

INHOUDSTAFEL

| | |
|--|-----------|
| Inhoudstafel | 1 |
| Algemene inleiding | 9 |
| Deel I - De rechtsstaat | 15 |
| Inleiding | 16 |
| Titel I – De rechtsstaat, de democratie en een grondwettelijk hof | 21 |
| I. Definitie en omschrijving van de rechtsstaat | 22 |
| 1. De constitutionele elementen van de rechtsstaat | 22 |
| A. De doelen van de rechtsstaat | 22 |
| (1) Menselijke waardigheid en vrijheid | 23 |
| (2) Gematigdheid | 25 |
| (3) Pluralisme | 26 |
| B. De institutionele elementen | 27 |
| C. De rol van de rechter | 31 |
| (1) Bevoegdheid | 31 |
| (2) Draagwijdte en formele vereisten rechtspraak | 33 |
| D. De formele vereisten aan wetgeving en uitvoerend handelen | 33 |
| E. De materiële vereisten aan wetgeving | 34 |
| 2. Definitie | 36 |
| II. De rechtsstaat en de democratie | 38 |
| 1. De gelijksoortigheid van de rechtsstaat en de democratie | 38 |
| 2. De deliberatieve democratie | 42 |
| A. <i>Res publica</i> of liberalisme | 42 |
| B. De deliberatieve democratie van Habermas | 43 |
| C. Navolging? | 45 |
| III. De rechtsstaat en een grondwettelijk hof | 47 |
| A. <i>The case against judicial review</i> | 47 |
| B. <i>The case for judicial review</i> | 48 |
| C. De rechtsstaat | 53 |
| Titel II – De evolutie naar een Europees niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip | 57 |
| Inleiding | 58 |
| I. De Engelse <i>rule of law</i> | 59 |
| 1. De <i>rule of law</i> vóór 1950 | 59 |

| | | |
|-------------|--|------------|
| A. | De grondslagen van de <i>rule of law</i> : de <i>common law</i> en het sociaal contract | 61 |
| B. | Dicey en de <i>rule of law</i> tot 1970 | 64 |
| 2. | De hedendaagse <i>rule of law</i> | 65 |
| A. | De formele en procedurele vereisten van de <i>rule of law</i> | 69 |
| B. | Naar materiële vereisten voor wetgeving en een materieel doel voor de <i>rule of law</i> | 72 |
| C. | Ook institutionele vereisten? | 73 |
| D. | De tanende almacht van het beginsel van parlementaire soevereiniteit? | 75 |
| (1) | Draagwijdte door de Europeesrechtelijke evoluties | 76 |
| (2) | Draagwijdte los van de Europeesrechtelijke evoluties | 79 |
| 3. | Besluit | 87 |
| II. | De Duitse <i>Rechtsstaat</i> | 90 |
| 1. | De <i>Rechtsstaat</i> vóór 1949 | 90 |
| A. | Van Kant tot de Weimarrepubliek | 92 |
| B. | Het rechtsstaatsdenken in de Weimarrepubliek | 94 |
| (1) | De positivisten tegenover de waardendenkers | 95 |
| (2) | De rechterlijke toetsing van wetten | 97 |
| 2. | De <i>Rechtsstaat</i> vanaf 1949: een duidelijke keuze van de grondwetgever | 100 |
| A. | De definitie van de <i>Rechtsstaat</i> | 101 |
| B. | De omschrijving van de <i>Rechtsstaat</i> | 103 |
| (1) | Het doel van de <i>Rechtsstaat</i> | 103 |
| (2) | De institutionele elementen | 103 |
| (3) | De formele elementen | 105 |
| (4) | De materiële elementen | 106 |
| 3. | Besluit | 108 |
| III. | De <i>État de droit</i> | 110 |
| 1. | De voorgeschiedenis van de <i>État de droit</i> | 110 |
| A. | De <i>État de droit</i> - idee: van de Franse Revolutie tot het begin van de twintigste eeuw | 112 |
| B. | Het begin van de twintigste eeuw | 115 |
| 2. | De hedendaagse <i>État de droit</i> | 118 |
| 3. | Besluit | 122 |
| IV. | De rechtsstaat | 125 |
| 1. | De rechtsstaat vóór 1950 | 125 |
| 2. | De rechtsstaat na 1950 | 129 |
| 3. | Besluit | 133 |
| V. | Een Europees rechtsstaatsbegrip? | 135 |
| 1. | De Raad van Europa: heerschappij van het recht en rechtsstaat | 136 |
| A. | Welk rechtsstaatsbegrip? | 136 |
| B. | De rechtsstaat van de Raad van Europa | 138 |
| 2. | De Europese Unie | 144 |
| 3. | Besluit | 151 |
| | Besluit | 154 |
| | Deel 2 - Een grondwettelijk hof in een rechtsstatelijk perspectief | 162 |
| | Inleiding | 163 |
| | Titel I – De bevoegdheid van een grondwettelijk hof in de rechtsstaat | 166 |

| | |
|--|------------|
| Inleiding | 167 |
| I. De <i>a priori</i>- en de <i>a posteriori</i>-toetsing | 168 |
| 1. De <i>a priori</i> -toetsing | 168 |
| A. Het Grondwettelijk Hof | 168 |
| (1) De gewestelijke volksraadpleging | 169 |
| (2) De gewone wetskrachtige normen | 170 |
| B. Buitenblik | 170 |
| (1) Het <i>Bundesverfassungsgericht</i> | 171 |
| (2) De <i>Conseil constitutionnel</i> | 171 |
| (3) Het <i>Supreme Court</i> | 173 |
| C. Een <i>a priori</i> -toetsing in een rechtsstatelijk perspectief | 174 |
| (1) De <i>a priori</i> -toetsing | 174 |
| (2) De verhouding met en gevolgen voor de <i>a posteriori</i> -toetsing | 175 |
| 2. De <i>a posteriori</i> -toetsing | 178 |
| A. Het Grondwettelijk Hof | 178 |
| B. Buitenblik | 178 |
| (1) Het <i>Bundesverfassungsgericht</i> | 179 |
| (2) De <i>Conseil constitutionnel</i> | 180 |
| (3) Het <i>Supreme Court</i> | 181 |
| C. De <i>a posteriori</i> -toetsing in een rechtsstatelijk perspectief | 182 |
| II. Voor de gehele grondwet? | 184 |
| 1. Het Grondwettelijk Hof | 184 |
| A. <i>De lege lata</i> | 184 |
| B. Leemten in de toetsing | 186 |
| (1) Het evenwicht der machten | 186 |
| (2) De totstandkoming van de wet | 190 |
| 2. Buitenblik | 196 |
| A. Het <i>Bundesverfassungsgericht</i> | 196 |
| B. De <i>Conseil constitutionnel</i> | 198 |
| (1) De <i>a priori</i> -toetsing | 199 |
| (2) De prioritaire vraag | 201 |
| C. Het <i>Supreme Court</i> | 202 |
| (1) Voorafgaand: de <i>political question doctrine</i> | 202 |
| (2) Het evenwicht der machten en de totstandkoming van de wet | 205 |
| 3. De grondwetsschending in een rechtsstatelijk perspectief | 208 |
| A. Het evenwicht der machten en de procedureregels met betrekking tot de totstandkoming van de wet | 208 |
| B. De inhoudelijke toetsing van de totstandkoming van de wet | 212 |
| III. Voor elk overheidshandelen? | 214 |
| 1. De organisatie van de verkiezingen en de samenstelling van het parlement | 214 |
| A. Het Grondwettelijk Hof | 215 |
| (1) De grondwettigheid van de verkiezing(sresultaten) | 215 |
| (2) De financiële regels in verband met de verkiezingen | 218 |
| B. Buitenblik | 219 |
| (1) Het <i>Bundesverfassungsgericht</i> | 219 |
| (2) De <i>Conseil constitutionnel</i> | 222 |
| (3) Het <i>Supreme Court</i> | 227 |
| C. Een grondwettelijk hof en de kiesgeschillen in een rechtsstatelijk perspectief | 230 |

| | | |
|------------|--|------------|
| (1) | De geldigheid van de verkiezingen _____ | 231 |
| (2) | De financiële regels in verband met verkiezingen _____ | 236 |
| 2. | Parlementaire handelingen _____ | 238 |
| A. | Het Grondwettelijk Hof _____ | 238 |
| B. | Buitenblik _____ | 240 |
| (1) | Het <i>Bundesverfassungsgericht</i> _____ | 240 |
| (2) | De <i>Conseil constitutionnel</i> _____ | 242 |
| (3) | Het <i>Supreme Court</i> _____ | 243 |
| C. | Een grondwettelijk hof en parlementaire handelingen in rechtsstatelijk perspectief _____ | 243 |
| (1) | De parlementaire onschendbaarheid _____ | 244 |
| (2) | De politieke handelingen _____ | 245 |
| (3) | Het bestaan en de omvang van de toetsing _____ | 247 |
| 3. | Rechterlijke uitspraken _____ | 250 |
| A. | Het Grondwettelijk Hof _____ | 250 |
| B. | Het <i>Bundesverfassungsgericht</i> _____ | 251 |
| C. | De rechtsstaat, een grondwettelijk hof en de overige rechtscolleges _____ | 253 |
| IV. | Ook voor grondwetsherzieningen? _____ | 255 |
| 1. | België _____ | 257 |
| A. | De procedure voor de herziening van de Grondwet _____ | 257 |
| B. | Het (rechterlijk) toezicht op grondwetsherzieningen _____ | 262 |
| 2. | Buitenblik _____ | 266 |
| A. | Duitsland _____ | 266 |
| B. | Frankrijk _____ | 271 |
| C. | Verenigde Staten van Amerika _____ | 275 |
| 3. | In een rechtsstatelijk perspectief _____ | 278 |
| A. | Over de geldigheid van bevoegdheidsbeperkingen van de grondwetsherziener _____ | 279 |
| B. | De rechtsstaat en de grondwet _____ | 281 |
| (1) | Rechtsstatelijke beperkingen op de bevoegdheid van de grondwetgever of van de grondwetsherziener _____ | 281 |
| (2) | Welke beperkingen? _____ | 284 |
| C. | De rechtsstaat en een rechterlijke toetsing van grondwetswijzigingen _____ | 284 |
| (1) | De rechtsstaat en " <i>le pouvoir du dernier mot</i> " _____ | 285 |
| (2) | De inter- en supranationale rechterlijke toetsing _____ | 287 |
| (3) | <i>De lege ferenda</i> _____ | 290 |
| | Besluit _____ | 292 |
| | Titel II – De inrichting van een grondwettelijk hof in de rechtsstaat _____ | 295 |
| | Inleiding _____ | 296 |
| I. | De instelling _____ | 298 |
| | Inleiding _____ | 298 |
| 1. | Een starre organieke wetgeving _____ | 298 |
| A. | Het Grondwettelijk Hof _____ | 298 |
| B. | Buitenblik _____ | 299 |
| C. | In een rechtsstatelijk perspectief _____ | 302 |
| 2. | Autonome instelling _____ | 304 |
| A. | Onafhankelijk van een staatsmacht? _____ | 304 |
| (1) | Het Grondwettelijk Hof _____ | 304 |
| (2) | Buitenblik _____ | 305 |

| | | |
|------------|---|------------|
| B. | De normatieve autonomie _____ | 306 |
| (1) | Het Grondwettelijk Hof _____ | 307 |
| (2) | Buitenblik _____ | 307 |
| C. | De organisatorische autonomie _____ | 309 |
| (1) | Het Grondwettelijk Hof _____ | 309 |
| (2) | Buitenblik _____ | 310 |
| D. | De financiële autonomie _____ | 310 |
| (1) | Het Grondwettelijk Hof _____ | 310 |
| (2) | Buitenblik _____ | 316 |
| (3) | Besluit _____ | 318 |
| 3. | Besluit _____ | 320 |
| II. | De rechters van een grondwettelijk hof _____ | 323 |
| | Inleiding _____ | 323 |
| 1. | De benoemingsprocedure _____ | 323 |
| A. | Een typologie van benoemingsprocedures _____ | 324 |
| (1) | De <i>Conseil constitutionnel</i> _____ | 324 |
| (2) | Het <i>Bundesverfassungsgericht</i> _____ | 325 |
| (3) | Het <i>Supreme Court</i> en het Grondwettelijk Hof _____ | 328 |
| B. | Hoorzittingen _____ | 331 |
| (1) | Het Grondwettelijk Hof _____ | 332 |
| (2) | Buitenblik _____ | 333 |
| C. | Intermezzo: media-aandacht _____ | 334 |
| D. | De opvolging van rechters _____ | 336 |
| (1) | Het Grondwettelijk Hof _____ | 336 |
| (2) | Buitenblik _____ | 337 |
| E. | De benoemingsprocedure in een rechtsstatelijk perspectief _____ | 338 |
| 2. | De voorzitter(s) van een grondwettelijk hof _____ | 343 |
| A. | Het Grondwettelijk Hof _____ | 344 |
| B. | Buitenblik _____ | 348 |
| C. | In een rechtsstatelijk perspectief _____ | 349 |
| 3. | De benoemingsvoorwaarden _____ | 349 |
| A. | Een juridische opleiding _____ | 350 |
| (1) | Het Grondwettelijk Hof _____ | 350 |
| (2) | Buitenblik _____ | 351 |
| (3) | Onafhankelijkheid, onpartijdigheid en meritocratische legitimiteit in een rechtsstatelijk perspectief _____ | 354 |
| B. | Politieke ervaring _____ | 358 |
| (1) | Het Grondwettelijk Hof _____ | 358 |
| (2) | Buitenblik _____ | 360 |
| (3) | Gewezen parlementsleden in een rechtsstatelijk perspectief: <i>trop is te veel</i> _____ | 361 |
| C. | Politieke vertegenwoordiging of behartiging _____ | 363 |
| D. | Sociale vertegenwoordiging _____ | 366 |
| E. | Leeftijdsvereiste _____ | 368 |
| 4. | Het mandaat en zijn onverenigbaarheden _____ | 369 |
| A. | De duur van het mandaat _____ | 369 |
| B. | De onverenigbaarheden _____ | 372 |
| 5. | De immuniteit van de rechter en de voorrang van rechtsmacht _____ | 373 |
| 6. | De verloning _____ | 374 |
| 7. | De tucht en het ontslag _____ | 376 |

| | | |
|-------------|--|------------|
| 8. | Geen contacten eens op het hof _____ | 377 |
| 9. | De <i>dissenting opinions</i> _____ | 377 |
| | Besluit _____ | 378 |
| III. | De wraking en de verschoning van een rechter _____ | 384 |
| | Inleiding _____ | 384 |
| 1. | De wraking- en verschoningspraktijk _____ | 385 |
| | A. Het Grondwettelijk Hof _____ | 386 |
| | B. Buitenblik _____ | 389 |
| | (1) Het <i>Bundesverfassungsgericht</i> _____ | 389 |
| | (2) De <i>Conseil constitutionnel</i> _____ | 394 |
| | (3) Het <i>Supreme Court</i> _____ | 396 |
| 2. | De wrakings- en verschoningspraktijk in een rechtsstatelijk perspectief _____ | 400 |
| | A. De rechtspleging _____ | 402 |
| | (1) De beslissingsbevoegdheid _____ | 402 |
| | (2) Transparantie en tegenspraak _____ | 405 |
| | B. De wrakings- en verschoningsgronden _____ | 409 |
| | (1) Voorafgaande functie _____ | 410 |
| | (2) Persoonlijk belang in de zaak _____ | 421 |
| | (3) Banden _____ | 423 |
| | (4) Uitingen over de in het geding zijnde wetgevende norm _____ | 430 |
| | (5) Meningsuitingen los van een geschil _____ | 432 |
| | C. De aard, de bevoegdheid, de werking en de continuïteit van het rechtscollege _____ | 433 |
| | Besluit _____ | 436 |
| | Besluit _____ | 441 |
| | Titel III – De rechtspleging voor een grondwettelijk hof in de rechtsstaat _____ | 443 |
| | Inleiding _____ | 444 |
| I. | De rechtsstatelijke rechter _____ | 445 |
| | Inleiding _____ | 445 |
| 1. | Het lot van het geding _____ | 447 |
| | A. Het Grondwettelijk Hof _____ | 447 |
| | B. Buitenblik _____ | 450 |
| | (1) Het <i>Bundesverfassungsgericht</i> _____ | 450 |
| | (2) De <i>Conseil constitutionnel</i> _____ | 454 |
| | (3) Het <i>Supreme Court</i> _____ | 458 |
| | C. Het lot van het geding in een rechtsstatelijk perspectief _____ | 462 |
| 2. | Het voorwerp en het onderwerp van het geding _____ | 465 |
| | A. Het Grondwettelijk Hof _____ | 465 |
| | (1) Het voorwerp _____ | 465 |
| | (2) Het onderwerp _____ | 466 |
| | B. Buitenblik _____ | 471 |
| | (1) Het <i>Bundesverfassungsgericht</i> _____ | 471 |
| | (2) De <i>Conseil constitutionnel</i> _____ | 473 |
| | (3) Het <i>Supreme Court</i> _____ | 476 |
| | C. Het voorwerp en het onderwerp van een geding in een rechtsstatelijk perspectief _____ | 478 |
| | (1) Het voorwerp _____ | 478 |
| | (2) Het onderwerp _____ | 480 |
| 3. | De partijen _____ | 483 |

| | | |
|------------|--|------------|
| A. | Het Grondwettelijk Hof _____ | 483 |
| (1) | Het belang als verzoekende partij _____ | 485 |
| (2) | Het belang bij de tussenkomst _____ | 495 |
| B. | Buitenblik _____ | 496 |
| (1) | Het <i>Bundesverfassungsgericht</i> _____ | 496 |
| (2) | De <i>Conseil constitutionnel</i> _____ | 498 |
| (3) | Het <i>Supreme Court</i> _____ | 500 |
| C. | De partijen in een rechtsstatelijk perspectief _____ | 501 |
| 4. | <i>Amicus curiae</i> _____ | 503 |
| A. | Buitenblik _____ | 503 |
| (1) | Het <i>Supreme Court</i> _____ | 503 |
| (2) | Het <i>Bundesverfassungsgericht</i> _____ | 507 |
| (3) | De <i>Conseil constitutionnel</i> _____ | 508 |
| B. | De <i>amici curiae</i> in een rechtsstatelijk perspectief _____ | 510 |
| 5. | De onderzoeksbevoegdheid _____ | 512 |
| A. | Het Grondwettelijk Hof _____ | 512 |
| B. | Buitenblik _____ | 513 |
| (1) | Het <i>Bundesverfassungsgericht</i> _____ | 513 |
| (2) | De <i>Conseil constitutionnel</i> _____ | 516 |
| (3) | Het <i>Supreme Court</i> _____ | 517 |
| C. | De onderzoeksbevoegdheid in een rechtsstatelijk perspectief _____ | 518 |
| 6. | De ingereedheidbrenging van de zaak _____ | 520 |
| A. | Het Grondwettelijk Hof _____ | 520 |
| B. | Buitenblik _____ | 521 |
| (1) | Het <i>Bundesverfassungsgericht</i> _____ | 521 |
| (2) | De <i>Conseil constitutionnel</i> _____ | 522 |
| (3) | Het <i>Supreme Court</i> _____ | 523 |
| C. | De ingereedheidbrenging in een rechtsstatelijk perspectief _____ | 524 |
| | Besluit _____ | 526 |
| II. | Transparantie en openbaarheid _____ | 530 |
| | Inleiding _____ | 530 |
| 1. | De transparantie van de rechtspleging en de terechtzitting _____ | 530 |
| A. | Het Grondwettelijk Hof _____ | 530 |
| B. | Buitenblik _____ | 531 |
| (1) | Het <i>Bundesverfassungsgericht</i> _____ | 532 |
| (2) | De <i>Conseil constitutionnel</i> _____ | 532 |
| (3) | Het <i>Supreme Court</i> _____ | 533 |
| C. | De rechtspleging en de terechtzitting in een rechtsstatelijk perspectief _____ | 534 |
| 2. | Afwijkende motiveringen _____ | 535 |
| A. | Het Grondwettelijk Hof _____ | 536 |
| B. | Buitenblik _____ | 538 |
| (1) | Het <i>Supreme Court</i> _____ | 538 |
| (2) | Het <i>Bundesverfassungsgericht</i> _____ | 539 |
| (3) | De <i>Conseil constitutionnel</i> _____ | 543 |
| A. | De <i>pro</i> en <i>contra</i> argumenten _____ | 544 |
| (1) | Het rechtssysteem _____ | 544 |
| (2) | Het rechtscollege, de rechter, de arresten _____ | 551 |
| (3) | De procespartijen en het publiek _____ | 558 |
| B. | Afwijkende motiveringen in een rechtsstatelijk perspectief _____ | 560 |

| | | |
|-----|---|-----|
| C. | De Belgische context _____ | 563 |
| (1) | De communautaire vrede _____ | 563 |
| (2) | De lekenrechters _____ | 566 |
| (3) | Tegen de traditie in _____ | 567 |
| D. | Voorstel _____ | 568 |
| (1) | Anonimiteit _____ | 569 |
| (2) | De afwijkende motiveringen deels toestaan _____ | 569 |
| (3) | De advocaat-generaal _____ | 572 |
| E. | Besluit _____ | 575 |

Algemeen besluit _____ 576

| | | |
|-----|---|-----|
| A. | Een rechtsstatelijk perspectief _____ | 576 |
| (1) | De keuze voor de rechtsstaat _____ | 576 |
| (2) | Twee methoden _____ | 577 |
| B. | De toetsing _____ | 583 |
| (1) | De vrijheid door rechterlijke toetsing als tegenwicht _____ | 584 |
| (2) | Een tegenwicht voor het parlement _____ | 588 |
| (3) | Een tegenwicht in evenwicht _____ | 590 |
| (4) | Een tegenwicht door evenwicht der machten tussen de partijen - wapengelijkheid ____ | 592 |
| (5) | Een onafhankelijk en onpartijdig grondwettelijk hof _____ | 593 |
| (6) | De rechtsstatelijke vereisten voor het rechtspreken _____ | 596 |
| (7) | De deliberatieve democratie _____ | 597 |
| C. | Het nut van dit onderzoek _____ | 598 |

Bijlage: Tijdslijn historische figuren en feiten – rechtsstaat

Bibliografie

ALGEMENE INLEIDING

1. In 2002 tracht BARAK, rechter in het Israëliëse *Supreme Court* op uitvoerige wijze te antwoorden op de vraag op welke wijze hij zijn taak moet vervullen.¹ Dezelfde vraag leidt dit onderzoek: op welke wijze moet een grondwettelijk hof dit doen? Deze vraag wordt uitgedrukt in de titel “de rol van een grondwettelijk hof in een rechtsstatelijk perspectief”. Een grondwettelijk hof heeft een rol in de samenleving, zoals zoveel andere actoren: de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht, de media, de vakbonden, de organisaties van het middenveld, de scholengroepen...² Al deze actoren sturen de maatschappij. Door wetgevende normen te bevestigen, te vernietigen of ongrondwettig te verklaren, stuurt ook een grondwettelijk hof de maatschappij: het Belgische Grondwettelijk Hof heeft de wet die homohuwelijken toestaat niet vernietigd; het heeft geoordeeld dat het rookverbod ook toepasselijk moet zijn op drankgelegenheden en heeft zodoende het algemene rookverbod eerder in werking laten treden dan de wetgever had bepaald; het heeft geoordeeld dat de kieskring Brussel-Halle-Vilvoorde ongrondwettig was...

2. Het antwoord op de vraag “op welke wijze mag een grondwettelijk hof in een rechtsstaat de maatschappij sturen?” wordt bepaald door de zienswijze van diegene die de vraag beantwoordt. Het is afhankelijk van zijn zienswijze over politiek-filosofische of rechtstheoretische vraagstukken die ons al eeuwen boeien: soevereiniteit, legitimiteit van het recht, democratie, de rol van de wetgever en van de rechter en de verhouding tussen beide, wie het best geschikt is om de fundamentele rechten van de mens te beschermen, *quies custodiet custodes...*

In een juridisch proefschrift kan de zienswijze van de auteur op zich niet bepalend zijn. Daarom wordt getracht zo veel als mogelijk op objectieve en methodologisch verantwoorde wijze deze onderzoeksvraag te beantwoorden. Dit gebeurt door de rol van een grondwettelijk hof in een rechtsstatelijk perspectief te plaatsen. De rechtsstaat is het normatieve kader voor dit proefschrift.

3. De keuze voor de rechtsstaat als normatief kader was vanzelfsprekend. Wereldwijd wordt de rechtsstaat aanvaard als een legitiem, te beogen en te waarborgen regeringsvorm.³ Binnen de Verenigde Naties wordt de rechtsstaat als de na te streven

¹ A. BARAK, "A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy", *Harv.L.Rev.* 2002, (16) 16-162.

² F. DUMON, "La mission des cours et tribunaux. Quelques réflexions", *JT* 1975, (541) 566 en J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", *RDP* 1998, (1748) 1755.

³ B. TAMANAHA, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 2-3.

staatsvorm beschouwd.⁴ Binnen de Europese Unie en de Raad van Europa hebben de lid- en verdragsstaten zich bovendien ertoe verbonden een rechtsstaat te zijn. In de Duitse *Grundgesetz* wordt Duitsland een *Rechtsstaat* genoemd. In België en Nederland hebben parlementsleden getracht het rechtsstaatsbegrip in de grondwet in te schrijven.⁵

4. Zo intuïtief en zo vanzelfsprekend het is om de rol van een grondwettelijk hof in een rechtsstatelijk perspectief te plaatsen, zo moeilijk is het methodologisch. Op het gebruik van het rechtsstaatsbegrip wordt immers veel kritiek geleverd. Vooreerst zou het rechtsstaatsbegrip niet bepaalbaar zijn en dus nutteloos. Er zouden immers zeer veel rechtsstaatsbegrippen zijn en er zou geen eensgezindheid over de inhoud bestaan. Ten tweede, indien het rechtsstaatsbegrip bepaalbaar zou zijn, welk rechtsstaatsbegrip wordt er dan gebruikt? Opnieuw, er zijn er zoveel. Voor het Belgische Grondwettelijk Hof is vanzelfsprekend het Belgische rechtsstaatsbegrip relevant. Doch dit rechtsstaatsbegrip is in de rechtsleer en in de praktijk onvoldoende uitgewerkt om als normatief kader te dienen. Het Belgische staatsbestel is – en was – veel meer ingegeven door pragmatisme dan door theorie. De parlementaire voorbereiding van de Grondwet leert ons veel over de rechtsstaatsidee. De hedendaagse grondwetgever hecht weinig belang aan theorievorming en kadert belangrijke grondwettelijke evoluties zelden in een (rechtsstaats)theorie. Ten slotte is ook de Belgische rechtsleer in het grondwettelijk recht doorgaans meer gericht op beschrijving en probleemoplossend denken, dan op theorievorming en beginselenleer.

Bij gebrek aan een nuttig Belgisch rechtsstaatsbegrip, is het methodologisch slechts verantwoord om een ideaaltypisch rechtsstaatsbegrip als normatief kader te gebruiken: dat is een rechtsstaatsbegrip dat de statelijke contingentie overstijgt en voor de (Europese) Westerse landen herkenbaar is.

5. In dit onderzoek wordt dan ook naar zo'n ideaaltypisch rechtsstaatsbegrip gezocht. Dit gebeurt door te onderzoeken of een gemeenschappelijk Europees rechtsstaatsbegrip kan worden ontwikkeld. Dit onderzoek gebeurt aan de hand van een analyse van de rechtsleer en van de rechtspraktijk. De eerste onderzoeksmethode houdt in dat wordt onderzocht op welke wijze de rechtsstaatsbegrippen van het Verenigd Koninkrijk, van Duitsland, van Frankrijk en van België in de literatuur worden ingevuld. Deze buitenlandse rechtsstaatsbegrippen zijn relevant omdat België met deze landen een geschiedenis en een rechtsorde deelt. Om deze reden wordt het Amerikaanse *rule of law*-begrip niet onderzocht: dit heeft deels een gemeenschappelijke geschiedenis met het *rule of law*-begrip op het Britse eiland, doch het Amerikaanse begrip heeft zich na de onafhankelijkheid apart ontwikkeld.⁶

⁴ V.N. VEILIGHEIDSRaad, *Report of the Secretary-General - The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, S/2004/616, nr. 6.

⁵ Voor België, zie het voorstel van de heren DUCARME en REYNDERS tot herziening van Titel II van de Grondwet om een artikel 3^{quater} in te voegen, *Parl. St. Kamer* 1992-93, nr. 47-957/1.

⁶ Omdat in dit proefschrift naar een Europees rechtsstaatsbegrip wordt gezocht, worden Amerikaanse bronnen en auteurs bewust buiten beschouwing gelaten. Anders dan bij BINGHAM en TAMANAHA, worden in het eerste deel aldus niet de *Federalist Papers*, de *US Constitution*, DWORKIN, UNGER besproken... Om deze reden wordt ook de *Critical legal studies movement* uit dit onderzoek gehouden, daar deze beweging vooral in de Verenigde Staten van Amerika aanhang had. Zie hierover meer bij B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 74.

Door de vergelijking van de Britse, Duitse, Franse en Belgische rechtsstaatsbegrippen kan misschien een gemeenschappelijke kern worden ontwaard. Dit is meteen een eerste horde: verscheidene auteurs schrijven dat de rechtsstaatsbegrippen in deze West-Europese rechtstradities fundamenteel van elkaar verschillen of verschillen.⁷ Andere auteurs zijn het daarmee niet eens en zijn van oordeel dat deze rechtsstaatsbegrippen sterke gelijkenissen vertonen en aldus vergelijkbaar zijn.⁸ Gelet op deze tegenstrijdige visies in de literatuur en het belang ervan voor het ontwikkelen van een ideaaltypisch rechtsstaatsbegrip, moet in dit onderzoek hierover een stelling worden ingenomen: daarom is het noodzakelijk om, via de secundaire literatuur, de primaire bronnen te onderzoeken en tot een eigen besluit te komen.⁹

⁷ D. KOCHENOV, "The EU Rule of Law: Cutting Paths Through Confusion", *Erasmus Law Review* 2009, (5) 11 en M. ROSENFELD, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", *Southern California Law Review* 2001, (1307) 1318 die hiervoor verwijzen naar R. GROTE, "Rule of Law, Rechtsstaat and 'Etat de droit'", in CH. STARCK (ed.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy - a comparative analysis*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, 369-306. Zie ook J. STEENBERGEN, G. DE CLERCQ en R. FOQUÉ, *Externe betrekkingen en industriepolitiek van de Europese Gemeenschap*, Leuven, Acco, 1981, 121. Volgens GROTE zou de *Etat de droit* van de *Rechtsstaat* verschillen omdat nog veel handelingen van de President niet aan rechterlijk toezicht zijn onderworpen en omdat de *Conseil constitutionnel* alleen een *a priori*-toetsing houdt. De *rule of law* zou van de *Rechtsstaat* verschillen omdat het Verenigd Koninkrijk geen gedetailleerde grondwet heeft die de machtsverdeling bepaalt, omdat de *rule of law* geen beperkingen aan de wetgevende macht zou opleggen en omdat in het Verenigd Koninkrijk later en op beperktere wijze rechterlijk toezicht op administratieve handelingen is ontstaan. In dit proefschrift zullen de meeste van die argumenten worden weerlegd. Anderen nemen een middenstandpunt in: zij benoemen de verschillen tussen de concepten door te wijzen op de verschillende historische, grondwettelijke en culturele contexten waarin zij zijn ontstaan, doch zij benoemen tevens de gelijkenissen: hun functie, rol en de grondslagen van de concepten. D. FAIRGRIEVE, "Etat de droit and Rule of Law: comparing concepts-a tribute to Roger Errera", *Public Law* 2015, (40) 41.

⁸ E. CARPANO, *État de droit et droits européens: l'évolution du modèle de l'État de droit dans le cadre de l'eupéanisation des systèmes juridiques*, Parijs, L'Harmattan, 2005, 80-81; P. COSTA, "The Rule of Law: a historical introduction", in P. COSTA en D. ZOLO (eds.), *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Dordrecht, Springer Netherlands, 2007, 105 en 134; L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Parijs, Dalloz, 2002, 431 en L. PECH, "The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union", *vindplaats terug te vinden in de bibliografie*, 40-41.

⁹ De proefschriften van HEUSCHLING en CARPANO, die in het begin van de XXI^{ste} eeuw elk een diepgaand onderzoek over het rechtsstaatsbegrip hebben gemaakt, zijn van onschatbare waarde voor dit onderzoek geweest. Hun proefschriften hebben de auteur van dit proefschrift de weg naar de primaire bronnen getoond. HEUSCHLING heeft getracht om de wetenschappelijke betekenis en geldigheid van het *État de droit*-begrip (als term) te begrijpen en achtte daarom een (diepgaand) onderzoek naar de *rule of law* en de *Rechtsstaat* noodzakelijk. Hij beoogde evenwel niet een gemeenschappelijk rechtsstaatsbegrip te zoeken en evenmin de rechtsstaatsidee te onderzoeken. L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 17. Vanuit de vaststelling dat het publiekrecht "europeaniseert", heeft CARPANO getracht te onderzoeken hoe dit is gebeurd: het rechtsstaatsbegrip is zowel het kader waarin als het voorwerp en instrument waarmee het publiekrecht is "geëuropeaniseerd". E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 17. Ook andere onderzoeken hebben sterk bijgedragen tot de conceptualisering van de drie archetypes in dit proefschrift: voor het Duitse rechtsstaatsbegrip, zijn dit onder meer de doctoraten van SOBOTA en KUNIG, het boek onder leiding van JOUANJAN, de bijdragen van BÖCKENFÖRDE en SCHEUNER... Voor het Franse rechtsstaatsbegrip het boek van CHEVALLIER en de artikelen van TROPER en HENRY. Voor de *rule of law* zijn dit de boeken van BINGHAM, CAPPELLETTI en TAMANAHA. Ook hebben tal van auteurs, naast HEUSCHLING en CARPANO, al een vergelijking tussen de drie archetypes gemaakt en hierin een gemeenschappelijke kern ontwaard, onder meer COSTA, LOUGHLIN, MORIN, PECH en SCHEUNER.

6. Een studie naar de rechtsstaatsbegrippen in de literatuur is echter onvoldoende. Zowel voor het verleden als voor het heden geldt dat een rechtsstaatsbegrip, zelfs indien over zijn inhoud eensgezindheid bestaat, weinig gezag heeft indien de rechtspraktijk dit rechtsstaatsbegrip niet erkent of gebruikt. Bovendien is de praktijkanalyse noodzakelijk om tot een juist rechtsstaatsbegrip te komen. Dit geldt niet alleen, doch bij uitstek voor het *rule of law*-begrip: in het Verenigd Koninkrijk kan, bij gebrek aan een geschreven grondwet, de grondwettelijke rechtsorde en de rechtsstatelijke praktijk slechts door een studie van die praktijk worden beoordeeld.

Om die reden wordt in dit onderzoek de rechtspraktijk in de vier onderzochte landen geanalyseerd: welke invulling geven de (grond)wetgever en de rechter aan het rechtsstaatsbegrip? Omvat de rechtsstatelijke rechtspraktijk dezelfde elementen? Stelt de rechtsstaat dezelfde vereisten?

Dit onderzoek is bovendien niet beperkt tot de vier landen: daar het rechtsstaatsbegrip ook in de supra- en internationale rechtsorde wordt gebruikt, wordt nagegaan op welke wijze de “wetgever” en de rechter in de Raad van Europa en in de Europese Unie het rechtsstaatsbegrip invullen.

7. In dit proefschrift wordt voornamelijk de aandacht besteed aan de evolutie naar en de inhoud van de hedendaagse niet-legalistische rechtsstaatsbegrippen. Het (materiële of) niet-legalistische rechtsstaatsbegrip is een rechtsstaatsbegrip dat een materieel doel heeft en materiële vereisten aan wetgeving (de bescherming van fundamentele rechten) oplegt. Het omvat alle vereisten van de (formele of) legalistische rechtsstaatsbegrippen, doch voegt hieraan de materiële vereisten voor wetgeving toe. Hoewel onderzocht, wordt bewust niet de gehele wordingsgeschiedenis van de rechtsstaatsbegrippen uiteengezet. Vooreerst zou een volledige weergave van dit onderzoek tot een onevenredige omvang van het eerste deel, in verhouding met het tweede deel, hebben geleid. De ontwikkeling van het rechtsstaatsbegrip is slechts functioneel en staat ten dienste van het tweede deel. Ten tweede is alleen het hedendaagse rechtsstaatsbegrip relevant voor de toetsing van de bevoegdheden en de inrichting van en de rechtspleging voor een grondwettelijk hof.

Wel wordt telkens aangeduid of het hedendaagse rechtsstaatsbegrip een breuk dan wel een voortzetting in de wordingsgeschiedenis van het rechtsstaatsbegrip vormt. Daarom is het noodzakelijk om steeds bondig de wordingsgeschiedenis van vóór 1950 uiteen te zetten. Dit staat ons ook toe om enkele belangrijke grondwettelijke theorieën, die nog steeds een invloed op het hedendaagse rechtsstaatsbegrip hebben, uiteen te zetten.

8. Door de concrete vereisten van de hedendaagse rechtsstaatsbegrippen te vergelijken, leiden de twee onderzoeksmethoden tot een gemeenschappelijk rechtsstaatsbegrip. Dit is het Europese niet-legalistische rechtsstaatsbegrip dat in de eerste titel van het eerste deel wordt uiteengezet. De auteur van dit proefschrift is zich bewust van de relativiteit van dit rechtsstaatsbegrip. Het is een stelling waarop haar proefschrift berust en haar rechtsstaatsbegrip zal dan ook één van de vele ontwikkelde rechtsstaatsbegrippen zijn. Door nog een rechtsstaatsbegrip te definiëren en te conceptualiseren, draagt de auteur dan, paradoxalerwijze, bij tot de vaststelling dat er geen eensgezindheid over het rechtsstaatsbegrip bestaat.

9. Ook om die reden is het belangrijk dat in het eerste deel van het proefschrift de concrete rechtsstaatsvereisten worden uiteengezet en wordt nagegaan of over de invulling van deze concrete vereisten in de zes onderzochte rechtsordes eensgezindheid bestaat. In het tweede deel van dit proefschrift dienen immers deze concrete rechtsstaatsvereisten als normatief kader om de bevoegdheden en de inrichting van en de rechtspleging voor vier grondwettelijke hoven te toetsen. Diegene die het oneens zou zijn met het ontwikkelde rechtsstaatsbegrip, kan zich misschien wel erin vinden dat die bepaalde concrete (rechtsstaats)elementen de rol van een grondwettelijk hof bepalen.

10. In het tweede deel van dit proefschrift worden de bevoegdheid en inrichting van en de rechtspleging voor een grondwettelijk hof in een rechtsstatelijk perspectief geplaatst. Dit onderzoek heeft twee belangrijke kenmerken. Enerzijds, het is sterk rechtsvergelijkend. De rechtspraktijk en de rechtsliteratuur over de bevoegdheid en inrichting van en de rechtspleging voor de vier grondwettelijke hoven worden onderzocht. In de rechtsliteratuur wordt nagegaan of deze elementen in het licht van het rechtsstaatsbegrip dan wel in het licht van concrete rechtsstaatsvereisten worden bekritiseerd. Anderzijds wordt, steunend op de rechtsvergelijking, de rol van een grondwettelijk hof in een rechtsstatelijk perspectief geplaatst.

11. De vier onderzochte grondwettelijke hoven maken grotendeels deel uit van de rechtssystemen waarvan het rechtsstaatsbegrip wordt onderzocht: het *Bundesverfassungsgericht*, de *Conseil constitutionnel*, het Belgische Grondwettelijk Hof en het *Supreme Court* van de Verenigde Staten van Amerika. De keuze om het *Bundesverfassungsgericht* en de *Conseil constitutionnel* in dit onderzoek te betrekken is vrij evident. Danzij zijn uitgebreide bevoegdheden¹⁰ en de sterk ontwikkelde rechtspraak, vormt het *Bundesverfassungsgericht* een voorbeeldrol onder de Europese grondwettelijke hoven. De *Conseil constitutionnel* was daarentegen aanvankelijk een voorbeeld van een Europees grondwettelijk hof met een beperkte bevoegdheid. Tijdens het onderzoek werd aan de *Conseil* nieuwe bevoegdheden toegekend. Deze evolutie maakt het onderzoek naar de *Conseil* nog relevanter.

Het *Supreme Court* van het Verenigd Koninkrijk maakt geen deel van het onderzoek uit. Dit rechtscollege heeft de rechterlijke toetsing van wetten immers (nog) niet als kernfunctie: zijn kernfunctie is voorsnog als hoogste rechtscollege rechterlijke beslissingen toetsen. Omdat dit rechtscollege (voorsnog) niet als tegenwicht voor de wetgever wordt beschouwd, is het niet relevant om zijn bevoegdheid, inrichting en rechtspleging in het onderzoek te betrekken.

Dit maakt plaats vrij voor een onderzoek naar het *Supreme Court* van de Verenigde Staten van Amerika: als oudste grondwettelijk hof met een sterk gezag kan het in dit onderzoek niet ontbreken. In dit proefschrift wordt het *Supreme Court* van de Verenigde Staten van Amerika inderdaad als een grondwettelijk hof bestempeld: *de iure* is het evenwel een

¹⁰ Het *Bundesverfassungsgericht* heeft vijftien bevoegdheden, waarvan drie bevoegdheden met de bevoegdheden van het Grondwettelijk Hof vergelijkbaar zijn: de abstracte normencontrole, de concrete normencontrole en de *Verfassungsbeschwerde*. In het tweede deel worden in beginsel de bevoegdheid en de rechtspleging van het *Bundesverfassungsgericht* alleen met betrekking tot deze drie procedures onderzocht.

hoogste rechtscollege dat rechterlijke beslissingen toetst, naar aanleiding waarvan het (uitvoerende of wetgevende) normen aan de *US Constitution* toetst. In de praktijk beschouwt het *Supreme Court* zijn bevoegdheid inzake grondwettelijke kwesties als zijn belangrijkste opdracht en toetst het voornamelijk rechtsnormen en hun uitvoering aan de *US Constitution*.¹¹

12. Dit rechtsvergelijkend onderzoek beoogt bloot te leggen op welke wijze in Duitsland, Frankrijk en de Verenigde Staten van Amerika de bevoegdheden en de inrichting van en de rechtspleging voor het grondwettelijk hof in een rechtsstatelijk perspectief worden gekaderd. Het opzet is om hieruit nuttige elementen voor het Belgische Grondwettelijk Hof vanuit rechtsstatelijk perspectief aan te bevelen.

¹¹ Zie voetnoot 2336.

DEEL I - DE RECHTSSTAAT

INLEIDING

“This is so not just because the Rule of Law is an *essentially contested concept*”¹² “

“Not uncommonly when a political ideal captures the imagination of large numbers of people its name becomes a slogan used by supporters of ideals which bear little or no relation to the one it originally designated. (...) If the rule of law is the rule of the good law then to explain its nature is to propound a complete social philosophy. But if so the term lacks *any useful function*.”¹³

“The truth is that the *rule of law* is apt to be rather *an unruly horse*. If it is only a synonym for law and order, it is characteristic of all civilised States; and such order may be based on principles which no democrat would welcome and may be used, as recent examples have shown, to justify the conquest of one State by another. If it is not, it is apt to express the political views of the theorist and not to be an analysis of the practice of government. If analysis is attempted, it is found that the idea includes notions which are essentially imprecise. If it is merely a phrase for distinguishing democratic of constitutional government from dictatorship, it is wise to say so.”¹⁴

“Its rhetorical power in aid of an argument about governmental authority, individual liberty, or constitutional legitimacy, makes the rule of law an object of understandable suspicion as much as one of reverence: *its uncertain and contested content* allows it to be too readily invoked in support of opinions whose cogency might not withstand careful scrutiny.”¹⁵

(...) although a *coherent formulation* of the general concept (rule of law) can be devised, that this formulation is *entirely unworkable in practice*.”¹⁶ ...

De *dubbelzinnigheid* van het woord “rechtsstaat” maakt dat dit begrip *weinig bruikbaar* is voor een goede rechtsbeoefening, maar wel zeer geschikt is voor academische redevoeringen en politieke (of antipolitieke) toespraken of artikels.”¹⁷

“l’efficacité symbolique d’un mythe est liée à la multiplicité des significations qu’il recèle: ce que l’État de droit a gagné en extension, ne l’a-t-il pas perdu en compréhension, en devenant une *simple évocation rituelle dépourvue de contenu précis*?”¹⁸

¹² J. WALDRON, "Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?", *Law and Philosophy* 2002, (137) 164.

¹³ J. RAZ, "The Rule of Law and its Virtue", *Law Quarterly Review* 1977, (195) 195-196.

¹⁴ I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, London, University of London Press, 1967, 5^{de} ed., 60. Geciteerd door R. BLACKBURN, "Dicey and the teaching of public law", *Public Law* 1985, (679) 692.

¹⁵ T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 1.

¹⁶ M. LOUGHLIN, "The Rule of Law in European Jurisprudence", Commissie van Venetië, *vindplaats terug te vinden in de bibliografie*, 3.

¹⁷ H. VAN IMPE, "Over onaangepaste terminologie en inadekwate begripsvorming in het Belgisch staatsrecht", *TBP* 1992, (772) 774.

¹⁸ J. CHEVALLIER, "La mondialisation de l’État de droit", in X (ed.), *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges P. Ardant*, Parijs, LGDJ, 1999, 325 e.v.

13. Dé rechtsstaat – Door de rol van een grondwettelijk hof in een rechtsstatelijk perspectief te plaatsen, dringt een eerste onderzoeksvraag zich op: wat is een rechtsstatelijk perspectief? In de inleiding is reeds uiteengezet waarom het Belgische rechtsstaatsbegrip niet als normatief kader kan dienen en aldus een ideaaltypisch rechtsstaatsbegrip moet worden ontwikkeld.

14. Gemeenschappelijk Europees rechtsstaatsbegrip – Dit rechtsstaatsbegrip proberen we te vinden in een gemeenschappelijk Europees rechtsstaatsbegrip. Dit is een rechtsstaatsbegrip, voortvloeiend uit de gemeenschappelijke kern van het Duitse, Franse en Engelse en Belgische rechtsstaatsbegrip en dat – mogelijk – ook door de Raad van Europa en de Europese Unie wordt opgelegd.

Een gemeenschappelijk rechtsstaatsbegrip afleiden uit de *rule of law*¹⁹, de *Rechtsstaat*, de *État de droit* en de rechtsstaat: het is de eerste horde die moet worden genomen. De auteurs verschillen immers van mening of deze rechtsstaatsbegrippen vergelijkbaar waren of zijn.²⁰ Daarenboven blijkt uit de bovenvermelde citaten dat het begrip “rechtsstaat” “een in wezen gecontesteerd begrip” zou zijn: er zou geen eensgezindheid over zijn inhoud en betekenis bestaan²¹, het begrip zou een *contradictio in terminis* of een pleonasme zijn.²² De tweede horde. Worden de boeken niet beter ineens toegegooid?

15. Wordingsgeschiedenis – In dit doctoraal onderzoek worden de sporen van de rechtsstaatsidee in het Griekse, Romeinse en middeleeuwse staatsdenken, hoewel deze zonder twijfel bestaan, niet onderzocht.²³ Wel worden de genese en de ontwikkeling van de

¹⁹ De woordengroep “*rule of law*” is semantisch niet vergelijkbaar met de continentale woorden *Rechtsstaat* en *État de droit*, die een “kwaliteitslabel” voor een staat zijn. De *rule of law* duidt echter evengoed op de kwaliteit van een staat. Een staat is geen *rule of law*, maar in een “goede” staat heerst de *rule of law*. In die zin zijn de *rule of law*, de *Rechtsstaat* en de *État de droit* vergelijkbaar. Tot op vandaag kent de Engelse (rechts)taal geen term die tegelijk de staat en zijn kwaliteitslabel aanduidt. In het verleden werden en ook vandaag worden evenwel soms ook andere woorden gebruikt, die, omwille van hun semantische structuur, vergelijkbaar zijn met ofwel “*rule of law*” (zoals *empire of law*, *government of law*) ofwel “*Rechtsstaat*” (*lawful regiment*, *lawful Government*). Het gebruik van de woordengroep *rule of law* overheerst echter nog steeds. Doorgaans wordt een “rechtsstaat” dan ook aangeduid als een “(constitutional) democratic government under the rule of law” of als “[constitution, country] subject to the rule of law”. Zie onder meer J. LAWS, “Beyond rights”, *OJLS* 2003, (265) 265 en J. LAWS, “The Constitution: Morals and Rights”, *Public Law* 1996, (622) 629 en Lord IRVINE in *House of Lords* 2 april 1997, *Boddinton Appellant v. British Transport Police Respondent*, [1999] 2 A.C. 143, 161.

²⁰ Zie *supra*, randnummer 5.

²¹ J. RAZ, “The Rule of Law and its Virtue”, 196; K. STERN, *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1977, 606 en Internationale Commissie van Juristen, “The Rule of Law in a Free Society”, 3-4.

²² M. TROPER, “Le concept d'État de droit”, *Droits* 1992, (51) 55 en H. SCHULZE-FIELITZ, “Artikel 20. Rechtsstaat”, in H. DREIER (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, 176.

