NjW* 2020, p. 159, nr. 66.

van een subjectief recht mag de rechter niet zelf een discretionaire bevoegdheid uitoefenen die aan het bestuur toekomt en evenmin de opportuniteit beoordelen van het optreden van het bestuur, wanneer dat over dergelijke bevoegdheid beschikt, of het bestuur zijn politieke vrijheid ontzeggen³⁹³.

In dezelfde zin verdedigt HOUBEN: *“Fundamenteel is het zonneklaar dat overheden en bedrijven door rechters moeten kunnen worden aangesproken op hun handelen dat in strijd is met de op hen rustende bindende normering, zoals klimaat- en uitstootgerelateerde normering, of met de verplichtingen die zij zich vrijwillig hebben toegemeten, bijvoorbeeld door statutair of anderszins duurzaamheidsgerelateerde doelen te verankeren. Voor ondernemingen komen daar ook de aan hen afgeleverde vergunningen bij en overtredingen van vergunningsvoorwaarden. Maar indien ondernemingen in overeenstemming met deze bindende normen en vergunningen handelen, moeten zij op basis van de rechtszekerheid erop kunnen voortgaan dat zij wetsconform handelen. Bij gebreke van specifieke duurzaamheidsnormering komt het niet gepast voor dat rechters open normen, zoals de onrechtmatige daad en de fundamentele mensenrechten, oprekken en daaruit duurzaamheidsverplichtingen afleiden, ook al zouden die maatregelen worden geschraagd door beleidsobjectieven of ‘breed gedragen inzichten en internationaal aanvaarde standaarden’. De rechter begeeft zich dan te veel op het terrein van de politiek en dat is het zijne niet”*³⁹⁴.

Sectie 3. - Over de onverschrokken meningsuiting door de rechter(s) – de gezaghebbende mening?

Paragraaf 1.- Verenigingen van magistraten en adviserende organen

A) Belang en impact van verenigingen van magistraten

138. Een volledig zicht op de verhouding tussen de rechterlijke macht en de overige staatsmachten en op de positie van de rechter in de Belgische rechtsorde veronderstelt een woord over de manieren waarop magistraten zich kunnen verenigen, net omdat de verenigingen van magistraten op allerlei domeinen een essentiële rol vervullen bij de werking van justitie.

Feit is dat het ontstaan, het ontwikkelen en het groeien van magistraatsverenigingen een rechtstreekse impact had (en nog heeft) op het professionele en maatschappelijke *Selbstverständnis* van de rechter (en de magistraat van het OM), individueel beschouwd, als ook van de professionele groep en tenslotte als derde grondwettelijke macht in zijn geheel.

De beweging is in de laatste 50 jaren eerder pretoriaans en pragmatisch geweest. Pas tamelijk laat heeft men het fenomeen duidelijker ter kennis genomen.

³⁹³ A. WIRTGEN, o.c., p. 426, nr. 13.

³⁹⁴ R. HOUBEN, “Maatschappelijk verantwoord ondernemen”, RW 2022-23, 814.

Het belang van het recht van magistraten om zich te verenigen werd erkend door de Council of Europe's Consultative Council of European Judges (CCJE), die in zijn Opinie nr. 23 van 6 november 2020³⁹⁵ uiteenzette hoe lidstaten binnen de Raad van Europa (nog) meer werk kunnen maken van het recht van magistraten om zich te verenigen, ter ondersteuning van zowel hun onafhankelijkheid als de rechtsstatelijkheid in het algemeen.

In slechts twaalf van de vijftig onderzochte lidstaten die de vragenlijst beantwoordden, blijkt er een magistratenvereniging te bestaan, met weliswaar meerdere verenigingen in een meerderheid van die lidstaten. De juridische vorm van die verenigingen en de lidmaatschapsvereisten (bv. een bepaald hiërarchisch niveau) lopen sterk uiteen. Het vaakst ligt een wettelijk bepaald verenigingsstatuut aan de basis en stevast hebben de verenigingen tot doel een uitwisselingsplatform te zijn ter versterking van de onafhankelijkheid, de rechtsstatelijkheid en de arbeidsvoorwaarden van de leden.

In de Opinie, waarin België trouwens wordt aangeprezen voor het goed uitgebouwde verenigingsleven van magistraten, verdedigt de CCJE de rol die het verenigingsleven kan spelen bij de bescherming van de rechterlijke onafhankelijkheid. Volgens de Opinie is het met name van wezenlijk belang dat rechters via – vrijwillig – lidmaatschap van de verenigingen zelf de pen houden wanneer de op hen van toepassing zijnde ethische beginselen worden uitgewerkt, aangezien het uit den boze is dat de uitvoerende of wetgevende machten zich laten gelden voor wat betreft de professionele en ethische training van magistraten.

B) Magistratenverenigingen als think tanks

139. Het doel van een aantal magistratenverenigingen bestaat voornamelijk erin om een netwerk tussen hun leden te creëren: een *forum* waarop de leden samen kunnen komen om intern te overleggen en kennis en ervaringen kunnen delen.

Voor België kan onder meer gedacht worden aan de *Koninklijke Vereniging van Vrede- en Politierechters* en de *Unie van Nederlandstalige Jeugdrechters* of de *Vereinigung der deutschsprachigen Magistrate* (VDM)³⁹⁶. Ook het *Forum ad Mosam*³⁹⁷, een grensoverschrijdend verband van rechters in de Euregio is een mooi voorbeeld van dergelijke magistratenvereniging.

140. De oprichting van een forum waarop kennis, ervaringen en *knowhow* worden gedeeld tussen magistraten kan alleen maar worden aangemoedigd. Niettemin is één *caveat* op zijn plaats: het spreekt voor zich dat rechters hun rechterlijke bevoegdheden op een

³⁹⁵ <https://rm.coe.int/opinion-23-en-ccje-2020/1680a03d4b>. Voor een bespreking van deze Opinie, zie B. NELISSEN, "CCJE: 'Koester en faciliteer magistratenverenigingen'", *De Juristenkrant* 2 december 2020, p. 6-7.

³⁹⁶ De VDM is een vereniging die de Duitstalige magistraten vertegenwoordigt en de verdediging van de belangen van het gerechtelijk arrondissement Eupen, de andere gerechten waar Duits eveneens proceduretaal is en het eerbiedigen van het wettelijk vereiste gebruik van de Duitse rechtstaal als doel heeft. Leden zijn cijfermatig in hoofde de rechters en de magistraten van het OM die in het gerechtelijk arrondissement Eupen werken.

³⁹⁷ <http://www.forumadmosam.eu>. Op internationaal vlak kan verwezen worden naar de *Union internationale des magistrats/International Association of Judges* (iaj-uim.org/iuw/france/home) en op Europees vlak, als een regionaal afdeling van de Union internationale, de *Association européenne des magistrats/European Association of Judges* (eaj.iaj-uim.org).

onafhankelijke en onpartijdige wijze moeten kunnen uitoefenen, en dat een rechterlijke instantie slechts onafhankelijk heeft opgetreden als een beslissing steunt op een eigen en vrij oordeel, zonder enige beïnvloeding of druk van buitenaf. Dergelijke externe druk kan ook komen van een beroepsvereniging, ook al was diens initiatief of mededeling hoogstens als collegiale hulp bedoeld.

We verwijzen in deze context naar één concreet voorbeeld. Artikel 18, § 1, van de Wet van 19 mei 2010 houdende oprichting van de Kruispuntbank van de voertuigen bepaalt dat een machtiging van het sectoraal comité voor de federale overheid van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer vereist is voor elke toegang tot de gegevens van de Kruispuntbank Voertuigen, andere dan de gegevens vermeld in het gelijkvormigheidsattest of certificaat van overeenstemming. In een arrest van 13 december 2016 besliste het Hof van Cassatie dat hoewel het tot de opdracht van de politie behoort om overtredingen op de verkeersreglementen op te sporen en vast te stellen, de politie geen toegang heeft tot de Kruispuntbank Voertuigen voor de identificatie van een titularis van de houder van een kentekenplaat zonder machtiging van het sectoraal comité³⁹⁸. Daarop gaf het Koninklijk Verbond van Vrede- en Politierechters bij monde van zijn secretaris in de pers toelichting bij de gevolgen van het cassatiearrest voor de bewijsvoering in hangende zaken. Het bewijs diende volgens het Verbond, met toepassing van de Antigoon-criteria, toch niet te worden geweerd. In een opiniestuk is BIJNENS bijzonder kritisch: het Verbond was volgens deze auteur te ver gegaan, en deed mogelijkwerijs afbreuk aan de onafhankelijkheid van de individuele politierechter. Volgens BIJNENS leek het Verbond weer te geven wat politierechters moeten beslissen in hangende zaken over verkeersovertredingen, hoewel het de (aangesloten) politierechters – uiteraard – niets kan opleggen³⁹⁹.

In deze context verdient ook *Magistratuur en Maatschappij* bijzondere vermelding. De trigger voor de oprichting van die vereniging was de overwinning van het Vlaams Blok in 1991 en het besef dat de mank lopende justitie in de media en politiek werd beschouwd als bron van alle kwaad. Freddy EVERS, die M&M samen met de betreurde ereraadsheer BLOCH oprichtte, geeft uitdrukkelijk aan dat M&M nooit een ledenvereniging is geweest, maar dat ze zichzelf als een denktank beschouwt, met als punt: *“hoe kan justitie beter functioneren voor de samenleving?”*⁴⁰⁰

C) Magistratenverenigingen als syndicale organisaties

141. Naast de magistratenverenigingen waarin hoofdzakelijk kennisdeling vooropstaat, verenigen magistraten zich ook in verenigingen met een meer syndicaal karakter. Bekend

³⁹⁸ Cass. 13 december 2016, AR P.16.0682.N, *NjW* 2017, 114, noot, *NC* 2017, 86, *RW* 2017-18, 467, *RDTI* 2016, 64, noot E. DEGRAVE.

³⁹⁹ D. BIJNENS, “Collegiale hulp of verdoken berechttingsrichtlijn onder politierechters?”, *De Juristenkrant* 2017, afl. 343, 11.

⁴⁰⁰ D. LEESTMANS, “De strijd is nooit gestreden. In een democratie moet je altijd opletten”, *De Juristenkrant* 2022, afl. 448, (12) 13; Zie ook F. EVERS, “Voorwoord”, in *op-RECHT-uit. Een hulde aan Alain Bloch*, Brugge, die Keure, 2022, 7.

typevoorbeelden in het Zuiden van het land: de *Association Syndicale des Magistrats* en de *Union professionnelle de la magistrature*.

Het is geen toeval dat dergelijke verenigingen vooral in het Franstalige gedeelte van ons land sterk staan, aangezien het syndicale verenigingsleven zich ent op Frankrijk, waar een sterk levende traditie bestaat van syndicalisme in de magistratuur en waar magistratenvakbonden wegen op het maatschappelijk debat over justitie⁴⁰¹.

Dat de *Association Syndicale des Magistrats* zich laat inspireren door wat in Frankrijk gebeurt, bleek onder meer uit het standpunt dat haar (voormalig) voorzitter, mevrouw CADELLI, innam naar aanleiding van een (vernietigende) welzijnsbevraging door de USM (*Union syndicale des magistrats*), de grootste Franse magistratenvakbond. Zij meende dat de problemen waarmee de Franse magistratuur worstelt, ook in België aan de orde zijn: de willekeur van de korpschef, blinde besparingsmaatregelen en gerechtelijke structuren die blijven functioneren onder het voorbijgestreefde, hiërarchische systeem⁴⁰².

LAMON merkt op dat er geen Vlaamse tegenhanger van de *Association* bestaat, “*wat die organisatie een buiten verhouding grote invloed geeft*”⁴⁰³. Die invloed blijkt o.m. uit het feit dat de *Association* steeds in het parlement gehoord werd bij de besprekingen van de potpourriwetten als representatieve magistratenvereniging. Daarnaast startte de *Association* verschillende beroepen tot vernietiging op bij het Grondwettelijk Hof, samen met de UPM, en voerde zij, samen met *Magistratuur en Maatschappij*, een pleidooi tegen de regionalisering van justitie⁴⁰⁴. Ten slotte werd die invloed ook bepaald door de populariteit van haar toenmalige voorzitter, die zich graag mengde in het publiek debat met bijzonder scherpe standpunten⁴⁰⁵.

142. Men kan zich verder ook afvragen hoe het zit met hun vrijheid van meningsuiting. In zijn *Guide de communication avec les médias et le public pour les tribunaux et les autorités de poursuite* beschouwt de *Europese Commissie voor de efficiëntie van Justitie* (CEPEJ) dat, wat betreft de verenigingen van rechters en/of procureurs:

“29. Les associations professionnelles de juges et/ou de procureurs ont pour but de défendre les intérêts des institutions judiciaires et des magistrats individuels, le cas échéant.

30. Des interventions publiques de leur part se justifient notamment sur des sujets généraux concernant la justice (budget, conditions de travail, déroulement de la carrière, statistiques,

⁴⁰¹ *Union syndicale des magistrats, Syndicat de la magistrature*; Zie ook H. LAMON, “De straffe woorden van een procureur-generaal”, *De Juristenkrant* 2011, afl. 234, 12.

⁴⁰² Zie hierover B. NELISSEN, “Na de noodkreet van Frans magistratensyndicaat over welbevinden rechters: wat met België?”, *De juristenkrant* 2015, afl. 305, 6.

⁴⁰³ H. LAMON, “Justitie door Waalse bril: het nieuwe fascisme”, *De Juristenkrant* 2016, afl. 325, 13.

⁴⁰⁴ Zie F. EVERS en P. LEFRANCO, “Geen regionalisering van Justitie”, *De Juristenkrant* 2011, afl. 226, 10.

⁴⁰⁵ Zie hierover H. LAMON, o.c.

etc.), des rappels de principes (indépendance de la justice, présomption d'innocence, etc.) et des questions législatives et des sujets de société⁴⁰⁶.

31. Les associations professionnelles peuvent aussi jouer un rôle important pour défendre des tribunaux, ministères publics et/ou magistrats individuellement mis en cause, en rapport avec des procédures particulières ou de manière plus générale (retards particuliers d'un tribunal, intégrité d'un juge mise en doute, etc.)"

Natuurlijk geeft dit hen een grote verantwoordelijkheid. Het vereist een zekere handigheid.

D) Hoge Raad voor de Justitie en Adviesraad voor de Magistratuur

143. In nasleep van de zaak Dutroux werden de Hoge Raad voor de Justitie (HRJ) en de Adviesraad voor de Magistratuur (ARM) opgericht. Daar waar de bovenvermelde magistratenverenigingen *bottom up*, voor en door magistraten, werden opgericht, bieden de HRJ en de ARM voor het beleid door de wetgever opgerichte aanspreekpunten bij de magistraten. Tot dan was de communicatie tussen de rechterlijke macht en de 'politiek' zeer diffuus: korpsoversten gingen naar de minister of het ministerie om te vragen wat ze nodig hadden. De vragen waren uiteraard ook bijzonder uiteenlopend.

144. Als onafhankelijk grondwettelijk orgaan is de HRJ belast met het waarborgen van objectieve benoemingen in de magistratuur, het uitvoeren van een extern toezicht op de werking van het gerechtelijk apparaat en het adviseren van het parlement en de regering over de hervormingen inzake de werking van justitie.

Binnen dat takenpakket neemt de HRJ deel aan het (maatschappelijk) debat over de organisatie van de magistratuur en het statuut van magistraten. Ten exemplatieve titel kan worden verwezen naar het jaarverslag 2017 van de HRJ, waarin de Raad zijn bezorgdheid uitte over het lot van vele gerechtelijke stagiairs en over de invoering van een nieuwe categorie van gerechtspersoneel om daaraan tegemoet te komen, met name door de vervanging van het stelsel van stageverlengingen door een ambtshalve benoeming als gerechtelijk attaché. Voorts betreurde de Hoge Raad dat voor vele opengestelde vacatures niet of nauwelijks

⁴⁰⁶ Valt volgens ons in hetzelfde register, "*Un syndicat de magistrats dénonce les propos de Bouchez sur les prisons*" in *La Libre*, 18 april 2023, 4, reactie van Mevr. MESSIAEN, voorzitter van ASM, en tevens rechter, over het interview met de voorzitter van de Mouvement Réformateur (MR), Mr. BOUCHEZ, dat enkele dagen eerder in hetzelfde dagblad werd gepubliceerd, "*qui souhaite notamment faire contribuer financièrement les détenus au coût de leur séjour en prison*"; net als "*Du crépuscule d'un Etat de droit à l'aube d'un Etat policier?*", Mevr. CADELLI (ASM), rechter, in *La Libre*, 10 januari 2023, 30 en 31, of nog Mijnheer MACQ, voorzitter van UPM en procureur des Konings, "*Non, le ministre de la Justice n'est pas le patron du parquet?*" in *La Libre* 20 november 2020, 11. Minder voor de hand liggend, maar net zo nuttig, zijn de meer persoonlijke interviews die een gezicht geven aan de personen die in het gerechtelijk apparaat werken, zoals het interview met de federale procureur en een zangeres in *De Standaard Weekblad*, 1 augustus 2020. Maar wat moeten we dan denken van films die een onderzoeksrechter in haar dagelijks leven volgen en haar problemen, haar vragen en haar gemoedstoestanden tonen: "*Ni juge ni soumise*" en "*Poulet-frites*", met mevrouw de onderzoeksrechter A. GRUWEZ? Het gaat om een educatieve benadering, die een beeld wil schetsen van dit zware werk in de schaduw van de media en in een gerechtelijk apparaat waarvan de rechtszoekende vaak enkel de ondoorzichtigheid en de ogenschijnlijke onrechtvaardigheid onthoudt. Voor de filmkunst is dit wel een win-winsituatie.

wordt gekandideerd, en bepleitte hij (nogmaals) de afschaffing van het systeem van plaatsvervangende rechters⁴⁰⁷.

Bij de uitoefening van zijn takenpakket maakt de HRJ trouwens soms zelf het voorwerp uit van debat⁴⁰⁸. Zo merkte erevrederechter NOLF in een opiniestuk uit 2019 op dat de benoeming van een eentalige voorzitter van het hof van beroep te Brussel door sommigen als problematisch werd beschouwd, omdat in de praktijk een Nederlandstalige raadsheer diende te worden aangesteld voor de Nederlandstalige kwesties, wat natuurlijk extra werk met zich meebracht (en minder arresten). Ook de niet-herbenoeming van de Brusselse voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg was controversieel. Het doet NOLF besluiten tot een kritiek op de *“mysterieuze, middeleeuwse geheimhouding”* die de HRJ hanteert bij de uitoefening van zijn taak. Hij besluit: *“blind vertrouwen in justitie, maar ook in de HRJ, nee, daar gaan we niet meer voor”*⁴⁰⁹.

145. Het spreekt voor zich dat ook de ARM, die werd ingesteld bij wet van 8 maart 1999⁴¹⁰, een belangrijke stem vertolkt in de magistratuur. De Adviesraad heeft in hoofdzaak een adviserende bevoegdheid. De adviezen hebben noch bindende, noch opschortende werking. De Adviesraad geeft advies, hetzij op eigen initiatief, hetzij op verzoek van de minister van Justitie of van de wetgevende kamers. Hij kan met hen overleg plegen over alles wat betrekking heeft op het statuut, de rechten en de werkomstandigheden van de rechters en de magistraten van het Openbaar Ministerie.

Het belang van de inspanningen die de ARM levert voor de verbetering van het sociaal statuut van magistraten en hun arbeidsomstandigheden kan niet worden onderschat⁴¹¹.

Uiteraard is overleg tussen de ARM en andere spelers op het veld essentieel, en soms kan het wel eens mislopen: in 2017 ontvingen een aantal magistraten een elektronische enquête waarin gepeild werd naar hun perceptie van de onafhankelijkheid van de benoemingen en aanwijzingen door de HRJ. Na enkele dagen al werd de enquête ingetrokken, toen bleek dat er geen voorafgaandelijk overleg had plaatsgevonden tussen de ARM en de HRJ, die methodologische bezorgdheden geuit had⁴¹².

E) Wie vertegenwoordigt wie?

146. Blijft nog de vraag of deze verenigingen, de ARM of zelfs de HRJ, buiten hun leden, verkozen (ARM, HRJ) of niet-verkozen leden (de overige), ook anderen vertegenwoordigen? En vooral, vertegenwoordigen ze de rechterlijke macht, de rechtscolleges en de parketten?

⁴⁰⁷ Zie hierover B. NELISSEN, “HRJ beducht voor opkomst ‘quasi-magistratuur’”, *De Juristenkrant* 2018, afl. 375, 6.

⁴⁰⁸ M. CADELLI (Dir.), *Le Conseil supérieur de la Justice: stop ou encore?*, Collection de l’Association Syndicale des Magistrats, Antemis, 2016; Over de bijzonderheden van de samenstelling, zie J. ENGLEBERT, “*De quoi la composition illégale du CSJ est-elle le nom?*” in M. CADELLI, o.c., p. 117 e.v.

⁴⁰⁹ J. NOLF, “Meer openheid zou HRJ sieren”, *De Juristenkrant* 2019, afl. 384, 10.

⁴¹⁰ Wet 8 maart 1999 tot instelling van een Adviesraad van de magistratuur, BS 19 maart 1999.

⁴¹¹ Zie hierover o.m. R. BOONE, “Onafhankelijkheid is een waarborg voor de burger, geen privilege van de magistraat”, interview met Koenraad MOENS en Fabrizio ANTIOCO, *De Juristenkrant* 2019, afl. 390, 10-11.

⁴¹² B. NELISSEN, “ARM zet bevraging over werking benoemings- en aanwijzingscommissies HRJ vroegtijdig stop”, *De Juristenkrant* 2017, afl. 357, 9.

Het antwoord kan volgens mij alleen maar ontkennend zijn. Dit is onbetwistbaar het geval wat betreft de HRJ. Als orgaan *sui generis*, onafhankelijk van de andere staatsstructuren, vertegenwoordigt het enkel zichzelf. Wat betreft de kwestie in meer algemene zin blijf ik voorstander van de uitstekende uiteenzetting van procureur-generaal VELU in zijn uitvoerige mercuriale van 1996⁴¹³.

Deze eminente magistraat vat de situatie, op juridisch vlak, als volgt samen: *“omdat er nu eenmaal geen wetsbepalingen bestaan die uitdrukkelijk de vertegenwoordiging regelen van de Rechterlijke Macht, onder meer bij de andere machten, moeten wij stellen dat, in principe, die vertegenwoordiging gezamenlijk moet worden waargenomen door de eerste voorzitter van het Hof van Cassatie, de procureur-generaal bij dat Hof, de eerste voorzitters van de hoven van beroep en van de arbeidshoven, de procureurs-generaal bij de hoven van beroep, de eerste voorzitter bij het militair gerechtshof en de auditeur-generaal bij dat Hof. Het lijkt mij aangewezen dat wij hier even stilstaan bij bepaalde gevallen waarin die representatieve functie kan worden vervuld door de eerste voorzitter van het Hof van Cassatie en de procureur-generaal bij dat Hof. Het gaat om gevallen die teruggaan op een gevestigde traditie of om uitzonderlijk dringende gevallen”*⁴¹⁴. De teksten en gebruiken waarop deze verduidelijking is gegrond, zijn tot op heden nog steeds relevant.

De nieuwe, bij wet van 18 februari 2014 opgerichte beheersorganen, namelijk de (hierna besproken) Colleges van hoven en rechtbanken en van het openbaar ministerie, veranderen hier niets aan.

Zonder twijfel kwam de Vaste vergadering van de korpschefs het dichtst in de buurt van de Staat *de lege lata*, ja zelfs van het ideaal...⁴¹⁵.

Paragraaf 2.- De individuele rechter (magistraat)

147. Uit het bovenstaande overzicht blijkt dat het verenigingsleven van magistraten een hoge vlucht heeft genomen. Waar sommige verenigingen zichzelf beschouwen als *fora* ter bevordering van een (technische) dialoog tussen collega's, hanteren andere verenigingen een meer syndicale insteek. Dat verenigingsleven wordt niet alleen *bottom up*, vanuit de magistratuur, vorm gegeven, maar wordt ook *top down* aangemoedigd en gefaciliteerd door een overheid op zoek naar een gesprekspartner binnen de magistratuur. Kortom: de verenigingen van magistraten vinden meer en meer hun stem in het maatschappelijke debat.

