

# RECHTERLIJKE MACHT

## I. Het Arbitragehof: een volwaardig grondwettelijk Hof?

*Henk Bataille  
Geert Paemen*

### INLEIDING

1. België heeft de laatste jaren al zijn wetgevende energie besteed aan de hervorming van de staatsinstellingen. Een van de recentste vernieuwingen daarin is geweest de oprichting van een nieuw rechtscollege: het Arbitragehof.

De veranderingen waren groot: hoewel de taak die het Arbitragehof werd opgedragen, tevoren door de Afdeling Bevoegdheidsconflicten van de Raad van State en door het Parlement werd vervuld, was de manier van aanpakken totaal verschillend. Van bij de oprichting evenwel stelden juristen en politici zich de vraag of de bevoegdheid van het Hof in de toekomst niet zou worden uitgebreid (1).

In deze bijdrage wordt de mogelijkheid of de noodzakelijkheid van dergelijke bevoegdheidsuitbreiding onderzocht. Het Hof controleert immers de bevoegdheidsverdeling tussen wetgevers in België, die een onderdeel van de grondwet is (art. 59 bis, 59 ter en 107 quater). De overige artikelen van onze constitutie worden helemaal niet gecontroleerd door het Arbitragehof. Is er geen nood aan dergelijke controle? Vervullen andere instanties deze taak op voldoende wijze?

Voorbeelden van constitutionele hoven zijn er genoeg in het buitenland. Dit artikel neemt alleen de Verenigde Staten van Amerika en de Duitse Bondsrepubliek als vergelijkingspunten. De Verenigde Staten zijn al bijna twee eeuwen geconfronteerd met problemen zoals deze die aan de grondslag hebben gelegen van de oprichting van het Arbitragehof, en ze hebben er ook oplossingen voor gevonden. De Duitse Bondsrepubliek is interessant omwille van de specifieke omstandigheden waarin de oprichting van een grondwettelijk hof zich heeft voorgedaan en omwille van de relatief korte tijdspanne waarin de resultaten werden geboekt.

(1) Verslag, namens de Commissie voor de Herziening van de Grondwet en de Hervorming van de Instellingen, uitgebracht door Mevr. Herman-Michielsens en de Heer Lallemand, *Parl. Doc.*, Senaat, 1981-82, nr. 246/2, p. 28.

## § 1 DE MATERIELE BEVOEGDHEID VAN HET ARBITRAGEHOF: HUIDIGE REGELING

1. De traditionele rechtspraak in België heeft zeer lang vastgehouden aan het principe, krachtens hetwelk men een wet als de soevereine wilsuiting van het volk moet beschouwen. Hieruit volgde dat zij de wet niet aan de Grondwet mocht toetsen.

Zolang men in België een eenheidsstructuur kende, leverde dit misschien wel kritiek, doch geen ernstige problemen op. De uitbreiding van de wetgevende bevoegdheid tot andere organen heeft echter geleid tot een situatie waarin vijf wetgevende instellingen normen met dezelfde rechtskracht kunnen uitvaardigen. Een grondwettelijke toetsing met betrekking tot de verdeling van de bevoegdheden is bijgevolg noodzakelijk (2).

Alhoewel het parlement zich tot 1983 nog het recht voorbehield om het laatste woord te hebben in bevoegdheidsgeschillen waarin het meestal als rechter en partij optrad (3), was het duidelijk dat het oplossen van dergelijke problemen aan een onafhankelijke instantie moest worden overgelaten.

Dit is summier de bestaansreden van het Arbitragehof.

2. Titel I van de wet van 28 juni 1983 houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof geeft de materiële taakomschrijving weer. Het Hof is bevoegd tot gehele of gedeeltelijke nietigverklaring van een wet of een decreet wegens schending van de regels die door of krachtens de grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheden van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten. Bovendien heeft het de bevoegdheid te antwoorden op de prejudiciële vragen die andere rechtbanken aan het Hof stellen in verband met de regeling van de bevoegdheidsverdeling (artn. 1 en 15).

3. De oprichting van het Arbitragehof heeft de soevereine macht van de nationale wetgever enigszins ingeperkt. Dit belet echter niet dat hij er voor gezorgd heeft dat deze beknotting niet al te grote proporties zou aannemen.

De afbakening die aan het Hof werd opgelegd, is hoofdzakelijk van tweeërlei aard.

(2) VAN IMPE, H., "Is het wenselijk in België een Grondwettelijk Hof op te richten?", *T.B.P.*, 1986, p. 112; VAN WELKENHUYZEN, A., "Les conflits entre loi et décret, et entre décrets", *J.T.*, 1980, 610; id., "La Cour d'Arbitrage, juge des conflits entre l'Etat, les Régions et les Communautés", *Journal des Procès*, 1984, 32-53, p. 12.

(3) Wet van 3 juli 1971 ter uitvoering van art. 59 bis § 8 GW., naderhand opgenomen in de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de Raad van State. Zie ook DUMON, F., "Quo vadimus?", Rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1980", *R.W.*, 1980-1981, 894; VAN WELKENHUYZEN, A., "Les conflits entre loi et décret et entre décrets", *J.T.*, 1980, 612.

Allereerst is er een duidelijke begrenzing met betrekking tot de normen die mogen worden beoordeeld. Zowel wat betreft de beroepen tot nietigverklaring als de prejudiciële vragen, zullen enkel wetten en decreten op hun bevoegdheidsoverschrijdend karakter mogen worden beoordeeld (4). Conflict in verband met lagere normen blijven tot de bevoegdheid behoren van de rechterlijke macht en van de Raad van State, afdeling Administratie (5). Een rechtstreekse controle van deze regels is bijgevolg overbodig wanneer een lagere norm wordt aangevochten, omdat de wet of het decreet op grond waarvan zij werd genomen, vernietigd kan worden als zijnde in strijd met de bevoegdheidsregels. Via een prejudiciële vraag zal het Arbitragehof dan toch geraadpleegd worden.

Maar voor die gevallen waar het aangevochten besluit of de aangevochten verordening zijn grondslag vindt in de grondwet zelf, of zijn grondslag vindt in een wet of decreet waarvan de grondwettelijkheid zelf niet betwist wordt, bestaat gevaar voor uiteenlopende interpretaties van de bevoegdheidsregels tussen het Arbitragehof en de rechterlijke instanties die de grondwettelijke bepalingen zullen moeten toetsen (6).

Zo kan men zich ook vragen stellen met betrekking tot de volmachtsbesluiten, die eveneens buiten de bevoegdheid van het Arbitragehof werden gehouden (7). Aangezien, telkens een volmachtsbesluit genomen wordt, de regering een materie regelt die normaal tot de bevoegdheid van de wetgevende macht behoort, en zich dientengevolge evenzeer schuldig kan maken aan een bevoegdheidsoverschrijding ten aanzien van de Gemeenschappen en de Gewesten, leidt deze beperking eigenlijk tot een onvolledige toetsing van de bevoegdheidsverdeling (8). Deze lacune is des te belangrijker daar het toepassingsgebied van deze bijzondere besluiten zich de laatste jaren aanzienlijk heeft uitgebreid.

Ook procedure- en vormregels (9) glippen tussen de mazen van de grondwettelijke controle. Vooral R. Leysen merkte hierbij op dat het niet redelijk is om deze bepalingen af te splitsen van de eigenlijke bevoegdheidsregels. Het opleggen van vormen en procedures strekt er immers toe de

(4) Wet van 28 juni 1983 houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, art. 1 en art. 15.

(5) Art. 107 GW.; zie DUMON, F., "Het arbitragehof", *R.W.*, 1982-1983, 2309; KRINGS, E., "Beschouwingen over de gevolgen van de door het Arbitragehof gewezen arresten", *R.W.*, 1985-1986, 484; RIMANQUE, K., "Een jaar rechtspraak van het Arbitragehof (april 1985 - maart 1986)", *R.W.*, 1985-1986, 2878.

(6) DUMON, F., "La Cour d'Arbitrage, ses compétences - Etendue et limites. Effets de ses arrêts", *J.T.*, 1985, 231.

(7) Ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof. Advies van de Raad van State, *Parl. Stukken*, Senaat, 1981-1982, nr. 246/2, p. 35.

(8) LEYSEN, R., "Het Arbitragehof en de controle op de bevoegdheidsverdeling op wetgevend vlak in het Belgisch Staatsbestel", *R.W.*, 1983-1984, 4.

(9) Advies van de Raad van State bij wetsontwerp nr. 246/2, *Parl. Stukken*, Senaat, 1981-1982, 37.

goede uitoefening van de bevoegdheden te bevorderen. Zij vormen bijgevolg een geheel met die bevoegdheidsregels. Men zou beter het Arbitragehof zelf laten oordelen welke schendingen precies tot vernietiging leiden (10).

4. Een tweede afbakening van de controlemogelijkheden van het Arbitragehof betreft de aard van de conflicten die beoordeeld mogen worden. Het Hof speelt geen rol bij de preventie van bevoegdheidsconflicten. Deze taak was, en is nog steeds weggelegd voor de Raad van State : zijn afdeling Wetgeving moet een niet-bindend advies uitbrengen telkens wanneer voorstellen van wet of decreet, of amendementen hierop, aan haar moeten worden voorgelegd (11).

Het is dus heel goed mogelijk dat het Arbitragehof een wet of een decreet nietig verklaart dat van de Raad van State een positief advies had gekregen, of omgekeerd. Of zal het Hof sneller geneigd zijn tot nietigverklaring over te gaan wanneer aan de norm reeds een negatief advies kleeft ?

5. De regeling in de wet van 28 juni 1983 geeft een zekere bezorgdheid weer van de wetgever. De materies waarop de uitspraken van het Arbitragehof betrekking zouden hebben moesten beperkt blijven, omwille van de onvermijdelijke politieke implicaties die deze beslissingen zouden inhouden. Bovendien mocht een dergelijke beslissingsmacht niet toevertrouwd worden aan een rechtscollege dat te ver verwijderd zou staan van de politieke realiteit.

Daarom heeft de wetgever, enerzijds, de bevoegdheden van het Arbitragehof beperkt, anderzijds de samenstelling van het Hof een dualistisch karakter gegeven : deels juristen, deels oud-politici (12).

In de senaat werd meer dan eens de nadruk gelegd op het feit dat het Arbitragehof zeker niet vereenzelvigd mocht worden met een volwaardig Constitutioneel Hof. Het moest een instantie worden die in rechte uitspraak zou doen, zich enkel beroepende op de regels m.b.t. de bevoegdheidsverdeling die door of krachtens de grondwet zijn vastgelegd (13). Het Hof kreeg niet de bevoegdheid de wetten en decreten te toetsen aan bepalingen in verband met de scheiding der machten en de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden.

(10) LEYSEN, R., *art. cit.*, p. 7.

(11) Wet van 9 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen, art. 17-23.

(12) Wet van 28 juni 1983 houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, art. 21 en art. 22 ; DELPEREE, F., en RASSON-ROLAND, A., "En route pour la Cour d'Arbitrage", *Adm. Publ.*, 1982, 235.

(13) Ontwerp van wet nr. 246, Memorie van Toelichting, *Parl. Stukken*, Senaat, 1981-1982, 3 en 8 ; Verslag, namens de Commissie voor de Herziening van de Grondwet en de Hervorming van de Instellingen, uitgebracht door Mevr. Michielsens en de Heer Lallemand, *Parl. Stukken*, Senaat, 1981-1982, nr. 246, 26.