²³ Bij PLATO, ARISTOTELES, SOCRATES, SOLON, KLEISTHENES, POLYBIUS, CICERO, Thomas van AQUINO... Zie ARISTOTELES en S. EVERSON, *The Politics and the Constitution of Athens*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, 101. Zie ook T. BINGHAM, *The Rule of Law*, Londen, Penguin, 2010, 3; E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 36; P. COSTA, “The Rule of Law”, 75-76; R. FOQUÉ, *De democratische rechtsstaat: een onrustig bezit?*, Utrecht, FORUM, 2011, 20-36; F.A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Londen, Routledge and Kegan Paul, 1976, reprint ed., 144-145; I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 45, voetnoot 1; CH. MAY, “The Rule of Law: Athenian Antecedents to Contemporary Debates”, *Hague Journal on the Rule of Law* 2012, (235) 235-251; U. SCHEUNER, “Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland”, in E. FORSTHOFF (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt,

vier rechtsstaatsbegrippen en –ideeën vanaf de zeventiende eeuw bestudeerd. De begrippen *Rechtsstaat* en de *rule of law* en de idee van de *État de droit* dateren van deze periode. Zoals in de inleiding is uiteengezet, wordt in dit proefschrift echter niet deze gehele wordingsgeschiedenis uiteengezet. Er wordt hoofdzakelijk aandacht besteed aan de recente evolutie naar en de inhoud van de hedendaagse niet-legalistische rechtsstaatsbegrippen. Wel wordt telkens aangeduid of het hedendaagse niet-legalistische rechtsstaatsbegrip een breuk dan wel een voortzetting in de wordingsgeschiedenis van de rechtsstaatsidee is. Om die reden worden telkens de woord- en ideegenese van het rechtsstaatsbegrip vóór 1950 bondig uiteengezet.

16. Niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip – Ook een onderzoek naar alle mogelijke hedendaagse rechtsstaatstheorieën zou te omvangrijk zijn en niet steeds relevant voor het verdere onderzoek in het proefschrift. In dit proefschrift wordt voornamelijk de evolutie van de niet-legalistische naar de legalistische rechtsstaatsbegrippen (en terug) onderzocht. Zowel vroeger²⁴ als vandaag gaat het grootste debat over het onderscheid tussen de legalistische (formele) en niet-legalistische (materiële) rechtsstaatsbegrippen.²⁵ Buiten beschouwing worden dan ook gelaten: de *Unrechtsstaat* (de zogenaamde *Rechtsstaat* van het Naziregime)²⁶, het sociale rechtsstaatsbegrip²⁷...

17. Structuur – Om de leesbaarheid van het proefschrift te verhogen en talrijke herhalingen te vermijden, wordt het onderzoek in het eerste deel niet voorgesteld in de volgorde waarin het werd uitgevoerd. In de **eerste titel** wordt het normatieve kader uiteengezet: het Europese niet-legalistische rechtsstaatsbegrip wordt omschreven en

Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, 470; J. SHKLAR, *Montesquieu*, Oxford, Oxford University Press, 1987, 51; K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1997, 265; K. STERN, *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, 605 en 283-306 en B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 7. Ook typische rechtsstaatselementen waren (minstens impliciet) aanwezig: de machtsverdeling en een rechterlijke wettigheidstoetsing. Zie M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon, 1989, 122 en H. ARENDT, *On Revolution*, Londen, Penguin Books, 1963, 150-151.

²⁴ Ook reeds in Athene (PLATO), zie CH. MAY, "The Rule of Law: Athenian Antecedents to Contemporary Debates", 242.

²⁵ In navolging van BARBER worden in de proefschrift de begrippen "legalistische" en "niet-legalistische" rechtsstaat in plaats van "formele" en "materiële" rechtsstaat gebruikt. N.W. BARBER, "The *Rechtsstaat* and the Rule of Law", *University of Toronto Law Journal* 2003, (443) 445. BARBER argumenteert terecht dat "formele rechtsstaatsbegrippen" ook materiële vereisten stellen, doch aan het wetgevingsproces of aan de rechtsbescherming. Niet-legalistische rechtsstaatsbegrippen omvatten vereisten die niet onmiddellijk met het wetgevingsproces zijn verbonden, zoals vrijheid van meningsuiting, autonomie,... Zie ook D. FAIRGRIEVE, "Etat de droit and Rule of Law", 53.

²⁶ Zie hiervoor onder meer E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 109-114; L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 516-570; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, nr. 66; U. SCHELLENBERG, "Die Rechtsstaatskritik. Vom liberalen zum nationalen und nationalsozialistischen Rechtsstaat", in E.-W. BÖCKENFÖRDE (ed.), *Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1985, 71-88 en M. STOLLEIS, "Que signifiait la querelle autour de l'État de droit sous le Troisième Reich?", in O. JOUANJAN (ed.), *Figures de l'État de droit*, Straatsburg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, 373-383.

²⁷ Het is bijvoorbeeld weinig relevant om in een proefschrift dat de bevoegdheden en de inrichting van en de rechtspleging voor een grondwettelijk hof onderzoekt uitvoerig na te gaan of het rechtsstaatsbegrip bepaalde socio-economische rechten omvat (zoals het recht op onderwijs, op welzijn,...) Zie hiervoor onder meer A. BEDNER, "An elementary approach to the rule of law", *Hague Journal on the Rule of Law* 2010, (48) 65.

gedefinieerd. Dit begrip is een these in dit proefschrift: het is een stelling waarop het proefschrift berust. Het wordt volledig gesteund op het onderzoek aan de hand van de twee bovengenoemde methoden. In de **tweede titel** wordt dit onderzoek beperkt neergeschreven: door de evolutie naar een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip uiteen te zetten en door het hedendaagse rechtsstaatsbegrip in de praktijk en in de rechtsleer te onderzoeken, kan tot een Europees niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip worden besloten.

TITEL I – DE RECHTSSTAAT, DE DEMOCRATIE EN EEN GRONDWETTELIJK HOF

18. *Het rechtsstaatsbegrip* – In dit proefschrift worden de inrichting, de rechtspleging en de bevoegdheden van een grondwettelijk hof in een rechtsstatelijk perspectief geplaatst. In deze eerste titel wordt het Europese niet-legalistische rechtsstaatsbegrip omschreven en gedefinieerd. Het is niet louter de gemene deler van de hedendaagse Britse, Duitse, Franse en Belgische rechtsstaatsbegrippen. De ambitie ligt hoger: uit deze rechtsstaatsbegrippen wordt de kern van de rechtsstaatsidee afgeleid en wordt deze op de hedendaagse rechtsordes toegepast. Dit leidt tot een rechtsstaatsbegrip dat voor deze rechtsordes herkenbaar is: het hieronder gedefinieerde en omschreven rechtsstaatsbegrip volgt de (gemeenschappelijke) geest van de onderscheiden rechtsstaatsbegrippen. Alleen zijn de geesten al verder gerijpt in de ene, dan wel in de andere rechtsorde. Voor de onderzochte rechtsordes geldt dan ook dat elk van hen een rechtsstaat is, maar de ene rechtsorde is méér rechtsstaat dan de andere.

19. *Structuur* – In een **eerste hoofdstuk** wordt het Europese niet-legalistische rechtsstaatsbegrip omschreven en gedefinieerd. Omdat dit in de wordingsgeschiedenis van de rechtsstaatsbegrippen niet steeds als evident werd beschouwd, wordt in het **tweede hoofdstuk** nagegaan of en welke democratie de rechtsstaat vereist. In het verleden werd, ook in het licht van de toen geldende rechtsstaatsideeën, grondwettigheidstoetsing van wetten niet steeds aanvaard. Omdat in het tweede deel de bevoegdheid van een grondwettelijk hof in een rechtsstatelijk perspectief wordt onderzocht, wordt in het **derde hoofdstuk** naar de legitimiteit van een grondwettelijk hof in de hedendaagse rechtsstaat gezocht.

I. DEFINITIE EN OMSCHRIJVING VAN DE RECHTSSTAAT

20. *Rechtsstaat* – In dit eerste hoofdstuk wordt **in de eerste afdeling** het Europese niet-legalistische rechtsstaatsbegrip omschreven en **in de tweede afdeling** gedefinieerd.

1. DE CONSTITUTIEVE ELEMENTEN VAN DE RECHTSSTAAT

21. *Instrumenten* – Uit het onderzoek blijkt dat de hedendaagse rechtsstaatsbegrippen veel gemeenschappelijke elementen hebben. Uit deze gemeenschappelijke elementen kunnen de constitutieve elementen van een Europees niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip worden afgeleid. Deze zijn: de doelen van de rechtsstaat (**A**) en zijn institutionele (**B**), formele (**C**) en materiële (**D**) vereisten.²⁸ Deze constitutieve elementen zijn de instrumenten om de kern van de rechtsstaatsidee te bereiken.²⁹

A. DE DOELEN VAN DE RECHTSSTAAT

22. *Rechtsstaatsidee* – De Britse, Duitse, Franse en Belgische rechtsstaatsbegrippen hebben een gemeenschappelijke oorsprong, een gelijkaardige evolutie en een gemeenschappelijke hedendaagse inhoud.³⁰ Essentieel en gemeenschappelijk over de eeuwen heen is dat de rechtsstaat de idee inhoudt dat het recht de staatsmacht moet beperken, opdat de vrijheid en de autonomie van het individu kunnen worden beschermd.³¹ Zo kunnen de doelen, die tevens de normatieve grondslagen van de

²⁸ Voor de bespreking van alternatieve analyses en categorieën van rechtsstaatsbegrippen (formele en materiële, “dunne” en “dikke” rechtsstaatsbegrippen) en voor een eigen voorstel (dat de rechtsstaatselementen in procedurele elementen, materiële elementen en instrumenten tegen de overheid verdeelt), zie A. BEDNER, "An elementary approach to the rule of law", 54-57.

²⁹ Zie ook P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, nr. 40.

³⁰ Zie ook E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 80-81; P. COSTA, "The Rule of Law", 105 en 134; L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 431 en L. PECH, "The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union", 40-41. *Contra*, D. KOCHENOV, "The EU Rule of Law: Cutting Paths Through Confusion", 11 en M. ROSENFELD, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", 1318 die hiervoor verwijzen naar R. GROTE, "Rule of Law, Rechtsstaat and 'Etat de droit'", 369-306. Zie ook J. STEENBERGEN, G. DE CLERCQ en R. FOUQUÉ, *Externe betrekkingen en industriepolitiek van de Europese Gemeenschap*, 121.

³¹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit: Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1976, 84; E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 23 en 36; G. DE BAERE, "Het rechtsstaatsbeginsel in het recht van de Europese Unie en het internationaal recht: Be you never so high, the Law is above you", *RW* 2012-13, (1362) 1363, die dit als de kernidee van de rechtsstaat beschouwt en U. SCHEUNER, "Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland", 389.

rechtsstaat zijn, worden blootgelegd: de redenen waarom de rechtsstaatsdenkers van verschillende tijden en landen de rechtsstaat verdedigen, zijn immers gemeenschappelijk. Deze zijn een zoektocht naar vrijheid, gematigdheid en de erkenning van de pluralistische samenleving.³²

(1) MENSELIJKE WAARDIGHEID EN VRIJHEID

23. *Liberalisme* – Vanaf de opkomst van het liberalisme³³, dat de oorsprong van het recht en van de rechtsorde in de handen van de burgers legde, wordt benadrukt dat de beperking van de overheidsmacht en de gematigdheid noodzakelijk zijn om de vrijheid van elk individu te waarborgen.³⁴ De vrijheid is een normatieve grondslag van de rechtsstaat.³⁵ Er worden drie vormen van vrijheid onderscheiden die onderling met elkaar zijn verbonden³⁶ en alleen door een evenwicht van machten kunnen worden gewaarborgd.³⁷ Deze vormen zijn de politieke, de juridische en de persoonlijke vrijheid.

24. *Politieke vrijheid* – De oudste vorm van vrijheid, de politieke vrijheid³⁸, houdt in dat mensen moeten kunnen deelnemen aan de procedures waarbij recht tot stand komt. De mens moet “*at once ruler and ruled*” zijn; hij moet de auteur van regelgeving zijn. Alleen dan leeft hij niet in een heerschappij van anderen, maar is er zelfbestuur.³⁹ Dit is een uitdrukking van het sociale contractsdenken. Alleen door zelf aan de staatsmacht te kunnen deelnemen, stemt de burger ermee in dat hij aan de staatsmacht wordt onderworpen. Hieruit vloeit voort dat de burger slechts ermee instemt dat de overheid de staatsmacht uitoefent, wanneer dit gebeurt op de wijze zoals in het sociale contract – de grondwet – wordt bepaald.

³² R. FOQUÉ, *De democratische rechtsstaat: een onrustig bezit?*, Utrecht, Forum, 2011, 56 en R. FOQUÉ, "De actualiteit van Montesquieus staatkundige erfgoed", in H.D. TJEENK WILLINK (ed.), *Stoelendansen met de macht*, Den Haag, Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2006, 10-11.

³³ De Atheense wortels van de rechtsstaatsidee bewijzen echter dat zij niet inherent aan het liberalisme is verbonden. Zie ook CH. MAY, "The Rule of Law: Athenian Antecedents to Contemporary Debates", 236.

³⁴ B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 115.

³⁵ S. KIRSTE, "Philosophical Foundations of the Principle of the Legal State (Rechtsstaat) and the Rule of Law", in J.R. SILKENAT (ed.), *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Springer International Publishing Switzerland, 2014, 35 e.v. ; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, nr. 40; U. SCHEUNER, "Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland", 463 en 507; K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 46 en W. WITTEVEEN, *De geordende wereld van het recht: een inleiding*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 1996, 242.

³⁶ R. FOQUÉ, "De actualiteit van Montesquieus staatkundige erfgoed", 10 en B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 36-38. Zie ook de verhouding tussen de democratie en de rechtsstaat, *supra*, randnummer 65 e.v. Deze interpretatie staat centraal in de natuurrechtelijk geïnspireerde sociale contractstheorieën van LOCKE, KANT en ROUSSEAU en de moderne versie ervan bij RAWLS. S. FREEMAN, "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", *Law and Philosophy* 1990, (327) 331 ("*equal freedom, equal rights, equal political participation*") en 338.

³⁷ B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 34-35.

³⁸ Over het onderscheid tussen het vrijheidsbegrip in de Griekse tijd en het hedendaagse vrijheidsbegrip, zie onder meer B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 34.

³⁹ Zie ook K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 47-48.

Deze politieke vrijheid is een doel voor en een normatieve grondslag van de rechtsstaat. Dat houdt in dat de hedendaagse rechtsstaat een democratie vereist en bovendien, naar de hedendaagse normen van “*at once ruler and ruled*”, een deliberatieve democratie.⁴⁰

25. Juridische vrijheid – De juridische vrijheid is het recht om alles te doen wat de wetten toestaan.⁴¹ De juridische vrijheid houdt in dat de mensen alleen aan de wet worden onderworpen, niet aan de willekeur of het oordeel van diegene die het overheidsgezag uitoefent. Staatsmachten moeten steeds in overeenstemming met bestaande wetgeving handelen. Deze wetgeving moet op voorhand kenbaar worden gemaakt, in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel worden toegepast en met zekerheid en betrouwbaarheid worden geïnterpreteerd en toegepast. Slechts dan kan een individu overheidsinmenging voorzien en de juridische gevolgen van zijn handelen inschatten.⁴²

Deze vrijheidsvorm omvat aldus de rechtszekerheid, maar de vrijheid mag geenszins tot deze vrijheidsvorm worden herleid: een te zeer op de rechtszekerheid toegespitst rechtsstaatsbeginsel of vrijheidsbegrip leidt nogal vaak tot een legalistisch rechtsstaatsbegrip.⁴³

26. Persoonlijke vrijheid – De politieke en juridische vrijheid zijn inhoudsloos wanneer niet iedereen een persoonlijke vrijheid geniet. Deze laatste vrijheidsvorm houdt in dat de staat niet in de onaantastbare sfeer van de persoonlijke autonomie mag ingrijpen. Doorgaans wordt deze persoonlijke autonomie uitgedrukt in de burgerlijke rechten en vrijheden die door grondwetten en mensenrechtenverdragen op inhoudelijke of procedurele wijze worden gewaarborgd.⁴⁴ Deze persoonlijke vrijheid moet de autonomie waarborgen die eenieder geniet, ook al heeft hij ingestemd om wetgeving waarmee hij het oneens is, na te leven. Deze persoonlijke vrijheid benadrukt de voorrang van het individu op de rechtsorde: het individu gaat de rechtsorde vooraf, die slechts door een sociaal contract ontstaat.⁴⁵

27. Menselijke waardigheid – Deze drie vrijheidsvormen en bij uitstek de persoonlijke vrijheidsvorm maken deel uit van het begrip “menselijke waardigheid”. In een liberale interpretatie houdt de menselijke waardigheid in dat eenieder in elke relatie en in de samenleving als persoon wordt erkend: als een individu dat in zijn geheel moet worden erkend, eenzelfde status als een ander geniet (gelijkheidsbeginsel), in staat is om zelfstandig eigen beslissingen te nemen en voor deze beslissingen aansprakelijk is.⁴⁶ Menselijke waardigheid omvat daarmee alle andere fundamentele rechten⁴⁷, die de

⁴⁰ Zie *infra*, randnummer 56 e.v.

⁴¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois I*, Parijs, Garnier Flammarion, 1979, livre XI, chapitre 3, 292.

⁴² B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 34.

⁴³ Zie *infra*, randnummer 49.

⁴⁴ S. FREEMAN, "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", 347 en B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 35.

⁴⁵ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Parijs, Montchrestien, 2010, 5^{de} ed., 52-53 en U. SCHEUNER, "Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland", 489.

⁴⁶ Cf. J. WALDRON, "How law protects dignity", *C.L.J.* 2012, (200) 202.

⁴⁷ Voor verwijzingen, zie J. WALDRON, "How law protects dignity", 201.

persoonlijke, maar ook politieke en juridische, vrijheid waarborgen: het is een algemene grondslag voor rechten of een soort ‘moederrecht’.⁴⁸

Door het begrip menselijke waardigheid in plaats van of naast (en dus pleonastisch) “persoonlijke vrijheid” te gebruiken, wordt benadrukt dat de eerbied voor de autonomie, de burgerlijke rechten en vrijheden van de mens inherent met de waarde van een mens is verbonden. Een miskening van deze autonomie of van deze rechten en vrijheden doet afbreuk aan de menselijke waardigheid. Dit houdt niet alleen in dat het leven en de fysieke integriteit van elke persoon moet worden gewaarborgd. De menselijke waardigheid berust fundamenteel op de *Grundnorm* van de Franse Revolutie (elke mens is gelijk geboren, zodat geen persoon tot een object of middel mag worden gereduceerd of minderwaardig mag worden geacht) en van de categorische imperatief van KANT.⁴⁹

(2) GEMATIGDHEID

28. *Geen willekeur* – Vrijheid vereist gematigdheid. De rechtsstaat moet willekeur en onderdrukking tegengaan. Van bij haar oorsprong, meer dan tweeduizend jaar geleden, is de rechtsstaatsidee een verzetsinstrument tegen overheidswillekeur: de macht van de overheidsorganen moet door het recht worden beperkt, opdat deze niet op willekeurige wijze kan worden uitgeoefend.⁵⁰ In de Moderne Tijd is dit verzet gericht tegen de macht van de monarch, die alle staatsmachten in zich verenigt. Naarmate in de Europese landen de uitoefening van de staatsmacht over drie machten wordt verdeeld, richt de rechtsstaatsidee zich tegen alle staatsmachten. De bevoegdheid van elke staatsmacht moet worden beperkt: door de uitoefening van de staatsmacht te verdelen (institutionele gematigdheid), maar ook door inhoudelijke vereisten aan de uitoefening van deze staatsmacht te stellen (culturele gematigdheid).⁵¹ De overheid is aan maat en regel gebonden.⁵²

⁴⁸ Zie E. BREMS en J. VRIELINK, *Menselijke waardigheid in de Nederlandse Grondwet?: voorstudie ten behoeve van de Staatscommissie grondwet (2009)*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2010, 11 en M. SCHOR, "Mapping comparative judicial review", *Washington University Global Studies Law Review* 2008, (257) 265.

⁴⁹ E. BREMS en J. VRIELINK, *Menselijke waardigheid in de Nederlandse Grondwet?*, 9.

⁵⁰ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 51 en CH. MAY, "The Rule of Law: Athenian Antecedents to Contemporary Debates", 240.

⁵¹ Slechts in een beperkte periode, wanneer het West-Europese rechtsdenken in de ban van het wetspositivisme was, werd bepleit dat het recht alleen het recht is dat door de bevoegde staatsmacht is uitgevaardigd of erkend en dat er geen inhoudelijke vereisten aan het recht werden gesteld. In de Oude Tijd en in de Middeleeuwen werd immers reeds erkend dat de macht van de monarch of soeverein door het natuurrecht, het goddelijke recht of het gewoonterecht werd beperkt. In de pre-Moderne Tijd bleek dit uit de eedaflegging door de monarch en uit het feit dat iedereen, met inbegrip van de monarch, ervan overtuigd was dat de monarch door het recht was gebonden. Dat kwam tot uiting in het feit dat ook de monarch verplichtingen had, waarvoor hij – door de rechter – ter verantwoording kon worden geroepen. COKE en KANT zagen in de rede een beperking voor de inhoud van wetgeving. Vanaf de tweede helft van de twintigste eeuw beperken de grond- en mensenrechten de macht van de wetgever. Afhankelijk van het antwoord op de vraag of de grondwet of het mensenrechtenverdrag wordt beschouwd als een declaratieve of een constitutieve akte, zijn deze beperkingen van crypto-natuurrechtelijke of positiefrechtelijke aard. M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 121-123 en M. CAPPELLETTI, "Repudiating Montesquieu? The

29. Institutionele gematigdheid – Het Engelse “*rule of law, not man*”-adagium blijft de sterkste verwoording van de eerste doelstelling van de rechtsstaat: in de rechtsstaat heerst geen persoon, maar het recht, want “*Law is reason, man is passion.*” Niemand aanvaardt de heerschappij van één persoon, ook al is deze een wijs man of wijze vrouw. Evenzeer is er verzet tegen een heerschappij van de (economisch, sociaal, politiek, religieus) sterkste groep. Door te benadrukken dat elke macht een tegenmacht moet hebben, heeft MONTESQUIEU een universele grondwettelijke theorie om de vrijheid te waarborgen onder woorden gebracht.⁵³ Dit is bovenal omdat, wat reeds eeuwen geleden is vastgesteld, macht corrupteert: “*Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely.*”⁵⁴ Het evenwicht der machten is dan ook een noodzakelijk instrument om een alleenheerschappij te vermijden.

30. Culturele gematigdheid – De rechtsstaat verzet zich niet alleen tegen een heerschappij van personen, maar ook van ideeën. Verscheidene rechtsstaatsdenkers, onder wie reeds KANT⁵⁵ en MONTESQUIEU⁵⁶, zijn gekant tegen een maatschappij waarin de overheid bepaalt wat het goede leven en de rechtvaardige maatschappij zijn. Zij erkennen dat er hierover in de samenleving geen eensgezindheid bestaat. De vrijheid en de gelijkheid vereisen dat de staat geen standpunt over het goede inneemt: indien de staat dit wel zou doen, behandelt hij niet alle opvattingen als gelijk, daar hij voorrang aan een opvatting geeft, omdat deze intrinsiek superieur zou zijn of omdat deze wordt ingenomen door de grootste of machtigste groep. De staat mag, zowel economisch als moreel, geen doelstellingen opleggen, maar moet onpartijdig blijven.⁵⁷

(3) PLURALISME

31. De pluralistische samenleving – Critici van het liberalisme verwijten dit gedachtegoed dat het een belangrijk aspect van de mens negeert: de mens is niet louter een individu, maar groeit op in en maakt wezenlijk deel uit van een gemeenschap. Zij verdedigen een meer gemeenschapsgerichte benadering van het recht, waarbij de belangen van het individu met de belangen van de gemeenschap worden verzoend.⁵⁸ Deze critici negeren evenwel zelf een belangrijk onbetwistbaar feit. De (hedendaagse⁵⁹) samenlevingen zijn

expansion and legitimacy of “constitutional justice”, *Catholic University Law Review* 1985, (1) 31; J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 25 en 54-55; B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 115-116 en U. SCHEUNER, “Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland”, 470.

⁵² C.J.M. SCHUYT, geciteerd door W. WITTEVEEN, *De geordende wereld van het recht: een inleiding*, 126.

⁵³ E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, Parijs, PUF, 1999, 2^{de} ed., 287. Zie ook B. CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, Parijs, Librairie Eymery - Imprimerie de Hocquet, 1815, 25.

⁵⁴ Lord ACTON in een brief aan Bishop Mandell CREIGHTON in 1887.

⁵⁵ Zie *infra*, randnummer 151.

⁵⁶ R. FOQUÉ, “De actualiteit van Montesquieus staatkundige erfgoed”, 11.

⁵⁷ R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985, 191 en F.A. HAYEK, *The road to serfdom*, London, Routledge Classics, 1944 (reprint 2006), 80. Zie ook B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 41.

⁵⁸ B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 84-85.

⁵⁹ Ook de samenlevingen van de laat-Middeleeuwse Tijd en van de Verlichting, daar MACHIAVELLI en MONTESQUIEU reeds aandacht hadden voor en ruimte lieten aan het pluralisme. R. FOQUÉ, “De actualiteit

pluralistisch⁶⁰: samenlevingen waarin er etnische, religieuze, taalkundige, culturele en ideologische verschillen zijn en de onderscheiden groepen het oneens zijn over wat goed is.⁶¹ Het liberalisme geeft wel ruimte aan dit moreel pluralisme. Vrijheid houdt in dat het individu op zijn eigen manier het geluk of het goede opzoekt en zijn levensweg bepaalt en vereist dat we anderen hun pogingen daartoe niet afnemen of beletten.⁶² Vandaag heet dit de pluralistische samenleving. Hierin begrenst de ene overtuiging de andere en moet er een evenwicht tussen waarheidsaanspraken zijn. De rechtsstaat eerbiedigt ook deze vrijheid en dit bestaan van pluralisme. Het pluralisme is een grondslag van de rechtsstaat en pluralistische samenlevingen vereisen een rechtsstaat.⁶³

Juist omwille van de culturele gematigdheid en het pluralisme, ligt de legitimiteit van de politieke instellingen in de rechtsstaat in de instemming van diegene die aan de politieke instellingen zijn onderworpen: alleen door de instemming blijft de autonomie van de burger overeind. De sociale contractstheorieën van HOBBS, LOCKE, ROUSSEAU en KANT blijven daarom een actuele waarde hebben.⁶⁴

32. Menselijke waardigheid en vrijheid – Kan een samenleving overleven wanneer de burgers het oneens zijn over het goede en rechtvaardige leven? Het is die uitdaging die de democratie aan de rechtsstaat stelt: de democratie is onderhevig aan sterke verschuivingen in politieke overtuigingen.⁶⁵ Waarover de staat en de samenleving wel standpunt moeten innemen, is de menselijke waardigheid. Een samenleving en rechtsorde kunnen pluralisme verdragen wanneer de eerbied voor de menselijke waardigheid onbetwist is. Als grondslag voor de andere fundamentele (mensen)rechten, kan zij ertoe bijdragen dat de rechtsorde op legitieme wijze blijft bestaan.⁶⁶

B. DE INSTITUTIONELE ELEMENTEN

33. Institutionele vereisten – De hedendaagse rechtsstaatsbegrippen omvatten de volgende institutionele vereisten, opdat de vrijheid, de menselijke waardigheid en de gematigdheid kunnen worden gewaarborgd: een starre (geschreven dan wel ongeschreven grondwet) die de uitoefening van de staatsmachten op procedurele en materiële wijze beperkt, het evenwicht der machten, het wettigheidsbeginsel, een uitvoerende macht en

van Montesquieus staatkundige erfgoed", 11 en W. WITTEVEEN, *De geordende wereld van het recht: een inleiding*, 172.

⁶⁰ B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 85.

⁶¹ M. ROSENFELD, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", 1310-1311. Over pluralisme en menselijke waardigheid, zie E. BREMS en J. VRIELINK, *Menselijke waardigheid in de Nederlandse Grondwet?*, 14.

⁶² S. FREEMAN, "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", 341.

⁶³ M. ROSENFELD, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", 1310 en W. WITTEVEEN, *De geordende wereld van het recht: een inleiding*, 173.

⁶⁴ M. ROSENFELD, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", 1311.

⁶⁵ B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 101.

⁶⁶ Zie ook E. BREMS en J. VRIELINK, *Menselijke waardigheid in de Nederlandse Grondwet?*, 29.

de (onafhankelijkheid van de) rechterlijke macht. Deze elementen worden hieronder verder besproken.

34. Een starre grondwet en een Bill of rights – Een (geschreven of ongeschreven) grondwet, die de uitoefening van de staatsmacht regelt en de fundamentele rechten erkent, is een *conditio sine qua non* voor de rechtsstaat. Alleen in de grondwet vindt de rechtsorde haar oorsprong en de staatsmacht haar legitimiteit.⁶⁷ Elke uitoefening van de staatsmacht moet uit de wil van de autonome burgers voortvloeien en dus haar rechtsgrond in de grondwet vinden.⁶⁸ Deze grondwet moet ook een *Bill of Rights* inhouden, waarin de fundamentele rechten worden erkend en die de uitoefening van de staatsmacht op inhoudelijke wijze beperkt. De procedure tot herziening van de grondwet moet bovendien star zijn, opdat de machtsverdeling en de eerbied voor de grondrechten moeilijk kunnen worden gewijzigd.⁶⁹ Uit de grondwet volgt een hiërarchie der rechtsnormen, die moet worden geëerbiedigd. De rechtsstaat houdt dan ook het grondwettigheidsbeginsel in.

35. Alle staatsorganen? – De bevoegdheid van elk staatsorgaan vindt haar oorsprong en beperking in het recht. Dat de rechtsstaat de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht beperkt, is ondertussen algemeen aanvaard. Legt de rechtsstaat ook ((afdwingbare) materiële) beperkingen aan de grondwetgever of de grondwetsherziener⁷⁰ op? De grondwet moet de rechtsstaat inrichten: vanzelfsprekend legt de rechtsstaat dan ook beperkingen op. *“Be you never so high, the law is above you.”*⁷¹ Het “recht” te dezen is het rechtsstaatsbeginsel. De grondwetgever kan hiervan in beginsel afwijken door ervoor te kiezen om geen rechtsstaat in te richten. De Europese staten hebben zich evenwel ertoe verbonden een rechtsstaat te zijn. In het tweede deel van dit proefschrift wordt hierop uitgebreid ingegaan.⁷² Ook aan de grondwetsherziener stelt de rechtsstaat dus beperkingen.

36. Democratie – De rechtsstaat moet een democratie zijn.⁷³ Verder in dit proefschrift wordt dit op grond van normatieve grondslagen verantwoord.⁷⁴

37. Evenwicht der machten – Om de gematigdheid institutioneel te waarborgen, moet de grondwet de machten verdelen: geen macht mag onbeperkt zijn. De rechtsstaat vereist een evenwicht der machten. Dit evenwicht der machten is niet de verticale, hiërarchische scheiding der machten die LOCKE⁷⁵, ROUSSEAU⁷⁶ en KANT⁷⁷ omschreven: het is geen piramide,

⁶⁷ H. Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", *RDJ* 1928, (197) 204.

⁶⁸ S. FREEMAN, "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", 348.

⁶⁹ M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 118.

⁷⁰ Voor een verklaring van het gebruik van deze terminologie, zie Deel II, randnummer 448.

⁷¹ Th. FULLER, 1733, geciteerd door T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 4.

⁷² Zie Deel II, eerste titel, vierde hoofdstuk.

⁷³ Zie, voor het Verenigd Koninkrijk, randnummer 121; voor Duitsland, randnummer 170; voor Frankrijk, randnummer 201 en voor België, randnummer 217.

⁷⁴ Zie Deel I, eerste titel, tweede hoofdstuk, randnummer 59 e.v.

⁷⁵ J. LOCKE en P. LASLETT, *Two treatises of government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, II, chapter XIX, § 212, 407 (zie *infra*, randnummer 105). Zie ook E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 52. *Contra*, M. LEROY, "Requiem pour la souveraineté, anachronisme pernicieux", in X (ed.), *Présence du droit public et des droits de l'homme: mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant,

waarbij de uitvoerende en de rechterlijke macht aan de wetgevende macht zijn ondergeschikt. Het is integendeel een horizontaal evenwicht zoals MONTESQUIEU beoogde, waarbij het belangrijkste is dat de drie staatsfuncties niet bij één persoon berusten en elke macht haar eigen opdracht kan vervullen. Dit evenwicht der machten houdt in dat de uitoefening van de staatsmacht over verscheidene organen wordt verdeeld: binnen het grondwettelijk kader vaardigt de wetgevende macht wetgeving uit, die door de uitvoerende macht en de rechterlijke macht moet worden uitgevoerd en toegepast.⁷⁸ Het evenwicht der machten veronderstelt aldus een sterke wetgever, een sterke uitvoerende macht en een sterke rechterlijke macht.⁷⁹ Deze machtsverdeling moet verhinderen dat een staatsorgaan de bevoegdheden van de andere opeist en een ongebreidelde macht heeft: dit zijn de *balances*.⁸⁰ Het evenwicht der machten vereist ten slotte ook *checks*: de beperkte bevoegdheid van elke staatsmacht moet kunnen worden afgedwongen. Voor elke macht moet er een tegenwicht zijn.

Om dit evenwicht en deze *checks and balances* te verwezenlijken, moeten drie beginselen worden gewaarborgd: het wettigheidsbeginsel, de exclusieve bevoegdheid voor de uitvoerende macht om de wetten toe te passen en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.

38. Wettigheidsbeginsel – De rechtsstaat vereist een wettigheidsbeginsel: in de (geschreven of ongeschreven) grondwet wordt aangeduid welke belangrijke maatschappelijke keuzen door de wetgever moeten worden gemaakt.⁸¹ Daarnaast vereist het wettigheidsbeginsel dat elke handeling van de uitvoerende macht wettig moet zijn: de overheid moet bevoegd zijn om te handelen en moet deze bevoegdheid op een wettige

1992, 101, die stelt dat bij LOCKE zowel de wetgevende als de uitvoerende macht soeverein binnen hun eigen domein zijn.

⁷⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Contrat social ou Principes du droit politique*, Parijs, Garnier, s.d., livre III, chapitre XV, 307 en livre IV, chapitre V, 326. Zie ook M. LEROY, "Requiem pour la souveraineté, anachronisme pernicieux", 100. ROUSSEAU verdedigt een institutionele, hiërarchische scheiding der machten, waarbij de wetgevende macht boven de uitvoerende en de rechterlijke macht staat. Alleen de wetgevende macht geniet de soevereiniteit. De uitvoerende macht is slechts een vertegenwoordigend orgaan, dat steeds de wetten uitvoert en alléén de wetten uitvoert. *Le gouvernement* moet zowel de burgerlijke als de politieke vrijheid waarborgen. *Le tribunal* verzorgt de band tussen de regering (*le prince*) en het volk, de soeverein. Deze rechters moeten de wetten en de wetgevende macht beschermen, tegen de regering. De bescherming van de individuele mensenrechten is evenwel een verantwoordelijkheid voor de wetgevende vergadering, voor het volk. De rechter speelt hierin geen rol.

⁷⁷ I. KANT, "Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre", in I. KANT (ed.), *Rechtslehre: Schriften zur Rechtsphilosophie*, Berlijn, Akademie Verlag, 1988, § 45, 127 en § 48, 130-131. Zie ook M. BROCKER, *Kant über Rechtsstaat und Demokratie*, Westbaden, VS-Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, 48; L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 67; A.A. SMITH, "Kant's Political Philosophy: Rechtsstaat or Council Democracy?", *The Review of Politics* 1985, (253) 257 en K. STERN, *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, 92.

⁷⁸ H. KELSEN, *General Theory of Law & State*, New Brunswick en London, Transaction Publishers, 2006, 255-257.

⁷⁹ M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 23.

⁸⁰ H. KELSEN, *General Theory of Law & State*, 269 en M. VERDUSSEN, *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Brussel, Éditions Labor, 2004, 11.

⁸¹ Zie, voor het Verenigd Koninkrijk, randnummer 112; voor Duitsland, randnummer 171; voor Frankrijk, randnummer 201 en voor België, randnummer 217.

wijze uitoefenen.⁸² In de onderzochte rechtsordes wordt het wettigheidsbeginsel anders ingevuld.⁸³ Niettegenstaande deze verschillen *in concreto*, is het wettigheidsbeginsel *in abstracto* een element van elk rechtsstaatsbegrip in de vier onderzochte landen: in elk van deze rechtsordes is er immers een wettigheidsbeginsel, wordt het als een kernelement van het evenwicht der machten genoemd en wordt de naleving ervan afgedwongen.⁸⁴

39. Bevoegdheid uitvoerende macht – Tegenover het wettigheidsbeginsel staan de exclusieve bevoegdheden van de uitvoerende macht. Indien de wetgevende macht zelf de wetten zou uitvoeren, bestaat het risico dat zij de wetten niet op zichzelf toepasselijk zou achten. Om die reden is het noodzakelijk dat een uitvoerende macht, gescheiden van de wetgevende macht, de wetgevende normen uitvoert.⁸⁵ De wetgevende macht is niet soeverein en mag zich de bevoegdheden van de andere machten niet toe-eigenen. Opnieuw, voor Duitsland, België, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk liggen de grenzen tussen de bevoegdheden van de wetgevende en van de uitvoerende macht anders en hebben de exclusieve bevoegdheden van de uitvoerende macht een andere inhoud. Het bestaan van (sommige van) deze exclusieve bevoegdheden van de uitvoerende macht wordt door hun grondwetten en rechters wel erkend.⁸⁶

40. (Onafhankelijkheid van) de rechterlijke macht – Eén van de eerste vereisten van de rechtsstaat is het bestaan van een (onafhankelijke) rechterlijke macht. Van bij het begin van het rechtsstaatsdenken wordt de rechterlijke macht als een tegenwicht voor de uitvoerende macht beschouwd: zij is een *check*, noodzakelijk in het evenwicht der machten om de vrijheid af te dwingen.⁸⁷ In het Verenigd Koninkrijk werd nooit uit het oog verloren, maar op het Europese continent onder invloed van de Franse Revolutie helaas wel, dat de rechterlijke macht een evenwaardige staatsmacht is die erop is gericht om de (politieke, juridische en persoonlijke) vrijheid en menselijke waardigheid van de burgers te waarborgen. De onafhankelijkheid van de rechter is essentieel: alleen een onafhankelijke rechterlijke macht kan de vrijheid en menselijke waardigheid van de burgers waarborgen.⁸⁸ In de twintigste eeuw vonden twee evoluties plaats: op het West-Europese continent wordt de rechter als een volwaardige staatsmacht erkend en wordt – althans de grondwettelijke –

⁸² Lord BINGHAM in *House of Lords* 8 maart 2006, *Regina (Gillan and another) v. Commissioner of Police of the Metropolis and another*, [2006] 2 A.C. 307, 346.

⁸³ in Duitsland en in België heeft het wettigheidsbeginsel de ruimste toepassing. Door de democratische legitimiteit van het Franse staatshoofd is de taakverdeling tussen het Franse Parlement en de uitvoerende macht anders dan in Duitsland en België. Dit geldt ook voor het Verenigd Koninkrijk, dat geen geschreven grondwet heeft waarin de taakverdeling strikt wordt bepaald.

⁸⁴ Zie, voor het Verenigd Koninkrijk, randnummer 112; voor Duitsland, randnummer 171; voor Frankrijk, randnummer 200 en voor België, randnummer 217.

⁸⁵ T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice*, 31 en J. LOCKE en P. LASLETT, *Two treatises of government*, II, chapter XII, § 143, 364.

⁸⁶ Zie Deel II, eerste titel, eerste hoofdstuk.

⁸⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* I, livre VI, chapitre 3 en livre XI, chapitre 6, 203 en 294. Zie ook J. SHKLAR, *Montesquieu*, 88 en B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 52. Zie voor het Verenigd Koninkrijk, randnummer 102 (COKE) en 106 (DICEY); voor Duitsland, randnummer 154; voor Frankrijk, randnummer 198 en voor België, randnummer 213.

⁸⁸ R. FOUQUÉ, "De actualiteit van Montesquieus staatkundige erfgoed", 25, die verwijst naar MONTESQUIEU die stelt dat de ondergang van het Romeinse model te wijten was aan het gebrek aan een onafhankelijke rechterlijke macht.

rechter ook als een tegenwicht voor de wetgevende macht beschouwd. Omwille van hun belang voor het proefschrift worden beide evoluties hierna besproken.

C. DE ROL VAN DE RECHTER

41. *Rechtsstaat* – Hieronder wordt uiteengezet welke vereisten de rechtsstaat stelt aan de bevoegdheid van de rechter **(1)** en aan de draagwijdte **(2)** van zijn functie.

(1) BEVOEGDHEID

42. *Uitvoerende macht* – In Duitsland, Frankrijk en België verklaart de historische evolutie waarbij de macht van de monarch wordt beperkt en zijn uitvoerend handelen onder rechterlijk toezicht wordt geplaatst, de (thans) bevoorrechte positie van de rechters in de rechtsstaat. In het Verenigd Koninkrijk volgt deze bevoorrechte positie uit het bestaan van de *common law*, dat vanouds de koninklijke macht beperkte en waarbij de rechter de individuele vrijheid beschermd. Rechterlijke toetsing van het uitvoerend handelen vindt haar verantwoording in het beginsel van het evenwicht der machten, het wettigheidsbeginsel en de rechtsbescherming. De rechter vormt een tegenwicht voor de uitvoerende macht, die moet waarborgen dat zij het (grond)wettigheidsbeginsel naleeft. Daarnaast bestaat de overtuiging dat de individuele rechten slechts door de rechterlijke macht kunnen worden beschermd.⁸⁹

43. *Wetgever* – Vanaf de twintigste eeuw wordt de rechtsstaat onlosmakelijk verbonden met de idee dat ook de uitoefening van de wetgevende macht onder rechterlijk toezicht moet staan.⁹⁰ De rechtsstaat bestaat slechts indien de heerschappij van het recht ten aanzien van iedereen kan worden afgedwongen: tegenover de uitvoerende macht, de wetgevende macht, de rechterlijke macht, de burger en zelfs, volgens sommigen, de grondwetsherzienende macht.

Sommige auteurs zijn, omwille van de Britse maar ook Nederlandse rechtspraak, niet overtuigd dat de hedendaagse rechtsstaat rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten vereist.⁹¹ In het Verenigd Koninkrijk zou het beginsel van parlementaire soevereiniteit een rechterlijke toetsing van wetten niet toestaan. Maar in het Verenigd Koninkrijk (en in Nederland) worden wetten wel degelijk door de rechter getoetst: in het Verenigd Koninkrijk worden bepaalde wetten getoetst op grond van (onder meer) de

⁸⁹ H. Kelsen, *General Theory of Law & State*, 281. Zie ook randnummer 102 (COKE) en 107 (DICEY).

⁹⁰ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht: ein Lehr- und Handbuch*, Heidelberg, C.F. Müller, 2012, 3^{de} ed., 8 (§ 1, nr. 18) en C. DE ARANJO, "Sur le constitutionnalisme européen", *RDP* 2006, (1545) I.A.1.b. Zie, voor de debatten in het Verenigd Koninkrijk, randnummers 122-142; in Duitsland, randnummer 161; in Frankrijk, randnummer 204 en in België, randnummer 214.

⁹¹ Onder meer A. NUßBERGER, "Verfassungsgerichtsbarkeit als Krönung des Rechtsstaats oder als Feigenblatt autoritärer Regime?", *Juristenzeitung* 2010, (533) 533-534.

common law (AXA-arrest⁹²) en worden alle wetten getoetst aan de *Human Rights Act* en aan het recht van de Europese Unie. Bovendien blijkt uit het onderzoek van de Britse literatuur en de rechtspraak duidelijk dat het bestaan en de draagwijdte van het beginsel van de parlementaire soevereiniteit in het Verenigd Koninkrijk onder druk staan.⁹³ Daarenboven wordt de *rule of law* meer en meer als grondslag voor (deze) rechterlijke toetsing van wetten beschouwd.

Om deze redenen wordt in dit proefschrift besloten dat rechterlijke toetsing van wetten in een rechtsstaat noodzakelijk is.

44. *Recht = rechter?* – Eén van de (twee)⁹⁴ redenen voor HEUSCHLING om de *État de droit* als een nutteloos begrip te beschouwen, ligt in het feit dat methodologisch niet overtuigend kan worden beweerd dat een rechtsstaat rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten vereist: methodologisch kan recht niet aan zijn sanctie (de afdwingbaarheid door de rechter) worden gelijkgesteld.⁹⁵ HEUSCHLING verenigt de rechtsstaat daarmee tot rechterlijke toetsing. Het in dit proefschrift ontwaarde rechtsstaatsbegrip is echter veel ruimer: het evenwicht der machten, dat slechts één van de rechtsstaatsvereisten is, omvat meer noodzakelijke evenwichtsinstrumenten dan louter rechterlijke toetsing, namelijk ook het wettigheidsbeginsel, de exclusieve bevoegdheid van de uitvoerende macht en de onafhankelijkheid van de rechter. Onafgezien van het voorgaande, wordt in dit proefschrift de methodologische discussie niet aangegaan: uit het onderzoek is gebleken dat (een meerderheid van) de auteurs van de niet-legalistische rechtsstaatsbegrippen verdedigen dat ook de beperkte materiële bevoegdheid van de wetgever door een rechter moet worden afgedwongen en dat dit in de vier onderzochte landen ook door de rechter gebeurt.⁹⁶

45. *Kritiek* – Ondanks de verankering van deze rechterlijke toetsing van wetten in de vier onderzochte landen, blijft het beginsel nog steeds betwist. Uit het beginsel van een “*limited government*” zou de noodzaak van rechterlijke toetsing niet kunnen worden afgeleid.⁹⁷ Niet de vorm van de tegenwichten en machtsbeperkingen – juridisch, moreel of grondwettelijk – maar wel hun effectiviteit telt.⁹⁸ Omwille van het belang van deze discussie voor de eerste titel van het tweede deel in dit proefschrift (dat over de bevoegdheid van een grondwettelijk hof gaat), wordt het debat over de legitimiteit van het bestaan van een grondwettelijk hof hierna, in een apart hoofdstuk, aangegaan.⁹⁹

⁹² Zie *infra*, randnummer 135 e.v.

⁹³ Zie *infra*, randnummer 122 e.v.

⁹⁴ De andere is dat de inhoud van de rechtsstaat niet meer of minder is dan de inhoud van het juridische begrip “staat”, omdat (opnieuw) *methodologisch* geen onderscheid tussen de staat en de rechtsstaat kan worden gemaakt: vermits de staat alleen door het recht handelt en het recht alleen door de staat tot stand komt, kan de staat niet aan het recht worden onderworpen. L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 418-426.

⁹⁵ L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 426-431.

⁹⁶ Voor verwijzingen, zie voetnoot 90.

⁹⁷ Zie *infra*, randnummer 76.

⁹⁸ Zie ook B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 58.

⁹⁹ Zie *infra*, randnummers 69 e.v.

46. *Emancipatie van de rechter* – Sommige Verlichtingsdenkers en de Franse revolutionairen erkenden de rechterlijke macht niet als een “staatsmacht”: zij was niet gelijkwaardig aan de wetgevende en de uitvoerende macht. De rechter past alleen het recht toe, maar schept geen recht.¹⁰⁰ Daaruit groeide een enge invulling van de rechterlijke functie, die vandaag evenwel niet meer wordt verdedigd. Rechtspreken is niet louter syllogistisch redeneren; de rechter interpreteert het recht, past het toe en creëert recht, indien dit nodig is omdat de wetgever al dan niet opzettelijk daartoe ruimte heeft gelaten.¹⁰¹ Vandaag wordt de rechterlijke macht dan ook als een aparte, evenwaardige staatsmacht erkend: samen met de wetgevende en uitvoerende macht, oefent zij de soevereiniteit overeenkomstig de grondwet uit.¹⁰²

47. *Formele elementen rechtspraak* – De rechterlijke macht is een staatsmacht, die evenwel de plaats van de wetgevende en de uitvoerende macht niet mag innemen. Hoe de rechtsstaat de rol van een grondwettelijk hof beperkt, wordt in het tweede deel van dit proefschrift onderzocht. Hier wordt, op grond van het onderzoek naar de rechtsstaatsbegrippen, bondig uiteengezet welke vereisten de rechtsstaat aan het rechtspreken stelt.¹⁰³ Zoals (materiële) wetgeving, moet rechtspraak toegankelijk, begrijpelijk, duidelijk en voorspelbaar zijn. In de rechtsstaat gelden algemene beginselen van behoorlijke rechtsbedeling, zoals het recht op een openbaar en eerlijk proces, waarbij de rechters onafhankelijk en onpartijdig zijn en binnen een redelijke termijn het geschil beslechten. De rechtspleging moet de wapengelijkheid en het vermoeden van onschuld waarborgen. Advocaten moeten onafhankelijk zijn. Zoals de wetgevende en de uitvoerende macht, oefent de rechterlijke macht de staatsmacht uit waarbij zij, wanneer vrijheden worden beperkt, openbaar en transparant moet optreden opdat toezicht mogelijk zou zijn. Geheimhouding mag slechts de uitzondering zijn, waarvoor verantwoording nodig is.