148. Hetzelfde is waar voor wat de individuele magistraat betreft. Bovendien vormen de grenzen van de terughoudendheidsplicht voor hen een groter probleem en uiten deze zich bij hen wellicht op een iets andere manier.

⁴¹³ “Vertegenwoordiging en rechterlijke macht”, rede uitgesproken door procureur-generaal baron VELU op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie van 2 september 1996, AC 1999.

⁴¹⁴ O.c., nr. 40.

⁴¹⁵ Zie, over de Vaste vergadering van de korpschefs, J. DE CODT, “Y a-t-il un pilote dans l’avion? Réflexions sur la place et l’avenir de la conférence permanente des chefs de corps dans la nouvelle organisation judiciaire”, in M. CADELLI, o.c., 65 e.v.

Eind juni 2012 keurden de HRJ en de ARM de *Gids voor de magistraten*⁴¹⁶ goed, waarin onder meer terughoudendheid en discretie als waarden werden aangemerkt. Het spreekt voor zich dat terughoudendheid een essentiële waarde is: ‘politieke’ uitspraken van rechters in het publieke domein lokken soms tot in het Parlement hevige reacties uit.

De voormelde, door de CEPEJ aangenomen gids vermeldt inzake de vrijheid van meningsuiting van rechters en van procureurs het volgende:

“65. Juges et procureurs jouissent, de manière générale, de la liberté d’expression. La conception actuelle du « juge-citoyen » suppose que les magistrats puissent participer à la vie de la cité et exprimer leurs opinions, en privé comme en public, sans restrictions indues.

66. La liberté d’expression des magistrats, quand ils se présentent ou sont présentés en cette qualité, connaît cependant des limites, du fait de leur statut particulier.

67. Ces limites résultent en premier lieu du secret de fonction auquel ils sont soumis et qui est encadré par la loi. Nous verrons plus loin dans quelle mesure les juges et procureurs peuvent donner au public des informations sur des procédures particulières.

68. Des limites à la liberté d’expression découlent aussi des devoirs généraux de réserve et de dignité auxquels les magistrats sont astreints. Si chaque juge et procureur a le droit d’exprimer ses opinions personnelles sur des sujets qui touchent ou non à son activité, il ne peut pas, quand il se prévaut de sa fonction, donner l’impression au public qu’il serait partisan, partial ou manquerait d’objectivité ou de la modération nécessaire à un exercice convenable de cette fonction. Un magistrat peut certes exprimer son désaccord avec des mesures envisagées par des responsables politiques, mais il serait contraire à sa dignité de le faire dans des termes inconvenants. L’exercice est difficile et certains pensent que le plus sûr reste, pour les magistrats, de renoncer à s’exprimer publiquement et à titre individuel dans ce genre de débats. Par contre, on ne voit pas ce qui pourrait empêcher que, selon les cas, l’institution judiciaire en tant que telle, une entité judiciaire particulière ou une association de juges ou de procureurs intervienne publiquement quand les intérêts de la justice sont en jeu. Encore faut-il que cela se fasse d’une manière qui ne nuise pas à l’image de sérénité, d’objectivité et de compétence que l’institution judiciaire se doit d’offrir au public. Cette image est par exemple écornée quand une association de magistrats s’exprime sur Twitter par des accusations rageuses ou, dans le cadre d’une manifestation, s’en prend aux responsables politiques dans des termes mal choisis.

69. Le CCPE a expressément reconnu ces principes, en relevant ceci: ‘Les procureurs ont également droit à la liberté d’expression, tout en étant soumis au secret professionnel et à un devoir de réserve, de discrétion et d’objectivité. Les procureurs devraient accorder une attention particulière aux risques qui peuvent en découler pour l’impartialité et l’intégrité

⁴¹⁶ Zie hierover B. NELISSEN, “De Belgische Gids voor de magistraten: slag in het water, voorlopige moraal of dubbele binding?”, *TPR* 2013, 1555.

du ministère public, lorsqu'ils apparaissent dans les media, à quel titre que ce soit' (avis n° 8 CCPE, ch. 19)"⁴¹⁷.

Kortom, het draait allemaal om nuance.

Die nuance vinden we ook terug in de aanbevelingen van de *Consultative Council of European Judges* (CCJE) in zijn Advies nr. 25 (2022) over de vrijheid van meningsuiting van rechters⁴¹⁸
Aldus:

"1. Le juge jouit du droit à la liberté d'expression comme tout autre citoyen. Outre le droit individuel d'un juge, les principes de démocratie, de séparation des pouvoirs et de pluralisme exigent la liberté des juges de participer aux débats d'intérêt public, spécialement concernant les questions relatives au pouvoir judiciaire.

2. Dans les situations où la démocratie, la séparation des pouvoirs ou l'État de droit sont menacés, les juges doivent faire preuve de fermeté et ont le devoir de s'exprimer pour défendre l'indépendance de la justice, l'ordre constitutionnel et la restauration de la démocratie, tant au niveau national qu'international. Cela inclut des points de vue et des avis sur des questions politiquement sensibles et s'étend à l'indépendance interne et externe des juges individuels et du pouvoir judiciaire en général. Les juges qui s'expriment au nom d'un conseil de la justice, d'une association de juges ou d'un autre organe représentatif du pouvoir judiciaire jouissent d'une plus grande discrétion à cet égard.

3. Indépendamment des associations de juges, des conseils de la justice ou de tout autre organe indépendant, les juges individuels ont le devoir éthique d'expliquer au public le système judiciaire, le fonctionnement de la justice et ses valeurs. En améliorant la compréhension, la transparence et en aidant à éviter les fausses déclarations publiques, les juges peuvent contribuer à promouvoir et à préserver la confiance du public dans l'activité judiciaire.

4. Dans l'exercice de leur liberté d'expression, les juges doivent garder à l'esprit leurs responsabilités et devoirs spécifiques dans la société, et faire preuve de retenue dans l'expression de leurs points de vue et opinions dans toute circonstance où, aux yeux d'un observateur raisonnable, leur déclaration pourrait compromettre leur indépendance ou leur impartialité, la dignité de leur fonction, ou mettre en péril l'autorité du pouvoir judiciaire. En particulier, ils devraient s'abstenir de tout commentaire sur le fond des affaires qu'ils traitent. Les juges devraient également préserver la confidentialité des procédures.

5. En règle générale, les juges devraient éviter d'être impliqués dans des controverses publiques. Même dans les cas où leur appartenance à un parti politique ou leur

⁴¹⁷ CEJ, *Guide de communication avec les médias et le public pour les tribunaux et les autorités de poursuite*, Straatsburg, 3 et 4 december 2018, 3.9. De Adviesraad van de Europese openbare aanklagers (CCPE) is de tegenhanger van de CCJE.

⁴¹⁸ CCJE, *Avis n° 25 du CCJE (2022) sur la liberté d'expression des juges*, Straatsburg, 2 december 2022.

participation au débat public est permise, il est nécessaire que les juges s'abstiennent de toute activité politique qui pourrait compromettre leur indépendance ou leur impartialité, ou la réputation du pouvoir judiciaire.

6. Les juges devraient être conscients des avantages et des risques de la communication médiatique. À cette fin, le pouvoir judiciaire devrait proposer aux juges une formation qui les sensibilise à l'utilisation des médias, qui peuvent être utilisés comme un excellent 21 outil de sensibilisation du public. Dans le même temps, il convient de sensibiliser les juges au fait que, lorsqu'ils font usage des médias sociaux, tout ce qu'ils publient devient permanent, même après avoir été supprimé, et peut être librement interprété, voire sorti de son contexte. Les pseudonymes ne couvrent pas les comportements non éthiques en ligne. Les juges devraient s'abstenir de publier tout ce qui pourrait compromettre la confiance du public dans leur impartialité ou porter atteinte à la dignité de leur fonction ou du système judiciaire.

7. Les règles ou codes de conduite concernant l'étendue de la liberté d'expression des juges et toute restriction de son exercice devraient être établies par les juges eux-mêmes ou par leurs associations judiciaires."

149. In zijn interessante analyse van de rechterlijke terughoudendheid⁴¹⁹ pleit NELISSEN voor een genuanceerdere benadering. Hij wijst erop dat we de rechter niet met een onhaalbare taak mogen opzadelen wanneer we hem verplichten om, in zijn 'politieke' en allerminst waardenvrije rol, abstractie te maken van zijn mens- en wereldbeeld en van zijn persoonlijke overtuigingen van het goede leven: een rechter is als mens onmogelijk neutraal, en het toeschrijven van een professionele rol verandert daar niets aan. NELISSEN voert verder aan dat deugdelijk geventileerde beschouwingen van magistraten een zegen kunnen zijn voor het democratische debat, aangezien hun unieke perspectief en specifieke rol als bevoorrechte getuigen van maatschappelijke ontwikkelingen doorgaans tot inzichten leiden die het verdienen om passend te worden verkondigd. Het spreekt voor zich dat 'onzuiverheden' in zulke beschouwingen niet uit te sluiten zijn. Zij vormen volgens NELISSEN de te betalen prijs voor het benutten van deze unieke bron van maatschappelijke betrokkenheid.

150. Bijzonder relevant in deze context is een uitspraak van de Franstalige tuchtrechtbank van 4 oktober 2019 in een zaak met betrekking tot een substituut van de procureur des Konings te Brussel die een (lichte) tuchtsanctie aanvocht die hem was opgelegd nadat hij in opiniestuk kritiek had geleverd op een justitiehervorming. De rechtbank oordeelde bijzonder principieel dat "*dans une société démocratique, le magistrat a non seulement le droit mais la devoir de s'exprimer sur le fonctionnement du système judiciaire*"⁴²⁰. In zijn annotatie van deze uitspraak breekt FUNCK een lans voor de vrijheid van meningsuiting van magistraten: "*Ainsi, devrait-il être admis, il me semble, qu'un magistrat s'exprime publiquement, non pas sur une affaire, mais à l'occasion d'une affaire parce que celle-ci est révélatrice d'une difficulté: elle peut mettre en lumière un problème de fonctionnement de la Justice, un vide législatif, un*

⁴¹⁹ B. NELISSEN, "Deontologische codes of deugden voor (te) openhartige magistraten?", RW 2011-12, 806.

⁴²⁰ Franstalige tuchtrechtbank 4 oktober 2019, JT 2020, 14.

*manque de moyens financiers, etc.; elle peut aussi illustrer les difficultés de la fonction du juge lorsqu'il doit trancher un litige, que ce soient les obstacles matériels qu'il rencontre ou les tiraillements de conscience auxquels il est confronté. Il n'y a là finalement rien d'extraordinaire: l'on voit ainsi régulièrement des représentants d'associations de magistrats, ou des magistrats spécialisés dans la matière concernée, intervenir de la sorte dans les médias, tout en se gardant de se prononcer sur le contenu du dossier lui-même"*⁴²¹.

Paragraaf 3.- Gevolg

151. Zowel 'constitutioneel' als 'individueel' wordt de magistra(a)t(uur) "mondiger". Magistraten verenigen zich in beroepsverenigingen en syndicale organisaties, en worden bovendien door het beleid uitgedaagd om mee te werken in organen als de HRJ en de ARM. Ook de individuele magistraat vindt zijn stem op het publieke forum: de traditionele terughoudendheid die van hem wordt verwacht, lijkt plaats te ruimen voor een uitgebreidere mogelijkheid om deel te nemen aan het publieke debat.

Het is mijns inziens net deze dubbele evolutie die ertoe heeft bijgedragen om de weg te banen voor een ruimere deelname van de magistratuur aan zijn eigen organisatie, die in de wet van 28 februari 2014 betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie zijn culminatiepunt vond.

Sectie 4. - Van rechter-"activist" naar rechter-"politicus"

152. In de vorige sectie hebben we getoond hoe de rechter thans onbeperkt wordt ingeschakeld als medebeheerder in domeinen waarin de wetgever hem vaak geen andere keuze laat dan bijna-maatschappelijke keuzes te maken⁴²², zoals de rechtspraak aantoon, als hij wil vermijden van rechtsweigering te worden beschuldigd. En hij heeft zowel individueel als collectief een bepaalde vrijheid van meningsuiting verkregen die enigszins vragen doet rijzen in verband met de befaamde 'terughoudendheidsplicht'. Lijkt die plicht nu niet volkomen achterhaald? In ieder geval heeft de betekenis ervan een opmerkelijke metamorfose ondergaan.

En wat als de rechter een "politieke" actor is (geworden), wat betekent dat hij zich in de loop der tijd heeft bevrijd van een cultus van de wet die vroeger zijn optreden aan banden legde?

Dan moeten we eerst wel bepalen wat er onder "politiek" wordt bedoeld, een bij uitstek meerduidig begrip.

⁴²¹ J.-F. FUNCK, "Liberté d'expression des magistrats: vers une culture du débat", *JT* 2020, p. 18, nr. 13. Wat moeten we denken van het standpunt van de magistraat-korpschef van een ondernemingsrechtbank, gepubliceerd in *La Libre* van 17 en 18 november 2002, p. 4, die verklaart dat "*La Belgique a aujourd'hui un problème mafieux*", een verklaring die, chronologisch gezien, volgt op een ander interview met een andere befaamde magistraat, voorzitter van het College van procureurs-generaal, dat in hetzelfde dagblad is verschenen in de editie van 15 en 16 oktober 2022, waarin hijzelf stelt: "*On parle de la Belgique comme d'un narco-Etat, c'est faux*" ...

⁴²² D. ROUSSEAU, "De la justice d'Etat à la justice pouvoir de la démocratie", in M. CADELLI (dir.), *Le Conseil supérieur de la Justice: stop ou encore?*, Collection de l'ASM, Anthémis, 2016, 42.

Aan de oorsprong van het woord "politiek" liggen drie verschillende maar gecorreleerde werkelijkheden, die in de Griekse Oudheid op grond van drie concepten werden gedefinieerd: *Politikos*, dat verwijst naar de (georganiseerde) maatschappij, de beschaving, het samenleven, *Politeia*, dat verwijst naar de organisatie van de maatschappij, alsook naar het beheer, de werking en het bestuur ervan, of *Politikè*, dat verwijst naar de uitoefening van de macht en de politieke strijd om die macht, die met name via de politieke partijen wordt gevoerd.

Enigszins karikaturaal kunnen we dit als volgt samenvatten: we leven in een maatschappij (*politikos*); die we organiseren door middel van regels, stelsels, politiek-juridische systemen en algemene waarden die aan de basis hiervan liggen en die we onderkennen (*politeia*); die activiteit maakt met name gebruik van machtsstructuren en machtsstrijd en vindt bij uitstek plaats in het parlementair halfroond, waar groepen verkozenen de maatschappij proberen te modelleren op een manier die overeenstemt met hun eigen waarden en belangen (*politikè*).

Als we het over "politieke activiteit" of "het bedrijven van politiek" hebben, bedoelen we meestal dat laatste, en dat heeft in de oren van de modale burger vaak een negatieve bijklank.

Voor de rechter bestaat "*het bedrijven van politiek*" erin dat hij, afgaand op zijn oordeel, de keuzes van de collectiviteit stuurt in een richting die overeenstemt met zijn persoonlijke mening of zijn ideologische opvattingen⁴²³.

Hierna gaan we trachten te achterhalen of en in welke mate de rechtsprekende activiteit onder één, twee of zelfs al deze concepten valt.

Paragraaf 1.- Bij het uitleggen van de wet treedt de rechter politiek op (Politeia)

153. In 1973 verdedigde professor W. VAN GERVEN (later advocaat-generaal bij het Hof van Justitie van de Europese Unie) in zijn *evergreen* "*Het beleid van de rechter*"⁴²⁴, dat gebaseerd is op een trans-Atlantische vergelijkende studie, de stelling dat de rechter het recht niet "*vindt*", maar eerder politieke beslissingen neemt op grond van waardeoordelen.

Sinds het einde van de twintigste eeuw heeft een omvangrijke wetenschappelijke literatuur, zowel op het oude als het nieuwe continent, de wereldvreemde rechter gedemystificeerd en heeft ze hem verlost van de gouden ketenen, van de praal en van de zelfopoffering die hem door de revolutionairen van 1789 waren toegedicht, om vervolgens krachten in hem te ontdekken die onze grondwetgevers nooit hadden vermoed.

In 1995 stelt Antoine GARAPON: "*le droit libéral du XIX^e siècle fut celui du pouvoir législatif, le droit matériel de l'Etat-providence du XX^e celui de l'exécutif, celui qui s'annonce pourrait bien être celui du juge*"⁴²⁵. In zijn analyse wijst hij op de jurisdictionalisering (*juridification*)⁴²⁶ van

⁴²³ L. JACK et E. KNIGHT, "Les préférences des juges. Pour une approche réaliste", in *Des juges sous influence*, *Cah. Just.* 2015/4, nr. 4, p. 589-612.

⁴²⁴ W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1973.

⁴²⁵ A. GARAPON, "La question du juge", *Pouvoir* 1995, 24.

⁴²⁶ L. Ch. Blichne en A. Molander, "Mapping juridification", *ELJ* 2008, volume 14, nr. 1, 36 e.v.

zowel de private als de politieke geschillen, waardoor het actieterrein van de rechter werd gediversifieerd door een steeds ruimer toezicht op een stijgend aantal handelingen, individuen en politieke actoren⁴²⁷.

Aldus samengevat zijn de twee sleutelbegrippen: *juridisering* en *judicialisering*! Het eerste begrip - de *juridisering* – verwijst naar “[le] processus par lequel les normes juridiques jouent un rôle fondamental dans l’organisation du vivre-ensemble en encadrant voire en contraignant les conduites collectives et individuelles”⁴²⁸. Het tweede begrip, de *judicialisering*, wijst op “[le] processus par lequel les juges traitent un nombre croissant de problèmes sociaux, économiques, culturels et politiques, entre autres”⁴²⁹.

Die twee processen interageren, waardoor een soort *perpetuum mobile* ontstaat.

154. GRANDJEAN geeft in zijn inleiding tot de gezamenlijke analyse van de vraag of de rechter een politiek besluitvormer is⁴³⁰ (wat hij ook is), een overzicht en een samenvatting van de vijf dimensies die, volgens hem en volgens de in dat werk ondervraagde auteurs, de relevantie van die twee begrippen verantwoorden.

De eerste dimensie bestaat in “l’établissement de normes constitutives”, die met name “les limites des différents pouvoirs constitués, des droits des individus ou encore des règles institutionnelles” bepalen⁴³¹. De tweede is “l’expansion et (...) la différenciation légale complétant les règles constitutives”, waardoor het recht, enerzijds, in steeds weer nieuwe domeinen toepassing vindt en, anderzijds, steeds uitvoeriger en nauwkeuriger wordt, wat uiteindelijk wijst op de normatieve inflatie⁴³², en omdat wetten “de plus en plus nombreuses, bavardes et éphémères” worden, zijn ze ook “de plus en plus porteuses de responsabilités pour le juge qui doit en combler les lacunes et en démêler les contradictions”⁴³³. De derde dimensie, namelijk “la résolution des conflits”, is meer gejurisdictionaliseerd en wordt aan derden toevertrouwd⁴³⁴. De vierde is een gevolg van de vorige: *er wordt op de rechter een beroep gedaan omdat hij de meest gewilde oplossing is*. De vijfde, en geenszins onbelangrijke, dimensie is “une culture du droit dans le cadre de laquelle les citoyens se pensent de plus en plus comme sujets de droit”⁴³⁵.

De auteur splitst de politieke functie van de rechter op in drie segmenten. De eerste politieke functie van de rechter is het *creëren van normen*⁴³⁶; de tweede is *het arbitreren tussen*

⁴²⁷ A. GARAPON, o.c., 16-17.

⁴²⁸ G. GRANDJEAN, “Les fonctions politiques des juges. Propos introductifs sur le pouvoir politique des juges dans l’exercice de leur fonction”, in G. GRANDJEAN en J. WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges: décideurs politiques? – Essai sur le pouvoir politique des juges dans l’exercice de leur fonction*, Brussel, Bruylant, Larcier, 2016, 21.

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ *Ibid.*

⁴³² O.c., 21-22.

⁴³³ M. VERDUSSEN, “Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle” in coll. *Quartier libre*, Brussel, Labor, 2004, 15.

⁴³⁴ *Ibid.*

⁴³⁵ *Ibid.*

⁴³⁶ O.c., 24 e.v.

verschillende morele waarden⁴³⁷; de derde “*consiste à garantir la continuité, voire la persistance, d’un système politique*” door beslissingen te nemen “*qui concernent directement le régime d’un système politique, c’est-à-dire la structure et les normes qui régissent le système politique*”⁴³⁸.

Zo staan we wel ver af van de “*juge-bouche de la loi*” zoals hij door Montesquieu werd beschreven en door de Franse revolutie werd aangekondigd!

155. Nochtans was deze omschrijving van de rol van de rechter al van bij het ontstaan van zijn functie niets meer dan een mythe, een rol waarin de politiek hem had geduwd door haar blind geloof in de Wet, waarvan werd verklaard dat ze zelfvoorzienend was, niet mocht worden uitgelegd en tegen elke afwijkende rechterlijke uitspraak beschermd moest worden.

Deze mystificering heeft echter niets te maken met de werkelijkheid van het rechtspreken, en al zeker wanneer dit, zoals in de begindagen van die nieuwe rechter, gebeurt door een rechter die een verkozen burger is!

De heer PÂQUES herhaalt in datzelfde verzamelwerk terecht dat deze rechter al macht heeft (had), en niet van de minste: hij legt de gerechtelijke waarheid op. Hoewel hij geen enkele normatieve functie mag hebben, omdat de wet mechanisch moet worden toegepast, houdt dit geen rekening met de omstandigheid dat rechtspreken ook “*het maken van juridische keuzes inhoudt*”⁴³⁹.

PORTALIS, een voormalig magistraat en opsteller van het nieuwe Franse Burgerlijk Wetboek (onder meer), had dit al in 1801 verklaard: “*Pour que les affaires de la société puissent marcher, il faut donc que le juge ait le droit d’interpréter les lois et d’y suppléer*”⁴⁴⁰. Dit bepalen trouwens ook de artikelen 4 en 5 van het Gerechtelijk Wetboek. Er is sprake van een politiek optreden van de rechter, vervolgt Michel PAQUES, “*quand il place dans la prémisse majeure du raisonnement (du syllogisme judiciaire) un élément qui n’a pas été choisi par l’auteur de la source normative. Il y a encore action politique du juge quand il collationne et qualifie les faits qui constituent le problème qui lui est soumis. Il exerce enfin un certain pouvoir lors de la conclusions*”. Deze eminente auteur geeft hiervan een mooi voorbeeld, namelijk het arrest van het Hof van 5 november 1920 (het *Flandria*-arrest), dat uitvoerig werd besproken in het eerste hoofdstuk van deze rede, waarin het Hof beslist dat artikel 1382 van het oud Burgerlijk Wetboek wel degelijk van toepassing is op de handelingen van de administratie: “*n’est-ce pas un acte politique capital qui fixe la majeure du syllogisme? Il conditionne en effet le principe*

⁴³⁷ O.c., 28 e.v.; De auteur wijst erop dat in de *common law*-traditie “*le concept ‘d’activisme juridictionnel’ (Judicial activism) a été développé par de nombreux auteurs*” en dat “*suscite de nombreuses controverses scientifiques*”, o.c., 29; Zie ook A. GARAPON, o.c., 16: de rechter is “*de plus en plus souvent appelé comme arbitre des mœurs, voire de la moralité politique*”.

⁴³⁸ O.c., 38 e.v.

⁴³⁹ X. THUNIS, “La sagesse du juge: le devoir avant la vertu”, *Cah. Fac. Dr. Namur*, nr. 21, 2.