Ook de zg. belangenconflicten vallen buiten de bevoegdheidsfeer van het Arbitragehof (14). Deze conflicten veronderstellen geen bevoegdheidsoverschrijding van één van de wetgevende machten. Bijgevolg zou het Hof, indien het over deze conflicten beslissingsmacht had, over een echte politieke beslissingsbevoegdheid beschikken.

6. Het dualistisch karakter dat door de wetgever aan het Arbitragehof werd gegeven, heeft in de rechtsleer heel wat stof doen opwaaien (15). Heel wat auteurs leiden uit de taak van het Hof en de soms vage bevoegdheidsafbakening van de vijf wetgevende organen af, dat er een belangrijk creatief, en dus ook politiek element terug te vinden zal zijn in de arresten (16).

De samenstelling van het Hof en het onderbrengen van het artikel 107ter van de grondwet onder een nieuw hoofdstuk IIIbis, doen trouwens vermoeden dat deze instelling niet zonder meer tot de rechterlijke macht kan gerekend worden.

Het herleiden van het Arbitragehof tot een politieke instelling is echter ook niet juist. Het werd opgericht met de specifieke taak conflicten op te lossen tussen wet en decreet en decreten onderling, 'wegens schending van' de regels van bevoegdheidsverdeling neergelegd door of krachtens de grondwet (17), niet om op grond van opportuniteitsredenen te kiezen welke van de normen zouden moeten worden toegepast.

## § 2. CONSTITUTIONELE HOVEN IN HET BUITENLAND

7. De indeling die gevolgd wordt is de volgende: zowel voor de Verenigde Staten als voor de Duitse Bondsrepubliek staat eerst de verticale bevoegdheidsafbakening ter bespreking, daarna de bevoegdheidsafbakening in horizontale zin en de begrenzing van de sfeer van de overheid tegenover die van het individu. Deze drie aspecten van de taak van het grondwettelijk hof in het algemeen kunnen logisch uit de wetteksten afgeleid worden. Bovendien schijnt ook de rechtsleer deze methode te volgen (18).

(14) *Parl. Stukken, Senaat*, 1981-1982, nr. 246, 26; VELAERS, J., *Het Arbitragehof*, Antwerpen-Apeldoorn, Kluwer, 1985, p. 80.

(15) DELPEREE, F. en RASSON-ROLAND, A., *art. cit.*, 235; DELVA, J., "Toetsing van wetskrachtige normen in het raam van de staatsvorming", *T.B.P.*, 1981, 533; DUMON, F., "La Cour d'Arbitrage. Jurisdiction - Non autorité politique", *J.T.*, 1983, 539; LALLEMAND, R., "La Cour d'Arbitrage", *Journal des Procès*, 13 mai 1983, 14; LEYSEN, R., *art. cit.*, 17; VEKEMAN, R., "Het Arbitragehof: bevoegdheidsconflicten of normenconflicten? Juridische conflicten of politieke conflicten?", *R.W.*, 1983-1984, 696.

(16) P. Vermeulen beschouwt het Hof zelfs als een wetgevend orgaan.

(17) Wet van 28 juni 1983 houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, art. 1.

(18) Ondermeer LENAERTS, K., *Constitutie en Rechter. De rechtspraak van het Amerikaanse Opperste Gerechtshof, het Europese Hof van Justitie en het Europese Hof voor de*

## A. Het Opperste Gerechtshof van de Verenigde Staten (19)

8. De Amerikaanse *Founding Fathers* hebben vrij veel zorg besteed aan de grondwettelijke uitbouw van hun land. De bepalingen van de Amerikaanse grondwet zijn logisch opgebouwd en gedetailleerd. Ook de rechterlijke macht kreeg een specifieke taakomschrijving (20).

Artikel III van de Federale Grondwet regelt de bevoegdheid van de federale rechterlijke macht. Dat de Supreme Court in section 2 expliciet wordt vermeld, en dat dit Hof het enige is dat zijn bevoegdheid rechtstreeks van de Grondwet krijgt, getuigt van het grote belang dat de Amerikaanse juristen hechten aan deze instelling. Deze vaststelling wordt nog kracht bijgezet door het feit dat de rechtspraak van dit Hof als fundamenteel in de Amerikaanse rechtsorde wordt ervaren (21).

De tekst van Artikel III Section 2 maakt een onderscheid in de bevoegdheid van het Opperste Gerechtshof. Grotendeels is het Hof een beroepsinstantie die kennis neemt van de beroepen tegen de uitspraken van de lagere federale rechtbanken, maar er zijn ook materies waarvoor het Hof in eerste en laatste aanleg bevoegd is.

De rechterlijk macht van de federatie strekt zich uit tot alle gevallen waarbij een geschil bestaat omtrent de geldigheid, de interpretatie of de toepassing van de federale grondwet, de federale wetgeving of het verdragsrecht van de Verenigde Staten. Ook alle geschillen omtrent het zeerecht (*admiralty*) behoren tot de bevoegdheid van de federale rechtsmacht (22). Dat geldt ook voor alle geschillen waarin de Verenigde Staten als partij betrokken zijn, en voor alle geschillen met interne of externe grensoverschrijdende aspecten (23). In al deze gevallen fungeert het Opperste Gerechtshof als beroepsrechter (24). Merkwaardig is dat het Hof in zeer vele gevallen zelf

*Rechten van de Mens*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, p. 1; SCHWARTZ, B., *Constitutional Law. A Textbook*, London, Collier-Macmillan, 1972, p. 37-60, p. 61-163, p. 165-326.

(19) Voor dit onderdeel zijn de auteurs veel verschuldigd aan Prof. Dr. K. Lenaerts. Het aangehaalde werk vormde een belangrijke inspiratiebron.

(20) KELLY, A.H., HARBISON, W.A. en BELZ, H., *The American Constitution. Its origins and development*, New York, W.W. Norton and Co. Inc., 1983, p. 68 et seq.

(21) Cfr. infra, nr. 11.

(22) CORWIN, E.S., *The Constitution and what it means today*, Princeton, University Press Princeton, 1978, p. 227.

(23) Zie ook *Warring v. Clarke*, 5 How. 441 (1848); *Grant Smith - Porter Ship Co. v. Robde*, 257 U.S. 469 (1922).

Alle geschillen tussen twee of meer deelstaten, tussen een deelstaat en onderdanen van een andere deelstaat, tussen onderdanen van verschillende deelstaten, tussen onderdanen van eenzelfde deelstaat die rechten opeisen op onroerende goederen in een andere deelstaat gelegen; alle geschillen tussen een deelstaat of onderdanen van een deelstaat en vreemde staten, vreemde onderdanen of vreemde rechtsobjecten.

(24) WRIGHT, C.A., *Law of Federal Courts*, St.-Paul, West Publishing Co., 1983, p. 725-763.

beslist over welke zaken het uitspraak doet. De herziening van een vonnis of arrest wordt aangevraagd door een van de partijen, en het Hof beslist over de toegankelijkheid door al of niet een *writ of certiorari* toe te staan (25). Bij de behandeling van een zaak treedt het Hof zowel in de beoordeling van het recht als van de feiten. Tegen zijn uitspraken is geen beroep meer mogelijk (26), hetgeen het gezag van de arresten vergroot. Alle andere federale rechtbanken en hoven komen in aanmerking om hun uitspraken verbroken te zien door de Supreme Court (27).

Daarnaast heeft het Hof ook een *original Jurisdiction* (28), een bevoegdheid in eerste en laatste aanleg. Deze regel geldt voor alle gevallen waarin ambassadeurs, consuls en andere openbare functionarissen partij zijn, en voor de - momenteel zeer uitzonderlijke - geschillen tussen de deelstaten onderling (29).

9. De federale grondwet is echter niet de enige bron van bevoegdheden van het Hof. Er zijn namelijk een aantal wetten, gestemd door de federale wetgever, die de grondwet aanvullen om de concrete uitbouw van de Supreme Court te verwezenlijken. Vooral de *Judiciary Act* (1789) is hier vermeldenswaardig, omdat deze wet bijzonder betekenisvol is voor de manier waarop het Hof zijn eigen bevoegdheid beoordeelde in de beginperiode (30). Het verklaarde deze wet ten dele ongrondwettelijk omdat zij het Hof een bevoegdheden toekende die buiten de grenzen van de door de constitutie gegeven bevoegdheid gingen (31). Toch bleef het Hof hierna nog beïnvloed door de gedachte dat telkens als de gerechten van de deelstaten weigerden de superioriteit van het federaal recht te erkennen - de grondwettelijke basis van die superioriteit ligt in Artikel VI van de federale grondwet -, de uitspraken moesten worden vernietigd. De achterliggende

(25) GORLE, F., BOURGEOIS, G., en BOCKEN, H., *Rechtsvergelijking*, Gent, Story-Scientia, 1985, p. 263 nr. 552; NOWAK, J., ROTUNDA, R. en YOUNG, J., *Handbook of Constitutional Law*, St.-Paul, West Publishing Co. 1986, p. 31.

(26) De enige reden daarvan is dat het Hof het zo zegt. Justice Jackson geeft immers grif toe: "We are not final because we are infallible, but we are infallible because we are final". (*Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 1953). Het beginsel van de *finality of decision* werd uitgewerkt in *Hayburn's Case*, 2 Dallas 409, 1792. Nationaal werd het uitgewerkt in *Glidden Company v. Zdanok*, 370 U.S. 530, 1962.

(27) FERGUSON, J., en MACHENRY, D., *The American System of Government*, New York, Mac Graw-Hill Book Company, 1971, p. 426 geven een schematisch overzicht.

(28) Article III section 2 lid 2 van de Federale Grondwet. Zie WRIGHT, C.A., o.c., p. 764-774.

(29) GORLE, F., BOURGEOIS, G. en BOCKEN, H., o.c., p. 278 nr. 584.

(30) De historische context wordt geschetst in KELLY, A.H., HARBISON, W.A. en BELZ, H., o.c., p. 162.

(31) *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 1803. Section 25 van de Judiciary Act verklaarde het Hof bevoegd om kennis te nemen in eerste en laatste aanleg van de klachten wegens schending van de rechten en vrijheden die door de federale wet of de federale grondwet beschermd worden.

beweegreden van deze gedachte is, volgens de rechtsleer, de noodzaak van een uniforme interpretatie van de hoogste rechtsnormen (32).

10. In een Anglosaxisch rechtssysteem als dat van de Verenigde Staten, heeft de rechter een andere positie dan de rechter in de Europees-Continentale rechtsstelsels. Vooral in de rechtspraak van de Supreme Court is dit verschil duidelijk merkbaar, ondermeer omdat de uitspraken van dat Hof een precedentenwaarde hebben. De arresten bevatten algemene rechtsbeginselen die de grondwet aanvullen, maar die terzelfdertijd toch niet helemaal los staan van de grondwet.

Een van de belangrijkste beginselen die het Hof reeds van in het begin heeft uitgewerkt, is het principe van de *judicial review*, krachtens hetwelk de federale rechterlijke macht de bevoegdheid heeft om de grondwettelijkheid van zowel de federale als de statelijke wetten te controleren. Het Hof kan zich voor die bevoegdheid op geen enkele grondwettekst baseren, en toch aanvaardt het Amerikaans recht dit principe.

De basis voor de grondwettelijkheidstoetsing werd gelegd in het arrest *Marbury v. Madison* (33) van 1803. In de beginperiode zorgde het Hof ervoor dat zijn bevoegdheid duidelijk afgebakend werd, hetgeen gepaard ging met een zekere uitbreiding ervan. Vanaf 1810 werden ook wetten van deelstaten vernietigd op grond van hun strijdigheid met de federale grondwet (34).