D. DE FORMELE VEREISTEN AAN WETGEVING EN UITVOEREND HANDELEN

48. *Formele vereisten wetgeving in de materiële zin* – De juridische vrijheid is het recht om alles te doen wat de wetten toestaan. Dat is één van de grondslagen van de rechtsstaat.

¹⁰⁰ P. LASLETT in J. LOCKE en P. LASLETT, *Two treatises of government*, 120. Zie ook A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 2^{de} ed., 18 en M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 199.

¹⁰¹ A. ALEN, ""Scheiding" of "Samenwerking" der machten?", in X (ed.), *Academiae analecta, Mededelingen van de Koninklijke academie voor wetenschappen, letteren en schone kunsten van België*, Brussel, Koninklijke academie voor wetenschappen, letteren en schone kunsten van België, 1990, nr. 26.4.; T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 45; L. HAMON, "L'État de droit et son essence", *Rev. Fr. Dr. Const.* 1990, (699) 706-707; R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter: abweichende Meinungen und ihre Bedeutung für die Rechtskultur* Baden-Baden, Nomos, 1992, 46 en M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 55.

¹⁰² Over deze evolutie, zie onder meer M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 11 e.v.

¹⁰³ Zie, voor het Verenigd Koninkrijk, randnummer 113; voor Duitsland, randnummer 176; voor Frankrijk, randnummer 201 en voor België, randnummer 221.

Deze doelstelling wordt verwezenlijkt doordat de grondwet en het evenwicht der machten de wetgevende en de uitvoerende macht op procedurele wijze begrenzen. Om de rechtszekerheid te waarborgen, moet de wet kenbaar en voorzienbaar zijn (met inbegrip van het verbod op retroactiviteit), alsook begrijpelijk, algemeen en onpersoonlijk. Elke uitoefening van de staatsmacht die vrijheden beperkt, moet op openbare en transparante wijze gebeuren, opdat toezicht mogelijk zou zijn. De rechtsstaat legt ook algemene beginselen van behoorlijk bestuur op. De uitvoerende macht mag alleen handelen op grond van kenbare, algemene en duidelijke kaderregelgeving. De machtsuitoefening moet doelmatig zijn en mag geen rechtsmisbruik inhouden. Elke handeling moet kunnen worden gemotiveerd en de burgers hebben recht op tegenspraak.¹⁰⁴

49. *Niet louter formele (grond)wettigheid* – Een dominante stroming in de rechtstheorie verenigt het rechtsstaatsbegrip tot deze formele wettigheid: in de rechtsstaat zou dan alleen kenbare, niet-retroactieve wetgeving die algemeen is en de gelijkheid en zekerheid waarborgt, moeten worden uitgevaardigd. De rechtsstaat zou geen inhoud aan de wetgeving opleggen.¹⁰⁵ Nochtans mag de rechtsstaat niet tot deze loutere formele (grond)wettigheid worden herleid. Een louter legalistische rechtsstaat waarborgt immers niet de persoonlijke vrijheid en menselijke waardigheid: hij verzet zich niet tegen het bestaan van slavernij en apartheid. Evenmin kan een legalistische rechtsstaat de noodzakelijke (culturele) gematigdheid waarborgen. Juist daarom vereist de rechtsstaat ook materiële beperkingen aan de wetgevende macht.

E. DE MATERIËLE VEREISTEN AAN WETGEVING

50. *Op materiële wijze* – "*L'État de droit n'est pas l'État de n'importe quel droit.*"¹⁰⁶ In de rechtsstaat moet wetgeving aan materiële vereisten voldoen, opdat de vrijheid en menselijke waardigheid worden gewaarborgd. Wetgeving moet redelijk en evenredig zijn en mag geen willekeur inhouden en moet zowel materieel als procedureel rechtvaardig zijn.¹⁰⁷ Daarnaast moet wetgeving de fundamentele rechten en het gelijkheidsbeginsel eerbiedigen.

¹⁰⁴ Zie, voor het Verenigd Koninkrijk, randnummer 112; voor Duitsland, randnummer 175; voor Frankrijk, randnummer 202 en voor België, randnummer 221.

¹⁰⁵ Onder meer HAYEK en RAZ, zie voetnoot 281. Zo houdt HAYEKs legalistische invulling in dat elk overheidshandelen op grond van kenbare regels moet gebeuren, zodat de rechtszekerheid wordt gewaarborgd: wetgeving moet algemeen en zeker zijn en de gelijkheid waarborgen. Zijn *rule of law* is evenwel geen vrijblijvend (grond)wettigheidsbeginsel: de fundamentele idee is dat in de rechtsstaat de bevoegdheid van de uitvoerende macht (en ook van de wetgevende macht) moet worden beperkt, opdat de uitoefening van de staatsmacht niet op willekeurige wijze zou gebeuren. De macht moet bij wet worden beperkt en in die beperking ligt de eerbied voor de *rule of law*. Alleen weigert hij aan te duiden op welke wijze deze wetgeving moet worden beperkt: hij geeft geen materiële invulling aan de beperkingen. Deze legalistische invulling zal zeer invloedrijk zijn. F.A. HAYEK, *The road to serfdom*, 75-76, 82 en 85-87.

¹⁰⁶ Zie CHEVALLIER, randnummer 203.

¹⁰⁷ Zie, voor het Verenigd Koninkrijk, voetnoot 308.

51. Fundamentele rechten – De wetgeving moet de fundamentele mensenrechten waarborgen. Dit zijn de mensenrechten die door een gemeenschap als fundamenteel worden beschouwd, maar houden minimaal het recht op leven, op fysieke integriteit en op privéleven en het eigendomsrecht in. Bovendien moeten ook de zogenaamde liberale intellectuele rechten (deze zijn de vrijheid van meningsuiting, de persvrijheid, de godsdienstvrijheid, de vrijheid van vergadering en van vereniging) worden gewaarborgd, daar deze noodzakelijk voor het behoud van de democratie zijn.¹⁰⁸ Al deze rechten zijn eigen aan de mens, noodzakelijk voor de politieke en persoonlijke vrijheid, ongeacht de sociale of politieke orde: in een rechtsorde kunnen zij alleen worden “verklaard”, niet worden uitgevaardigd.¹⁰⁹

52. Gelijkheidsbeginsel – Daarnaast moet wetgeving ook het gelijkheidsbeginsel eerbiedigen. Gelijkheid is fundamenteel verbonden met onze interpretaties van rechtvaardigheid en gerechtigheid.¹¹⁰ Democratie is de synthese van de ideeën van vrijheid en gelijkheid.¹¹¹ Dit geldt eveneens voor de rechtsstaat: gelijkheid is het erkennen dat alle individuen als autonome dragers van rechten gelijkwaardig zijn.¹¹² Alleen wanneer de politieke en persoonlijke vrijheid van elkeen worden gewaarborgd en de autonomie van elke persoon wordt erkend, is er gelijkheid en is er een (democratische) rechtsstaat.

53. Socio-economische rechten – Volgens sommige auteurs verzwakt de sociale welvaartstaat de rechtsstaat en kan verdelende gelijkheid geen doel van de rechtsstaat zijn.¹¹³ Anderen beargumenteren echter dat de liberale vrijheidsrechten, zoals het kiesrecht en de vrijheid van meningsuiting, zinloos zijn wanneer de staat niet waarborgt dat iedere persoon zijn wettige verwachtingen en waardigheid kan verwezenlijken door sociale en economische groei, door onderwijs en cultuur.¹¹⁴ Deze laatste stroming is vandaag nog een minderheid. Op dit ogenblik behoren de socio-economische rechten niet tot de gemeenschappelijke inhoud van de rechtsstaatsbegrippen van het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Frankrijk en België.¹¹⁵ Alleen het recht op juridische bijstand, verankerd in het recht op juridisch advies, kan momenteel als een rechtsstaats-element worden beschouwd, omdat het noodzakelijk is om de rechtsbescherming van eenieder te waarborgen. Wel wordt meer en meer uitdrukkelijk het verband tussen de rechtsstaat en de economie erkend: alleen in een rechtsstaat kan er duurzame economische groei zijn.¹¹⁶

¹⁰⁸ Onder meer BINGHAM, randnummer 48 en H. KELSEN, *General Theory of Law & State*, 288.

¹⁰⁹ B. CONSTANT, *Principes de politique*, 25. Dat een bepaalde stroming in de rechtstheorie erkent dat mensenrechten niet worden uitgevaardigd, maar eigen aan de mens zijn, vervangt in wezen het natuurrechtelijke denken. J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 54-55.

¹¹⁰ T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice*, 21-22.

¹¹¹ H. KELSEN, *General Theory of Law & State*, 287.

¹¹² B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 32.

¹¹³ Onder meer UNGER en HAYEK, zie B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 82 en 98.

¹¹⁴ Internationale Commissie van Juristen, "The Rule of Law in a Free Society", VII.

¹¹⁵ Zie ook A. BEDNER, "An elementary approach to the rule of law", 65.

¹¹⁶ T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 38. Zie ook B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 2 voor verwijzingen naar verklaringen van het IMF, en 119.

2. DEFINITIE

54. Definitie – Na deze omschrijving van de rechtsstaat, is het mogelijk om aan de rechtsstaat een niet-legalistische definitie te geven, die de doelen en de institutionele, formele en materiële vereisten omvat.¹¹⁷ Deze definitie is niet allesomvattend: hoewel in de bovenstaande omschrijving van de rechtsstaats-elementen wordt aangeduid welke materiële en formele beperkingen aan de uitoefening van de staatsmacht worden gesteld, worden deze niet in de definitie opgenomen. Daarvoor wordt naar deze omschrijving verwezen. Wel worden de doelen van de rechtsstaat uitdrukkelijk opgenomen: in een pleidooi voor een niet-legalistische inhoud van het rechtsstaatsbegrip, mogen de materiële doelen ervan uitdrukkelijk tot uiting worden gebracht. De menselijke waardigheid¹¹⁸, die alle andere fundamentele mensenrechten omvat¹¹⁹, is de belangrijkste: de andere (al dan niet pleonastisch) zijn vrijheid en rechtvaardigheid. Synthetiserend luidt de definitie van de rechtsstaat dan ook als volgt:

Om de (politieke, juridische en persoonlijke) vrijheid, de rechtvaardigheid en (aldus) de menselijke waardigheid te waarborgen, heerst in een rechtsstaat steeds het recht. Dit houdt in dat (grond)wettelijke rechtsnormen, waarvan de naleving door de rechter moet kunnen worden afgedwongen, elk handelen van de overheid en van de burger¹²⁰ op formele en materiële wijze beperken, de beginselen van het evenwicht der machten en van de democratie inrichten en de fundamentele mensenrechten waarborgen.¹²¹

55. Rechtsstaat als juridische norm – Het rechtsstaatsbegrip is een normatief, juridisch begrip. Daartoe kunnen verschillende argumenten worden aangebracht: (i) het wordt in (internationale en nationale) rechtsnormen gebruikt of het wordt als een algemeen rechtsbeginsel erkend; (ii) het is een transversaal beginsel dat een instrument is om alle (grond)wettelijke normen te interpreteren en (iii) het dient als basis waaruit toetsingsnormen worden afgeleid¹²². Het is een juridisch grondwettelijk beginsel, gemeen

¹¹⁷ Dit rechtsstaatsbegrip lijkt sterk op de *common sense* betekenis van de rechtsstaat in de Westerse landen, stelt B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 111.

¹¹⁸ In Duitsland heeft de rechtsstaat als eerste doel en plicht de menselijke waardigheid te waarborgen. Zie *infra*, randnummers 169. Voor het Verenigd Koninkrijk, zie randnummer 115. Voor de Verenigde Staten van Amerika, zie W.F. MURPHY, "An Ordering of Constitutional Values", *S.Cal.L.Rev.* 1980, (703) 758. Zie ook C. DE ARANJO, "Sur le constitutionnalisme européen", I.A.1.b. *Contra*, P. MARTENS, "Y a-t-il des principes de valeur constitutionnelle?", in X (ed.), *Mélanges Jacques van Compernelle*, Brussel, Bruylant, 391, die stelt dat de menselijke waardigheid een algemeen beginsel is dat een materiële rechtsbron is, maar geen juridische waarde zou mogen hebben en niet door rechters in hun arresten zou mogen worden gebruikt.

¹¹⁹ Voor verwijzingen, zie J. WALDRON, "How law protects dignity", 201.

¹²⁰ In deze definitie wordt bepaald dat in de rechtsstaat rechtsnormen het handelen van de burger op formele en materiële wijze beperken. In dit proefschrift wordt niet ingegaan op de betekenis van de rechtsstaat voor het handelen van de burger. Dit is immers niet essentieel voor de rest van het proefschrift, dat nagaat welke vereisten de rechtsstaat aan een grondwettelijk hof stelt. Zie hierover bondig bij A. BEDNER, "An elementary approach to the rule of law", 51-53.

¹²¹ Deze definitie kan worden gekaderd in het vijfde concept van de zes concepten van de rechtsstaat die TAMANAHA heeft uitgedrukt. B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 91.

¹²² Dat is wat doorgaans in arresten gebeurt: er wordt vermeld dat een bepaald rechtsstaats-element, dat essentieel "in een rechtsstaat" is, de toetsingsnorm is.

aan de Europese lidstaten.¹²³ Het kan dan ook als juridisch normatief kader voor dit proefschrift dienen.

¹²³ L. PECH, "The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union", 47.

II. DE RECHTSSTAAT EN DE DEMOCRATIE

1. DE GELIJKOORSPRONKELIJKHEID VAN DE RECHTSSTAAT EN DE DEMOCRATIE

56. *Democratie en rechtsstaat* – De discussie over de verenigbaarheid van de democratie en de rechtsstaat – de verenigbaarheid van *la règne du nombre et la règne du raison* – heeft reeds sporen in de Griekse oudheid en komt onder de begrippen “soevereiniteit” en “scheiding der machten” in het Verlichtingsdenken opnieuw tot uiting.¹²⁴ Dit debat in de grondwettelijke rechtstheorie is ook vandaag nog niet beslecht. Omdat veelal wordt gesteld dat de wetgever de drager van de soevereiniteit is of de soevereine macht het beste uitdrukt, is de verzoenbaarheid te herleiden tot de in de volgende twee vragen tot uiting komende knelpunten: kan de macht van de wetgever op materiële wijze worden beperkt en zijn deze beperkingen door de rechter afdwingbaar?¹²⁵ Dit laatste houdt dan eigenlijk het debat over de legitimiteit van het bestaan van een grondwettelijk hof in, waarop verder in dit proefschrift (bondig) wordt ingegaan. Theoretisch zijn drie stellingnames mogelijk: de rechtsstaat en de democratie zijn onverenigbaar, verenigbaar of gelijkoorspronkelijk.

57. *Onverenigbaar* – De rechtsstaat en de democratie zouden onverenigbaar zijn, want beide idealen zouden tegengesteld aan elkaar zijn. De meerderheid van de Amerikaanse rechtsgeleerden stelt de rechtsstaat (vaak verwoord in het begrip *constitutionalism*)¹²⁶ en de democratie als *in beginsel* onverzoenbare begrippen voor¹²⁷, waarbij zij de rechtsstaat doorgaans tot een rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten verenigt. De bekendste formulering van deze spanning ligt in het bekende citaat van BICKEL.¹²⁸ De rechtsstaat stelt beperkingen op de wil van de meerderheid, door inhoudelijke vereisten aan de wet te stellen, die bovendien door de rechter afdwingbaar zijn. Dit rechterlijk toezicht op wetgeving wordt onverenigbaar met de democratie geacht: niet langer de burgers, maar de grondwettelijke rechters zouden bepalen wat de wet is.¹²⁹ In dit hoofdstuk wordt de

¹²⁴ Zie ook Thomas van AQUINO die zich afvroeg hoe de *rule of law* in overeenstemming met een soevereine wetgevende macht kan zijn. B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 28.

¹²⁵ In rechtsordes waarin de rechterlijke grondwettigheidstoetsing wordt erkend, komt dit debat terug wanneer moet worden geoordeeld of een grondwettelijk hof bevoegd moet zijn om grondwetsherzieningen te toetsen. Zie Deel II, eerste titel, vierde hoofdstuk (randnummer 491 e.v.)

¹²⁶ C. ZURN, *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 21.

¹²⁷ F.R. MICHELMAN, *Brennan and Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, 4.

¹²⁸ “The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system. (...) when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises controle, not in behalf of the prevailing majority, but against it.” A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, New York, Vail-Ballou Press, 1986, 2^{de} ed., 16-17. Hierover meer in randnummer 72.

¹²⁹ B. LEARNED HAND, *The Bill of Rights*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1958, 73-74.

verhouding rechtsstaat en democratie in het algemeen, dus niet in het licht van rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten, geanalyseerd.

Indien de democratie de regeringsvorm is waarin alle burgers aan de wetgevingsprocedure – al dan niet via vertegenwoordiging – deelnemen en waarin zij de inhoud van de wet bepalen en hieraan geen materiële beperkingen kunnen worden gesteld, dan zijn de democratie en de rechtsstaat inderdaad onverenigbaar.¹³⁰ Maar in dat geval is de democratie “worthless”, zoals ZURN treffend stelt.¹³¹

Vervolgens zijn er twee opties: kiezen tussen het ene of het andere ideaal of een tussenoplossing tussen beide aanvaarden, waarbij geen van de twee idealen ten volle wordt verwezenlijkt. Vermits niemand voor de eerste optie kiest, leiden pogingen om de rechtsstaat en de democratie in de Amerikaanse literatuur te verzoenen doorgaans tot een ruimere invulling van het democratiebegrip (en dus tot een compromis tussen beide idealen). De democratie moet “constitutional” zijn: in de grondwet wordt de bevoegdheid van de wetgever op materiële wijze beperkt en deze beperkingen kunnen door de rechter worden afgedwongen, omdat het volk – bij monde van de grondwet – deze aan de wetgever/zichzelf heeft opgelegd.¹³²

58. Neutraal – Een tweede stellingname is dat de rechtsstaat en de democratie zich neutraal tegenover elkaar zouden houden.¹³³ Een rechtsstaat kan democratisch zijn of niet. Een democratie kan rechtsstatelijk zijn of niet. In het verleden meenden voornamelijk Duitse (rechts)geleerden dat een rechtsstaat geen democratie moest zijn: KANT stelde dat de “rechtliche Zustand” geen staatsvorm is maar een regeringsvorm, die ook door de (absolute) monarchie kan worden verwezenlijkt.¹³⁴

¹³⁰ F.R. MICHELMAN, *Brennan and Democracy*, 5-6.

¹³¹ “If democracy is nothing more than the satisfaction of the unvarnished subjective desires for gratifications of contingent present majorities, and other past supermajorities have made value choices (according to their own subjective gratification preferences) to put certain gratifications out of the reach of future gratification-seeking majorities, then a system of judicial review is unobjectionable from the point of view of democracy because ... well, democracy is basically worthless.” C. ZURN, *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*, 16.

¹³² De bekendste theorieën zijn deze van R. DWORKIN, *Freedom's Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996, 427p.; R. DWORKIN, “Constitutionalism and Democracy”, *European Journal of Philosophy* 1995, (2) 2-11; S. FREEMAN, “Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review”, 327-370 en J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1997, 233. Zie ook A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, 17. Voor een bespreking van (bepaalde van) deze theorieën, onder meer C. ZURN, *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*, 14 e.v. Zie ook, voor Frankrijk, J. CHEVALLIER, “Le juge constitutionnel et l'effect Becket”, in X (ed.), *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Parijs, Dalloz, 2007, 83.

¹³³ Het zou dan ook om theoretische en praktische redenen verkeerd zijn om de democratie al seen rechtsstaatselement te benoemen, stelt A. BEDNER, “An elementary approach to the rule of law”, 62.

¹³⁴ Zie randnummer 151. Zie ook CARRÉ DE MALBERG (*infra*, randnummer 196) en vandaag, T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice*, 288. Voor verwijzingen in de Duitse rechtsleer, zie P. KUNIG, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1986, 482. De stelling van KANT moet evenwel worden genuanceerd, daar hij de politieke vertegenwoordiging van de (actieve) burger verdedigde. Zie ook F.J. VAN OMMEREN, “De rechtsstaat als toetsingskader”, in F.J. VAN OMMEREN en S.E. ZIJLSTRA (eds.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2003, 17 en B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 37.

Reeds van in het begin omvat het rechtsstaatsbegrip het beginsel van de scheiding der machten, met inbegrip van het wettigheidsbeginsel: de uitoefening van de staatsmacht moet over de drie machten worden verdeeld en het komt alleen aan de wetgevende macht toe om de vrijheden van de burger te beperken. Welk nut hebben dit wettigheidsbeginsel en de aparte functie van de wetgevende macht indien deze niet democratisch verkozen zou zijn? Het beginsel van de scheiding der machten vooronderstelt dat (minstens een deel van) de wetgevende macht een vertegenwoordigende functie heeft en aldus democratisch is verkozen. Omgekeerd, wat is het nut van een (representatieve) democratie, indien de kiezers niet kunnen genieten van de fundamentele mensenrechten zoals de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid? Een democratie waarin een deel van het volk monddood wordt gemaakt, is geen democratie.

59. *Gelijkoorspronkelijk* – Intuïtief is er het aanvoelen (en de praktijk levert daartoe het bewijs) dat de rechtsstaat en democratie niet neutraal tegenover elkaar zijn. Meer zelfs, de beginselen van de rechtsstaat en de democratie zijn gelijkoorspronkelijk: er is een ontologische band tussen beide idealen.¹³⁵ HABERMAS heeft onze intuïtie aan de hand van de begrippen “*public and private autonomy*” een theoretische grondslag geboden. De democratie wordt uitgedrukt in het begrip “*public autonomy*”: dit is de autonomie van eenieder om deel te nemen aan het politieke proces. Het begrip “*private autonomy*” geeft uiting aan de rechtsstaat en houdt in dat de fundamentele rechten van eenieder worden geëerbiedigd.¹³⁶ HABERMAS verzoent de vereisten van de democratie en van de rechtsstaat, door te argumenteren dat de twee vormen van autonomie “gelijkoorspronkelijk” (“*co-original*”) zijn. De private en publieke sferen vooronderstellen elkaar en zijn onderling afhankelijk: er is geen private autonomie zonder publieke autonomie, terwijl het publieke debat autonome burgers vereist.¹³⁷

Te onderscheiden basisregels waarborgen de publieke en private autonomie. De regels in verband met verkiezingen, vertegenwoordiging, overleg, bemiddeling... waarborgen de deelname van elke burger aan het beslissingsproces. De fundamentele mensenrechten waarborgen de private autonomie van de burger.¹³⁸

Wetgeving in HABERMAS’ grondwettelijke democratie heeft dan ook een dubbele legitimiteit. De procedurele legitimiteit vereist dat wetgeving de wil van de burgers moet weerspiegelen. De rechten die moeten waarborgen dat de burger aan het wetgevingsproces kan deelnemen, moeten dan ook zo veel als mogelijk worden geëerbiedigd. De inhoudelijke legitimiteit vereist dat wetgeving de idee van de *rule of law*

¹³⁵ L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 579; U. SCHEUNER, "Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland", 468 en T. KOOPMANS, *Courts and political institutions: a comparative view*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 123.

¹³⁶ J. HABERMAS, "On the Internal Relation between the Rule of Law and Democracy", in J. HABERMAS en C. CRONIN (eds.), *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, Cambridge, Polity Press, 1999, 258.

¹³⁷ J. HABERMAS, "Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?", *Political Theory* 2001, (766) 767. Zie ook F. OST en M. VAN HOECKE, "Rechtstheorie in de 21^{ste} eeuw: stand van zaken in België en nieuwe trends", in W. DEBEUCKELAERE en D. VOORHOOF (eds.), *En toch beweegt het recht*, Brugge, die Keure, 2003, 41.

¹³⁸ J. HABERMAS, "On the Internal Relation between the Rule of Law and Democracy", 258.

of van de *Rechtsstaat* en dus de mensen- en grondrechten, die de private autonomie uitmaken, moet eerbiedigen.¹³⁹

In plaats van democratie en rechtsstaat als tegenstanders te beschrijven, moeten zij als gelijksoortig worden beschouwd: een democratie kan niet (voort)bestaan zonder de eerbiediging van de grondrechten en fundamentele vrijheden. Evenzeer is het voortbestaan van een democratisch bestel noodzakelijk voor de erkenning van grondrechten.¹⁴⁰ In de woorden van het EHRM:

"Il existe un lien très étroit entre la prééminence du droit et la démocratie. La loi ayant pour fonction d'établir des distinctions sur la base de différences pertinentes, il ne saurait y avoir de réelle prééminence du droit sur une longue période si les personnes soumises aux mêmes lois n'ont pas le dernier mot au sujet de leur contenu et de leur mise en œuvre."¹⁴¹

60. *Vrijheid, gelijkheid en menselijke waardigheid* – Daarenboven zijn democratie en rechtsstaat gelijksoortig, omdat ze gemeenschappelijke doelen hebben, die alleen kunnen worden verwezenlijkt wanneer de rechtsorde een democratie én een rechtsstaat is.¹⁴² De rechtsstaat beoogt immers het individu tegen willekeur te beschermen en ieders vrijheid, gelijkheid¹⁴³ en menselijke waardigheid te waarborgen. Elk van deze doelen van de rechtsstaat veronderstelt dat de rechtsstaat een democratie is: geen van deze doelen kan immers volledig worden bereikt in een staatsvorm die de burger zijn deelname aan het politieke proces ontzegt. De mens is slechts ten volle vrij, gelijk en gelijkwaardig indien elkeen op gelijke wijze aan de besluitvorming kan deelnemen en ieders belangen als gelijkwaardig worden beschouwd.¹⁴⁴ Het vaak gebruikte begrip "democratische rechtsstaat" is aldus een pleonasme: het hedendaagse rechtsstaatsbegrip veronderstelt en vereist de democratie.

¹³⁹ MICHELMAN zou stellen dat deze redenering een cirkelredenering bevat: een democratische wetgevingsprocedure is slechts legitiem indien deze tot stand komt op grond van grondwettelijke bepalingen, die op zich slechts legitiem zijn, indien deze het resultaat zijn van een democratisch proces. Deze mogelijke tegenstelling tussen democratie en rechtsstaat lost HABERMAS op door het proces van "*constitution making*" in de tijd te plaatsen. "*Constitution making*" is een proces dat een begin-, maar geen eindpunt heeft. Elke generatie moet, vanuit de voetstappen van de vorige, de grondwet ("*system of rights*"), die de publieke en private autonomie waarborgt, vervolledigen en aan de omstandigheden aanpassen. J. HABERMAS, "Constitutional Democracy", 774. Zie ook C. ZURN, *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*, 105.

¹⁴⁰ Zie ook M. MIAILLE, "L'État de droit dans la Constitution", in J. BART (ed.), *1791: La première constitution française*, Parijs, Economica, 1993, 34; B. PIEROTH, "Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes", *JuS* 2010, (473) 473-481; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, nr.38 en W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel Veertig jaar later - Privaat en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen, Kluwer, 2010, 345.

¹⁴¹ EHRM 31 juli 2001, *Refah Partisi/Turkije* (I), nr. 43.

¹⁴² De democratie en de rechtsstaat hebben niet alleen gemeenschappelijke doelen, maar ook gemeenschappelijke wezenskenmerken: de scheiding der machten en het wettigheidsbeginsel. B. PIEROTH, "Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes", 474.

¹⁴³ Zie ook A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, 28.

¹⁴⁴ T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice*, 47.

2. DE DELIBERATIEVE DEMOCRATIE

61. Welke democratie? – Vervolgens moet worden onderzocht welke democratie een rechtsstaat vereist. Twee tegenovergestelde visies hebben lange tijd dit vraagstuk in de politieke theorie beheerst: het “republicanisme” en het “liberalisme”.¹⁴⁵ Beide theorieën stellen dat het democratisch proces de “goedheid” van zijn resultaten waarborgt. Deze theorieën worden hieronder kort uiteengezet (**A**). Uitgebreider wordt ingegaan op het in de twintigste eeuw herontdekte alternatief: de deliberatieve democratie (**B**).

A. RES PUBLICA OF LIBERALISME

62. Res publica – De republikeinen zijn ervan overtuigd dat het democratisch wetgevingsproces de fundamentele rechten van de burgers eerbiedigt. De burgers, bewust van de noodzaak tot solidariteit, zouden immers met het oog op het waarborgen van het algemeen belang aan het besluitvormingsproces deelnemen. Het resultaat van zo’n besluitvormingsproces is geen weerspiegeling van “de wil van allen” – wat een optelsom van de individuele belangen van elke deelnemer zou zijn –, maar wel van “de algemene wil”, die alleen het algemeen belang voor ogen heeft.¹⁴⁶ De republikeinen leggen de nadruk op de collectiviteit, waarin de burgers zich hebben verenigd.

63. Liberalisme – Het liberalisme echter gaat uit van het individu en stelt dat politieke besluitvorming op de “*marketplace of ideas*” gebeurt: elke burger kan, met het oog op het behoud van zijn rechten en belangen, aan het politieke besluitvormingsproces deelnemen. Het resultaat ervan is vervolgens een compromis tussen tegengestelde private belangen. De regels van het besluitvormingsproces (algemeen stemrecht, representatieve vertegenwoordiging van de burgers...) waarborgen de rechtvaardigheid van het proces.

64. Gefalsificeerd – Beide theorieën slagen niet in hun opzet, noch in theorie noch in de praktijk. Op theoretisch niveau kan de republikeinse theorie niet waarborgen dat de burger alleen met het oog op het algemeen belang, en niet met het oog op zijn individueel belang, aan het besluitvormingsproces deelneemt. De liberale theorie verengt op haar beurt de deugden van de democratie, door deze als een “*marketplace of ideas*” te beschouwen, waarbij niemand oog voor het algemeen belang zou hebben. De praktijk, onder meer het nazisme en het fascisme in Duitsland vanaf 1936 tot 1945, heeft helaas ook bewezen dat een democratisch besluitvormingsproces niet borg staat voor wetten die de fundamentele mensenrechten eerbiedigen. De praktijk doet de noodzaak van rechtsstatelijke elementen in een regeringsvorm blijken.

¹⁴⁵ F. OST en M. VAN HOECKE, "Rechtstheorie in de 21^{ste} eeuw: stand van zaken in België en nieuwe trends", 41; S. SOTTIAUX, "Democratie en grondrechten. De inhoudelijke en procedurele democratiemodellen van Dworkin en Habermas", in M. ADAMS en P. POPELIER (eds.), *Recht en democratie. De democratische verbeelding in het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 41 e.v.

¹⁴⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Contrat social*, livre II, chapitre IV, 256-257.

Sinds 1980 is, mede dankzij HABERMAS, aandacht besteed aan een “nieuwe”¹⁴⁷ invulling van de democratie: de deliberatieve democratie. Deze democratie moet de op het eerste gezicht tegenovergestelde vereisten van democratie (soevereiniteit van het volk of de natie) en mensenrechten (rechtsstaat) verzoenen.

B. DE DELIBERATIEVE DEMOCRATIE VAN HABERMAS

65. *Deliberatief en gelijksoortelijke autonomieën* – De grondwettelijke democratie van HABERMAS¹⁴⁸ berust op twee beginselen: deze democratie moet een deliberatieve democratie¹⁴⁹ (“*discourse theory democracy*”) zijn waarin de publieke en private autonomie van de burgers gelijksoortelijk zijn. Daarmee neemt hij elementen van de republikeinse en liberale democratie-opvattingen over en verzoent deze in een democratie-opvatting, waarbij de besluitvormingsprocedure onder bepaalde voorwaarden legitimiteit aan het resultaat biedt. HABERMAS meent dat democratie meer vereist dan een loutere vertegenwoordiging van het volk door middel van regelmatige verkiezingen. Burgers moeten aan de totstandkoming van de normen kunnen deelnemen. Normen zijn geldig of legitiem indien deze het resultaat zijn van een besluitvormingsproces, dat aan het *discourse principle (D)* voldoet. Dit beginsel luidt als volgt:

“D: Just those action norms are valid to which all possibly affected persons could agree as participants in rational discourses.”¹⁵⁰

¹⁴⁷ ELSTER zet de historische achtergrond van de deliberatieve democratie uiteen, waaruit blijkt dat dit democratiebegrip wortels in het Oude Athene en in de Franse Revolutie (SIEYÈS) heeft. J. ELSTER, *Deliberative democracy*, Cambridge University press, 1999, 1 e.v. met verwijzing naar “*Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises. Première série (1787 à 1799)*”, 8, 595 (SIEYÈS). BROCKER weerlegt de bewering van onder meer I. MAUS in haar boek “*Zur Aufklärung der Demokratietheorie*” dat in KANTS geschriften een deliberatieve democratiebegrip kan worden gevonden. M. BROCKER, *Kant über Rechtsstaat und Demokratie*, 45 e.v.

¹⁴⁸ Voor HABERMAS, zie J. HABERMAS, *Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, Cambridge, Polity Press, 1996, 631p; J. HABERMAS, “Three Normative Models on Democracy”, 239-252; J. HABERMAS, “On the Internal Relation between the Rule of Law and Democracy”, 254-263; J. HABERMAS, “Constitutional Democracy”, 766-781. Zie ook J. ELSTER, *Deliberative democracy*, 282p. en A. GUTMANN en D. THOMPSON, *Why deliberative democracy?*, Princeton, Princeton University Press, 2004, 217p. *Contra*, SANDERS argumenteert dat de eensgezindheid over deliberatieve democratie alleen onder de “*deliberative democracy theorists*” bestaat en verwijt hen daarover geen deliberatief debat met de gewone burger te hebben aangegaan, voor wie de theorie van de deliberatieve democratie wellicht minder aantrekkelijk is. Zie L. SANDERS, “Against Deliberation”, *Political Theory* 1997, (347) 348 e.v.

¹⁴⁹ De term “*deliberative democracy*” werd voor het eerst gebruikt door Joseph BESSETTE in “Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government”, in R.A. GOLDWIN en W.A. SCHAMBRA, *How Democratic is the Constitution?*, Washington, AEI, 1980, geciteerd door J.K. TULIS, “Deliberation Between Institutions”, in J.S. FISHKIN en P. LASLETT (eds.), *Debating Deliberative Democracy*, Malden, Blackwell Publishing, 2003, 200.

¹⁵⁰ “*Action norms*” zijn gedragsverwachtingen die veralgemeend zijn met betrekking tot de tijd, de samenleving en de inhoud. “*Valid*” drukt normatieve geldigheid in een niet-specifieke zin uit, waarbij hij geen uitspraak doet over het onderscheid tussen moraal en legitimiteit. HABERMAS omvat onder “*possibly affected persons*” elke persoon wiens belangen worden geraakt door de te verwachten gevolgen van een algemene praktijk geregeld door de desbetreffende norm. “*Rational discourse*” moet

Handelingsnormen zijn geldig indien alle mogelijke adressaten, als deelnemers aan een rationeel debat, hiermee zouden kunnen instemmen. Dit beginsel is duidelijk procedureel: het stelt geen inhoudelijke vereisten aan wetgeving (maar alleen aan het rationele debat). Omdat de publieke en private autonomie gelijkoorspronkelijk zijn en de burger niet aan het rationele debat kan deelnemen indien zijn private autonomie niet is gewaarborgd, moeten bepaalde grondrechten worden gewaarborgd. Daarom moet een “*system of rights*” (een grondwet) krachtens een “*legal code*” worden uitgevaardigd. Deze laatste is een toepassing van het *discourse principle* op de “*general rights to liberties*”. De grondwet is een codificatie van de voorwaarden voor een deliberatief gebruik van de politieke autonomie.

66. *Categorieën van rechten* – Drie categorieën van rechten komen voort uit de loutere toepassing van het *discourse principle* op de uitvaardiging van wetgeving: deze zijn de klassieke liberale rechten, de burgerlijke rechten van vereniging en de rechten die aan de rechtsbescherming uitvoering geven¹⁵¹:

“i. Basic rights that result from the politically autonomous elaboration of the right to the greatest possible measure of equal individual liberties.

These rights require the following as necessary corollaries:

ii. Basic rights that result from the politically autonomous elaboration of the status of a member in a voluntary association of consociates under law.

iii. Basic rights that result immediately from the actionability of rights and from the politically autonomous elaboration of individual legal protection.”¹⁵²

De uitvaardiging van deze “*legal code*” gaat aan de staatsvorming vooraf. Op grond van deze drie categorieën van rechten anticiperen de burgers op hun rol van *gebruikers* en *adressaten* van de wetten. Omdat zij een staat willen oprichten, hebben de burgers evenwel een vierde categorie van rechten nodig, waardoor zij elkaar als *auteurs* van de rechten en van de normen beschouwen. Zonder de eerste drie categorieën van rechten, kan geen wet worden uitgevaardigd. Maar zonder de vierde categorie van rechten, die voor de politieke uitvoering van de eerste drie categorieën zorgt, kan het recht geen concrete inhoud verkrijgen. Deze vierde categorie luidt als volgt:

“iv. Basic rights to equal opportunities to participate in processes of opinion-and will-formation in which citizens exercise their political autonomy and through which they generate legitimate law.”¹⁵³

Deze vierde categorie van rechten wordt toegepast bij de interpretatie van de grondwet en het verder ontwikkelen van de andere grondrechten van categorie één tot vier. De politieke rechten van categorie vier funderen immers het bestaan van vrije en gelijk actieve burgers.

elke poging inhouden om een akkoord te bereiken over tegenovergestelde geldigheidsvorderingen, voor zover dit plaatsvindt onder communicatievoorwaarden, die het mogelijk maken dat elk thema, elke bijdrage, alle informatie en alle argumenten op transparante wijze kunnen worden besproken. J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 107-108.

¹⁵¹ E. ERIKSEN en J. WEIGARD, *Understanding Habermas: Communicative Action and Deliberative Democracy*, London, Continuum, 2004, 150.

¹⁵² J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 122.

¹⁵³ J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 123.

Burgers kunnen op die wijze hun status uitbreiden en hun publieke en private autonomie verder ontwikkelen.¹⁵⁴

C. NAVOLGING?

67. *Deliberatieve democratie en rechtsstaat* – De deliberatieve democratietheorie heeft de afgelopen decennia veel navolging gekregen en is thans het leidende democratiemodel. Dit model wijst de representatieve democratie niet af, maar vult deze aan door effectief overleg te vereisen tussen eenieder die adressaat van de normgeving is. De representatieve democratie moet deliberatief zijn.¹⁵⁵ Bovendien wordt dit model als uiterst verenigbaar met de rechtsstaatsidee geacht.¹⁵⁶

68. *België* – De wetgever heeft de democratie nog niet als deliberatief gedefinieerd en evenmin heeft hij de deliberatieve democratie als doel vooropgesteld.¹⁵⁷ Het Belgische consensusmodel met zijn verplichte overleg- en onderhandelingsprocedures en zijn beginsel van evenwicht der machten¹⁵⁸ incorporeert echter de essentie van de deliberatieve democratie, namelijk dat vanuit overleg en transparantie met betrekking tot alle argumenten tot beleid en besluitvorming wordt overgegaan.¹⁵⁹ Het hoeft dan ook niet te verbazen dat ook in België de deliberatieve democratie als referentiekader wordt

¹⁵⁴ Voor de verdere ontwikkeling van deze autonomie is ten slotte de bescherming van een vijfde categorie van rechten noodzakelijk, met name bepaalde sociaal-economische rechten: “v. *Basic rights to the provision of living conditions that are socially, technologically, and ecologically safeguarded, insofar as the current circumstances make this necessary if citizens are to have equal opportunities to utilize the civil rights listed in (1) through (4).*” J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 123.

¹⁵⁵ A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, 27. Voor verwijzingen naar onderzoeken over het deliberatief maken van instellingen van de representatieve democratie, zie C. ZURN, *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*, 68-69.

¹⁵⁶ T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice*, 288. “*In the familiar context of contemporary democratic politics, the ideal of deliberative democracy reflects the central aspiration of the rule of law: it requires a mode of governance designed to elicit voluntary compliance on the basis of conscientious moral judgment. The rule of law is, in principle, compatible with a variety of constitutional arrangements, whether or not democratic in the sense of requiring an equal distribution of political power. None the less, its demand that governmental action should be capable of justification in terms of an explicit conception of the common good, and the related requirement that all such conceptions should be fully open to public inspection and criticism, amount to an ideal of deliberative equality, reflecting the status of each citizen as an independent moral agent.*”

¹⁵⁷ Een vermelding is te vinden in het “Ontwerp van decreet betreffende de rechtspositieregeling van de student, de participatie in het hoger onderwijs, de integratie van bepaalde afdelingen van het hoger onderwijs voor sociale promotie in de hogescholen en de begeleiding van de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen”, *Parl.St.* VI. Parl. 2003-04, nr. 1960/1, 3 e.v.

¹⁵⁸ Over het verband tussen deliberatieve democratie en de scheiding of evenwicht der machten, zie J.K. TULIS, “*Deliberation Between Institutions*”, 201 e.v.

¹⁵⁹ P. POPELIER, “*Hoe democratisch zijn het referendum en de volksraadpleging?*”, *TvW* 2001, (343) 352 en W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel Veertig jaar later*, nr. 96 e.v. (participatieve democratie). De uitwerking van een deliberatieve democratie in een “*plural society*” of in een “*consociational democracy*” is ietwat moeilijker dan in een gemeenschap waarin geen onderscheiden culturele, ethnische, of taalgroepen zijn. Voor een studie hierover, zie M. R. JAMES, *Deliberative democracy and the plural polity*, Lawrence, University press of Kansas, 2004, 239p.

genomen.¹⁶⁰ HABERMAS' benadering is dan ook een goede vertrekbasis voor een nieuwe legitimatietheorie voor het recht, die aangepast is aan de ingewikkelde en pluralistische samenleving van de 21^{ste} eeuw.¹⁶¹

¹⁶⁰ E. LANCKSWEERDT, "De participatieve democratie als nieuw hoofdstuk in het verhaal van de politieke vrijheid: ruimte voor de verwezenlijking van het menselijk potentieel", *TBP* 2010, (67) 73 en V. VERLINDEN, *De hoeders van de wet: de rol van instellingen in het wetgevingsproces*, Brugge, die Keure, 2010, nr. 41 e.v.

¹⁶¹ F. OST en M. VAN HOECKE, "Rechtstheorie in de 21^{ste} eeuw: stand van zaken in België en nieuwe trends", 41. Zie ook L.J. WINTGENS, "Alles is relatief... ook relativiteit", *RW* 2000-01, (1289) 1303 en in R. GEENENS en R. TINNEVELT, *De stem van het volk*, Leuven, LannooCampus, 2007, 327p.

III. DE RECHTSSTAAT EN EEN GRONDWETTELIJK HOF

69. *Legitimiteit* – Vanaf de Tweede Wereldoorlog hebben de meeste Europese landen geoordeeld dat rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten noodzakelijk is. In verscheidene landen (Duitsland, Italië, Spanje) waren de mensonterende feiten van de Tweede Wereldoorlog de aanleiding daartoe. Andere landen zochten een tegenwicht voor een parlementaire meerderheid (Frankrijk) en een “arbitragerechter” in het nieuwe federale stelsel (België). Ondanks deze positiefrechtelijke verankering, blijft de legitimiteit van het bestaan van rechterlijke toetsing van wetten een onuitputtelijke bron voor debat. Dit is hoofdzakelijk onder invloed van de Amerikaanse rechtsleer, die sinds *Marbury v Madison*¹⁶² nog steeds naar een sluitende verantwoording op zoek is. In de Amerikaanse rechtsleer wordt dit debat voornamelijk gevoerd wanneer wordt onderzocht welke interpretatie de rechter aan de *US Constitution* moet geven.¹⁶³

70. *Proefschrift* – Juist omwille van de positiefrechtelijke verankering van rechterlijke toetsing van wetten in de onderzochte landen, staat in dit proefschrift de queeste naar de legitimiteit van het bestaan van een grondwettelijk hof niet centraal. Zij kan evenwel niet worden vermeden¹⁶⁴: in het tweede deel van dit proefschrift wordt immers onderzocht welke bevoegdheden een grondwettelijk hof in de rechtsstaat moet hebben. Die vraag beantwoorden veronderstelt dat het bestaan van een grondwettelijk hof in de rechtsstaat kan worden verantwoord. Daarom wordt hieronder uiteengezet wat de belangrijkste bezwaren tegen rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten zijn (**A**) en welke rechtvaardigingsgronden doorgaans worden aangevoerd (**B**). Ten slotte wordt, vanuit het rechtsstaatsbegrip, geargumenteed dat een grondwettelijk hof legitimiteit heeft (**C**).

A. THE CASE AGAINST JUDICIAL REVIEW

71. *Twee bezwaren* – Tegen rechterlijke grondwettigheidstoetsing worden veel bezwaren ingebracht, die doorgaans in twee categorieën kunnen worden ondergebracht: een grondwettelijk hof is enerzijds niet democratisch en anderzijds overbodig.

72. *Niet-democratisch* – Omdat een grondwettelijk hof een tegenwicht voor de wetgever is, die omwille van zijn democratische legitimiteit wordt beschouwd als de staatsmacht die de maatschappelijke keuzen in een pluralistische samenleving moet maken, wordt een

¹⁶² SC 24 februari 1803, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch), 137, 170 (1803).

¹⁶³ Zie bijvoorbeeld J. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachusetts and London, Harvard University Press, 1980, 1, 4 en 181.

¹⁶⁴ Zie randnummer 45. Zie ook S. FREEMAN, "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", 329.

grondwettelijk hof als antidemocratisch beschouwd: de zogenaamde *counter-majoritarian difficulty*.¹⁶⁵ Omdat zij niet door het volk worden verkozen, genieten de grondwettelijke rechters geen democratische legitimiteit wanneer zij een wet vernietigen en daarmee beslissen dat 's lands verkozenen niet mogen regeren zoals zij willen.¹⁶⁶ Rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten zou ons onder een oligarchie van rechters plaatsen, waarbij niet de burgers maar de rechters bepalen wat de (grond)wet is.¹⁶⁷

73. *Parlement als rechtsbeschermer* – Naast zijn (zogenaamd) ondemocratisch karakter, zou een grondwettelijk hof niet noodzakelijk zijn om de rechten te beschermen: indien het wetgevingsproces aan bepaalde voorwaarden voldoet, zou het parlement voldoende in staat zijn om de fundamentele rechten te beschermen en komt het de wetgever toe om in de meningsverschillen over deze rechten standpunt in te nemen.¹⁶⁸ Deze voorwaarden zijn: (i) redelijk goed werkende democratische instellingen, met inbegrip van een vertegenwoordigende wetgevende macht die op grond van algemeen stemrecht is verkozen; (ii) redelijk goed werkende rechtscolleges, waarvan de rechters niet zijn verkozen, die individuele rechtsgeschillen beslechten en de *rule of law* waarborgen; (iii) een door de meerderheid van de mensen van de samenleving en door de gezagspersonen gedeeld engagement voor de rechten van het individu en van de minderheid en (iv) een voortdurende, aanzienlijk en in goede trouw gehouden meningsverschil over rechten (dit is wat het engagement voor rechten in feite inhoudt en wat de gevolgen daarvan zijn).¹⁶⁹

B. THE CASE FOR JUDICIAL REVIEW

74. *Legitimitetsgronden* – Uit de soevereiniteitsgedachte en de autonomie van de burger volgt dat de uitoefening van de staatsmacht in overeenstemming met de grondwet moet zijn. Een grondwet is evenwel machteloos: zij moet door staatsorganen in de praktijk worden verwezenlijkt. Deze staatsorganen moeten de vrijheid van de burgers tegen de uitoefening van de staatsmacht beschermen. Van bij de oorsprong van de rechtsstaatsidee in de Verlichting en nog sterker vanaf de negentiende eeuw pleiten auteurs voor rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten, opdat de grondwet ook ten aanzien van

¹⁶⁵ A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, 16-17 (voor het bekende citaat, zie voetnoot 128).

¹⁶⁶ J. ELY, *Democracy and Distrust*, 4-5 en M. SCHOR, "Mapping comparative judicial review", 273. Voor verwijzingen naar Duitse rechtsleer, zie E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 7 (§ 1, nr. 14).

¹⁶⁷ B. LEARNED HAND, *The Bill of Rights*, 73-74. Zie ook JEFFERSON, geciteerd door S. FREEMAN, "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", 328 en KRAMER, geciteerd door A. ALLEN en S. FEYEN, "De legitimiteit van een Grondwettelijk Hof in een democratische rechtsstaat", in M.-C. FOLETS, M. HILDEBRANDT *et al.* (eds.), *Liber Amicorum René Foqué*, Brussel, Larcier, 2011, 7.

¹⁶⁸ Zie hiervoor uitgebreid, J. WALDRON, "The Core of the Case Against Judicial Review", *Yale L.J.* 2006, (1346) 1346-1406. Zie ook L.D. KRAMER, *The People Themselves. Popular constitutionalism and judicial review*, New York, Oxford University Press, 2004, 233-243 (die meent dat er *judicial supremacy* en geen *popular constitutionalism* is) en S. FREEMAN, "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", 361.