⁴⁴⁰ PORTALIS, Discours préliminaires du premier projet de Code civil, geciteerd door M. PAQUES, “L’action politique du juge. En particulier celle du juge de l’administration”, in *Les juges: décideurs politiques? – Essai sur le pouvoir politique des juges dans l’exercice de leur fonction*, o.c., 136.

même d'une responsabilité, de ses règles et leur juge".⁴⁴¹ En in de uitbreiding van de toepassing van deze fenomenale wetsbepaling zal het Hof het hier niet bij laten! Voor de auteur, professor en (administratief en vervolgens grondwettelijk) rechter, die zijn betoog met voorbeelden uit de rechtspraak staft, lijkt het geen twijfel: *"Décider que la loi est complète, ne pas distinguer quand le législateur n'y invite pas, refuser de distinguer quand les mots n'excluent pas la distinction, distinguer en faisant appel au système plutôt qu'au texte, créer l'acte de gouvernement pour le placer en dehors du champ du contrôle juridictionnel ou réduire celui-ci à un contrôle de formes, juger, plus modestement, que le même adverbe n'a pas le même sens à deux endroits différents, n'est-ce pas agir politiquement?"*⁴⁴²

En zie hier: zonder het zelf te beseffen (of te willen toegeven) is de rechter een "politiek actor" ...!

156. Dat de beste rechtsgeleerden reeds in de eerste uren van het nieuwe Gerechtelijk Wetboek resoluut van de mythe afstand hadden genomen, tonen de volgende voorbeelden aan.

In zijn "Opmerkingen over de tekst van de wet en de algemene rechtsbeginselen", uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van 1 september 1970, schrijft procureur-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH⁴⁴³, die hierbij gedeeltelijk de beschouwingen van DE PAGE overneemt: "(...) *het mag niet uit het oog worden verloren dat de onstuitbare ontwikkeling van de menselijke betrekkingen de ontwikkeling van het recht beïnvloedt en gevolgen moet hebben voor de uitlegging ervan. Het Hof [van Cassatie] zal voortdurend een evenwicht moeten vinden tussen deze twee taken (...). Het heeft het geluk de ontwikkeling van het recht in fasen te kunnen bevorderen en zo de opschudding te vermijden waarvan de onzekere en soms verre effecten gewillig worden gemeten; maar het kan niet, zonder zijn belangrijke taak te miskennen, zijn toevlucht nemen tot een houding die het zou doen vermijden moedig te beslissen over vragen die bepaalde grondslagen van zijn rechtspraak in twijfel trekken. Het gezag van uw interpretatie versmelt met dat van de geïnterpreteerde tekst (...). U alleen kunt het recht niet scheppen; u neemt deel aan de schepping ervan (...)*"⁴⁴⁴.

En zie hier de rechter die optreedt als 'medewetgever' of 'intermediair wetgever'⁴⁴⁵ aangezien rechtspraak wel degelijk een bron van recht is. Hiermee vervangt de rechter de wetgever niet – of doet hij dat althans niet formeel. Die activiteit moet duidelijk begrensd zijn: *"Sans se poser en concurrent du législateur, il est souhaitable qu'il soit alors pleinement conscient des*

⁴⁴¹ M. PAQUES, o.c., 137-138.

⁴⁴² *Id.*, 38.

⁴⁴³ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "Propos sur le texte de la loi et les principes généraux", rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie van 1 september 1970, AC 1970, I, 39 e.v.

⁴⁴⁴ *Id.*, 8-9; Zie A. HENKES, "La requête en cassation – Une voie de recours extraordinaire au service de la justice", verschijnt binnenkort in een bijgewerkte versie van het tweede deel van de *Cassatio*-reeks, uitgegeven door de Balie van Cassatie bij Knopspublishing.

⁴⁴⁵ A. POTOCKI, "La relation de la justice aux pouvoirs politiques", in *La semaine juridique*, aanvulling bij nr. 41 gewijd aan "Etats généraux de la justice civile – Réflexions à partir du rapport Sauvé", Colloquium van 15 september 2022, nr. 15, 20.

*intérêts en cause et des conséquences des différentes orientations entre lesquelles il lui faudra choisir. Dès lors qu'il respecte scrupuleusement les exigences de transparence et de contradiction, le juge renforce la légitimité de son jugement (...)"*⁴⁴⁶.

157. Bij de toepassing van het recht op de feiten, wat de taak is van de feitenrechter, en bij de wettigheidstoetsing van dit optreden, wat de taak is van het Hof van Cassatie, staat in de eerste plaats de, bij voorkeur exacte, bepaling van de draagwijdte van de rechtsregel op het spel. Uit formeel oogpunt is de wet *"la communication de la volonté du législateur aux sujets de droit"*⁴⁴⁷. En die communicatie moet duidelijk zijn: dat is het doel van de juridische uitlegging⁴⁴⁸.

Wat zijn nu de grondbeginselen van de benadering waarbij de rechtsnorm betekenis wordt gegeven? Het lijkt geen twijfel dat de uitlegging van de rechtsnorm een delicate oefening is, een discipline die niet uitgaat van een vast schema, maar gevoed wordt door een bonte verzameling aanbevelingen die een voor een dienstig zijn en die volgens de omstandigheden worden toegepast⁴⁴⁹.

In ons rechtsbestel is de rechtsregel in principe een geschreven regel. Moeten we hieruit dan – allicht overhaast – afleiden dat dit de oefening veel gemakkelijker of zelfs rondit overbodig maakt? De geschiedenis spreekt dit tegen. Raadsheer MAHILLON merkt op: *"Le rôle de l'interprète étant indéniable, il reste à déterminer non seulement la méthode d'interprétation, mais encore la matière même à interpréter. Différentes écoles se sont succédé. Aux yeux des exégètes du XIX^e siècle, et contrairement aux vues sages et mesurées de Portalis, la loi écrite est censée contenir tout le droit applicable. Le juge doit lui être étroitement fidèle et ne dispose que des latitudes que lui accorde, le cas échéant, le législateur lui-même. (...) Tout d'abord cette école n'a pas tardé à admettre la nécessité d'une interprétation tendant à rechercher, par-delà le texte, l'intention du législateur (...). Ensuite la fascination exercée par le Code civil se trouvait tempérée par l'admiration, particulièrement sensible chez Laurent, pour les grands juristes de l'ancien droit (...). Enfin, l'étude attentive de la jurisprudence a préservé dans une certaine mesure l'exégèse du dessèchement dont elle était menacée. (...) On sait que les postulats auxquels se référaient les premières générations de commentateurs du Code civil furent battus en brèche par les idées nouvelles apparues à la fin du XIX^e siècle. Tour à tour l'accent a été mis sur le but social de la loi (ou interprétation fonctionnelle; c'est celle que retient De Page, Traité, t. I^{er}, 3^e éd., 1962, n^os 6bis, 212 in fine, et 215), sur la méthode historique ou évolutive, sur la libre recherche scientifique, préconisée par François Gény (...); on peut rapprocher de cette dernière tendance les idées défendues par Walter Van Gerven (Het beleid van de rechter, Antwerpen, Standard, 1973)"* ⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2006, nr. 8, 47.

⁴⁴⁸ Die benadering staat ook bekend als juridische hermeneutiek of juridische semantiek.

⁴⁴⁹ En dit is des te delieter daar "L'inflation normative et la complexité du droit" (J.-Ph. FELDMAN, Editorial, *Rec. Dalloz* 23 juni 2023, nr. 23) de juridische jungle nog ondoorgroenderlijker maken.

⁴⁵⁰ P. MAHILLON, *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Brussel, Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, 570-571; Zie, voor een uitgebreid onderzoek van "'Interpretatio' et normes de droit privé sous la République et le Principat", G. HANARD in *L'interprétation du droit*, o. c., 387 e.v. en Ph. GODDING, "L'interprétation de la 'loi' dans le droit savant médiéval et dans le droit des Pays-Bas Méridionaux", *ibid.*, 444 e.v.

Het recht komt echter ook – en zelfs dwingend – tot uiting in de algemene beginselen die noch in de wet noch in de rechtspraak worden gedefinieerd⁴⁵¹, en deze term werd in uiteenlopende betekenissen⁴⁵² gebruikt door zowel de wetgever, zoals bijvoorbeeld in artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek⁴⁵³, als door de rechter.

De uitlegging van de rechtsnorm is in de regel noodzakelijk⁴⁵⁴ omdat *“les mots employés par le législateur se chargent d'une densité due à la rencontre de plusieurs références: la lettre du texte renvoie au corpus de la langue utilisée, la place du mot évoque l'ensemble du système juridique, l'intention de l'auteur conduit aux travaux qui ont précédé la norme, et l'esprit de la loi appelle la raison dont le droit ne peut jamais se départir. La lecture du texte mobilise chacune de ces approches pour planter le sens de la norme au carrefour (...) de ce que le législateur dit, (...) de ce qu'il a voulu dire et (...) de ce qu'il aurait dit”*⁴⁵⁵.

158. Dit lijkt allemaal erg ingewikkeld en zelfs nutteloos voor de voorstanders van het postulaat *“interpretatio cessat in claris”*. Die doctrine van de *“duidelijke betekenis”* moet volgens ons sterk worden genuanceerd. De hypothese dat een duidelijke tekst geen uitlegging behoeft, veronderstelt net een voorafgaand interpretatief onderzoek om te kunnen besluiten dat die tekst duidelijk genoeg is! Zoals procureur-generaal burggraaf DUMON opmerkte: *“hoe gewaagd is het dan ook niet te beslissen dat interpretatio cessat in claris, d.w.z. dat een wet waarvan de tekst duidelijk en nauwkeurig lijkt reden geeft noch tot interpretatie, noch o.a. tot aanhaling van de parlementaire geschiedenis”*⁴⁵⁶; procureur-generaal P. LECLERCQ had het al in de volgende, beroemde bewoordingen geformuleerd: *“De tekst bindt de vertolker niet, hij bindt alleen de drukker, en de eerste mag niet verward worden met de tweede. De tekst is het omhulsel van het wezenlijke: de gedachte die de auteur van de tekst wilde uitdrukken. Het is de gedachte, de inhoud, die de vertolker bindt en niet de tekst, het omhulsel”*⁴⁵⁷.

159. Het Hof interpreteert en verdedigt waarden. PORTALIS schreef hierover: *“la science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre par une application sage et raisonnée aux hypothèses privées”*⁴⁵⁸ en *“L'office de la loi*

⁴⁵¹ Zie, voor een verhandeling over dit begrip, W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, “Propos sur le texte de la loi et les principes généraux”, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie van 1 september 1970, AC 1970, I, 39 e.v.

⁴⁵² J. BOULANGER, *Droit Civil*, 1956, I, nr. 2 tot 7, 52-57.

⁴⁵³ Art. 2 Gerechtelijk Wetboek: “De in dit wetboek gestelde regels zijn van toepassing op alle rechtsplegingen, behoudens wanneer deze geregeld worden door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen of door *rechtsbeginselen*, waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van dit wetboek”.

⁴⁵⁴ P. DELNOY, o.c., nr. 22, 94-95.

⁴⁵⁵ X. DIJON, *Méthodologie juridique. L'application de la norme*, Diegem, E. Story-Scientia, Kluwer, 1996, nr. 90, 31.

⁴⁵⁶ F. DUMON, “De opdracht van de hoven en rechtbanken. Enkele overwegingen”, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van 1 september 1975, AC 1975, 24; zie ook, voor beschouwingen die verwant zijn aan die van procureur-generaal burggraaf DUMON, procureur-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH, “Beschouwingen over de herziening van de Grondwet”, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van 1 september 1972, AC 1972.

⁴⁵⁷ P. LECLERCQ, conclusie vóór Cass. 26 januari 1928, *Bull. et Pas.*, 1928, I, 63, inz. 65.

⁴⁵⁸ PORTALIS, Exposé préliminaire du Code civil in *LOCRE*, Belgische editie, 159, nr. 17.

est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquence et non de descendre dans le détail..., c'est au magistrat, pénétré de l'esprit général des lois, à en diriger l'application..."⁴⁵⁹.

Zo moet de rechter, in het grondwettelijk bestel van de westerse democratieën, in de hem voorgelegde individuele zaak de betekenis van de wet achterhalen⁴⁶⁰, want hij is méér dan *"la bouche qui prononce les paroles de la loi"*. En dat is hij overigens nooit echt geweest⁴⁶¹.

Waarom wordt de mythe, die nochtans door ervaren analisten genuanceerd maar vastberaden was ontrafeld, toch als een soort *"wishful thinking"* herhaald?

160. Voor alle duidelijkheid, de mythe werd niet enkel in stand gehouden door de – misleidende – voorstelling van een ondoordringbare scheiding der machten, die de rechter verbiedt méér te zijn dan een soort gesacraliseerde mechanicus van de neutrale juridische subsumptie. Ook de beroepsgroep van de rechters heeft zelf boter op het hoofd.

Lucien FRANCOIS, die ook de prestigieuze functies heeft bekleed van (onder meer) professor rechtsfilosofie, rechter bij het Grondwettelijk Hof en adjunct-kabinetschef van een minister van Justitie, licht dit heel precies toe. Hij schrijft: *"plus la liberté appréciation des juges est manifeste, moins la loi paraît sûre. Plus les juges laissent voir que tout se passe comme si les lois disaient ce qu'ils leur font dire, plus le respect du public pour la loi risque de diminuer, sans que ce respect se reporte sur le juge par qui le scandale arrive. Le juge peut donc être tenté d'apparaître le moins possible comme ayant fait un choix personnel. Il cherche alors à imputer à la loi même le Principe de la décisions qu'il prononce. Il lui faut d'autant plus trouver ailleurs qu'en lui-même de quoi se donner du poids que, s'il ne pesait que le sien propre, il ne paraîtrait pas justifier sa fonction; en d'autres termes, il comprend, sauf s'il à la faiblesse de se surévaluer, qu'il ne sera respecter que s'il paraît respecter à son tour quelque chose d'autre que lui-même et ses options personnelles (...). La loi reste donc la référence la moins discutable et la plus sûre – surtout pour le juge suprême, celui qui statue en dernier ressort (...) -, quitte à la faire parler quand elle est muette. Le juge comprend d'ordinaire que puisqu'il prétend qu'on respecte la loi lorsqu'elle commande d'obéir à ses jugements (autrement dit la loi qui le fait juge, à défaut de laquelle il serait sans pouvoir), c'est aussi à la loi qu'il doit montrer le plus d'égards lorsqu'il essaye de justifier sa façon de juger, sous peine de paraître se dispenser*

⁴⁵⁹ PORTALIS, "Discours préliminaire", La législation civile, commerciale et criminelle de la France, in LOCRE, I, Parijs, 1827, nr. 9, 258.

⁴⁶⁰ Zie artt. 144 en 145 van de Grondwet (1994). Enkel de wetgevende macht kan, door middel van de zogenaamde uitleggingswet, een wet op algemene wijze uitleggen.

⁴⁶¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Parijs, Garnier-Flammarion, I, 1979, 301. De rechter die eerst, en dit tot het einde van de negentiende eeuw, optrad als de spreekbuis van een wet die als de perfecte uitdrukking van de wil van het volk werd aangemerkt, werd hierna gaandeweg de vertolker van diezelfde wet om nauwkeuriger te bepalen hoe het volk de voorliggende zaak het liefst opgelost wou zien worden, verkrijgt nu "un réel pouvoir normateur" (J. LENOBLE, "Crise du juge et transformation nécessaire du droit", in *La crise du juge*, 141). Volgens J. LENOBLE (o.c.) "le travail du juge n'est ni contraint par un conceptualisme rigide ni par un pur fonctionnalisme téléologique ou sociologique comme le pensaient maints réalistes ou partisans de l'Ecole du droit libre de la première moitié du XXe siècle".

d'un respect qu'il lui paraît tout naturel de d'exiger d'autrui"⁴⁶². Als dit geen stof tot nadenken biedt!

161. Dit is vooral waar in de traditie van de Franse revolutionaire rechter, dienaar en spreekbuis van de wet. In de Anglo-Amerikaanse traditie daarentegen is de – vaak alleenzettelende – rechter de "*trouble shooter*", de "*peacemaker*", gewapend met de "*case-law*".

Net als onze vrederechters, die verondersteld worden buurtconflicten eerder te beslechten op basis van hun gezond verstand dan door ingewikkelde oplossingen die ze in complexe wetten trachten terug te vinden, beschikt de Engelse rechter, en dan vooral de rechter aan de overkant van de Atlantische Oceaan, over een veel grotere vrijheid om geschillen te beslechten door een "*billijke*" oplossing die op een maatschappelijke consensus gebaseerd is. Het feit dat velen van hen worden benoemd op grond van hun "*justitieel beleidsplan*", naar aanleiding van politieke verkiezingen met het oog op de hernieuwing van de uitvoerende mandaten in de districten, deelstaten of in kleine en grote parlementaire vergaderingen, schept een band met de politiek. Al met al geniet de "*judge*" of de "*chief justice*" dus een bepaalde legitimiteit, waardoor hij als een regulerend burger wordt beschouwd die niet de Bijbel (en dan nog) maar de "*common sense*" en het rechtsprekend werk van zijn confraters als referentie neemt. Hij is een politiek rechter!

162. Wanneer de (Belgische) rechter de wetgever te hulp schiet omdat hij niet enkel de hoeder van de wet maar ook van het recht is, miskent hij dan het beginsel van de scheiding der machten en zet hij zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid op het spel? Ik denk het niet, voor zover men met de volgende punten rekening houdt.

Ten eerste hebben we met betrekking tot de "*scheiding der machten*" al gezien dat, "*le principe de la séparation des pouvoirs ne constitue pas une répartition stricte des domaines législatifs, exécutifs et juridictionnels, comportant des frontières qui traceraient des limites infranchissables. Il s'agit plutôt d'un ensemble fonctionnel dans lequel ces trois acteurs ont des tâches et des missions spécifiques mais qui sont marquées par une grande interactivité, une réelle complémentarité et l'impérieuse nécessité de faire preuve de respect, d'écoute et d'ouverture réciproques*"⁴⁶³.

Ten tweede, indien de wetgever niet weet hoe hij, op korte termijn, in het algemeen belang passend kan inspelen of reageren op technische, economische en sociale ontwikkelingen, waardoor de rechter zich verplicht ziet deze hiaten op te vullen, moet hij zich in dat geval nog steeds ervan onthouden "*politiek te bedrijven*".

⁴⁶² L. FRANÇOIS, *Le temps des tempêtes, Essai microscopique du droit*, 2de uitg., Bruylant, LGDJ, 2012, nr. 169.

⁴⁶³ A. POTOCKI, "La relation de la justice aux pouvoirs politiques", in *La semaine juridique*, aanvulling bij nr. 41, betreffende de "Etats généraux de la justice civile – Réflexions à partir du rapport Sauvé", colloquium van 15 september 2022, nr. 7, 18.

Als hij zich hiertoe laat verleiden, brengt hij m.i. ongetwijfeld zijn onafhankelijkheid en zijn onpartijdigheid in het gedrang, om nog maar te zwijgen van de plichten van zijn beroepsgroep!

Deze waarschuwing heeft betrekking op het feit dat de rechter "*politiek bedrijft*". Maar wanneer is dat nu het geval?

Paragraaf 2.- De (gerechtelijke) rechtsprekende functies zijn politieke functies in de Staat (Politeia)

163. Wanneer men nu zegt dat de Europese continentale rechter wel degelijk een "*politieke besluitvormer*" is, waardoor, op zijn minst ogenschijnlijk, geïmpliceerd wordt dat de rechtsprekende functie een ander invulling heeft dan die welke ze doorgaans in het Romeins en in het canoniek recht kreeg, hebben we het dan wel over het "*politieke optreden*", waarover we in de vorige sectie spraken en dat dus altijd al onlosmakelijk deel heeft uitgemaakt van de rechtsprekende functie?

Of verwijzen deze woorden integendeel naar een andere, meer "*politieke*" (en allicht net zo oude) werkelijkheid: *Politikè*?⁴⁶⁴

Wat echter een zekerheid lijkt, is dat, zonder de bevindingen van het "*politieke optreden*" in vraag te stellen dat via de subsumptie plaatsvindt en die door rechtscheppende interpretaties wordt gevoed (*Politeia*), de rechter niet via zijn uitspraken op een partijdige manier "*politiek mag bedrijven*" (m.a.w. de *Politikè*).

Soms lijkt de grens tussen de Politeia en de Politikè echter wel heel dun.

En wat als de rechter vaker dan men denkt een amalgaam van de twee gebruikt, hoe is het dan zover kunnen komen?

164. In een poging tot synthese zullen we onze antwoorden voornamelijk halen uit de boeiende studie van Lucien FRANCOIS en Nicolas THIRION over de "*Juge en politique*"⁴⁶⁵. We gaan van start met een definitie.

Ze verwijzen naar het begrip "*gouvernementaliteit*", zoals het werd uitgewerkt door de filosoof Michel FOUCAULT⁴⁶⁶ en dat erin bestaat "*à conduire les individus tout au long de leur vie en les plaçant sous l'autorité d'un guide responsable de ce qu'ils font ou de ce qui leur arrive*"⁴⁶⁷, en definiëren op basis daarvan de politieke macht in de hedendaagse Staat. In deze gouvernementaliteit, "*l'Etat s'immisce beaucoup plus dans les relations sociales (...)*,

⁴⁶⁴ Om te achterhalen of "*Les juges sont-ils des décideurs politiques?*" (in *Les juges: décideurs politiques*) verwijst L. DUMOULIN naar de Engelse taal en herinnert hij eraan dat "*le politique déborde la politique*", en wel in zodanige mate dat het Engels een onderscheid maakt tussen *politics*, *policy*, en *polity*.

⁴⁶⁵ L. FRANCOIS en N. THIRION, "*Les juges dans la politique*", in *Les juges: décideurs politiques? – Essai sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, o.c., 53 e.v.

⁴⁶⁶ M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France 1977-1978*, coll. Hautes études, Gallimard/Seuil, 2004.

⁴⁶⁷ M. FOUCAULT, o.c., 373.

s'inscrivant dans la continuité du pastoral ecclésiastique que le christianisme avait progressivement perfectionné grâce à l'idée de gouvernement des âmes"⁴⁶⁸. Vanaf de zeventiende eeuw zou dit pastorale thema zodanig zijn doorgedrongen in de eigenlijke politieke sfeer dat de moderne staat een structuur wordt die duurzaamheid nastreeft: *"l'objet du pouvoir, c'est désormais l'Etat; son objectif, la prospérité croissante de l'Etat"*⁴⁶⁹. Zo ontstaat de *"raison d'Etat"* en gaat men over op *"un art de gouverner dont la rationalité a ses principes et son domaine d'application mêmes dans l'Etat"*⁴⁷⁰. En *"en vue d'assurer cette expansion et cette prospérité croissantes de l'Etat, ceux qui en ont la charge doivent donc orienter, contrôler, superviser, le cas échéant sanctionner les comportements des sujets formant sa population, afin d'atteindre les objectifs jugés nécessaires à la consolidation constante de l'organisation étatique. La gouvernementalité politique consiste donc, désormais, en un art de conduire des conduites. Il s'agit d'obtenir, de façon beaucoup plus systématique qu'auparavant, des comportements déterminés des sujets"*⁴⁷¹.

Voor de rest van ons betoog is dit dus de definitie van de politieke activiteit zoals ze door de gelijknamige macht wordt uitgeoefend. Ons inziens komt ze ook hier opnieuw neer op een activiteit die eerder valt onder de *Politeia* dan onder de *Politiké*.

165. Die gedragingen worden op verschillende manieren verkregen: door overreding, door conditionering, door druk, door één of door een samengaan van al deze factoren⁴⁷². De derde techniek – de staatsdruk – maakt geregeld gebruik van de juridische gezagsdrager, die zorgt voor *"injonctions accompagnées d'un dispositif de pression par menace de sanction"*⁴⁷³. Dit leidt tot een driehoeksverhouding: *"les uns commandent, les autres obéissent (ou doivent obéir) et les troisièmes font obéir"*⁴⁷⁴. Als, bijgevolg, het uitvaardigen van bevelen, dat gepaard gaat met een drukkingsmechanisme, namelijk het dreigen met straffen, een uiting is van gouvernementaliteit, namelijk de uitoefening van de politieke macht, dan maken het bevelen en het doen gehoorzamen daar ook deel van uit⁴⁷⁵.

