

# NOOT - VAN GRONDWETTIGHEIDSBEOORDELING VAN DE BIJZONDERE MEERDERHEIDSWET TOT GERESERVEERDE MATERIES EN "IMPLIED POWERS"

*Pascal Van Hove*

*Onder wetenschappelijke begeleiding  
van Prof. A. ALEN.*

## **I. ARBITRAGEHOF ARREST 8/90 VAN 7 FEBRUARI 1990.**

### **A. ONDERWERP.**

Bij een in de Duitse taal opgesteld verzoekschrift van 10 februari 1989, bij ter post aangetekende brief dezelfde dag aan het Hof verzonden, en ter griffie ontvangen op 13 februari 1989, vraagt Norbert SCHOLZEN, vice-voorzitter van de Raad van de Duitstalige Gemeenschap woonachtig te Eupen, Lascheterfeld 5, de vernietiging van

- artikel 1 en artikel 4, §§ 1 en 2, van de wet van 8 augustus 1988 tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen ;

- de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten, inzonderheid artikel 28,

- althans in zover deze artikelen aan de Duitstalige Gemeenschap de bevoegdheid en de middelen inzake bescherming van monumenten en landschappen onttrekken en ze naar het Waalse Gewest overhevelen.

### **B. DE RECHTSPLEGING.**

(...)

### **C. IN RECHTE.**

(...)

#### **1. Ten aanzien van de bevoegdheid van het arbitragehof.**

**B.1.** De verzoekende partij vordert de vernietiging van de artikelen 1, §1, en 4, § 1, van de wet van 8 augustus 1988 tot wijziging van de

bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instelling, enerzijds, en van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten, inzonderheid artikel 28, anderzijds, "althans in zoverre deze artikelen aan de Duitstalige Gemeenschap de bevoegdheid en de middelen inzake bescherming van monumenten en landschappen onttrekken, en ze naar het Waalse Gewest overhevelen".

Zowel de Ministerraad als de Waalse Gewestexecutieve betwisten dat het Hof kennis kan nemen van voormelde bevoegdheids-verdelende bepalingen.

**B.2.1.** Krachtens artikel 107ter van de Grondwet en artikel 1 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 doet het Arbitragehof, bij wege van arrest, uitspraak op de beroepen tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van een wet, een decreet of een in artikel 26bis van de Grondwet bedoelde regel wegens schending van :

1° de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten ; of

2° de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet.

**B.2.2.** Artikel 107ter van de Grondwet maakt geen onderscheid tussen gewone wetten en bijzondere wetten ; in beginsel is het Arbitragehof derhalve bevoegd beide soorten van wetten te toetsen aan de grondwettelijke bevoegdheidsregels, enerzijds, en aan de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet, anderzijds.

**B.2.3.** Artikel 107ter, tweede lid, 2°, van de Grondwet duidt aan dat de toetsing van de wetten, decreten en ordonnanties aan de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet algemeen is : het Hof is bevoegd om al die normen - met inbegrip van de krachtens de Grondwet vastgestelde bevoegdheidsregels - te toetsen op hun overeenstemming met de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet.

**B.2.4.** De wettelijke bepalingen die krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten vormen - met de bij de Grondwet zelf vastgestelde bevoegdheidsverdelende regels - de referentienormen ten aanzien van wetten, decreten en ordonnanties. Hieruit vloeit voort dat dergelijke wettelijke bepalingen door het Hof moeten worden beoordeeld op hun overeenstemming met de in de Grondwet zelf opgenomen bevoegdheidsregels.

Mochten die wetten, als referentienormen, aan deze grondwettigheidstoetsing ontsnappen, dan zouden wetten, decreten en ordonnances die op grond van die normen zijn aangenomen er trouwens ook aan ontsnappen; er zouden geen garanties zijn dat de verschillende wetgevers hun grondwettelijke basisbevoegdheid zouden in acht nemen.

**B.3.** Tenslotte beoordeelt het Hof de overeenstemming van de wettelijke bepalingen die krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten, én met de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet, enerzijds, én met de door de Grondwet vastgestelde regels voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten, anderzijds.

(...)

## II. NOOT.

### A. INLEIDING.

**1.1.** In het geannoteerde arrest stelt het Arbitragehof -alvorens het beroep te verwerpen wegens gebrek aan belang - dat zowel de bijzondere meerderheidswetten in het algemeen als de bevoegdheidsverdelende (bijzondere of gewone) wetten kunnen worden beoordeeld op hun overeenstemming met de Grondwet. Dit is zonder meer een uiterst belangrijke overweging, die wij in onze commentaar willen beoordelen in het licht van de uiteenlopende standpunten die daaromtrent zowel in de rechtsleer als in de politieke wereld werden geformuleerd.

**1.2.** Daarna stellen wij ons de delicate vraag op welke manier deze uitspraak kan worden ingepast in de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de gereserveerde materies en de *implied powers*, waarin verscheidene auteurs een impliciete weigering hebben gelezen om de wetten tot hervorming der instellingen te toetsen aan de bevoegdheidsverdelende regels die in de Grondwet zelf zijn opgenomen <sup>1</sup>.

### B. GRONDWETTIGHEIDSBEOORDELING VAN BIJZONDERE MEERDERHEIDSWETTEN.

**2.1.** M. SCHOLZEN, ondervoorzitter van de Raad van de Duitstalige Gemeenschap, stelde op 10 februari 1989 een vernietigingsberoep in bij het Arbitragehof tegen de bepalingen van de bijzondere wetten van 8

( 1) CEREXHE, G., *Les compétences implicites et leur application en droit belge*, Bruylant, Brussel, 1989, 374: "Dans ce cas, certaines dispositions de la loi spéciale sont constitutionnelles mais la Cour n'a pas à s'en préoccuper."

augustus 1988 tot hervorming der instellingen en van 16 januari 1989 tot financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten die de overheveling van de bevoegdheden inzake monumenten en landschappen van de Duitstalige Gemeenschap naar het Waalse Gewest impliceren <sup>2</sup>.