¹⁶⁹ J. WALDRON, "The Core of the Case Against Judicial Review", 1360.

de wetgevende macht zou kunnen worden afgedwongen.¹⁷⁰ De rechtsleer die tracht het bestaan van een grondwettelijk hof theoretisch onbetwistbaar te verantwoorden, is onuitputtelijk. Een overzicht van de legitimitetsgronden is dan ook per definitie selectief en niet allesomvattend. In dit proefschrift worden zij in vijf categorieën opgedeeld. De eerste categorie omvat de theorieën die bepleiten dat de *counter-majoritarian difficulty* in feite niet bestaat. Onder de tweede categorie vallen de (vele) auteurs die zich op de hiërarchie der normen beroepen om rechterlijke grondwettigheidstoetsing te verdedigen: in dit proefschrift wordt dit de juridische legitimitet genoemd. Ten slotte wordt rechterlijke toetsing van wetten verdedigd omdat een grondwettelijk hof een institutionele, een sociale, of een functionele (en democratische) legitimitet zou hebben.¹⁷¹

75. *Counter-majoritarian difficulty* – De eerste wijze waarop BICKELS stelling wordt weerlegd, gebeurt door zijn stelling te ondergraven: een grondwettelijk hof zou geen antidemocratische instelling zijn. Als het wel als antidemocratisch wordt beschouwd, wordt een verkeerd democratiebegrip gebruikt, namelijk een louter procedurele interpretatie van de democratie, waarbij de macht van het getal doorslaggevend is.¹⁷² Democratie houdt evenwel niet in dat de burgers hun soevereiniteit *alleen* kunnen uitoefenen door verkozen volksvertegenwoordigers over de maatschappelijke kwesties te laten beslissen. Evenmin houdt het in dat alleen verkozen instellingen kunnen beweren dat zij de wil van het volk vertolken.¹⁷³ Het democratiebegrip dat dan wel moet worden gebruikt, is dan zeer gelijkend op het in dit proefschrift ontwikkelde rechtsstaatsbegrip.¹⁷⁴

De *counter-majoritarian difficulty* wordt eveneens weerlegd door aan te tonen dat het wetgevingsproces (in de Verenigde Staten, maar ook elders) evenmin in staat is om de wil van de meerderheid uit te drukken.¹⁷⁵ Bovendien zou uit onderzoek blijken dat de arresten van het Amerikaanse *Supreme Court* doorgaans wel de wil van de meerderheid weerspiegelen, zodat een grondwettelijk hof niet per se *antimajoritarian* is.¹⁷⁶

76. *Juridische legitimitet* – De lering van *Marbury v Madison* is voldoende bekend.¹⁷⁷ Uit het (rechtsstatelijk) beginsel van de hiërarchie der normen volgt dat, behoudens

¹⁷⁰ Zie COKE, randnummer 102; MOHL, randnummer 152; KELSEY, randnummer 163 en VERHAEGEN, randnummer 214.

¹⁷¹ G. SCOFFONI, "La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé: les enseignements de l'expérience américaine", *RIDC* 1999, (243) 249. Zie ook A. ALEN en S. FEYEN, "De legitimitet van een Grondwettelijk Hof in een democratische rechtsstaat", 4-8 en M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 33-43.

¹⁷² R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, 59; CH. L. EISGRUBER, *Constitutional Self-Government*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2001, 48-49 en S. FREEMAN, "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", 327-328 en 335-339. Zie ook het bovenvermelde citaat van ZURN, *supra*, randnummer 57.

¹⁷³ CH. L. EISGRUBER, *Constitutional Self-Government*, 48.

¹⁷⁴ Zie bijvoorbeeld de "*constitutional democracy*" bij S. FREEMAN, "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", 335-339. Zie ook *supra*, randnummer 57.

¹⁷⁵ J. H. CHOPER, "The Supreme Court and the Political Branches: Democratic Theory and Practice", *Univ. Penns. L.R.* 1974, 817-830.

¹⁷⁶ J. H. CHOPER, "The Supreme Court and the Political Branches", 812 en 815-816 en M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 33-36.

¹⁷⁷ SC 24 februari 1803, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch), 137, 170 (1803). In twee arresten heeft het Hof van Cassatie deze redenering overgenomen. HvC 3 mei 1974, *RW* 1974-75, 99-102 (dubbelzinnig), met ondubbelzinnige conclusie van procureur-generaal W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, 87 en 21 april 2011, C.08.0452.F.

grondwettelijk verzet daartoe¹⁷⁸, het de rechter toekomt om een rechtsnorm die niet met de hogere rechtsnormen in overeenstemming is, buiten toepassing te laten.¹⁷⁹ Het is immers eigen aan de functie van de rechter om in een geschil te bepalen welk recht moet worden toegepast. Daar de grondwet het hoogste recht is, kan alleen wat in overeenstemming met de grondwet is, worden toegepast.¹⁸⁰

Het is eveneens voldoende bekend dat deze redenering niet onbetwist is: uit het beginsel dat een ongrondwettige wet geen rechtsgevolgen kan hebben, kan niet worden afgeleid dat het aan de rechter toekomt om te weigeren rechtsgevolgen eraan te verlenen. De scheiding der machten en de rechterlijke functie vereisen niet wezenlijk dat de *rechter* als laatste bevoegd is om de grondwet te interpreteren.¹⁸¹

77. Institutionele legitimiteit – Een derde legitimiteitsgrond steunt op de plaats van een grondwettelijk hof in de grondwettelijke orde. Het is een instelling die toezicht op de wetgever houdt, doch geen supermacht is: door institutionele *checks and balances* wordt het evenwicht tussen de machten immers gewaarborgd. Deze institutionele *checks and balances* zijn vooreerst de bijzondere samenstelling van het hof: niet gewone rechters, maar personen met een bijzondere kwalificatie moeten tot grondwettelijke rechter worden benoemd.¹⁸² Daarnaast is het belangrijk dat de rechters politiek worden benoemd¹⁸³ maar tegelijk dat hun onafhankelijkheid wordt gewaarborgd. Door de rechterlijke onafhankelijkheid en vaardigheden en de waarborgen van een gerechtelijke procedure (waking en verschoning, motiveringsplicht), waarborgt het juridische proces een betere

¹⁷⁸ H. Kelsen, *General Theory of Law & State*, 268. Voorafgaand aan de oprichting van het Grondwettelijk Hof werd in de Belgische rechtsleer verdedigd dat ook in de Belgische grondwettelijke rechtsorde de hiërarchie der normen rechterlijke grondwettigheidstoetsing vereist, omdat de Grondwet zich daartegen niet verzet. Onder meer J. DE MEYER, "Noot bij HvC 3 mei 1974", *RW* 1974-1795, (102) 106. ALEN betwistte dit omdat een dergelijke redenering enkel kon opgaan indien zij niet door het grondwettelijke kader wordt tegengesproken. Volgens hem sprak het grondwettelijke kader van 1831 dit wel tegen en geeft de grondwetsherziening in 1980 voor de oprichting van het Grondwettelijk Hof hiervan blijk. A. ALEN, *Rechter en bestuur in het Belgische publiekrecht: de grondslagen van de rechterlijke wettigheidskontrol*e, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 893-894. *Contra*, W.J. Ganshof van der Meersch, conclusie bij HvC 3 mei 1974, *RW* 1974-75, 88 en 91-92.

¹⁷⁹ DUGUIT, *infra*, randnummer 198; HAMILTON in de *Federalist Paper*, nr. 78; H. Kelsen, *General Theory of Law & State*, 268; VERHAEGEN, *infra*, randnummer 214. Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 8 (§ 1, nrs. 16-17); J. DELVA, "Légitimité du juge constitutionnel belge, rouage clé d'une démocratie en quête d'une nouvelle identité", in X (ed.), *Présence du droit public et des droits de l'homme: mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant, 1992, 134 en M. TROPER, "Souveraineté de l'Etat et hiérarchie des normes dans la jurisprudence constitutionnelle. En guise d'introduction: La théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif", *Cahiers Conseil constitutionnel* 2000, (137) 4^{de} alinea.

¹⁸⁰ SC 24 februari 1803, *Marbury v. Madison*, "It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each."

¹⁸¹ P. CRAIG, "Constitutional Foundations, the Rule of Law and Supremacy", *Public Law* 2003, (111) 110; S. FREEMAN, "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", 357-359; L.D. KRAMER, *The People Themselves*, 114-115 en B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 55 en 105.

¹⁸² L. FAVOREU, "La légitimité du juge constitutionnel", *RIDC* 1994, (557) 571-572 en L.D. KRAMER, *The People Themselves*, 250.

¹⁸³ J. DELVA, "Légitimité du juge constitutionnel belge", 135; L. FAVOREU, "La légitimité du juge constitutionnel", 572 en CH. L. EISGRUBER, *Constitutional Self-Government*, 64.

rechtsbescherming.¹⁸⁴ Ten slotte mag een grondwettelijk hof niet “*le pouvoir du dernier mot*” hebben: de grondwetsherziener moet de grondwet kunnen herzien om de draagwijdte van of de grondwetsinterpretatie in een arrest van een grondwettelijk hof te wijzigen.¹⁸⁵

78. Sociale legitimiteit – Om de *counter-majoritarian difficulty* op te lossen, wordt ook geargumenteed dat een grondwettelijk hof wel sociale legitimiteit geniet. Rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten is legitiem wanneer het met de publieke opinie rekening houdt. Al in 1957 stelt DAHL vast dat de beleidsvisies onder de rechters van het *US Supreme Court* nooit lang van deze van de wetgevende meerderheid afwijken¹⁸⁶ en van de arresten van het *Warren-court* wordt gezegd dat ook zij de steun van de meerderheid van de publieke opinie genieten.¹⁸⁷ De sociale legitimiteit kan anderzijds ook inhouden dat een grondwettelijk hof legitiem is zolang de publieke opinie aanvaardt dat het grondwettelijk hof de grondwet kan interpreteren.¹⁸⁸ Daarnaast wordt aangevoerd dat een grondwettelijk hof sociale legitimiteit geniet omdat het in aanraking komt met werkelijke geschillen, zodat het een sterke voeling met de echte maatschappelijke problemen, noden en wensen verkrijgt.¹⁸⁹

79. Functionele en democratische legitimiteit – Een belangrijke stroming in de rechtsleer die rechterlijke grondwettigheidstoetsing verdedigt, argumenteert dat een grondwettelijk hof omwille van zijn *functie* legitiem is. Vervolgens wordt de functie van een grondwettelijk hof verschillend omschreven: zijn functie in het algemeen (het hof is een tegenwicht voor de wetgever) of een bepaald onderdeel ervan wordt als legitimiteitsgrond beschouwd (het beschermt de fundamentele rechten of bevordert de democratie).¹⁹⁰ Deze legitimiteitsgronden worden hieronder kort uiteengezet.

80. Tegenwicht – Eén stroming ziet de functionele legitimiteit van een grondwettelijk hof in de ruimste zin: een grondwettelijk hof is een essentieel element van het evenwicht der machten doordat het een tegenwicht voor de wetgever vormt en aldus tegen corruptie of

¹⁸⁴ J. H. CHOPER (ed.), *Judicial Review and the National Political Process: a Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, iBooks-editie 2013, New Orleans, Quid Pro Books, 1980, 2.III.C. Functional Justification en CH. L. EISGRUBER, *Constitutional Self-Government*, 57-58. Voor meer verwijzingen, zie L.D. KRAMER, *The People Themselves*, 237.

¹⁸⁵ A. ALEN en S. FEYEN, "De legitimiteit van een Grondwettelijk Hof in een democratische rechtsstaat", 5; L. FAVOREU, "La légitimité du juge constitutionnel", 578-581; L.D. KRAMER, *The People Themselves*, 250 en G. SCOFFONI, "La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé: les enseignements de l'expérience américaine", 249.

¹⁸⁶ R.A. DAHL, "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker", *J. Publ.L.* 1957, (279) 285. Zie ook M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 42 en W. F. MURPHY en J. TANENHAUS, "Publicity, Public Opinion and the Court", *Nw. U.L.Rev.* 1990, (985) 991, 1022-1023.

¹⁸⁷ J. H. CHOPER, "The Supreme Court and the Political Branches", 812 en 815-816 en M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 33-36.

¹⁸⁸ J.C. YOO, "In Defense of the Court's Legitimacy", *Univ. Chic. L.Rev.* 2001, (775) 781-782.

¹⁸⁹ M. CAPPELLETTI, "Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of "constitutional justice"", 26.

¹⁹⁰ Nog andere auteurs verantwoorden het bestaan van een grondwettelijk hof in de wijze waarop het hof zijn rechtspraak moet ontwikkelen (*once case at a time* – SUNSTEIN) of in de wijze waarop een grondwettelijk hof de grondwet moet interpreteren (*originalism* – SCALIA en BORK). Zie ook M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 45.

willekeur door de meerderheid beschermt.¹⁹¹ Bovendien kan een grondwettelijk hof in landen waarin de macht tussen enkele partijen wordt afgewisseld, de politieke pendelbewegingen naar aanleiding van verkiezingen verzachten.¹⁹²

81. Rechtsbescherming – Een belangrijke stroming binnen de auteurs die in de functie van een grondwettelijk hof zijn legitimiteit vinden, beperkt de functie van een grondwettelijk hof tot rechtsbescherming. Bijvoorbeeld CHOPER verdedigt dat een grondwettelijk hof legitiem is, omdat het de fundamentele rechten tegen de politieke meerderheid beschermt. Rechterlijke grondwettigheidstoetsing is niet legitiem wanneer louter de verticale of horizontale scheiding der machten in het geding is (daar de staatsmachten voldoende instrumenten hebben om hun eigen bevoegdheid te beschermen en het evenwicht der machten te waarborgen), maar wel wanneer aan de fundamentele rechten die de persoonlijke vrijheid waarborgen, wordt geraakt.¹⁹³

82. Democratische legitimiteit – In het licht van de *counter-majoritarian difficulty*, trachten veel auteurs om in het democratiebegrip zelf de verantwoording voor het bestaan van een grondwettelijk hof te vinden. Een aantal grondwettelijke hoven werd immers opgericht om de rechtsorde tot een democratische samenleving om te vormen.¹⁹⁴ Geïnspireerd door de beroemde voetnoot in het arrest *Carolene Products Co* van het *US Supreme Court* acht ELY grondwettigheidstoetsing legitiem wanneer zij is gericht op het bevorderen van deelname aan en vertegenwoordiging in de politieke beslissingsprocedure.¹⁹⁵ Hij voert hiervoor drie argumenten aan (die ook voor andere rechtsordes kunnen gelden). Vooreerst meent hij dat de *US Constitution* niet zo zeer is gericht op het waarborgen van waarden, dan wel op structuur en procedures: de *US Constitution* bepaalt op welke wijze de staatsmacht wordt uitgeoefend en waarborgt de gelijkheid en eerlijkheid in deze uitoefening.¹⁹⁶ Daarnaast is er rechterlijke grondwettigheidstoetsing die is gericht op het bevorderen van de vertegenwoordiging in overeenstemming met de grondslagen van de Amerikaanse representatieve democratie.¹⁹⁷ Ten slotte houdt deze vorm van rechterlijke grondwettigheidstoetsing opdrachten in die

¹⁹¹ M. CAPPELLETTI, "Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of "constitutional justice"", 27-28 en G. SCOFFONI, "La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé: les enseignements de l'expérience américaine", 250-251.

¹⁹² L. FAVOREU, "La légitimité du juge constitutionnel", 568.

¹⁹³ J. H. CHOPER (ed.), *Judicial Review and the National Political Process: a Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, 2.III.C. Functional Justification en 5.III.D.4. Adequacy of Checks and Balances.

¹⁹⁴ M. SCHOR, "Mapping comparative judicial review", 271.

¹⁹⁵ J. ELY, *Democracy and Distrust*, 75 en 87. Zie ook SHAPIRO, geciteerd door M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 43 en RIECKEN, geciteerd door E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 7 (§ 1, nr. 14).¹⁹⁶ J. ELY, *Democracy and Distrust*, 87 en 88-101. De auteurs van de *US Constitution* achtten een *Bill of Rights* aanvankelijk niet nodig, omdat de machtsverdeling en de toegang tot de beslissingsprocedure de vrijheid van de burgers voldoende waarborgen.

¹⁹⁶ J. ELY, *Democracy and Distrust*, 87 en 88-101. De auteurs van de *US Constitution* achtten een *Bill of Rights* aanvankelijk niet nodig, omdat de machtsverdeling en de toegang tot de beslissingsprocedure de vrijheid van de burgers voldoende waarborgen.

¹⁹⁷ J. ELY, *Democracy and Distrust*, 88 en 101-104. Zie ook M. CAPPELLETTI, "Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of "constitutional justice"", 27-28 en L. FAVOREU, "La légitimité du juge constitutionnel", 570.

rechters, als experts in procedure en, nog belangrijker, als politieke buitenstaanders, beter dan politici kunnen vervullen.¹⁹⁸

83. *Andere functies* – Ook andere functies van een grondwettelijk hof dragen bij tot zijn legitimiteit. Zo waarborgt een grondwettelijk hof dat maatschappelijk-politieke conflicten op juridische wijze kunnen worden beslecht: wanneer de wetgever niet in staat is om het conflict op te lossen, zal de rechter dit moeten doen. De partijen in het conflict voelen zich gerustgesteld dat zij op grond van een juridisch discours het debat kunnen aangaan.¹⁹⁹ Een grondwettelijk hof draagt ook bij tot de grondwetstrouw, ook bij de burger: er is meer politieke cohesie over de grondwet en de verankering van de fundamentele rechten in de maatschappij.²⁰⁰ Grondwettelijke hoven zijn ten slotte nuttig omdat zij de oude, vaak starre, grondwet aan de hedendaagse samenleving aanpassen.²⁰¹

84. *Kritiek* – Hieronder zal, vanuit de normatieve grondslagen en doelen van de rechtsstaat, rechterlijke toetsing van wetten worden verantwoord door een beroep te doen op een samensmelting van enkele van de bovenvermelde legitimiteitsgronden. Essentieel is dat de logica vereist dat de legitimiteit van een grondwettelijk hof niet alleen kan worden gevonden in zijn inrichting (benoemingsprocedure en benoemingsvoorwaarden) of in de rechtspleging of in de sociale legitimiteit. Immers moet eerst worden beslist op welke wijze een staatsmacht wordt uitgeoefend (functie). Vervolgens moet worden nagedacht over de vragen wie daartoe het best bevoegd en geschikt is, op welke wijze deze staatsmacht zich tot de andere staatsmachten moet verhouden (institutionele legitimiteit) en ten slotte op welke wijze deze functie moet worden uitgeoefend (sociale legitimiteit).

C. DE RECHTSSTAAT

85. *Legitimiteit* – Veeleer historische, politieke en filosofische overwegingen verantwoord dat aan een grondwettelijk rechter de bevoegdheid om wetten te toetsen wordt toegekend.²⁰² In dit proefschrift wordt getracht het bestaan van een grondwettelijk hof in het licht van de rechtsstaat te verantwoorden, door na te gaan of de normatieve grondslagen en doelen van de rechtsstaat – vrijheid, gematigdheid en pluraliteit – eveneens de theoretische grondslagen voor het bestaan van een grondwettigheidstoetsing van wetten zijn.²⁰³ In dat geval kan worden besloten dat de rechtsstaat en rechterlijke

¹⁹⁸ J. ELY, *Democracy and Distrust*, 88.

¹⁹⁹ L. FAVOREU, "La légitimité du juge constitutionnel", 567-568.

²⁰⁰ L. FAVOREU, "La légitimité du juge constitutionnel", 569.

²⁰¹ L. FAVOREU, "La légitimité du juge constitutionnel", 570.

²⁰² E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 7 (§ 1, nr. 16); M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 152; J. DELVA, "Légitimité du juge constitutionnel belge", 111; L. FAVOREU, "La légitimité du juge constitutionnel", 558; S. FREEMAN, "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", 361-362; H. KELSEN, *General Theory of Law & State*, 282; L.D. KRAMER, *The People Themselves*, 237; B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 105; L.H. TRIBE, *American constitutional law*, Mineola, Mineola Foundation press, 1978, 47 en L.H. TRIBE, *American constitutional law*, Mineola, Mineola Foundation press, 1978, 2000, 25-28.

²⁰³ Zie ook S. FREEMAN, "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", 328.

grondwettigheidstoetsing van wetten op normatief vlak verzoenbaar zijn en dat zij elkaar zelfs veronderstellen.

86. *Vrijheid* – Uit het gevoerde onderzoek blijkt dat een grondwettelijk hof nuttig en/of noodzakelijk is om de drie vrijheidsvormen, die als grondslagen voor de rechtsstaat dienen, te beschermen: de politieke, de juridische en de persoonlijke vrijheid.

87. *Politieke vrijheid* – De politieke vrijheid en de autonomie van een burger worden slechts gewaarborgd wanneer hij “*at once ruler and ruled*” is: hij moet aan de staatsmacht kunnen deelnemen. Alleen wanneer elk individu wordt erkend als drager en actor van “het politieke” wordt zijn vrijheid ten volle gewaarborgd. In een grondwet wordt bepaald op welke wijze de politieke rechten worden uitgeoefend en de staatsmachten hun bevoegdheden uitoefenen. De politieke vrijheid van de burger, zijn politieke rechten en zijn autonomie worden geschonden wanneer de staatsmachten hun bevoegdheden op ongrondwettige wijze uitoefenen, daar zij de staatsmacht uitoefenen op een wijze waarmee autonome burgers niet hebben ingestemd. Dat de burger op regelmatige wijze de volksvertegenwoordiger kan afstraffen door hem niet te herkiezen, ontslaat de volksvertegenwoordiger niet van de verplichting om de grondwet na te leven: evenmin machtigt de burger, door te stemmen voor een volksvertegenwoordiger, de wetgevende macht om van de grondwet af te wijken. Een schending van de grondwet is een schending van het sociale contract dat de burger met de staatsmachten is aangegaan.²⁰⁴ Een grondwettelijk hof moet dan ook de horizontale en verticale scheiding der machten bewaken.²⁰⁵

88. *Juridische vrijheid* – Een grondwettelijk hof beschermt de juridische vrijheid wanneer het een schending van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie of van de rechtszekerheid afstraft: het vernietigt wetten of verklaart ze ongrondwettig, wanneer ze retroactief, onvoldoende duidelijk ((strafrechtelijk) wettigheidsbeginsel) of ontoegankelijk zijn.

89. *Persoonlijke vrijheid* – Zoals blijkt uit de vele auteurs die verdedigen dat een grondwettelijk hof legitiem is omdat het de fundamentele rechten beschermt, ligt in de bescherming van de persoonlijke vrijheid een belangrijke normatieve grondslag voor het bestaan van rechterlijke grondwettigheidstoetsing. De persoonlijke autonomie moet tegen een wetgever met een onbepaalde macht worden gevrijwaard: dit gebeurt via de burgerlijke rechten en vrijheden die grondwetten en mensenrechtenverdragen op inhoudelijke of procedurele wijze beschermen.

90. *Gematigdheid* – Daarnaast is gematigdheid één van de normatieve grondslagen en doelen van de rechtsstaat. Hierboven werden twee vormen van gematigdheid vermeld: de institutionele en culturele gematigdheid, waarvan de culturele gematigdheid nauw is verbonden met het pluralisme, een andere normatieve grondslag van de rechtsstaat.

²⁰⁴ Dat in de (Belgische) Grondwet in artikel 33 zijn uitdrukking vindt.

²⁰⁵ M. SHAPIRO en A. STONE, "The new constitutional politics of Europe", *Comparative Political Studies* 1994, (397) 414.

91. Institutionele gematigdheid – De institutionele gematigdheid houdt in dat elke macht een tegenmacht moet hebben. In de queeste naar gematigdheid in machtsuitoefening is immers ondervonden dat een evenwicht der machten het best de vrijheid dient. Daarom moet elke staatsmacht door de grondwet in haar bevoegdheden worden beperkt en moeten deze beperkingen afdwingbaar zijn: ook ten aanzien van de wetgevende macht. Een grondwettelijk hof is een instrument om het evenwicht der machten te bereiken: rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten kan (door het soevereine volk) worden beschouwd als een noodzakelijk instrument om de grenzen aan de bevoegdheid van de wetgever of van het parlement af te dwingen: een tegenwicht, een “*contre-pouvoir*”.²⁰⁶

92. Culturele gematigdheid en pluralisme – Aansluitend op de institutionele gematigdheid, want nauw met de culturele gematigdheid verbonden, is het pluralisme een normatieve grondslag voor rechterlijke grondwettigheidstoetsing. In een rechtsstaat is er noch een heerschappij van personen noch van ideeën. Door de fundamentele rechten van een minderheid te beschermen, vrijwaart een grondwettelijk hof de pluralistische samenleving tegen een heerschappij van ideeën en van één grondwetsinterpretatie.²⁰⁷ Een grondwettelijk hof is een tegenwicht waaraan nog meer nood is naarmate een samenleving democratischer en pluralistischer wordt. Een grondwettelijk hof is de bescherming van de minderheid tegen de meerderheid: alleen door een grondwettige uitoefening van haar macht, mag de meerderheid haar wil en ideeën opleggen.²⁰⁸

93. Besluit – Vanuit de normatieve grondslagen van de rechtsstaat vindt een grondwettelijk hof zijn legitimiteit in een samensmelting van (enkele) institutionele en functionele legitimiteitsgronden die in de rechtsleer te vinden zijn. Een grondwettelijk hof is een (noodzakelijk) instrument om het evenwicht der machten te verwezenlijken, zodat de politieke, juridische en persoonlijke vrijheid en de institutionele en culturele gematigdheid en het pluralisme kunnen worden gewaarborgd. In het licht van deze doelen en normatieve grondslagen moet een grondwettelijk hof alle grondwetsbepalingen die deze normatieve grondslagen waarborgen ten aanzien van de wetgever afdwingen. De hierboven vermelde functionele of democratische legitimiteitsgronden van ELY en CHOPER volstaan dan ook niet. Zij geven een beperkte draagwijdte aan de grondwettigheidstoetsing, waarbij de beperking in slechts één functie van een grondwettelijk hof ligt: CHOPER waarborgt alleen de persoonlijke vrijheid en ELY waarborgt alleen (fundamentele rechten in functie van) de politieke vrijheid. Hoewel de politieke en persoonlijke vrijheidsvormen nauw met elkaar zijn verbonden, mag in een rechtsstaat de persoonlijke vrijheidsvorm niet in functie van de politieke vrijheidsvorm worden gesteld: de persoonlijke vrijheidsvorm is een autonome vrijheidsvorm, die moet worden gewaarborgd omdat de mens, als mens, deze persoonlijke vrijheidsrechten geniet.²⁰⁹ Omgekeerd is ook

²⁰⁶ Conclusie van W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH bij HVC 3 mei 1974, RW 1974-75, 87; L. FAVOREU, "La légitimité du juge constitutionnel", 559; S. FREEMAN, "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", 353; H. KELSEN, *General Theory of Law & State*, 281; H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", 223; B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 55 en M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 52.

²⁰⁷ J. DELVA, "Légitimité du juge constitutionnel belge", 134 en G. SCOFFONI, "La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé: les enseignements de l'expérience américaine", 250.

²⁰⁸ H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", 252-253.

²⁰⁹ Zie ook M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 151.

de politieke vrijheid een autonome vrijheidsvorm, die wordt gefnuikt wanneer de burger niet meer “*at once ruled and ruler*” is, namelijk wanneer een staatsmacht de beperkingen op haar bevoegdheden negeert. Een grondwettelijk hof moet de horizontale en verticale scheiding der machten bewaken en de fundamentele rechten en vrijheden beschermen.²¹⁰

94. Tirannie van de grondwettelijke rechter – Andere legitimeitsgronden, met name (elementen van de) institutionele en sociale legitimiteit, zijn dienstig om andere elementen dan het bestaan van een grondwettelijk hof te verantwoorden: zijn inrichting, de rechtspleging, de wijze waarop het hof tot arresten moet komen... Eén van de belangrijkste vragen is immers hoe kan worden vermeden dat de willekeur van de wet door de willekeur van de rechters van de wet wordt vervangen?²¹¹ Door het belang van de rol van rechters en juristen in de rechtsstaat, is de rechtsstaat onwerkzaam indien deze groep niet op de waarden van wettigheid en van rechtsstaat is gericht. Dat maakt dat juristen, en rechters in het bijzonder, een unieke plaats innemen die kan worden gebruikt om de rechtsstaat te ondermijnen.²¹²

95. Rechtsstatelijk zijn en handelen – Om die reden, namelijk dat een grondwettelijk hof toezicht houdt, maar op het grondwettelijk hof geen toezicht wordt gehouden²¹³, moet zijn handelen onberispelijk zijn. Dat de grondwettelijke rechters op de waarden van de wettigheid en van de rechtsstaat moeten zijn gericht, geldt des te meer, daar de grondwettelijke rechters van één van de belangrijkste rechtsstaatselementen genieten: de onafhankelijkheid van de rechter. Die stelt vereisten aan de benoemingsprocedure en benoemingsvoorwaarden, aan het statuut van de rechter²¹⁴... Of de (rechters van de) grondwettelijke hoven van de onderzochte landen aan deze strenge vereisten voldoen, wordt in het tweede deel onderzocht.

²¹⁰ M. SHAPIRO en A. STONE, "The new constitutional politics of Europe", 414.

²¹¹ L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 430 en M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 25.

²¹² B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 59.

²¹³ Alleen de supranationale rechtscolleges zouden, indirect, het Grondwettelijk Hof tot de orde kunnen roepen.

²¹⁴ R. BADINTER, "Une exception française: les anciens Présidents de la République au Conseil constitutionnel", in X (ed.), *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Parijs, Dalloz, 2007, 520 en B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 125.

TITEL II – DE EVOLUTIE NAAR EEN EUROPEES NIET-LEGALISTISCH RECHTSSTAATSBEGRIIP

96. Opzet – In de eerste titel van dit eerste deel werd een Europees niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip voorgesteld waaraan de rol van een grondwettelijk hof kan worden getoetst. Dit rechtsstaatsbegrip is gesteund op een rechtsvergelijkend en historisch onderzoek van de Engelse, Duitse, Franse en Belgische rechtsstaatsbegrippen. Zoals vermeld in de inleiding, wordt in deze tweede titel niet dit gehele onderzoek neergeschreven, maar wordt hoofdzakelijk de aandacht besteed aan de recente evolutie naar en de concrete inhoud van de hedendaagse rechtsstaatsbegrippen. Telkens wordt aangeduid of het hedendaagse rechtsstaatsbegrip een breuk met dan wel een voortzetting in de wordingsgeschiedenis van de rechtsstaatsidee is.

97. Volgorde – De volgorde waarin de rechtsstaatsbegrippen worden besproken, steunt op chronologische gronden. De Engelse *rule of law* bestaat het langst. Daarom wordt zij in het **eerste hoofdstuk** besproken. In Duitsland en Frankrijk ontstond de rechtsstaatsidee ongeveer gelijktijdig, doch de idee werd eerst in Duitsland in een begrip gegoten. Daarom komt Duitsland in het **tweede hoofdstuk** aan bod en Frankrijk in het **derde**. Als **vierde** komt het Belgische rechtsstaatsbegrip aan de beurt. Tot slot wordt in het **vijfde hoofdstuk** onderzocht of de Raad van Europa en de Europese Unie de inhoud van het Europese niet-legalistische rechtsstaatsbegrip bevestigen.

I. DE ENGELSE *RULE OF LAW*

98. *Britannia rules* – Bewust vangt dit eerste hoofdstuk met het *rule of law*-begrip aan. Op het Britse eiland ontstond de rechtsstaatsidee immers voor het eerst en bestaat hij al het langst. De auteurs en de grondwettelijke praktijk van het Britse eiland hebben bovendien sterk bijgedragen tot de vorming van de rechtsstaatsidee in de andere landen.²¹⁵

99. *Juridisch begrip* – De *rule of law* is een juridisch begrip. Het wordt vermeld in de *Constitutional Reform Act 2005*²¹⁶ en het wordt zonder twijfel door de Britse rechter als een grondwettelijk beginsel erkend²¹⁷. Omdat er geen eensgezindheid over (onder meer) de definitie van de *rule of law* kon worden bereikt, definieert de *Constitutional Reform Act* de *rule of law* niet.²¹⁸ Net zomin als de wetgever, geeft de Britse rechter een allesomvattende definitie van het begrip *rule of law*. Daarom wordt hieronder onderzocht welke beginselen of rechten en vrijheden door de rechtspraak en de rechtsleer als elementen van de hedendaagse *rule of law* worden beschouwd. In de **eerste afdeling** wordt zeer bondig de *rule of law* van vóór 1950 besproken. Dit is noodzakelijk om de evolutie naar het hedendaagse rechtsstaatsbegrip voldoende te kunnen duiden: is het een breuk of een voorzetting in de wordingsgeschiedenis van de *rule of law*. Deze evolutie wordt in de **tweede afdeling** uiteengezet.

1. DE *RULE OF LAW* VÓÓR 1950

100. *Woord- en ideeëgeschiedenis* – In het werk van Albert Venn DICEY²¹⁹ komen de rechtsstaatsidee en de woordengroep “*rule of law*” voor het eerst samen en wordt een rechtsstaatsbegrip ontwikkeld.²²⁰ In zijn boek “*Introduction to the law of the Constitution*” (1885) erkent hij de *rule of law* als het tweede basisbeginsel van het Britse staatsrecht. De

²¹⁵ B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 47.

²¹⁶ In het eerste artikel van de *Constitutional Reform Act* wordt bepaald dat de wet geen afbreuk doet aan het bestaande grondwettelijke beginsel van de *rule of law* en aan de bestaande grondwettelijke rol van de *Lord Chancellor* met betrekking tot dat beginsel.

²¹⁷ Onder meer door Lord DIPLOCK in *House of Lords* 5 maart 1975, *Black-Clawson International Ltd. Appellants v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G. Respondents*, [1975] A.C. 591, 638. Uit een zoektocht in de databank Westlaw blijkt dat het oudste arrest waarin het begrip “*rule of law*” voorkomt, van 24 februari 1927 dateert (verbod op retroactiviteit). Hieruit blijkt tevens dat *House of Lords* dit begrip sinds 1980 veel vaker gebruikt en dat deze evolutie vanaf 1990 in exponentiële lijn gaat.

²¹⁸ Zie de discussie bij amendement nr. 364 bij de *Constitutional Reform Bill*, ingediend in de *House of Commons*, besproken in de *House of Commons* op 31 januari 2005, *Hansard Debates*, kolom 592 e.v.

²¹⁹ 1835-1922. DICEY was advocaat en professor aan de *University of Oxford* (*Vinerian Professor of English Law*) en vervolgens aan de *London School of Economics*.

²²⁰ Zie ook B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 63.

woordengroep *rule of law* is echter al eerder opgedoken in het werk van Philemon HOLLAND.²²¹ In 1610 nemen de parlementsleden de woordengroep voor het eerst – toch ons bekend²²² – op in hun *Petition of Grievances* aan Koning JAMES I. Met deze tekst verzetten zij zich tegen willekeur en eisen zij dat elke straf haar grondslag in de *common law* of in de wetgeving vindt.²²³ Het hoeft niet te verbazen dat deze woorden reeds uitdrukken wat in dit proefschrift als de kern van de rechtsstaat wordt aangeduid: het wettigheidsbeginsel en het verbod op willekeur bevorderen het geluk en de vrijheid. In 1610 was de wordingsgeschiedenis van de rechtsstaatsidee op het Britse eiland immers reeds ver gevorderd.²²⁴

101. *Dicey* – Ook vandaag is DICEY'S beschrijving van de *rule of law* doorgaans een startpunt bij de bespreking van de hedendaagse *rule of law*. Nochtans vormt zijn beschrijving geen breuk in de wordingsgeschiedenis van de *rule of law* maar vloeit zij voort uit de geschiedenis van de rechtsstaatsidee en van het Engelse grondwettelijke recht. In deze voorgeschiedenis krijgen twee staatsmodellen vorm: de *common law*-theorie van COKE en de sociale contractstheorie van LOCKE. Deze staatsmodellen hebben het Britse grondwettelijke recht fundamenteel bepaald en vormen ook vandaag nog de grondslag

²²¹ 1552-1637. Hij vertaalde in de zestiende eeuw het werk van TITUS-LIVIVS. De daarin voorkomende bewoordingen "*de imperia legum potentiora quam hominum*" worden "*the authority and the Rule of laws, more powerful and mighty than those of men*". F.A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, 146, voetnoot 33. LOUGHLIN schrijft dat HEARN als eerste het begrip "*rule of law*" heeft geformuleerd in W.E. HEARN, *The Government of England: Its Structure and Development*, Londen, Longmans, 1876, 89-91. Zie M. LOUGHLIN, "The Rule of Law in European Jurisprudence", 4.

²²² Zie ook J.-Y. MORIN, *L'État de droit: émergence d'un principe du droit international*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1995, 56.

²²³ "*Amongst many other points of happiness and freedom which your Majesty's subjects (...) have enjoyed under (...) Kings and Queens of this Realm, there is none which they have accounted more dear and precious than this, to be guided and governed by the certain rule of law, which giveth to the head and the members that which of right belongeth to them, and not by any uncertain and arbitrary form of government.... Out of this root has grown the indubitable right of the people of this kingdom, not to be made subject to any punishment that shall extend to their lives, lands, bodies, or goods, other than such as are ordained by the common laws of this land, or the statutes made by their common consent in parliament.*" Geciteerd door F.A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, 147 en door J.-Y. MORIN, "The Rule of Law and the Rechtsstaat Concept: A Comparison", in E. MCWHINNEY, J. ZASLOVE *et al.* (eds.), *Federalism-in-the-Making, Contemporary Canadian and German Constitutionalism, National and Transnational*, Dordrecht, Kluwer, 1992, 62 (eigen nadruk).

²²⁴ De *Magna Carta* (15 juni 1215) is een eerste positiefrechtelijke uiting van de juridische beperking op de macht van de Koning en vormt dan ook één van de belangrijkste mijlpalen in de genese van de rechtsstaatsidee. Voor het eerst wordt uitdrukkelijk de alomvattende macht – de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht – van de Engelse Koning door het *recht* beperkt en wordt de uitoefening van de staatsmacht van de instemming van bepaalde burgers afhankelijk gemaakt. Slechts met instemming van de raad mogen financiële lasten worden opgelegd; de door de *Magna Carta* aan de burger toegekende rechten inzake eigendom, strafprocedure... worden door jurisdictionele middelen gewaarborgd en bij schending van de *Magna Carta* is een beroepsprocedure bij de rechter voorzien. Door de bepalingen over individuele vrijheid, die als recht van elke vrije man wordt erkend, is de *Magna Carta* bovendien het eerste geschrift dat de individuele vrijheid beschrijft. Door deze bescherming van de individuele rechten en het recht op toegang tot de rechter is de *Magna Carta* de "*rule of law in embryo*", volgens BINGHAM. De *Magna Carta* heeft evenwel niet lang gegolden, daar zij na slechts enkele maanden door de Paus werd vernietigd. Zie ook A. ALLEN, *Rechter en bestuur*, 316-319; T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 10-12; E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 42; A. HUTCHINSON en P. MONAHAN, "Democracy and the Rule of Law", in A. HUTCHINSON en P. MONAHAN (eds.), *The Rule of Law. Ideal or Ideology*, Toronto, Carswell, 1987, 102 en TH. HINKLE, "Magna Charta", *Yale L.J.* 1899, (262) 269.

voor de twee belangrijkste grondwettelijke beginselen: de parlementaire soevereiniteit en de *rule of law*.²²⁵ Hun verhouding is bovendien essentieel voor een goed begrip van de *rule of law* en zijn vergelijkbaarheid met de continentale rechtsstaatsbegrippen. Om deze redenen worden hieronder onder **A** de theorieën van COKE en LOCKE bondig uiteengezet. Onder **B** wordt het *rule of law*-begrip van DICEY en zijn hiërarchie der grondwettelijke beginselen besproken.

A. DE GRONDSLAGEN VAN DE RULE OF LAW: DE COMMON LAW EN HET SOCIAAL CONTRACT

102. COKE²²⁶ – De *common law* had in de zestiende eeuw en heeft vandaag nog steeds een belangrijke rol in het Engelse recht: zij bepaalt grotendeels de rechtsverhoudingen tussen de overheid en de burger en de burgers onderling en waarborgt aldus (ook) fundamentele rechten.²²⁷ Om de goddelijk geïnspireerde en absolute macht van de Engelse monarch te beperken, verdedigt COKE dat het recht in de *common law* is te vinden. Als accumulatie van de wijsheid en ervaring van de voorgaande generaties brengt de *common law* immers de *artificial reason* tot uiting.²²⁸ Aangezien de Koning en het Parlement niet over deze *artificial*

²²⁵ Edward COKE en John LOCKE zijn de grondleggers van twee op het eerste gezicht tegengestelde theorieën over de oorsprong en dus voorrang van het recht. Beide theorieën hebben evenwel een grondgedachte en een doel gemeen. De grondgedachte houdt in dat het recht als een product van de rede wordt beschouwd. De onenigheid bestaat slechts over wie deze rede het best kan vertolken: de rechter, op grond van eeuwenoude rechtspraak, dan wel de wetgever, omwille van zijn “democratische” kenmerken. Dat het recht als een product van de rede wordt beschouwd, is bovendien geen uitsluitend Angelsaksische gedachte: deze idee is ook bij KANT en de Franse verlichte filosofen terug te vinden. Het gemeenschappelijke doel ligt in de wil om de macht van de Koning te beperken, wat de – chronologisch – eerste vereiste van de rechtsstaatsidee is.

²²⁶ 1552-1634. Als houder van uitvoerende functies onder de Koning was COKE aanvankelijk voorstander van de koninklijke prerogatieven. Eens als rechter aangesteld, bekampte hij deze echter hevig en verdedigde hij de voorrang van de *common law*. Dit kwam zijn relatie met de vorst niet ten goede, zodat hij in 1616 uit de functie van *Chief Justice* van de *King’s Bench* werd ontzet en zeven maanden in de *Tower of London* werd opgesloten. Vanaf 1621 werd hij opnieuw parlamentslid (deze keer van de oppositie) en in 1628 was hij één van de zes auteurs van de *Petition of Right*.

²²⁷ COKES definitie van de *common law* luidt als volgt: “*the Common law is the best and most common birth right that the subject hath for the safeguard and defence, not only of his goods, lands and revenues, but of his wife and children, his body, fame, and life also.*” E. COKE, *First Part of the Institutes of the Law of England*, Liber 2, Chapter 12 “*of Rents*”, Section 213, 142a.

²²⁸ COKE, *Calvin’s case*, 7 Co. Rep. 4a of 77 Eng. Rep. 381 en COKE, *Prohibitions del Roy*, 12 Co. Rep. 64-65 of 77 Eng. Rep. 1342-1343: “[...] *to which it was answered by me, that true it was, that God had endowed His Majesty with excellent science, and great endowments of nature; but His Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his subjects, are not to be decided by natural reason but by the artificial reason and judgment of law, which law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it: that the law was the golden met-wand and measure to try the causes of the subjects; and which protected His Majesty in safety and peace: with which the King was greatly offended, and said, that then he should be under the law, which was treason to affirm, as he said; to which I said, that Bracton saith, quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege.*” (nadruk toegevoegd). COKES visie volgt uit de middeleeuwse rechtsopvatting, waarin het recht voor het merendeel gewoonterecht was en het positieve – uitgevaardigde – recht doorgaans bestaand ongeschreven gewoonterecht codificeerde of verduidelijkte.

reason beschikken, moet hun regelgeving aan de *common law* worden onderworpen.²²⁹ Om eenieders vrijheid te waarborgen, benadrukt COKE de bevoegdheid van de onafhankelijke²³⁰ rechter om het recht te verwezenlijken en de voorrang van de *common law* te waarborgen.²³¹

103. *Petition of Grievances en Petition of Right* – Naarmate de door het Parlement uitgevaardigde wetgeving een grotere rol in het Engelse recht krijgt, worden de door de *common law* erkende fundamentele rechten ook in parlementaire teksten gegoten. Zo (her)bevestigt het Parlement in de *Petition of Grievances* en in de *Petition of Right* dat alleen de rechter en niet de Koning de rechterlijke functie uitoefent. In zijn *Petition of Grievances*²³² (1610) aan de Koning beroept het Parlement zich voor de eerste maal letterlijk op de *rule of law* om te eisen dat elke sanctie met invloed op het leven of op de eigendom haar grondslag in de *common law* of in de wetten van het Parlement moet vinden. In de *Petition of Right* (1628)²³³ worden de rechten en vrijheden die door de *Magna Carta*²³⁴ worden gewaarborgd, herbevestigd, alsook het recht van de burger om zijn geschillen door de *common law*-rechter te laten beslechten.²³⁵ Over deze tekst schrijft

²²⁹ Voor de rechterlijke toetsing van het koninklijke handelen, zie *Case of Proclamations* (1611), 12 Co. Rep. 74 of 77 Eng. Rep. 1352. Vanaf 1614 strijdt COKE onder meer tegen de rechtbanken van eerst de Koning, later van de *Chancellor*, die in naam van het beginsel van *equity* (rechtvaardigheid) alsnog vonnissen van de *common law*-rechters herzien. Deze rechtsprocedure heeft eigen regels en geldt als een parallelle jurisdictie naast de *common law*. Voor de rechterlijke toetsing van wetten, zie *Dr. Bonham's Case* (1610), COKE, 8 Co. Rep. 113b-121b of 77 Eng. Rep. 646-658.

²³⁰ *Prohibitions del Roy* (1607), COKE, 12 Co. Rep. 64-65 of 77 Eng. Rep. 1342-1343. De Koning meende dat hij de bevoegdheden van de *common law* rechtbanken kon bepalen, waartegen COKE zich verzette met het beroemde citaat van BRACON (zie voetnoot 228). Een belangrijk strijdpunt van de *Glorious Revolution*, de onafhankelijkheid van de rechter, wordt pas in de *Act of Settlement* van 12 juni 1701 gewaarborgd: voortaan verdienen rechters een salaris en kunnen zij alleen door het Parlement uit hun functie worden ontzet. A. HUTCHINSON en P. MONAHAN, "Democracy and the Rule of Law", 103 en J.-Y. MORIN, *L'État de droit: émergence d'un principe du droit international*, 61.

²³¹ Voor dit ganse randnummer, zie ook A. ALEN, *Rechter en bestuur*, 331, 336 en 341-346; J. BEAUTÉ, *Un grand juriste anglais: Sir Edward Coke 1552-1634: ses idées politiques et constitutionnelles ou aux origines de la démocratie occidentale moderne*, Parijs, PUF, 1975, 63-65, 69-70, 91 en 98-99; E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 46; P. COSTA, "The Rule of Law", 82; L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 179 en 195; A. HUTCHINSON en P. MONAHAN, "Democracy and the Rule of Law", 103; J.-Y. MORIN, *L'État de droit: émergence d'un principe du droit international*, 55 en 61; B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 23-24 en 29 en R.C. VAN CAENEGEM, "The Common Law Seen from the European Continent", in R.C. VAN CAENEGEM (ed.), *Legal History: a european perspective*, Londen, The Hambledon Press, 1991, 171.

²³² Zie voetnoot 223.

²³³ Uitgevaardigd door het Parlement met instemming van Koning Charles I, die hiertoe door geldgebrek voor de Dertigjarige Oorlog (1618-1648 die eindigde met de Vrede van Westfalen) werd gedwongen. Het ontwerp van de *Petition* werd door een commissie onder leiding van COKE opgemaakt.

²³⁴ Zie voetnoot 224.

²³⁵ Zie onder meer T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 17 e.v. en J.-Y. MORIN, *L'État de droit: émergence d'un principe du droit international*, 57. Zo luidt de *Petition of Right*: "X. They do therefore humbly pray Your most excellent Majesty, That no Man hereafter be compelled to make or yield any Gift, Loan, Benevolence, Tax or such like Charge, without Common Consent by Act of Parliament; and that none be called to make Answer, or take such Oath, or to give Attendance, or be confined, or otherwise molested or disquieted concerning the same, or for Refusal thereof; and that no Freeman, in any such Manner as is before mentioned, be imprisoned or detained; and that Your Majesty would be pleased to remove the said Soldiers and Mariners; and that Your People may not be so burthened in time to come; and that the aforesaid Commissions for proceeding by Martial Law, may be revoked and annulled; and that hereafter no Commissions of like Nature may issue forth to any Person or Persons whatsoever to be

BINGHAM: “If there is one moment when the rule of law may be said to have come of age, the acceptance of the Petition of Right, for me, is it.”²³⁶

104. Bill of Rights – Het Parlement volgt COKE ook in het beperken van de bevoegdheden van de Koning (“royal prerogatives”): dit gebeurt in de *Bill of Rights* van 13 februari 1689 die het wettigheidsbeginsel als een grondwettelijk beginsel bevestigt en bepaalde vrijheden erkent.²³⁷ Hiermee omvat de *Bill* reeds de kernelementen van de hedendaagse rechtsstaatsidee.²³⁸ Deze *Bill* verzoent in wezen reeds de theorieën van COKE en LOCKE en is van onmetelijk belang voor de Britse grondwettelijke orde. Hoewel ook na de *Bill of Rights* de *reason* en *natural equity* als inhoudelijke beperkingen op de wetgeving worden beschouwd, steunt de *Bill* op het soevereiniteitsdenken van LOCKE. De *Glorious Revolution* en de *Bill* weerspiegelen dan ook voornamelijk de triomf van het Engelse Parlement²³⁹: zij luiden het begin in van het tijdperk van de soevereiniteit van het Parlement. Het soevereiniteitsdenken van LOCKE maakt deel uit van zijn sociale contractstheorie, die hieronder kort wordt uiteengezet.