In deze opvatting van het begrip "politieke macht" oefenen rechters, net als de wetgever of de administratieve overheden, politieke macht uit! *"Organes de l'Etat, les juges exercent donc des fonctions éminemment politiques; plus exactement: les fonctions juridictionnelles sont des fonctions politiques"*⁴⁷⁶.

Samengevat: het recht, dat tot doel heeft het samenleven in een maatschappij harmonieus te organiseren door middel van de passende regels en structuren, is per definitie politiek. Wanneer de rechter de wet toepast of zelfs aan de schepping ervan bijdraagt, voert hij een politieke handeling uit.

⁴⁶⁸ L. FRANCOIS et N. THIRION, o.c., p. 65

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ *Ibid.*

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ O.c., 67.

⁴⁷⁴ *Ibid.*; zie ook L. FRANCOIS, *Le cap des tempêtes*, o.c., nr. 162.

⁴⁷⁵ O.c., 68.

⁴⁷⁶ *Ibid.*

Hierdoor “bedrijft” hij echter geen “politiek” op de manier die we aan het begin van deze Sectie hebben gedefinieerd.

Paragraaf 3.- Vorming van de rechtsprekende functie door de marktlogica: Ordoliberalisme en Rechtstaatlichkeit

166. Het bovenstaande verklaart op zich echter nog niet het succes van de hedendaagse continentale rechter, een soort jurisdictioneel antibioticum met (zeer) breed spectrum. De uitbreiding van zijn optreden is multidirectioneel, multidisciplinair en multimediaal.

Hoe is het zover kunnen komen?

L. FRANÇOIS en N. THIRION zien drie oorzaken: (i) de wederwaardigheden van de opiniedemocratie, (ii) de ontwikkeling van een categorie rechtsprekende instanties met politieke dimensie, en (iii) de triomf van het "ordoliberalisme".

(i) De continentale opiniedemocratie *“conduit les responsables politiques perçus immédiatement comme tels (en particulier ministres et parlementaires) à ne pas intervenir ou à intervenir a minima, là où les sondages d’opinion, la pression médiatique ou les échéances électorales les incitent à un prudence qui peut aller jusqu’à la lâcheté. (...) En d’autres termes, si les juges prennent une place plus importantes qu’auparavant, c’est que, en toute conscience, les autres pouvoirs préfèrent parfois se défaire sur eux de leurs responsabilités”*⁴⁷⁷

(ii) De periode na de Tweede Wereldoorlog zag ook de ontwikkeling van nieuwe instanties van gerechtelijke aard met een parawetgevende opdracht, zowel een grondwettelijke, zoals in België, als een supranationale, zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens of het Hof van Justitie van de Europese Unie.

(iii) Misschien nog fundamenteeler is de invloed van het "ordoliberalisme"⁴⁷⁸.

167. Ik zal niet verder ingaan op de eerste twee punten, hoewel ze wel van invloed zijn op de ontwikkeling van de gerechtelijke rechtsprekende functie.

Het lijkt geen twijfel dat daar waar de wetgever verzwakt, de macht van de rechter toeneemt. De verruiming van zijn tussenkomst is niet de uitdrukking van de specifieke wil om een "regering van rechters" te vormen, maar het resultaat van de keuzes die de politieke macht heeft gemaakt (of eerder: niet heeft willen maken).

⁴⁷⁷ O.c., 70.

⁴⁷⁸ De naam, die verbonden is aan de Duitse neoliberalen, is afgeleid van hun tijdschrift ORDO (Duitse ondertitel: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft), opgericht in 1948 door Duitse economen. Ordoliberalisme (Ordoliberalismus in het Duits) is een liberale denkstroming die meent dat de economische taak van de Staat bestaat in het creëren en het handhaven van een regelgevend kader dat een vrije en onvervalste mededinging tussen de bedrijven mogelijk maakt. Het ontstaan ervan dateert uit de jaren 1920, toen ze zich verzetten tegen zowel het nationaalsocialisme als het marxisme. Ordoliberalisme is het intellectuele kader dat aan de basis ligt aan het "West-Duitse Wirtschaftswunder".

Het lijkt ook geen twijfel dat, zoals in het POTOCKI-verslag⁴⁷⁹ wordt opgemerkt, *“l’eupéanisation et la constitutionnalisation du droit”* die dynamiek hebben versterkt. We kunnen onmogelijk ontkennen dat de nationale rechter, die door de verdragsinstrumenten en supranationale rechtbanken, met name het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, nadrukkelijk wordt verzocht verschillende rechten tegen elkaar af te wegen en, alvorens uitspraak te doen, een proportionaliteitsonderzoek te verrichten, waarbij hij de regel moet aftoetsen tegen het doel dat deze wordt geacht te bereiken, de geldigheid van “praktische” normen niet tegen het licht van “gedematerialiseerde” universele waarden houdt, zelfs als dit zou betekenen dat hij de toepassing van de normen weigert omdat hij hierin een miskenning van die waarden ontwaart.

168. In de Franstalige doctrine benadrukte FOUCAULT in zijn werk over het Duitse neoliberalisme⁴⁸⁰ dat de Europese integratie heel wat aan dat neoliberalisme te danken heeft, al was het maar het Verdrag van Rome van 1957, de herzieningen van dat verdrag en, indirect, de betrokken nationale rechtssystemen⁴⁸¹.

De ordoliberalen *“ne veulent pas d’un simple ‘gouvernement économique’; ils plaident au contraire en faveur d’un ‘gouvernement de société’ qui mène une politique de régulation et de fonctionnement de toutes les relations sociales. Cette Gesellschaftspolitik aboutit à deux conséquences majeures: d’une part, le modelage de toutes les relations sociales sur la structure de l’entreprise; d’autre part, la revalorisation du rôle institutionnel et juridique dans la diffusion du modèle de l’entreprise. D’emblée, extension de la logique de marché et accroissement du rôle des juges se trouvent ainsi associés”*.⁴⁸² Het invoeren van een dergelijk model op alle mogelijke niveaus – op economisch niveau, niet-economisch niveau en

⁴⁷⁹ André POTOCKI, ereraadsheer bij het Franse Hof van Cassatie en voormalig rechter bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, leidde de redactie van het lijvige verslag van de *Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030*, <https://www.courdecassation.fr/la-cour-de-cassation/demain/cour-de-cassation-2030>.

⁴⁸⁰ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique, Cours du Collège de France 1978-1979*, verz. Hautes études, Gallimard/Seuil, 2004. Zie over dit begrip, dat hierin een totalitarisme ontwaart, de benadering van M. CADELLI, *La légitimité des élus & l’honneur des juges*, Brussel, Edition SAMSA s.p.r.l., 2022, 204 e.v. Het begrip en de implicaties worden voortdurend in vraag gesteld: zie J.-P. CHAZAL, “Le néolibéralisme: un projet d’endiguement de la démocratie” in *Dalloz 2023*, Editorial, 497, *contra* J.-Ph. FELDMAN, “Néolibéralisme ‘ou antilibéralisme?’” in *Rec. Dalloz 2023*, Editorial, 1169. En voor sommigen, die overtuigd zijn van “la nécessité d’un Etat renforcé”, “l’ordolibéralisme peut nous offrir les règles du jeu capables d’accompagner concrètement la mutation de notre société”; Dit is de opinie van P. WARNIER, gepubliceerd in *La Libre* van 29 december 2020 (blz. 31), die verklaart dat, “pour les ordolibéraux, l’Etat doit ordonner et réguler l’activité économique mais il doit aussi veiller à moraliser la vie économique”.

⁴⁸¹ Men kan moeilijk voorbijgaan aan het feit dat deze opvatting van de markteconomie het discours en het optreden van de Europese regelgevers zeer sterk beïnvloedt: liberalisering van het economisch (overheids)beleid, met name door afschaffing van de overheidsmonopolies; zie hierover N. THIRION (dir.) *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles. Marchés financiers – Télécoms Médias – Santé*, Brussel, Larcier; *id*, *Les privatisations d’entreprises publiques dans une économie de marché*, Brussel, Bruylant/LGDJ, 2002, inz. 145 e.v. Deze voortdurende vooruitgang is ook te danken aan de invloed van het Anglo-Amerikaanse neoliberalisme en aan het feit dat de nieuwe “democratieën” in Oost-Europa, die thans deel uitmaken van de Europese Unie, meteen na de val van het IJzeren Gordijn opleidingen en financiële steun hebben ontvangen uit de Verenigde Staten, met name van de American Bar Association.

⁴⁸² L. FRANCOIS et N. THIRION, *o.c.*, p. 72

staatsniveau – zorgt immers onvermijdelijk voor een mogelijke toename van conflicten of zelfs van ongelijkheid. Vandaar de noodzaak om reguleringsmechanismen in te bouwen en spelregels te bepalen.

Ordoliberalen menen de oplossing te hebben gevonden in het concept van de "*Rechtsstaat*". Dit concept, ontstaan in het Duitsland van eind achttiende eeuw, definieert een stelsel dat zich afzet tegen het antiliberalisme van de "*Polizeistaat*" (de politiestaat). Het gaat in eerste instantie om een bezinning over de normenhiërarchie, de wisselwerking tussen die normen en hun respectieve onderwerpen. In tegenstelling tot de *Polizeistaat*, waarin de wet en haar uitvoeringsinstrumenten zodanig met elkaar verweven zijn dat de administratieve overheid, met haar talloze pietluttige *Verordnungen* (verordeningen), de rol van een gewone wetgever vervult, regeert in de *Rechtsstaat* de Wet, waaraan verordeningen en individuele bestuurshandelingen ondergeschikt zijn. Later komt dan het besef dat die onderwerpen, die de uitdrukking zijn van een ondergeschiktheid van de bevoegdheden die over de staatsorganen zijn verdeeld, enkel werkzaam zijn als de burger zijn zaak ook aan de rechter kan voorleggen. Zo vormen de normenhiërarchie, die de Staat aan de Wet onderwerpt, en het rechterlijk toezicht de wezenlijke bestanddelen van de *Rechtsstaat*.

169. De ineenstorting van de Sovjet-Unie, de val van de Berlijnse Muur en de onmiddellijke noodzaak om het opkomende machts- en rechtvacuüm in de voormalige communistische Oostbloklanden in Centraal- en Oost-Europa aan te pakken, riepen de Raad van Europa in actie. Terwijl de EU het erg moeilijk vond om met een snel, grootschalig, gestructureerd noodplan voor democratieopbouw te komen, nam de Raad van Europa (net als de American Bar Association, die nog sneller betrokken was) het initiatief.

Eerst in informele werkgroepen binnen de Raad van Europa en vervolgens via de Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ)/De Europese Commissie voor de Efficiëntie van Justitie (ECEJ)⁴⁸³, die in 2002 officieel in zijn schoot werd opgericht, ontstond een programma met als doel democratie op te bouwen binnen de bijna 50 lidstaten, een Europa van rechtvaardigheid en respect voor mensenrechten te bevorderen op basis van het EVRM, in het bijzonder de artikelen 5 (recht op vrijheid en veiligheid), 6 (recht op een eerlijk proces), 13 (recht op een effectieve rechtsgang) en 14 (verbod op discriminatie).

Daartoe hebben respectievelijk de Raad van Europa en de CEPEJ kwaliteitsnormen voor justitieel werk gecatalogiseerd en aanbevelingen gedaan voor verschillende manieren om een evenwicht tussen rechtvaardigheid en efficiëntie te waarborgen. Een van de voorwaarden hiervoor was de omvorming van de gerechtelijke autoriteiten in deze landen tot onafhankelijke en onpartijdige rechtbanken. De oprichting van een "Justitiële Raad", als een gedeeltelijk autonoom orgaan, leek ook een geschikt middel om dit doel te bereiken. De op deze manier uitgewerkte aanbevelingen werden vervolgens door de EU tijdens het uitbreidingsproces quasi integraal opgelegd aan de toetredingskandidaten als een van de

⁴⁸³ Europäische Kommission für die Effizienz der Justiz (CEPEJ/ ECEJ), Res(2002)12 of the Committee of Ministers of the Council of Europe.

toelatingscriteria waaraan moest worden voldaan met betrekking tot "democratisch bestuur".

170. Het model van de Raad van Europa is in een niet onaanzienlijk mate gebaseerd op concepten van Nieuw Publiek Management, dat in de jaren 1980 werd overgenomen uit de Angelsaksische wereld van de privé-industrie en toegepast op overheidsdiensten, en vervolgens werd geïmporteerd naar het continent.

Het doel van N(ew) P(ubliek) M(anagement) is om een snellere, kosteneffectievere en hogere productie te bereiken met gelijkblijvende of verminderde middelen. NPM probeert twee problemen op te lossen: (i) personeelscontrole, buiten het productieproces, in gevoelige gebieden waarin kaderleden complexe taken uitvoeren in de beslotenheid van hun kantoor; (ii) kwaliteitsverbetering van producten/diensten via optimalisatie van de organisatie van de productie-eenheid/dienstverlener, verbetering van productieprocessen (ISO enz.) en verbetering van het product. Voor dit doel zijn verschillende instrumenten onontbeerlijk: indicatoren om de te controleren processen te coderen en zo een vergelijking van de resultaten mogelijk te maken; de indicatoren leiden tot gemiddelde waarden die in de vorm van "*benchmarks*" kunnen worden gebruikt als een belangrijk controle-instrument voor het gedrag van het personeel en als een doel voor de toewijzing van middelen; de naleving van de doelstelling volgens "*benchmarks*" moet worden gecontroleerd door middel van systematische audits en, indien nodig, worden gewaarborgd door middel van "*coaching*".

In de openbare diensten, ook in de rechterlijke macht, betekent NPM de poging om de dienst – zoals gerechtelijke beslissingen – om te vormen tot een geïndustrialiseerd product door middel van gestandaardiseerde administratieve processen en controleprocedures⁴⁸⁴.

171. Men kan niet ontkennen dat dit concept van de markteconomie een grote invloed heeft gehad – en blijft hebben – op het discours en het optreden van de Europese toezichthouders, of het nu gaat om de Europese Raad, de Commissie, het Parlement of het Hof van Justitie. Sleutelwoorden zijn liberalisering van het economisch (overheids)beleid, met name door afschaffing van de overheidsmonopolies.⁴⁸⁵

Het is echter twijfelachtig of dit economisch-politieke neoliberalisme, dat door de Europese instanties zo enthousiast wordt omarmd, nog steeds in lijn ligt met de bedoelingen van de grondleggers van het ordoliberalisme.

Hoe dan ook moesten die ontwikkelingen voor de rechterlijke instanties, ook op nationaal niveau, wel gevolgen hebben. Ook de rechter, een politieke autoriteit met een specifieke, vertrouwenwekkende status, moet zijn steentje bijdragen: hij moet meer als scheidsrechter

⁴⁸⁴ Voor een kritisch overzicht, A-L SIBONY, "QUELLES LEÇONS TIRER DES EXPERIENCES ETRANGERES?" in *Evaluer la justice*, Paris, P.U.F., 2002, 77 e.v., inz. 86-87.

⁴⁸⁵ Zie N. THIRION (dir.) *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles. Marchés financiers – Télécoms Médias – Santé*, Brussel, Larcier; *id.*, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie de marché*, Brussel, Bruylant/LGDJ, 2002, inz. 145 e.v.

gaan optreden in materies waarin de andere machten hetzij overreguleren, hetzij verstek laten gaan.

172. Dominique ROUSSEAU, die zich afvraagt of, als justitie een macht is binnen de democratie, welke vorm die macht dan aanneemt, geeft hierop het volgende antwoord: enerzijds *“une mesure ou un équilibre dans l'exercice des pouvoirs”* en, anderzijds, *“une mesure ou un équilibre dans l'élaboration de la norme”*⁴⁸⁶.

Als we ervan uitgaan dat de uitvoerende en de wetgevende macht thans onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, zodat laatstgenoemde niet langer de rol vervult die haar in de grondwettelijke *trias politica* van Montesquieu werd toebedeeld en dus niet langer de macht is die de andere macht in toom houdt, is de vraag wie hen dan nog in toom kan houden, het nodige tegenwicht kan bieden of het vereiste evenwicht kan bewerkstelligen?

Zonder daar echt om te hebben gevraagd, is dat de rechterlijke macht.

In zoverre de rechterlijke macht bijdraagt tot de *“normativisation des énoncés juridiques”*⁴⁸⁷, zorgen de rechters bovendien voor *“une temporalité qui est gage de mesure”*. Die vaststelling wordt door ROUSSEAU toegelicht in de volgende bewoordingen, waarbij wij ons onvoorwaardelijk aansluiten: *“notre société, dit-on, est une société de vitesse. Le Parlement délibère de plus en plus vite, de plus en plus mal, et par conséquent il faut là aussi des institutions d'équilibre, des institutions de la lenteur; la tortue gagne le lièvre; c'est la lenteur qui permet des décisions raisonnées. Parce que la temporalité introduit la possibilité et l'espace de la réflexion pour décider du sens à donner à tel ou tel mot. Les juges apportent encore la proximité. Quand un juge donne un sens au mot de la loi, il le fait toujours à partir d'une affaire concrète avec des personnes réelles. Le législateur, lui, n'a personne devant lui, il a un être abstrait, il pose des mots de manière générale et abstraite, la loi est générale et impersonnelle. A l'inverse, le devoir du juge est de régler le cas particulier qui est posé devant lui et par conséquent il doit avoir une approche de proximité pour exercer ce travail d'attribution d'un sens aux mots du droit. Réflexivité et proximité sont les deux qualités propres à la justice qu'on ne retrouve ni dans l'exécutif ni dans le législatif, qui obéissent à d'autres qualités et qui font que de la justice un pouvoir démocratique”*⁴⁸⁸.

We kunnen enkel besluiten met André POTOCKI: *“Les juges doivent être conscients de l'ampleur des nouveaux pouvoirs qui leur sont dévolus. Tout en assumant pleinement leur rôle de protection de l'état de droit et des libertés fondamentales, il leur appartient de mettre ces pouvoirs en œuvre avec sagesse et la mesure nécessaires pour assurer, autant que faire se peut, la sérénité de leurs relations avec les institutions politiques. Au cœur de la constellation complexe des sources du droit, dans les limites de leurs missions, il leur revient d'agir en co-*

⁴⁸⁶ D. ROUSSEAU, “De la justice pouvoir d'Etat à la justice pouvoir de la démocratie?” in *Le Conseil supérieur de la Justice: stop ou encore?*, o.c., CADELLI (dir.), Collection de l'ASM, Anthémis, 2016, p. 45.

⁴⁸⁷ *Id.*, 46. Zie ook *supra*, Hoofdstuk II, sectie 4, § 1.

⁴⁸⁸ *Id.*, 47.

*responsables de la démocratie, qu'ils doivent animer et protéger avec les pouvoirs exécutifs et législatif*⁴⁸⁹.

HOOFDSTUK III.- VAN "POLITIEKE" RECHTER NAAR "MANAGEMENT"-RECHTER – JUDICIAL SELF-GOVERNMENT IN DE BELGISCHE RECHTSORDE

Inleiding - Judicial self-government in de Belgische rechtsorde

173. Rest ons nog de vraag in welke mate die politiek-economische filosofie, die alle maatschappelijke verhoudingen op de leest van het ondernemingsmodel en van de marktlogica schoeit, niet enkel heeft geleid tot een verruiming van de rol van de rechters die bij dit maatschappelijk plan zijn betrokken, maar of ze ook de herstructurering van de rechterlijke organisatie verklaart, met politieke rechters die nu ook managers van gerechtelijke productie-eenheden zijn geworden.

Uit de analyse in Hoofdstuk 1 blijkt dat de rechterlijke onafhankelijkheid niet alleen bepalend is voor het persoonlijk statuut van een magistraat, maar ook de verhouding tussen de rechterlijke macht als staatsmacht en de overige staatsmachten bepaalt. Verschillende grondwettelijke mechanismen – het legaliteitsbeginsel, het verbod op buitengewone rechtbanken en commissies en de oprichting, door de Grondwet zelf, van rechtscolleges – moeten de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht als staatsmacht beschermen.

174. De verhouding tussen de rechterlijke macht en de overige staatsmachten wordt niet alleen door deze klassieke grondwettelijke principes bepaald. In een relatief recente evolutie wordt deze verhouding bepaald door het principe van de *judicial self-government* (rechterlijk zelfbestuur), waarbij beslissingen betreffende de rechterlijke macht en haar leden – zoals die over de benoeming, tucht en promotie van rechters – meer en meer worden genomen door organen die op zijn minst voor een deel uit rechters bestaan⁴⁹⁰.

Algemeen wordt aangenomen dat deze evolutie naar *judicial self-government* op de eerste plaats bijdraagt aan de rechterlijke onafhankelijkheid (bv. door de rechterlijke macht een rol te laten spelen bij de beslissingsmacht over de carrière van rechters). Op die manier wordt de *judicial self-government* makkelijk ingepast in een 'traditionele scheiding-der-machten-logica', waarbij wordt benadrukt dat de rechterlijke macht moet worden beschermd tegen druk van buitenaf (**sectie 1**).

Judicial self-government gaat evenwel verder. Zoals gezegd wordt de verhouding tussen de rechterlijke macht 'als staatsmacht' en de overige staatsmachten evenwel niet louter door de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht gedetermineerd, en bestaan tussen deze staatsmachten banden van interdependentie, waarbij autonomie en samenwerking met elkaar in evenwicht worden gebracht. *Judicial self-government* kan ook deze meer complexe,

⁴⁸⁹ A. POTOCKI, o.c., nr. 19, p.21. A. POTOCKI21. Over "les nouveaux superpouvoirs du juge de l'exécution en droit de la consommation", G. POISSONNIER, in *Rec. Dalloz*, 23 juni 2023, nr. 23, 1162.

⁴⁹⁰ D. KOSAR, "Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe", *German Law Journal* 2018, 1571; M. LELOUP, "Judicial self-government in de Belgische rechtsorde: over rechterlijke onafhankelijkheid, rechterlijke verantwoordelijkheid en de scheiding der machten", *TBP* 2022, 3-24.

interdependente, verhouding vormgeven, met name door de rechterlijke orde op de een of andere manier een rol toe te kennen op domeinen die traditioneel voorbehouden waren aan de uitvoerende macht, bv. het beheer van de rechterlijke macht (**sectie 2**).

Sectie 1.- Traditionele samenwerkingsvelden – Rechterlijke benoemingen en Tucht – Operationele zwaartepuntverschuivingen

Paragraaf 1.- Rechterlijke benoeming – Rol van de HRJ

175. Zoals gezegd worden de rechters benoemd door de uitvoerende macht. Bij het uitwerken van de Belgische Grondwet besloot het Nationaal Congres na wat discussie om de rechters door de uitvoerende macht te laten benoemen⁴⁹¹. Zulke benoeming werd als een ‘moderne’ benoemingswijze beschouwd, die rechters beter beschermde tegen druk van buitenaf dan alternatieven zoals een verkiezing door het volk⁴⁹².

Oorspronkelijk genoot de Koning bij deze keuze een absolute vrijheid voor wat de ‘lagere echelons’ van de gerechtelijke piramide betreft (vrederechters, rechters van de rechtbank van eerste aanleg), en moest hij voor de hiërarchisch hogere rechtscolleges (hoven van beroep, Hof van Cassatie), evenals voor de benoeming van de (onder)voorzitters van de rechtbank van eerste aanleg, kiezen uit kandidaten voorgedragen uit twee lijsten, één door de betrokken hoven en een andere door de provincieraden en de Brusselse Hoofdstedelijke Raad voor wat de hoven van beroep betreft, en beurtelings de Kamer en de Senaat voor wat het Hof van Cassatie betreft⁴⁹³. Op die manier behielden de wetgevende macht en de rechterlijke macht ook wat invloed op de benoeming van de hoogste rechterlijke posities⁴⁹⁴.

Gaandeweg verplaatste het zwaartepunt van de benoemingsbeslissing zich van de Koning naar de politieke partijen, waarbij de verschillende benoemingen werden verdeeld onder de politieke families⁴⁹⁵. Rechtvaardiging voor deze gang van zaken werd gevonden in het argument dat de rechterlijke macht de pluralistische samenleving in haar geheel diende af te spiegelen⁴⁹⁶.