De verzoeker voert vooreerst aan dat de bijzondere wetgever door het onttrekken van deze aangelegenheid aan de Gemeenschappen, het begrip "culturele aangelegenheden" in de zin van artikel 59bis, §2, 1<sup>o</sup>, en artikel 59ter, §2, 1<sup>o</sup>, van de Grondwet heeft miskend en, door ze vervolgens toe te wijzen aan de Gewesten, ook artikel 107quater, tweede lid, van de Grondwet heeft geschonden (A.12.a).

Een tweede middel wordt afgeleid uit de schending van artikel 6 van de Grondwet ten nadele van de Duitstalige Gemeenschap (A.12.b) <sup>3</sup>.

Op die manier werd het Arbitragehof voor het eerst verzocht om zich uit te spreken over een mogelijke toetsing van bijzondere meerderheidswetten zowel aan de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet, als aan de door de Grondwet vastgestelde regels voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten.

2.2. Zeer algemeen merkt het Arbitragehof vooreerst op dat artikel 107ter Gw. geen onderscheid maakt tussen wetten naargelang de voor hun totstandkoming vereiste meerderheden (B.2.2). Een bijzondere wet is, zoals een gewone formele wet, het resultaat van een gezamenlijk optreden van de drie takken van de nationale wetgevende macht <sup>4</sup> en het feit dat haar totstandkoming een bijzondere meerderheid vereist, laat het Arbitragehof niet toe tot zijn onbevoegdheid te besluiten.

Om de toetsing aan de in de Grondwet opgenomen bevoegdheidsverdelende regels te staven, had het Hof dit argument nochtans beter uitdrukkelijk verruimd tot artikel 1 van de bijzondere organieke wet van 6 januari 1989, dat het Arbitragehof expliciet machtigt om uitspraak te doen over de schending door een wet, een decreet of een ordonnantie "van de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het

---

( 2 ) Met name de artikelen 1 en 4, §§ 1 en 2 van de wet van 8 augustus 1988 tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en artikel 28 van de bijzondere wet van 16 januari 1989.

( 3 ) "De verzoeker is immers van oordeel dat de twee voornaamste Gemeenschappen, door de techniek van de bijzondere meerderheid, de regionalisering van de monumenten en landschappen hebben kunnen goedkeuren, terwijl dat niet het geval is geweest voor de Duitstalige Gemeenschap.

De verzoeker wijst er ook op dat de personen die in de Franse en de Vlaamse Gemeenschap belangstelling hebben voor de aangelegenheid monumenten en landschappen via hun Gewest kunnen blijven optreden, terwijl zulks niet mogelijk is voor de Duitstalige Gemeenschap die zelf niet over een eigen Gewest beschikt."

( 4 ) Art. 26 Gw.

bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten", terwijl artikel 107ter van de Grondwet het enkel heeft over de regeling van conflicten tussen wetskrachtige normen onderling <sup>5</sup>.

Toetsing van alle wetten, ongeacht hun vorm ('bijzonder' of 'gewoon') en ongeacht hun inhoud (bevoegdheidsverdelend of niet), aan de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet, kan wel rechtstreeks worden afgeleid uit de bewoordingen van artikel 107ter, §2, tweede lid, 2° Gw. (B.2.3), luidens hetwelk het Hof uitspraak doet over de "schending door een wet, een decreet of een in artikel 26bis bedoelde regel van de artikelen 6, 6bis en 17" van de Grondwet.

2.3. In beginsel zijn dus alle wetten zonder onderscheid onderworpen aan de dubbele grondwettigheidstoetsing van het Arbitragehof. Nochtans is de parlementaire voorbereiding geenszins eenduidig. Bij de voorbereiding van de organieke wet van 1983 werd de bevoegdheid van het Arbitragehof ten aanzien van "communautaire wetten" nooit in twijfel getrokken. In het verslag van de Senaatscommissie staat te lezen: "Be-roep tot nietigverklaring schijnt ook mogelijk te zijn van een wet, aangenomen bij gekwalificeerde meerderheid, die de bevoegdheden van de gewesten en de gemeenschappen zou opsommen of verdelen met schending van de regels voorgeschreven door de artikelen 59bis en 107quater; dit zou bijvoorbeeld het geval zijn met een wet die aan de gewesten bevoegdheden toekent voor aangelegenheden als bedoeld in de artikelen 23 en 59bis van de Grondwet, wat uitdrukkelijk verboden is door artikel 107quater. Die wet zou kunnen worden vernietigd door het Arbitragehof, wegens schending van een regel die door de Grondwet is vastgesteld voor het bepalen van de respectieve bevoegdheden van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten" <sup>6</sup>.

Veel minder duidelijk en overwegend negatief zijn de standpunten bij de bespreking van de bijzondere wet van 6 januari 1989 in de Senaat. Minister van Institutionele Hervormingen MOUREAUX meende dat het toetsingsrecht van het Arbitragehof beperkt is tot de gewone wetten, decreten en ordonnanties <sup>7</sup>.

Senator LALLEMAND, verslaggever van de Senaatscommissie, stelde dat bijzondere meerderheidswetten, die tevens bevoegdheidsverdelende

---

( 5) Vgl. DELGRANGE, X., "La Cour d'arbitrage enfonce un coin dans le bloc de constitutionnalité organisant la répartition des compétences législatives", *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 168. Hij voegt hieraan toe dat het Arbitragehof, door artikel 107ter van de Grondwet en artikel 1 van zijn organieke wet door elkaar te halen, zich voorstander lijkt te tonen van "une interprétation conciliante de la Constitution et de la loi spéciale".