Hoewel het Hof een opflakking in zijn activiteit kende tussen 1865 en 1870, bleef het globaal gezien tot 1890 nogal bescheiden. De expansieve periode begon rond de eeuwwisseling en kende een hoogtepunt in de strijd tegen Roosevelt's *New Deal* - wetgeving. In 1935 en 1936 alleen werden twaalf federale wetten vernietigd (35). De grote politieke invloed van de Supreme Court, een logisch gevolg van de bevoegdheden die zij zichzelf had toegekend, zorgde echter voor malaise in het systeem van *checks and balances*, zodat zij zich na afloop van het Roosevelt-tijdperk meer op de achtergrond hield. Dit is nu nog altijd de koers die aangehouden wordt.

11. De studie van de vele uitspraken van de Supreme Court plaatst de jurist voor het probleem van de classering en de indeling van de rechtspraak (cfr. supra, nr. 7). Men kan de bijdragen van het Hof tot de uitbouw van het Amerikaanse rechtssysteem globaal indelen in de machtsver-

(32) GORLE, F., BOURGEOIS, G. en BOCKEN, H., *o.c.*, p. 278 nr. 584.

(33) Cfr. Supra, vn. 37.

(34) Enkele voorbeelden van vernietigingen: *Scott v. Sandford*, 19 How. 393, 1857; *Gordon v. U.S.*, 2 Wall. 561, 1865; *Hepburn v. Griswold*, 8 Wall. 603, 1870; *U.S. v. Harris*, 106 U.S. 629, 1883; *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547, 1892; *Keller v. U.S.*, 213 U.S. 138, 1909; *Eisner v. Macomber*, 252 U.S. 189, 1920.

(35) Het voorstel van Roosevelt, gedaan in zijn *court packing bill*, werd door het Opperste Gerechtshof verworpen. Zie GRIFFITH, E.S., *The American System of Government*, Londen, Methuen & Co. Ltd., 1971, p. 142.



deling in verticale zin, de machtsverdeling in horizontale zin en de verdeling van de macht tussen burgers en overheid (de rechtsbescherming van de individuen).

Machtsverdeling in *verticale* zin wil zeggen de afbakening van de respectieve bevoegdheden van de federale Unie en van de deelstaten, is door de federale grondwet op diverse plaatsen geregeld (36). Het Hof heeft zich echter nooit gebonden gevoeld door de letterlijke tekst van de Constitutie, maar heeft steeds een zekere afstand genomen ten aanzien van de tekst, teneinde de politieke factoren in de rechtspraak te laten doorwegen. Het gevolg daarvan was dat zowel de federalisten als de anti-federalisten - deze twee groepen hebben lang de politiek van het Opperste Gerechtshof in het bijzonder en van de Verenigde Staten in het algemeen beïnvloed - de basis van hun stellingen vonden in de artikelen van de grondwet (37). De beginperiode is ook hier van doorslaggevende aard geweest voor het verder verloop van de politieke evolutie; Chief Justice Marshall legde de grondvesten voor het succes dat door de federalisten geboekt werd (38).

De verruiming van de bevoegdheden van de federale Unie werd in de 19de eeuw vooral op een abstracte manier aangepakt. Het Hof oordeelde dat alle bevoegdheden die te maken hadden met de handel tussen onderdanen van verschillende deelstaten (39) aan de federatie moesten toekomen; de staten werden alleen bevoegd geacht hun politieverordeningen uit te vaardigen (40). Over het geheel van bevoegdheden die tussen deze twee sferen in lagen, kregen beide machtsentiteiten een samenlopende bevoegdheid: beiden waren op gelijke voet bevoegd. Speciaal met betrekking tot deze bevoegdheden heeft de Supreme Court alle middelen aangewend om de macht van de federale Unie te verruimen, en zij is daar ook in geslaagd (41).

(36) Artikel I section 8 geeft een limitatieve opsomming van de bevoegdheden die door het Congres, d.w.z. de federale wetgever, mogen uitgeoefend worden. Geen enkel artikel duidt expliciet de bevoegdheden aan van de staten. Dat hoeft ons niet te verwonderen omdat het Federalisme van de Verenigde Staten ervan uitgaat dat de Staten de residuaire bevoegdheden hebben. Het Tiende Amendement bevestigt dat formeel.

(37) De Federalisten baseerden zich voornamelijk op de leer van de *implied powers*, die zegt dat de Federatie een aantal bevoegdheden heeft die niet expliciet in de grondwet opgenomen zijn, maar die noodzakelijk (*necessary and proper clause*, artikel I section 8 in fine) zijn voor de uitoefening van de opgesomde bevoegdheden. De leer van de superioriteit van het federaal recht (*supremacy clause*, artikel VI) was ook een argument in hunnen hoofde. De Antifederalisten beriepen zich op het Tiende Amendement.

(38) *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheaton 316, 1819.

(39) *Ogden v. Gibbons*, 22 U.S. 1, 1824. Zie ook *The Constitution of the United States of America. Analysis and Interpretation*, Congressional Research Service, Library of Congress, Washington, U.S. Government Printing Office, 1973, p. 143 et seq.

(40) *Willson v. The Blackbird Creek Marsh Company*, 2 Peters 245, 1829; *Mayor of New York v. Miln*, 11 Peters 102, 1837; *Collector v. Day*, 20 L.Ed. 122, 1871.

(41) *Wickard v. Tilburn*, 317 U.S. 111, 1942 bevestigt de *cumulative impact*-leer: de Unie

Vanaf het einde van de 19de eeuw verliet het Hof deze abstracte benaderingswijze omdat zij teveel de discretionariteit van de beslissingen in de hand werkte en de uitspraken eigenlijk onvoorspelbaar maakte en zonder veel rechtsgrond. In de 20ste eeuw werd het probleem van de afbakening van de bevoegdheden tussen Unie en deelstaten veel pragmatischer aangepakt. Het systeem dat hedentendage bestaat, het *coöperatief federalisme*, is daar het rechtstreekse gevolg van. De bevoegdheden van de Unie werden nogmaals uitgebreid door de sfeer van exclusieve bevoegdheden van de staten in te perken. Het is de staten echter toegelaten ook op andere domeinen te legifereren voor zover de Unie niet is tussengekomen met haar reglementen. Zij komen dus te hulp als aanvullende kracht, daar waar de grondwet het toelaat (42).

De rechtspraak van het Opperste Gerechtshof over de *horizontale* machtsverdeling is gesteund op de traditionele trias politica - theorie (43). De grondwet van de Verenigde Staten bakent in artikel I, II en III de respectieve bevoegdheden af.

Andere Westerse democratieën, waarvan er vele zijn die geen grondwettelijk hof hebben, zijn ook gebaseerd op deze driedelige indeling; veel problemen lijken er op dit gebied niet te bestaan. Ook het Supreme Court heeft, enkele uitzonderingen niet te na gesproken, relatief weinig aandacht besteed aan deze machtsverdeling. De omschrijving van de eigen bevoegdheidsbegrenzing weegt daarbij zwaar door in het hele pakket rechtspraak terzake.

Willoughby (44) geeft een opsomming van enkele precedentes die het Hof gebruikt om zijn bevoegdheidssfeer af te bakenen. De gemeenschappelijke noemer van heel deze verzameling is, eigenaardig genoeg, een zekere te-

is bevoegd voor alle aangelegenheden van zuiver intrastatelijk belang, maar waarvan het effect, wanneer men de maatregelen in alle staten overweegt, duidelijk grensoverschrijdend is. Krachtens het *protective principle* is de Unie ook bevoegd voor andere aangelegenheden dan de interstatelijke handel door louter aan die handel bepaalde beperkingen op te leggen (*Lottery-case: Champion v. Ames*, 188 U.S. 321, 1903).

(42) *Leisy v. Hardin*, 137 U.S. 100, 1890; *Di Santo v. Pennsylvania*, 273 U.S. 34, 1927. *Dean Milk Company v. City of Madison*, 340 U.S. 349, 1951 voegt er echter deze nuance aan toe: de staten mogen interfereren in de bevoegdheidssfeer van de Unie, maar ze moeten dat doen met een zo licht mogelijke bezwaring van de nationale belangen. De Supreme Court heeft tot taak de intensiteit van de belasting marginaal te toetsen en eventueel de statelijke wet te vernietigen als hetzelfde resultaat met een minder bezwarende wet kon bereikt worden (*less restrictive alternatives*).

(43) *The Constitution of the United States of America. Analysis and Interpretation*, p. 61-95; p. 429-578; p. 596-782; GRIFFITH, E.S., o.c., p. 22-147.

(44) WILLOUGHBY, *Constitutional Law*, I, p. 25-33. Cfr. NOWAK, J., ROTUNDA, R. en YOUNG, J., o.c., p. 24-109. *Hayburn's case*, 1 L.Ed. 436, 1792; *Aetna Life Ins. Co. v. Haworth*, 300 U.S. 227, 1937; *Fleming v. Rhode*, 331 U.S. 100, 1947; *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 1962; *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727, 1972; *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312, 1974.

rughoudendheid. Het Hof selecteert grondig de gevallen die het wil behandelen. Nochtans mag men dit niet overdrijven: hoeveel algemene principes er ook aanvaard zijn, steeds moet het Hof zelf in casu nog uitmaken of de voorwaarden voor behandeling vervuld zijn. Dat impliceert altijd een zekere appreciatiemarge.

Buiten de gevallen waarin de wetgever een ongrondwettelijke wet gestemd had (cfr; supra, nr. 11) zijn er weinig omstandigheden te vermelden waarin het Hof de federale wetgever moest terechtwijzen wegens bevoegdheidsoverschrijding. *Powell v. Mc Cormack* (45) is een van de weinige voorbeelden. Meer moeilijkheden biedt de uitvoerende macht, vooral omdat de president naast de bevoegdheden die hij van de grondwet krijgt, vaak door het Congres wordt gemachtigd buiten zijn bevoegdheid te treden. Daarbij komt nog dat er onzekerheid bestaat in de rechtsleer en rechtspraak over welke bevoegdheden samenlopend kunnen uitgeoefend worden door de president en het congres (46). Bovendien, zelfs al kan de president niet van bevoegdheidsoverschrijding verdacht worden, dan nog heeft hij bij de uitvoering van zijn taak een grote appreciatiemarge, die door de Supreme Court (minstens marginaal) moet getoetst worden. Hier heeft het Hof dus meer redenen om waakzaam te zijn; het Watergate-schandaal ligt velen nog vers in het geheugen (47).

12. Het Opperste Gerechtshof heeft onmiskenbaar een grote invloed gehad op de manier waarop de machten zich tot elkaar verhouden in de Verenigde Staten. Maar het domein bij uitstek van de grondwettelijkheidscontrole is de bescherming van de *rechten en vrijheden van de individuen tegen de macht van de overheid* (48). De basisteksten waarop de algemene rechtsbeginselen door het Hof uitgewerkt, steunen, zijn de amendementen van de grondwet en de Bill of Rights. Hieruit heeft het Hof zeer belangrijke principes gedistilleerd.

Het democratisch karakter van de Amerikaanse samenleving eist dat de burgers een zo groot mogelijke vrijheid genieten en dat de macht van de overheid om in te grijpen in de individuele levenssfeer, tot een minimum moet herleid worden. In deze afbakeningskwestie kende het Hof zich opnieuw een ruime beoordelingsvrijheid toe door het principe van de impliciete begrenzing van de overheidstaak te aanvaarden (49). Ook hier is

(45) 395 U.S. 486, 1969.

(46) *Steel Seizure-case*, 343 U.S. 579, 1952.