Het systeem kwam in opspraak doordat in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw niet altijd de meest geschikte kandidaten werden benoemd of gepromoveerd⁴⁹⁷. Het

⁴⁹¹ E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès National de Belgique (1830-1831)*, II, 236-237.

⁴⁹² O. ORBAN, *Le Droit Constitutionnel de la Belgique*, II, Luik, Dessin, 1908, 619.

⁴⁹³ Oud art. 99 Gw.

⁴⁹⁴ M. LELOUP, “Judicial self-government in de Belgische rechtsorde: over rechterlijke onafhankelijkheid, rechterlijke verantwoordelijkheid en de scheiding der machten”, *TBP* 2022, p. 6, nr. 14.

⁴⁹⁵ Zie P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, “De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België”, in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 4, nr. 6; P. Taelman, “De toegang tot de magistratuur”, in X. DE RIEMAECKER en R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Brugge, die Keure, 2020, 168.

⁴⁹⁶ A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 1995, 253; P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, “De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België”, in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 4-5, nr. 6.

⁴⁹⁷ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, “Overwegingen omtrent de kunst recht te spreken en de uitoefening van het rechterlijk ambt”, *RW* 1973-74, 123-127; M. STORME, “De achterkant van het gerecht. Kanttekeningen bij een

benoemingssysteem leidde dan ook tot de algemene misvatting van een "gepolitiseerde" magistratuur waaraan de politiek, geconfronteerd met de zaak-*Dutroux*, een einde wilde maken met het zogenaamde octopusakkoord van mei 1998, nadat in 1991 reeds een eerdere belangrijke stap gezet was⁴⁹⁸.

176. In het licht van deze hervorming werd artikel 151 van de Grondwet grondig gewijzigd om het benoemings- en bevorderingsbeleid binnen de rechterlijke macht te objectiveren. Weliswaar worden de rechters van de verschillende rechtbanken en hoven nog steeds benoemd door de Koning, maar hij doet dit op gemotiveerde voordracht van de bevoegde Benoemings- en Aanwijzingscommissie (BAC) van de HRJ, die door het octopusakkoord werd opgericht en in artikel 151 van de Grondwet werd ingeschreven⁴⁹⁹.

Het gaat om een orgaan *sui generis*, dat niet zonder meer kan worden ondergebracht bij één van de drie staatsmachten en dat bij de uitoefening van zijn bevoegdheden moet waken over de goede werking van de rechterlijke macht, en daarbij de onafhankelijkheid van deze macht moet respecteren⁵⁰⁰. Bedoeling is dat de HRJ een centrum van dialoog tussen de magistratuur en de politiek wordt en een brug slaat tussen de verschillende machten⁵⁰¹.

openingsrede", *RW* 1973-74, k. 457-459, nrs. 12-15; R. DE CORTE en B. DE GROOTE, *Handboek Civiel Recht*, Gent, Larcier, 2011, p. 268, nr. 747.

⁴⁹⁸ Met de wet van 18 juli 1991 tot wijziging van de voorschriften van het Gerechtelijk Wetboek die betrekking hebben op de opleiding en de werving van magistraten werd een eerste belangrijke stap gezet naar de objectivering bij de benoeming van magistraten. De wet, die voorzag in twee toegangswegen naar de magistratuur (het examen dat toegang verleende tot de gerechtelijke stage en het examen inzake beroepsbekwaamheid), was geïnspireerd door het rapport van een werkgroep onder leiding van procureur-generaal bij het Hof van Cassatie KRINGS uit 1976 (E. KRINGS, *De opleiding en de recrutering van magistraten*, Brussel, Minister van justitie, 1976, 130 p.). De "gepolitiseerde" rechterlijke macht: een heel vreemd verwijt! Wat betekende dit in de praktijk? Partijdige, bevooroordeelde beslissingen, enz.? De beschuldigers zijn er niet in geslaagd om dit aan te tonen. Het is niet in het minst paradoxaal dat dezelfde mensen die de rechters en procureurs benoemden diegenen waren die de schandalige "politisering" van de rechterlijke macht bekritiseerden, en dezelfde waren die hen verweten eenmaal benoemd de postuur van "plicht tot ondankbaarheid" aan te nemen. Voor een contextanalyse, z. Chr. MATRAY, *Le chagrin des juges-Essai sur une crise exemplaire*, Ed. COMPLEXE, 1998.

⁴⁹⁹ De HRJ werd verder vormgegeven door de wet van 22 december 1998 tot wijziging van sommige bepalingen van deel II van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de Hoge Raad voor de Justitie, de benoeming en aanwijzing van magistraten en tot invoering van een evaluatiesysteem. Op 1 januari 2000 werd de HRJ operationeel.

⁵⁰⁰ *Parl.St.* Kamer 1997-98, 1675/1, 5. De werking van de HRJ is het onderwerp geweest van het arrest *Loquifer* van het EHRM (EHRM 20 juli 2021, *Loquifer t. België*), waarin het Hof besloot tot een schending van het recht op toegang tot een rechter, gewaarborgd door artikel 6 EVRM, omdat er geen rechterlijk beroep openstond tegen een beslissing van de algemene vergadering van de HRJ om een van zijn leden te schorsen. LELOUP onderscheidt twee mogelijkheden om aan deze rechtspraak tegemoet te komen: (i) de aanpassing van de procedure binnen de HRJ, zodat deze tegemoetkomt aan de vereisten van artikel 6 EVRM en de HRJ als een 'tribunaal' kan worden beschouwd en (ii) het vatbaar maken van bepaalde beslissingen van de HRJ, zoals de schorsing van zijn leden, voor een beroep bij een rechterlijke instantie (M. LELOUP, "Judicial self-government in de Belgische rechtsorde: over rechterlijke onafhankelijkheid, rechterlijke verantwoordelijkheid en de scheiding der machten", *TBP* 2022, p. 6, vn. 26).

⁵⁰¹ X. DE RIEMAECKER, "De Hoge Raad voor de Justitie", in X. DE RIEMAECKER en R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Brugge, die Keure, 2020, 14; M. LELOUP, "Judicial self-government in de Belgische rechtsorde: over rechterlijke onafhankelijkheid, rechterlijke verantwoordelijkheid en de scheiding der machten", *TBP* 2022, p. 6, vn. 17.

De samenstelling van de HRJ staat theoretisch voor deze dialoog garant. De HRJ bestaat uit een Nederlandstalig en Franstalig college, met beide evenveel leden, die worden verdeeld over de BAC en de advies- en onderzoekscommissie (AOC). Er is eveneens een evenwicht tussen het aantal leden afkomstig van binnen en buiten de magistratuur, gelet op de door artikel 151, § 2, Grondwet opgelegde paritaire samenstelling van de Nederlandstalige en Franstalige colleges, enerzijds uit magistraten van de zetel en het parket die rechtstreeks worden verkozen door hun gelijken en anderzijds uit andere leden benoemd door de Senaat.

177. De Koning benoemt de magistraten, op gemotiveerde voordracht van de bevoegde BAC, die bij een tweederdemeerderheid over deze voordracht beslist, overeenkomstig de modaliteiten van artikel 259ter Gerechtelijk Wetboek en na afweging van de bekwaamheid en de geschiktheid van de kandidaten⁵⁰². In geval van benoeming tot raadsheer in een hof van beroep, een arbeidshof of het Hof van Cassatie, geven de betrokken algemene vergaderingen van deze hoven vooraf een gemotiveerd advies.

De Koning kan enkel de door de HRJ voorgedragen kandidaat benoemen⁵⁰³. Het komt de Koning niet toe zijn mening aangaande de bekwaamheid en de geschiktheid van de voorgedragen kandidaat in de plaats te stellen van deze van de BAC⁵⁰⁴. Weigert de Koning de voorgedragen kandidaat te benoemen (wat enkel kan bij gemotiveerd besluit), dan volgt een nieuwe voordracht. Doet de BAC geen nieuwe voordracht, dan moet de procedure van in het begin worden overgedaan en wordt een nieuwe oproep tot kandidaten bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad*⁵⁰⁵.

178. Het is duidelijk dat door de oprichting van de HRJ het zwaartepunt van de beslissingsmacht inzake rechterlijke benoemingen verschoven is van de uitvoerende macht naar een orgaan dat paritair is samengesteld uit leden binnen en buiten de magistratuur, zodat de invloed van de rechterlijke macht (verondersteld dat de magistraatsleden zich als vertegenwoordiger van deze macht en niet van touwgroepen binnen deze beschouwen) op het rechterlijke benoemingsproces veel groter is geworden⁵⁰⁶.

⁵⁰² Art. 151, § 4, Gw.

⁵⁰³ RvS 16 augustus 2001, JT 2001, 827. Zie ook P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, “De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België”, in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 6-7, nr. 10.

⁵⁰⁴ RvS 21 januari 2002, RW 2001-02, 1606, noot I. OPDEBEEK: “Overwegende dat, zoals dat systeem door de Grondwet zelf is geconcipieerd, het blijk geeft van de bedoeling om de verantwoordelijkheid voor de benoeming van de rechters en andere leden van de magistratuur grotendeels in handen te geven van een bij de Grondwet ingesteld orgaan dat paritair is samengesteld uit leden van de rechterlijke macht en leden aangewezen door de wetgevende macht, en dat aan de uitvoerende macht enkel nog een corrigerende rol wordt toebedeeld, in die zin dat de Koning tweemaal kan weigeren de enige voorgedragen kandidaat te benoemen en om een nieuwe voordracht kan vragen”.

⁵⁰⁵ J. LAENENS e.a., *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, p. 204, nr. 369; P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, “De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België”, in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 7, nr. 10; P. Taelman, “De toegang tot de magistratuur”, in X. DE RIEMAECKER en R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Brugge, die Keure, 2020, 216 e.v.

⁵⁰⁶ M. LELOUP, “Judicial self-government in de Belgische rechtsorde: over rechterlijke onafhankelijkheid, rechterlijke verantwoordelijkheid en de scheiding der machten”, *TBP* 2022, p. 7, nr. 19.

In ruil daarvoor lijkt de Koning (de minister van Justitie) zijn macht op dit gebied te willen afstaan aan de HRJ, die ondertussen lijkt te handelen in de zelfperceptie van het de facto benoemingsorgaan⁵⁰⁷.

179. Volgens rechtspraak van het EHRM⁵⁰⁸ en het Hof van Justitie⁵⁰⁹ doet het loutere feit dat een rechter wordt aangesteld door de uitvoerende of wetgevende macht geen afbreuk aan diens onafhankelijkheid, mits hij nadien vrij is van elke vorm van invloed of druk tijdens de rechterlijke functie. Beide hoven benadrukken wel dat de deelname van een ander orgaan (zoals de HRJ) in het benoemingsproces dat proces meer objectief kan maken, mits dit orgaan zelf onafhankelijk en onpartijdig is⁵¹⁰.

Wat betreft de samenstelling van zulk orgaan, legt de Europese rechtspraak geen duidelijke standaarden op. Zo oordeelde het Hof van Justitie dat het feit dat de meerderheid van de leden van een rechterlijke selectiecommissie door het parlement werd aangeduid, niet volstond om te twijfelen aan de onafhankelijkheid van de door die commissie benoemde rechters⁵¹¹. Dus in het licht van de Europese mensenrechtenstandaard doet de huidige samenstelling van de HRJ geen problemen rijzen⁵¹².

Recente ontwikkelingen in de twee taal- en cultuurafdelingen van de oorspronkelijk unitaire CSJ, en de hardnekkige weigering van de CSJ om te luisteren naar de kritiek van (veel) korpsoversten, hebben volgens ons de noodzaak onderstreept om een dialoog op gang te brengen, bij voorkeur op parlementair niveau, om zo nodig een aantal hervormingen door te voeren.

Paragraaf 2.- Oprichting van de tuchtrechtbanken

180. De mogelijkheid voor een rechter om aan een tuchtrechtelijke sanctie te worden onderworpen, vormt de meest directe vorm van rechterlijke verantwoordelijkheid. Binnen Europa bestaat een indrukwekkende variatie aan tuchtrechtelijke systemen, waarbij sommige

⁵⁰⁷ Artikel 259ter van het Ger.W. bepaalt: “Binnen veertig dagen na het verzoek tot voordracht deelt de benoemingscommissie langs elektronische weg tegen ontvangstbewijs de lijst met de voorgedragen kandidaat en de niet-voorgedragen kandidaten, en het proces-verbaal van voordracht mee aan de Minister van Justitie. (...) Wordt geen voordracht meegedeeld binnen de voorgeschreven termijn, dan kan de Minister van Justitie vanaf de veertigste dag tot de vijfenvijftigste dag na het verzoek tot voordracht, de benoemingscommissie langs elektronische weg aanmanen om een voordracht te doen. De benoemingscommissie beschikt over vijftien dagen vanaf de verzending van de aanmaning om vooralsnog een voordracht te doen”. Het Hof van Cassatie moest deze bepaling activeren door dit aan de minister van Justitie te vragen. De minister weigerde met het argument dat de HRJ een onafhankelijk orgaan is. Een merkwaardig argument, gezien de bevoegdheid die de wet hem toekent!

⁵⁰⁸ Zie bv. EHRM 1 december 2020, *Gudmundur Andri Astradsson t. IJsland*, r.o. 207; EHRM 18 oktober 2018, *Thiam t. Frankrijk*, r.o. 80; EHRM 20 november 2017, *Haarde t. IJsland*, r.o. 105.

⁵⁰⁹ HvJ 2 maart 2021, C-824/18, *A.B. e.a. (Nomination des juges à la Cour suprême – Recours)*, r.o. 122; HvJ 9 juli 2020, C-272/19, *Land Hessen*, r.o. 54; HvJ 19 november 2019, C-585/18, C-624/18 en C-625/18, *AK, CP en DO*, r.o. 133.

⁵¹⁰ HvJ 2 maart 2021, C-824/18, *A.B. e.a. (Nomination des juges à la Cour suprême – Recours)*, r.o. 124-125; EHRM 21 april 2020, *Anzelika Simaitiene t. Litouwen*, r.o. 82.

⁵¹¹ HvJ 9 juli 2020, C-272/19, *Land Hessen*, r.o. 55-58.

⁵¹² M. LELOUP, “Judicial self-government in de Belgische rechtsorde: over rechterlijke onafhankelijkheid, rechterlijke verantwoordelijkheid en de scheiding der machten”, *TBP* 2022, p. 8, nr. 22.

rechtsstelsels het opstarten van een tuchtprocedure en het voorbereiden van een tuchtdossier toevertrouwen aan leden van de rechterlijke macht, terwijl andere staten ervoor opteren om ook leden van de politieke machten daarbij te betrekken⁵¹³. Ook op het vlak van de samenstelling van de colleges die de uiteindelijke beslissing nemen, bestaat dezelfde diversiteit⁵¹⁴.

181. Vóór de hervorming van 2013 was het tuchtsysteem voor magistraten in België opgebouwd rond drie actoren: de korpschef, de Nationale Tuchtraad en de eerste kamer van het hof van beroep, het arbeidshof of het Hof van Cassatie.

De korpschef was bevoegd om de lichte tuchtstraffen op te leggen en diende voor de zware tuchtstraffen de zaak door te verwijzen naar de Nationale Tuchtraad. De Nationale Tuchtraad was bevoegd om in eerste aanleg de zware tuchtstraf van de intrekking van het mandaat van korpschef of van een adjunct-mandaat op te leggen, en om in hoger beroep te oordelen over de lichte tuchtstraffen. Was de tuchtraad van mening dat een andere zware tuchtstraf gepast was, dan moest de zaak worden verwezen naar de eerste kamer van het hof van beroep, het arbeidshof of het Hof van Cassatie, en kreeg de Nationale Tuchtraad enkel een adviesbevoegdheid.

De Nationale Tuchtraad, opgericht door de wet van 1999⁵¹⁵, was een orgaan dat was samengesteld uit vijf magistraten en twee niet-magistraten⁵¹⁶. Deze gemengde samenstelling werd beschouwd als een bescherming van de burger en plaatste de rechterlijke macht boven elke verdenking van corporatisme⁵¹⁷. De wetgever koos bewust voor deze samenstelling om het vertrouwen van het brede publiek in de instelling te bevorderen⁵¹⁸.

182. In 2013 opteerde de wetgever ervoor om het systeem grondig te hertekenen, met als doel het hoofd te bieden aan de voortdurende kritiek op de inefficiënte, niet-transparante, partijdige en afhankelijke tuchtrechtspraak ten aanzien van magistraten⁵¹⁹. Vooral de figuur

⁵¹³ M. LELOUP, "Judicial self-government in de Belgische rechtsorde: over rechterlijke onafhankelijkheid, rechterlijke verantwoordelijkheid en de scheiding der machten", *TBP* 2022, p. 14, nr. 48.

⁵¹⁴ *Ibid.*

⁵¹⁵ Wet 7 mei 1999 tot wijziging, wat het tuchtrecht voor de leden van de Rechterlijke Orde betreft, van het Gerechtelijk Wetboek, *BS* 30 juli 1999. Zie hierover Chr. MATRAY, "Le nouveau régime disciplinaire des magistrats", *JT* 2000, 133-146.

⁵¹⁶ In 2004 verklaarde het Arbitragehof een beroep over de samenstelling van deze Tuchtraad ongegrond. De zaak werd aangekaart door griffiers, secretarissen en het personeel van griffies en parketmagistraten die meenden dat de Tuchtraad ten onrechte niet was samengesteld voor een meerderheid uit hun "gelijken". Het Hof benadrukte dat het aan de wetgever stond om te bepalen welke overheden het meest geschikt zijn om een tuchtvordering te onderzoeken en te beoordelen en dat de verzoekende partijen niet aantoonden waarin hun rechten zouden zijn aangetast (Arbitragehof 17 maart 2004, nr. 39/2004, B.5.1. en B.5.5.).

⁵¹⁷ Wetsvoorstel tot wijziging van boek II, titel V, van het tweede deel van het Gerechtelijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 1998-99, 1942/1, 3; K. BROECKX, "Samenstelling van de Nationale Tuchtraad", in J. VAN COMPERNOLLE en M. STORME (eds.) *La discipline des magistrats – het tuchtrecht voor magistraten*, Brussel, Kluwer, 2001, 83.

⁵¹⁸ B. MAES, "De keuze van de gepaste tuchtstraf voor een magistraat die bewust volhardt in het niet-tijdig uitspreken van vonnissen", *RABG* 2010, 297.

⁵¹⁹ Wetsvoorstel tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de tucht, *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-1067/1, 2-6; S. VERBIST, "Nieuw tuchtrecht voor magistraten. De wet van 15 juli 2013 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de tucht, *BS* 25 juli 2013", *D&T* 2014, 143.

van de korpschef bleek een doorn in het oog: de wetgever vreesde vooral dat hij te terughoudend zou zijn om sanctionerend op te treden doordat hij (te) dicht staat bij de te sanctioneren persoon⁵²⁰. Tucht bleef als het ware een zaak die zich afspeelde in de naaste omgeving van de betrokkene en dus de schijn wekte dat de zaken ‘onder ons’ geregeld konden worden⁵²¹.

Tegelijk wenste men de institutionele versnippering in het tuchtrecht weg te werken. Besloten werd tot de oprichting van vier niet-permanente tuchtrechtbanken (één Nederlandstalige en één Franstalige, zowel in eerste aanleg als in graad van beroep)⁵²². De procedure bij de tuchtrechtbanken valt binnen het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM⁵²³.

De Nationale Tuchtraad werd afgeschaft en ook de eerste kamers van de hoven verloren hun bevoegdheden inzake rechterlijke tucht.

Wat de tuchtrechtbanken – de voornaamste actoren in de rechterlijke tuchtprocedure – betreft, werd bij de totstandkoming van de wet van 2013 een hevig debat gevoerd over hun al dan niet gemengde samenstelling, en de voor- en nadelen van beide opties. Sommigen beschouwden de aanwezigheid van externe leden als een middel om ook maar het minste vermoeden van corporatisme te vermijden⁵²⁴. De Raad van State⁵²⁵ stond niet negatief tegenover een gemengde samenstelling en de HRJ was voorstander⁵²⁶. De wetgever stapte niettemin af van deze optie, omdat die een wijziging van artikel 157 Grondwet veronderstelde⁵²⁷. Een compromisoplossing werd gevonden in de toevoeging aan elke kamer van de tuchtrechtbank van een stafhouder van de Raad van de Orde⁵²⁸, wiens aanwezigheid ‘corporatistische reflexen’ moest voorkomen⁵²⁹. Aangezien die slechts raadgevende stem had, poneerden critici dat het ging om een lege doos⁵³⁰.

⁵²⁰ Wetsvoorstel tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de tucht, *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-1067/1.

⁵²¹ J.F. FUNCK, “La discipline judiciaire. Examen de jurisprudence (2014-2018)”, *JT* 2018, 796.

⁵²² M. LELOUP, “Judicial self-government in de Belgische rechtsorde: over rechterlijke onafhankelijkheid, rechterlijke verantwoordelijkheid en de scheiding der machten”, *TBP* 2022, p. 15, nr. 51; S. VERBIST, “Nieuw tuchtrecht voor magistraten. De wet van 15 juli 2013 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de tucht, BS 25 juli 2013”, *D&T* 2014, 146.

⁵²³ Zie Adv RvS nr. 51.119/AV/3, 22 mei en 5 juni 2012, over een wetsvoorstel tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de tucht, *Parl.St.* Senaat 2011-12, nr. 5-1067/4, 9-10.

⁵²⁴ Zie Amendement nr. 8 (VANLOUWE en BOOGAERTS), *Parl.St.* Senaat 2011-12, nr. 5-1067/3, 4.

⁵²⁵ Adv.RvS nr. 51.119/AV/3, 22 mei en 5 juni 2012, over een wetsvoorstel tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de tucht, *Parl.St.* Senaat 2011-12, nr. 5-1067/4, 9.

⁵²⁶ HRJ, Advies 19 oktober 2011 over het wetsvoorstel tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de tucht, 6.

⁵²⁷ *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2790/005, 30-32.

⁵²⁸ Art. 409, §§ 2 en 3, Gerechtelijk Wetboek en art. 410, §§ 2 en 3, Gerechtelijk Wetboek. Bij de wet van 26 december 2022 zijn die bepalingen gewijzigd, in de zin dat voortaan ook een plaatsvervanger van de stafhouder kan worden aangewezen.

⁵²⁹ Amendement (VANSTERSAENDTS en Taelman), verslag BOOGAERTS-BOUSETTA, *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-1067/8, 110.

⁵³⁰ *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-1067/8, 112; *Hand.* Senaat 2012-13, 2 mei 2013, nr. 5-100, 11.

Sommigen beschouwden deze stap van de wetgever als een achteruitgang⁵³¹, omdat de vervanging van de gemengd samengestelde Nationale Tuchtraad door de exclusief rechterlijke tuchtrechtbanken het beetje zeggenschap van externen in het kader van de tuchtprocedure van rechters deed verdwijnen⁵³².

Hoe dan ook kan de vervanging van de Nationale Tuchtraad door de tuchtrechtbanken⁵³³ worden beschouwd als een verdere concretisering van de *judicial self-government*⁵³⁴. Die versterking van de *judicial self-government* is in elk geval in overeenstemming met het recht op een onafhankelijke rechter zoals gewaarborgd in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens⁵³⁵, die bepaalt dat tuchtorganen steeds voor een meerderheid moeten zijn samengesteld uit leden van de rechterlijke macht⁵³⁶ en eventuele leden uit de wetgevende of uitvoerende macht in dergelijke organen steeds een minderheid moeten uitmaken⁵³⁷.