( 6) *Parl. St., Senaat*, 1981-82, 246/2, 38.

( 7) *Parl. Hand., Senaat*, 30 november 1988, 437.

regels zijn, aan de toetsing van het Hof ontsnappen : "c'est le législateur organique lui-même qui définit la mission de la Cour comme partant à la fois sur le contrôle de conformité à la Constitution et aux lois spéciales. Il me paraît difficile que la Cour apprécie elle-même les règles qu'elle doit faire respecter entre les différents pouvoirs de notre Etat" <sup>8</sup>. Hij kwam hiermee impliciet terug op zijn in het verslag van 1983 opgenomen en hierboven geciteerd standpunt, al voegde hij er aan toe dat een uitdrukkelijke grondwetswijziging zou nodig zijn om deze beperking aan het toetsingsrecht van het Hof ondubbelzinnig vast te stellen <sup>9</sup>.

Minister van Justitie WATHELET toonde zich veel minder categorisch en gaf geen pasklaar antwoord : "La Cour d'arbitrage sera certainement amenée à se prononcer, et il conviendrait sans doute de distinguer les problèmes de répartition de compétences et ceux de contrôle de la constitutionnalité" <sup>10</sup>.

Hoe weinig coherent deze standpunten ook mogen lijken, het komt ons voor dat de wetgever zeker niet de bedoeling had om alle bijzondere-remeerderheidswetten zonder meer te onttrekken aan de toetsingsbevoegdheid van het Arbitragehof. Eigenlijk wordt er maar één fundamenteel bezwaar geopperd, namelijk dat datgene wat als toetsingsmaatstaf moet gelden voor de gewone wetten, decreten en ordonnances, op zijn beurt toetsingsobject zou zijn ten aanzien van de in de Grondwet zelf opgenomen bevoegdheidsverdelende regels.

Toetsing van communautaire wetten (of bevoegdheidsverdelende gewone wetten) aan het gelijkheidsbeginsel wordt eigenlijk niet in vraag gesteld, evenmin als het wellicht meer theoretische geval van de toetsing van een niet-bevoegdheidsverdelende bijzondere wetsbepaling aan de in de Grondwet opgenomen bevoegdheidsregels.

2.4. Ook de rechtsleer was verdeeld over de mogelijkheid om de bevoegdheidsverdelende bepalingen in de wetten tot hervorming der instellingen te toetsen aan de in de Grondwet zelf opgenomen bevoegdheidsverdelende regels.

J. VELAERS nam, onder verwijzing naar de aangehaalde passus uit het commissieverslag van 1983, zonder meer aan dat bijzondere wetsbepalingen die de bevoegdheden verdelen in strijd met de grondwettelijke basisregels, kunnen worden vernietigd door het Arbitragehof <sup>11</sup>. Ook vol-

( 8 ) *Parl. Hand., Senaat*, 30 november 1988, 443.

( 9 ) *Parl. Hand., Senaat*, 30 november 1988, 437.

(10) *Parl. Hand., Senaat*, 30 november 1988, 443.

(11) VELAERS, J., *Het Arbitragehof*, Antwerpen - Apeldoorn, MAKLU, 1985, nrs. 79-82, 86.

gens A. ALEN zijn deze wetten, zoals alle andere wetten, onderworpen aan de toetsingsbevoegdheid van het Hof <sup>12</sup>.

H. SIMONART sloot dan weer de wetten tot hervorming der instellingen (zowel de 'gewone' als de 'bijzondere') uit voor zover zij een bevoegdheidsverdelend karakter hebben <sup>13</sup>. Zijn bezorgdheid is dezelfde als deze die tijdens de parlementaire voorbereiding werd gehoord. Het Arbitragehof is opgericht om toe te zien op de naleving van de bevoegdheidsverdeling en niet om die bevoegdheidsverdeling zelf te beoordelen.

Bevoegdheidsverdelende communautaire wetten kunnen volgens hem dan ook onder geen beding worden getoetst aan de bevoegdheidsverdelende regels die in de Grondwet zelf zijn opgenomen.

Dit standpunt sluit nauw aan bij dat van F. DELPEREE en F. TULKENS die de Grondwet en de in uitvoering daarvan genomen bevoegdheidsverdelende wetten als een *bloc de constitutionnalité* - een notie uit het Franse publiekrecht - beschouwen. Deze "bloc de constitutionnalité" zou dan in zijn geheel aan het oordeel van een grondwettelijk hof ontsnappen <sup>14</sup>.

Het argument dat de bevoegdheidsverdelende wetten tot hervorming der instellingen als referentienorm dienen voor de overige wetten, decreten en ordonnanties, is nochtans niet dienstig - of wordt althans niet opgeworpen - met betrekking tot hun toetsing aan de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet. Mocht het Arbitragehof zich onbevoegd verklaren om die wetten te beoordelen op hun overeenstemming met de grondwettelijke bevoegdheidsregels, dan zou men tot een asymmetrische grondwettigheidsbeoordeling komen, die moeilijk verenigbaar zou zijn met de rationaliteit die bij de Grondwetgever wordt verondersteld.

Bovendien kan men gemakkelijk - en ons inziens met veel meer reden - het argument omkeren : het feit dat de wettelijke bepalingen die krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten, als referentienorm dienen voor de andere wetten, decreten en ordonnanties, belet niet dat zij op hun beurt kunnen worden getoetst op hun confor-

(12) ALEN, A., "De bevoegdheidsverdeling tussen de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten", *T.B.P.*, 1989, 144, en ALEN, A., en MEERSCHAUT, F., "Het Arbitragehof, (nog steeds) een grondwettelijk hof in wording", *T.B.P.*, 1989, 217.