105. LOCKE²⁴⁰ – In tegenstelling tot COKE die de uitoefening van de staatsmacht verdeelde, verenigen de theoretici van het sociale contract de staatsmacht in de soeverein. Om de absolute macht aan de Koning te ontnemen, benoemt LOCKE het Parlement als soeverein. Het Parlement wordt de hoeder van de vrijheid. LOCKE verwerpt dan ook de rechterlijke toetsing van wetten die COKE verdedigt.²⁴¹ Met vier vereisten beperkt hij echter de bevoegdheid van de wetgever. Deze vereisten vormen de basis van de moderne rechtsstaat. Vooreerst moet het Parlement de vrijheid en de eigendom waarborgen. De reden om zich te verenigen, namelijk het vrijwaren van de vrede, de veiligheid en het algemeen belang, beperkt wezenlijk de wetgevende macht. LOCKES theorie is dan ook natuurrechtelijk geïnspireerd. De beginselen van het natuurrecht waarborgen de gelijkheid en vrijheid van de burgers en moeten door het positieve recht worden verwezenlijkt. Daarnaast beperken ook procedurele vereisten de wetgever: elke wet moet algemeen en duidelijk zijn, zeker, openbaar en stabiel en tevens geschreven en kenbaar zijn, onder meer voor de rechter, die de bevoegdheid heeft om de wet af te dwingen.²⁴² Daarenboven heeft LOCKE eveneens oog voor de ineenstrengeling van de individuele en de politieke vrijheid. Daar de burgers zich hebben verenigd met het oog op het behoud van de eigendom, kan de soeverein eigendom slechts met instemming ontnemen.²⁴³ Deze beperking moet de politieke autonomie waarborgen. Ten slotte eist LOCKE dat de wetgevende macht haar

executed as aforesaid, lest by colour of them any of Your Majesty's Subjects be destroyed, or put to Death contrary to the Laws and Franchise of the Land. Te vinden op http://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/rise_parliament/transcripts/petition_right.htm. (nadruk toegevoegd).

²³⁶ T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 20.

²³⁷ A. ALLEN, *Rechter en bestuur*, 329.

²³⁸ T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 23 en J.-Y. MORIN, *L'État de droit: émergence d'un principe du droit international*, 61.

²³⁹ J.-Y. MORIN, *L'État de droit: émergence d'un principe du droit international*, 56.

²⁴⁰ 1632-1704. Voor deze gehele randnummer, zie ook M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 126-130; L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 207-209 en B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 48 e.v.

²⁴¹ J. LOCKE en P. LASLETT, *Two treatises of government*, II, chapter XI, § 134, 355-356.

²⁴² J. LOCKE en P. LASLETT, *Two treatises of government*, II, chapter XI, § 136-137, 358-359.

²⁴³ J. LOCKE en P. LASLETT, *Two treatises of government*, II, chapter XI, § 138-140, 360-362.

bevoegdheden niet overdraagt maar dat zij waarborgt dat zij, als het opperste machtsorgaan dat de soevereiniteit van het volk heeft gekregen, deze zelf uitvoert.²⁴⁴ Institutionele waarborgen moeten de bovenvermelde – “rechtsstatelijke” – vereisten waarborgen.²⁴⁵ Om de vrijheid en gelijkheid van de burgers te waarborgen, is een structuur nodig die de burgers tegen willekeurige beslissingen van de regeerders beschermt. Deze vindt hij in een scheiding der staatsmachten, die hij de wetgevende, de uitvoerende en de federatieve macht noemt.²⁴⁶

B. DICEY EN DE RULE OF LAW TOT 1970

106. *Rule of law* – Op het einde van de negentiende eeuw verzoent DICEY de theorieën van COKE en LOCKE in het rechtsstaatsbegrip. Volgens DICEY beoogt de *rule of law* misbruik door de Koning, de regering of de politie te vermijden.²⁴⁷ De *rule of law* houdt drie aspecten in.²⁴⁸ Vooreerst de voorrang van het recht: alleen de wet en niet de willekeur regeert.²⁴⁹ DICEY verzet zich tegen de discretionaire bevoegdheden van de uitvoerende macht. Bovendien vereist de *rule of law* gelijkheid voor de wet of de gelijke afdwingbaarheid van het recht ten aanzien van alle burgers en de overheid, zodat er geen onderscheid tussen de overheid en de burger wordt gemaakt. Ten slotte weerspiegelt de *rule of law* de fundamentele idee dat de (ongeschreven) grondwet niet de bron maar wel het neerschrift van de individuele rechten is. De grondwet is derhalve het resultaat van het (gewone) recht. Met dit derde aspect schrijft DICEY zich volledig in het ideeëngoed van de *common law* in.²⁵⁰ De grondwet vloeit voort uit de individuele rechten en de vrijheid, zoals die door de *common law* worden gewaarborgd.

107. *Hiërarchie der grondwettelijke beginselen* – Belangrijk voor de betekenis van de *rule of law* is eveneens DICEYS hiërarchie van de grondwettelijke beginselen. Deze is welbekend: de parlementaire soevereiniteit is het eerste grondwettelijke beginsel en de *rule of law* het tweede. De parlementaire soevereiniteit omvat volgens DICEY drie beginselen, die dezelfde idee weerspiegelen: (i) alleen het Parlement kan wetten maken of afschaffen; (ii) geen andere persoon of ander orgaan kan normen van het Parlement vernietigen of buiten

²⁴⁴ J. LOCKE en P. LASLETT, *Two treatises of government*, II, chapter XI, § 141, 362-363.

²⁴⁵ Nieuwe verkiezing van de wetgever en het prerogatief van de Koning om discretionair te handelen.

²⁴⁶ J. LOCKE en P. LASLETT, *Two treatises of government*, II, chapter XII, § 144, 364-365. LOCKE is dan ook de grondlegger van het beginsel van de scheiding der machten in de Moderne Tijd op wiens theorie MONTESQUIEU heeft voortgebouwd. Voor de Oude Tijd, zie voetnoot 23.

²⁴⁷ Zie ook V. BOGDANOR, "The Sovereignty of Parliament or the Rule of Law?", Royal Holloway - University of London, 15 juni 2006, 2.

²⁴⁸ A.V. DICEY en E.C.S. WADE, *Introduction to the study of the law of the constitution*, Londen, Macmillan, 1968, 10^{de} ed., 202-203. Zie ook T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 4-5; P. COSTA, "The Rule of Law", 106 e.v. en B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 63-64.

²⁴⁹ Over het dubbelzinnige karakter van het woordgebruik “willekeur” bij DICEY, zie P. CRAIG, *The Rule of Law*, Appendix 5 bij *Constitution Committee, Relations between the executive, the judiciary and Parliament*, 6^{de} verslag, 2006-07, 97.

²⁵⁰ Daaruit blijkt dat voor DICEY het *rule of law*-begrip geen universeel ideaal is, maar sterk verstrengeld met de Engelse grondwettelijke traditie. M. LOUGHLIN, "The Rule of Law in European Jurisprudence", 5.

toepassing laten en (iii) het Parlement kan alleen zichzelf binden.²⁵¹ De parlementaire soevereiniteit is juridisch onbeperkt.²⁵² Daarentegen vereenzelvigd DICEY het recht en de *rule of law* met de rol van de rechter. Opdat ook het grondwettelijk recht *recht* en niet louter moraal zou zijn, is de afdwingbaarheid door de rechter cruciaal.²⁵³ Hoewel DICEY een hoofdstuk aan het verband tussen deze twee grondwettelijke beginselen besteedt, is zijn tekst onduidelijk.²⁵⁴ De parlementaire soevereiniteit houdt in dat alleen de drie takken van de wetgevende macht samen wetten kunnen uitvaardigen: zij mogen daarbij hun bevoegdheden niet aan de uitvoerende macht overdragen en zij moeten de bevoegdheid van de rechter ten volle eerbiedigen. Het beginsel van de parlementaire soevereiniteit van DICEY beoogt vooral te benadrukken dat de oorsprong van de wetten bij de wetgever ligt en niet bij de uitvoerende macht.²⁵⁵ Eens de wet is uitgevaardigd, is evenwel de rechter bevoegd om de wet te interpreteren, onder meer in het licht van “*the general spirit of the common law*”.²⁵⁶ De *rule of law* heeft het beginsel van parlementaire soevereiniteit nodig: zijn streng wettigheidsvereiste, dat voor een bepaalde starheid zorgt en verhindert dat de uitvoerende macht het recht wijzigt, noodzaakt dat het Parlement het recht kan wijzigen. Doch alleen het Parlement en dus niet de regering kan dit doen.²⁵⁷ De *rule of law* vormt evenwel geen beperking op de parlementaire soevereiniteit.²⁵⁸

2. DE HEDENDAAGSE *RULE OF LAW*

108. *Positivistische interpretatie – Expressis verbis* is de *rule of law* van DICEY weinig vergelijkbaar met het in de eerste titel omschreven en gedefinieerde Europese niet-legalistische rechtsstaatsbegrip. Achter zijn beschrijving zitten evenwel beginselen die de kern van de niet-legalistische rechtsstaatsidee uitmaken: de onderwerping van de overheid aan het recht, het wettigheidsbeginsel, de onafhankelijkheid van de rechter.²⁵⁹ In de decennia na DICEY verliest de *rule of law* echter zijn niet-legalistische karakter. Zoals ook in Duitsland heerst in het Verenigd Koninkrijk in de eerste helft van de twintigste eeuw het positivisme: de rechtsgeleerden van die periode verdedigen een positivistische benadering

²⁵¹ A.V. DICEY en E.C.S. WADE, *Introduction to the study of the law of the constitution*, 39-40. Over de drie theorieën van soevereiniteit (“*continuing omnipotence*”, “*popular sovereignty*” en “*self-embracing omnipotence*”) bij DICEY, zie I. MCLEAN en A. McMILLAN, “Professor Dicey’s Contradictions”, *Public Law* 2007, (435) 435-443.

²⁵² De democratische samenstelling van de *House of Commons* en haar rol in de totstandkoming van de wetten verminderen aanzienlijk het risico op machtsmisbruik door het Parlement, meent DICEY. A.V. DICEY en E.C.S. WADE, *Introduction to the study of the law of the constitution*, 366.

²⁵³ Zie ook A. ALLEN, *Rechter en bestuur*, 361 en L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 248.

²⁵⁴ T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice*, 13 en L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 252.

²⁵⁵ A.V. DICEY en E.C.S. WADE, *Introduction to the study of the law of the constitution*, 407.

²⁵⁶ P. COSTA, “The Rule of Law”, 107.

²⁵⁷ A.V. DICEY en E.C.S. WADE, *Introduction to the study of the law of the constitution*, 409-411. Zie ook M. LOUGHLIN, “The Rule of Law in European Jurisprudence”, 4.

²⁵⁸ Zie ook P. COSTA, “The Rule of Law”, 107.

²⁵⁹ Over een mogelijk niet-legalistische interpretatie van DICEY’S *rule of law*-begrip, zie P. CRAIG, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework”, *Public Law* 1997, (467) 470-472. Zie ook I. LOVELAND, *Constitutional law, administrative law and human rights: a critical introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 7th ed., 53-54.

van het recht, bekritisieren fel de theoretische benadering van DICEY en brengen een *antirule-of-law*-doctrine in beweging.²⁶⁰ In deze tijdsgeest wordt voornamelijk de parlementaire soevereiniteit benadrukt en wordt geredetwist over haar draagwijdte.²⁶¹ De *rule of law* verliest dan ook zijn plaats in het grondwettelijke denken. Indien het wordt vermeld, wordt steeds naar DICEY verwezen. In de zeventiger en tachtiger jaren van de twintigste eeuw dient de *rule of law* voornamelijk om de uitvoerende macht onder *judicial review* te plaatsen. Tot de jaren 1980 overheersten in het Verenigd Koninkrijk dan ook legalistische interpretaties van DICEYS *rule of law*, waarvan deze van Lord BRIDGE de bekendste is: “*In our society the rule of law rests upon twin foundations: the sovereignty of the Queen in Parliament in making the law and the sovereignty of the Queen's courts in interpreting and applying the law.*”²⁶² Deze legalistische interpretatie steunt op de rechtsstaattheorieën van gezaghebbende auteurs, zoals RAZ²⁶³ en HAYEK.

109. Naar een materiële invulling – Hoewel RAZ en HAYEK zeker geen eenzame bepleiters van de legalistische *rule of law* zijn, luidt een pleidooi van BLACKBURN in 1985 de herontdekking van de mensenrechten en de opkomst van een niet-legalistisch invulling van de *rule of law* in.²⁶⁴ Deze laatste zal de legalistische *rule of law* overschaduw en door eminente rechtsgeleerden, zoals DWORKIN²⁶⁵, ALLAN²⁶⁶, LAWS²⁶⁷ en BINGHAM²⁶⁸, worden

²⁶⁰ Onder meer onder invloed van John AUSTIN (1790-1851) en HAYEK (voornamelijk in de jaren 1980). Zie ook P. CLITEUR, "Argumenten voor en tegen constitutionele toetsing", *NJB* 1989, (1369) 1370; T. KOOPMANS, *Courts and political institutions*, 19-20; I. LOVELAND, *Constitutional law, administrative law and human rights: a critical introduction*, 57; B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 66 en L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 262.

²⁶¹ Beschikt het Parlement steeds over een absolute soevereiniteit (“*continuing sovereignty*”), zodat het niet door vorige wetten is gebonden? Zie E.C.S. WADE en A.W. BRADLEY, *Constitutional and administrative law*, Londen, Longman, 1993, 11^{de} ed., 75 e.v. Of kan het Parlement toekomstige wetgevers binden en hun bevoegdheden door middel van verankerde wetten (“*entrenched laws*”) beperken (“*self-embracing sovereignty*”)?) Voorbeelden van zulke wetten zijn de *Parliament Acts* van 1911 en 1949. Zie *infra*, randnummer 132. De grondwettelijke evoluties door het recht van de Europese Unie en het EVRM hebben ertoe geleid dat vandaag algemeen wordt aangenomen dat het Parlement toekomstige wetgevers ook op inhoudelijk vlak kan binden. De soevereiniteit van het Parlement houdt dan in dat elk Parlement op een beslissing kan terugkomen, doch dit op uitdrukkelijke wijze moet doen.

²⁶² Lord BRIDGE in *House of Lords* 4 april 1990, *X Ltd v. Morgan Grampian Ltd*, [1991] 1 A.C. 1, 48. Deze definitie werd door de parlementsleden, naar aanleiding van de *Constitutional Reform Act 2005*, als te beperkt beschouwd. Zie voetnoot 218.

²⁶³ 1939 -. Professor aan *Oxford University* en *Columbia University Law School*.

²⁶⁴ R. BLACKBURN, "Dicey and the teaching of public law", 692. Zie ook M. ELLIOT en R. THOMAS, *Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 2^{de} ed., 68-72. P. CRAIG, "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law", 467-487. Zie ook B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 91 e.v.

²⁶⁵ Ondanks het belang van DWORKIN voor het moderne grondwettelijke denken, worden alleen de *rule of law*-concepten van de in het Verenigd Koninkrijk geboren en getogen Britse grondwettelijke denkers uiteengezet.

²⁶⁶ In één van de belangrijkste Britse werken over de *rule of law*, “*Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*” zet ALLAN als één van de eerste hedendaagse Britse denkers een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip uiteen, dat vereisten aan de toepassing én aan de inhoud van normen stelt.

²⁶⁷ J. LAWS, "The Constitution: Morals and Rights", 631.

²⁶⁸ T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 213p. en T. BINGHAM, "The Rule of Law and the Sovereignty of Parliament", *Commemoration Oration 2007*, Londen, 31 oktober 2007, 6. BINGHAM'S definitie en omschrijving van de *rule of law* is nu al zeer invloedrijk en worden regelmatig door de rechters van het *Supreme Court* geciteerd. Zijn definitie luidt als volgt: “[A]ll persons and authorities within the state, whether public of

verdedigd.²⁶⁹ De Britse rechtsgeleerden verwijten het uninominale en relatieve meerderheidsstelsel dat het een overheersing door de politieke partijen in de hand werkt, waardoor de machten in onevenwicht dreigen te geraken.²⁷⁰ Als reactie hierop verzetten zij zich tegen het formele, democratische meerderheidsvereiste als enige bron van legitimiteit van wetgeving. Onder invloed van de rechtsleer worden ook rechters overtuigd van de niet-legalistische betekenis van de *rule of law*.²⁷¹

Dit alles wordt gesteund door grondwettelijke evoluties, uitgelokt door het supranationale recht, en de wil van de *Labour*-regeringen om het Verenigd Koninkrijk tot een grondwettelijke democratie om te vormen. Ook het debat over *constitutionalism* leidt ertoe dat de *rule of law* een nog belangrijkere plaats in de Britse grondwettelijke rechtsorde krijgt en misschien – wellicht – de eerste plaats in de hiërarchie zal innemen.²⁷² In 2007 schrijven JOWELL en OLIVER dan ook terecht dat geen van DICEYS invullingen van de *rule of law* en van de parlementaire soevereiniteit onbetwist is: politieke, economische, sociale en internationale omstandigheden, institutionele veranderingen en wijzigingen in waarden zetten deze begrippen onder druk.²⁷³

Dit is een zeer belangrijke evolutie, die, eigen aan de Britse rechtstraditie, veeleer uit de rechtspraktijk en uit de rechtsleer dan uit formele rechtsbronnen blijkt. Deze evolutie wordt hieronder besproken.

110. Structuur en methode – Onder **A** worden eerst de formele en materiële vereisten van het Britse rechtsstaatsbegrip uiteengezet: deze vereisten maken zowel deel uit van het legalistische als van het niet-legalistische rechtsstaatsbegrip. Vervolgens wordt onder **B** onderzocht welke materiële vereisten en doelen de Britse *rule of law* vandaag stelt. Omdat het evenwicht der machten en de democratie fundamentele elementen van het Europese niet-legalistische rechtsstaatsbegrip zijn, wordt onder **C** onderzocht of de *rule of law* deze institutionele vereisten stelt. Ten slotte wordt onder **D** het sluitstuk besproken: de *rule of law* is slechts vergelijkbaar met de continentale rechtsstaatsbegrippen indien de *rule of law* (al dan niet in de praktijk) vereist of minstens niet verhindert dat de rechter materiële vereisten aan wetgeving kan opleggen. Om die reden wordt de hedendaagse invulling van het beginsel van de parlementaire soevereiniteit besproken: verliest dit beginsel zijn omnipotentie in het licht van de *rule of law*?

Deze evolutie wordt uiteengezet aan de hand van een analyse van de rechtspraktijk en van de hedendaagse rechtsleer. Voor de rechtspraktijk worden de verslagen van de *Constitution Committee* en de arresten van het *Supreme Court* (tot 1 november 2009 het

private, should be bound by and entitled to the benefit of laws publicly made, taking effect (generally) in the future and publicly administered in the courts.” Daarnaast omvat de *rule of law* acht “sub rules”.

²⁶⁹ Zie ook P. CRAIG, *The Rule of Law*, 101-104.

²⁷⁰ R. BLACKBURN, "Dicey and the teaching of public law", 692 en Lord HAILSHAM, "Elective Dictatorship", *The Richard Dembleby Lecture*, Londen, 14 oktober 1976, 12-13.

²⁷¹ In de *Pierson*-zaak sluit Lord STEYN zich uitdrukkelijk aan bij de niet-legalistische interpretatie van DICEYS *rule of law*-begrip, zoals deze door JOWELL wordt verdedigd. Lord STEYN in *House of Lords* 24 juli 1997, *R. V Secretary of State for the Home Department, Ex parte Pierson*, [1998] A.C. 539, 591.

²⁷² Over “constitutionalism”, zie *infra*, voetnoot 344.

²⁷³ J. JOWELL en D. OLIVER, *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 8^{ste} ed., iii. Zie ook T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 5.

House of Lords) onderzocht. Omdat de *Constitution Committee* wellicht minder bekend is dan het *Supreme Court*, wordt de commissie hieronder even toegelicht.

111. “*Parliamentary constitutional review*”²⁷⁴ – De *Constitution Committee* werd in 2001 in de schoot van de *House of Lords* opgericht om de Britse Grondwet en de *rule of law* een stabielere en prominentere plaats in het wetgevingsproces te geven.²⁷⁵ Deze commissie moet nagaan welke gevolgen op de Britse Grondwet, met inbegrip van de *rule of law*, wetsontwerpen kunnen hebben en moet de uitvoering van de Grondwet opvolgen.²⁷⁶ Hoewel haar verslagen in beginsel juridisch niet bindend zijn, hebben zij in de praktijk een grote invloed.²⁷⁷ Waar de *Constitution Committee* aanvankelijk in zeer voorzichtige bewoordingen mogelijke ongrondwettigheden aanduidde, heeft zij na enkele jaren redelijke toetsingscriteria ontwikkeld en durft zij te schrijven: de *Bill* haalt de grondwettigheidstoets niet.²⁷⁸ Daarbij laat de commissie de wetgever twee keuzen: motiveren of de ongrondwettigheden uit het wetsontwerp halen.²⁷⁹ In meer dan tien jaar heeft de *Constitution Committee* dan ook een reputatie opgebouwd als “*an authoritative commentator on (and guardian of) the United Kingdom’s constitution*”.²⁸⁰

²⁷⁴ J.S. CAIRD, "Parliamentary constitutional review: ten years of the House of Lords Select Committee on the Constitution", *Public Law* 2012, (4) 4. Zie ook M. DE VISSER, *Constitutional review in Europe: a comparative analysis*, Oxford, Oxford Hart, 2014, 30-32.

²⁷⁵ Van oudsher is de *rule of law* ook een instrument van de parlementsleden voor de kritische evaluatie van de wetten en wetsontwerpen en wordt het beginsel in het publieke en parlementaire debat gebruikt. Recent zijn verscheidene wetsvoorstellen inderdaad geen wet geworden omdat parlementsleden meenden dat ze de *rule of law* schonden. Eén voorbeeld hiervan is de *Asylum and Immigration Bill*, die een *ouster clause* bevatte: dit is een bepaling waarin beslissingen van de uitvoerende macht (*in casu* inzake asiel en immigratie) van rechterlijke toetsing worden uitgesloten. Deze bepaling werd als een klaarblijkelijke schending van de *rule of law* beschouwd. Nadat verscheidene hoge magistraten, onder meer de *Lord Chief Justice*, *Lord Woolf* in de Squire Centenary Lecture, 4 maart 2004, in lezingen hun mening hierover hadden geuit en de *backbenchers* in het Parlement hun rol hadden gespeeld, heeft de toenmalige *Labour*-regering deze bepaling aangepast. Zie hiervoor J. JOWELL, "The Rule of Law and its Underlying Values", in J. JOWELL en D. OLIVER (eds.), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 17-18 en J. STEYN, "Democracy, the rule of law and the role of judges", *E.H.R.L.R.* 2006, (243) 251.

²⁷⁶ *Constitution Committee, Annual Report 2002-03*, 6. Zie ook het eerste verslag van de commissie, *Reviewing the Constitution: Terms of Reference and Method of Working*, 1^{ste} verslag, 2001-02, nr. 21.

²⁷⁷ Na een verslag van de *Constitution Committee* over een wetsontwerp dienen de voorzitter of een lid van de *Constitution Committee*, de oppositiepartij of de regering zelf doorgaans amendementen in om aan de opmerkingen van de *Constitution Committee* tegemoet te komen. Deze amendementen worden doorgaans aangenomen. *Constitution Committee, Annual Report 2006-07*, 7. Zie ook *Constitution Committee*, 1^{ste} verslag, 2010-12, 3. Doch niet altijd, zie de *Jobseekers (Back to Work Schemes) Act 2013*, waarbij, ondanks het negatieve advies van de *Constitution Committee*, een retroactieve wet wordt uitgevaardigd, die de wettelijke grondslag moet bieden aan de *Back to Work Schemes* (en meer bepaald aan de weigering van uitbetaling van uitkeringen) waarvan de *Court of Appeal (R (on the Application of Reilly and another) v Secretary of State for Work and Pensions [2013] UKSC 68)* had geoordeeld dat deze een wettelijke grondslag misten.

²⁷⁸ *Constitution Committee over Public Bodies Bill*, 6^{de} verslag, 2010-2012, nr. 5. Zie ook J.S. CAIRD, "Parliamentary constitutional review", 7 en 10 en D. OLIVER, "Improving the scrutiny of bills: the case for standards and checklists", *Public Law* 2006, (219) 224 e.v.

²⁷⁹ J.S. CAIRD, "Parliamentary constitutional review", 8.

²⁸⁰ *Constitution Committee*, 1^{ste} verslag, 2010-12, 3. Wijzigingen in haar samenstelling en in haar werking zijn daarin wellicht beslissend geweest. Vandaag bestaat de commissie uit vijf juristen met een uitmuntende kennis van het (grondwettelijk) recht: een voormalige *Attorney General*, een *barrister* gespecialiseerd in publiek recht, een expert inzake parlementaire zaken, een voormalige *Lord Chancellor* en zijn adviseur. Bovendien worden deze leden bijgestaan door twee halftijdse juristen,

A. DE FORMELE EN PROCEDURELE VEREISTEN VAN DE *RULE OF LAW*

112. *Formele en procedurele vereisten* – De formele en procedurele vereisten maken zowel van de legalistische als van de niet-legalistische *rule of law* deel uit.²⁸¹ De *rule of law* beoogt de rechtszekerheid²⁸², die de burger in staat stelt zijn gedrag te bepalen²⁸³, en omvat om die reden het wettigheidsbeginsel.²⁸⁴ Het wettigheidsbeginsel vereist dat elk overheidshandelen een wettelijke grondslag heeft, dat elke bevoegdheid op wettige en doelmatige wijze wordt uitgeoefend en dat niet de minister, maar het Britse Parlement

professoren in publiek recht. Aanvankelijk één professor, zijnde Professor A.W. BRADLEY, emeritus professor grondwettelijk recht aan de University of Edinburgh, *barrister* en geassocieerd met de University of Oxford (2002-2005) en vervolgens professor Andrew LE SUEUR (2006-2009). Sinds 2009, professor A. TOMKINS, John Millar Professor of Law aan de Universiteit van Glasgow en professor R. RAWLINGS, professor publiekrecht aan de University College of London. J.S. CAIRD, "Parliamentary constitutional review", 9 e.v. Sinds 2015 zijn het professor M. ELLIOTT (Cambridge University) en professor St. TIERNEY (University of Edinburgh).

²⁸¹ De legalistische *rule of law* beoogt de individuele vrijheid (HAYEK) of de rechtszekerheid en voorspelbaarheid (RAZ) te waarborgen: omdat de mensen hun toekomst kunnen plannen, waarborgt de *rule of law* de menselijke waardigheid en autonomie. RAZ en HAYEK verwijten de aanhangers van een niet-legalistisch *rule of law*-begrip dat deze in wezen een (bepaalde) (sociale) rechtsfilosofie verdedigen. Zij achten het *rule of law*-begrip nutteloos voor het bepalen van hoe "goed" een wet of een samenleving is: daartoe dienen de verscheidene rechtsfilosofieën. De legalistische *rule of law* bepaalt noch de totstandkoming noch de inhoud van wetgeving: het waarborgt aldus niet de fundamentele rechten, zoals gelijkheid en rechtvaardigheid. RAZ verwoordt het zeer duidelijk: "*If the rule of law is the rule of the good law then to explain its nature is to propound a complete social philosophy. But if so the term lacks any useful function. We have no need to be converted to the rule of law just in order to discover that to believe in it is to believe that good should triumph. The rule of law is a political ideal which a legal system may lack or possess to a greater or lesser degree. That much is common ground. It is also to be insisted that the rule of law is just one of the virtues by which a legal system may be judged and by which it is to be judged. It is not to be confused with democracy, justice, equality (before the law or otherwise), human rights of any kind or respect for persons or for the dignity of man. A non-democratic legal system, based on the denial of human rights, on extensive poverty, on racial segregation, sexual inequalities and religious persecution may, in principle, conform to the requirements of the rule of law better than any of the legal systems of the more enlightened western democracies. This does not mean that it will be better than those western democracies. It will be an immeasurably worse legal system, but it will excel in one respect: in its conformity to the rule of law.*" J. RAZ, "The Rule of Law and its Virtue", 195-196 (eigen nadruk) en 204. Voor HAYEK, zie *supra*, voetnoot 260. Voor een bespreking, zie ook B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 66 e.v. Instemmend, zie R. EKINS, "Judicial supremacy and the rule of law", *Law Quarterly Review* 2003, (127) 147-149.

²⁸² *Constitution Committee over "Serious Crime Bill"*, 2^{de} verslag, 2006-07, 6. In strafzaken wordt dit vereiste nog meer beklemtoond. Lord JUDGE CJ in *Supreme Court* 30 juni 2010, *Regina (Noone) v Governor of Drake Hall Prison and another*, nrs. 79-80. Zie ook Lords NEUBERGER en JUDGE in *Supreme Court* 23 oktober 2013, *R v Gul*, nr. 36 (discretionair strafvervolgingsbeleid).

²⁸³ Zie ook Lord BINGHAM in *House of Lords* 26 juni 2003, *Regina (Anufrijeva) v. Secretary of State for the Home Department and Another*, [2004] 1 A.C. 604, 621 ("This view is reinforced by the constitutional principle requiring the rule of law to be observed. That principle too requires that a constitutional state must accord to individuals the right to know of a decision before their rights can be adversely affected. The antithesis of such a state was described by Kafka: a state where the rights of individuals are overridden by hole in the corner decisions or knocks on doors in the early hours."). Zie ook Lord TOULSON in *Supreme Court* 8 mei 2014, *Barnes v The Eastenders Group and another*, nr. 83. J. RAZ, "The Rule of Law and its Virtue", 202 en 204.

²⁸⁴ J. RAZ, "The Rule of Law and its Virtue", 198.

misdrijven definieert.²⁸⁵ De *rule of law* vereist duidelijkheid en transparantie van normen²⁸⁶: wetgeving moet toegankelijk²⁸⁷ en kenbaar zijn.²⁸⁸ Vage of retroactieve bepalingen (in strafzaken) schenden de *rule of law* (en de scheiding der machten).²⁸⁹

113. Rechtsbescherming – De *rule of law* vereist tevens het recht op rechtsbescherming²⁹⁰. Vanaf de tweede helft van de twintigste eeuw wordt het *rule of law*-begrip in het Verenigd Koninkrijk gebruikt voor de implementatie en de uitbreiding van het rechterlijk toezicht op handelingen van de uitvoerende macht. Het is de grondwettelijke rol van de rechterlijke macht om de *rule of law* af te dwingen, waaraan zij zich niet mag onttrekken²⁹¹ en wat geenszins een ondemocratische opdracht is.²⁹² De *Constitution Committee* en het *Supreme*

²⁸⁵ *Constitution Committee over The pre-emption of Parliament*, 13^{de} verslag van de Sessie 2012-13, 6 en over “*Co-operative and Community Benefit Societies and Credit Unions Bill*”, 19^{de} verslag, 2008-09, 5 en verwijzend naar de *Constitution Committee over “Legislative and Regulatory Reform Bill”*, 11^{de} verslag, 2005-06, nr. 23, 13. De *Constitution Committee* meent ook dat het alleen aan het Parlement toekomt om wetgeving te wijzigen, zodat *Henry VIII-clauses*, die de minister de bevoegdheid geven om wetgeving te wijzigen en op te heffen alleen onder strikte voorwaarden mogelijk zijn: de machtiging moet duidelijk en beperkt zijn, alleen uitvoerbaar met het oog op een specifiek doel en onderworpen aan parlementair toezicht. Zie *Constitution Committee over “Public Bodies Bill”*, 6^{de} verslag van de sessie 2010-2012, 3. De *Committee* brengt dit vereiste evenwel niet in verband met de *rule of law*. OLIVER plaatst het verbod op *Henry VIII-clauses* wel onder de *rule of law*. D. OLIVER, “Improving the scrutiny of bills”, 241. Zie voor het wettigheidsbeginsel, ook Lord BINGHAM in *House of Lords* 8 maart 2006, *Regina (Gillan and another) v. Commissioner of Police of the Metropolis and another*, [2006] 2 A.C. 307, 346. (“*The lawfulness requirement in the Convention addresses supremely important features of the rule of law. The exercise of power by public officials, as it affects members of the public, must be governed by clear and publicly accessible rules of law. The public must not be vulnerable to interference by public officials acting on any personal whim, caprice, malice, predilection or purpose other than that for which the power was conferred. This is what, in this context, is meant by arbitrariness, which is the antithesis of legality.*”) Zie ook Lord DIPLOCK in *House of Lords* 5 maart 1975, *Black-Clawson International Ltd. Appellants v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G. Respondents*, [1975] A.C. 591, 638 en *House of Lords* 26 november 1992, *Pepper (Inspector of Taxes) Respondent v. Hart Appellant*, [1993] A.C. 593, 606. Zie ook T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 48 en 60 e.v. Hiermee gaat BINGHAM akkoord met DICEY'S *rule of law*-vereiste dat discretionaire bevoegdheden zo veel als mogelijk moeten worden vermeden, zowel voor de uitvoerende als voor de rechterlijke macht. Discretionaire bevoegdheden moeten eng worden gedefinieerd en hun uitvoering moet redelijk kunnen worden verantwoord.

²⁸⁶ *Constitution Committee over “The Proposed National Assembly for Wales (Legislative Competence) (Environment) Order 2009”*, 20^{ste} verslag, 2008-09, 20.

²⁸⁷ *Constitution Committee over Protection of Freedom Bill*, 20^{ste} verslag, 2010-12, 3-4.

²⁸⁸ T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 37 e.v.

²⁸⁹ *Constitution Committee over Jobseekers (Back to Work Schemes) Bill*, 12^{de} verslag, 2012-13, 5 en *Constitution Committee over “Serious Crime Bill”*, 2^{de} verslag, 2006-07, 6. In strafzaken wordt dit vereiste nog meer beklemtoond. Lord JUDGE CJ in *Supreme Court* 30 juni 2010, *Regina (Noone) v Governor of Drake Hall Prison and another*, nrs. 79-80. Zie ook Lords NEUBERGER en JUDGE in *Supreme Court* 23 oktober 2013, *R v Gul*, nr. 36 (discretionair strafvervolgingsbeleid). L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969, hoofdstuk 2 en J. RAZ, “The Rule of Law and its Virtue”, 202. Zie ook C. ZURN, *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*, 87.

²⁹⁰ *Constitution Committee over “Parliamentary Standards Bill: implications for Parliament and the courts”*, 18^{de} verslag, 2008-09, 5. T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice*, 172 en T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 85 e.v. Reeds vanaf 1424 kregen armen rechtsbijstand in Schotland.

²⁹¹ Lord PHILIPS in *Supreme Court* 4 februari 2010, *Ahmed and others v HM Treasury (Justice intervening) (Nos 1 and 2); al-Ghabra v Same; Regina (Youssef) v Same*, nr. 146 en Lord NICHOLLS in *House of Lords* 25 oktober 2001, *Attorney General's Reference (No.3 of 2000), Re*, [2001] 1 W.L.R. 2060, 2067.

²⁹² Lord MANCE in *Supreme Court* 25 juni 2014, *R (on the application of Nicklinson and another) v Ministry of Justice* verwijst naar Lord BINGHAM in *House of Lords* 16 december 2004, *A v Secretary of State for the Home Department*, [2005] 2 AC 68, 37-42. “*But the function of independent judges charged to*

Court hebben grondwettigheidsbezwaren bij *ouster clauses*²⁹³, die onverenigbaar met “*a democracy committed to the rule of law*” zijn.²⁹⁴ De rechter moet de wet volgens bepaalde methoden interpreteren en toepassen.²⁹⁵ De *rule of law* houdt dan ook het recht op een eerlijk proces in, de vrije toegang tot de rechter en de beginselen van *natural justice* (dit zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en van behoorlijke rechtsbedeling, zoals publiek en eerlijk verhoor, onpartijdigheid, redelijke termijn, openbaarheid van bewijsmateriaal...).²⁹⁶ Als hoeksteen van de rechtsstaat moet de rechtsbedeling op een eerlijke en efficiënte wijze gebeuren, waarbij bijzondere aandacht aan de wapengelijkheid voor de partijen wordt besteed.²⁹⁷ De rechterlijke macht moet onafhankelijk zijn.²⁹⁸ De *rule of law* vereist ook dat terechtzittingen in beginsel openbaar zijn²⁹⁹, dat de media hierover vrij kunnen berichten³⁰⁰ en dat de partijen niet kunnen vereisen, behoudens uitzonderlijke gevallen, dat hun anonimiteit wordt gewaarborgd.³⁰¹

Het belang van de rechtspraak in een *common law*-rechtsstelsel indachtig, hoeft het niet te verwonderen dat ook de rechtspraak in zekere mate voorzienbaar moet zijn. Het verticale *stare decisis*-beginsel staat buiten kijf. Maar ook horizontaal heeft dit beginsel werking: de hoogste rechtscolleges zullen slechts indien nodig en na uitdrukkelijke motivering terugkomen op een (eigen) rechterlijk oordeel. Lord LLOYD OF BERWICK meent dat het *stare decisis*-beginsel deel van de *rule of law* uitmaakt.³⁰²

interpret and apply the law is universally recognised as a cardinal feature of the modern democratic state, a cornerstone of the rule of law itself. The Attorney General is fully entitled to insist on the proper limits of judicial authority, but he is wrong to stigmatise judicial decision-making as in some way undemocratic.”

²⁹³ Dit is een bepaling waarin beslissingen van de uitvoerende macht van rechterlijke toetsing worden uitgesloten. Rechtsbescherming houdt het recht op rechterlijk toezicht op en hoger beroep tegen een administratieve beslissing en toegang tot de rechter in. “*Ouster clauses*” worden slechts uitzonderlijk aanvaard. Zie voetnoot 275.

²⁹⁴ Constitution Committee over “*Justice and Security (Northern Ireland) Bill*”, 4^{de} verslag, 2006-07, 4. Lord NEUBERGER in *Supreme Court* 19 juni 2013, *Cusack v London Borough of Harrow*, nr. 58.

²⁹⁵ Lord NEUBERGER in *Supreme Court* 19 juni 2013, *Cusack v London Borough of Harrow*, nr. 58.

²⁹⁶ Constitution Committee over “*Justice and Security Bill*”, 3^{de} verslag, 2012-13, 3. Zie ook T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice*, 90 en 121 en T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 90 e.v. Lord NEUBERGER in *Supreme Court* 19 juni 2013, *Bank Mellat v Her Majesty's Treasury*, nr. 52 (beslissing over *closed material* bij anti-terrorisemaatregelen die schade aan personen berokkenen).

²⁹⁷ Lord MANCE in *House of Lords* 30 juli 2009, *Masri v Consolidated Contractors International Company SAL*, [2009] UKHL 43. Zo ook rechterlijk toezicht op de adoptiebeslissing, waarbij alle belanghebbenden worden gehoord. Lord NEUBERGER in *Supreme Court* 12 juni 2013, *In the matter of B (a Child)*, nr. 82.

²⁹⁸ Constitution Committee over *Judicial Appointments*, 25^{ste} verslag, 2010-12, 11. Lord PHILLIPS in *Supreme Court* 30 mei 2012, *Assange v Swedish Prosecution Authority*, nr. 37. Lord Justice MOSES in *High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative Court* 10 april 2008, *The Queen on the Application of Corner House Research and Campaign Against Arms Trade v The Director of the Serious Fraud Office*, [2008] EWHC 714 (Admin), 64 e.v. (“*The legislature has sought to reinforce the separation of powers by statutory regulation of the relationship between the Executive and the Judiciary in the Constitutional Reform Act 2005. S[ection] 1 recognises the rule of law as an existing constitutional principle. The Act acknowledges the relationship between the independence of the judiciary and the rule of law in s[ection] 3 .”*)

²⁹⁹ Lord BROWN in *Supreme Court* 13 juli 2011, *Al Rawi and others v Security Service and others*, nr. 84.

³⁰⁰ Lord REED in *Supreme Court* 8 april 2014, *A v British Broadcasting Corporation (Scotland)*, nr. 25.

³⁰¹ Lord BROWN in *Supreme Court* 13 juli 2011 *Al Rawi and others v Security Service and others*, nr. 84.

³⁰² Lord LLOYD OF BERWICK in *House of Lords* 29 november 2001, *Regina v. Kansal (No 2)*, [2002] 2 A.C. 69, 92.

Aanvankelijk vereiste de *rule of law* slechts rechterlijke toetsing van beslissingen van de uitvoerende macht. Er is evenwel een belangrijke evolutie in de rechtspraak en in de rechtsleer, die ertoe kan leiden dat de *rule of law* ook de toetsing van wetten aan de beginselen van de *rule of law* vereist. Gelet op het belang van deze evolutie voor onze onderzoeksvraag wordt zij apart, onder **D**, onderzocht.

B. NAAR MATERIËLE VEREISTEN VOOR WETGEVING EN EEN MATERIEEL DOEL VOOR DE *RULE OF LAW*

114. *Evolutie naar een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip* – In de laatste decennia komt de legalistische *rule of law* in het Verenigd Koninkrijk onder druk. Meer en meer rechtsgeleerden verdedigen een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip, wat (wellicht) de dominante *rule of law*-interpretatie is geworden.³⁰³ Naast de vereisten van de legalistische *rule of law* heeft het niet-legalistische rechtsstaatsbegrip een materieel doel en stelt het vereisten aan de inhoud van wetten en beleid.³⁰⁴

115. *Materieel doel* – Voor ALLAN is het fundamentele beginsel van de *rule of law* het begrip “*equal citizenship*”. Dat houdt in dat de welvaart van elkeen een evenwaardig belangrijk element van het algemeen belang uitmaakt en dat elke burger *equal dignity* moet genieten.³⁰⁵

116. *Klassieke rechten en vrijheden* – Er bestaat nog geen eensgezindheid over welke materiële vereisten de *rule of law* precies stelt.³⁰⁶ Volgens BINGHAM waarborgt de *rule of law* de mensenrechten die door een gemeenschap als fundamenteel worden beschouwd. Dit zouden alle rechten en vrijheden die door het EVRM worden gewaarborgd, zijn. De draagwijdte van deze mensenrechten bepalen is niet gemakkelijk en kan veranderen in tijd. In laatste instantie komt het de rechter toe om te bepalen wat de fundamentele mensenrechten die door de *rule of law* worden gewaarborgd inhouden.³⁰⁷ Uit de rechtspraktijk en de rechtsleer blijkt dat de *rule of law* minimale vereisten van materiële en procedurele rechtvaardigheid oplegt³⁰⁸ en de volgende inhoudelijke vereisten inhoudt: het

³⁰³ Eminente rechtsgeleerden zoals T.R.S. ALLAN, J. LAWS, T. BINGHAM... Zie ook B. HARKIN, "Section 3(1) of the Human Rights Act and the rule of law", *UCL Juris.Rev.* 2008, (21) 22 en J. STEYN, "Democracy, the rule of law and the role of judges", 248-249.

³⁰⁴ T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice*, 1.

³⁰⁵ T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice*, 38-40 (“*the more fundamental principle that people are entitled to be treated with the respect that their equal dignity as citizens demands.*”). ALLAN stelt dat het beginsel van *equal citizenship* bij DWORKIN wordt vertaald in het begrip “*integrity*”.

³⁰⁶ Zie ook D. FAIRGRIEVE, "Etat de droit and Rule of Law", 57.

³⁰⁷ T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 68. Hij somt vervolgens volgende rechten op: het recht op leven, het verbod op foltering, het verbod op slavernij en gedwongen arbeid, het recht op vrijheid en veiligheid, het recht op een eerlijk proces, het wettigheidsbeginsel in strafzaken, het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven, vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vergadering en van vereniging, recht op huwen, het gelijkheidsbeginsel, het eigendomsrecht en het recht op onderwijs.

³⁰⁸ Lord STEYN in *House of Lords* 24 juli 1997, *R. V Secretary of State for the Home Department, Ex parte Pierson*, [1998] A.C. 539, 591.

gelijkheidsbeginsel³⁰⁹, voorzichtigheid en evenredigheid³¹⁰, de vrijheid van meningsuiting³¹¹, de vrijheid van vereniging³¹² en het recht op een eerlijke toepassing van de wet (door de rechter en de uitvoerende macht)³¹³.

117. Sociaal-economische rechten? – De *rule of law* omvat geen sociaal-economische rechten, behoudens de toegang tot juridisch advies. Gelet op het belang van de rechtsbescherming als hoeksteen van de *rule of law* en het recht op een eerlijk proces en het recht op toegang tot de rechter, verbaast het niet dat de hoogste Britse rechters de kwaliteit van het juridisch advies en de onafhankelijkheid en professionaliteit van de juridische adviseurs, als waarborg tegen een totalitair regime, willen beschermen.³¹⁴

C. OOK INSTITUTIONELE VEREISTEN?

118. Institutionele vereisten – Volgens sommige auteurs mist het *rule of law*-begrip de statelijke betekenis die de *Rechtsstaat* en de *État de droit* hebben.³¹⁵ Deze laatste begrippen zouden dan vereisten aan de staatsinrichting stellen en de *rule of law* niet. Hieronder wordt onderzocht of dit inderdaad zo is. Vereist de *rule of law*, zoals de continentale rechtsstaatsbegrippen, het evenwicht der machten en de democratie?

119. Evenwicht der machten? – Dat het beginsel van het evenwicht der machten tot de Britse grondwettelijke rechtsorde behoort, *a fortiori* tot de *rule of law*, aanvaardden niet alle rechtsgeleerden. Twee tenoren van het grondwettelijke recht, DICEY en JENNINGS, meenden dat dit beginsel niet zozeer de vrijheid van de mensen waarborgt.³¹⁶ In 1977 verbaasde ook HOOD PHILIPS zich erover dat Lord DIPLOCK durft te beweren dat dit beginsel deel van de Britse grondwet uitmaakt, daar zoveel voorbeelden van de Britse

³⁰⁹ Lord MANCE in *Supreme Court* 12 oktober 2011, *AXA General Insurances Ltd and others v HM Advocate and others*, [2012] 1 A.C. 868, nr. 97. *Constitution Committee* over “*Parliamentary Standards Bill: implications for Parliament and the courts*”, 18^{de} verslag, 2008-09, 12. Zie ook T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice*, 21 en 312 (de overheid kan alleen op grond van een begrijpelijke en verdedigbare opvatting van het algemeen belang een verschil in behandeling tussen burgers rechtvaardigen); T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 55 e.v. en J. LAWS, “*The Constitution: Morals and Rights*”, 630 (gelijkheid en universaliteit, noodzakelijk om de vrijheid, rechtvaardigheid en zekerheid te waarborgen).

³¹⁰ *Constitution Committee, Annual Report 2006-07*, 10.

³¹¹ Lord STEYN in *House of Lords* 8 juli 1999, *R. v Secretary of State for the Home Department Ex p. Simms*, [2000] 2 A.C. 115, 125. Zie ook T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice*, 90, 122 en 148.

³¹² T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice*, 99.

³¹³ T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice*, 75 en 130 e.v.

³¹⁴ Lord MILLET in *House of Lords (Northern Ireland)* 10 juli 2003, *Cullen v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, [2003] 1 W.L.R. 1763, 1782. Ook de vertrouwelijkheid van correspondentie tussen de advocaat en zijn cliënt wordt door de *rule of law* gewaarborgd. *Supreme Court* 23 januari 2013, *Regina (Prudential plc and another) v Special Commissioner of Income Tax and another (Institute of Chartered Accountants of England and Wales and others intervening)*, nrs. 21, 121 en 143.

³¹⁵ Onder meer CARPANO, zie voetnoot 701.