Sectie 2.- Verzelfstandigd beheer en financiële autonomie

Paragraaf 1.- De Wet van 28 februari 2014 betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie

A) Sociologische en politieke voorgeschiedenis

183. De bevoegdheden van de rechterlijke macht met betrekking tot haar eigen beheer en financiën zijn sinds 1831 traditioneel erg beperkt. Integendeel, de financiële bevoegdheid van de politieke machten kan zelfs worden beschouwd als een van de belangrijkste controlemechanismen op de rechterlijke macht⁵³⁸. Op het vlak van de financiering wordt doorgaans een scherp onderscheid gemaakt tussen de individuele dimensie en de structurele dimensie. Artikel 154 van de Grondwet, op grond waarvan de wedden van de leden van de rechterlijke macht worden bepaald door de wetgever, biedt weliswaar een waarborg voor de onafhankelijkheid van de *individuele* rechter (*supra*), maar anderzijds bevat de Grondwet geen waarborgen inzake de financiële en logistieke autonomie van de rechterlijke macht 'als staatsmacht'⁵³⁹.

⁵³¹ B. VERVOORT, "*Quis iudicat ipsos iudices?* Een eerste verkenning van het nieuwe tuchtrecht voor magistraten en personeelsleden van de rechterlijke orde", in F. DERUYCK (ed.) *Strafrecht in breed spectrum*, Brugge, die Keure, 2014, 129.

⁵³² M. LELOUP, "Judicial self-government in de Belgische rechtsorde: over rechterlijke onafhankelijkheid, rechterlijke verantwoordelijkheid en de scheiding der machten", *TBP* 2022, p. 17, nr. 55.

⁵³³ Voor een technische presentatie met begeleidende commentaren, z. J. DE CODT, "La réforme de la discipline judiciaire: jamais deux sans trois", *JT* 15 februari 2014, p. 101 e.v.

⁵³⁴ M. LELOUP, o.c., p. 17, nr. 55.

⁵³⁵ M. LELOUP, o.c., p. 18, nr. 60.

⁵³⁶ EHRM 9 januari 2013, *Oleksandr Volkov t. Oekraïne*, r.o. 109-117.

⁵³⁷ EHRM 9 maart 2021, *Eminagaoglu t. Turkije*, r.o. 99.

⁵³⁸ M. LELOUP, o.c., p. 19, nr. 61.

⁵³⁹ M. LELOUP, o.c., p. 19, nr. 62; J. VELAERS, *De Grondwet: een artikelsgewijze commentaar*, III, Brugge, die Keure, 2019, 159.

Concreet betekent dat dat in de praktijk de minister van Justitie wordt belast met het beheer en de besteding van de middelen voor de rechterlijke macht.

Gaandeweg zouden de magistraten met verantwoordelijke functies aan het hoofd van de rechtbanken en parketten steeds meer kritiek uiten op die sterke centralisatie van de beheersbevoegdheid van de rechterlijke organisatie in handen van de minister en van zijn administratie. Die centralisatie werd aangeklaagd omdat ze het optimaal gebruik van financiële en andere middelen verhinderde. Van daaruit was er slechts een kleine stap nodig om de rechterlijke orde te willen uitrusten met een zekere autonomie bij het beheer van de hem ter beschikking gestelde middelen. Die stap werd gezet en niet door de minste: in haar mercuriale over de scheiding van de machten heeft procureur-generaal LIEKENDAEL voorgesteld om aan elk rechtscollege van de rechterlijke orde een eigen budget toe te kennen en hierover een overleg met de verschillende machten te plegen⁵⁴⁰.

184. Het lijkt geen twijfel dat de beschouwingen ook werden beïnvloed door de zogenaamde “Copernicushervorming” die de regering in de federale administratie had doorgevoerd met de bedoeling om managementtechnieken in te voeren die de administratie moesten dynamiseren⁵⁴¹. Die hervorming was de meest zichtbare uiting van die bovenvermelde marktlogica, die in de periode na de Tweede Wereldoorlog in de Europese instanties opgang maakte.

De Hoge Raad voor de Justitie, die zich ervan bewust was dat het New Public Management niet als zodanig kon worden overgenomen, onderzocht de kwestie door verschillende actoren rond de tafel te verenigen in een soort think-tank.

185. De regering kondigde in haar akkoord van 10 juli 2003 de uitrol van een *“Themisplan voor een snelle rechtsbedeling”* aan. In de optiek van dat plan zijn de korpschefs *“niet alleen verantwoordelijk voor het personeelsbeleid, maar ook voor de financiële werking van hun zetel of parket en dit op basis van een toegewezen enveloppe”*⁵⁴².

In het verlengde daarvan keurde de ministerraad, op voorstel van minister van Justitie ONKELINX, in juni 2005 een eerste beleidsnota goed met het oog op de hervorming van de rechterlijke organisatie. Volgens de nota is er sprake van een *“onaangepastheid van de organisatie van de rechtsmachten voor een rationeel beheer van de middelen, tegelijk te wijten aan een sterke centralisatie op het niveau van de federale overheidsdienst Justitie, aan een te grote versnippering van de entiteiten en aan het particularisme van de structuren van de rechtsmachten zelf”*.

Na herwerking leidt die nota tot de oprichtingsnota van 10 maart 2006. De regering wil *“de gerechtelijke autoriteiten responsabiliseren door een decentralisatie van het financieel en*

⁵⁴⁰ E. LIEKENDAEL, “De scheiding van de machten aan de vooravond van het derde millenium”, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1997, *JT* 1997/28, 553; J. DELVA, “De onafhankelijkheid van de Belgische rechter ten aanzien van de uitvoerende macht”, *TBP* 1988, 240.

⁵⁴¹ Zie, over de “Copernicushervorming” van de federale administratie, met name, J. SOHIER, “La fonction publique face à l’effet ‘Copernic’: mythe ou réalité?”, *JT* 2003, 221.

⁵⁴² Federaal regeerakkoord van 10 juli 2003, p. 28.

budgettaire beheer van de gerechtelijke diensten en het beheer van de human resources". Het doel is om verschillende beheersstructuren op te richten in het parket en in de zetel, op het niveau van de arrondissementen en de rechtsgebieden, aan die beheersorganen budgetten toe te kennen, de korpschefs een reële bevoegdheid op het vlak van personeelsbeheer te verlenen en de mobiliteit van de magistraten binnen de rechtsgebieden van de hoven van beroep te verankeren⁵⁴³. Met het oog hierop voorziet de nota in de geleidelijke decentralisatie van vier bevoegdheidscategorieën: het budget (opmaak, beheer, uitvoering), het personeelsbeleid (magistraten en niet-magistraten), de gerechtskosten, de gebouwen en het materieel⁵⁴⁴.

Op 20 juli 2006 werd een wet aangenomen tot instelling van "de Commissie voor de Modernisering van de Rechterlijke Orde en de Algemene Raad van de partners van de Rechterlijke Orde". De opdracht van die commissie is met name *"een algemene reflectie te leiden over de modernisering van het beheer van de Rechterlijke Orde"* en *"een reflectie te organiseren en te leiden over de structuren van de beheersorganen van de rechterlijke macht en gerechtelijke ambten"*.

De commissie gaat weliswaar aan de slag maar de opeenvolgende hervormingsplannen (Themis I, II, enz.) zouden niet overtuigend blijken en de legislatuur zou zonder werkelijke vooruitgang worden afgesloten⁵⁴⁵.

In het regeerakkoord van 18 maart 2008 wordt kort en bondig verwezen naar *"de informatisering, beheersautonomie en opleiding"* van het gerecht, die het *"op korte termijn moderne instrumenten"* moeten geven *"die elders al lang gemeengoed zijn"*⁵⁴⁶.

Dit is ook het geval voor de "Beleidsverklaring van de minister van Justitie Jo VANDEURZEN" van april 2008, waarin enkel de beheersautonomie wordt vermeld⁵⁴⁷.

186. Het zou aan minister DE CLERCK⁵⁴⁸ toekomen om in 2009 een plan voor een reorganisatie van het beheer van de rechterlijke organisatie voor te stellen dat een noemenswaardige vooruitgang inhoudt.

⁵⁴³ Zie het document "Hervorming van de gerechtelijke organisatie - Het Themisplan - Oprichtingsnota" van 10 maart 2006, opgenomen als bijlage bij het wetsontwerp tot instelling van de Commissie voor de Modernisering van de Rechterlijke Orde en de Algemene Raad van de partners van de Rechterlijke Orde", *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1720/1, p. 17 e.v.

⁵⁴⁴ Zie "Hervorming van de gerechtelijke organisatie - Het Themisplan - Oprichtingsnota" van 10 maart 2006, o.c., 23 e.v.

⁵⁴⁵ J.-P. JANSSENS, "Management, qualité et indépendance du magistrat", in *Questions de droit judiciaire inspirées de "l'affaire Fortis"*, 40 en 41. Uiteindelijk werden de voorstellen niet overgenomen.

⁵⁴⁶ Federaal regeerakkoord van 18 maart 2008, p. 28.

⁵⁴⁷ Beleidsverklaring van de minister van Justitie Jo VANDEURZEN, april 2008, beschikbaar op het webadres <https://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/verklaring.pdf>.

⁵⁴⁸ Hij verving onverwachts JO VANDEURZEN, die ontslag had genomen naar aanleiding van de "Fortis-affaire". De keuze voor de heer DE CLERCK kan wellicht worden uitgelegd doordat hij die functie in een vorige regering had uitgeoefend, waarin hij die kwesties reeds had onderzocht en met de rechterlijke orde een "Handvest voor modernisering" wilde overeenkomen. De heer DE CLERCK had toen ontslag genomen als gevolg van de "zaak-Dutroux".

De oriëntatienota “Naar een nieuwe architectuur voor Justitie”⁵⁴⁹ bevat de meeste elementen die later zijn overgenomen:

- de arrondissementen samenvoegen in zestien grotere gehelen, met meerdere zittingsplaatsen en meer mobiliteit voor magistraten;
- de oprichting van een collectief beheersorgaan eigen aan de zetel (College van de Zetel) en aan het openbaar ministerie (College van Procureurs-generaal, waaraan nieuwe bevoegdheden moeten worden toegekend);
- de oprichting van een *“Gemeenschappelijke beheersdienst”* (GBD), die voortkomt uit de *“verzelfstandigde”* diensten van de FOD Justitie en het *“gezamenlijk platform”* moest worden *“voor de Zetel, het Openbaar Ministerie en de Minister van Justitie, waarin zij in partnerariaat optreden en collectief instaan voor de aansturing en werking”*;
- het sluiten van beheersovereenkomsten *“tussen de Minister van Justitie, de Colleges en de GBD, tussen de GBD en de individuele entiteiten en tussen de individuele entiteiten onderling”*; die overeenkomsten zouden *“sturingsinstrumenten”* zijn die *“de toebedeling van middelen koppelen aan de realisatie van bepaalde doelstellingen”*;
- de invoering van het principe van integraal management, dat *“betekent dat de verantwoordelijkheid voor beheer en beleid zich in dezelfde handen bevindt, zodat men autonoom kan beslissen over de inzet van de toebedeelde mensen en middelen en daarvoor ook ter verantwoording geroepen kan worden”*⁵⁵⁰; dit wordt voor het eerst vermeld in het kader van de hervorming, maar die logica was reeds duidelijk aanwezig in het Themisplan.

De legislatuur werd afgesloten met niet méér concrete wetgevende resultaten dan in de voorgaande legislaturen.

187. Het zou nog wachten worden tot het einde van de langste politieke crisis die ons land ooit heeft gekend voordat de wil om het gerechtelijk apparaat te hervormen opnieuw op de voorgrond zou treden⁵⁵¹. Het regeerakkoord van december 2011 is vrij bondig over de kwestie en neemt de hoofdpunten uit het project van DE CLERCK over:

- het aantal gerechtelijke arrondissementen verminderen;
- de mobiliteit van de magistraten tussen de verschillende arrondissementen versterken;
- een beheersautonomie toekennen aan de organen van de rechterlijke orde door (i) de oprichting op het niveau van elk arrondissement of elk rechtsgebied van een *“eenheidsstructuur”* die verantwoordelijk is voor het beheer van de *“budgetten, het personeel en de materiële middelen, evenals voor de horizontale mobiliteit van het personeel en een betere valorisering van de expertise”* en (ii) het afsluiten van een *“beheersovereenkomst”* met elk van die entiteiten, met duidelijke, operationele doelstellingen waaraan werkingskredieten zullen worden verbonden.

We weten dat de eerste twee punten van het regeerakkoord in positief recht zijn omgezet door de wet van 1 december 2013 *“tot hervorming van de gerechtelijke arrondissementen en tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op een grotere mobiliteit van de leden van de rechterlijke orde”*.

⁵⁴⁹ Oriëntatienota van minister van Justitie S. DE CLERCK “Het Gerechtelijk Landschap - Naar een nieuwe architectuur voor Justitie”, 2009.

⁵⁵⁰ Oriëntatienota van minister van Justitie S. DE CLERCK, o.c., 87.

⁵⁵¹ Federaal regeerakkoord van 1 december 2011, 136 e.v.

Het derde punt van het akkoord, dat moeilijker te verwezenlijken zou zijn, zou worden opgenomen in de wet van 18 februari 2014 betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie, die op 1 april 2014 in werking is getreden.

B) Het wetsontwerp – Weerstand en oplossingen

188. Ondanks het fundamentele karakter van de hervorming voor het functioneren van het justitiële stelsel, werd het wetsontwerp dat tot doel had de rechterlijke macht beheersautonomie te verlenen, met enige haast opgesteld en aangenomen⁵⁵².

Bij de totstandkoming van de wet van 18 februari 2014 waren de reacties van de HRJ⁵⁵³ en de Adviesraad van de Magistratuur⁵⁵⁴ vrij negatief.

De HRJ meende dat te veel macht aan de Colleges werd gegeven, zodat er eerder sprake was van een centralisatie in plaats van decentralisatie. Hij bekritiseerde bovendien dat, *“gelet op het belang van dit voorontwerp voor de goede werking van de rechterlijke macht, [...], fundamentele aspecten van het beheer van de rechterlijke orde uitdrukkelijk door de wetgever moeten worden geregeld en best niet worden overgelaten aan de uitvoerende macht”*⁵⁵⁵.

De Adviesraad wees er van zijn kant op dat de magistratuur weliswaar verantwoordelijk werd gesteld voor de goede werking van de rechterlijke macht, maar dat er geen enkele garantie was dat zij daarvoor over de nodige middelen zou beschikken.

De Vaste vergadering van de korpschefs hekelde in zijn advies van 20 juni 2013 de te ruime tenuitvoerleggingsbevoegdheden die aan de Koning werden toegekend, dat *“fundamentele begrippen enkel in algemene en abstracte bewoordingen worden vermeld”*, en dat de materies waarvan het beheer naar de rechterlijke macht zal worden overgeheveld niet worden gepreciseerd.

De afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft zijn advies verstrekt op 11 juli 2013⁵⁵⁶.

De verenigingen ASM en UPM betwistten de grondwettigheid van dit wetgevend initiatief en legden de zaak voor aan het Grondwettelijk Hof. Het oordeel van het Hof lijkt weliswaar definitief; de Grondwet is gevrijwaard. Na een gedetailleerde studie van de motivering van het Hof, vat de raadsman van het UPM de leer van het arrest als volgt samen in zijn brief van

⁵⁵² De Hoge Raad voor de Justitie wordt bij brief van 31 mei 2013 verzocht ten laatste op 30 juni 2013 een advies uit te brengen! De Adviesraad van de magistratuur is niet beter af; hij vermeldt in zijn advies van 20 juni 2013 de adviesaanvraag van de minister per e-mail van 3 mei 2013 te hebben ontvangen en dat *“bij die mail een voorlopige tekst zonder memorie van toelichting was gevoegd”*, waarna hij *“op 14 en 30 mei 2013 nieuwe versies van het voorontwerp, alsook van de memorie van toelichting”* ontving! Wat betreft de Raad van State, zijn afdeling Wetgeving werd op 10 juni 2013 verzocht om, met toepassing van artikel 84, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, binnen de dertig dagen een advies te verstrekken over het voorontwerp van wet!

⁵⁵³ HRJ, Advies 1 juli 2013 over het voorontwerp van wet betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie, en advies van 8 november 2013 over het wetsontwerp betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie.

⁵⁵⁴ Adviesraad van de Magistratuur, 20 juni 2013, Over de tekst van het voorontwerp van wet betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie.

⁵⁵⁵ HRJ, Advies over het voorontwerp van wet betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de Rechterlijke organisatie, goedgekeurd door de algemene vergadering van 1 juli 2013, p. 4.

⁵⁵⁶ Adv.RvS nr. 53.519/3, 11 juli 2013, *Parl.St.* Kamer, nr. 3068/1, p. 50.

25 oktober 2015 aan de voorzitter van de beroepsvereniging: “[les] deux arrêts de la Cour constitutionnelle⁵⁵⁷ sont décevants à tous points de vue. La Cour a systématiquement interprété de la manière la plus restrictive possible les garanties d’indépendance accordée par la Constitution au pouvoir judiciaire. D’une part, elle nie l’existence d’un principe général de droit de ‘légalité’ de l’organisation judiciaire, dont les articles 146, 152, 154, 155 et 157 seraient les révélateurs. L’exigence de légalité – qui n’est dès lors plus un principe – ne s’applique donc que dans les matières précises envisagées par ces différents articles, et non dans d’autres aspects de l’organisation judiciaire. Lorsqu’il s’agit d’appliquer l’exigence d’une intervention législative dans les matières pour lesquelles la Constitution prévoit expressément la compétence du législateur (voir l’article 154 de la Constitution et le statut pécuniaire des magistrats), la Cour constitutionnelle estime toutefois qu’un simple renvoi par la loi à des arrêtés royaux s’appliquant à l’administration est suffisant. La portée du principe de ‘légalité’, y compris dans la fixation du statut des magistrats, devient donc particulièrement évanescence à l’issue de ces deux arrêts. D’autre part, la Cour estime que l’indépendance des magistrats ne s’examine qu’à l’aune de leur liberté de traiter, sans influence induite des pouvoirs exécutifs et législatifs, les dossiers particuliers qui leur sont confiés. Les ingérences du pouvoir exécutif dans l’organisation générale de l’ordre judiciaire sont permises, dès lors qu’elles sont autorisées par le pouvoir législatif et qu’elles n’ont pas pour objectif d’influencer des dossiers particuliers. La Cour refuse donc d’envisager que la “gestion” et le financement des activités des parquets, cours et tribunaux, et des services qui y sont liés, aient des implications sur le fait de rendre la Justice en toute indépendance. A aucun moment la Cour constitutionnelle ne cherche à produire une réflexion sur l’équilibre des pouvoirs et sur la nécessité de maintenir cet équilibre, par exemple lorsque la législation évolue dans un sens que le constituant de 1831 n’avait pas envisagé”.

Het wetsontwerp “betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie” werd uiteindelijk op 14 oktober 2013 ingediend in de Kamer.

De meeste artikelen van de wet van 18 februari 2014 zijn op 1 april 2014 in werking getreden⁵⁵⁸. Hoofdstuk IV van titel IV van het Gerechtelijk Wetboek, met als titel “Beheersovereenkomsten en beheersplannen”, dat een essentieel onderdeel van de wet vormt, zal daarentegen slechts op een door de Koning nader bepaalde datum in werking treden⁵⁵⁹.

De filosofie is “eenvoudig”: de wet van 18 februari 2014 betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie⁵⁶⁰, die in het Gerechtelijk Wetboek een nieuwe titel invoerde, onder het opschrift “Beheer van de rechterlijke organisatie”, vormt een kaderwet die de beginselen van de beheersautonomie voor de rechterlijke macht vaststelt en een aantal structuren creëert.

⁵⁵⁷ Arrest nr. 138/2015 met betrekking tot de wet van 18 februari 2014 betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie en arrest nr. 139/2015 met betrekking tot de wet van 1 december 2013 tot hervorming van de gerechtelijke arrondissementen en tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op een grotere mobiliteit van de leden van de rechterlijke orde.

⁵⁵⁸ Art. 46 Wet 18 februari 2014.

⁵⁵⁹ *Ibid.*

⁵⁶⁰ Wet 18 februari 2014 betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie, BS 4 maart 2014, 18200.

Het einddoel daarbij is de verzelfstandiging van het beheer van de rechtscolleges, hoewel het voor zich spreekt dat de weg daarnaartoe een werk van lange adem is⁵⁶¹. Het beheer, dat voorlopig nog bij de FOD Justitie is ondergebracht, wordt voor een deel overgeheveld naar de rechterlijke macht zelf: de korpschefs die verantwoordelijk zijn voor de verwezenlijking van de doelstellingen zullen zo over de inzet van middelen kunnen beslissen en worden geresponsabiliseerd⁵⁶².

C) Een kaderwet

190. Een verklaring voor de uitgestelde start en voor de relatieve onduidelijkheid over een aantal, toch wel fundamentele kwesties, wordt gegeven in de memorie van toelichting van het wetsontwerp, die meteen al verduidelijkt dat het om een “*kaderwet*”⁵⁶³ gaat, aangezien er nog vele uitvoeringsmaatregelen zullen moeten worden genomen vóór de inwerkingtreding ervan⁵⁶⁴ en het niet tot doel heeft een definitief beheersmodel gedetailleerd vast te leggen⁵⁶⁵. Het gaat om een “*eerste stap*”⁵⁶⁶.

In de parlementaire voorbereiding van het wetsontwerp wordt die werkwijze verantwoord door de vaststelling dat thans nog onvoldoende beheerscapaciteit aanwezig is binnen de rechterlijke organisatie en dat “*de uitbouw van een autonoom beheer binnen de rechterlijke organisatie een werk van lange adem is*”. Volgens de regering moeten de managementkennis alsook de beleidsondersteunende organisatie, de structuren en de instrumenten worden uitgebouwd voordat de beheersverantwoordelijkheid kan worden overgedragen.⁵⁶⁷

191. En, het moet worden gezegd, de wet van 18 februari 2014 kent een indrukwekkend aantal delegaties toe aan de Koning. We beperken ons hier tot de vermelding van twee kenmerkende voorbeelden: de artikelen 41 en 46 van de wet.

Artikel 41, dat is ondergebracht in het belangrijk hoofdstuk over de overgangsmaatregelen, luidt als volgt: “*De Koning bepaalt, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de mate waarin, de fasering en de nadere regels waarop de bevoegdheden bedoeld in deze wet worden overdragen van de Federale Overheidsdienst Justitie aan de Colleges of aan het gemeenschappelijk beheer bedoeld in artikel 185/1 van het Gerechtelijk Wetboek*”.

De Raad van State acht die delegatie kritiek in het licht van het legaliteitsbeginsel van de rechterlijke organisatie, dat grondwettelijke waarde heeft en gegrond is op de artikelen 146, 152, eerste lid, 154, 155 en 157 van de Grondwet⁵⁶⁸.

⁵⁶¹ Wetsontwerp betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie, Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3068/001, p. 5.

⁵⁶² *Ibid.*, p. 4.

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 5.

⁵⁶⁵ *Ibid.*

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 4.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 5.

⁵⁶⁸ Adv.RvS nr. 53.519/3, 11 juli 2013, over een voorontwerp van wet betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3068/001, p. 57.

Artikel 46 van de wet, dat bepaalt welke onderdelen van de wet op 1 april 2014 in werking zijn getreden, laat het bovendien aan de Koning over om te bepalen wanneer de verschillende artikelen van hoofdstuk IV van titel IV van het Gerechtelijk Wetboek, met als titel "Beheersovereenkomsten en beheersplannen", in werking zullen treden.

Daarenboven, krachtens artikel 27 van de wet, "bepaalt een wet de nadere regels voor de financiering van de gerechtelijke entiteiten en de wijze waarop deze geldelijke middelen worden beheerd door de Colleges of door het directiecomité van het Hof van Cassatie".

Omdat men toch ergens moet beginnen, bepaalt artikel 44 van de wet – andere overgangsbepaling – evenwel dat, *"in afwachting van de inwerkingtreding van artikel 27, de Colleges voor hun eigen werking een werkingsenveloppe ontvangen door middel van kredieten die zijn ingeschreven op de administratieve begroting van de Federale Overheidsdienst Justitie"*.