(13) SIMONART, H., *La Cour d'arbitrage*, Story-Scientia, Brussel, 1988, 84-87, evenals "Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage", in *La Cour d'arbitrage, actualité et perspectives*, DELPEREE, F. (ed.), Brussel, Bruylant, 1988, 124-125.

(14) DELPEREE, F. en TULKENS, F., "La création de la Cour d'arbitrage", in *La Cour d'arbitrage, actualité et perspectives*, DELPEREE, F. (ed.), o.c., 50. Deze stelling werd tenslotte overgenomen en bepleit door CEREXHE, G., "Le contrôle de la constitutionnalité des lois répartitrices de compétences", *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 467-472.

miteit met de hogere, in de Grondwet zelf opgenomen bevoegdheidsregels<sup>15</sup>. Integendeel, men moet veeleer aannemen dat het Arbitragehof zijn taak als behoeder van de bevoegdheidsverdeling slechts volledig kan waarmaken wanneer het ook die wetten kan toetsen op hun overeenstemming met de grondwettelijke bevoegdheidsregels. Het is uiteindelijk die redenering die het Hof tot de zijne heeft gemaakt : "Mochten die wetten, als referentienormen, aan deze grondwettigheidstoetsing ontsnappen, dan zouden wetten, decreten en ordonnanties die op grond van die normen zijn aangenomen er trouwens ook aan ontsnappen ; er zou geen garantie zijn dat de verschillende wetgevers hun grondwettelijke basisbevoegdheid zouden in acht nemen" (B.2.4).

### *C. NAAR EEN HERZIENING VAN DE RECHTSPRAAK MET BETREKKING TOT DE GERESERVEERDE MATERIES EN DE IMPLICIETE BEVOEGDHEDEN ?*

3.1. Men kan zich nu afvragen of de oplossing die het Arbitragehof hier weerhoudt - dat alle wetten ongeacht hun vorm ('bijzonder' of 'gewoon') en ongeacht hun karakter (bevoegdheidsverdelend of niet) kunnen worden getoetst aan de Grondwet - wel verzoenbaar is met de rechtspraak die het Hof heeft opgebouwd in verband met de gereserveerde materies en de impliciete bevoegdheden<sup>16</sup>.

3.2. Volgens deze rechtspraak kan een decreetgever de hem toegewezen aangelegenheden slechts regelen mits hij op geen enkele wijze inbreuk maakt op de bij de Grondwet aan de nationale wetgever gereserveerde bevoegdheden. Op dit principe aanvaardt het Hof nochtans één uitzondering, met name in geval van een bijzondere en uitdrukkelijke machtiging door een bijzondere of een gewone wet tot hervorming der instellingen<sup>17</sup>.

Dit houdt in dat de bijkomende bevoegdheid die de Raden putten uit artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980<sup>18</sup> alleen betrekking kan hebben op aangelegenheden die hetzij krachtens een wet, hetzij op grond van zijn residuaire bevoegdheid, tot de bevoegdheid van

(15) Dezelfde mening vindt men bij VAN HAEGENDOREN, G., "Een "bijzondere" onschendbaarheid van de wet. Grondwettigheidsbeoordeling van wetten met een bijzondere dubbele meerderheid door het Arbitragehof", *R.W.*, 1989-90, 428.

(16) Zie bijvoorbeeld ERGEC, R., "Des fissures dans le bloc de constitutionnalité", *J.T.*, 1990, 360 en VAN HAEGENDOREN, o.c., 431-432.

(17) Arbitragehof, arrest nr. 44, 23 december 1987, *B.S.*, 27 januari 1988 wordt doorgaans als het beginselarrest terzake beschouwd.

(18) "De decreten kunnen rechtsbepalingen bevatten in aangelegenheden waarvoor de Raden niet bevoegd zijn, voor zover die bepalingen onontbeerlijk zijn voor de uitoefening van hun bevoegdheid." Deze bepaling is van overeenkomstige toepassing verklaard op de Duitstalige Gemeenschap (artikel 5 van de wet van 31 december 1983) en op het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest (artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989).



de nationale wetgever behoren. Die bijkomende bevoegdheid kan volgens het Arbitragehof alleen dan betrekking hebben op aangelegenheden die de Grondwet voorbehoudt aan de nationale wetgever, wanneer de wetten op de staatshervorming daartoe een bijzondere en uitdrukkelijke machtiging bevatten <sup>19</sup>.

Hierdoor ontstaat de indruk dat de wetten tot hervorming der instellingen kunnen afwijken van de bevoegdheidsverdeling die in de Grondwet is opgenomen, terwijl die wetten nu, volgens het geannoteerde arrest, zoals alle andere wetten, onderworpen zijn aan de toetsingsbevoegdheid van het Hof.

3.3. Op het eerste zicht staat de rechtspraak in verband met de gereserveerde materies en de "implied powers" dan ook haaks op de filosofie van het geannoteerde arrest. Als het Arbitragehof van oordeel is dat bepaalde aangelegenheden rechtstreeks door de Grondwet zelf voorbehouden worden aan de nationale wetgever - hetgeen men woordelijk in alle arresten terugvindt - dan kan ook een bijzondere en uitdrukkelijke machtiging in een bijzondere of gewone wet tot hervorming der instellingen voor de Gemeenschappen en de Gewesten niet dienstig zijn om bevoegdheden uit te oefenen in die aangelegenheden, omdat de desbetreffende bepalingen in de wetten tot hervorming der instellingen zelf de toetsing aan de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling niet zouden doorstaan <sup>20</sup>.