³¹⁶ DICEY noemde dit beginsel “*the offspring of a double misconception*”, zie A.V. DICEY en E.C.S. WADE, *Introduction to the study of the law of the constitution*, 338. JENNINGS meent dat de scheiding der machten een despotische staat niet verhindert en dat de democratie de vrijheid van de Britten waarborgt. I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 24.

grondwettelijke rechtsorde het tegendeel bewezen: de functie en de bevoegdheden van de Koning³¹⁷, van de regering, van de ministers, inclusief de *Lord Chancellor*, de administratieve rechtbanken....³¹⁸ En ook in 2005 stelde *Lord WINDLESHAM* dat het *Westminster* model van parlementaire democratie het evenwicht der machten niet kent. Hij erkende wel dat het beginsel algemeen wordt aanvaard als een gevestigde, wettige en dus grondwettige *state of affairs*.³¹⁹

120. Grondwettelijk en rechtsstatelijk beginsel – In het Verenigd Koninkrijk is er geen formeel verankerde scheiding of evenwicht der machten: bij gebrek aan geschreven grondwet moet het beginsel worden afgeleid uit de grondwettelijke wetten (*constitutional statutes*³²⁰), uit de grondwettelijke beginselen en gewoonten en uit de gewone wetten. Dit betekent evenwel niet dat het geen beginsel van de Britse grondwettelijke orde zou zijn, integendeel.³²¹ Het beginsel van het evenwicht der machten betekent niet dat de drie staatsfuncties strikt over drie staatsmachten moeten worden verdeeld, zonder samenwerking, wederzijds toezicht of beperkte afhankelijkheid. Bovendien maken bepaalde beginselen, namelijk de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en het wettigheidsbeginsel, de kern van het beginsel van het evenwicht der machten uit. Deze beginselen maken van oudsher deel uit van de Britse grondwettelijke orde en van de *rule of law*.³²² Daarom overtuigen de argumenten van HOOD PHILIPS en *Lord WINDLESHAM* niet. De meerderheid van de Britse staatsrechtsgeleerden erkent dan ook terecht dat het beginsel van het evenwicht der machten – “op zijn Brits” toegepast – een Brits grondwettelijk beginsel is en bovendien een essentieel element van de *rule of law*.³²³ In de rechtspraak en in de verslagen van de *Constitution Committee* wordt de scheiding of het evenwicht der machten eveneens als een grondwettelijk beginsel beschouwd, doch niet als een beginsel

³¹⁷ Het grootste verschil tussen de landen met een formele grondwet en het Verenigd Koninkrijk ligt wellicht in de bevoegdheden van de Koning. Op grond van formele grondwetten geniet de uitvoerende macht doorgaans slechts de door de grondwet of wet toegewezen bevoegdheden. De Britse Koning daarentegen put de meeste bevoegdheden uit de wetten, doch heeft ook aanzienlijke residuaire bevoegdheden, de *royal prerogatives* genoemd: dit is doorgaans wat overblijft van de absolute macht die de Koning tot de achttiende eeuw genoot. Ook het bestaan van deze *royal prerogatives* staat evenwel onder druk, daar in 2007 tot 2009 wetsontwerpen in het Parlement werden ingediend, waarmee bepaalde *royal prerogatives* zouden worden afgeschaft. In 2009 oordeelde de regering evenwel dat het niet het moment was om ter zake grote veranderingen door te voeren.

³¹⁸ O. HOOD PHILIPS, "A Constitutional Myth: the Separation of Powers", *Law Quarterly Review* 1977, 13.

³¹⁹ *Lord WINDLESHAM*, "The Constitutional Reform Act 2005: the politics of constitutional reform", *Public Law* 2005, (35 en 806) 812. Afwijken ervan kan alleen op uitdrukkelijke en gemotiveerde wijze en gebeurt, indien bij administratieve handeling, onder rechterlijk toezicht.

³²⁰ Zie voetnoot 344.

³²¹ Zie ook M. ELLIOT en R. THOMAS, *Public Law* (2014), 93-95.

³²² *Lord BINGHAM* in *House of Lords* 25 november 2002, *Regina (Anderson) v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 1 A.C. 837, 886. T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice*, 31 en 125.

³²³ Onder meer T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice*, 31; E. BARENDT, "Separation of Powers and Constitutional Government", *Public Law* 1995, (599) 601; A.W. BRADLEY en K.D. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, Londen, Longman, 2003, 13^{de} ed., 78; N. PHILIPS OF WORTH MATRAVERS, "La Constitution du Royaume-Uni", *Colloque du Cinquantenaire du Conseil constitutionnel*, Parijs, 3 november 2008, 2 en J. STEYN, "The weakest and least dangerous department of government", *Public Law* 1997, (84) 86 en J. STEYN, "Democracy, the rule of law and the role of judges", 248. BRADLEY en EWING citeren E. HENDERSON, *Foundations of English Administrative Law*, 1963, Cambridge Mass., Harvard University Press, 5: "This threefold division of labour, between a legislator, and administrative official, and an independent judge, is a necessary condition for the rule of law in modern society and therefore for democratic government itself." (eigen nadruk).

van de *rule of law* genoemd. Veelal vullen deze begrippen elkaar aan: “*in a society based upon the rule of law and the separation of powers*”.³²⁴ Dit duidt aan dat voor de Britse rechtspractici de *rule of law* veeleer niet naar een staatsvorm verwijst, maar wel naar een kwaliteit van de staat.

121. Democratie – In de Britse rechtsleer en rechtspraak worden de begrippen democratie en *rule of law* doorgaans niet met elkaar verenigd, doch wel verzoend: *a democratic government under the rule of law*. In een recent arrest van het *Supreme Court* kan worden gelezen dat de *rule of law* een deliberatieve democratie vereist.³²⁵

D. DE TANENDE ALMACHT VAN HET BEGINSSEL VAN PARLEMENTAIRE SOEVEREINITEIT?

122. Rechterlijke toetsing? – Nu hierboven is uiteengezet dat de hedendaagse Britse rechtsleer en rechtspraak meer en meer een *rule of law*-begrip hanteren dat ook materiële vereisten aan de wetgever stelt en dat het beginsel van evenwicht der machten een Brits grondwettelijk beginsel is waarvan de kernelementen (het wettigheidsbeginsel en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht) essentiële elementen van het (legalistische en niet-legalistische) *rule of law*-begrip zijn, rest ons nog de laatste vraag: kunnen de door de *rule of law* aan de wetgever opgelegde vereisten ook door de rechter worden afgedwongen? Dit is immers een essentieel element van het hedendaagse niet-legalistische rechtsstaatsbegrip in Duitsland, Frankrijk en België, zodat dit een belangrijk factor in de vergelijkbaarheid van de rechtsstaatsbegrippen is.

123. Parlementaire soevereiniteit en de *rule of law* – De parlementaire soevereiniteit houdt in dat “wat het parlement uitvaardigt, recht is”.³²⁶ Indien ook de Britse rechtsstaat vereist dat de macht van de wetgever beperkt is en hierop rechterlijk toezicht noodzakelijk is, zijn de begrippen *rule of law* en parlementaire soevereiniteit als “hoogste

³²⁴ Lord HOFFMANN in *House of Lords* 15 mei 2003, *R. (on the application of ProLife Alliance) v BBC*, [2004] 1 A.C. 185, 240. Zie ook Lord STEYN in *House of Lords* 10 juli 2003, *Wilson v. First County Trust Ltd (No 2)*, [2004] 1 A.C. 816, 835. Zie ook J. MURKENS, “The quest for constitutionalism in UK public law discourse”, *OJLS* 2009, (427) 444. De *Constitution Committee* acht de scheiding der machten in het algemeen en de scheiding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht, enerzijds, en de rechterlijke macht anderzijds, in het bijzonder zeer belangrijke grondwettelijke beginselen, doch brengt deze (vooralsnog) niet in verband met de *rule of law*. Het beginsel van de scheiding der machten komt in het gedrang wanneer het Parlement in allerijl een retroactieve wet wil uitvaardigen, die de rechtspraak moet veranderen, terwijl de zaak nog hangende is. Zie *Constitution Committee over Jobseekers (Back to Work Schemes) Bill*, 12^{de} verslag, 2012-13, 5 (retroactiviteit in strafzaken) en tevens haar 1^{ste} verslag, 2010-12, 10. In haar advies over *The pre-emption of Parliament* wordt de taakverdeling tussen de wetgevende en de uitvoerende macht wel aan de *rule of law* getoetst. *Constitution Committee*, 13^{de} verslag, 2012-13.

³²⁵ Lord REED in *Supreme Court* 9 oktober 2013, *Osborn v The Parole Board*, nr. 71. “*The second value is the rule of law. Procedural requirements that decision-makers should listen to persons who have something relevant to say promote congruence between the actions of decision-makers and the law which should govern their actions (see eg Fuller, The Morality of Law, revised ed (1969), p 81, and Bingham, The Rule of Law (2010), chapter 6).*”

³²⁶ V. BOGDANOR, geciteerd door T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 161.

grondwettelijk” beginsel dan niet onverenigbaar?³²⁷ Om dit te beoordelen, moeten eerst de oorsprong en de hedendaagse draagwijdte van het beginsel van parlementaire soevereiniteit worden onderzocht.

124. Oorsprong van de parlementaire soevereiniteit – De Britse rechtsgeleerden zijn het alvast eens dat het beginsel van de parlementaire soevereiniteit zijn oorsprong niet in de wetgeving heeft.³²⁸ Welke grondslag het wel heeft, is voorwerp van een vurig debat. Ligt dit in de *common law*³²⁹ dan wel in een “*higher-order law*”³³⁰? Dit debat is niet onbelangrijk, omdat, afhankelijk van het antwoord, het aan de rechters toekomt om de verhouding ervan met de *rule of law* te bepalen. BINGHAM wijst beide meningen af: het beginsel van de parlementaire soevereiniteit is volgens hem het hoogste grondwettelijke beginsel, omdat het sinds eeuwen door de rechters en iedereen die met de grondwettelijke rechtsorde te maken heeft, als een fundamenteel beginsel wordt erkend. De rechters hebben niet de grondslag aan het beginsel gegeven en kunnen het dan ook niet zelf terugnemen.³³¹

125. Draagwijdte van de parlementaire soevereiniteit? – Over de draagwijdte van het beginsel van de parlementaire soevereiniteit als hoogste grondwettelijke beginsel heerst er óók discussie.³³² Dit debat wordt op twee fronten gehouden: enerzijds wordt aangevoerd dat de parlementaire soevereiniteit al beperkt is door het rechterlijk toezicht in het kader van de Europese Unie en de toetsing aan de *Human Rights Act* (1); anderzijds wordt ook los van het toezicht in het kader van de Europese Unie en de toetsing aan de *Human Rights Act* een beperkte parlementaire soevereiniteit bepleit (2).

(1) DRAAGWIJDTE DOOR DE EUROPEESRECHTELIJKE EVOLUTIES

126. Beperken de EU en de HRA de parlementaire soevereiniteit? – De Europese rechtsorde en de implementatie ervan in de Britse rechtsorde, met inbegrip van het beginsel van de voorrang van het recht van de Europese Unie³³³ en de *Human Rights Act*³³⁴ zouden ertoe

³²⁷ V. BOGDANOR, "The Sovereignty of Parliament or the Rule of Law?", 20 en F. JACOBS, *The Sovereignty of Law: The European Way*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 5.

³²⁸ Een wetsvoorstel om de parlementaire soevereiniteit in een wet te bevestigen, de *Parliamentary Sovereignty Bill 2010-12*, bleef, omwille van het einde van het parlementaire jaar in 2011-2012, zonder gevolg.

³²⁹ Lords STEYN en HOPE en Baroness HALE vermelden *obiter dicta* in de hierna besproken “*Hunting Case*” of “*Jackson Case*” dat het beginsel van de parlementaire soevereiniteit een beginsel van de *common law* is en aldus – indien nodig – ook door de rechters kan worden herzien. Zie *infra*, randnummer 132 e.v.

³³⁰ J. LAWS, "Law and Democracy", *Public Law* 1995, (72) 87.

³³¹ T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 167 en T. BINGHAM, "The Rule of Law and the Sovereignty of Parliament", 22.

³³² P. CRAIG, "Constitutional Foundations, the Rule of Law and Supremacy", 109. "Is England abandoning her Lockean Grundnorm?" stelt CAPPELLETTI als titel in M. CAPPELLETTI, "Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of "constitutional justice"", 20.

³³³ Het Hof van Justitie heeft erkend dat de oprichting van de Europese Gemeenschap de voorrang van het gemeenschapsrecht vooronderstelt en een verplichting aan elk staatsorgaan oplegt om normen, die in strijd zijn met het recht van de Europese Unie met directe werking, niet uit te vaardigen of buiten toepassing te laten. HvJ 5 februari 1963, 26/62, *Van Gend en Loos*; 15 juli 1964, 6/64, *Costa/Enel*; 19 juni 1990, 213/89, *Factortame I*; 22 juni 1989, 103/88, *Fratelli Costanzo*. Krachtens het belangrijke

hebben geleid dat de parlementaire soevereiniteit niet meer het eerste grondwettelijke beginsel is. De voorrang van het recht van de Europese Unie is voldoende bekend³³⁵, zodat hieronder alleen wordt uiteengezet op welke wijze de *Human Rights Act* een invloed op de parlementaire soevereiniteit heeft.

127. Verklaring van onverenigbaarheid – Krachtens artikel 4 van de *Human Rights Act* kan de rechter een wet onverenigbaar met de *Human Rights Act* verklaren (indien deze niet kan worden geïnterpreteerd op een wijze die verenigbaar is met de doelstellingen van het EVRM en met de rechtspraak van het EHRM³³⁶). Uit de bewoordingen van deze wet en uit de debatten tijdens haar totstandkoming blijkt dat het gevolg van een verklaring van onverenigbaarheid met de *Human Rights Act* op het concrete geschil als bijkomstig werd beschouwd. Zulke verklaring houdt voornamelijk in dat de rechter aan het Britse Parlement en de regering mededeelt dat hij een wetsbepaling onverenigbaar met de *Human Rights Act* beschouwt. Het komt de politieke organen toe om te beslissen welk gevolg zij aan deze verklaring geven.³³⁷ Ondanks dit op het eerste gezicht beperkte gevolg van de rechterlijke toetsing, mag het belang van deze wet niet worden onderschat: het is de eerste Britse wet die aan de rechters de bevoegdheid geeft om een wet te toetsen aan “hoger recht”, *in casu* de in de wet opgenomen verdragsrechten, en aldus een juridisch toezicht op de inhoud van wetgeving toestaat.

128. Buiten toepassing laten – Bovendien hebben de rechters de gevolgen van hun toetsingsbevoegdheid in het kader van de *Human Rights Act* toch enigszins verruimd. Het was niet de bedoeling van de Britse wetgever dat de rechterlijke toetsing op grond van de *Human Rights Act* ertoe zou leiden dat de betrokken wet buiten toepassing zou worden gelaten. De rechter moest slechts een signaal aan de wetgever geven om de wet aan te passen.³³⁸ Het *Supreme Court* (toen nog *House of Lords*) heeft evenwel vrij snel geoordeeld

arrest *Factortame* werden de Britse rechters verplicht om het Britse recht buiten toepassing te laten, indien dit het Europese gemeenschapsrecht schendt.

³³⁴ Section 4 van de *Human Rights Act*. Door het dualistisch rechtsstelsel van het Verenigd Koninkrijk, kon de Britse burger zich alleen voor het EHRM op de in het EVRM gewaarborgde rechten beroepen. De *Human Rights Act* van 1998 neemt deze rechten grotendeels over en geeft internrechtelijk werking aan het EVRM. In deze wet worden bepaalde rechten gewaarborgd, die tevens deel van de *rule of law* uitmaken, namelijk het verbod op retroactieve wetten, het recht op een eerlijk proces,... Krachtens deze wet hebben de Britse rechters de bevoegdheid om alle wetten te toetsen aan de *Human Rights Act* en deze zo nodig onverenigbaar te verklaren.

³³⁵ Doch niet geheel onbetwist. In het belangrijke HS2-arrest geven *Lord NEUBERGER* en *Lord MANCE* van het *Supreme Court* aan dat de voorrang van het recht van de Europese Unie op grondwettelijke wetten (“*constitutional statutes and principles*”) niet absoluut zou zijn. *Supreme Court* 22 januari 2014, [2014] UKSC 3, nr. 207. “*It is, putting the point at its lowest, certainly arguable (and it is for United Kingdom law and courts to determine) that there may be fundamental principles, whether contained in other constitutional instruments or recognised at common law, of which Parliament when it enacted the European Communities Act 1972 did not either contemplate or authorise the abrogation.*”

³³⁶ Section (artikel) 3 *Human Rights Act*. Deze interpretatieverplichting is strenger dan deze onder de *common law* en is vergelijkbaar met het *Marleasing*-beginsel uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. Zie R. BUXTON, “The future of declarations of incompatibility”, *Public Law* 2010, (213) 213. Voor het *Marleasing*-beginsel, zie HvJ 13 november 1990, C-106/89, *Marleasing SA/ La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, nr. 8.

³³⁷ R. BUXTON, “The future of declarations of incompatibility”, 214.

³³⁸ *Hansard*, HL vol. 584, kolom 1294 (19 januari 1998) te vinden op <http://hansard.millbanksystems.com/Lords/1998/jan/19/human-rights-bill-hl>.

dat de verplichting om “rekening te houden” met de Straatsburgse rechtspraak (artikel 2 en artikel 3 *Human Rights Act*) doorgaans inhoudt dat de nationale rechter de beginselen die duidelijk in de Straatsburgse rechtspraak worden vastgesteld, toepast en dus strijdige interne wetgeving buiten toepassing moet laten.³³⁹ De rechter moet dit uitzonderlijk niet doen wanneer Straatsburg onvoldoende rekening met het nationale recht of de nationale omstandigheden heeft gehouden en aldus nog dialoog met Straatsburg nodig is.³⁴⁰

129. *Het eerste beginsel* – BINGHAM en JOWELL menen evenwel dat de grondwettelijke evoluties onder invloed van de Europese Unie en van de *Human Rights Act* geen inbreuk op het beginsel van de parlementaire soevereiniteit vormen, daar in beide gevallen het Parlement deze bevoegdheden aan de rechter heeft toegekend.³⁴¹ Het Verenigd Koninkrijk erkende immers de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de voorrang van het recht van de Europese Unie toen het lid van de Europese Gemeenschap werd. Hetzelfde geldt voor de bevoegdheid van de rechters om op grond van de *Human Rights Act* wetten “onverenigbaar met de *Human Rights Act*” te verklaren: deze werd hen uitdrukkelijk door het Parlement toegekend. BINGHAM verdedigt dan ook dat het beginsel van parlementaire soevereiniteit nog steeds absoluut geldt.³⁴²

³³⁹ Lord SLYNN in *House of Lords* 9 mei 2001, *R (Alconbury)*, [2001] UKHL 23, [2003] 2 AC 295, 26 en Lord BINGHAM in *House of Lords* 17 juni 2004, *R (on the application of Ullah) v Special Adjudicator*, [2004] 2 AC 323, 20. Vaak bevestigd, onder meer door Lord NEUBERGER in *Supreme Court* 3 december 2010, *Manchester City Council v Pinnock*, [2011] 2 AC 104, nr. 48 (“Where, however, there is a clear and constant line of decisions whose effect is not inconsistent with some fundamental substantive or procedural aspect of our law, and whose reasoning does not appear to overlook or misunderstand some argument or point of principle, we consider that it would be wrong for this court not to follow that line.”)

³⁴⁰ Lord PHILIPS in *Supreme Court* 9 december 2009, *R v Horncastle*, [2010] 2 AC 373, nr. 11 (“The requirement to “take into account” the Strasbourg jurisprudence will normally result in the domestic court applying principles that are clearly established by the Strasbourg court. There will, however, be rare occasions where the domestic court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to the domestic court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between the domestic court and the Strasbourg court.”)

³⁴¹ T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 164; T. BINGHAM, “The Rule of Law and the Sovereignty of Parliament”, 15-18 en J. JOWELL, “Parliamentary Sovereignty under the New Constitutional Hypothesis”, *Public Law* 2006, (562) 563. Zo meende ook de wetgever bij de invoering van de *Human Rights Act*. Zie *Rights Brought Home*, Cm 3782, nr. 2.13, te vinden op <http://www.archive.official-documents.co.uk/document/hoffice/rights/chap2.htm> en *Hansard*, HL vol. 584, kolom 1294 (19 januari 1998), te vinden op <http://hansard.millbanksystems.com/Lords/1998/jan/19/human-rights-bill-hl>.

³⁴² T. BINGHAM, “The Rule of Law and the Sovereignty of Parliament”, 12-22 en 24-25 (“We live in a society dedicated to the rule of law; in which Parliament has power, subject to limited, self-imposed restraints, to legislate as it wishes; in which Parliament may therefore legislate in a way which infringes the rule of law; and in which the judges, consistently with their constitutional duty to administer justice according to the laws and usages of the realm, cannot fail to give effect to such legislation if it is clearly and unambiguously expressed.”) Zie ook Lord IRVINE, “Judges and decision makers: the theory and practice of *Wednesbury* review”, *Public Law* 1996, (59) 75-78.

130. *Geen parlementaire soevereiniteit* – Naast de hierboven beschreven discussie of de door Europa ingegeven grondwettelijke evoluties ertoe hebben geleid dat het beginsel van de parlementaire soevereiniteit niet langer het eerste grondwettelijke beginsel zou zijn, wordt in de rechtsleer en in de rechtspraak ook aangevoerd dat de absolute parlementaire soevereiniteit *tout court* niet langer geldt. Er zijn drie stromingen die een beperkte parlementaire soevereiniteit verdedigen. Het onderscheid tussen deze stromingen ligt in de grondslag voor de beperking van de parlementaire soevereiniteit: in een *higher order law*³⁴³, in de *rule of law* dan wel in het *constitutionalism*³⁴⁴. Voor dit proefschrift is de stroming van de *rule of law* die in de rechtspraak en in de rechtsleer tot uiting komt relevant. Zij wordt dan ook hieronder uiteengezet.

131. *Rule of law en soevereiniteit van het parlement* – Tot op heden hebben de Britse rechters zich nog niet bevoegd geacht om Britse wetten – doch wel Schotse wetten, zie *infra* – wegens strijdigheid met de *rule of law* buiten toepassing te laten. DICEYS hiërarchie – dit is de parlementaire soevereiniteit als eerste grondwettelijk beginsel en de *rule of law* als tweede – geldt aldus nog onverkort (althans binnen de louter interne rechtsorde): onverenigbaarheid met de *rule of law* leidt nog niet tot de ongeldigheid van een Britse wetgevende norm.³⁴⁵ De hedendaagse Britse grondwettelijke rechtsorde is hieromtrent evenwel in evolutie: er zijn tekenen dat de *rule of law* ook de grondslag voor een rechterlijke toetsing van wetten biedt. Deze tekenen zijn het *Jackson*-arrest en het *AXA*-arrest en, op subtielere wijze, het *Evans*-arrest.

132. *Jackson en de geldigheid van de wet* – Het arrest *R. (on the application of Jackson) v Attorney General*³⁴⁶ (hierna “*Jackson*” genaamd) van 13 oktober 2005 vormt een eerste inbreuk op DICEYS hiërarchie. Onder het mom van wetsinterpretatie toetst de *House of*

³⁴³ Een “*higher-order law*”, die de grondslag aan het beginsel van de parlementaire soevereiniteit biedt, stelt tegelijk ook beperkingen eraan. J. LAWS, “Law and Democracy”, 85.

³⁴⁴ Deze stroming bepleit dat de bevoegdheid van het Parlement door grondwettelijke teksten en rechten wordt beperkt. Sinds 1999 erkennen de Britse rechters het bestaan van *constitutional rights and principles* en van *constitutional statutes*. *Constitutional statutes* (hierna “grondwettelijke wetten” genoemd) bepalen de relatie tussen de burger en de staat op een algemene, allesomvattende wijze en de draagwijdte van fundamentele grondwettelijke rechten. De *Magna Carta*, *Habeus Corpus Act*, *Bill of Rights*, *Human Rights Act*, *the European Communities Act 1972* en de *Constitutional Reform Act 2005* zijn voorbeelden ervan. In tegenstelling tot de gewone wetten kunnen de grondwettelijke wetten slechts uitdrukkelijk worden gewijzigd. Daarom worden deze wetten ook “*entrenched*” (verankerd) genoemd. Onder meer *Lord STEYN* in *House of Lords* 8 juli 1999, *R. v Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms*, [2003] 2 A.C. 115 en *Lord Justice LAWS* in *Queen’s Bench Division* 18 februari 2002, *Thoburn v. Sunderland City Council*, [2003] Q.B. 151, 187. Zie ook *Supreme Court* 22 januari 2014 (HS2-arrest), [2014] UKSC 3, nrs. 79 en 207. Inmengingen in fundamentele rechten kunnen ook slechts op uitdrukkelijke wijze. *Supreme Court* 25 juni 2014, [2014] 3 W.L.R. 200, nr. 64. Zie ook, instemmend, P. CRAIG, “Constitutionalising constitutional law: HS2”, *Public Law* 2014, (373) 384-387.

³⁴⁵ *Lord BINGHAM* in *House of Lords* 25 november 2002, *Regina (Anderson) v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 1 A.C. 837, 886.

³⁴⁶ *House of Lords* 13 oktober 2005, *Jackson a.o. v. Her Majesty’s Attorney General*, [2005] UKHL 56.

Lords in dit arrest de geldigheid van de *Hunting Act*.³⁴⁷ Deze wet werd aangenomen op grond van de *Parliament Acts* van 1911 en 1949, die, om de invloed van de niet-verkozen *Lords* in te dijken, voorzien in een wetgevingsprocedure zonder de tussenkomst van de *House of Lords*. In 1911 werd beslist dat indien de *House of Lords* tijdens drie opeenvolgende zittingsperiodes gespreid over twee jaar zijn instemming met een wetsvoorstel³⁴⁸ weigert, de voorzitter van de *House of Commons* (de *Speaker*) de bekrachtiging en afkondiging door de Koning kan vragen. In 1949 werden de voorwaarden versoepeld: niet drie, maar twee sessies en de tijdsperiode werd tot één jaar beperkt. De *Parliament Act* van 1911 werd met instemming van de *House of Lords* uitgevaardigd, deze van 1949 evenwel niet. Deze laatste wet kwam op grond van de *Parliament Act* van 1911 tot stand.

In de *Jackson*-zaak voert de verzoekende partij aan dat de *Hunting Act* nietig is, daar deze op grond van de nietige *Parliament Act* van 1949 werd uitgevaardigd. De *House of Lords Appellate Committee* oordeelt echter unaniem dat de *Parliament Act* van 1949 geldig is. Hiermee oordeelt het hoogste rechtsprekend orgaan van het Verenigd Koninkrijk over de geldigheid van een wet, wat nochtans niet toegelaten is door de *common law*³⁴⁹, de *Bill of Rights* en de *Parliament Act* van 1911³⁵⁰. De verwerende partij (*Attorney General*) verzet zich niet tegen de toetsing van de *Parliament Act* van 1949. De rechters rechtvaardigen deze toetsing onder het mom van wetsinterpretatie, met name de vraag of de *Parliament Act* van 1911 de uitvaardiging van de *Parliament Act* van 1949 toestond. De rechters zijn zich wel degelijk bewust dat zij daarbij een waardevol precedent over de grenzen van de parlementaire soevereiniteit scheppen, zoals uit de woorden van *Lord HOPE* blijkt:

“The fact that your Lordships have been willing to hear this appeal and to give judgment upon it is another indication that the courts have a part to play in defining the limits of Parliament’s legislative sovereignty.”³⁵¹

133. *Rule of law als eerste grondwettelijk beginsel?* – Niet alleen het feit dat de rechters in deze zaak voor het eerst *judicial review* op een wet – ook al is het onder het mom van

³⁴⁷ Deze wet verbiedt de jacht met honden op de meeste wilde dieren. Deze wet werd ook aangevochten wegens schending van het EVRM, doch dit werd door alle bevoegde rechtscolleges, ook de *House of Lords* afgewezen. *House of Lords* 29 juli 2005, *England and Wales High Court (Administrative Court), The Countryside Alliance and others v Her Majesty’s Attorney General and others*, [2005] EWHC 1677 (Admin), [2006] EuLR 178.

³⁴⁸ Slechts drie soorten wetsvoorstellen zijn uitgesloten: wetsvoorstellen houdende de begroting, *provisional orders* en de verlenging van de legislatuur tot meer dan vijf jaar kunnen nooit zonder instemming van de *House of Lords* wet worden.

³⁴⁹ “The idea, which seems to have had some currency, mainly in Scotland, that an Act of Parliament, public or private, or provision in an Act of Parliament could be declared invalid or ineffective in the courts on account of some irregularity in Parliamentary procedure, or on the ground that Parliament in passing it was misled, or on the ground that it was obtained by deception or fraud, has been decisively repudiated by authorities of the highest standing from 1842 onwards. The remedy for a Parliamentary wrong, if one has been committed, must be sought from Parliament, and cannot be gained from the courts.” en “the courts in this country have no power to declare enacted law to be invalid”, *Lords WILBERFORCE* en *SIMON of GLAISDALE* in *House of Lords* 30 januari 1974, *Pickin v Board of British Rail*, 1974, A.C. 765, 792 en 798.

³⁵⁰ *Section 3 Parliament Act 1911-1949* (“Any certificate of the Speaker of the House of Commons given under this Act shall be conclusive for all purposes, and shall not be questioned in any court of law.”)

³⁵¹ *House of Lords* 13 oktober 2005, *Jackson a.o. v. Her Majesty’s Attorney General*, nr. 107.

wetsinterpretatie – toepassen, verdient onze aandacht, maar ook de daarbij gebruikte argumenten. De verzoekende partij verdedigt onder meer dat een wet, uitgevaardigd op grond van een specifieke wetgevingsprocedure, zelf geen wijzigingen aan deze wetgevingsprocedure kan aanbrengen. De rechters aanvaarden dit niet, doch sommige rechters vragen zich in *obiter dicta* af of de *Parliament Act* van 1911 geen impliciete beperkingen oplegt: zo zou een wet, op grond van de *Parliament Act* uitgevaardigd, niet de *House of Lords* kunnen afschaffen of de *judicial review* beperken of afschaffen.³⁵² Deze laatste impliciete beperking vloeit voort uit de eerbied voor de *rule of law*. Het is dan ook – en vooral – in deze (*obiter dicta*) overwegingen dat de *Lords Justice* de *rule of law* op een hoger niveau dan de soevereiniteit van het parlement lijken te plaatsen. De grondslag voor deze verandering in DICEYS hiërarchie vindt *Lord STEYN* in de nieuwe grondwettelijke rechtsorde, die door de *Human Rights Act 1998* tot stand is gebracht:

“We do not in the United Kingdom have an *uncontrolled constitution* as the Attorney General implausibly asserts. [...] the European Convention on Human Rights as incorporated into our law by the Human Rights Act, 1998, created a new legal order. One must not assimilate the ECHR with multilateral treaties of the traditional type. Instead it is a legal order in which the United Kingdom assumes obligations to protect fundamental rights, not in relation to other states, but towards all individuals within its jurisdiction. *The classic account given by Dicey of the doctrine of the supremacy of Parliament, pure and absolute as it was, can now be seen to be out of place in the modern United Kingdom. Nevertheless, the supremacy of Parliament is still the general principle of our constitution. It is a construct of the common law. The judges created this principle. If that is so, it is not unthinkable that circumstances could arise where the courts may have to qualify a principle established on a different hypothesis of constitutionalism.* In exceptional circumstances involving an attempt to abolish judicial review or the ordinary role of the courts, the Appellate Committee of the House of *Lords* or a new Supreme Court may have to consider whether this is a constitutional fundamental which even a sovereign Parliament acting at the behest of a complaisant House of Commons cannot abolish.”³⁵³

Lord HOPE benadrukt daarbij de evolutie in de begrippen parlementaire soevereiniteit en “*rule of law*” als grondwettelijke beginselen:

“Our constitution is dominated by the sovereignty of Parliament. *But Parliamentary sovereignty is no longer, if it ever was, absolute* ... It is no longer right to say that its freedom to legislate admits of no qualification whatever. Step by step, gradually but surely, the English principle of the absolute legislative sovereignty of Parliament which Dicey derived from Coke and Blackstone is being qualified. (...)”³⁵⁴

“*The rule of law enforced by the courts is the ultimate controlling factor on which our constitution is based...* [and] ... Parliamentary sovereignty is an empty principle if

³⁵² *Lord STEYN* in *House of Lords* 13 oktober 2005, *Jackson a.o. v. Her Majesty's Attorney General*, nr. 102. Zie J. JOWELL, "Parliamentary Sovereignty under the New Constitutional Hypothesis", 569.

³⁵³ *Lord STEYN* in *House of Lords* 13 oktober 2005, *Jackson a.o. v. Her Majesty's Attorney General*, nr. 102 (eigen nadruk). Zie hierover T.R.S. ALLAN, "Questions of legality and legitimacy: Form and substance in British constitutionalism", *Int. J. Const. Law* 2011, (155) 6.

³⁵⁴ *Lord HOPE* in *House of Lords* 13 oktober 2005, *Jackson a.o. v. Her Majesty's Attorney General*, nr. 104 (eigen nadruk).

legislation is passed which is so absurd or so unacceptable that the populace at large refuses to recognise it as law.”³⁵⁵

Zelfs *Lord BINGHAM*, die zonder wettelijke grondslag geen rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten aanvaardt en het beginsel van parlementaire soevereiniteit nog steeds als het hoogste grondwettelijke beginsel beschouwt³⁵⁶, aanvaardt dat het argument van de verzoekende partijen moet worden onderzocht, opdat de *rule of law* zou worden gewaarborgd.³⁵⁷

134. Draagwijdte Jackson-arrest – Het *Jackson*-arrest is een mijlpaal in de Britse grondwettelijke rechtspraak. Voor de eerste maal wordt – buiten de bevoegdheden in het kader van het recht van de Europese Unie of de mensenrechten, maar onder het mom van wetsinterpretatie – de geldigheid van een Britse wet getoetst en wordt, weliswaar in *obiter dicta*, overwogen dat de *rule of law* het beginsel van de parlementaire soevereiniteit beperkt. *JOWELL* stelt dan ook terecht:

“It may take some time, provocative legislation and considerable judicial courage for the courts to assert the primacy of the Rule of Law over Parliamentary sovereignty, but it is no longer self-evident, or generally accepted, that a legislature in a modern democracy should be able with impunity to violate the strictures of the Rule of Law.”³⁵⁸

135. AXA en constitutionale review van Schotse wetten – Een tweede teken dat de parlementaire soevereiniteit en de *rule of law* (ten aanzien van elkaar) evolueren, is het arrest *AXA*. Dit blijkt onder meer uit de opinie van *Lord HOPE* die schrijft dat een rechtsvraag van grondwettelijk belang moet worden beantwoord: welke rol heeft de *rule of law* in het bepalen van de grenzen van de verhouding tussen de democratisch verkozen wetgevers en de rechterlijke macht?³⁵⁹

In het *AXA*-arrest oordeelt het *Supreme Court* immers unaniem dat de rechters ook³⁶⁰ op grond van de *common law* Schotse wetten mogen toetsen. Vooraleer in te gaan op de beweegredenen van de Britse hoogste rechters om deze bevoegdheid te erkennen, is het belangrijk om het staatsrechtelijk profiel van het Schotse Parlement uiteen te zetten. In de *Scotland Act*, waarin de bevoegdheid van het Schotse Parlement en de *devolution* worden geregeld, wordt bepaald dat een wetgevende norm van het Schotse Parlement geen “*law*” is, wanneer het Schotse Parlement buiten zijn wetgevende bevoegdheid heeft gehandeld. Dit is onder meer het geval wanneer de wet strijdig is met het EVRM of met het recht van de Europese Unie of wanneer het Schotse Parlement treedt op de aan de Britse wetgever voorbehouden materies.³⁶¹ Het Schotse Parlement is dan ook “geen soeverein orgaan”,

³⁵⁵ *Lord HOPE* in *House of Lords* 13 oktober 2005, *Jackson a.o. v. Her Majesty's Attorney General*, nr. 120 (eigen nadruk).

³⁵⁶ Zie randnummer 142.

³⁵⁷ *Lord BINGHAM* in *House of Lords* 13 oktober 2005, *Jackson a.o. v. Her Majesty's Attorney General*, nr. 27. Zie ook *J. JOWELL*, "Parliamentary Sovereignty under the New Constitutional Hypothesis", 577.

³⁵⁸ *J. JOWELL*, "The Rule of Law and its Underlying Values (2007)", 23.

³⁵⁹ *Lord HOPE* in *Supreme Court* 12 oktober 2011, *AXA General Insurances Ltd and others v HM Advocate and others*, [2012] 1 A.C. 868, nr. 42.

³⁶⁰ De rechterlijke toetsing op grond van artikel 29, § 2 van de *Scotland Act* was al eerder aanvaard. Voor *devolution*-kwesties, zie *Supreme Court* 3 maart 2010, *Martin v HM Advocate*, [2010] UKSC 10.

³⁶¹ Artikel 29 van de *Scotland Act* van 19 november 1998.

doch een orgaan waaraan een beslissingsbevoegdheid is gedelegeerd en dat niet kan genieten van “*the sovereignty of the Crown in Parliament*”.³⁶²

136. Grondslag voor constitutional review – Lord HOPE vindt de grondslag voor grondwettigheidstoetsing van Schotse wetten in deze beperkte bevoegdheid van het Schotse Parlement. Hij erkent dat dit parlement een zelfstandig, democratisch verkozen wetgever is, doch stelt vast dat diens bevoegdheid beperkt is. Omdat de wet de bevoegdheid om te oordelen of een wet van het Schotse Parlement binnen diens bevoegdheid valt, niet aan de rechter onttrekt, acht hij de rechter daartoe bevoegd.³⁶³ Nadat hij het bestaan van de grondwettigheidstoetsing op grond van de *common law* heeft bevestigd, moet hij beslissen welke criteria de rechter bij zijn toetsing moet gebruiken.³⁶⁴ Daarbij benadrukt hij dat de *rule of law* vereist dat de rechters erover moeten waken dat ook “extreme wetten”, die de rechtsbescherming verminderen, geen “*law*” zijn.³⁶⁵ Hieruit en uit de hoger vermelde vraag welke rol de *rule of law* heeft in het bepalen van de grenzen van de verhouding tussen de democratisch verkozen wetgevers en de rechterlijke macht kan worden afgeleid dat hij de bevoegdheid van de rechter om de Schotse wetten te toetsen op de *rule of law* steunt. In zijn zoektocht naar toetsingscriteria haalt hij bovendien niet het onderscheid tussen het Schotse en het Britse Parlement aan, maar hun gelijkenissen, zodat deze redenering ook voor Britse wetten toepasselijk kan³⁶⁶ zijn.³⁶⁷

137. Grondslag voor constitutional review – Om de rechterlijke toetsing van de Schotse wet te verantwoorden, gebruikt Lord REED niet Lord HOPES onderscheid tussen “primaire en secundaire wetgevers”³⁶⁸. Hij vermeldt evenmin op welke grond (naast de *common law*) de wetten van het Schotse Parlement door de rechter kunnen worden getoetst. In algemene termen “*judicial review under the common law*” en “*public authority*” beschrijft hij dat het de grondwettelijke taak van de rechter is om ervoor te zorgen dat een “*public authority*” haar bevoegdheid niet misbruikt.³⁶⁹ Zijn woorden hebben op zich een algemene

³⁶² Lord HOPE in *Supreme Court* 12 oktober 2011, *AXA General Insurances Ltd and others v HM Advocate and others*, nrs. 46 en 51.

³⁶³ Lord HOPE in *Supreme Court* 12 oktober 2011, *AXA General Insurances Ltd and others v HM Advocate and others*, nr. 46.

³⁶⁴ Eens is erkend dat een wet op grond van de *common law* kan worden getoetst, rijst de vraag of dezelfde toetsingsgronden als voor *judicial review* kunnen worden gebruikt, met inbegrip van irrationaliteit, onredelijkheid en willekeur. Het *Supreme Court* meent dat *review for irrationality, unreasonableness or arbitrariness* voor wetten moet worden uitgesloten. Lord HOPE in *Supreme Court* 12 oktober 2011, *AXA General Insurances Ltd and others v HM Advocate and others*, nr. 52 en Lord REED in hetzelfde arrest, nrs. 143-145 en nr. 154.

³⁶⁵ Lord HOPE in *Supreme Court* 12 oktober 2011, *AXA General Insurances Ltd and others v HM Advocate and others*, nr. 51.

³⁶⁶ Lord HOPE stelt uitdrukkelijk dat er geen nood is om te beslechten op welke wijze de *rule of law* en de parlementaire soevereiniteit van het Britse parlement kunnen worden verzoend. Lord HOPE in *Supreme Court* 12 oktober 2011, *AXA General Insurances Ltd and others v HM Advocate and others*, nr. 51.

³⁶⁷ P. RONCHI, “Axa v. Lord Advocate. Putting the Axa to Parliamentary Sovereignty”, *Eur. Public Law* 2013, (61) 66.

³⁶⁸ CH. HIMSWORTH, “The Supreme Court reviews the Review of Acts of the Scottish Parliament”, *Public Law* 2012, (205) 209.

³⁶⁹ Lord REED in *Supreme Court* 12 oktober 2011, *AXA General Insurances Ltd and others v HM Advocate and others*, nr. 142. “*Judicial review under the common law is based upon an understanding of the respective constitutional responsibilities of public authorities and the courts. The constitutional function of the courts in the field of public law is to ensure, so far as they can, that public authorities respect the*

draagwijdte: niet *of* maar *hoe judicial review* moet worden uitgevoerd, is afhankelijk van de aard van het overheidsorgaan en de draagwijdte van zijn bevoegdheden³⁷⁰. Slechts voor het bepalen van de toetsingscriteria wordt gekeken naar het staatsrechtelijk profiel van het overheidsorgaan: bijvoorbeeld, heeft het overheidsorgaan een discretionaire bevoegdheid in het bepalen van zijn doelen? Vermits de Schotse wetgever vrij is om te oordelen op grond van welke overwegingen en voor welk doel hij wetgeving uitvaardigt, kan de Schotse wet niet worden getoetst op grond van de *common law* gronden van irrationaliteit, willekeur of onredelijkheid. De rechter zou zich dan in de plaats van de wetgever stellen.³⁷¹ In uitzonderlijke gevallen moet de rechter op grond van de *common law* de wet wél toetsen aan fundamentele rechten en de *rule of law*. Het Britse Parlement was immers niet bevoegd om het Schotse Parlement de bevoegdheid te geven om – bij algemene bewoordingen – van de *rule of law* af te wijken en heeft hiertoe ook nooit de intentie gehad.³⁷²

138. *AXA en Britse wetten?* – Lord HOPE maakt een onderscheid tussen primaire en secundaire wetgevers, opdat niet zou worden geraakt aan het beginsel van de parlementaire soevereiniteit van het Britse parlement en het AXA-arrest geen precedent voor de Britse wetten zou zijn. Lord REED doet dit niet en dit is terecht. Voor de verhouding tussen de rechter en de wetgever maakt het immers niet uit of de wetgever een primaire of secundaire wetgever is. De zogenaamde voorrang van een wetgever vindt zijn grondslag in zijn democratische samenstelling. Voor de rechtsstaat is het onderscheid eveneens irrelevant: zowel een primaire als een secundaire wetgever is beperkt in zijn bevoegdheid en in een hedendaagse rechtsstaat worden ook deze beperkingen door de rechter afgedwongen. Omwille van Lord REEDS opinie moet worden besloten dat het AXA-arrest in beginsel ook voor Britse wetten geldt³⁷³ en aldus een nieuwe inbreuk op het beginsel van de parlementaire soevereiniteit vormt.

139. *Evans-arrest* – In een recent derde arrest hebben drie rechters van het *Supreme Court* opnieuw aangegeven dat de *rule of law* mogelijk de parlementaire soevereiniteit beperkt.³⁷⁴ Omdat dit gebeurde in het kader van wetsinterpretatie – een bevoegdheid die de rechters

rule of law. The courts therefore have the responsibility of ensuring that the public authority in question does not misuse its powers or exceed their limits."

³⁷⁰ CH. HIMSWORTH, "The Supreme Court reviews the Review of Acts of the Scottish Parliament", 209.

³⁷¹ Lord REED in *Supreme Court* 12 oktober 2011, *AXA General Insurances Ltd and others v HM Advocate and others*, nr. 148. "Lawmaking by a democratically elected legislature is the paradigm of a political activity, and the reasonableness of the resultant decisions is inevitably a matter of political judgment. In my opinion it would not be constitutionally appropriate for the courts to review such decisions on the ground of irrationality. Such review would fail to recognise that courts and legislatures each have their own particular role to play in our constitution, and that each must be careful to respect the sphere of action of the other."

³⁷² Lord REED in *Supreme Court* 12 oktober 2011, *AXA General Insurances Ltd and others v HM Advocate and others*, nr. 152.

³⁷³ CH. HIMSWORTH, "The Supreme Court reviews the Review of Acts of the Scottish Parliament", 210.

³⁷⁴ *Supreme Court* 26 maart 2015, *R (on the application of Evans) and another (Respondents) v Her Majesty's Attorney General (Appellant)*, UKSC 2014/0137 (hierna "Evans-arrest" genoemd). Zie M. ELLIOTT, "Of Black Spiders and Constitutional Bedrock: The Supreme Court's Judgment in Evans", te vinden op <http://publiclawforeveryone.com/2015/03/26/of-black-spiders-and-constitutional-bedrock-the-supreme-courts-judgment-in-evans/> en A. YOUNG, "R (Evans) v Attorney General [2015] UKSC 21 – the Anisminic of the 21st Century?" U.K. Const. L. Blog (31 maart 2015).

sinds mensenheugnis op grond van de common law heeft – gebeurde dit op een subtielere wijze dan in het AXA-arrest.

De feiten zijn als volgt. Een journalist van *The Guardian* had verzocht dat de brieven die Prins Charles naar de ministers stuurde (in de periode september 2004-maart 2005) openbaar zouden worden gemaakt. Het *Upper Tribunal*, het hoogste bevoegde administratieve rechtscollege, had in een zeer sterk gemotiveerd arrest dit verzoek ingewilligd, nadat het hierover een terechtzitting van zes dagen had gehouden waarin alle partijen, argumenten en experts zijn gehoord. In artikel 53 van de *Freedom of Information Act 2000* wordt echter een “veto-recht” toegekend aan de “bevoegde persoon”. Deze kan beslissen dat geen openbaarheid moet worden gegeven, wanneer hij op grond van redelijke gronden (“*reasonable grounds*”) van oordeel is de openbaarheid kan worden geweigerd. Nadat het *Upper Tribunal* het verzoek tot openbaarheid had ingewilligd, besluit de bevoegde persoon, *in casu* de *Attorney-General* dat de brieven van Prins Charles niet openbaar moeten worden gemaakt. Deze beslissing had aldus het gevolg dat een rechterlijke uitspraak geen gevolg zou krijgen.

In het *Evans*-arrest oordeelt het *Supreme Court* dat deze beslissing van de *Attorney-General* onwettig is. De bevoegdheid van het *Supreme Court* daartoe is onbetwist: dit kadert binnen de *judicial review* op een handeling van de uitvoerende macht. De rechtsvragen waren echter: wat betekenen de woorden “*reasonable grounds*” en waren er in dit geval “*reasonable grounds*”? Op grond van welke motivering kan de *Attorney-General* (een lid van de uitvoerende macht) een rechterlijke uitspraak herroepen?

140. *Rule of law en wetsinterpretatie* – Volgens Lord NEUBERGER, met wie Lord KERR en Lord REED het eens zijn, kunnen de woorden “*reasonable grounds*” niet inhouden dat de *Attorney-General* een rechterlijke uitspraak kan herroepen, louter omdat hij een andere feitenbeoordeling of belangenafweging dan de rechters maakt en dus tot een andere beslissing komt. Alleen wanneer de feiten en omstandigheden zouden zijn gewijzigd of wanneer de beslissing van het rechtscollege klaarblijkelijk (feitelijk of juridisch) onjuist zou zijn, kan de bevoegde persoon de rechterlijke uitspraak herroepen. Immers:

“A statutory provision which entitles a member of the executive (whether a Government Minister or the Attorney General) to overrule a decision of the judiciary merely because he does not agree with it would not merely be unique in the laws of the United Kingdom. It would cut across two constitutional principles which are also fundamental components of the rule of law.”³⁷⁵

Deze twee fundamentele grondwettelijke beginselen van de *rule of law* zijn de scheiding der machten en het recht op toegang tot de rechter:

“First, subject to being overruled by a higher court or (given Parliamentary supremacy) a statute, it is a basic principle that a decision of a court is binding as between the parties, and cannot be ignored or set aside by anyone, including (indeed it may fairly be said, least of all) the executive. Secondly, it is also fundamental to the rule of law that decisions and actions of the executive are, subject to necessary well

³⁷⁵ Lord NEUBERGER in *Supreme Court* 26 maart 2015, *Evans*-arrest, nr. 51.

established exceptions (such as declarations of war), and jealously scrutinised statutory exceptions, reviewable by the court at the suit of an interested citizen.³⁷⁶

Lord NEUBERGER meent dan ook dat, indien het Britse Parlement, had gewild dat de *Attorney-General* omwille van een andere belangenafweging een rechterlijke uitspraak kan te niet doen, het Parlement dit in duidelijke bewoordingen had moeten zeggen: de “*crystal-clear words test*”. Dit kon niet bij algemene of dubbelzinnige bewoordingen.³⁷⁷ Om die reden is de beslissing van de *Attorney-General* onwettig.³⁷⁸

In het Britse grondwettelijke recht is deze redenering niet nieuw: het maakt deel uit van het wettigheidsbeginsel (en dus van de *rule of law*).³⁷⁹ Wel wordt in de rechtsleer terecht aangegeven dat, op grond van de redenering van Lord NEUBERGER, het niet vaststaat dat, indien het Britse Parlement wel in kristalheldere woorden deze bevoegdheid aan de *Attorney-General* zou geven, het *Supreme Court* deze bevoegdheid zou aanvaarden: juist omdat deze bevoegdheid tegen fundamentele beginselen van de *rule of law*, met inbegrip van de scheiding der machten, zou ingaan. Deze rechtsgeleerde raadt het Britse Parlement dan ook aan om dit niet uit te testen.³⁸⁰

141. *Rule of law* – Ook in de rechtsleer verdedigt een gezaghebbende stroming dat de *rule of law* de grondslag voor de beperking van de parlementaire soevereiniteit is.³⁸¹ In de zeventiende eeuw werd niet gevochten tegen de onbeperkte macht van de Koning om vandaag te worden geleid door een onbeperkte regering, die de meerderheid in het Parlement heeft.³⁸² De *rule of law* beperkt de almacht van de wetgever en het komt de rechter toe om deze beperkingen af te dwingen.³⁸³ Of zoals Lord WOOLF het stelt:

“However, if Parliament did the unthinkable, then I would say that the courts would also be required to act in a manner which would be without precedent. Some judges might chose to do so by saying that it was an un rebuttable presumption that Parliament could never intend such a result. I myself would consider there were advantages in making it clear that ultimately there are even limits on the supremacy of Parliament which it is the courts' inalienable responsibility to identify and uphold. They are limits of the most modest dimensions which I believe any democrat would accept. They are no more than are necessary to enable the rule of law to be preserved.”³⁸⁴

Of JACOBS:

³⁷⁶ Lord NEUBERGER in *Supreme Court* 26 maart 2015, *Evans*-arrest, nr. 52.