D) De mislukte poging om het Hof van Cassatie van een dotatie te voorzien

192. Oorspronkelijk namen de leidinggevendenden van het Hof van Cassatie een zeer kritische houding aan ten aanzien van de wet van 2014. Het standpunt van het Hof wordt voortreffelijk weergegeven in een latere openbare mededeling van eerste voorzitter de Codt⁵⁶⁹.

Overwegende (i) de eigenheid van het Hof, met een parket dat daarvan enkel maar de naam heeft, wat de wet van 2014 zeer goed had begrepen door de "entiteit Cassatie" op te richten met een directiecomité dat door beide korpschefs wordt voorgezeten, en (ii) de omstandigheid dat het een kaderwet betrof, bestond het constructieve, op meer dan alleen kritiek berustende, idee erin om het Hof en zijn parket – de entiteit Cassatie – van een dotatie te voorzien, naar het voorbeeld van het Grondwettelijk Hof en de Raad van State.

De krijtlijnen, die waren besproken en onderhandeld met minister van Justitie GEENS (die geen vice-premier en dus geen lid van het Kernkabinet was) en zijn team, en door de Inspectie van Financiën, waren goedgekeurd, werden later openbaar gemaakt in het voorwoord van het jaarverslag 2016⁵⁷⁰ van het Hof:

"Naast de welkome modernisering van zijn procedures, dient het Hof, net zoals de gehele gerechtelijke organisatie waarvan het deel uitmaakt, zich bezig te houden met de materiële omstandigheden die de vervulling van zijn taak mogelijk maken. We zijn hier een andere weg aan het inslaan, die we niet mogen missen. Tot nu toe is de rechterlijke macht de enige van de drie gestelde machten die geen meester is over zijn middelen. De uitvoerende macht kent ze toe of weigert ze om redenen die haar eigen zijn. De werking van de Staat was niet altijd vrij van een historisch wantrouwen ten aanzien van de rechters. We kunnen de wet van 18 februari 2014 betreffende het verzelfstandigd beheer van de hoven en de rechtbanken dus bestempelen als een copernicaanse omwenteling. Zal de functionele onafhankelijkheid van de

⁵⁶⁹ J. DE CODT, *Les structures de gestion des cours et tribunaux à l'horizon 2018-2019*, Instituut voor gerechtelijke opleiding – Egmontpaleis, 26 april 2017.

⁵⁷⁰ Hof van Cassatie, Jaarverslag 2016, te raadplegen via de website van het Hof.

hoven en rechtbanken beter gewaarborgd zijn door de nakende decentralisatie? De toekomst zal het uitwijzen en die toekomst staat voor onze deur, aangezien de voornoemde wet een kaderwet is waarvan de totstandkoming gepaard gaat met felle discussies die wellicht afgerond zullen worden vóór het einde van de legislatuur.

In die context bestaan onze voorstellen die het Hof van Cassatie betreffen, uit drie artikelen die in het Gerechtelijk Wetboek moeten worden ingevoegd: enerzijds zullen de noodzakelijke kredieten voor de werking van de entiteit Cassatie ingeschreven worden in de begroting van de dotaties. Anderzijds zal elk jaar een dotatieaanvraag worden gericht aan de voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers met de begroting die haar staft. Tot slot zal de boekhouding worden voorgelegd aan het Rekenhof en vervolgens worden onderzocht door de commissie voor de comptabiliteit van de Kamer. Voorts zullen de praktische modaliteiten nader worden omschreven in een huishoudelijk reglement dat moet worden goedgekeurd door een plenaire vergadering van de magistraten van de zetel en die van het parket.

Er rest ons enkel nog die structuur een duidelijke invulling te geven. Dat is wat het Hof wordt verzocht te doen door de opmaak van een eerste voorontwerp van begroting, gewis een moeilijke oefening. Het project is ambitieus. Het heeft het nadeel dat het tot stand wordt gebracht in een volle periode van magere jaren, in een context van budgettaire bezuinigingen die veeleer de competitie dan de solidariteit bevordert. Maar het is tevens een drager van hoop: namelijk dat die twee eeuwen oude voorgedij, waarvan eerste voorzitter Marchal gewag maakte in het voorwoord van het jaarverslag 2001, stilaan aan het wegebben is”.

In oktober 2015 wordt het directiecomité in kennis gesteld van het voornemen van de minister om de teksten vóór eind 2015 in te dienen, niet enkel voor de “entiteit Cassatie”, maar ook voor de andere twee colleges en het filiaal voor het gemeenschappelijk beheer. De ministerraad diende de teksten ten laatste op 11 december 2015 goedkeuren, wat betekende dat ze uiterlijk op 15 november moesten zijn afgewerkt.

In het verlengde daarvan richtten de twee korpschefs een brief met een “voorontwerp van wet tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en de wet van 28 februari 2014 betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie” aan de minister. De memorie van toelichting van dat voorontwerp legt de voorgestelde keuze uit.

Het ontwerp, dat al het akkoord van de Inspectie van Financiën had verkregen, werd besproken in een vergadering van de Interkabinettenwerkgroepen (IKW) waar, om kort te gaan, de vertegenwoordigers van de eerste minister en de minister van Begroting het tegenhouden. Een IKW-vergadering waaraan de eerste voorzitter en de procureur-generaal deelnamen om de vertegenwoordiger van de minister van Justitie bij te staan en het ontwerp te verdedigen zou geen zoden aan de dijk brengen. Uit afzonderlijke gesprekken met een vertegenwoordiger van de minister van Begroting en een vice-premier kon niettemin worden opgemaakt dat de deugdelijkheid van de zorgvuldig opgestelde begroting niet in vraag werd gesteld. Wat sommigen daarentegen blijkbaar wel had gestoord, was, enerzijds, de relatieve begrotingsautonomie die aldus aan het ‘hoogste’ gerechtshof van de rechterlijke orde zou worden toegekend, waardoor het als het ware op gelijke voet met het Grondwettelijk Hof zou

worden behandeld, terwijl, volgens die gesprekspartners, de klaarblijkelijke rivaliteit, op overigens allerlei vlakken, die tussen die twee ‘hoogste’ hoven bestond, niet in het voordeel van een parallellisme sprak, dat in het buitenland bovendien moeilijk uit te leggen viel ... Anderzijds stond men – hoe zal ik het zeggen – wantrouwig tegenover de begrotingscontrole door de Kamer van volksvertegenwoordigers ...(?!).

En zo zou het jaar 2017 uitdraaien op een mislukking: het is de vertegenwoordiger van de eerste minister die de oorzaak van de weigering bondig verwoordde met de treffende uitspraak “*het was politiek gezien niet het juiste moment*”! Daar lijkt het inderdaad op, aangezien geen van de betrokken ministeriële kabinetten de cijfers van de voorgestelde en behoorlijk gemotiveerde begroting in vraag had gesteld.

Na die eerste tegenslag heeft het Hof een plan B uitgewerkt en heeft het begin 2018 verdedigd. Het was bedoeld om het Hof een zekere beheersflexibiliteit toe te kennen die het begrip “autonomie” kon verantwoorden. Dat voorstel kende helaas evenmin succes. Het momentum was voorbij!

Paragraaf 2.- Beheersstructuren

193. Op centraal niveau voorziet de wet in aparte beheersstructuren voor de zetel en het openbaar ministerie, met Het Hof van Cassatie als uitzondering, waar de zetel en het parket samen een afzonderlijke beheersentiteit vormen, met een gezamenlijk directiecomité⁵⁷¹.

194. De twee instellingen op centraal niveau zijn het College van de hoven en rechtbanken en het College van het openbaar ministerie. Voor gemeenschappelijke aangelegenheden kunnen die colleges hetzij samen optreden, hetzij samen met de FOD Justitie⁵⁷². Het College van hoven en rechtbanken vormt een overkoepelende organisatie van de hoven en rechtbanken (met uitzondering van het Hof van Cassatie) die op termijn in de plaats moet komen van de ‘organisatorische versnippering’, waarbij elke rechtbank en elk hof zijn eigen instrumenten of beheersmethodes ontwikkelde, en waarbij al die verschillende entiteiten afzonderlijk en in verspreide slagorde aankloppen bij de minister van Justitie, met mogelijke ongelijkheid en verspilling tot gevolg⁵⁷³. In zoverre het om beheersaangelegenheden gaat, wordt het College de nieuwe centrale gesprekspartner van de overheid⁵⁷⁴.

De opdracht van het College is dubbel en omvat, enerzijds, een gemeenschappelijke opdracht voor het geheel van de hoven en rechtbanken (de organisatie van onder meer communicatie, kennisbeheer en kwaliteitsbeleid, strategisch personeelsbeleid, statistieken, werklastmeting en werklastverdeling) en, anderzijds, een opdracht voor elk van de onderscheiden gerechtelijke entiteiten (ondersteuning van het beheer binnen elk van die entiteiten)⁵⁷⁵. Voor

⁵⁷¹ Over de bijzondere situatie van het Hof van Cassatie, zie J. DE CODT, “L’indépendance fonctionnelle de la justice sera-t-elle mieux garantie par la décentralisation de sa gestion?”, *Pyramides* 2017, afl. 29, 13-14, nrs. 72-81.

⁵⁷² Art. 185/1 Gerechtelijk Wetboek.

⁵⁷³ Wetsontwerp betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie, Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3068/001, p. 7.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 8.

⁵⁷⁵ Art. 181, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek.

de uitvoering van die opdrachten zal het College over de bevoegdheid beschikken om aanbevelingen en dwingende richtlijnen te richten tot de entiteiten⁵⁷⁶. Die richtlijnen mogen de onafhankelijkheid van de magistraten van de zetel niet raken, noch de beslissingen beïnvloeden die ze in de aan hen voorgelegde zaken moeten nemen⁵⁷⁷.

195. Daarnaast is er binnen elke gerechtelijke entiteit een directiecomité, dat het beheersorgaan van de lokale entiteit is, rond de korpschef die de eindverantwoordelijkheid blijft dragen⁵⁷⁸. Het directiecomité staat de korpschef bij in de algemene leiding, de organisatie en het beheer van de gerechtelijke entiteit⁵⁷⁹. Elk directiecomité stelt een beheersplan⁵⁸⁰ op, met zijn doelstellingen die de basis vormen voor de werking van de entiteit en voor de verdeling van de middelen⁵⁸¹.

Als waarborg voor de functionele onafhankelijkheid van de individuele rechters werd, op suggestie van de Raad van State⁵⁸², bepaald dat het directiecomité bij de uitoefening van zijn bevoegdheden niet optreedt in de procesrechtelijke behandeling van de geschillen of individuele zaken⁵⁸³. De beslissingen van een directiecomité mogen m.a.w. in principe geen betrekking hebben op, noch een (on)rechtstreekse impact hebben op de concrete behandeling van een zaak door een individuele magistraat⁵⁸⁴.

Paragraaf 3.- Beheersmodel

196. In het door de wet voorziene beheersmodel gebeurt de verdeling van de middelen voor de onderscheiden rechtscolleges in twee stappen.

(i) Eerst maakt de minister van Justitie afspraken met het College van de hoven en rechtbanken m.b.t. de hele rechterlijke organisatie.

(ii) Vervolgens zorgt het College voor de verdeling van de toegekende middelen onder de verschillende rechtscolleges, op basis van de respectieve beheersplannen van die entiteiten⁵⁸⁵.

Op die manier wordt het College ingezet als een buffer tussen de uitvoerende macht en de verschillende rechtscolleges waar de rechtspraak wordt georganiseerd, zodat de minister bij de toekenning van de middelen geen doelstellingen kan opleggen aan individuele

⁵⁷⁶ Art. 181, tweede lid, Gerechtelijk Wetboek.

⁵⁷⁷ *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3068/001, p. 17.

⁵⁷⁸ *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3068/001, p. 10.

⁵⁷⁹ Art. 185/2, § 5, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek.

⁵⁸⁰ Art. 185/2, § 5, tweede lid, Gerechtelijk Wetboek.

⁵⁸¹ *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3068/001, p. 10-11.

⁵⁸² Adv.RvS nr. 53.519/3, 11 juli 2013, over een voorontwerp van wet betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie dat geleid heeft tot de wet van 28 februari 2014, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3068/001, p. 53, nr. 4.

⁵⁸³ Art. 185/2, § 5, vierde lid, Gerechtelijk Wetboek.

⁵⁸⁴ I. DUPRÉ, "Het College van de hoven en rechtbanken", in X. DE RIEMAECKER en R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistraat*, Brugge, die Keure, 2020, 82; P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, "De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België", in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 25, nr. 29.

⁵⁸⁵ Art. 185/6, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek.

rechtscolleges. Dit model versterkt de onafhankelijkheid van de rechtscolleges tegenover de uitvoerende macht⁵⁸⁶.

197. De afspraken tussen de minister en het College maken het voorwerp uit van een beheersovereenkomst, geldig voor drie jaar⁵⁸⁷. De wetgever opteerde uitdrukkelijk niet voor de rechtstreekse toekenning van een dotatie door het parlement, zodat de minister van Justitie de bevoegdheid behoudt over de begroting van Justitie, die eerst binnen de regering wordt bepaald⁵⁸⁸.

Het beroep tot vernietiging tegen deze regeling bij het Grondwettelijk Hof werd verworpen. Het Hof oordeelde dat noch uit de Grondwet, noch uit het EVRM, noch uit het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten kan worden afgeleid dat de rechterlijke macht dient te beschikken over een financiële en budgettaire autonomie, zodat het feit dat de rechterlijke macht niet wordt gefinancierd door middel van een dotatie op zich niet onverenigbaar is met de scheiding der machten en de onafhankelijkheid van de magistraten⁵⁸⁹. Voorts worden in de beheersovereenkomst enkel doelstellingen voor de rechterlijke organisatie omschreven, die betrekking hebben op het algemene beheer en de algemene werking van de rechterlijke macht, en dus niet de rechtsprekende bevoegdheid van de rechters betreffen, zodat die overeenkomsten op dat vlak niet onverenigbaar zijn met de beginselen van de scheiding der machten en van de onafhankelijkheid van de rechters⁵⁹⁰.

198. De verdeling van de middelen onder de gerechtelijke entiteiten door het College van de hoven en rechtbanken kan uiteraard complex zijn, en kan ertoe leiden dat sommige entiteiten minder krijgen dan verwacht of gehoopt. Indien een beslissing omtrent de verdeling van de middelen kennelijk de rechtsbedeling in gevaar brengt, kan het betrokken directiecomité een beroep indienen bij de minister van Justitie, die beslist na beide partijen gehoord te hebben over de verdeling van de middelen⁵⁹¹.

Hier wordt m.a.w. een geschil tussen twee organen van de rechterlijke macht beslecht door de uitvoerende macht⁵⁹². De regering verantwoordde dit met verwijzing naar de politieke verantwoordelijkheid van de minister van Justitie⁵⁹³.

Ook deze regeling werd aangevochten voor het Grondwettelijk Hof, dat vaststelt dat het beroep bij de minister enkel kan worden aangewend tegen een beslissing van het College omtrent de verdeling van de middelen, en oordeelt dat dit beroep op geen enkele wijze de uitoefening, door de rechters, van hun rechtsprekende bevoegdheden betreft. Overigens is de beslissing van de minister een administratieve beslissing waarvan de wettigheid kan

⁵⁸⁶ *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3068/001, p. 12.

⁵⁸⁷ Art. 185/4, § 1, Gerechtelijk Wetboek.

⁵⁸⁸ *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3068/001, p. 13.

⁵⁸⁹ GwH 15 oktober 2015, nr. 138/2015, B.27-B.28.

⁵⁹⁰ GwH 15 oktober 2015, nr. 138/2015, B.35.2.

⁵⁹¹ Art. 185/7 Gerechtelijk Wetboek.

⁵⁹² P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, "De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België", in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 59, nr. 70.

⁵⁹³ *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3068/001, p. 26.

worden gecontroleerd door de ter zake bevoegde rechter, zijnde de Raad van State. Het Hof concludeert dat de regeling in verband met het beroep bij de minister niet onverenigbaar is met de beginselen die de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en de scheiding der machten waarborgen⁵⁹⁴.

Paragraaf 4.- Controle op het gebruik van de toegekende middelen

199. Het gebruik van de toegekende middelen wordt achteraf gecontroleerd, op basis van werkingsverslagen van de gerechtelijke entiteiten en van het College. Het verslag van het College moet onder meer aangeven op welke wijze de middelen die door middel van de beheersovereenkomst werden verleend, zijn gebruikt, de resultaten die de rechterlijke organisatie op basis van deze middelen heeft behaald, alsook de indicatoren waaruit blijkt of de doelstellingen van de organisatie al dan niet zijn gerealiseerd⁵⁹⁵.

Jaarlijks worden de rekeningen van de onderscheiden entiteiten overgemaakt aan de minister van Justitie en de minister van Begroting, en vervolgens voor nazicht overgezonden aan het Rekenhof⁵⁹⁶. Maar reeds gedurende het werkingsjaar staat het College onder de controlebevoegdheid van de minister van Justitie en de minister van Begroting⁵⁹⁷.

Die controle wordt uitgeoefend door twee afgevaardigden, de ene van de minister van Justitie en de andere van de minister van Begroting. Zij kunnen met raadgevende stem de vergaderingen van het College bijwonen. Elk van hen kan beroep instellen tegen een beheersbeslissing van het College die hij strijdig acht met de wet of met de beheersovereenkomst. De betrokken minister doet uitspraak over dat beroep⁵⁹⁸.

Opnieuw gaat het om een inmenging van de uitvoerende macht in de besluitvorming binnen de rechterlijke macht, zij het dat die inmenging enkel op beheersbeslissingen betrekking heeft⁵⁹⁹. Ter verantwoording hiervan beriep de regering zich op het belang van de rechterlijke organisatie in de samenleving en de omvang van de middelen die vanuit de overheid ter beschikking worden gesteld, zodat de overheid, die de middelen verleent, de mogelijkheid moet hebben om in te grijpen ingeval van een manifeste schending van een wet of de beheersovereenkomst⁶⁰⁰.

200. De Raad van State vroeg zich wel af of het wenselijk was dat een overheid die zelf betrokken is bij de beheersovereenkomst, uitspraak kan doen over de naleving ervan door

⁵⁹⁴ GwH 15 oktober 2015, nr. 138/2015, B.46.1-B.47.

⁵⁹⁵ Art. 185/9, tweede lid, Gerechtelijk Wetboek.

⁵⁹⁶ Art. 185/10 Gerechtelijk Wetboek.

⁵⁹⁷ Art. 185/12, § 1, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek.

⁵⁹⁸ Art. 185/12, §§ 2 en 3, Gerechtelijk Wetboek.

⁵⁹⁹ P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, "De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België", in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 60, nr. 71. Voor kritiek hierop, zie o.m. J. DE CODT, "L'indépendance fonctionnelle de la justice sera-t-elle mieux garantie par la décentralisation de sa gestion?", *Pyramides* 2017, afl. 29, 9-10, nrs. 48-52.

⁶⁰⁰ *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3068/001, p. 29.

een andere partij⁶⁰¹. Ook hier oordeelde het Grondwettelijk Hof dat de beginselen inzake de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en de scheiding der machten door deze regeling niet worden geschonden. Het Hof ging ervan uit dat het beroep van een regeringscommissaris op geen enkele wijze de uitoefening, door de rechters, van hun rechtsprekende bevoegdheden betreft, en merkte op dat de beslissing van de bevoegde minister een administratieve beslissing vormt, waarvan de wettigheid kan worden gecontroleerd door de ter zake bevoegde rechter⁶⁰².

Paragraaf 5.- En nu?

201. Onder leiding van de beleidschef van de vice-eersteminister en minister van Justitie (en van de Noordzee), proberen de vertegenwoordigers van de twee colleges met hun voorzitters (en vice-voorzitter, wat betreft het college van de zetel, en procureurs-generaal, leden van het College van procureurs-generaal) samen met de leden van hun steundiensten, de directeurs voorop, de entiteit Cassatie en high-level vertegenwoordigers van de administratie de nieuwe mechanismen uit te werken in voorontwerpen van wet en in koninklijke besluiten.

Eén van de sleutels tot succes is en blijft de befaamde werklastmeting, dat monster van Loch Ness van de hervorming! Twee decennia werden hieraan besteed, met een team onder de leiding van een hoge magistraat-korpschef, zonder dat dit tot een betrouwbaar en tegelijk onbetwist mechanisme heeft kunnen leiden! Hoeveel staat het met het IAMAI (Intern allocatiemodel-Modèle d'allocation interne)? *"Amai"*, en het minste wat men kan zeggen is dat de cijfers en de projectprocessen geen vertrouwen inboezemen. Sommigen beschreven het zelfs als *"l'angoisse d'une navigation dans le brouillard, des réponses insatisfaisantes et la foi des collègues, non partagée par les chefs de corps et les magistrats, dans la volonté du monde politique de régler les difficultés patentées du monde judiciaire"*⁶⁰³.

202. Die werklastmeting is des te belangrijker omdat een ander initiatief voor een soepeler beheer van de personeelsbehoeften hier nauw mee verbonden is. Artikel 13, 6°, van de wet van 26 december 2022 houdende diverse bepalingen inzake rechterlijke organisatie (II)⁶⁰⁴ wijzigd artikel 186 van het Gerechtelijk Wetboek (laatst gewijzigd door de wet van 23 december 2021), door hierin de volgende paragraaf 1/1 in te voegen: "§ 1/1. De Koning kan op grond van een eensluidend advies, al naargelang het geval van het College van de hoven en rechtbanken of van het College van het openbaar ministerie, tijdelijk afwijken van de personeelsformaties van de magistraten of griffiers bedoeld in paragraaf 1, achtste lid, de personeelsformaties van het Hof van Cassatie uitgezonderd met een maximumgrens van 20 pct. of, wanneer de personeelsformatie slechts voorziet in vijf of minder personen, verhoudingsgewijs met een eenheid, en overwegende dat de personeelsformaties die een

⁶⁰¹ Adv.RvS nr. 53.519/3, 11 juli 2013, over een voorontwerp van wet betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie dat geleid heeft tot de wet van 28 februari 2014, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3068/001, p. 64, nr. 31.

⁶⁰² GwH 15 oktober 2015, nr. 138/2015, B.46.1-B.47.

⁶⁰³ H. LOUVEAUX en P. VANHOVE, "La mesure de la Charge de travail: le grand fossé", in *Justine, Bull. ASM*, november 2022, p. 21.

⁶⁰⁴ BS 12 januari 2023, 6021.

enkele eenheid bevatten nooit mogen worden opgeheven voor een andere entiteit. Het eensluidend advies moet vaststellen dat de verhoging van de personeelsformatie en de vermindering die daaruit voortvloeit in een andere entiteit, gebaseerd is op de resultaten van de op dat moment meest recente werklastmeting en op gegevens met betrekking tot de stroom van inkomende en uitgaande dossiers van de betrokken entiteiten en dat de tijdelijke afwijking ertoe strekt naar aanleiding van de evolutie van de werklast van de betrokken entiteiten een evenwicht in de verdeling van de menselijke middelen tussen de entiteiten te herstellen. Deze tijdelijke afwijking van de personeelsformaties gebeurt zonder overschrijding van het nationale totaal in de personeelsformatie. Het lid van de rechterlijke orde dat op een tijdelijke plaats is benoemd, wordt in overtal benoemd in het rechtscollege, het parket of de griffie dat of die de tijdelijke verhoging van de personeelsformatie geniet. Geen enkele persoon benoemd op grond van deze paragraaf kan worden overgeplaatst zonder een nieuwe benoeming en zonder zijn instemming”.

Het gaat hier om het mechanisme van de zogenaamde “flexibele personeelsformaties”, dat geacht wordt een tussenstap te zijn in de schrapping van de regeling van de “wettelijke personeelsformaties”, die als te rigide en niet aangepast aan een dynamisch beheer van de personeelsbehoeften wordt beschouwd.