Dit standpunt zou meteen ook de ongrondwettigheid impliceren van een aantal bepalingen in de bijzondere wet tot hervorming der instellingen. Wij denken onder meer aan artikel 11 van de bijzondere wet dat, tegen de artikelen 7, tweede lid, en 9 van de Grondwet in, de Gemeenschappen en de Gewesten toelaat de niet-naleving van decreterende be-

---

(19) Een overzicht en de verschillende toepassingen van deze rechtspraak vindt men bij ALEN, A., "Het Arbitragehof, meer dan "een grondwettelijk hof met beperkte bevoegdheid"?" (noot onder Arbitragehof, arrest nr. 18/90, 23 mei 1990), *R.W.*, 1990-91, 81. Hij besluit dat het Arbitragehof onder meer de artikelen 7, tweede lid ("nullum crimen sine lege"), 9 ("nulla poena sine lege"), 11 (onteigening), 94 (instelling van de rechtscolleges) en 110 (vestigen van belastingen) van de Grondwet als bevoegdheidsverdelende bepalingen heeft beschouwd.

(20) Wij weigeren immers de door het Arbitragehof vereiste "bijzondere en uitdrukkelijke machtiging" uit te leggen als een gewone bevoegdheidsdelegatie van de nationale wetgever aan de decreetgever, onder meer omdat het Arbitragehof die formule ook gebruikt ten aanzien van aangelegenheden die "bij" of "door" de wet moeten worden geregeld, in welk geval de wetgever de normatieve regeling van die aangelegenheid niet kan opdragen aan een andere overheid (zie ALEN, A., *Rechter en bestuur in het Belgische publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, 2 delen, inz. dl. II, nr. 380, 712-713; *contra*: CEREXHE, G., "Les "matières réservées": une notion de droit constitutionnel?", *A.P.T.*, 1983, 243-244.

palingen strafbaar te stellen en de gevallen van vervolging vast te stellen, en aan artikel 79 van dezelfde wet, dat in afwijking van artikel 11 van de Grondwet, de Gemeenschappen en Gewesten machtigt om bij decreet de gevallen en de modaliteiten van onteigening te bepalen. Hetzelfde zou kunnen worden gezegd van artikel 6, §1, VIII, 1° van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen, volgens hetwelk het gewest beschikt over een volledige, zowel normatieve als uitvoeringsbevoegdheid, inzake de werkwijze, de controle en de vaststelling van het ambtsgebied van de intercommunales, terwijl het statuut van de ondergeschikte besturen een bevoegdheid is die aan de nationale wetgever is voorbehouden door artikel 108 van de Grondwet.

3.4. Men hoeft ons inziens echter niet zo ver te gaan. De rechtspraak van het Arbitragehof is wel consistent en de bijzondere wet tot hervorming der instellingen is wel volledig grondwettelijk als men, samen met ons, aanneemt dat de aangelegenheden die het Hof "door de Grondwet aan de nationale wetgever voorbehouden" noemt, eigenlijk geen grondwettelijk gereserveerde bevoegdheden (meer) zijn!

Men moet er immers van uitgaan dat de artikelen 107quater, 59bis en 59ter van de Grondwet de grondwetsbepalingen waarin men een aan de nationale wetgever gereserveerde bevoegdheid pleegt te lezen, impliciet hebben gewijzigd <sup>21</sup>. Artikel 107quater laat de bijzondere wetgever toe om aan de Gewesten de regeling op te dragen van de aangelegenheden die hij aanduidt - en dus desgevallend ook van wat eens "gereserveerde bevoegdheden" waren -, met uitzondering nochtans van de aangelegenheden bedoeld in de artikelen 23 en 59bis Gw.. De artikelen 59bis en 59ter van de Grondwet zijn veel restrictiever en sommen de gemeenschapsaangelegenheden, inzonderheid de culturele aangelegenheden, het onderwijs en de persoonsgebonden aangelegenheden, op. Maar ook hier moet men wellicht aannemen dat "door de Grondwet voorbehouden materies" door de Gemeenschappen kunnen worden geregeld in de mate dat zij onder deze begrippen kunnen worden ondergebracht.

3.5. Naar onze mening moest de grondwetgever dan ook artikel 108 van de Grondwet niet hebben gewijzigd met het oog op het aannemen van artikel 7 van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen, dat de Gewesten uitgebreide bevoegdheden verleent inzake het administratief toezicht op de provincies, de gemeenten en de agglomeraties en federaties van gemeenten <sup>22</sup>. Het grondwetsartikel werd eigenlijk gewijzigd

(21) In dezelfde zin : CEREXHE, G., *Les compétences implicites et leur application en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1989, 376-380.

(22) Bij de Grondwetsherziening van 1980 werd in artikel 108 Gw. een derde lid ingevoegd dat luidt als volgt : "In uitvoering van een wet, aangenomen met de in artikel 1, laatste lid bepaalde meerderheid, kan de organisatie en de uitoefening van het administratief toezicht geregeld worden door de Raden van de Gemeenschap of het Gewest."

op aandringen van de afdeling wetgeving van de Raad van State <sup>23</sup>. Nochtans achtte de Raad in vroegere teksten de opdracht van de voordig aan de Gewesten zonder Grondwetsherziening wel mogelijk <sup>24</sup>. Bovendien werd een aanpassing van hetzelfde artikel 108 van de Grondwet niet nodig geacht met het oog op het aannemen van artikel 6, §1, VIII, 1<sup>o</sup> van de bijzondere wet en evenmin voor het invoegen van artikel 46 van de gewone wet tot hervorming der instellingen.

Dit laatste artikel werd zelfs in de wet ingeschreven na een suggestie in die zin van de Raad van State in het advies van 2 juni 1972 over de openbare bibliotheken <sup>25</sup>. Vanuit de overweging dat de cultuurraden op grond van de theorie van de impliciete bevoegdheden geen verplichtingen konden opleggen aan gemeenten en provincies omdat artikel 108 van de Grondwet het statuut van de ondergeschikte besturen voorbehoudt aan de nationale wetgever <sup>26</sup>, stelde de Raad van State toen voor een ali-

(23) Zie *Parl. St.*, Senaat, B.Z. 1979, nr. 260/1, 22. "De inrichting en de bevoegdheden van bepaalde ondergeschikte besturen en meer bepaald het administratief toezicht op die besturen, behoren krachtens de artikelen 108 en 108bis van de Grondwet tot de uitsluitende bevoegdheid van de wetgever.