³⁷⁷ Lord NEUBERGER in *Supreme Court* 26 maart 2015, *Evans*-arrest, nrs. 58 en 90.

³⁷⁸ Ook Lord MANCE, met wie Lady HALE het eens is, acht de beslissing van de *Attorney-General* onwettig, doch om andere redenen. Zij zijn van mening dat de *Attorney-General* zijn beslissing onvoldoende heeft gemotiveerd. Lord Mance in *Supreme Court* 26 maart 2015, *Evans*-arrest, nrs. 129, 142 en 145.

³⁷⁹ Lord NEUBERGER in *Supreme Court* 26 maart 2015, *Evans*-arrest, nrs. 56. Zie ook voetnoot 344.

³⁸⁰ M. ELLIOTT, “*Of Black Spiders and Constitutional Bedrock: The Supreme Court’s Judgment in Evans*”, te vinden op <http://publiclawforeveryone.com/2015/03/26/of-black-spiders-and-constitutional-bedrock-the-supreme-courts-judgment-in-evans/>.

³⁸¹ Onder meer S. SEDLEY, “Human Rights: a Twenty-First Century Agenda”, *Public Law* 1995, (386) 391. HARKIN meent dat de *rule of law* de plaats van eerste grondwettelijke beginsel al heeft overgenomen. B. HARKIN, “Section 3(1) of the Human Rights Act and the rule of law”, 29. *Contra*, R. EKINS, “Judicial supremacy and the rule of law”, 132-152.

³⁸² V. BOGDANOR, “The Sovereignty of Parliament or the Rule of Law?”, 22.

³⁸³ T.R.S. ALLAN, “Questions of legality and legitimacy”, 156-158 en 162.

³⁸⁴ H. WOOLF, “Droit public - English Style”, *Public Law* 1995, (57) 69.

“Perhaps then the rule of law should be understood today as embodying the supremacy of law, to ensure that the public authorities, including the former ‘sovereign’, are, where appropriate, themselves subject to the law. This will imply extensive judicial review including limited review of parliamentary legislation, based on a constitution or quasi-constitutional texts; but also on certain fundamental values, especially fundamental rights.”³⁸⁵

142. *Rechterlijk toezicht?* – Toch is er onder de rechtsgeleerden van vandaag zeker geen eensgezindheid over de vraag of rechters, zonder uitdrukkelijke wettelijke grondslag, wetten mogen toetsen. Het beginsel van de parlementaire soevereiniteit niet langer als hoogste grondwettelijk beginsel erkennen maar wel rechterlijk toezicht op de wetgeving mogelijk maken, houdt volgens BINGHAM een fundamentele wijziging van de Britse Grondwet in. Over zo’n wijziging moet het volk zich uitdrukkelijk uitspreken. Het is geenszins een bevoegdheid die de rechters aan zichzelf mogen toekennen.³⁸⁶

3. BESLUIT

143. *Rule of law is rechtsstaat* – Met het oog op het ontwikkelen van een (normatief) rechtsstaatsbegrip, is in dit eerste hoofdstuk de wordingsgeschiedenis van het hedendaagse *rule of law*-begrip onderzocht. De *rule of law* is semantisch niet vergelijkbaar met het ons bekende rechtsstaatsbegrip, maar de bakermat van de (Europese) rechtsstaatsidee ligt zonder twijfel op het Britse eiland. Het begrip *rule of law* betekent letterlijk dat het recht regeert, “*and not man*” en houdt daarmee de kern van het rechtsstaatsbegrip in.

144. *Door het recht gewaarborgde vrijheid* – Het begrip is ontsprongen uit de idee dat burgers niet zomaar aan elke “wens” van de absolutistische koningen moeten tegemoet komen en dat het overheidshandelen door het recht moet worden beperkt. Deze idee werd eerst schriftelijk vertolkt in en aan de Koningen opgelegd door de *Magna Carta* van 1215. Maar het is slechts in de tumultueuze zeventiende eeuw dat de rechters en uiteindelijk ook de parlementsleden – door het uitvaardigen van de *Bill of Rights* – de macht van de Koning stapsgewijs doch definitief kunnen beteugelen. In deze periode hebben twee modellen, die elk kernelementen van de rechtsstaat omvatten, het grondwettelijke denken beheerst. Voor COKE ligt het recht in de *common law*, die als accumulatie van de wijsheid en ervaring van de voorgaande generaties de *artificial reason* tot uiting brengt. COKE verdeelt de macht. De theoretici van het sociale contract, met LOCKE als belangrijkste vertolker, verenigen de macht daarentegen in de soeverein: het Parlement wordt de hoeder van de vrijheid. De aanleiding tot het zich verenigen in een rechtsorde, namelijk vrijheid en eigendom waarborgen, bepaalt wezenlijk ook de beperkingen van de wetgevende macht en dus de inhoud van het recht. LOCKES theorie is fundamenteel natuurrechtelijk geïnspireerd.

³⁸⁵ F. JACOBS, *The Sovereignty of Law*, 49.

³⁸⁶ T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 168 en T. BINGHAM, "The Rule of Law and the Sovereignty of Parliament", 26-27. Zie ook R. EKINS, "Judicial supremacy and the rule of law", 151.

145. *Parlement en rechter* – DICEY tracht de beginselen van machtsverdeling en parlementaire soevereiniteit te verzoenen. Hij omschrijft als eerste de *rule of law*, doch zijn beschrijving vloeit voort uit de niet-legalistische rechtsstaatsideeën van COKE en LOCKE. Door zijn hiërarchie in de grondwettelijke beginselen van de *rule of law* en zijn omschrijving van de parlementaire soevereiniteit wordt zijn *rule of law*-begrip in de twintigste eeuw echter voornamelijk formeel geïnterpreteerd. Hij bestendigt de idee dat het Parlement elke wet kan uitvaardigen en de *rule of law* daaraan geen beperkingen kan stellen.

146. *Ook het Parlement beperkt* – Tot 1980 geldt DICEYS beginsel van parlementaire soevereiniteit onverkort en is het *legal positivism* de overheersende rechtstheorie. Daarna verschuift in het Britse grondwettelijke recht het discours over de parlementaire soevereiniteit. Enerzijds, moet het beginsel worden genuanceerd door de voorrang van het recht van de Europese Unie, de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de Raad van Europa en door de *Human Rights Act*. Anderzijds, zijn rechtsgeleerden niet langer tevreden met de (theoretische) onnipotentie van het verkozen parlement en gaan zij op zoek naar een idee, die de – gewenste – inhoudelijke beperkingen op de uitoefening van de wetgevende macht moet legitimeren. Sommigen van hen – steeds meer en meer – vinden deze in de *rule of law*, waaraan ze een inhoudelijke invulling geven. Voor het soevereiniteitsbeginsel leidt dit ertoe dat slechts weinigen nog de absoluteheid van het beginsel van de parlementaire soevereiniteit erkennen.

147. *Niet-legalistische rule of law* – Het belangrijkste van deze verschuiving in het Britse grondwettelijke denken is dat de *rule of law* niet langer louter legalistisch wordt ingevuld. Met het oog op het beschermen van de *vrijheid*, vereist een staat die de *rule of law* eerbiedigt, een staatsinrichting die het beginsel van evenwicht der machten (met inbegrip van het wettigheidsbeginsel en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht) inricht, waarin de burger rechtsbescherming tegen elk handelen van de uitvoerende macht geniet (*institutionele elementen*) en waarbij procedurele *vereisten aan wetgeving* worden gesteld, aan handelingen van de uitvoerende macht (doelmatigheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) en aan de rechterlijke macht (recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn, met inbegrip van de algemene beginselen van behoorlijke rechtsbedeling) (*formele vereisten*). De niet-legalistische definitie van de *rule of law*, die door meer en meer rechtsgeleerden wordt verdedigd, voegt daaraan *inhoudelijke beperkingen* toe: de wetgever moet het gelijkheidsbeginsel, *equal justice* (rechtvaardigheid) en *due process* en de fundamentele rechten zoals de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vereniging (en andere vrijheden die door de samenleving als fundamenteel worden beschouwd) waarborgen. Dit niet-legalistische *rule of law*-begrip omvat (bijna) alle elementen die ook in de andere rechtsstaatsbegrippen worden gehanteerd: vrijheidsgericht stelt het institutionele, formele en materiële vereisten.

148. *Constitutional review* – Het belangrijkste ontbrekende element betreft het onderwerp van dit proefschrift: vereist de *rule of law* niet zozeer dat rechters wetten “*rule of law-conform*” interpreteren – zoals reeds gebeurt – dan wel buiten toepassing laten (wegens schending van de *rule of law* of van een *higher order-law*)? Uit een analyse van de Britse rechtspraktijk en de rechtsleer blijkt dat het vaststaat dat de *rule of law* de wetgever *a priori* beperkt: wanneer tijdens de totstandkoming van een wet wordt opgeworpen dat zij de *rule of law* schendt, wordt doorgaans het wetsontwerp aangepast. Bovendien biedt het

begrip *rule of law* volgens bepaalde rechters de grondslag voor een juridische beperking, die *a posteriori* door de rechter wordt afgedwongen. Andere rechters trachten de machtsuitoefening van de wetgever te beperken door een hiërarchie in de wetgeving en dus een vorm van grondwettigheidsbeginsel in te voeren.

Onbetwistbaar is het feit dat de Britse rechtspraak een bepaalde vorm van rechterlijke toetsing van wetten toestaat: de Britse rechters toetsen Schotse wetten op grond van de *common law* (en de *rule of law*) en toetsen alle wetten aan de in de *Human Rights Act* geïncorporeerde verdragsrechten. Zij laten, in voorkomend geval, de wet buiten toepassing en verklaren regelmatig dat een wet onverenigbaar is met de *Human Rights Act*. Daarnaast groeit het aantal rechters dat erkent dat de rechters de bevoegdheid hebben om, wanneer het echt noodzakelijk zou zijn, aan te geven welke grenzen de *rule of law* aan de parlementaire soevereiniteit stelt. We kunnen aldus besluiten dat het (nog) niet vaststaat dat het Britse rechtsstaatsbegrip de grondslag voor een rechterlijke toetsing van wetten biedt, doch wel dat de Britse *rechtsstatelijke* praxis zulke toetsing reeds toestaat.³⁸⁷

De resultaten van dit praktijkonderzoek zijn des te belangrijker, omdat in het Verenigd Koninkrijk door de afwezigheid van een geschreven grondwet de grondwettelijke rechtsorde voornamelijk een op de praktijk steunende rechtsorde is. Hierdoor kan worden besloten dat de Britse *rule of law* in de praktijk³⁸⁸ de meeste in de eerste titel vermelde institutionele, formele en materiële vereisten omvat. Het is een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip.

³⁸⁷ Het Britse rechtsstaatsbegrip bevat aldus geen elementen die onverenigbaar zijn met de Duitse, Franse en Belgische rechtsstaatsbegrip (zoals we hierna zullen zien).

³⁸⁸ Zie ook T.R.S. ALLAN, "Questions of legality and legitimacy", 158 en P. CRAIG, *The Rule of Law*, 104-105. Over het typische Engelse onderscheid tussen de grondwettelijke theorie en de grondwettelijke praktijk, waarvan de rechterlijke toetsing van wetten bij uitstek een voorbeeld is, zie T.R.S. ALLAN, "Questions of legality and legitimacy", 155 e.v.

II. DE DUITSE *RECHTSSTAAT*

149. *Rechtsstaat* – Chronologisch volgt het rechtsstaatsdenken in Duitsland als eerste op het Engelse rechtsstaatsdenken. Daarom wordt het in dit tweede hoofdstuk besproken. Net zoals de *rule of law* is de *Rechtsstaat* een juridisch begrip: doch alleen in de Duitse *Grundgesetz* van 1949 wordt het rechtsstaatsbegrip uitdrukkelijk vermeld. Daarbij heeft de grondwetgever bewust en uitdrukkelijk voor een niet-legalistische *Rechtsstaat* gekozen. Om het belang van deze keuze te duiden, wordt in **afdeling 1** bondig de evolutie van het rechtsstaatsbegrip vóór 1945 uiteengezet. De inhoud van de hedendaagse *Rechtsstaat* wordt in **afdeling 2** onderzocht.

1. DE *RECHTSSTAAT* VÓÓR 1949

150. *Woord- en ideegeschiedenis* – PLACIDUS³⁸⁹ zou als eerste het woord *Rechtsstaat* hebben gebruikt, doch dankzij WELCKER³⁹⁰ heeft het woord (en meteen ook het begrip) *Rechtsstaat* zijn doorbraak gekend. MOHL heeft met zijn wijdverspreide werk “*Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*” het sterkst bijgedragen tot de

³⁸⁹ 1758-1815. Pseudoniem voor Johann Wilhelm PETERSEN. Hij was jurist, bibliothecaris en hoogleraar. M. STOLLEIS, “Rechtsstaat”, in A. ERLER en E. KAUFMANN (eds.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Berlijn, Schmidt Verlag, 1990, 368. Zie ook P. COSTA, “The Rule of Law”, 87 en H. KRUGER, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, Kohlhammer, 1966, 776. Vaak wordt MOHL de peetvader van het woord genoemd. MOHL zou verwijzen naar JORDAN (1792-1861) en PÖLITZ voor het eerste gebruik, zie K. STERN, *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, 605 en U. SCHEUNER, “Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland”, 461.

³⁹⁰ Karl Theodor WELCKER. 1790-1869. Hij was hoogleraar in de rechten en liberaal politicus. In zijn werk *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe* de *Rechtsstaat* beschrijft WELCKER de *Rechtsstaat* als de ultieme ontwikkelingsvorm van de staat. De despotie is een staat in zijn kinderschoenen, de theocratie is de staat in zijn puberjaren en in zijn volwassen jaren bereikt de staat de *Rechtsstaat*. In de *Rechtsstaat* – dit is de “staat van de rede” (“*Staat der Vernunft*”) – wordt alleen volgens de redelijke en gemeenschappelijke wil en voor het algemeen belang geregeerd. K.T. WELCKER, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe: philosophisch und nach den Gesetzen der merkwürdigsten Völker rechtshistorisch entwickelt*, Aalen, Scientia, 1964, 13-26. Vermoedelijk door de invloed van WELCKER is de *Rechtsstaat* als conceptueel kader een sleutelbegrip in de *Staatslexikon* van WELCKER en ROTTECK, daar Karl Rodecker VON ROTTECK zeer karig gebruik maakt van het woord *Rechtsstaat*. Cf. het voorwoord, K.T. WELCKER en K. VON ROTTECK, *Das Staats-Lexikon. Encyclopädie des sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, Band 1, Leipzig, 1856, 3^{de} ed., vi, en de definitie van Staat en de typologie van staten, 504 en 535. Zie ook L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 38-39. Deze encyclopedie in politieke filosofie, recht, geschiedenis en economie is *in se* de “encyclopedie van de liberale rechtsstaat” en zal een zeer wijde verspreiding kennen in Duitsland en daarbuiten. ROTTECK, 1775-1840. Hij was hoogleraar in de rechten en liberaal politicus.

verspreiding van het woord *Rechtsstaat* in zowel wetenschappelijke als politieke kringen.³⁹¹ Sinds 1949 is de *Rechtsstaat* een grondwettelijk begrip.

Hoewel PLACIDUS wellicht eerder een woordspeling dan bewuste begripsvorming beoogde³⁹², is het treffend dat hij met het woord *Rechts-Staat* meteen naar de rechtsstaatsidee verwijst: hij stelt de *Rechts-Staats-Lehrer* (de theoretici van de *Rechtsstaat*) immers tegenover de *Staats-Rechts-Lehrer* (de theoretici van het staatsrecht), met wie hij de aanhangers van de Kantiaanse idee van de staat, respectievelijk, de aanhangers van de *Polizeistaat* bedoelt. De *Rechtsstaatslehrer* omschrijven immers als eersten de rechtsstaatsidee en verzetten zich tegen de idee van de absolute staat die voor het geluk van de burgers moet zorgen, wat wel wordt verdedigd door de *Staatsrechtslehrer*, de aanhangers van de *Polizeistaat*.³⁹³

De rechtsstaatsidee waarnaar PLACIDUS verwijst, is een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip. In 1949 kiest de Duitse grondwetgever bewust opnieuw voor een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip en zet hij zich af tegen het niet-legalistisch karakter dat de *Rechtsstaat* vóór 1949 heeft verkregen. Om de bewuste keuze van de Duitse grondwetgever in 1949 te duiden, is het dan ook noodzakelijk om bondig de evolutie van het rechtsstaatsbegrip van voor de Tweede Wereldoorlog te schetsen. Deze vangt aan bij de *Staats-Rechts-Lehrer* en eindigt in de Weimarrepubliek.³⁹⁴ In drie perioden verkrijgt het klassieke Kantiaanse niet-legalistische normatieve en staatsrechtelijke rechtsstaatsbegrip een legalistisch en vervolgens descriptief karakter en verdwijnt het naar het administratieve recht. Pas vanaf 1919 en vooral vanaf 1948 wordt het rechtsstaatsbegrip opnieuw een inhoudelijk, normatief niet-legalistisch staatsrechtelijk begrip.³⁹⁵ Deze evoluties worden hieronder bondig uiteengezet.

³⁹¹ Robert VON MOHL. 1799-1875. Hij was hoogleraar staatsrecht en volksvertegenwoordiger. R. VON MOHL, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tübingen, Laupp, 1844, 607p. Zie ook P. COSTA, "The Rule of Law", 92.

³⁹² J.-W. PLACIDUS, *Literatur der Staatslehre*, Straatsburg, 1798, 73: "Ungleich philosophischer ist der Geist, mit welchem die Widerspruchspartei die kritische oder die Schule der Rechts-Staats-Lehre zu Werke geht." Geciteerd door H. KRUGER, *Allgemeine Staatslehre*, 776.

³⁹³ Zoals in de Inleiding is vermeld, heeft de rechtsstaatsidee reeds haar wortels in het staatsdenken van de Klassieke Tijd en van de Middeleeuwen. De idee dat de Koning onder het recht staat is een idee die al onder meer in het Duitse gewoonterecht haar grondslag heeft. F.A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, 172 en B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 23. J.-F. KERVÉGAN toont aan dat ook filosofen van het Duitse idealisme, zoals FICHTE (1762-1814), leerling van KANT, en HEGEL (1770-1831) in belangrijke mate hebben bijgedragen tot de idee van de "Rechtsstaat", in die zin dat zij conceptuele instrumenten hebben aangereikt die de verscheidene rechtsstaatstheoretici zich eigen maken en naar juridische en politieke eisen hertalen. J.-F. KERVÉGAN, "L'État de droit dans l'idéalisme allemand: Kant, Fichte, Hegel", in O. JOUANJAN (ed.), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Straatsburg, Presses Universitaires de Strasbourg, 102.

³⁹⁴ In 1976 stelt BÖCKENFÖRDE onterecht dat de *Rechtsstaat* zowel qua woord als qua concept typisch Duits is en geen gelijke in een andere taal of rechtsdenken kent. Hoewel dezelfde ideeën in andere landen in andere woorden rijpten, getuigt de begripsontwikkeling van de *Rechtsstaat* in Duitsland wel van een ongeëvenaarde rijkdom in denken. Nadat de rechtsstaatsidee door KANT werd verwoord en zij in navolging van PLACIDUS en WELCKER in een begrip werd gegoten, lag de weg voor een zeer rijke begripsgenese in Duitsland open.

³⁹⁵ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 76 en U. SCHEUNER, "Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland", 462.

A. VAN KANT TOT DE WEIMARREPUBLIEK

151. *Kant als vader van de rechtsstaat*³⁹⁶ – KANTS theorie omvat een zeer rijke rechtsstaatsidee. Door de oorsprong van de staat te verwereldlijken, kan hij ook het recht verwereldlijken. Een staat is slechts een *rechtliche Zustand*, een "rechts-staat", indien hij steunt op de *a priori*-beginselen van (individuele) vrijheid³⁹⁷, gelijkheid en zelfstandigheid.³⁹⁸ Deze drie beginselen noemt hij de *Vernunftgrundsätze* omdat zij leiden tot het recht als *Vernunft*. Hoewel zijn rechtsstaatsidee voornamelijk beoogt aan te duiden hoe moet worden geregeerd en niet in welke staatsvorm³⁹⁹, erkent hij dat bepaalde institutionele kenmerken van een staatsinrichting efficiënter zijn dan andere om vrede en vrijheid te waarborgen: namelijk de scheiding der machten⁴⁰⁰ en de politieke vertegenwoordiging⁴⁰¹. KANT verdeelt de macht.

152. *Normatief en integraal rechtsstaatsbegrip* – Met KANTS theorie als grondslag en niet zozeer in de ban van een parlementair soevereiniteitsdenken als de Engelsen, gebruikt de Duitse burgerij tijdens de *Vormärz* het op het liberalisme geënt rechtsstaatsbegrip om voor

³⁹⁶ KANT, 1724-1804. Voor dit randnummer, zie ook E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 67-68; M. BROCKER, *Kant über Rechtsstaat und Demokratie*, 46-56; E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 76-80; P. COSTA, "The Rule of Law", 85-88; B. GRZESZICK, "Artikel 20 Grundgesetz", in TH. MAUNZ en G. DÜRIG (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, München, Verlag C.H. Beck, 2014, nr. 3; L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 67 e.v.; J.-F. KERVÉGAN, "L'État de droit dans l'idéalisme allemand: Kant, Fichte, Hegel", 114-116; K. STERN, *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, 92; J.-Y. MORIN, *L'État de droit: émergence d'un principe du droit international*, 93-94; A.A. SMITH, "Kant's Political Philosophy: Rechtsstaat or Council Democracy?", 253-280; B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 38 en R. VON MOHL, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Erlangen, Verlag von Ferdinand Enke, 1855, 241.

³⁹⁷ I. KANT, "Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre", (originele pagina xlv) 44. Over de betekenis van vrijheid, die een individuele vrijheid is, bij KANT, zie K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 49-51.

³⁹⁸ I. KANT, "Über den Gemeinspruch", (originele pagina 290) 260.

³⁹⁹ I. KANT, "Zum ewigen Friede", 299-301.

⁴⁰⁰ I. KANT, "Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre", § 45, 127 en § 48, 130-131. De scheiding tussen minstens de wetgevende en de uitvoerende macht is essentieel voor de verwezenlijking van een (rechts)staat. Hij verdedigt een verticaal, hiërarchisch en democratisch model van de scheiding der machten. De wetgevende macht bevindt zich aan de top van de driehoek van de machten, waaraan de onpartijdige rechterlijke en uitvoerende macht zijn ondergeschikt en waarvan de wil, in de wet uitgedrukt, de rechterlijke en de uitvoerende macht moet leiden. De drie staatsmachten hebben een complexe verhouding. Zij hebben elkaar nodig, opdat de volmaakte staat kan worden verwezenlijkt. Zij zijn ondergeschikt aan elkaar, in die zin dat geen van de drie de opdracht van een andere mag opeisen. Zij zijn ten slotte verenigd, omdat hun opdrachten tot doel hebben de rechten van de mensen te waarborgen. Door dit evenwicht van machten moet de staat waarborgen dat alleen wetten die de vrijheden van de mensen waarborgen, worden uitgevaardigd en toegepast en waarvan de toepassing door de rechter wordt nagegaan.

⁴⁰¹ I. KANT, "Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre", § 46, 128-129 en § 52, 158 en I. KANT, "Zum ewigen Friede", (originele pagina 352) 300. KANT verwerpt de directe democratie, daar deze geen vertegenwoordiging toelaat. KANT kent de soevereiniteit immers toe aan de verenigde wil van het volk: deze wil is de bron van het recht. De wetgevende macht moet representatief handelen, maar niet representatief zijn. In zijn leer is de idee van de gemeenschappelijke wil van het volk een *a priori* idee, een abstract idee, die door middel van vertegenwoordiging tot uiting komt. KANT maakt immers een onderscheid tussen de staatsburger en de mens: de wetgever moet een representatieve vertegenwoordiging van de staatsburgers zijn, maar niet van alle mensen.

vrijheid en politieke macht te strijden: zij eist een grondwet⁴⁰², politieke vertegenwoordiging⁴⁰³, scheiding van de wetgevende en de uitvoerende macht⁴⁰⁴ en een onafhankelijke rechterlijke macht⁴⁰⁵. De wet is een algemene regel, die na een publiek debat en met instemming van de volksvertegenwoordigers, tot stand is gekomen.⁴⁰⁶ De institutionele elementen moeten waarborgen dat de wetgeving de rede weerspiegelt en de gelijkheid, vrijheid en autonomie van de mensen waarborgt. De *Rechtsstaat* is een staatsrechtelijk, niet-legalistisch en normatief begrip. Een enkeling (MOHL) eist zelfs rechterlijke grondwettigheidstoetsing.⁴⁰⁷

153. Naar een descriptief en legalistisch begrip⁴⁰⁸ – Gedesillusioneerd door de revoluties keren de liberalen in 1848 zich van de politieke scène af. Zij vechten niet langer voor een

⁴⁰² SCHMIDT-ABMANN, "§ 24 Der Rechtsstaat", in J. ISENSEE en P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 1987-2001, 995, nr. 13, en 1002, nr. 28 e.v. Deze eis werd als eerste ingewilligd, door de Grondwetten van Baden, Bayern en Wurtemberg in 1818 en 1819.

⁴⁰³ Doch geen democratie. K. von ROTTECK, "Constitution" in *Staatslexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften*, III, Altona, Hammerich, 1836, 773, geciteerd door J. HUMMEL, "État de droit, libéralisme et constitutionnalisme durant le Vormärz", in O. JOUANJAN (ed.), *Figures de l'État de droit*, Straatsburg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, 128. Zie ook von ARETIN, geciteerd door E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 87-88. Zie ook L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 85; J. HUMMEL, "État de droit, libéralisme et constitutionnalisme durant le Vormärz", 125, voetnoot 1; M. LOUGHLIN, "The Rule of Law in European Jurisprudence", 6 en K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 313.

⁴⁰⁴ K. VON ROTTECK, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, 2, Aalen, Scientia, 1964, herdruk van de tweede Stuttgart 1840 ed., 214-215 en 221. Zie ook K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 268.

⁴⁰⁵ T. WÜRTEMBERGER, "L'État de droit avant 'l'État de droit'", in O. JOUANJAN (ed.), *Figures de l'état de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Straatsburg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, 86-87.

⁴⁰⁶ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 69 en 75.

⁴⁰⁷ R. VON MOHL, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, Tübingen, Verlag der H. Laupp'schen Bunchhandlung, 1860, 79-80. Zie ook E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 91; L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 70 en J. HUMMEL, "État de droit, libéralisme et constitutionnalisme durant le Vormärz", 144. Zij stellen dat MOHL aanvaardt dat wie de grondwet schendt, strafrechtelijk moet worden veroordeeld. De klassieke, politieke controlemiddelen acht hij immers onvoldoende om zulks te verhinderen. Door een juridische procedure bij grondwetschendingen te voorzien, wil hij vermijden dat het volk zich bevoegd zou achten om zich tegen de staat te verzetten en een burgeroorlog uitlokt. SOBOTA stelt daarentegen dat MOHL zich tegen een rechterlijke wettigheidstoetsing van overheidshandelingen verzet, daar dan de rechters de absolute regenten van de staat zouden worden. Zie K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 318.

⁴⁰⁸ Voor dit randnummer, zie ook E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 71-75; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Mein, Surhkamp, 1991, 112; E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 101; P. COSTA, "The Rule of Law", 90 e.v.; E. HAHN, *Rudolf von Gneist 1816-1895: ein politischer Jurist in der Bismarckzeit* Frankfurt, Klostermann, 1995, 135; L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 93; M. LOUGHLIN, "The Rule of Law in European Jurisprudence", 7; M. ROSENFELD, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", 1325; K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 319 en 338 e.v.; U. SCHELLENBERG, "Die Rechtsstaatskritik. Vom liberalen zum nationalen und nationalsozialistischen Rechtsstaat", 72; U. SCHEUNER, "Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland", 462, 477 en 484 en C. SCHÖNBERGER, "État de droit et État conservateur: Friedrich Julius Stahl", in O. JOUANJAN (ed.), *Figures de l'état de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Straatsburg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, 176.

rechtsstatelijke monarchie of voor een stem in de maatschappij.⁴⁰⁹ Het politiek liberalisme wordt economisch. Het rechtsstaatsbegrip wordt een legalistisch, descriptief en administratiefrechtelijk begrip. In een eerste fase verliest het rechtsstaatsbegrip zijn vrijheidsdoel en wordt de *Rechtsstaat* verengd tot zijn vereisten voor de staatsinrichting: het recht wordt herleid tot de behoorlijk uitgevaardigde wet en het rechterlijk toezicht op administratieve handelingen (recht = rechter).⁴¹⁰ In het verlengde daarvan volgen de eerste debatten over rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten.⁴¹¹ In een tweede fase verliest het rechtsstaatsbegrip elk doel. De (Rechts)staat is de staat die zijn eigen wetten eerbiedigt, wat ook de inhoud van deze wetten moge zijn. Het is een formeel, descriptief en administratiefrechtelijk begrip. Treffend zijn de woorden van Kelsen die de *Rechtsstaat* een pleonasme noemt.⁴¹² De staat kan niet anders dan een rechtsstaat zijn, aangezien elke staat een rechtsorde heeft.

154. Opnieuw naar een niet-legalistische invulling – Vanaf de twintigste eeuw wordt het rechtsstaatsbegrip geleidelijk opnieuw een niet-legalistisch en grondwettelijk begrip. In de Weimarerpubliek brengen enkele rechtsgeleerden een nieuw proces van materialisering en juridisering van het rechtsstaatsbegrip op gang: de antipositivisten willen inhoudelijke beperkingen aan de macht van de wetgever en bieden weerstand aan het louter positivistische rechtsstaatsbegrip van de Weense School. Deze evolutie wordt hieronder besproken.

B. HET RECHTSSTAATSDENKEN IN DE WEIMARREPUBLIC

155. Materialisering en juridisering – Het rechtsstaatsbegrip wordt niet in formele zin in de *Weimarer Reichsverfassung* opgenomen en maakt aldus geen deel uit van het positieve recht. Deze grondwet wordt wel door het rechtsstaatsbegrip geïnspireerd en het begrip maakt des te meer deel uit van de rechtsleer en de rechtspraak.⁴¹³ Het rechtsstaatsdenken is tijdens de Weimarerpubliek nog meerduidig. De positivisten en de antipositivisten debatteren vurig over de inhoud van de rechtsstaat (1) en onder de rechtsgeleerden

⁴⁰⁹ Ook veranderingen in de Duitse staatsorde wijzigen de inhoud van het rechtsstaatsbegrip. Na 1848 worden de nieuwe Duitse grondwetten uitgevaardigd, die de beginselen van de grondwettelijke rechtsorde verankeren. De meeste vereisten van de liberale rechtsstaatsgeleerden van de *Vormärz* worden dan ook verwezenlijkt: een grondwettelijke monarchie, burgerlijke vrijheid en juridische gelijkheid, hiërarchie der normen, de onafhankelijkheid van de rechter.

⁴¹⁰ O. BÄHR, *Der Rechtsstaat. Eine publizistische Skizze*, Aalen, Scientia Verlag, 1969, tweede nieuwdruk van uitgave Kassel 1864 ed., 2 en F.J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts 1830-1837*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1926, 125-126 en 130.

⁴¹¹ Pro zijn Rudolf von GNEIST (1816-1885) (alleen voor de toetsing van de totstandkoming van de wetten) en (aanvankelijk) G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Aalen, Scientia, 1964, 397-399. Contra zijn O. BÄHR, *Der Rechtsstaat*, 134 en STAHL.

⁴¹² H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlijn, Julius Springer, 1925, 91 en H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Das Problem der Gerechtigkeit* Wenen, Deuticke, 1976, 314 ("Ist der Staat als eine Rechtsordnung erkannt, ist jeder Staat eine Rechts-Staat, stellt dieses Wort einen Pleonasmus dar.").

⁴¹³ C. GUSY, "Le principe du "Rechtsstaat" dans la République de Weimar: Crise de l'État de droit et crise de la science du droit public", in O. JOUANJAN (ed.), *Figures de l'État de droit*, Straatsburg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, 332.

bestaat er geen overeenstemming over de vraag of de *Rechtsstaat* rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten vereist (2).

(1) DE POSITIVISTEN TEGENOVER DE WAARDENDENKERS

156. *Rechtszekerheid* – Zoals voor RAZ en HAYEK, beoogt de *Rechtsstaat* volgens de Duitse positivisten de rechtszekerheid.⁴¹⁴ De rechtsstaat is een staat die zijn eigen wetten naleeft⁴¹⁵ of een staat waarin de uitvoerende macht de vrijheid van het individu alleen op grond van een uitdrukkelijke wettelijke machtiging mag beperken.⁴¹⁶ De (formeel) wet is de hoogste wil van de staat⁴¹⁷ en alleen door een wet mogen de rechten en vrijheden van de burgers worden beperkt. Naarmate de gevaren van de Weimarrepubliek duidelijker blijken, nuanceren RADBRUCH en KELSEN hun positivistische theorieën. Hun geschriften worden dubbelzinniger en lijken een begin van materialisering van het democratiebegrip⁴¹⁸ te aanvaarden.⁴¹⁹

157. *Staatsrechtelijk begrip* – Eén van de verdiensten van KELSEN is dat hij van het rechtsstaatsbegrip opnieuw een staatsrechtelijk begrip maakt. De rechtsstaat vereist immers niet alleen dat de uitvoerende macht de wetten respecteert, maar vereist vooral dat alle staatsorganen, óók de wetgevende macht, de hiërarchie der normen naleven.⁴²⁰ De positivisten aanvaarden ook dat de rechtsstaat de scheiding der machten en het bestaan van een onafhankelijke rechterlijke macht, die de wettigheid van het overheidshandelen nagaat, vereist.⁴²¹

⁴¹⁴ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 257 (het beginsel van de rechtsstaat is in wezen het beginsel van de rechtszekerheid).

⁴¹⁵ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, K.F. Koehler Verlag, 1963, 6^{de} ed., § 26, 280-286.

⁴¹⁶ G. MEYER en G. ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des deutschen staatsrechts*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2005, 8^{ste} ed., 29.

⁴¹⁷ G. MEYER en G. ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des deutschen staatsrechts*, 644.

⁴¹⁸ Aanvankelijk meenden zij dat de democratie geen inhoud kent: individuele vrijheid noch sociale rechtvaardigheid maken deel uit van de definitie van de democratie, daar deze begrippen door hun onbepaaldheid deze definitie zouden verzwakken. In die zin zijn het liberalisme en de democratie elkaars tegenpolen: de democratie kent geen doel, ook niet de individuele vrijheid. "*Die Grundtendenz des radicalen Demokratismus ist egalitär.[...] Die Grundtendenz des liberalen Demokratismus ist antiegalitär. Er fordert Gleichheit der Rechte als Grundlage eines staatlichen und gesellschaftlichen Lebens, in dem die natürliche Ungleichheit der Menschen an Charakter und Fähigkeiten sich nun erst voll sollte auswirken können, ungestört durch Privilegien der Geburt oder des Reichtums.*" W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Berlijn, Julius Springer Verlag, 1931, 3^{de} ed., 191. Zie ook H. KELSEN, *General Theory of Law & State*, 287.

⁴¹⁹ In *General theory of law* stelt KELSEN dat het meerderheidsbeginsel, en dus de democratie, een synthese is van de beginselen van vrijheid en gelijkheid. H. KELSEN, *General Theory of Law & State*, 287. Zie ook L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 122. Na de Tweede Wereldoorlog verlaat RADBRUCH het kamp van de positivisten en brengt hij natuurrechtelijke elementen in zijn theorie: boven rechtszekerheid verkiest hij rechtvaardigheid. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 142 e.v.

⁴²⁰ C. GUSY, "Le principe du "Rechtsstaat" dans la République de Weimar", 334.

⁴²¹ G. ANSCHÜTZ en R. THOMA, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, I, Tübingen, Mohr, 1930, 198 en G. ANSCHÜTZ en R. THOMA, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts (1932)*, Tübingen, Mohr, 1932, 232-233.

158. Antipositivisten – In 1921 zet KAUFMANN⁴²² in zijn *“Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie”* de kritiek op de positivisten in. Daarmee luidt hij de antipositivistische stroming, die zich tegen de Weense School verzet, in. Zij ijvert voor aandacht vanuit het recht voor sociologie, voor teleologie, voor economie...⁴²³ De antipositivisten hebben gemeenschappelijk dat zij een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip verdedigen, dat tevens een materieel wetsbegrip inhoudt: het recht is niet alleen de wil van de meerderheid, doch weerspiegelt de algemene rechtsbeginselen (HELLER). De staat maakt niet het recht, maar alleen de wetten, en de staat en de wetten staan onder het recht.⁴²⁴ Voor het overige hebben de drie belangrijkste auteurs weinig gemeen.⁴²⁵ HELLER⁴²⁶ verdedigt een sociale en democratische invulling van de *Rechtsstaat* en verwerpt de autoritaire theorie van SCHMITT⁴²⁷. Voor HELLER kan de dictatuur alleen worden vermeden indien de liberale rechtsstaat zich tot een sociale rechtsstaat omvormt: de werking van de economie moet op rechtsstatelijke wijze door de wet worden geregeld.⁴²⁸ SCHMITT, daarentegen, gebruikt de grondslagen van de liberale rechtsstaatsidee (de *“bürgerliche Rechtsstaat”*) om een autoritaire rechtsstaatsidee te ontwikkelen, waarin de uitvoerende macht en de Rijkspresident een belangrijke rol hebben. Voor hem is de *Rechtsstaat* geen element van het positieve recht, maar wel de grondslag van de staatsorde. Het rechtsstaatsbegrip maakt deel uit van de *“Verfassungslehre”*, de grondwetstheorie. Het rechtsstaatsbegrip kan bovendien vele inhouden kennen: het komt de grondwetgever toe om een bepaald rechtsstaatsbegrip als grondslag voor de staatsorde te kiezen.⁴²⁹

Niet door de materiële elementen (burgerlijke vrijheid), maar vooral door de formele, organisatorische elementen krijgt de (burgerlijke) *Rechtsstaat* een nauwkeurigere betekenis, meent SCHMITT. Essentieel is de scheiding der machten, maar uit dit beginsel volgen ook andere rechtsstatelijke vereisten: alleen de wetgever mag de vrijheid van de burgers beperken (voorrang van de wet en voorbehouden materies), een wettigheidsbeginsel ten aanzien van de uitvoerende macht, *“Meßbarkeit aller staatlichen*

⁴²² 1880-1972. E. KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie: eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft*, Aalen, Scientia, 1964, herdruk Tübingen 1921 ed., xi + 102p.

⁴²³ Rechtstheorie is leeg zonder sociologie en blind zonder teleologie, stelt H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, 2, Leiden, A.W. Sijthoff, 1971, 24.

⁴²⁴ E. KAUFMANN, “Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung”, geciteerd door K. KRÖGER, “Der Wandel des Grundrechtsverständnisses in der Weimarer Republik”, in G. KÖBLER, M. HEINZE *et al.* (eds.), *Geschichtliche Rechtswissenschaft*, Gießen, Brüschler Verlag, 1990, 307.

⁴²⁵ De invloed van de sociaal-democraat HELLER is eerder beperkt in de neo-natuurrechtelijke stroming, die eerder op de rechtse ideeën van SCHMITT en SMEND steunt. Voor een bespreking van deze periode, zie ook N.W. BARBER, “The *Rechtsstaat* and the Rule of Law”, 446; E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 106; C. GUSY, “Le principe du “Rechtsstaat” dans la République de Weimar”, 337.

⁴²⁶ 1891-1933.

⁴²⁷ 1888-1985.

⁴²⁸ H. HELLER, “Rechtsstaat oder Diktatur?”, in H. HELLER (ed.), *Gesammelte Schriften*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1971, 461-462.

⁴²⁹ C. SCHMITT, “Legalität und Legitimität”, in C. SCHMITT (ed.), *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1958, 19. Voor SCHMITT is de *Rechtsstaat* geen *staatsvorm*, zoals ook in de 19^{de} eeuw werd geoordeeld: de *“Rechtsstaat”* onderscheidt zich door de grondrechten en de scheiding der machten, maar kan zowel in een monarchie, een aristocratie, als in een democratie worden verwezenlijkt en aldus een grondwettelijke monarchie en een grondwettelijke democratie vormen. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2003, 9^{de} ed., 200. Zie ook C. GUSY, “Le principe du “Rechtsstaat” dans la République de Weimar”, 335.

Machtäußerungen” (elke machtsuitoefening moet op een bevoegdheid rusten en aldus meetbaar en controleerbaar zijn), de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht (ook bevoegd voor geschillen met de uitvoerende macht) en “*allgemeine Justizförmigkeit*” (het gehele overheidsoptreden moet onder toezicht van de rechter staan).⁴³⁰

159. Fundamentele rechten – Het debat over de rechtsstaat gaat voor KAUFMANN, HELLER en SCHMITT wezenlijk over de eerbied voor de fundamentele rechten. HELLER argumenteert dat niet alleen de klassieke, liberale rechten en vrijheden, maar ook het vereiste van sociale rechtvaardigheid, zoals opgenomen in de Grondwet van 1919, een wezenlijk bestanddeel van de *Rechtsstaat* uitmaakt. De antipositivisten stellen bovendien ook ongeschreven beperkingen aan de bevoegdheid van de wetgever, die uit algemene rechtsbeginselen of de regels van de noodtoestand worden afgeleid.⁴³¹ SCHMITT onderscheidt drie categorieën van grondrechten. Vooreerst zijn er de vrijheidsrechten: de liberale, individuele rechten die de vrijheids sfeer, de vrije concurrentie en het vrije debat waarborgen. Daarnaast bestaan er de democratisch-politieke rechten van de staatsburgers en, ten derde, de sociale rechten, die per definitie niet onbeperkt kunnen zijn en een handelingsplicht van de staat inhouden.⁴³² Door de grondrechten als materiële beperkingen op de wetgever te beschouwen, verschillen de antipositivisten duidelijk van mening met de positivisten. Deze laatsten argumenteren dat alleen duidelijke normen de wetgever kunnen binden en dus niet de vage normen waarin de rechten en vrijheden worden gewaarborgd.

160. Herziening van de grondwet – Daarnaast wijzen de positivisten ook de idee af dat de grondwet slechts op beperkte wijze zou kunnen worden gewijzigd.⁴³³ De grondwet heeft geen beperkingen opgelegd, dus zijn er geen. Zelfs indien in beginsel beperkingen zouden kunnen worden aanvaard, blijft het moeilijk vast te stellen welke deze beperkingen zouden zijn.⁴³⁴ SCHMITT beperkt echter wel de bevoegdheid van de wetgever om de grondwet te wijzigen. Hij verdedigt immers het onderscheid tussen de onbeperkte bevoegdheid van de grondwetgever, die bij aanvang uit alle mogelijke staatsvormen een bepaalde staatsvorm en –organisatie heeft gekozen, en de beperkte bevoegdheid van de wetgever, die, eens de grondwet er is, slechts de staatsvorm en –organisatie op beperkte wijze kan wijzigen.⁴³⁵

(2) DE RECHTERLIJKE TOETSING VAN WETTEN

161. Juridisering – Naast een begin van materialisering, is er in de Weimarrepubliek ook een begin van juridisering van het rechtsstaatsbegrip. Het tweede grote discussiepunt in de

⁴³⁰ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 130-138.

⁴³¹ P. COSTA, "The Rule of Law", 120 e.v. en C. GUSY, "Le principe du "Rechtsstaat" dans la République de Weimar", 336.

⁴³² C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 164-189. Zie ook K. KRÖGER, "Der Wandel des Grundrechtsverständnisses in der Weimarer Republik" 308-310.

⁴³³ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 75.

⁴³⁴ KELSEN aanvaardt beperkingen, indien deze uitdrukkelijk door de grondwet zijn opgenomen. H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, 208-209.

⁴³⁵ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 102 e.v. Daarom houdt de theorie van SCHMITT het midden tussen de positivisten en de natuurrechtstheoretici. Zie ook H. DREIER, "Artikel 79 III *Grundgesetz*", in H. DREIER (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, 1505.

Weimarrepubliek is immers of de *Rechtsstaat* grondwettigheidstoetsing van wetten vereist.⁴³⁶ In tegenstelling tot de negentiende eeuw, ligt de breuklijn tussen voor- en tegenstanders van rechterlijke grondwettigheidstoetsing niet helemaal gelijk met deze tussen antipositivisten en positivisten.

162. Geen rechterlijke toetsing – De meeste positivisten laten geen rechterlijke toetsing van wetten toe. MEYER en ANSCHÜTZ stellen dat de wetgever, als hoogste staatsmacht, formeel niet wordt beperkt. Alleen de toepassing van de wetgeving wordt door de Grondwet beperkt.⁴³⁷ De rechter is aldus niet bevoegd om de (materiële) grondwettigheid van wetten na te gaan.⁴³⁸ Ook de antipositivist SCHMITT kent de rechter geen grondwettigheidstoetsing van wetten toe. Een grondwettelijk hof zou een hoogpolitieke instelling zijn: echte rechtsvragen over grondwettelijkheid zijn immers steeds politieke vragen⁴³⁹, zodat onder het mom van een juridisch denken politieke beslissingen zouden worden genomen.⁴⁴⁰ HELLER is evenmin voorstander van rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten: hij vreest dat zulke toetsing door (doorgaans oudere, liberalere en/of conservatievere) magistraten de verwezenlijking van de sociale rechtsstaat zou verhinderen.⁴⁴¹

163. Wel rechter als hoeder – Anderen, met inbegrip van de leermeester van de Weense School KELSEN, verdedigen de rechterlijke grondwettigheidstoetsing juist als noodzakelijke voorwaarde voor de verwezenlijking van de *Rechtsstaat*.⁴⁴² Het recht vereenzelvigen met de rechter, een idee van BÄHR⁴⁴³, krijgt opvolging in deze periode. KELSEN, VON HIPPEL en TRIEPEL hechten immers weinig waarde aan de politieke waarborgen die grondwetschendingen zouden moeten vermijden.⁴⁴⁴ Alleen een derde orgaan kan op efficiënte wijze de wetgever

⁴³⁶ De Grondwet van 1919 kent geen grondwettigheidstoetsing van wetten aan de rechterlijke macht toe. Op 4 november 1925 oordeelt het *Reichtsgerecht* evenwel dat, omdat de Grondwet de rechterlijke macht deze bevoegdheid niet heeft ontnomen, de rechter bevoegd en verplicht is om de wetten op hun grondwettigheid te toetsen.

⁴³⁷ G. MEYER en G. ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des deutschen staatsrechts*, 29. Zie ook Walter JELLINEK, *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, geciteerd door K. KRÖGER, "Der Wandel des Grundrechtsverständnisses in der Weimarer Republik", 305.

⁴³⁸ G. MEYER en G. ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des deutschen staatsrechts*, 742-744. Zij hechten veel belang aan het feit dat, niet zoals in de Verenigde Staten, de grondwetgever en de wetgever identieke organen zijn. Aldus is de wetgever niet materieel gebonden door de Grondwet, die hij door de wetgeving materieel wijzigt. De rechter mag wel onderzoeken of de wet op grondwettige wijze werd afgekondigd en aldus werkelijk de wil van de wetgever draagt.

⁴³⁹ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 136. Zie ook K. KRÖGER, "Der Wandel des Grundrechtsverständnisses in der Weimarer Republik", 306.

⁴⁴⁰ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 118 en 132 e.v. en C. SCHMITT, "Das Reichtsgerecht als Hüter der Verfassung", 81. Voor hem is de Rijkspresident, die door alle burgers wordt verkozen en de wil van het volk in zich draagt, de hoeder van de Grondwet: hij moet de bekrachtiging en afkondiging van ongrondwettige wet weigeren en het initiatief tot een referendum nemen.