(47) *Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425, 1977 is het voorbeeld bij uitstek uit de laatste decennia. De beoordelingsvrijheid van de president komt echter ook in minder spectaculaire aangelegenheden naar voor: in principe binden alleen de 'treaties' het Amerikaanse volk; 'Executive agreements' niet. De akkoorden van Yalta en de GATT behoren beide tot deze laatste categorie.

(48) Voor een grondige bespreking van de individuele rechten en vrijheden in de Verenigde Staten, zie NOWAK, J., ROTUNDA, R. en YOUNG, J., o.c., p. 304-1102.

(49) Het beginsel van de *implied limitations on government* werd uitgewerkt in volgende

dus een duidelijk politiek element terug te vinden in de functie van het Opperste Gerechtshof.

De grote moeilijkheid voor het Hof was dat de Bill of Rights formeel niet tot de grondwet behoorde. Pogingen om haar te incorporeren werden ondernomen sinds de periode vlak voor de tweede Wereldoorlog (50). Politieke tegenstellingen onder de rechters van het Supreme Court hebben met zich mee gebracht dat alleen een selectieve incorporatie kon bereikt worden (51). Bovendien was de vereiste van de *state action* een belangrijke rem op de rechtsbescherming van het Hof: het was alleen bevoegd in die zaken waar de rechten en vrijheden door een handeling van de statelijke overheden was teweeg gebracht.

## B. Het Bundesverfassungsgericht van de Duitse Bondsrepubliek

13. Net als in de Verenigde Staten is ook in de Duitse Bondsrepubliek de oprichting van een grondwettelijk hof voorzien in de grondwet (52). Artikel 93 somt in het algemeen de taken op die het Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zal kunnen uitoefenen: de rechtsbescherming van het individu krijgt een bijzondere plaats (cfr. infra); de verdeling van de machten tussen de deelstaten (*Länder*) en de federale Unie (de *Bund*) wordt in al zijn aspecten aan dit rechtscollege toevertrouwd. Ten slotte zegt Artikel 93, 1, 5° dat men specifieke bevoegdheden van het BVerfG moet nagaan op de diverse plaatsen in de grondwet zelf (53).

De federale wetgeving met betrekking tot het BVerfG vormt een aanvulling op die bepalingen. De bevoegdheden worden daarin limitatief opgesomd (54). Vooral de wet van 12 maart 1951 over het Bundesverfassungsgericht is voor ons onderwerp belangrijk: § 13 geeft de taken van het Hof op een lijstje, daarbij verwijzend naar de grondwet.

Het BVerfG is eerst en vooral bevoegd om uitspraak te doen in geschillen waarin rechten en vrijheden het voorwerp zijn. Het kan grondwettelijke

cases: *Calder v. Bull*, 3 Dallas 386, 1798; *Fletcher v. Peck*, 6 Cranch 87, 1810; *The Slaughterhouse Cases*, 16 Wallace 36, 1837; *Loan Association v. City of Topeka*, 20 Wallace 655, 1874; *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578, 1897; *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 1905.

(50) Alles begon met Footnote nr. 4 onder *U.S. v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144, 1938.

(51) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965.

(52) Grondwet van Bonn, 1949.

(53) VON MUENCH, I., *Grundgesetz - Kommentar*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1983, dl. III, p. 515.

(54) De belangrijkste wetten zijn de volgende: de wet over het BVerfG, 12 maart 1951; wijzigende wet van 21 december 1970; wet van 2 september over de interne organisatie van het BVerfG; de wet van 28 februari 1964 over de beloningen en bezoldigingen in het BVerfG; de wet van 6 augustus 1965 over de organisatie in de stad Karlsruhe.

rechten ontnemen aan bepaalde personen ; het kan politieke partijen ongrondwettelijk verklaren (55). Het doet uitspraak in alle geschillen die rijzen naar aanleiding van de interpretatie van de rechten en plichten van de overheid, en speciaal in verband met het uitvoeren van de wetgeving. Het beslist of één regel van volkerenrecht rechtstreekse werking heeft of niet. Het zorgt voor de uniforme interpretatie van de grondwet en van zijn eigen rechtspraak. Het van kracht blijven van recht uit de Weimar republiek is aan zijn goedkeuring onderworpen.

Het doet uitspraak over de klachten tegen besluiten van de Bundestag, meer specifiek over de geldigheid van een verkiezing van een afgevaardigde of over het verwerven of verliezen van lidmaatschapsrechten in de Bundestag. Alle klachten van het parlement tegen de president worden door het BVerfG beslecht. De geschillen over de tegenstellingen tussen federaal recht en recht van de deelstaten, of de betwistingen van de grondwettelijkheid van federaal en statelijk recht komen voor dit gerecht.

Bijzondere bepalingen zijn de volgende : het BVerfG neemt kennis van alle zaken waarvoor bij andere rechtbanken of hoven geen bevoegdheid bestaat (56). De federale wetgeving kan door een uitdrukkelijke tekst het hof voor andere materies bevoegd maken.

14. Deze teksten geven ons al een eerste inzicht in de situatie in de B.R.D. Het belangrijkste verschil met de Verenigde Staten is dat het recht van het BVerfG om een grondwettelijkheidscontrole door te voeren, in de wet is ingeschreven (57). Het Amerikaanse Opperste Gerechtshof heeft zich dat recht zelf toegekend. Het BVerfG heeft dus nooit zoveel aandacht moeten besteden aan de uitbouw van de eigen bevoegdheden als de Supreme Court.

Nochtans is de beginperiode ook hier een tijdperk van voorzichtigheid geweest. Tot 1957 streefde het BVerfG ernaar zijn taken op een restrictieve manier af te bakenen. Deze drang was echter voornamelijk gedictieerd door de politieke omgeving waarin het zich moest bewegen. Het nieuwe van de situatie en de angst voor het verlies van de vrijheid en van de suprematie van de grondwet verhinderden een expansie zoals de Supreme Court in zijn beginperiode beleefde.

De zestiger jaren werden gekenmerkt door een grotere activiteit van het BVerfG. Hoewel het nog niet echt politiek betrokken was in de uitbouw

(55) Deze verreгаande maatregel heeft de Duits rechtsleer het *Parteiverbot* genoemd.

(56) Wet van 12 maart 1951 over het BVerfG § 13, 8° ; dit artikel verwijst naar Artikel 9 Abs. 1 Nr. 4 van de Grondwet.

(57) Artikel 93 van de federale grondwet ; Wet van 12 maart 1951 over het Bundesverfassungsgericht § 13 geeft het Hof in het algemeen die bevoegdheid en somt daarbij 15 materies op die onder de grondwettelijkheidscontrole kunnen ondergebracht worden. Buiten deze opgesomde gevallen kan het Hof nog andere gevallen beslechten, maar dan moet de federale wetgever het daarvoor bevoegd verklaren (§ 13, 15°).

van de B.R.D., had het wel enige invloed doordat het een experimentele houding aan nam tegenover zijn eigen bevoegdheden.

De jaren '70 waren jaren waar het BVerfG wél betrokken raakte in de politiek van de Duitse Bondsrepubliek. Daarbij was de steun aan de regeringspolitiek kenmerkend - een standpunt dat hedentendage eerder op de achtergrond schijnt te verdwijnen, gezien de grotere bescheidenheid die het BVerfG aan de dag legt.

15. Het BVerfG speelt een bijzonder grote rol in het rechtsleven in de Duitse Bondsrepubliek. Het is de concrete realisatie van het *richterliche Prüfungsrecht* (grondwettelijkheidscontrole; dit begrip is het equivalent van het Amerikaanse judicial review). Een geschil kan voor het Hof gebracht worden. Dan doet het uitspraak in laatste aanleg. Buiten elk geschil kunnen de federale regering, de regering van een deelstaat of één derde van de leden van de Bundestag vragen omtrent de grondwettelijkheid van een wet aan het Hof voorleggen. De prejudiciële vraag ten slotte is het meest gebruikte middel om het Hof te adiëren. Tot 1975 werden ongeveer 1500 procedures op deze wijze voor het Hof gebracht.

Globaal gezien spitst de bevoegdheid van het BVerfG zich toe naar twee polen: de *Normenkontrolle* (grondwettigheidscontrole op wetgeving) en de kennisname van *Verfassungsbeschwerde* (klachten over schendingen van de grondwettelijke rechten en vrijheden in hoofde van de burgers) (58).

16. Onder het begrip *Normenkontrolle* valt in eerste instantie de bevoegdheidsafbakening in verticale zin, de afbakening van de respectieve sferen waarin de *Bund* (federale Unie) en de *Länder* (deelstaten) hun machten kunnen uitoefenen (59). Het federalisme dat door de geallieerden aan de B.R.D. werd opgelegd is geïnspireerd op het model van de Verenigde Staten, tenminste in de vorm zoals het in de twintigste eeuw bestaat: het *coöperatief federalisme*. Federale Unie en deelstaten hebben elk hun eigen materies waarover zij kunnen legifereren; er is ook een functieverdeling tussen beide sferen (60), waarbij de Unie overweegt.

Zo zorgen de deelstaten voornamelijk voor de uitvoering van zowel federale als statelijke wetgeving. Beide entiteiten vullen elkaar aan.

Het BVerfG doet uitspraak in de gevallen van strijdigheid tussen federaal recht en recht van de deelstaten en over strijdigheden met de grondwet. De rechtspraak van het Hof in deze aangelegenheden heeft een aantal algemene rechtsbeginselen voortgebracht (61) die de waarde van precedenten

(58) GORLE, F., BOURGEOIS, G. en BOCKEN, H., *o.c.*, p. 161-162 nr. 295; KOMMERS, D.P., *Judicial Politics in West Germany. A study of the Federal Constitutional Court*, London, Beverly Hills, 1976, p. 3.

(59) GORLE, F., BOURGEOIS, G. en BOCKEN, H., *o.c.*, p. 151 nr. 267-268.

(60) GORLE, F., BOURGEOIS, G. en BOCKEN, H., *o.c.*, p. 150 nr. 266.

hebben, maar die geen afzonderlijke bron van constitutioneel recht geacht worden te zijn (62).

Net als in de Verenigde Staten (63) is de sanctie ook in de B.R.D. dat de wetsbepalingen die geacht worden in tegenspraak te zijn met de grondwet, vernietigd worden (64).

17. De *horizontale* dimensie in de bevoegdheidsafbakening, die ook berust op het beginsel 'Normenkontrolle', gaat terug op Artikel 93, 1, 2° van de grondwet en op § 63 van de wet over het BVerfG. De scheiding der machten is een basisprincipe waar zeer veel aandacht aan besteed werd door de Parlementaire Raad die de grondwet voorbereid heeft (65), en die zich vooral gebaseerd heeft op wat besloten werd op de *Herrenchiemsee Conferentie* (augustus 1948). De bekommernis om een herhaling van het Nazi - regime te voorkomen is hierbij een van de hoofdmotieven geweest en heeft geleid tot een nauwkeurige uitwerking van het *checks and balances* - systeem (66).