Voor de HRJ “is de verdeling van de kaders die het voorontwerp [van de wet van 26 december 2022] voorstelt, niet voldoende soepel en zal [ze] een situatie jarenlang bevroren terwijl de resultaten van de werklastmeting bij de hoven en rechtbanken binnenkort verwacht worden. Indien het hierboven geopperde tijdelijke wettelijke kader niet wordt ingevoerd, en om de globale enveloppe te handhaven, kan de delegatie van magistraten flexibel inspelen op de behoeften van sommige entiteiten in afwachting van de resultaten van de werklastmeting. In de praktijk laten bepaalde, weliswaar niet perfecte, mechanismen zoals de delegatie magistraten toe vrijwillig een entiteit te versterken. Daarnaast kunnen de tijdelijke benoeming en de gelijktijdige benoeming in meerdere rechtbanken worden gebruikt. De voorgestelde wijziging houdt ook twee aanzienlijke risico’s in. Ze zou ten eerste tot een schadelijke concurrentie tussen de gerechtelijke entiteiten kunnen leiden. Ten tweede kunnen de beslissingen van de colleges als arbitrair worden ervaren zolang er geen duidelijk vastgelegde criteria zijn”⁶⁰⁵.

Naast deze onopgeloste cruciale kwesties komt nog een “redesign” van het departement Justitie, een complexe operatie die bovendien voor een stuk afhankelijk is van de keuzes die worden gemaakt door de werkgroepen die de laatste hand moeten leggen aan het “beheersautonomie”-project, en *vice versa*!

Kortom, geen eenvoudige opdracht!

⁶⁰⁵ HRJ, Advies goedgekeurd door de algemene vergadering op 15.09.21 over het Voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen inzake rechterlijke organisatie en tot invoering van het parket voor de verkeersveiligheid, te raadplegen op de website van de HRJ.

203. Langzaamaan steken de oude kritieken weer de kop op⁶⁰⁶. Niettegenstaande de informatiesessies die in verschillende kringen en vergaderingen plaatsvonden en die een antwoord moesten bieden op de kritieken die het gebrek aan overleg met de ‘basis’ en het gebrek aan transparantie aan de kaak stelden, moest nog op 23 juni 2023, overhaast wegens de nakende gerechtelijke vakantie, een reflectiedag worden georganiseerd in het “Justitia”-gebouw te Evere. Dankzij een buitengewone mobilisatie in de media en een onlinepetitie was de *Association syndicale des magistrats* (ASM) erin geslaagd op regeeringsniveau gehoor te vinden en werden de discussies in IKW tijdelijk opgeschort. De *Union professionnelle des magistrats* (UPM) vormde één front met de ASM, waardoor de indruk ontstond dat het hevige verzet, vooral tegen het College van hoven en rechtbanken, alweer eerder een reactie van de Franstalige magistratuur was⁶⁰⁷.

UPM, ASM en ARM zijn eigenlijk voorstander van een met het Parlement te onderhandelen dotatiestelsel. Eigenlijk bevat het voorstel van 2013 van de ARM in grote lijnen en onder voorbehoud van nuances die verschillend zijn voor alle protagonisten wat zij eigenlijk zouden willen.

Het model voorgesteld door de Adviesraad van de magistratuur is het volgende:

“Op meer algemene wijze is het verkieslijk om een model te gebruiken dat gebaseerd is op beheersplannen die aan het Parlement worden voorgelegd, in plaats van een ‘beheersovereenkomst’ die met de minister van Justitie wordt gesloten.

De Adviesraad van de magistratuur meent dat moet worden nagedacht over een ander beheersmodel dan dat van de ‘beheersovereenkomst’ gesloten met de Minister van Justitie. De Adviesraad geeft de voorkeur aan een model dat de rol van het Parlement bekrachtigt en dat de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht méér waarborgt.

De Grondwet bekrachtigt, algemeen beschouwd, de toepassing van het beginsel van de scheiding der machten, die een evenwicht tussen de verschillende machten van de Staat moet creëren.

⁶⁰⁶ In 2020 verklaarde Th. WERQUIN, magistraat, kandidaat bij de verkiezing van de HRJ: “*L’autonomie de gestion des juridictions et des parquets se présente comme un jeu de dupes dès lors que le montant qui sera alloué aux deux Collèges ne tiendra pas compte des besoins des entités mais sera constitué d’une enveloppe fixée arbitrairement par le ministre en fonction de ses possibilités budgétaires, à charge pour les Collèges de répartir les montants entre les entités selon leur modèle d’allocation. Il s’ensuit qu’en cas d’insuffisance du budget reçu par une entité, la responsabilité d’un dysfonctionnement, qui trouve sa source dans un manque de moyens humains ou matériel sera attribuée aux Collèges*”, in *Bulletin de l’UPM*, maart 2020, p. 18; M. MESSIAEN, voorzitter van de ASM, verstuurt op 9 mei 2023 een mail aan (onder meer) de korpschefs, met als bijlage een “*Note critique du projet ‘gestion autonome’*”, die drie punten behandelt, namelijk: “*d’abord la critique de la situation existante telle que déduite de la loi du 18 février 2014; ensuite la critique du projet proposé par le ministre; enfin la proposition d’une révision de la loi, basée sur le Plan pour une gestion autonome des cours et tribunaux et du ministère public conçu par le précédent Collège des cours et tribunaux et qui a été rendu public le 26 juillet 2017*”. De krant *La Libre* van 31 mei 2023 gaat uitgebreid in op die bezorgdheden. Het College van hoven en rechtbanken reageert hierop met een verduidelijkende nota, waarna *La Libre* op 1 juni titelt “*La réforme de la justice serait loin d’aboutir*” (p.7).

⁶⁰⁷ In de pers vernemen we dat het ASM niet is gerustgesteld (“*Le projet de réforme pour une justice plus autonome inquiète toujours*”, interview met mevrouw MESSIAEN, *La Libre*, 7 juli 2023, p. 10).

Het naleven van dit beginsel impliceert dat, indien het beheer inzake de werking van de rechterlijke macht aan de rechterlijke macht zelf wordt toevertrouwd, deze rechtstreeks, zoals dat het geval is bij het Grondwettelijk Hof, van de wetgevende macht de nodige financiële middelen moet krijgen om zijn wettelijke opdracht te vervullen. Dit budget moet gedetailleerd zijn en gebaseerd op beheersplannen die enerzijds worden uitgewerkt door het College van Hoven en Rechtbanken en het College van het openbaar ministerie in samenwerking met de gerechtelijke entiteiten en, anderzijds, door het directiecomité van het Hof van Cassatie, samengesteld uit leden van het Hof en zijn parket.

De uitvoerende macht zou slechts tussenbeide moeten komen om de uitwerking te verzekeren van de beheersplannen die aan het Parlement werden voorgelegd.

Daaruit volgt dat de aanwending van de budgetten door het Parlement moet worden geëvalueerd op basis van werkingsverslagen afkomstig van de colleges in samenwerking met de gerechtelijke entiteiten, alsook afkomstig van het directiecomité van het Hof van Cassatie. Vervolgens moet het Rekenhof ze controleren.

Momenteel leggen de rechtscolleges hun werkingsverslagen reeds voor aan het Parlement. Het is dus natuurlijkerwijze vanuit dit systeem dat naar het hogervermelde stelsel moet worden overgeschakeld.

De overdracht van de verantwoordelijkheid voor het beheer van de budgetten en het personeel naar de rechterlijke macht zal op deze manier met respect voor de onafhankelijkheid van deze macht worden gerealiseerd.”⁶⁰⁸

204. Hoe dan ook, bij het afsluiten van deze stand van zaken, dat enkel dit zeer summier onderzoek van de hervorming van de beheersmechanismen van de rechterlijke orde omvat, kunnen we niet vooruitlopen op het resultaat van de werkzaamheden, die aanzienlijk afwijken van het voorgaande model, die zich weliswaar al in een vergevorderd stadium bevinden.

Voor het overige lijkt het er wel sterk op dat voor de Belgische magistratuur, en in het bijzonder voor de rechters, het leerproces van het management in het kader van het zo begeerde zelfbeheer een risicovolle oefening blijft.

Ten slotte blijft ondanks alles de kernvraag: hoe zal dit alles een afdoend antwoord kunnen bieden op de erg verontrustende, voortdurend aan de kaak gestelde, toestand van het materieel en van het personeel van de hoven, rechtbanken en parketten?⁶⁰⁹

⁶⁰⁸ Adviesraad van de Magistratuur, Advies, o.c., p.21.

⁶⁰⁹ Sinds 2015 organiseren elk jaar, op 20 maart, onder het leitmotiv “Ik geloof in de rechtsstaat!”, een geheel van verenigingen uit de gerechtelijke en de burgerlijke wereld (ASM, UPM, URJPP-KVVP, M&M, VDM, ARM/CCM, Avocats.be, Syndicat des avocats pour la démocratie, Ligue des droits humains et Liga voor de mensenrechten) een evenement tijdens hetwelk ze de burgers willen informeren over gebeurtenissen binnen de gerechtelijke organisatie en de politiek willen waarschuwen voor de zorgwekkende problemen in de werking van het gerechtelijk apparaat; sinds 2019 spitsen de thema’s zich toe op de belangrijkste problemen (raadpl. <https://66jours.be/revendications/>.) Enkele willekeurige voorbeelden: “A Bruxelles le pouvoir judiciaire s’effondre”, woorden van M. KRINGS, stafhouder van de Franse Orde van advocaten van de balie Brussel, (*La Libre*, 15 juni 2021, p. 38 en 39), “Par manque de magistrats, le parquet de Bruxelles ne poursuivra plus toutes les infractions” (*La Libre*, 21 april 2023, p. 10 – Weliswaar heeft de minister hierop geantwoord dat dit een bevoegdheid van het college van het openbaar ministerie was, dat over de financiële middelen zou beschikken

SLOTBESCHOUWINGEN

205. Het spreekt voor zich dat goede magistraten, wiens kerntaak erin bestaat om oplossingen te vinden voor het spanningsveld dat bestaat tussen individuen onderling of tussen individuele vrijheid en de nood aan gemeenschapsordening, cruciaal zijn voor een samenleving⁶¹⁰. De onafhankelijkheid staat als basisvoorwaarde voor het functioneren van de rechterlijke macht en voor het functioneren van de individuele magistraat niet ter discussie.

De *institutionele onafhankelijkheid* van de rechterlijke macht tegenover andere staatsmachten wordt door diverse grondwettelijke bepalingen beschermd en vindt zijn neerslag in diverse aspecten van het statuut van de individuele magistraat, die hem moeten toelaten onafhankelijk, en dus onpartijdig, te oordelen.

De regels die de *functionele onafhankelijkheid* van de magistraat moeten beschermen, bieden voor hem tegelijk een kader om onpartijdig op te treden: in die zin kan functionele onafhankelijkheid worden begrepen als een *conditio sine qua non* voor onpartijdig rechterlijk optreden.

206. Uit bovenstaande analyse blijkt duidelijk dat de staatsmachten geen op zichzelf staande forten zijn. Ook de rechterlijke macht verhoudt zich ten aanzien van de andere staatsmachten in een verhouding van interdependentie en samenwerking – met respect voor elkaars taak, eigenheid en onafhankelijkheid.

Concreet krijgt deze ‘samenwerking’ vorm door zowel de toename van de actievelden van de individuele rechter buiten de traditionele referentiekaders als door de toegenomen participatie van de rechterlijke macht bij haar eigen organisatie – te denken valt uiteraard aan de rol die de HRJ via zijn magistratsleden (samen met door parlamentsmeerderheden aangeduide vertegenwoordigers van de burgerlijke maatschappij) speelt bij de benoeming van nieuwe magistraten, alsook aan het verzelfstandigd beheer van de rechterlijke organisatie: twee domeinen waarin traditioneel de uitvoerende macht de hoofdrol vertolkte, maar waarin de magistratuur haar plaats – terecht – krijgt.

Dat, als tegenwicht voor een justitie die misschien noodgedwongen “militanter”⁶¹¹ is geworden, sinds kort moet worden vastgesteld dat als feitelijk of politiek storend ervaren rechterlijke uitspraken over maatschappelijke kwesties die in principe worden gedekt door fundamentele rechten, die de hoeksteen vormen van een democratie die naam waardig,

om de personeelsformaties te herzien, aan te passen en de personeelstekorten te verhelpen. Het betrokken college is het uiteraard oneens met die analyse.); “*Rechters moeten hun rol als tegenmacht behouden*” (De Standaard, 20 maart 2023, p. 26), “*Brussels gerecht niet opgewassen tegen Brussel*” (De Standaard, 8 juli 2022, p. 11); zie ook de zeer kritische adviezen van de HRJ, gepubliceerd op hun website, of nog het “Voorstel van resolutie betreffende het aantrekkelijker maken van het ambt van magistraat” van 4 februari 2022, ingediend door mevr. Vanessa MATZ, e.a. (Parl.St. Kamer, nr. 55-2488/001), enz.

⁶¹⁰ R. MORTIER, “Rechterlijke onafhankelijkheid in België. Enkele reflecties”, in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, 66.

⁶¹¹ M. CADELLI, “La justice des années 2020 sera militante ou ne sera pas » in M. CADELLI et J. ENGLEBERT, (dir.) *Gouvernement des juges: une accusation, une vertu et une analyse critique*, coll. Association syndicales des magistrats, Limal, Anthemis, 2002, 33-97.

gewoonweg genegeerd of niet ten uitvoer worden gelegd, kan ons niet onverschillig laten. Dit is een inbreuk op het grondwettelijk pact van 1831 en moet dus des te strenger worden veroordeeld!

207. Bij de versterkte rol van de rechter (en de procureurs) kunnen enkele kanttekeningen worden geplaatst.

(i) De beroepsgroep van de rechters en ruimer beschouwd de twee andere gestelde machten kunnen er niet meer onderuit: de rechter is een “politieke” actor (*politeia*) in de samenleving. Hij ontleent zijn legitimiteit aan de Grondwet, met dien verstande dat een verkiezing niet de enige bron van legitimiteit is. Dat verleent hem een grote verantwoordelijkheid, en zijn aanzienlijke macht dient hij dan ook oordeelkundig en gematigd uit te oefenen, net als zijn vrijheid van meningsuiting die hem de gelegenheid biedt een gezaghebbende mening te geven in het publieke debat over de domeinen waarop hij toezicht houdt.

André POTOCKI vat die delicate oefening treffend samen als volgt: *“Les juges doivent être conscients de l’ampleur des nouveaux pouvoirs qui leur sont dévolus. Tout en assumant pleinement leur rôle de protection de l’état de droit et des libertés fondamentales, il leur appartient de mettre ces pouvoirs en œuvre avec sagesse et la mesure nécessaires pour assurer, autant que faire se peut, la sérénité de leurs relations avec les institutions politiques. Au cœur de la constellation complexe des sources du droit, dans les limites de leurs missions, il leur revient d’agir en co-responsables de la démocratie, qu’ils doivent animer et protéger avec les pouvoirs exécutifs et législatif.”*⁶¹²

(ii) Hoe meer externe onafhankelijkheid de rechterlijke macht verwerft, hoe meer zij zal worden aangesproken. Naarmate de rol van de rechterlijke macht bij haar eigen beheer toeneemt, zal zij meer daarop worden beoordeeld. Het is logisch dat daarover vragen zullen worden gesteld vanuit de samenleving, wat onder omstandigheden de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht uiteraard opnieuw onder druk kan zetten⁶¹³.

(iii) Wat betreft de *functionele onafhankelijkheid* van de rechterlijke macht ‘als staatsmacht’ tegenover de uitvoerende macht, spreekt het voor zich dat een ‘waarlijk’ autonoom beheer wordt bedreigd wanneer de uitvoerende macht over de werkmiddelen van de hoven en rechtbanken beslist en daarbij in de beheersovereenkomst operationele doelen m.b.t. het aantal uitspraken als voorwaarde voor de toekenning van die middelen vooropgesteld wil zien. Sommigen zullen zeggen dat dit niet meer dan normaal is. Anderen dat hierin een gevaar dreigt voor inmenging in de functionele werking van de rechterlijke macht. Zeker voor de beheersentiteit Cassatie, die samenvalt met het rechtscollege, is dit een delicate evenwichtsoefening⁶¹⁴.

⁶¹² A. POTOCKI, o.c., nr. 19, p. 21.

⁶¹³ P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, “De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België”, in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 64, nr. 75.

⁶¹⁴ R. MORTIER, “Rechterlijke onafhankelijkheid in België. Enkele reflecties”, in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, 70.

(iv) Zowel ‘constitutioneel’ als ‘individueel’ wordt de magistra(a)t(uur) “mondiger”. Magistraten verenigen zich in beroepsverenigingen en syndicale organisaties, en worden bovendien door het beleid uitgedaagd om mee te werken in organen als de Hoge Raad voor Justitie (HRJ) en de Adviesraad van de magistratuur (ARM). Ook de individuele magistraat vindt zijn stem op het publieke forum: de traditionele terughoudendheid die van hem wordt verwacht, lijkt plaats te ruimen voor een uitgebreidere mogelijkheid deel te nemen aan het publieke debat.

Het is mijns inziens net deze dubbele evolutie die ertoe heeft bijgedragen de weg te banen voor een ruimere deelname van de magistratuur aan zijn eigen organisatie, die in de wet van 28 februari 2014 betreffende de invoering van een verzelfstandigd beheer voor de rechterlijke organisatie zijn culminatiepunt vond.

(v) Met het verzelfstandigd beheer neemt de externe onafhankelijkheid van de rechterlijke macht als geheel toe. Bij dit alles kregen de korpschefs en de directiecomités een grotere rol toebedeeld en er zal ook druk komen van de Colleges voor de hoven en rechtbanken en voor het Openbaar Ministerie. De tendens naar meer ‘management’ zal alleen maar toenemen. Dit leidt meteen tot de vraag naar de positie van de individuele rechter. Voor hem dreigt een moeilijke evenwichtsoefening tussen, enerzijds, de vrijheid om zaken aan te pakken zoals het hem het beste lijkt, en, anderzijds, de verplichting om zich te richten naar bepaalde objectieven van meer algemene aard⁶¹⁵. Wordt dit evenwicht niet bewaard, dan dreigt de toegenomen institutionele onafhankelijkheid van de rechterlijke macht als staatsmacht de ‘interne’ functionele onafhankelijkheid van de individuele magistraat onder druk te zetten. In dat geval verwordt het verzelfstandigd beheer tot een *ouroboros*, oftewel de Griekse slang die in eigen staart bijt.

Een zowel op interne constructieve dialoog en oprechte samenwerking als ook op externe verantwoordelijke communicatie gerichte magistratuur is met andere woorden de voedingsbodem – én een *conditio sine qua non* – voor onder meer een geslaagd verzelfstandigd beheer.

(vi) De rechterlijke macht zorgt voor rechtsrust, garandeert rechtsbescherming voor de individuele burger en rechtszekerheid voor iedereen, en handhaaft zo uiteindelijk de rechtsstaat. Zij heeft daarmee een onmisbare stabiliserende functie in onze samenleving. De samenleving verwacht terecht een maximum aan grondigheid en rechtvaardigheid in individuele gevallen.

Maar men verwacht nog meer. In heel Europa ondergaat de rechterlijke macht transformaties en omwentelingen. Het *Nieuwe Public Managementmodel*, dat elders met succes is getest, met zijn elementen van budgettering, kostprijsadministratie en controle, met kengetallen en kwaliteitsnormen, stroomt binnen maar wordt vaak zonder enige reflectie overgebracht naar justitie.

⁶¹⁵ P. LEMMENS en R. VAN RANSBEECK, “De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België”, in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 64, nr. 75.

En niet minder duidelijk is de ambiguïteit van de discoursen op basis van belangen en behoeften: wie wil wat van justitie? Want er is zeker potentieel voor conflicten, wat het dubbele discours verklaart!

Het NPM is niet neutraal. Het is niet gericht op het optimaliseren van traditionele democratische waarden zoals vrijheid, gelijkheid en solidariteit, maar is een techniek om de productie te verhogen en producten te verbeteren met afnemende middelen.

Zich simpelweg verzetten tegen het NPM is echter niet realistisch en verspilde moeite, omdat het sleutelwoord 'management' een positieve publieke connotatie heeft. Burgers houden ervan omdat het staat voor rationaliteit, kwaliteit, snelheid en kostenreductie! En dus voor justitiële basisdiensten in hun voordeel. De beleidsmakers op uitvoerend niveau hebben dat begrepen!

En het NPM kan zeker van nut zijn. Want ook de leden van de rechterlijke macht willen dingen veranderen die volgens hen niet meer van deze tijd zijn of het grondwettelijk mandaat niet dienen.

(vii) Kenmerkend voor deze voortdurende spanning tussen kostengeoriënteerd management en traditionele kwaliteitsnormen is het typische professionele dogma dat de kwaliteit van het rechterlijke werk uiteindelijk niet meetbaar is.

Dit wordt als volgt verantwoord: zelfs als rechters (en procureurs) moeten worden "gemeten" door het vervullen van kwaliteitscriteria, moet de meetbaarheid van deze criteria in de zin van een mathematisch verifieerbare analyse worden ontkend. Het is waar dat er objectieve parameters bestaan zoals de benodigde tijd, de frequentie van beroepen, het quotum van nietigverklaringen, schikkingen en afrekeningen, procedurekosten, enz. Deze deelaspecten hebben echter geen dwingende betekenis voor de beoordeling van de kwaliteit van de toepassing van het recht. Rechterlijke beslissingen (en beslissingen van het openbaar ministerie) zijn creatieve processen van cognitie, die zich daarom uiteindelijk in zekere mate aan meting onttrekken⁶¹⁶.

(viii) In geen geval mag de loskoppeling van de uitvoerende macht, waar zo naar wordt verlangd in termen van rechtsbeleid en Montesquieu's scheiding der machten, worden gekocht door het opgeven van de *Wesensaufgabe* van de rechterlijke macht⁶¹⁷!

*"La justice n'a pas à rendre un jugement économique, elle a à rendre un jugement judiciaire, par conséquent il lui faut du temps pour le rendre, il lui faut de la proximité, de la réflexion. Elle n'a pas à être soumise aux impératifs d'une entreprise privée"*⁶¹⁸, want het werkingsprincipe van justitie bestaat immers niet in winst of rentabiliteit, maar in het vinden

⁶¹⁶ Deutscher Richterbund (DRB) (Bundesvorstand), *Thesenpapier zur Qualität der Arbeit in Gerichten und Staatsanwaltschaften* (april 2014), p. 2.

⁶¹⁷ Over de bezorgdheden n.a.v. deze veranderingen, zie J. DE CODT, *"La justice vit une révolution culturelle, elle perd son humanité"* in *Le Soir*, 23 juni 2020, p 8 en 9.

⁶¹⁸ D. ROUSSEAU, o.c., p. 49.

van een evenwicht bij het regelen van het samen-leven!⁶¹⁹. Dat heeft een kost en een prijs: rechtspreken is geen last-minute aanbod.

⁶¹⁹ Er zijn al diepgaande studies geschreven over de vraag welk management dienstig kan zijn voor justitie (LOUVEAUX, H. en MARCHANDISE, Th. (dir.), *Quel management pour quelle justice?*, Larcier, Brussel, 2019, in het bijzonder P. MARTENS, “Le management modifie-t-il le rapport du juge à sa profession?”, p. 107 e.v.), en over de invloed op de onafhankelijkheid van de rechters (B. FRYDMAN en E. JEULAND (dir.), *Le nouveau management de la justice et l’indépendance des juges*, Dalloz, 2011, in het bijzonder, D. ROUSSEAU, “Exigences constitutionnelles de l’indépendance de la justice et exigences managériales”, p. 57 e.v. en B. FRYDMAN, “Concilier le management avec les valeurs du judiciaire”, p. 81 e.v.) De professoren R. DEPRÉ en A. HONDEGHEM (eds.), *Management, bestuur en beleid in de rechterlijke organisatie*, die Keure, Brugge, 2000, hebben verschillende aspecten van de Belgische situatie grondig onderzocht waarbij ze de Belgische en Nederlandse rechterlijke organisatie hebben vergeleken. De inzichten verschillen en gaan alle kanten uit! Wij hebben niet de indruk dat deze bespiegelingen, waarschuwingen en aanbevelingen, buiten wat poëtische uitweidingen die geruststellend bedoeld zijn, ook werkelijk tastbare sporen hebben nagelaten op het terrein van de concrete hervormingen!