Zulks is meer bepaald het geval voor de provinciale instellingen, de gemeentelijke instellingen, de agglomeraties en de federaties van gemeenten en de interprovinciale en intercommunale verenigingen.

Het overdragen van bevoegdheden betreffende die ondergeschikte besturen aan de Gemeenschappen of aan de Gewesten is derhalve slechts mogelijk voor zover en in de mate de desbetreffende grondwetsbepalingen vooraf werden gewijzigd."

(24) Zie *Parl. St.*, Kamer, 1977-78, nr. 461/34, inz. p. 4: "Het gaat inderdaad om bepalingen die vastgesteld worden op grond van artikel 107quater ter uitvoering van artikel 108 van de Grondwet."

(25) Advies R.v.St., afd. wetg., 2 juni 1972, *Gedr. St.*, Ned. Cultuurraad, 1972-73, 52/1, 47.

(26) Deze opvatting werd intussen verlaten. Zie bijvoorbeeld advies R.v.St., 13 december 1982, *Parl. St.*, C.R.W., 1983-84, nr. 81/1, 4 (inzake wedderegeling van het provincie- en gemeentepersoneel).

Bovendien maken sommige adviezen van de afdeling wetgeving van de Raad van State die dateren van na de staatshervorming van 1980, gebruik van redeneringen die vergelijkbaar zijn met de stelling die wij hierboven hebben ontwikkeld, om de toepassing van impliciete bevoegdheden op de "gereserveerde materies", te verantwoorden.

Zo lezen we in advies R.v.St., afd. wetg., 9 december 1982, *Parl. St.*, VI. R., 1981-82, nr. 54/2, 3 (inzake het voorstellen van een eedformule, "gereserveerd" voor de nationale wetgever door artikel 127 Gw.): "Helemaal onaangestaan zijn de voorbehouden bevoegdheden van de wetgever desondanks niet gebleven, omdat het niet aan te nemen is dat bevoegdheidsoverdrachten door artikel 59bis van de Grondwet of de in uitvoering van de artikelen 59 bis en 107quater van de Grondwet uitgevaardigde wetten inhoudsloos zouden blijven. Men kan immers niet aannemen dat twee bepalingen van een zelfde Grondwet elkaar volledig zouden neutraliseren.

Een eerste beperking van de voorbehouden bevoegdheden van de wetgever moet worden aanvaard voor de materies die door artikel 59bis van de Grondwet uitdrukkelijk aan de Gemeenschappen werden overgedragen. De bevoegdheden die door artikel 59bis van de Grondwet inzake onderwijs en het gebruik der talen aan de Gemeenschappen werden verleend, komen in die mate neer op een beperking van de nochtans door de artikelen 17 en 23 van de Grondwet uitdrukkelijk aan de wetgever voorbehouden bevoegdheden.

nea 3 in te lassen in artikel 22 van de wet van 3 juli 1971, om de cultuurraden toe te laten: "de provincies, de agglomeraties, de federaties van gemeenten of de gemeenten met taken te belasten of de Koning te machtigen dit te doen".

3.6. Nochtans zou het artikel 46 dat vervolgens werd ingeschreven in de wet tot hervorming der instellingen van 9 augustus 1980, een eventuele grondwettigheidstoetsing door het Arbitragehof wellicht niet doorstaan, omdat het niet aangenomen werd met de door artikel 59bis en 107quater vereiste bijzondere meerderheid.

Het lijkt ons immers evident dat, alhoewel het Arbitragehof dit niet met zoveel woorden zegt, de "bijzondere en uitdrukkelijke machtiging" moet worden verleend door een bijzondere meerderheidswet, tenzij die machtiging wordt verleend in uitvoering van artikel 59ter of in opdracht van de bijzondere wetgever zelf<sup>27</sup>.

3.7. Vanuit onze interpretatie van de rechtspraak van het Arbitragehof over de "gereserveerde materies" en de 'implied powers', wordt duidelijk dat die rechtspraak enkel ingegeven is door het (eveneens ongelukkig geformuleerde) artikel 19, §1 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, luidens hetwelk het decreet de aangelegenheden bedoeld in de artikelen 4 tot 11 van diezelfde wet regelt, "onverminderd de bevoegdheden die (voorheen?) door de Grondwet aan de wet zijn (werden) voorbehou-

---

Een tweede beperking moet worden aangenomen in de gevallen waarin weliswaar noch de artikelen 59bis en 107quater van de Grondwet, noch de bijzondere wet van 8 augustus 1980 een aan de wetgever voorbehouden materie uitdrukkelijk aan de Gemeenschappen of de Gewesten overdragen, doch de uitoefening van een onbetwistbaar aan de Gemeenschappen of de Gewesten overgedragen bevoegdheid onmogelijk zou zijn indien niet in zekere mate gebruik zou kunnen worden gemaakt van een nochtans in beginsel uitsluitend aan de wetgever voorbehouden bevoegdheid. (...) Het betreft hier de toepassing op de door de Grondwet voorbehouden bevoegdheden, van de door artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ten aanzien van de bevoegdheden van de wetgever in het algemeen geformuleerde regel dat de decreten rechtsbepalingen kunnen bevatten in aangelegenheden waarvoor de Raden niet bevoegd zijn, voor zover de bepalingen onontbeerlijk zijn voor de uitoefening van hun bevoegdheden."