Dit belet echter niet dat de machtsverdeling in de B.R.D. in hoofdzaak een politieke norm is, en geen organisatorisch gegeven (67). Een stricte scheiding is nergens echt verwezenlijkt; de bevoegdheidsverdeling volgt in praktijk een permanente slingerbeweging. De staatsorganen controleren elkaar wederzijds; het BVerfG vraagt van de machten dat zij hun eigen bevoegdheid restrictief zouden beoordelen zodat de vrijheden van de individuen zo veel mogelijk gewaarborgd blijft. Het systeem van checks and balances in de Duitse Bondsrepubliek is met andere woorden een *negatieve* machtsverdeling. Een concreet gevolg van deze optie is dat het Hof in de B.R.D. steeds restrictief heeft gestaan tegenover machtsdelegaties en overeenkomsten tussen de machten die een bevoegdheidswijziging tot voorwerp hadden, dit in tegenstelling tot het Opperste Gerechtshof van de Verenigde Staten (68). Het motief waarom het Hof zo terughoudend staat tegenover wijziging in de bevoegdheidsregels, is de bezorgdheid voor de rechten en vrijheden van de burgers. Vaak is het zo dat de gevallen waarin

(61) SINEMUS, B., *Der Grundsatz der Gewaltenteilung in der Rechtsprechung der Bundesverfassungsgerichts*, Frankfurt/ M., Peter Lang, 1982, p. 102-164.

(62) KOMMERS, D.P., *o.c.*, p. 207.

(63) HAYNES, C.G., *The American Doctrine of Supremacy*, New York, Da Capo, 1973, p. 541.

(64) KOMMERS, D.P., *o.c.*, p. 215 geeft een overzicht van de vernietigingen tot in 1972.

(65) *Germany 1947-1948. The Story in Documents*, Washington D.C., U.S. Department of State Publications 3556, 1950, p. 49.

(66) GORLE, F., BOURGEOIS, G. en BOXKEN, H., *o.c.*, p. 156 nrs. 283-288.

(67) *Vernehmungersuchensbeschluss I*, 28.11.1957, BVerfGE 7, 183; *Einigungsstellenbeschluss*, 27.04.1959, BVerfGE 9, 268; *Friedensgerichtbarkeitsbeschluss*, 27.11.1959, BVerfGE 10, 200; *Gnadenbeschluss I en II*, 23.04.1969, BVerfGE 25, 352 en 12.01.1971, BVerfGE 30, 108; *Kirchenbeamtenbeschluss*, 21.09.1976, BVerfGE 42, 312.

(68) *Lex - Rheinstahl Urteil*, 07.05.1969, BVerfGE 25, 371. De rechtsleer heet het beginsel op basis waarvan het Hof de delegatie weigert, het *Bundestreue - prinzip*.

het Hof aan *Normenkontrolle* doet, niet te onderscheiden zijn van de gevallen waarin de rechten en vrijheden worden beschermd (69).

18. Het domein bij uitstek waar een grondwettelijk hof een taak te vervullen heeft, en waar het BVerfG een enorme invloed op gehad heeft - en nog heeft - is de *individuele rechtsbescherming van de burgers*.

De persoonlijke rechten en vrijheden zijn, in vergelijking met andere landen, bijzonder goed beschermd in de grondwet van de Duitse Bondsrepubliek (70), wat een comfortabel uitgangspunt is voor een grondwettelijk hof dat als hoofdtaak heeft kennis te nemen van de *Verfassungsbeschwerde* (klachten van burgers). Uit deze constitutionele basis heeft het Hof dan nog algemene rechtsbeginselen afgeleid die evenveel rechtswaarde hebben als de grondwet zelf. Gezien het grote aantal beginselen en het nog groter aantal arresten die gewezen zijn over de rechtsbescherming, mag men zeggen dat het Hof zelf de grootste aandacht heeft voor en het meeste belang hecht aan dit onderdeel van zijn taak; nochtans is de rechtsbescherming niet speciaal benadrukt door de grondwettelijke teksten die de bevoegdheid van het BVerfG regelen (71). De interesse van het Hof voor de fundamentele rechten is zelfs terug te vinden in alle arresten die handelen over de bevoegdheidsafbakening in horizontale of verticale zin (cfr. supra).

Onder de algemene rechtsbeginselen van het BVerfG vinden wij vele equivalenten voor de beginselen die het Opperste Gerechtshof in de Verenigde Staten uitgewerkt heeft; in de Duitse Bondsrepubliek zijn er echter meer principes (72).

De rechtspraak van het BVerfG is merkwaardig. Uit de 19 artikelen die de rechten - én de plichten - van de burgers betreffen, heeft het vooral aandacht besteed aan Artikel 1 en 2 van de grondwet. Zelfs in die gevallen waar een concreet recht door een specifieke bepaling wordt geregeld, doet het Hof beroep op het principe van de *menselijke waardigheid* (artikel 1 van de grondwet), waarrond het een hele reeks precedënten heeft uitgewerkt (73). Artikel 1 is als gevolg daarvan een middel geworden om de

(69) SCHLAICH, K., *Das Bundesverfassungsgericht*, München, Verlag C.H. Beck, 1985, p. 60 et seq.; STEIGER, H., "Abstrakte Normkontrolle des Bundesverfassungsgerichtes", *T.B.P.*, 1986, 283-286.

(70) Artikelen 1 tot 19 van de federale grondwet.

(71) De federale grondwet legt vooral de nadruk op de verticale bevoegdheidsverdeling; de bescherming van de rechten en vrijheden wordt alleen gezien in het perspectief van de onrechtmatige overheidsdaden. Dat is ook het geval in de wet van 12 maart 1951 over het BVerfG; deze wet haalt ook de rechtsbescherming aan in het perspectief van het Volkerenrecht (§ 13, 12°).

(72) *Parteienstaat*-principe, dat vereist dat er een systeem van concurrerende politieke partijen moet zijn, *Zuid Schleswig Kiezersvereniging*, 05.04.1952, BVerfGE 1, 208; *Sozialstaat*-principe, dat zegt dat de staat een sociale verantwoordelijkheid heeft, *Case Jeugdwelzijn*, BVerfGE 22, 180; *Verhältnismässigkeit*-principe, een equivalent van het Amerikaanse due process of law, *Case Water Maatschappij*, 19.07.1959, BVerfGE 10, 89.

(73) Over de vrijheid van religie: *Konkordat*-case, 26.03.1957, BVerfGE 6, 309; *Württemberg*



rechten en vrijheden die niet expliciet in de grondwet vermeld staan, toch als grondwettelijke rechten afdwingbaar te maken. Een politieke onder-  
toon in de beslissingen is bijgevolg onvermijdbaar (74). Artikel 2, dat hand-  
delt over de vrijheid van elke persoon om zichzelf uit te bouwen naar eigen  
keuze, heeft dezelfde functie. Het voordeel van beide bepalingen is daarbij  
dat zij de enige artikelen over de rechten en vrijheden zijn die niet door het  
parlement kunnen geamendeerd worden. Hier komt de werking van het  
Hof dus tot haar volledig recht.

### § 3. BELGIË : ONGELIJKE EVOLUTIE

19. Naar aanleiding van de oprichting van het Arbitragehof hebben vele  
rechtsgeleerden en politici de wens geuit deze instelling te zien uitgroeien  
tot een volwaardig constitutioneel hof (75). Tegelijkertijd zijn zij het er  
echter over eens dat België voorlopig nog niet rijp is voor een bevoegd-  
heidsuitbreiding van het Arbitragehof, en men best eerst het welslagen van  
de eerste opdracht, de bevoegdheidsafbakening tussen de nationale wetge-  
ver, de Gemeenschappen en de Gewesten, zou afwachten (76). Uit de  
voorbereidende werken op de wet van 28 juni 1983 blijkt ook dat het  
Parlement voorlopig niet bereid is om het Hof ruimere bevoegdheden aan  
te meten (77).

Er blijkt in België dus eigenlijk geen schrijnende nood te bestaan aan een  
volwaardig grondwettelijk hof. Een aantal belangrijke verschilpunten tus-  
sen België enerzijds, en de Duitse Bondsrepubliek en de Verenigde Staten  
anderzijds, kunnen dit misschien verklaren.

Vooreerst zijn zowel de B.R.D. als de Verenigde Staten volwaardige fede-  
rale staten: zowel de *Länder* als de *States* hebben hun eigen wetgevende,  
uitvoerende en rechtsprekende organen. De deelentiteiten hebben in prin-

*bergisches Kirchensteuergesetz*, BVerfGE 19, 226 (1965). Over de vrijheid van meningsui-  
ting: *Der Spiegel*, 05.08.1966, BVerfGE 20, 162; *Schmidt Spiegel*, 25.01.1961, BVerfGE  
12, 113. Over de vrijheid van vereniging: *Organisatie voor Duits - Sovjetrussische Vriend-  
schap*, BVerfGE 12, 296 (1962). Over het recht van verdediging: *Institutionele Verbintenis*,  
10.02.1960, BVerfGE 10, 302.

(74) Deze politiek kwam het duidelijkst tot uiting in de periode vlak na de Tweede Wereld-  
oorlog, toen de vrees voor het Communisme nog groot was. Partijen die een duidelijk en  
actueel gevaar voor de nieuwe democratie betekenden, kregen het *Parteiverbot* opgelegd. Dat  
was het geval met de Sozialistische Reichspartei (1953) en met de Kommunistische Partei  
(1956).

(75) "Discours prononcés à l'occasion de la séance solennelle d'Installation de la Cour d'Ar-  
bitrage", *Adm. Publ.*, 1984, p. 248-251; LALLEMAND, R., "La Cour d'Arbitrage", *Jour-  
nal des Procès*, 13 mai 1983, p. 14; VELAERS, J., "Morgen het Arbitragehof", *ibidem*.

(76) DELPEREE, F., "Cour d'Arbitrage", *Liber Amicorum R. Senelle*, Brugge, Die Keure,  
1986, p. 41.

(77) Verslag namens de Commissie voor de Herziening van de Grondwet en de Hervorming  
van de Instellingen, uitgebracht door Mevr. Herman-Michielsens en de Heer Lallemand,  
*Parl. Stukken*, Senaat, 1982-1983, nr. 246, p. 28 en 53-54.

cipe de residuaire bevoegdheden, de federale Unie de toegewezen (78). In een dergelijke situatie is een gezaghebbende, onafhankelijke instantie noodzakelijk, die zowel op het vlak van de scheiding der machten als op het vlak van de machtsverdeling in verticale zin, de grondwetstoetsing door voert. België bevindt zich voorlopig nog niet in het stadium waarin de Gemeenschappen en de Gewesten op een dergelijke onafhankelijkheid aanspraak zouden kunnen maken. Alhoewel de staatsvormingen van 1970 en 1980 de invoering van een scheidsrechter m.b.t. de bevoegdheidsverdeling onafwendbaar hebben gemaakt, zal de noodzaak van een verdere evolutie naar een volwaardig grondwettelijk hof pas beginnen doorwegen bij een verder doorgedreven federalisering van de staat.

Wat de fundamentele rechten en vrijheden betreft zijn er ook verschilpunten aan te geven. De gewaarborgde grondrechten nemen in de Duitse grondwet en in de Amerikaanse Bill of Rights, zij het om verschillende redenen, een veel fundamenteler plaats in dan in de Belgische grondwet. In de Verenigde Staten zijn de oprichting van de Federatie en het opstellen van de Federale grondwet het einde geweest van een lange strijd voor onafhankelijkheid tegen de Britse overheersing. De Federale grondwet werd aangenomen in 1787; de bescherming van de grondrechten van de burgers ten opzichte van de eventuele machtsmisbruiken van de Staat was één van de hoofdbekommernissen voor de opstellers van de Constitutie. Zij hebben dit bewerkstelligd door enerzijds de nadruk te leggen op een doorgedreven scheiding der machten en anderzijds in 1791 de Bill of Rights goed te keuren (79). Het was dan ook essentieel dat de bescherming van deze garanties verzekerd zou worden.

In de Duitse Bondsrepubliek moet men de huidige grondwet, die dateert van 1949, zien in het licht van een voorafgaande fascistische periode, gedurende dewelke Hitler op schandalige wijze met de Rechten van de Mens heeft gespeeld (80).

In België heeft de eis tot een volwaardige bescherming van de rechten van het individu nooit dergelijke proporties aangenomen.

Bovendien is het in de Belgische rechtsorde, sinds het arrest *Franco-Suisse Le Ski* (81), zo dat internationale verdragen die in België zijn geratificeerd, door de burger voor de nationale rechter kunnen ingeroepen worden, voor zover ze rechtstreeks voor hem rechten en plichten doen ontstaan. Dienengevolge kan elke Belg die zich onrechtmatig in zijn rechten gekrenkt

(78) GORLE, F., BOURGEOIS, G. en BOCKEN, H., *o.c.*, p. 261 nr. 548.

(79) GORLE, F., BOURGEOIS, G. en BOCKEN, H., *o.c.*, p. 262 nr. 549.

(80) GORLE, F., BOURGEOIS, G. en BOCKEN, H., *o.c.*, p. 148-149, nr. 259-261; PERIN, F. en PLUYMEN, A., "Primauté du droit fédéral: 'Bundesrecht bricht Landesrecht', Une controverse en droit belge?", *J.T.*, 1983, 17.

(81) Cass. 27 mei 1971, *Belgische Staat v. N.V. 'Fromagerie Franco-Suisse Le Ski'*, *Arr. Cass.*, 1971, 959, *Pas.*, 1971, I, 886 met concl. Proc. Gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH, R. W., 1972-1973, 424, noot X, *Cab. Dr. Eur.*, 1971, 561, met noot PESCATORE, P.

voelt, de rechtstreeks werkende bepalingen van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens inroepen, die inhoudelijk grotendeels overeenstemmen met de rechten en vrijheden die men in de grondwet terugvindt (82).

#### § 4. DE EVENTUELE BEVOEGDHEIDSUITBREIDING VAN HET ARBITRAGEHOF

##### A. De afbakening van de onderscheiden bevoegdheden van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten in België

20. Het Arbitragehof kan in die mate een gespecialiseerd grondwettelijk hof worden genoemd dat het bevoegd is wetten en decreten te toetsen aan de grondwettelijke regels die de bevoegdheden van de nationale wetgever, de Vlaamse Raad, de Waalse Gewestraad, de Franse Gemeenschapsraad en de Raad van de Duitstalige Gemeenschap omschrijven. De Gemeenschaps- en Gewestraden hebben in principe toegewezen bevoegdheden, de nationale wetgever de residuaire bevoegdheid. Voor heel wat materies zijn er echter uitzonderingen op de toegewezen bevoegdheden ten voordele van de nationale wetgever, waardoor de residuaire bevoegdheden op dat vlak dan weer toekomen aan de Gemeenschappen en de Gewesten (83).

De vaak algemene omschrijvingen van de respectieve bevoegdheden (84), het principe van de *implied powers* van de deelentiteiten in artikel 10 van de wet van 8 augustus 1980, en de polemiek rond het al dan niet open of gesloten karakter van de bevoegdheidsafbakening (85), leiden ertoe dat het Arbitragehof in heel wat zaken belangrijke knopen moet doorhakken.

Zo wacht de rechtswereld met spanning af of het Arbitragehof van de mogelijkheid voorzien in artikel 15 §1b van de wet van 28 juni 1983 gebruik zal maken om een onderscheid te maken tussen twee vormen van conflicten, zijnde de eigenlijke bevoegdheidsoverschrijdingen en de 'normenconflicten' (86).

De beste oplossing lijkt wel een pragmatische benadering. Het probleem waarbij twee wetgevende vergaderingen zich bevoegd achten voor een zelfde materie moet hoe dan ook opgelost worden. Zelfs wanneer er geen

(82) MARESCAU, M., "De directe werking van het Europees Gemeenschapsrecht", *Europese Monografieën*, Deventer, Kluwer, 1978, p. 213.

(83) Zie bijvoorbeeld artikel 5 §1 en artikel 6 §1, V van de wet van 8 augustus 1980 houdende bijzondere wet tot hervorming van de instellingen; PERIN, F. en PLUYMEN, A., *art. cit.*, p. 19.

(84) Bijvoorbeeld de gewestelijke aspecten van de kredietpolitiek, artikel 6 §1, VI, of gewestelijke aspecten van de energie, artikel 6 §1, VII.

(85) GILLET, E., *o.c.*, p. 23 et seq.; MOUREAUX, S., en LAGASSE, J.-P., *La Cour d'Arbitrage, Juridiction Constitutionnelle*, Brussel, Larcier, 1984, p. 57 et seq.; VELAERS, J., *Het Arbitragehof*, p. 25 et seq.

(86) DELPEREE, F., "Cour d'Arbitrage", *ibidem*, p. 42-43.

onbetwistbare overschrijding van bevoegdheid kan worden geconstateerd, zal uiteindelijk slechts een van de vergaderingen haar wil kunnen opleggen. Het is bovendien waarschijnlijk dat het de bedoeling van de wetgever was om, in de mate van het mogelijke, tot een sluitende bevoegdheidsverdeling te komen (87). Dit blijkt uit de voorbereidende werken van artikel 59 bis §8 en artikel 107 ter van de grondwet (88), maar kan ook afgeleid worden uit de geest van het gehele systeem van bevoegdheidsverdeling. Men kan de grondwetgever er immers moeilijk van verdenken een dergelijke gedetailleerde bevoegdheidsafbakening te hebben willen uitwerken, met de wetenschap dat er zich heel wat gevallen zouden voordoen waar die grenzen volledig zouden vervagen, zonder hiervoor een oplossing te voorzien.

Elk conflict tussen wet en decreet, of tussen decreten onderling, moet bijgevolg herleid worden tot een miskennis van de exclusieve bevoegdheidsregeling.

De valse noot in artikel 15 §1b moet opgevat worden als een compromisoplossing (89): de tegenstellingen tussen de voorstanders van het open systeem en die van het gesloten systeem, waren onverzoenbaar. De wetgever heeft daarom besloten de oplossing aan het Arbitragehof over te laten.

Toch is de interpretatievrijheid van het Hof, wegens de tamelijk uitvoerige omschrijving van de bevoegdheden, in omvang beperkt. Daar waar in de Verenigde Staten de constitutie slechts enkele algemene hoofdlijnen m.b.t. de bevoegdheidsomschrijving bevat en de evolutie van de rechtspraak van de Supreme Court bijgevolg een belangrijke rol speelt in de mate waarin de federale Unie op de deelstaten prevaleert, mag men aannemen dat de taak van het Arbitragehof minder om het lijf heeft. Het eigen karakter van de Europees-Continental stelsels speelt hier een niet geringe rol in.

Bovendien is de draagwijdte van de bevoegdheden die tot nu toe aan de Gemeenschappen en Gewesten werd overgedragen, dermate beperkt, dat het Arbitragehof maar binnen bepaalde materies zijn rechtspraak zal kunnen uitbouwen.

## **B. De afbakening van de onderscheiden bevoegdheden van de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht**

21. De scheiding der machten wordt in België opgevat zoals in de Duitse Bondsrepubliek. De grondwetgever heeft geen stricte scheiding bewerkstelligd tussen de machten, maar eerder een systeem van machtsevenwichten uitgewerkt. Deze nuancering heeft voor gevolg dat de constitutionele machtsverdeling wel van openbare orde is (90), maar geen absoluut karakter

(87) VELAERS, J., *o.c.*, p. 49.

(88) Aanvullend advies van de Raad van State van 7 juli 1982, *Parl. Stukken*, Senaat, 1981-1982, nr. 246, p. 351-359.

(89) LALLEMAND, R., in *Parl. Hand.*, Senaat, 1982-1983, 28 april 1983, 1849.

ter heeft (91). De organen worden in de grondwet genoemd naar hetgeen hun hoofdfunctie, maar heel zeker niet hun enige functie is. Van de hoofdfunctie kan nooit afgeweken worden; maar de bijkomende functies creëren de ruimte die nodig is om de facto te fungeren.

Wordt de scheiding der machten voldoende gecontroleerd in België?

De nadere afbakening van het bevoegdheidsgebied van de uitvoerende macht behoort tot de taken van de rechter (92). Uit artikel 107 van de grondwet volgt immers dat, wanneer een uitvoeringsbesluit in tegenspraak komt met een wetsbepaling of de grondwet, dit besluit door de rechter niet wordt toegepast. Bovendien staat tegen dergelijk uitvoeringsbesluit beroep open bij de Raad van State, afdeling Administratie. Zowel de tekst als de geest van de grondwet vragen dat de hiërarchie der normen zou gerespecteerd worden.

Veel problemen rezen er niet in verband met de uitvoerende macht. De rechtsmiddelen om haar te controleren zijn immers voorhanden (93).

De moeilijkheden beginnen pas bij de omschrijving van de bevoegdheid van de wetgevende macht. Omdat er nergens in de grondwet een expliciete bepaling staat die de rechter bevoegd verklaart om wetten te toetsen aan de grondwet, heeft de wetgever zelf steeds die controle op zich genomen, met de gevolgen vandien. Het is in België, strikt juridisch gezien, perfect mogelijk een ongrondwettige wet te stemmen. Controle door de oppositie is steeds mogelijk, maar dat is een argument dat de juridische bezwaren moeilijk uit de weg kan ruimen. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens controleert ook de grondwettigheid van de wetgevende normen aan de Europese Constitutie, maar deze controle is beperkt tot de materies van het Europees Verdrag.

(90) GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., "L'ordre public et les droits de l'homme", *J.T.*, 1968, 659. Cass. 29 mei 1845, *Kerkfabriek Basse-Wavre v. Verhaeghen en cons.*, *Pas.*, 1846, I, 32; Cass. 19 juni 1851, *Gemeente Schaffen v. wvve. Maris*, *Pas.*, I, 330; Cass. 29 oktober 1931, *Société générale de Constructions immobilières à Ixelles v. Gemeente St.-Agatha Berchem*, *Pas.*, I, 271; Cass. 14 oktober 1940, *Maruet en cons. v. C. van Rymenant en cons.*, *Pas.*, I, 249; Cass. 2 mei 1946, *L. Jacobs v. S. Hermans*, *Pas.*, I, 168; Cass. 11 juni 1953, *Halmes-Arens v. Lennartz en cons.*, *Pas.*, I, 787; R.v.St., DE BARDEMAECKER, nr. 17245 van 28 oktober 1975.

(91) MAST, A., en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, 1983, p. 86: in de grondwet worden de organen genoemd "naar hetgeen nooit meer dan hun hoofdfunctie, maar heel zeker niet hun enige functie is". (Cursivering door ons).

(92) Art. 67 van de grondwet geeft slechts een zeer algemene aanduiding: "(De Koning) maakt de verordeningen en neemt de besluiten die voor de uitvoering van de wetten nodig zijn, zonder ooit de wetten zelf te mogen schorsen of vrijstelling van hun uitvoering te mogen verlenen".

(93) ALEN, A., *Rechter en Bestuur in het Belgische Publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, p. 804-866.

Om aan deze toestand te verhelpen hebben sommige rechtsgeleerden (94) er voor gepleit artikel 107 van de grondwet analogisch te interpreteren en de rechter ook de bevoegdheid te geven de wet aan de grondwet te toetsen. Deze theorie kent echter veel tegenstand (95).