(27) Het komt ons voor dat men, door zich te beroepen op een klassiek concept van "bevoegdheidsdelegatie", dit vereiste van bijzondere meerderheid evenmin naast zich neer kan leggen. Bovendien sluit delegatie van bevoegdheid in casu op het bezwaar dat het statuut van de provinciale en de gemeentelijke instellingen bij de wet wordt geregeld.

Dat het naleven van het meerderheidsvereiste door de wetgever moet worden beschouwd als een bevoegdheidsregel die aan het oordeel van het Arbitragehof is onderworpen blijkt uit: Arbitragehof, arrest nr. 18/90, 23 mei 1990, *B.S.*, 27 juli 1990 (B.16.2). Zie ook GILLET, E., *Recours et questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, Brussel, Nemesis, 1985, 44-45, contra: CLEMENT, J., "Constitutionele beoordeling van de wet van 9 augustus 1988 over de taalkennis van gemeentelijke overheidsmandatarissen", *R.W.*, 1988-89, 1392-1394.

den" <sup>28</sup>. Hierin vindt het door het Hof omschreven vereiste van een "bijzondere en uitdrukkelijke machtiging" zijn grondslag.

3.8. We vragen ons af of de rigoureuze interpretatie die het Hof daarmee geeft aan voormeld artikel 19, §1 de enige mogelijke is.

Het onverkort aanvaarden van de primauteit van de "gereserveerde materies" op het principe van de impliciete bevoegdheden biedt immers wel rechtszekerheid, maar vormt toch een duidelijke handicap voor ons federaal staatsmodel, omdat het in een aantal aangelegenheden de Gemeenschappen en de Gewesten de mogelijkheid ontnemt om bepaalde aangepaste en geëigende maatregelen te treffen <sup>29</sup>.

Een paar voorbeelden uit het beginsel arrest nr. 44 van 23 december 1987 inzake het milieu- en afvalstoffenbeleid mogen volstaan om een indruk te hebben van die onvolkomenheden. Volgens het Arbitragehof mogen de Gemeenschappen en de Gewesten bijvoorbeeld geen nieuw type verbeurdverklaring invoeren (B.10) <sup>30</sup>, de bewijswaarde niet regelen van processen-verbaal opgemaakt door bijzondere bevoegde ambtenaren (B.7.f) <sup>31</sup> of hen niet machtigen om onder bepaalde voorwaarden of op bepaalde tijdstippen bewoonde plaatsen te controleren (B.7.a). Het invoeren van straffen, de strafvervolgning en huiszoekingen zijn "gereserveerde materies". Dit belet nochtans niet dat de specifieke milieuwetgeving blijkbaar specifieke regelingen noodzakelijk maakt. De vroegere unitaire wetgever heeft toch ook gemeend dat er voor verschillende materies specifieke voorzieningen nodig waren?

Nochtans is een oplossing niet onmogelijk wanneer men de bedoeeling van de bijzondere wetgever (de ratio legis) probeert te achterhalen. De "gereserveerde materies" - inzonderheid deze uit Titel II van de

---

(28) Van overeenkomstige toepassing verklaard op de Duitstalige Gemeenschap (artikel 6, eerste lid van de wet van 31 december 1983) en op het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest (artikel 8, eerste lid van de bijzondere wet van 12 januari 1989).

(29) Vgl. Advies R.v.St., afd. wetg., ver. kamers, 22 april 1987, *Parl. St.*, Vl. R., 1986-87, nrs. 210/1 en 211/1 (inzake onteigening): "Een zinvolle en werkzame bevoegdheidsuitoefening veronderstelt dat niet alleen materieelrechtelijke aangelegenheden worden overgedragen, maar ook de middelen om ten aanzien van die aangelegenheden een coherent en sluitend beleid te ontwikkelen."

(30) De decreetgever is wel bevoegd voor de verbeurdverklaring als loutere beveiligingsmaatregel, bijvoorbeeld het toelaten van de verbeurdverklaring van de afval en de verpakking ervan, zelfs wanneer ze niet aan de overtreders toebehoren, zo die verbeurdverklaring tot doel heeft schadelijke of gevaarlijke zaken aan de omloop te onttrekken.

(31) De krachtens een decreet vastgestelde bevindingen van gemeenschaps- of gewestambtenaren in processen-verbaal zouden derhalve alleen de bewijskracht kunnen hebben zoals die is bepaald door de nationale wetgever. Zie daarover LAVRYSEN, L., *Bevoegdheidsverdeling tussen de Staat en de Gewesten inzake leefmilieu na de bijzondere wet van 8 augustus 1988*, Brussel, Belgische Vereniging voor Milieurecht, 1988, 112.

Grondwet - berusten, op een fundamenteel vertrouwen in de wetgever en een diepgaand wantrouwen tegenover de uitvoerende macht. Een gelijkaardige veronderstelling kan niet het uitgangspunt geweest zijn van de bijzondere wetgever bij de conceptie van artikel 19, §1. Daartoe zou hij er immers moeten van uitgaan dat de Raden van Gemeenschappen en Gewesten minder legitiem of democratisch zijn dan het nationale parlement <sup>32</sup>.

Waarschijnlijk is zijn bezorgdheid om op fundamenteel geachte gebieden een grote mate van eenheid van regelgeving te bewaren, van doorslaggevend belang geweest <sup>33</sup>. De bijzondere wetgever is er van uitgegaan dat de basisstructuren van bijvoorbeeld het gerechtelijk recht en het straf-(proces)recht niet voor diversificatie in aanmerking kwamen. De Gemeenschappen en Gewesten mogen dan ook, op basis van hun impliciete bevoegdheden, slechts tussenkomen in die aangelegenheden voor zover die toepassing geen afbreuk doet aan de grondslagen van de materie en aan de noodzakelijk geachte eenheid. Een minimale verscheidenheid wordt in deze optiek nochtans mogelijk, en soms zelfs noodzakelijk geacht <sup>34</sup>.