De auteurs die de analogische interpretatie van artikel 107 verwerpen, steunen zich op de idee van de suprematie van de wetgevende macht (96), die niet zou toelaten dat de rechter een toetsing aan de grondwet mag doorvoeren (97). Er is echter geen enkel grondwettelijke bepaling die expliciet zegt dat de wetgevende functie meer zou inhouden dan de rechterlijke en uitvoerende functie, dus moeten de machten op voet van gelijkheid behandeld worden. De toetsing aan de grondwet wordt door geen enkele constitutionele bepaling vermeld. Deze lacune kadert in een constitutionele traditie, die stamt uit het Franse recht, en die veronderstelt dat de wetgever de grondwet respecteert. Als de facto blijkt dat dit laatste in bepaalde gevallen niet gebeurt, dan wordt de vraag naar een grondwettelijk hof, een gelegitimeerde vraag. De tegenstanders van de analogische interpretatie van artikel 107 kunnen zich troosten met de gedacht dat een constitutioneel hof niet strict tot de rechterlijke macht behoort, maar er boven uitstijgt, gezien het feit dat het ook de rechterlijke macht zelf moet beoordelen. Een constitutioneel hof kan men niet zomaar in de traditionele driemachtenleer inpassen.

Het probleem van de toetsing van de wetten en de decreten aan de grondwet stelt zich bijzonder scherp bij de controle op de uitvoeringsbesluiten die kracht van wet hebben, de zgn. *volmachtsbesluiten*. Hun dubbelzinnige positie - formeel zijn het KB.'s, inhoudelijk zijn het wetgeversnormen -

(94) BARZIN, M., "Du contrôle de la constitutionnalité des lois", *Med. Kon. Acad.*, dl. LII, 1966, p. 338; DE MEYER, J., noot bij cass. 3 mei 1974, *R. W.*, 1974-'75, 105; DUMON, F., "De toetsing van de grondwettelijkheid der wetten in vergelijkend recht gezien", *R. W.*, 1963-'64, 1396; GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., "Sécurité de l'état et liberté individuelle en droit comparé", *Rapports généraux au Sieme C.I.D.C.*, Brussel, 1960, deel II, nr. 91; VAN WELKENHUYZEN, A., "L'attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois", *J. T.*, 1974, 577 en 597; VELU, J., *Notes de droit public*, Brussel, Universitaire Pers, 1977, I, 186.

(95) DABIN, J., *Med. Kon. Acad.*, dl. LII, 1966, 347; DE VISSCHER, P., *Droit Public*, Leuven, Fac. de Droit, 1971, p. 344; ERRERA, P., *Traité de droit public belge*, Parijs, Giard et Brière, 1918, nr. 175; GIRON, A., *Dictionnaire de droit administratif et de droit public*, Brussel, Bruylant, 1895, v° Lois, nr. 3; LECLERCQ, M., "Un chapitre du droit constitutionnel des belges", *B. J.*, 1889, 1265; SUETENS, L.-P., noot onder Rb. Brussel 5 juni 1973, *R. W.*, 1973-'74, 1011; THONISSEN, J.J., *La Constitution belge annotée*, 1879, sub artikel 107 GW.; VAUTHIER, M., *Précis de droit administratif de la Belgique*, Brussel, Bruylant, 1952, nr. 602.

(96) MAST, A., en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, p. 91 nr. 67; zelfs de tegenstanders van de idee dat de drie machten niet gelijk zijn, geven toe dat de wetgevende macht door het Nationaal Congres bevoordeeld werd, cfr. LECLERCQ in ALEN, A., o.c., p. 885 in fine.

(97) ALEN, A., o.c., p. 884 nr. 467: de wet is de uitdrukking van de wil van het volk, die a priori grondwettelijk is.

is er de oorzaak van dat het het Hof van Cassatie tegenstrijdige uitspraken gevelde heeft in deze materies. Het arrest van 27 januari 1943 (98) poneerde de regel dat volmachtsbesluiten wél mogen getoetst worden aan de habilitatiewet, doch niet aan de grondwet. Dit arrest werd later tegengesproken door het feit dat het Hof van Cassatie zelf de toetsing aan de grondwet doorvoerde (99). Ook de Raad van State trouwens heeft in bepaalde arresten volmachtsbesluiten op hun grondwettelijkheid gecontroleerd (100). Nochtans blijft de rechtspraak, op lange termijn gezien, verdeeld; de rechtsleer vanzelfsprekend ook.

Ten laatste moet ook de uitoefening van de rechterlijke macht gecontroleerd worden; de basis van die controle is artikel 92 in combinatie met artikel 92 van de grondwet. De geschillen over burgerlijke rechten behoren bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken; de geschillen over de politieke rechten volgen datzelfde lot, maar de wet kan hierop uitzonderingen formuleren.

De afbakening in concreto van deze bevoegdheidssfeer is overgelaten aan het Hof van Cassatie. Dit Hof treedt immers in principe niet in de beoordeling van de feiten (101) maar toetst de in laatste aanleg gewezen vonnissen of arresten op hun (grond)wettigheid (102). Via de sanctie van de vernietiging waarborgt het Hof de naleving van de materiële en substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereisten. De arresten van het Hof van Cassatie helpen de grondwettelijke en wettelijke bepalingen verder uit te diepen (103). Hoewel principiële geen waarde van precedent wordt gehecht aan de rechterlijke uitspraken in België (artikel 6 van het Gerechtelijk Wetboek), moet men toch constateren dat van de uitspraken van het Hof van Cassatie - ook van de Raad van State trouwens - een groot gezag uit gaat (104).

22. In België zou een grondwettelijk hof welkom zijn en dit vooral omwille van het gebrek aan grondwettigheidstoetsing van de formele wet. De

(98) Cass. 27 januari 1943, *P.K. te Nijvel v. Malarmé en Jacques*, *Pas.*, I, 32.

(99) Cass. 3 mei 1974, *Le Compte v. Orde der Geneesheren*, *Arr. Cass.* 1974, 967 met conclusie Ganshof van der Meersch W.J.

(100) R.v.St. LORTHIOIR, nr. 15512 van 17 oktober 1972; R.v.St. GEMEENTE ETTERBEEK, nr. 18075 van 31 januari 1977; R.v.St. BRUSSELSE AGGLOMERATIE, nr. 18778 van 23 februari 1978; R.v.St. STAD ANTWERPEN, nr. 22182 van 6 april 1982.

(101) Artikel 95 van de grondwet, concreet uitgewerkt door de Wet van 4 augustus 1832 tot regeling van de bevoegdheid van het Hof van Cassatie.

(102) RIGAUX, F., *La nature du contrôle de la Cour de Cassation*, Brussel, Bruylant, 1966, p. 75 et seq.; p. 141 et seq.

(103) Cass. 21 december 1956, *Belgische Staat, minister van financiën v. Trine*, *Pas.*, 1957, I, 430.

(104) Cass. 27 november 1952, *Pas.*, 1953, I, 189; Cass. 16 december 1965, *Pas.*, 1966, I, 513; R.v.St. LAUNOIS, nr. 3084 van 21 januari 1954; R.v.St. COLLEGE DER HEILIGE DRIEVULDIGHEID, nr. 6374 van 20 juni 1958; R.v.St. PETIT, nr. 9225 van 6 maart 1962; R.v.St. LOCQUET nr. 9301 van 10 april 1962.

enige rem op de wetgevende bevoegdheidsuitoefening, is de controle door de oppositie en door het Hof van Straatsburg. Dit laatste is echter beperkt door de draagwijdte van het Verdrag zelf. Bovendien is een uitspraak van het Hof niet afdwingbaar in de Lid-staten. Recente voorbeelden in België getuigen daarvan (105).

Tenslotte is de situatie van de rechterlijke macht ook niet probleemloos. Het komt erop neer dat die macht de beperkingen aanvaardt die zij zelf wenst; het Hof van Cassatie is een integraal deel van de rechterlijke macht; in geschillen omtrent de bevoegdheid van die macht, is het tegelijk rechter en partij. De rechtbanken in het algemeen hebben op het punt van de grondwettigheidstoetsing hun eigen bevoegdheid afgebakend door interpretatie van de afwezigheid van een bepaling betreffende de grondwettelijkheidstoetsing van de wetgevende handelingen. Ook hier zou een taak weggelegd zijn voor een onafhankelijk orgaan: een grondwettelijk hof.

### C. De afbakening van de bevoegdheden van de overheid ten aanzien van de rechten en vrijheden van het individu

22. Het is vooral met het oog op de bescherming van de rechten en vrijheden die gegarandeerd zijn in Titel II van de Belgische Grondwet dat de bevoegdheidsuitbreiding van het Arbitragehof naar een Grondwettelijk Hof in de toekomst in het vooruitzicht wordt gesteld.

Reeds voor de oprichting van het Arbitragehof is, n.a.v. de polemiek rond de rechterlijke toetsing aan de grondwet, door menig auteur op het irrationele en onlogische van de huidige situatie gewezen (106). België heeft een grondwet die toch nog altijd het fundamentele handvest van de constitutionele ordening is, en als zodanig ook de meest inherente rechten die elk individu moet kunnen genieten, waarborgt. Deze rechten en vrijheden werden in 1831 als zo elementair beschouwd, dat zij vooraan in de grondwet werden opgenomen. Is het dan ook niet normaal dat elk individu zich, in elk geval, rechtstreeks op deze bepalingen zou kunnen beroepen?

Het gebrek aan logica treedt des te meer op de voorgrond door het feit dat de meeste van deze bepalingen ook geformuleerd zijn in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, waarvan de naleving niet alleen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, maar ook voor de nationale rechter kan afdwongen worden (107). Bovendien erkent het

(105) E.H.R.M. 13 juni 1979, *Marckx v. België*, *Publ. Cour Eur. D.H., Série A*, vol. 31, waar België veroordeeld werd omwille van zijn discriminerende wetgeving. Anno 1987 is er nog altijd niets aan die wetgeving veranderd.

(106) BOUCQUEY, Y., "Pour une cour constitutionnelle en Belgique", *La Revue Nouvelle*, 1974, nr. 2, p. 173; GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., conclusie bij Cass. 3 mei 1974, *R. W.*, 1974-'75, 87.

(107) Cass. 27 mei 1971, *Belgische Staat v. N.V. 'Fromagerie Franco-Suisse Le Ski'*, *Arr. Cass.*, 1971, 959, *Pas.*, 1971, 1, 886, *R. W.*, 1971-'72, 424, met noot X, *Cah. Dr. Eur.*, 1971, 561, met noot PESCATORE, P.; BOSSUYT, "The direct applicability of internatio-



Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de grondrechten als een impliciet onderdeel van de Communautaire Constitutie, en pleegt het ze te handhaven door gebruik te maken van de techniek van de algemene rechtsbeginselen van de E.G. (108).

De afdwingbaarheid van de grondrechten op internationaal vlak heeft natuurlijk ook als gevolg gehad dat de lacune van de rechtsbescherming op het nationale vlak in België, niet zozeer gevoeld werd. Nochtans zijn er bij die internationale rechtsbescherming enkele bedenkingen te maken.

De verwoording van de rechten en vrijheden in de volkenrechtelijke verdragen is wel omvangrijker, maar de omschrijvingen zijn soms ook vager en algemener dan in de Belgische grondwet. Daardoor bieden zij dan minder houvast (109).

De vaagheid van de volkenrechtelijke waarborgen brengt bijkomende problemen in verband met de interpretatie op nationaal niveau. De suprematie van het internationaal recht is aanvaard in België (110). Doch in de interpretatie van de verdragen is de rechter volkomen vrij. De Belgische interpretatie van de bepalingen van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens is soms restrictiever dan die van het Europees Hof (111).

De procedure voor het Europees Hof heeft overigens nadelen. Eerst moeten de nationale rechtsmiddelen uitgeput zijn. De gerechtelijke achterstand in België en de groeiende achterstand in het E.H.R.M., maken dat, om een recht beschermd te zien, een procedure van ettelijke jaren nodig is. Hierdoor verliest de bescherming veel van haar waarde. Tenslotte is de uitspraak van het Hof niet afdwingbaar t.o.v. een staat. Het Verdrag vergt wel dat een arrest van Straatsburg nageleefd wordt, maar voorziet niet in echte dwangmiddelen (112).

nal instruments on human rights", *B.T.I.R.*, 1980, 317 et seq.

(108) TOTH, A.G., *Legal protection of individuals in the European Communities*, Oxford, North-Holland Publishing Company, 1978, p. 11-18; VAN GERVEN, W., "Algemeen overzicht van de beroepsmogelijkheden van particulieren" in *De individuele rechtsbescherming in de Europese Gemeenschappen*, postdoctorale leergang 1965-'66, Antwerpen, S.W.U., 1967, p. 9-22; H.v.J., 13 juni 1958, *Compagnie des hauts fourneaux de Chasse*, nr. 15/57, *Jur.* 1958, 169; H.v.J. Defrenne, 25 mei 1971, nr. 80/70, *Jur.* 1971, 445; H.v.J. Fédéchar, 16 juli 1956, nr. 8/55, *Jur.*, 1955-'56, 215; H.v.J., *Groupement des Hauts Fourneaux t. Hoge Autoriteit*, 21 juni 1958, nr. 8/57, *Jur.*, 1957, 239; H.v.J. Hoogovens t. Hoge Autoriteit, 12 juli 1962, nr. 14/61, *Jur.*, 1962, 513; H.v.J. Nold, 20 maart 1974, nr. 4/73, *Jur.*, 1974, 491; H.v.J. Rutili, 28 oktober 1975, nr. 36/75, *Jur.*, 1975, 1219; H.v.J., *Stander t. Stadt Ulm*, 12 november 1969, nr. 29/69, *Jur.*, 1969, 419; H.v.J. Töpfer & Getreide Import t. Commissie, 1 juli 1965, nrs. 106 en 107/63, *Jur.*, 1965, 507; H.v.J. Watson and Belmann, 7 juli 1976, nr. 118/75, *Jur.*, 1976, 1185.

(109) VAN IMPE, H., "Is het wenselijk in België een grondwettelijk hof op te richten?", *T.B.P.*, 1986, 113.

(110) Zie vn. 114.

(111) Cass. 21 januari 1982, *R.W.*, 1982-83, *J.T.*, 1982, 438.

(112) Zie vn. 112; DE MEYER, J., *Preadvies. Toepassing van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens in België*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1985, p. 23 et seq.

Ook de rechtsbescherming van het Hof van Justitie van de E.G. heeft haar beperkingen. Klachten over rechten en vrijheden kunnen nooit rechtstreeks voor het Hof gebracht worden, omdat de functie van het Hof erin bestaat in eerste instantie de Europese integratie te bewerkstelligen. Bescherming van rechten en vrijheden kan maar occasioneel gebeuren.

23. Deze bedenkingen tonen aan dat op het gebied van de bescherming van de grondrechten, de uitbreiding van het Arbitragehof een welkome aanvulling zou betekenen (113). De uitbreiding van de bevoegdheid van het Arbitragehof naar een toetsing van de grondwettelijke regels m.b.t. de rechten en vrijheden is eigenlijk een kleine stap. Wie het toetsingsrecht afwijst argumenteert gewoonlijk dat de betreffende grondwettelijke bepalingen een 'politiek' karakter hebben, dat hen ongeschikt maakt voor beoordeling door de rechter (114). De interpretatie van de rechten en vrijheden kan politiek getint zijn, maar zal nauwelijks meer politieke implicaties hebben dan de interpretatie van elke andere door de overheid uitgevaardigde rechtsregel (115).

24. Tenslotte zou men zich de vraag kunnen stellen, in welke mate het Arbitragehof, binnen de beperkte bevoegdheden die het nu bezit, toch zal pogen een controle op de bescherming van de rechten en vrijheden in te bouwen. Gezien de duidelijke omschrijving in de wet van 28 juni 1983, zou een dergelijke poging zeker een overschrijding van bevoegdheid uitmaken. Het korte bestaan van het Arbitragehof heeft trouwens voor gevolg dat het nog onder nieuwsgierig toezicht staat van de wetgevende macht en de rechtsleer. De geloofwaardigheid van de arresten zal bijgevolg, in deze beginfase, enkel gediend zijn met voorzichtige uitspraken die uitgaan van de expliciet toegekende bevoegdheden.

(113) H.v.J. Plaumann, 15 juli 1963, nr. 25/62, *Jur.*, 1963, 209. Andere beperkingen vindt men in H.v.J. Sgarlata, nr. 40/64, *Jur.*, 1965, 215; H.v.J. Storck, 4 februari 1959, nr. 1/58, *Jur.*, 1958-'59, 43; H.v.J. Internationale Handelsgesellschaft, 17 december 1970, nr. 11/70, *Jur.*, 1970, 1125. Volgens de Schutznormtheorie kan diegene die ingevolge een schending van een wettelijk voorschrift door een ander schade ondervindt, de schadeverwekker slechts aanspreken als het overtreden voorschrift tot doel had de categorie van personen waartoe de schadelijder behoort, te beschermen (dan wel rechtstreeks het openbaar belang op het oog heeft).

(114) DELVA, J., "Actualiteit van de confrontatie van de rechter met de toetsing van de wet aan de grondwet", *T.B.P.*, 1978, 179-395; RIMANQUE, K., "Overwegingen n.a.v. het Cassatiearrest van 3 mei 1974", *T.B.P.*, 1974, 255-271; id., "Het vraagstuk van de rechterlijke toetsing van de grondwettigheid van de wetten. Synthese van een actuele kwestie", *R.W.*, 1974-'75, 1871-1886; SUETENS, L.-P., "De toetsing van de wet aan de grondwet", *R.W.*, 1973-'74, 1011-1016; id., "Gerechtelijke toetsing van de wet en het constitutionaliiteitsprobleem van wetten met regionaal toepassingsgebied", *R.W.*, 1974-'75, 1723.

(115) VEKEMAN, R., "En nogmaals de toetsing van de wet aan de grondwet", *T.B.P.*, 1980, 324.

De reeds gevelde arresten van het Arbitragehof, m.b.t. dit probleem, bevestigen deze terughoudende opvatting (116).

## BESLUIT

25. Reeds voor de kiemen van een federale structuur in België zichtbaar werden, was een grondwettigheidstoetsing van de wet gerechtvaardigd en ook noodzakelijk. Er is geen enkele bepaling in de grondwet - ook niet artikel 107, dat als de weerspiegeling van het algemeen principe van de hiërarchie der normen moet gelezen worden - die een dergelijke conformiteitscontrole verbiedt (117).

Het voorrecht, daarentegen, dat de wetgevende macht zich nog in grote mate toeëigent om op deze overeenstemming toe te zien, vindt geen legitimatie in de grondwet. De belangrijkste eigenschap van een grondwet is juist dat zij de meest elementaire grondslagen van een rechtstaat in zich houdt en daarom heeft zij als intrinsiek karakter dat zij elke andere norm overstijgt.

Alhoewel het aan de wetgevende kamers toekomt de grondwet te herzien, via een van voldoende garanties voorziene procedure (118), zijn de drie machten op dezelfde wijze aan de bepalingen van dit handvest onderworpen. Uit artikel 25 van de grondwet volgt immers dat het principe van de soevereiniteit van de natie maar tot uitdrukking kan komen wanneer de activiteiten van de drie machten op hun grondwettelijkheid worden gecontroleerd (119).

Op grond van het principe van de *checks and balances* is het niet ondenkbaar dat de rechterlijke macht de bevoegdheid zou hebben om de grondwettigheidstoets door te voeren.

De beslissingen die moeten worden genomen, hebben, ook al worden ze in rechte genomen en juridisch gemotiveerd, in de meeste gevallen een politieke weerslag. Recht spreken m.b.t. dergelijke problemen zal maar zin hebben wanneer de oplossingen door de betrokken partijen zullen worden aanvaard. De rechtsprekende instantie zal dan ook op het respect en hoog aanzien moeten kunnen rekenen van diegenen die aan haar jurisdictie onderworpen zijn (120). In die zin is het overlaten van de grondwettelijk-

(116) \*A.H., arrest 10 sept. 1985

\*A.H., arrest 25 maart 1986.

\*A.H., arrest 29 januari 1987.

(117) VAN WELKENHUYZEN, A., "L'attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle de la constitutionnalité des lois", *J.T.*, 1974, 590.

(118) Titel VII van de grondwet.

(119) MOUREAUX, L., "Remarques sur le contrôle de la constitutionnalité des lois", *Adm. Publ.*, 1976-'77, 26.

(120) DAUBIE, C. en LEJEUNE, Y., "Une Cour Constitutionnelle en Belgique", *Revue Générale*, 1974, 10.

heidstoetsing aan een autonoom grondwettelijk hof wel de beste oplossing.

25. Het Arbitragehof, waarvan de samenstelling als een eerste compromisoplossing kan beschouwd worden die het vertrouwen van de wetgevende macht in haar scheidsrechterlijke taak reeds versterkt, en waarvan de oprichting rechtstreeks door de grondwet zelf gebeurde, is goed op weg om een volwaardig constitutioneel hof te worden (121). De overheveling van de verticale afbakeningsbevoegdheid van de Raad van State naar het Arbitragehof is de eerste stap geweest. De verdere evolutie wordt in de hand gewerkt door het feit dat de wetgevende macht zelf een persoonlijke interpretatie mag geven aan de grondwettelijke bepalingen (met uitzondering van die bepalingen die over de bevoegdheidsverdeling spreken) (122). Het spreekt vanzelf dat de uitspraken van het Arbitragehof - ook met zijn huidige, beperkte bevoegdheden - politiek zijn. Het Hof is immers méér dan alleen maar een van de hoogste rechtsinstanties. Het valt moeilijk in te passen in de traditionele trias-politica - leer. Het is juist de taak van het Hof de drie machten op hun plaats te zetten. Juridisch gezien stellen zich hier geen problemen.

Sommigen vrezen dat wij in België zullen vervallen in een *Gouvernement des Juges* wanneer wij het Arbitragehof een ruimere bevoegdheid toekennen. Die vrees is hier echter veel minder gerechtvaardigd dan in de Verenigde Staten, omdat de grondwettelijke bepalingen nogal gedetailleerd zijn (123).

Er zijn dus argumenten om in België een grondwettelijk hof op te richten. Het feit dat het Arbitragehof reeds een beperkte grondwetscontrole doorvoert, maakt het aannemelijk dat de wetgever niet nog een apart hof zou oprichten, maar de bevoegdheid van het Arbitragehof gewoon zou uitbreiden. Deze uitbreiding past perfect in de lacunes die er op dit ogenblik nog bestaan. De volgende stap in de hervorming van de instellingen kan de bekrachtiging van deze gedachte worden.

(121) DELPEREE, F., "Cour d'Arbitrage", *Liber Amicorum R. Senelle*, p. 41.

(122) Welke die bepalingen zijn, komt niet duidelijk tot uiting in de rechtsleer. Wellicht gaat het over de grondwettelijke rechten en vrijheden.

(123) VAN WELKENHUYZEN, A., *o.c.*, p. 606.