#### D. SLOTBESCHOUWINGEN.

Na onze mening te hebben geformuleerd over de manier waarop het *arrest-Scholzen* kan worden ingepast in de constante rechtspraak van het Arbitragehof met betrekking tot de voorbehouden materies en de impliciete bevoegdheden -en na een summiere appreciatie van die rechtspraak

---

(32) Vgl. DEHOUSSE, F., "Un noeud de vipère constitutionnel : le statut des intercommunales et la Cour d'arbitrage", *J.T.*, 1986, 630 : "En excluant les matières réservées des compétences communautaires et régionales, on transforme erronément un mécanisme de protection des compétences du Parlement en mécanisme de protection des compétences de l'Etat central. On prend une frontière de compétence verticale pour une frontière de compétence horizontale".

(33) Zie ook VANDELANOTTE, J., "De impliciete bevoegdheden op een Belgisch spoor", in ALEN, A. en SEUTENS, L.P. (eds.), *Zeven knelpunten na zeven jaar staats hervorming*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 116-118. Volgens hem was ook het vermijden van ideologische onevenwichten een reden tot het aanvaarden van artikel 19 van de bijzondere wet. Wij zien echter moeilijk in hoe dat anno 1991 nog verenigbaar zou zijn met de zo verregaande federalisering van het onderwijs.

(34) Het advies van de Raad van State van 16 maart 1987 (*Doc. Parl.*, C.R.W., 1986-87, nr. 148/1, 5-6) geeft - zoals J. VANDELANOTTE, *o.c.*, 118 terecht opmerkt - een mooie illustratie van deze zienswijze. Het advies behandelt de vraag in hoeverre een decreet aan de Executieve machtiging kan of mag verlenen om gewestambtenaren een huiszoeking te laten uitvoeren. De Raad meent enerzijds dat een dergelijke machtiging inderdaad onontbeerlijk is - en beaamt daarmee de noodzaak om in het raam van het afvalstoffenbeleid de "gereserveerde materie" huiszoeking te betreden - maar staat er anderzijds ook op dat de betrokken ambtenaren als "officieren van gerechtelijke politie" zouden worden aangeduid, teneinde de noodzakelijk geachte eenheid in het strafvervolgingsbeleid te bewaren.

- past het om nog even terug te komen op het belang en de draagwijdte van het geannoteerde beginselarrest.

Met deze nieuwe uitspraak<sup>35</sup> heeft het Hof op een ons inziens verantwoorde manier de grenzen van zijn bevoegdheid als grondwettelijk hof verder geëxpliciteerd. Het zou een vergissing zijn om de wetten tot hervorming der instellingen de facto een grondwettelijk statuut te geven. Dit zou niet alleen ingaan tegen de hiërarchie der normen, maar ook aanleiding kunnen geven tot tegenspraak in wat doorgaans de *Grondwet in materiële zin* wordt genoemd, met als mogelijk gevolg, conflicten tussen normen aangenomen op basis van de grondwettelijke basisbevoegdheid en normen aangenomen op grond van de (ongrondwettige maar ontoetsbare) wettelijke bevoegdheid.

Nochtans mag het belang van het arrest ook niet overschat worden. Het zal de aandachtige lezer zijn opgevallen dat de toetsing aan de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling in hoge mate een formaliteit wordt, wanneer men aanneemt dat er eigenlijk geen grondwettelijk gereserveerde bevoegdheden meer zijn, althans niet in de grondwettelijke bevoegdheidssfeer van Gemeenschappen en Gewesten. De rechtspraak van het Arbitragehof met betrekking tot de gereserveerde materies en de impliciete bevoegdheden, leidt er - althans volgens onze interpretatie - toe dat de wetten tot hervorming der instellingen enkel kunnen worden vernietigd wegens bevoegdheidsoverschrijding wanneer zij in strijd zijn met de termen van enerzijds artikel 59bis en 59ter Gw. voor de Gemeenschappen en anderzijds artikel 107quater Gw. voor de Gewesten! Vooral dit laatste artikel geeft de (bijzondere) wetgever een bijna onbeperkte vrijheid van handelen. Daarbij komt nog dat het Hof er wellicht zal van uitgaan dat een wet tot hervorming der instellingen geen schending uitmaakt van de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling in zoverre hij op een daarmee verenigbare wijze kan worden gelezen (grondwetsconforme interpretatie)<sup>36</sup>.

Al blijft het ondenkbaar dat de Gewesten bijvoorbeeld het taalgebruik of aspecten van het onderwijs zouden gaan regelen of dat de Gemeenschappen zich zouden inlaten met de huisvesting, toch is het juist dat type toetsing waarover zowel in de voorbereidende werken als in de rechtsleer heel wat discussie bestond - met name de toetsing van bevoegdheidsver-

(35) Deze rechtspraak werd inmiddels bevestigd. Zie Arbitragehof, arrest nr. 30/90, 9 oktober 1990, *B.S.*, 10 oktober 1990. Ook hier verklaart het Arbitragehof het vernietigingsberoep, ingesteld door de Heer LOBKOVICZ, onontvankelijk wegens gebrek aan belang. Maar, vooraleer het beroep op die grond te verwerpen, bevestigt het Hof zijn bevoegdheid om bijzondere meerderheidswetten te beoordelen op hun overeenstemming met de Grondwet.

(36) Zie bijvoorbeeld Arbitragehof, arrest nr. 65, 15 juni 1988, *T.B.P.*, 1988, 681 en *J.T.*, 1988, 603, met noot L. BELVA.

delende wetten tot hervorming der instellingen aan de bevoegdheidsverdeling die in de Grondwet zelf is opgenomen -, dat uiteindelijk heel marginaal en onbeduidend lijkt te zijn.