⁴⁴¹ H. HELLER, "Rechtsstaat oder Diktatur?", 450. Zie ook E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 108.

⁴⁴² H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, 254-255. Zie ook K. KRÖGER, "Der Wandel des Grundrechtsverständnisses in der Weimarer Republik", 305.

⁴⁴³ 1817-1895. Otto BÄHR is een liberaal en civilist van opleiding. Hij was rechter in het *Oberappellationsgericht* te Kassel en in het *Reichtsgerecht* te Leipzig. Hij was tevens politief actief en is vertegenwoordiger geweest in het *Landesparlement* en in het *Reichsparlement*. O. BÄHR, *Der Rechtsstaat*, 2. Zie ook K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 338 e.v. en U. SCHEUNER, "Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland", 462 en 484.

⁴⁴⁴ K. KRÖGER, "Der Wandel des Grundrechtsverständnisses in der Weimarer Republik", 306.

beperken en zonder grondwettigheidstoetsing is de Grondwet niet meer dan een wens.⁴⁴⁵ Als positivist verdedigt KELSEN de rechterlijke grondwettigheidstoetsing geenszins op grond van een natuurrechtelijke inspiratie, maar wel op grond van de hiërarchie der normen.⁴⁴⁶ Alle normen die met een hogere norm strijdig zijn, zijn nietig (en niet vernietigbaar). De burger heeft aldus het subjectieve recht op de nietigheid van zulke normen. Het positieve recht mag dit subjectieve recht beperken (door een bepaalde instantie aan te wijzen), maar niet volledig uitsluiten. Indien de Grondwet aldus vergeet de instantie aan te wijzen die bevoegd is om de nietigheid van wetten uit te spreken, heeft elke rechter deze bevoegdheid.⁴⁴⁷

Volgens KELSEN miskent grondwettigheidstoetsing van wetten overigens het beginsel van soevereiniteit niet. De soevereiniteit komt immers aan de staat toe en niet aan één staatsorgaan. Bovendien zijn de bevoegdheden van de wetgevende macht door de Grondwet beperkt, zodat de afdwingbaarheid van die beperkingen geen afbreuk aan de grondwettelijke orde doet. Het bestaan van een grondwettelijk hof schendt evenmin het beginsel van de scheiding der machten. KELSEN stelt dat een grondwettelijk hof, wanneer het een wet vernietigt, een algemene norm uitvaardigt en dus een wetgevende functie uitoefent.⁴⁴⁸ Bovendien houdt het beginsel van scheiding der machten wezenlijk de mogelijkheid tot toezicht – en dus evenwicht der machten – in: een grondwettelijk hof is aldus de bevestiging van het beginsel van de scheiding (evenwicht) der machten.⁴⁴⁹

164. Materiële of formele grondwettigheidstoetsing? – Volgens KELSEN is het rechterlijke oordelen grotendeels de wet toepassen en slechts zelden het recht creëren. Ook de rechterlijke grondwettigheidstoetsing mag niet tot rechtsschepping leiden. Daarom mag een Grondwet, die aan een grondwettelijk hof de grondwettigheidstoetsing toekent, zich niet schuldig maken aan een soort van “*phraséologie*”, waarin zij in vage bewoordingen de doelen van rechtvaardigheid, gelijkheid, vrijheid... aan de wetgever oplegt: indien zij materiële vereisten aan de wetgeving wil opleggen, moet ze dat op een zo duidelijk mogelijke wijze doen.⁴⁵⁰ Daarom meent HEUSCHLING dat KELSEN alleen een formele grondwettigheidstoetsing toelaat.⁴⁵¹ KELSEN houdt echter de mogelijkheid van een materiële grondwettigheidstoetsing open.⁴⁵²

⁴⁴⁵ H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", 223 en 250.

⁴⁴⁶ H. KELSEN, *General Theory of Law & State*, 157 en 267.

⁴⁴⁷ H. KELSEN, *General Theory of Law & State*, 268.

⁴⁴⁸ Een grondwettelijk hof lijkt evenwel op een rechtscollege, omdat ook zijn bevoegdheid door de Grondwet aanzienlijk wordt beperkt: zijn bevoegdheidsuitoefening houdt slechts in kleine mate rechtsschepping in en is voor het merendeel rechtstoepassing. H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", 226.

⁴⁴⁹ H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", 224-225.

⁴⁵⁰ H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", 241-242.

⁴⁵¹ L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 141.

⁴⁵² H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", 236. "Il va également de soi que le contrôle doit porter aussi bien sur la procédure selon laquelle l'acte a été élaboré que sur son contenu, si les normes du degré supérieur contiennent des dispositions sur ce point aussi."

2. DE RECHTSSTAAT VANAF 1949: EEN DUIDELIJKE KEUZE VAN DE GRONDWETGEVER

165. *Rechtsstaat in de praktijk* – Hoe belangrijk de antipositivistische stroming in de Weimarrepubliek ook is, tot 1945 overheersen de positivistische rechtstheorie en het legalistische rechtsstaatsbegrip. Dit verandert echter helemaal met de *Grundgesetz* van 1949. De grondwetgever kiest bewust voor een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip.⁴⁵³ Na het Naziregime – “*Epoche der Unrechtsstaates*”⁴⁵⁴ – twijfelde geen lid van de Parlementaire Raad, die de Grondwet van 1949 opstelde, eraan dat het rechtsstaatsbeginsel dé grondslag van de Duitse *Grundgesetz* moest zijn.⁴⁵⁵ De Tweede Wereldoorlog verbrijzelde immers het geloof in en het enthousiasme voor de democratie. De verplichting om een rechtsstaat te zijn, wordt evenwel niet uitdrukkelijk aan de Duitse Bond opgelegd, maar wel aan de *Länder*. De grondwettelijke rechtsordes van de *Länder* moeten de beginselen van de republikeinse, democratische en sociale rechtsstaat waarborgen (artikel 28 *Grundgesetz*). De *Grundgesetz* definieert de rechtsstaat evenwel niet. Ook de Duitse wetgever heeft het rechtsstaatsbegrip niet gedefinieerd. In de rechtspraak en in de rechtsleer wordt dit begrip uitvoerig gebruikt, omschreven en soms ook gedefinieerd. De meerderheid van de Duitse rechtsgeleerden hanteert vandaag dit niet-legalistische rechtsstaatsbegrip.⁴⁵⁶

⁴⁵³ B. GRZESZICK, "Artikel 20 Grundgesetz", nrs. 16 en 33.

⁴⁵⁴ Geïnspireerd op BVerfG 18 december 1953, BVerfGE 3, 225 (233) (“*Als der Parlamentarische Rat an die Abfassung des Grundgesetzes ging, stand seine Arbeit noch unter der frischen Erfahrung der geschichtlichen Katastrophe, die durch den nationalsozialistischen Unrechtsstaat herbeigeführt worden war.*”) Zie ook U. SCHELLENBERG, "Die Rechtsstaatskritik. Vom liberalen zum nationalen und nationalsozialistischen Rechtsstaat", 71.

⁴⁵⁵ M. FROMONT, "Le juge constitutionnel (en RFA)", *Pouvoirs* 1982, (41) 42 en K. STERN, *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, 610-612. De Duitse grondwetgever beslecht drie discussiepunten uit de Weimarrepubliek. Vooreerst geeft de *Grundgesetz* zelf gestalte aan het rechtsstaatsbegrip: hij kiest uitdrukkelijk voor een republikeinse, democratische en sociale rechtsstaat. De fundamentele rechten hebben grondwettelijke kracht, die door het *Bundesverfassungsgericht* ook ten aanzien van de wetgever kunnen worden afgedwongen. Met dit materieel rechtsstaatsbegrip, dat vooral vrijheid en sociale rechtvaardigheid beoogt, doet de Duitse grondwetgever uitdrukkelijk afstand van de legalistische rechtsstaatsbegrippen uit de negentiende eeuw en van de *bürgerliche* rechtsstaat van Carl SCHMITT. Daarmee beslecht de *Grundgesetz* ook de discussie over de legitimiteit van een grondwettelijk hof: door de grondwettigheidstoetsing in artikel 93 *Grundgesetz* aan de rechter toe te vertrouwen wordt de hiërarchie der normen (artikel 20, derde lid *Grundgesetz*) gewaarborgd. Ten slotte wordt in artikel 79, derde lid *Grundgesetz* de mogelijkheid om de *Grundgesetz* te wijzigen, aanzienlijk beperkt. Een grondwetsherziening die de in artikel 1 en 20 GG verankerde beginselen raakt, is onaanvaardbaar. Zie *infra*, Deel II, eerste titel, vierde hoofdstuk, randnummer 460 e.v.

⁴⁵⁶ Zie ook E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 82; L. PECH, "The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union", 34 en U. SCHEUNER, "Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland", 491.

A. DE DEFINITIE VAN DE RECHTSSTAAT

166. Definitie – Het *Bundesverfassungsgericht* erkent het rechtsstaatsbegrip als grondwettelijk beginsel en als één van de grondslagen van de *Grundgesetz*⁴⁵⁷. Het rechtsstaatsbegrip ligt hoofdzakelijk in artikel 20, derde lid⁴⁵⁸ en in artikel 28⁴⁵⁹ *Grundgesetz* vevat.⁴⁶⁰ In artikel 20 *Grundgesetz* wordt evenwel niet het gehele rechtsstaatsbegrip verankerd maar slechts bepaalde rechtsstatelijke beginselen.⁴⁶¹ Dat staat het *Bundesverfassungsgericht* toe uit het rechtsstaatsbegrip nog andere beginselen af te leiden, dan deze die uit artikel 20 *Grundgesetz* kunnen worden afgeleid.⁴⁶² Het hof verwoordt de *Rechtsstaat* bondig als volgt:

“[Das Rechtsstaatsprinzip] sichert den Gebrauch der Freiheitsrechte, indem es Rechtssicherheit gewährt, die Staatsgewalt an das Gesetz bindet und Vertrauen schützt. Das Rechtsstaatsprinzip umfasst als eine der Leitideen des Grundgesetzes auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit und schließt den Grundsatz der Rechtsgleichheit als eines der grundlegenden Gerechtigkeitspostulate ein.”⁴⁶³

Vaker evenwel benadrukt het hof dat het rechtsstaatsbegrip niet kan worden gedefinieerd, omdat het een onbepaald begrip is dat bovendien rechten en aanspraken omvat die in een concrete situatie niet steeds met elkaar verzoenbaar zijn of niet steeds ten volle kunnen worden gewaarborgd. Telkens moet in concrete gevallen het rechtsstaatsbeginsel en zijn vereisten worden bepaald en worden beoordeeld of de wetgever, de uitvoerende macht of de rechter het rechtsstaatsbeginsel hebben geschonden.⁴⁶⁴ Daarom kan het Duitse rechtsstaatsbegrip niet op grond van de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht* worden gedefinieerd, maar wel omschreven: de elementen die van het begrip deel uitmaken, kunnen worden aangeduid.

167. Definitie – Ook na de Tweede Wereldoorlog argumenteert een (minderheids)stroming in de rechtsleer dat het rechtsstaatsbegrip onvoldoende duidelijk kan worden gedefinieerd en aldus geen juridische norm, doch alleen een politieke leidraad kan zijn.⁴⁶⁵ KUNIG meent dat de elementen van het rechtsstaatsbegrip (grondrechten, democratie, bondsstaat)

⁴⁵⁷ BVerfG 25 oktober 1966, *BVerfGE* 20, 323 (331).

⁴⁵⁸ Deze bepaling luidt als volgt: “(3) *Die Gesetzgebung ist an die Verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.*”

⁴⁵⁹ Deze bepaling luidt als volgt: “(1) *Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen.*”

⁴⁶⁰ BVerfG 1 juli 1953, *BVerfGE* 2, 380 (402). “*Zu diesen Leitideen, die auch den Landesgesetzgeber unmittelbar binden, gehört das Rechtsstaatsprinzip; das ergibt sich aus einer Zusammenschau der Bestimmungen des Art. 20 Abs. 3 GG über die Bindung der Einzelgewalten und der Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 4, 28 Abs. 1 Satz 1 GG sowie aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes.*” Zie ook SCHMIDT-ARMANN, “§ 24 Der Rechtsstaat”, 989.

⁴⁶¹ Dit heeft zijn invloed op de bescherming van de rechtsstaat tegen grondwetsherzieningen, op grond van de eeuwigheidsclausule in artikel 79, derde lid *GG*. Zie hierover meer in het vijfde hoofdstuk van de eerste titel van het tweede deel, randnummer randnummer 460 e.v.

⁴⁶² K. STERN, *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, 612.

⁴⁶³ BVerfG 19 maart 2013, 2 BvR 2628/10, nr. 55.

⁴⁶⁴ BVerfG 24 juli 1957, *BVerfGE* 7, 89 (92).

⁴⁶⁵ P. KUNIG, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 3.

voldoende duidelijk en in de *Grundgesetz* opgenomen zijn, zodat op deze elementen en niet op een hoger maar ondefinieerbaar en politiek begrip een beroep moet worden gedaan.⁴⁶⁶ Anderen definiëren de *Rechtsstaat* als de door het recht vormgegeven staat, zodat zij het louter als een juridische definitie van de staat beschouwen.⁴⁶⁷

De meerderheid meent echter dat het rechtsstaatsbegrip wel een zinvolle juridische betekenis kan hebben en een hele bibliotheek kan worden gevuld met bijdragen over deze juridische betekenis.⁴⁶⁸ Weinige rechtsgeleerden wagen zich echter aan een samenvattende definitie. STERN en SCHEUNER geven het (goede) voorbeeld. De eerste definieert *Rechtsstaatlichkeit* als volgt:

“Rechtsstaatlichkeit bedeutet, daß die Ausübung staatlicher Macht nur auf der Grundlage der Verfassung und von formell und materiell verfassungsmäßig erlassenen Gesetzen mit dem Ziel der Gewährleistung von Menschenwürde, Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zulässig ist.”⁴⁶⁹

SCHEUNER heeft een lange en een korte definitie. De lange luidt als volgt:

“Der Rechtsstaat ist nicht nur der Staat einer gesetzmäßigen Verwaltung oder der umfassenden Gerichtskontrolle, nicht nur der Grundsatz der Rechtssicherheit und Vollzugsbindung. In einem materiellen Sinn verstanden meint er ein auf der Achtung personaler Freiheit und auf dem Prinzip einer zu ihrem Schutze gemäßigten und fest geordneten Staatsmacht aufgebautes Gemeinwesen, dessen vom Volke ausgehende Rechtsordnung alles Staatshandeln an diese Grundlagen und an das Streben nach einer gerechten und gleichmäßigen Gestaltung der menschlichen Beziehung bindet.”⁴⁷⁰

En de korte definitie als volgt:

“Der Rechtsstaat verkörpert in sich den Schutz der persönlichen und politischen Freiheit des Bürgers und die Mäßigung und rechtliche Bindung aller öffentlichen Machtausübung.”⁴⁷¹

Belangrijker voor de vergelijkbaarheid van de rechtsstaatsbegrippen van de onderscheiden rechtsordes is evenwel de omschrijving van de *Rechtsstaat* in de rechtspraak en de rechtsleer. Over de inhoud van de *Rechtsstaat* bestaat immers een vrij ruime eensgezindheid. Hieronder wordt deze uiteengezet.

⁴⁶⁶ P. KUNIG, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 481 e.v. en SCHMIDT-ARMANN, "§ 24 Der Rechtsstaat", 991.

⁴⁶⁷ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Karlsruhe, Müller, 1974, 77.

⁴⁶⁸ Voor verwijzingen, zie P. KUNIG, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 117 e.v.

⁴⁶⁹ Geciteerd door K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 22. Hiermee verbreedde hij de definitie in de eerste uitgave, die als volgt luidde: “*Rechtsstaatlichkeit bedeutet Ausübung staatlicher Macht auf der Grundlage von verfassungsmäßig erlassenen Gesetzen mit dem Ziel der Gewährleistung von Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit.*” K. STERN, *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, 615. Zie ook P. KUNIG, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 117.

⁴⁷⁰ U. SCHEUNER, "Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland", 490.

⁴⁷¹ U. SCHEUNER, "Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland", 491.

B. DE OMSCHRIJVING VAN DE *RECHTSSTAAT*

168. De hedendaagse *Rechtsstaat* is een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip dat materiële doelen **(1)** beoogt en institutionele **(2)**, formele **(3)** en materiële vereisten **(4)** aan de Duitse grondwettelijke rechtsorde stelt: zij beperken de uitoefening van de staatsmacht en moeten een voortdurende bescherming van de menselijke waardigheid en van de fundamentele mensenrechten waarborgen. In een rechtsstaat moet de burger evengoed kunnen vertrouwen op een bescherming door de staat als tegen de staat.⁴⁷²

(1) HET DOEL VAN DE *RECHTSSTAAT*

169. *Menselijke waardigheid, vrijheden en rechten* – De vreselijke feiten van de Tweede Wereldoorlog indachtig, benadrukken de Duitse rechtspraak en de rechtsleer dat de hedendaagse *Rechtsstaat* als eerste doel en plicht heeft om de menselijke waardigheid te waarborgen.⁴⁷³ Daarnaast beoogt de *Rechtsstaat* de vrijheidsrechten, met inbegrip van het rechtszekerheidsbeginsel⁴⁷⁴, de materiële gerechtigheid en gelijkheid te beschermen.⁴⁷⁵ Uit het veel voorkomende gebruik van de woorden “*freiheitliche demokratische Grundordnung*” blijkt dat de Duitse (rechts)staat de vrijheid én de democratie moet waarborgen.

(2) DE INSTITUTIONELE ELEMENTEN

170. *Grondwet, evenwicht der machten en democratie* – Het rechtsstaatsbegrip en het *Bestimmtheitsprinzip* (zekerheidsbeginsel) vereisen een geschreven grondwet, waarin de bevoegdheden van de staat en de rechten en vrijheden van de burgers nauwkeurig worden bepaald. Ook de scheiding der machten is een rechtsstaatsbeginsel⁴⁷⁶: dit “*tragendes Organisationsprinzip des Grundgesetzes*”⁴⁷⁷ mag niet strikt worden geïnterpreteerd. Het houdt geen strenge scheiding der machten in, maar wel een evenwicht der machten.⁴⁷⁸ De drie machten moeten elkaars tegenwicht zijn, opdat de staatsmacht wordt beperkt en de vrijheid van het individu kan worden gewaarborgd.⁴⁷⁹ Al uit de *Grundgesetz* blijkt dat de

⁴⁷² BVerfG 2 maart 2010, 1 BvR 256/08, nr. 318.

⁴⁷³ BVerfG 28 juni 1983, BVerfGE 64, 261 (284). Het *Bundesverfassungsgericht* heeft zich in meerdere arresten afgezet tegen de nationaal-socialistische tirannie van 1936-1945. Zie onder meer BVerfG 14 februari 1968, BVerfGE 23, 98 (106) en 18 december 1953, BVerfGE 3, 225 (232). Zie ook B. GRZESZICK, “Artikel 20 Grundgesetz”, nr. 18.

⁴⁷⁴ Onder meer BVerfG 18 december 1953, BVerfGE 3, 225 (237).

⁴⁷⁵ BVerfG 19 maart 2013, 2 BvR 2628/10, nr. 55.

⁴⁷⁶ BVerfG 15 december 1970, BVerfGE 30, 1 (24) en 14 februari 1973, BVerfGE 34, 369 (386).

⁴⁷⁷ BVerfG 18 december 1953, BVerfGE 3, 225 (247).

⁴⁷⁸ BVerfG 27 april 1959, BVerfGE 9, 268 (279).

⁴⁷⁹ BVerfG 20 juni 1967, BVerfGE 22, 106 (111) en 18 december 1953, BVerfGE 3, 225 (247) Zie ook K. STERN, *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, 793; H. SCHULZE-FIELITZ, “Artikel 20. Rechtsstaat”, 209 en 211 en K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 70 en 76. In de rechtspraak van het

Rechtsstaat een democratie moet zijn. De democratie en de *Rechtsstaat* zijn verzoenbaar.⁴⁸⁰

171. *Wettigheidsbeginsel* – Het rechtsstaatsbegrip waarborgt het wettigheidsbeginsel⁴⁸¹: in fundamentele normatieve materies is de bevoegdheid aan de wetgever voorbehouden (*Parlementsvorbehalt*).⁴⁸² In andere materies zijn delegaties mogelijk, indien de inhoud, het voorwerp, het doel en de omvang van wetgevende machtigheden aan de uitvoerende macht voldoende duidelijk en beperkt zijn.⁴⁸³

172. *Goed werkende en verantwoordelijke uitvoerende macht* – De *Rechtsstaat* vereist dat de uitvoerende macht behoorlijk werkt en dat zij verantwoording aan het volk en aan het Duitse Parlement is verschuldigd.⁴⁸⁴ De uitvoerende en de rechterlijke macht moeten de wet naleven.⁴⁸⁵

173. *Onafhankelijkheid van de rechterlijke macht* – De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht is niet alleen een fundamenteel element van het beginsel van het evenwicht der machten, maar ook een afzonderlijk vereiste van de *Rechtsstaat*.⁴⁸⁶

174. *Een volledige rechtsbescherming* – De rechtsstaat vereist bovendien dat elke uitoefening van de staatsmacht aan een rechterlijke toetsing worden onderworpen, *a fortiori* indien deze de vrijheden of het eigendomsrecht beperken.⁴⁸⁷ Het hof is de hoeder van de *Grundgesetz*⁴⁸⁸ en waarborgt de naleving van de hiërarchie der normen, waarin de grondwet en de wet voorrang hebben.

Bundesverfassungsgericht wordt ook de federale staatsstructuur van Duitsland als een toepassing van de scheiding der machten erkend.

⁴⁸⁰ BVerfG 9 juli 2013, 2 BvC 7/10, nr. 12. U. SCHEUNER, "Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland", 467-468.

⁴⁸¹ BVerfG 7 april 1964, *BVerfGE* 17, 306 (313).

⁴⁸² Onder meer BVerfG 21 april 2015, 2 BvR 1322/12 en 2 BvR 1989/12 en 3 maart 2009, 2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07. ("Der im Rechtsstaatsprinzip und im Demokratiegebot wurzelnde Parlamentsvorbehalt gebietet, dass in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit dieser staatlicher Regelung zugänglich ist, die wesentlichen Entscheidungen vom Gesetzgeber getroffen werden (...). Dabei betrifft die Normierungspflicht nicht nur die Frage, ob ein bestimmter Gegenstand überhaupt gesetzlich geregelt werden muss, sondern auch, wie weit diese Regelungen im Einzelnen zu gehen haben (...).") Zie ook BVerfG 15 december 1970, *BVerfGE* 30, 1 (24-25) en 22 juni 1977, *BVerfGE* 45, 400 (417) (inzake onderwijs).

⁴⁸³ Onder meer BVerfG 3 februari 1959, *BVerfGE* 9, 137 (147) en 8 januari 1959, *BVerfGE* 9, 83 (86).

⁴⁸⁴ Onder meer BVerfG 27 april 1959, *BVerfGE* 9, 268 (281).

⁴⁸⁵ Onder meer BVerfG 2 april 2007, *BVerfGE* 112, 304 (316) en 18 mei 1988, *BVerfGE*, 78, 205 (212).

⁴⁸⁶ Onder meer BVerfG 4 juni 1969, *BVerfGE* 26, 141 (155) en 20 maart 1956, *BVerfGE* 4, 412 (416)

⁴⁸⁷ Onder meer BVerfG 30 april 2003, *BVerfGE* 107, 395 (401) en 15 december 1970, *BVerfGE* 30, 1 (25)

⁴⁸⁸ „Hüter der Verfassung“, voor het eerst in BVerfG 20 maart 1952, *BVerfGE* 1, 184 (43).

175. Formele vereisten aan de wetgeving – Het *Bestimmtheitsgebot* vereist dat de wet rechtszekerheid en vertrouwensbescherming biedt⁴⁸⁹: de wet moet voorzienbaar zijn en mag geen terugwerkende kracht hebben⁴⁹⁰, zij moet duidelijk zijn (*Normenklarheit und Tatbestandsbestimmtheit*)⁴⁹¹ en het *lex certa*-beginsel en het beginsel “*nulla poena sine culpa*”⁴⁹² naleven.

176. Procedurele vereisten rechtsbedeling – Het recht op een eerlijk proces maakt wezenlijk deel uit van de rechtsstaat.⁴⁹³ De *Rechtsstaat* vereist het recht op een rechter: de rechterlijke macht moet op een dergelijke wijze worden georganiseerd dat de rechtscollages niet overbelast zijn en eenieder binnen een redelijke termijn kan worden berecht⁴⁹⁴ en recht ziet geschieden. Daarbij mogen de eventuele kosten niet afschrikwekkend zijn.⁴⁹⁵ De procedureregels moeten bovendien duidelijk zijn, opdat de burger een effectieve rechtsbescherming zou genieten⁴⁹⁶ en er moet wapengelijkheid zijn⁴⁹⁷. Rechterlijke uitspraken die de persoonlijke vrijheid beperken, moeten berusten op afdoende feitelijke en juridische overwegingen.⁴⁹⁸ Terechtingszittingen moeten openbaar zijn en de rechtsbedeling moet op openbare wijze verlopen.⁴⁹⁹

De verscheidene en soms tegenstrijdige vereisten van de *Rechtsstaat* komen voornamelijk tot uiting bij de strafrechtelijke waarborgen. Het vermoeden van onschuld⁵⁰⁰, het recht op persoonlijke vrijheid en het vereiste van een efficiënte strafvervolgning, alle essentiële beginselen van de *Rechtsstaat*, zijn niet steeds verenigbaar: deze laatste vereist immers soms de beroving van de persoonlijke vrijheid, vooraleer iemand is veroordeeld.⁵⁰¹ De *Rechtsstaat* vereist dat beschuldigen niet in levensgevaarlijke omstandigheden verkeren, dat er een verbod op zelfincriminatie is⁵⁰² en dat zij die misdrijven hebben gepleegd, op

⁴⁸⁹ Onder meer BVerfG 8 juni 2009, 2 BvR 847/09; 11 oktober 1977, *BVerfGE* 46, 97 (114) en 8 februari 1977, *BVerfGE* 43, 242 (286).

⁴⁹⁰ Onder meer BVerfG 11 november 1986, *BVerfGE* 73, 206 (247) en 16 april 1985, *BVerfGE* 69, 272 (309).

⁴⁹¹ Onder meer BVerfG 20 december 2007, 2 BvR 2433/04 en 2 BvR 2434/04 (wetgever moet woorden in hun gebruikelijke betekenis gebruiken); 9 augustus 1995, *BVerfGE* 93, 213 (238) en 25 maart 1981, *BVerfGE* 57, 9 (22).

⁴⁹² Onder meer BVerfG 24 oktober 1996, *BVerfGE* 95, 96 (140); 11 november 1986, *BVerfGE* 73, 206 (234); 26 mei 1981, *BVerfGE* 57, 250 (275) en 25 oktober 1966, *BVerfGE* 20, 323 (331).

⁴⁹³ BVerfG 15 januari 2015, 2 BvR 878/14, nr. 19; 18 maart 2009, 2 BvR 2025/07, nr. 14 en 8 oktober 1974, *BVerfGE* 38, 105 (111) (het recht van getuigen op juridische bijstand).

⁴⁹⁴ Onder meer BVerfG 12 december 1973, *BVerfGE* 36, 264 (275). Zie ook inzake strafrechtelijke procedures, opdat de gemeenschap de straf als reactie op het gedane onrecht zou beschouwen: BVerfG 15 januari 2009, 2 BvR 2044/07, nr. 73.

⁴⁹⁵ BVerfG 23 mei 2012, 1 BvR 2096/09, nr. 1.

⁴⁹⁶ Onder meer BVerfG 25 maart 1981, *BVerfGE* 57, 9 (22). Zo ook publiekrechtelijke rechtspersonen, zie BVerfG 8 juli 1982, *BVerfGE* 61, 82 (104).

⁴⁹⁷ Onder meer BVerfG 22 december 2006, *BVerfGE* 117, 163 (185).

⁴⁹⁸ BVerfG 2 juni 2015, 2 BvR 2236/14, nr. 17.

⁴⁹⁹ BVerfG 15 januari 2015, BvR 2055/14, nr. 16.

⁵⁰⁰ Onder meer BVerfG 26 maart 1987, *BVerfGE* 74, 358 (369).

⁵⁰¹ Onder meer BVerfG 26 maart 1987, *BVerfGE* 74, 348 (369); 19 juli 1972, *BVerfGE* 33, 367 (383); 27 juli 1966, *BVerfGE* 20, 144 (146); 3 mei 1966, *BVerfGE* 20, 45 (50) en 15 december 1965, *BVerfGE* 19, 342 (347);

⁵⁰² BVerfG 19 maart 2013, 2 BvR 2628/10, nr. 60.

grond van de geldende wetgeving op eerlijke wijze worden bestraft.⁵⁰³ De straf moet met de ernst van de feiten en de schuld van de daders evenredig zijn.⁵⁰⁴

177. Openbaarheid en transparantie van machtsuitoefening – De rechtsstaat vereist dat elke uitoefening van de staatsmacht die vrijheden beperkt op openbare en transparante wijze gebeurt, opdat toezicht mogelijk zou zijn. Geheimhouding mag slechts de uitzondering zijn, waarvoor verantwoording nodig is.⁵⁰⁵

(4) DE MATERIËLE ELEMENTEN

178. Vereisten aan de wetgeving – Het *Bundesverfassungsgericht* heeft steeds afstand genomen van een legalistisch rechtsstaatsbegrip, dat geen inhoudelijke vereisten aan wetgeving zou stellen. Noch de wetgever noch de grondwetgever treden op in een waardenvrije rechtsorde, waarin alleen de meerderheid de rechtsorde zou bepalen.⁵⁰⁶ De rechtsstaat vereist dat de wet het gelijkheidsbeginsel⁵⁰⁷ en het evenredigheidsbeginsel (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*)⁵⁰⁸ naleeft en rechtvaardigheid (*“materielle Gerechtigkeit”*) nastreeft⁵⁰⁹.

179. Klassieke liberale rechten – Om de vrijheden en de democratie te waarborgen, moeten in de *Rechtsstaat* de klassieke liberale rechten worden geëerbiedigd. Dit zijn onder meer het eigendomsrecht, dat de mensen in staat moet stellen om hun eigen leven uit te bouwen en in die zin inherent verbonden is met het recht op persoonlijke vrijheid⁵¹⁰; de vrijheid van meningsuiting⁵¹¹ en een wettigheidsbeginsel in onderwijszaken⁵¹². De

⁵⁰³ Onder meer BVerfG 19 juni 1979, *BVerfGE* 51, 324 (343). Het niet langer strafbaar stellen van handelingen moet bij wet (amnestie) en niet door een beslissing van de uitvoerende macht (genade) gebeuren. Zie BVerfG 22 april 1953, *BVerfGE* 2, 213 (219), en genuanceerder, 23 april 1969, *BVerfGE* 25, 352 (364) (genade moet *in casu* onrechtvaardige rechterlijke toepassingen van de wet mildereren).

⁵⁰⁴ BVerfG 19 maart 2013, 2 BvR 2628/10, nr. 55.

⁵⁰⁵ BVerfG 3 maart 2009, 2 BvC 3/07 en 2 BvC 4/07, nr. 110 (gebruik van computers voor stemopname bij de verkiezingen is slechts onder strikte voorwaarden grondwettig) en BVerfG 13 juni 2007, 1 BvR 1550/03, 1 BvR 2357/04 en 1 BvR 603/05, nr. 134.

⁵⁰⁶ BVerfG 14 februari 1968, *BVerfGE* 23, 98 (106). Zie ook BVerfG 18 december 1953, *BVerfGE* 3, 225 (232).

⁵⁰⁷ Onder meer BVerfG 11 oktober 1977, *BVerfGE* 46, 97 (112); 16 februari 1965, *BVerfGE* 18, 353 (363) en 3 februari 1959, *BVerfGE* 9, 137 (147).

⁵⁰⁸ Onder meer BVerfG 15 december 1965, *BVerfGE* 19, 342 (348) (*“In der Bundesrepublik Deutschland hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlichen Rang. Er ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist.”*) Zie ook BVerfG 15 mei 1995, *BVerfGE* 92, 277 (317); 26 mei 1981, *BVerfGE* 57, 250 (270); 15 december 1970, *BVerfGE* 30, 1 (20) en 7 april 1964, *BVerfGE* 17, 306 (314).

⁵⁰⁹ Onder meer BVerfG 24 oktober 1996, *BVerfGE* 95, 96 (130) en 24 juli 1957, *BVerfGE* 7, 89 (92).

⁵¹⁰ Onder meer BVerfG 17 december 2013, 1 BvR 3139/08, nr. 176; 16 februari 2000, *BVerfGE* 102, 1 (15) en 24 maart 1976, *BVerfGE* 42, 64 (76).

⁵¹¹ Steeds vermeld als een grondrecht in een vrije democratische rechtsstaat (*“freiheitliche demokratischen Rechtsstaat”*), zie BVerfG 17 januari 1978, *BVerfGE* 47, 130 (143).

⁵¹² BVerfG 22 juni 1977, *BVerfGE* 45, 400 (417).

rechtsstaat waarborgt ook het recht op een eerlijk proces⁵¹³ en staat niet toe dat rechten die de menselijke waardigheid waarborgen kunnen worden ontnomen aan diegene die het recht heeft geschonden.⁵¹⁴

180. Sociaal-economische rechten – Zoals hierboven vermeld, vereist de *Rechtsstaat* in de eerste plaats dat de menselijke waardigheid – hét fundamentele beginsel van de *Grundgesetz* – wordt gewaarborgd en bevorderd.⁵¹⁵ In de Duitse rechtsleer ontspoon zich een debat over de inhoud en draagwijdte van de “sociale Rechtsstaat”, daar de Duitse *Grundgesetz* oplegt dat de Duitse orde een democratie, een rechtsstaat én een sociale staat is.⁵¹⁶ Daarbij rijst de vraag of het mogelijk is om een rechtsstaat met een sociale staat te verzoenen: is de rechtsstaat, in zijn kern, zijn instituten en vormen, verenigbaar met sociale doelstellingen en aanspraken? Is de rechtsstaat niet zo inherent verbonden met de burgerlijke vrijheid, dat een verzoening met sociale rechten onmogelijk is?⁵¹⁷

Twee strekkingen ontplooiën zich. Volgens de ene strekking zijn op grondwettelijk niveau de rechtsstaat en de sociale staat onverenigbaar: op grondwettelijk niveau moeten de rechtsstatelijke elementen absoluut worden gevrijwaard. Op wetgevend niveau zijn de rechtsstaat en de sociale staat wel verenigbaar.⁵¹⁸ De sociale rechtsstaat is in de eerste plaats een rechtsstaat, waarin eventueel sociaalstatelijke elementen kunnen worden ingevoegd. Volgens de andere strekking is de sociale rechtsstaat een nieuwe vorm van staatsorganisatie, die nog enkele rechtsstaats-elementen in zich draagt.⁵¹⁹ Deze laatste strekking geeft aldus voorrang aan de vereisten van de sociale staat op de rechtsstaat. Het *Bundesverfassungsgericht* volgt de eerste stelling: het hof heeft steeds geoordeeld dat de grondwettelijke opdracht een sociale staat te zijn in eerste instantie tot de wetgever is

⁵¹³ BVerfG 26 mei 1981, *BVerfGE* 57, 250 (273); 27 september 1978, *BVerfGE* 49, 220 (225) en 8 oktober 1974, *BVerfGE* 38, 105 (111).

⁵¹⁴ Onder meer BVerfG 1 maart 2006, *BVerfGE* 116, 69 (88) (“*Die elementare Regel, dass der Rechtsstaat auch die Rechte derjenigen nicht verletzen darf, die das Recht gebrochen haben, erfordert eine Ausgestaltung des Rechtsschutzes, die die Wirksamkeit dieser Regel auch für den Strafvollzug sicherstellt.*”). Zie ook BVerfG 28 juni 1983, *BVerfGE* 64, 261 (284).

⁵¹⁵ Onder meer BVerfG 3 juli 1973, *BVerfGE* 35, 348 (356) (“*Das Gebot des sozialen Rechtsstaats ist in besonderem Maße auf einen Ausgleich sozialer Ungleichheiten zwischen den Menschen ausgerichtet und dient zuvörderst der Erhaltung und Sicherheit der menschlichen Würde, dem obersten Grundsatz der Verfassung.*”).

⁵¹⁶ De behoefte om de rechtsstaat niet alleen een “liberale”, maar ook een sociale invulling te geven, bestond reeds van bij de eerste theorievorming over de rechtsstaat, maar verdwijnt in de negentiende eeuw (niet toevallig wanneer de rechtsstaat een administratiefrechtelijke term wordt). In het begin van de twintigste eeuw neemt de *Weimarer Reichsverfassung* sociale waarborgen in de grondrechten op. Zoals bij de sociale grondrechten in de Preambule van de Franse Grondwet van 1946, rijst de vraag wat de rechtskracht van deze grondrechten zijn: zijn het loutere beleidsdoelen of afdwingbare grondrechten? Na de Tweede Wereldoorlog wordt deze vraag nog prangender, aangezien de *Grundgesetz* stelt dat de Duitse orde een democratie, een rechtsstaat én een sociale staat is. E. FORSTHOFF, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, in E. FORSTHOFF (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, 168.

⁵¹⁷ E. FORSTHOFF, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, 174.

⁵¹⁸ E. FORSTHOFF, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, 192. Zie ook W. ABENDROTH, “Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland”, in E. FORSTHOFF (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, 116-117 en E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 78-79.

⁵¹⁹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 77-78.

gericht.⁵²⁰ Tot de *Rechtsstaat* behoort wel het recht op juridische bijstand, daar dit essentieel is voor het recht op een rechter en het beginsel van wapengelijkheid.⁵²¹

3. BESLUIT

181. Ruimste rechtsstaatsbegrip – Zonder twijfel is de hedendaagse *Rechtsstaat* het ruimste rechtsstaatsbegrip. Dat hoeft niet te verbazen. De *Rechtsstaat* heeft nergens zo'n ruime aandacht in de literatuur en in de rechtspraak (gehad) als in Duitsland. Bovendien kan alleen de Duitse rechtspraak op een grondwettelijke rechtsgrond steunen: dat vergemakkelijkt het gebruik van dit begrip aanzienlijk.

182. Evolutie – De grondwetgever heeft in 1949 bewust en uitdrukkelijk gekozen voor een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip. Hij heeft zich daarmee afgezet tegen het rechtsstaatsbegrip dat tot vóór 1950 het rechtsdenken beheerste. Even belangrijk is de vaststelling dat hij daarmee aansloot bij de oorspronkelijke betekenis van de *Rechtsstaat*. Tot 1848 was de *Rechtsstaat* een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip en vanaf 1949 is het dat opnieuw. De hedendaagse *Rechtsstaat* beoogt materiële doelen en legt institutionele, formele en materiële vereisten op. Zonder deze vereisten opnieuw op te sommen, kan worden geduïd op zijn verschillen en gelijkenissen met het Britse rechtsstaatsbegrip.

183. Institutionele vereisten en doel – Terwijl de *rule of law* geen uitdrukkelijk doel in de rechtspraak (doch wel bij enkele auteurs) heeft en niet *rechtstreeks* institutionele vereisten aan de staat oplegt, doet de *Rechtsstaat* dit wel. De *Rechtsstaat* beoogt niet alleen de vrijheid, maar ook essentieel de menselijke waardigheid en materiële gerechtigheid. De democratie, het grondwettigheidsbeginsel en het evenwicht der machten zijn de dragende institutionele beginselen van de rechtsstaat.

184. Formele vereisten – De *Rechtsstaat* stelt dezelfde formele vereisten voor de wetgever als de *rule of law*: het wettigheidsbeginsel, de rechtszekerheid, de vertrouwensbescherming en de voorzienbaarheid, maar ook de verplichting dat de uitvoerende macht goed moet functioneren en verantwoording moet afleggen. De *Rechtsstaat* hecht veel belang aan de rechtsbescherming: elke uitoefening van de staatsmacht moet aan rechterlijke toetsing worden onderworpen; er moet een onafhankelijke rechterlijke macht zijn en er zijn belangrijke procedurele vereisten voor de rechtsbedeling. Wat de rechtsbescherming betreft zijn dit dezelfde eisen als diegene die de *rule of law* vooralsnog alleen uitdrukkelijk voor de handelingen van de uitvoerende macht stelt. Bovendien moet elke staatsuitoefening die de grondrechten beperkt in volle openbaarheid en transparantie gebeuren.

⁵²⁰ BVerfG 28 mei 1993, *BVerfGE* 88, 203 (319) en 19 december 1951, *BVerfGE* 1, 97 (105). Zie ook E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 79.

⁵²¹ Onder meer BVerfG 12 december 2006, *BVerfGE* 117, 163 (194). Dit geldt evenwel niet voor rechtspersonen, zie BVerfG 3 juli 1973, *BVerfGE* 35, 348 (356).

185. Materiële vereisten – Het *Bundesverfassungsgericht* heeft een ruimere rechtspraak dan de *House of Lords* of het *Supreme Court* in de materiële vereisten voor de wetgeving. Niettemin zijn de beginselen in het Verenigd Koninkrijk en in Duitsland dezelfde: de materiële vereisten gesteld aan de wetgeving zijn de klassieke liberale rechten (zoals de vrijheid van meningsuiting) en het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. Uit het feit dat de *Rechtsstaat* de menselijke waardigheid wil waarborgen, mag niet worden afgeleid dat de *Rechtsstaat* alle socio-economische rechten waarborgt: de *Rechtsstaat* omvat alleen het recht op juridische bijstand, omdat dit essentieel is voor het recht op toegang tot de rechter en het beginsel van wapengelijkheid.

III. DE ÉTAT DE DROIT

186. *État de droit* – Als derde rechtsstaatsbegrip komt de Franse *État de droit* aan bod: met een rijke ideeëngeschiedenis voorafgaand aan het woord versmelten de idee en het woord pas in de twintigste eeuw in de *État de droit* (**afdeling 1**). Na een korte pauze in het rechtsstaatsdenken wordt sinds 1970 uitgebreid over de *État de droit* nagedacht (**afdeling 2**).

1. DE VOORGESCHIEDENIS VAN DE ÉTAT DE DROIT

187. *Woord- en ideeëngeschiedenis* – Slechts sinds 1870 komt het woord *État de droit* in Franse handboeken over het staatsrecht voor: aanvankelijk dient dit ter vertaling van het Duitse rechtsstaatsbegrip en verschijnt het voornamelijk in de Franse vertalingen van de Duitse geschriften.⁵²² In het in 1907 gepubliceerde "*Manuel de droit constitutionnel – Théorie générale de l'état – Organisation politique*" gebruikt Léon DUGUIT voor het eerst het begrip *État de droit* als een begrip van het Franse (grondwettelijke) recht.⁵²³ De meerderheid van de Franse rechtsgeleerden gebruikt het woord *État de droit* echter niet en het begrip zal snel verdwijnen en decennialang niet meer worden gebruikt.⁵²⁴ Slechts vanaf 1977, maar vooral sinds eind jaren 1980, wordt het woord *État de droit* opnieuw gebruikt. Op 8 november 1977 wordt het door President Valéry GISCARD D'ESTAING gedefinieerd; hij

⁵²² J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 23; L. HAMON, "L'État de droit et son essence", 699 en W. LEISNER, "L'État de droit - une contradiction? ", in X (ed.), *Recueil d'études en hommage de Charles Eisenmann*, Parijs, Editions Cujas, 1975, 65. Aanvankelijk werd *Rechtsstaat* als "*état légal*" vertaald (*Revue de législation et de Jurisprudence*, 3^{de} serie, deel 5, 1844, 529-531, over het werk van VON MOHL, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*), maar vanaf het midden van de negentiende eeuw wordt "*état de droit*" gebruikt, onder meer in H. AHRENS, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 6^{de} editie, Leipzig, 1868, deel 2, 326, 329, 331, 350, 383, 387 en 396. Zie ook verwijzingen naar andere (latere) vindplaatsen bij L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 326.

⁵²³ Het was dus niet wachten op CARRÉ DE MALBERG, aan wie vaak het eerste gebruik van het woord *État de droit* wordt toegeschreven. (Impliciet) bij J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Parijs, Montchrestien, 1995, 2^{de} ed., 22 (maar niet meer in de vijfde editie van 2010); L. FAVOREU, P. GAIA en R. GHEVONTIAN, *Droit constitutionnel*, Parijs, Dalloz, 1998, 23 en M. TROPER, "Le concept d'État de droit", 51.

⁵²⁴ HEUSCHLING stelt dat zowel de opkomst als het verval van de term *État de droit* verband houdt met de onderlinge (politieke) relatie tussen Duitsland en Frankrijk. Vanaf 1870 lijdt de Franse doctrine aan de "*crise allemande de la pensée française*" (naar C. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française*, Parijs, PUF, 1992, 2de ed.,): onder de indruk van de Duitse weerstand aan de revolutionaire krachten in Europa, kijken de Franse rechtsgeleerden over de grenzen heen en nemen zij gedachten van de Duitse rechtsgeleerden over. Vooral de invloed van de rechtsstaatsidee op de rol van de rechter is voor de Franse rechtsgeleerden een aantrekkelijke theorie, daar op dat moment een heropwaardering van de rol van de rechters in Frankrijk zeker wenselijk is. Vanaf het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog taant echter deze belangstelling. L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 376-377.

vereenzelvigt de rechtsstaatsidee met rechterlijke afdwingbaarheid.⁵²⁵ Pas vanaf het einde van de jaren 1980 krijgt het begrip *État de droit* een duurzame plaats in bijna alle staatsrechtelijke handboeken.

188. Gevaar voor anachronisme – Twee stromingen zijn het oneens over de betekenis van de Franse Revolutie in de evolutie van het begrip *État de droit*. Voor de ene stroming is het begrip in 1789 in het Franse denken ontstaan, toen de Franse Revolutie fundamentele beginselen van het moderne staatsrecht (voorrang van de grondwet, mensenrechten, scheiding der machten, voorrang van het recht) erkende.⁵²⁶ Volgens de andere stroming heeft de Franse Revolutie daarentegen slechts een onafgewerkt product voortgebracht⁵²⁷ of, erger, wordt, onder invloed van ROUSSEAU een vorm van staat verheerlijkt waarin de rechter geen plaats krijgt.⁵²⁸ HEUSCHLING meent dat deze laatste stroming zich aan het gebruik van een anachronisme schuldig maakt: de inhoud van het huidige rechtsstaatsbegrip zoeken in de geschriften van meer dan tweehonderd jaar geleden, vaststellen dat het er niet is, zonder evenwel rekening te houden met de evolutie die het rechtsstaatsbegrip zou kunnen hebben gehad.⁵²⁹ Hij heeft dan ook het begrip "*État de droit*" voor de periode 1789-1870 gereconstrueerd door de toen geldende theorieën over het recht, de macht en de staat te onderzoeken en tegelijk rechtsvergelijkend de Duitse en Engelse concepten over de *Rechtsstaat*, *Commonwealth* en *State* in het onderzoek te betrekken. Door ook te onderzoeken wat de *État* niet is, zijnde een despotische staat, kan HEUSCHLING vaststellen wat de *État* wel is. De *État* blijkt dan niets meer of minder te zijn dan een equivalent van het Duitse natuurrechtelijke rechtsstaatsbegrip.⁵³⁰

189. Europese Verlichting – De meeste rechtsgeleerden wijzen dan ook terecht de Franse Revolutie als begin van het rechtsstaatsdenken in Frankrijk aan.⁵³¹ De Franse revolutionairen worden immers in belangrijke mate beïnvloed door het achttiende-eeuwse Verlichtingsdenken, dat argumenteert dat er slechts vrijheid is wanneer wetten, en niet mensen, moeten worden gehoorzaamd.⁵³² De Verlichtingsdenkers zetten zich hiermee af tegen het despotisme of de absolute monarchie. Zij geven de theoretische grondslag voor

⁵²⁵ "Lorsque chaque autorité, de la plus modeste à la plus haute, s'exerce sous le contrôle d'un juge, qui s'assure que cette autorité respecte l'ensemble des règles de compétence et de fond auxquelles elle est tenue, l'État de droit émerge." Geciteerd door J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 128. Tevens bijdragen in de rechtsleer zoals W. LEISNER, "L'État de droit - une contradiction?", 65-80 en J.-P. HENRY, "Vers la fin de l'État de droit?", *RDP* 1977, (1207) 1207-1235.

⁵²⁶ L. HAMON, "L'État de droit et son essence", 699 en E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 41. Zie ook T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 27 e.v.

⁵²⁷ Voor verwijzingen, zie M. MIAILLE, "L'État de droit dans la Constitution", 21 en 37.

⁵²⁸ Voor verwijzingen, zie E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 54-56 en L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 330.

⁵²⁹ L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 331.

⁵³⁰ L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 331, ter navolging van M. MIAILLE, "L'État de droit dans la Constitution", 21-23.

⁵³¹ Zie ook M. MIAILLE, "L'État de droit dans la Constitution", 22.

⁵³² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* I, livre XI, chapitre 3, 292; J.-J. ROUSSEAU, *Œuvres complètes de J.-J. Rousseau*, Tome III, Parijs, Furne et C^{ie}, 1846, 81 (*Lettres écrites de la Montagne*, partie II, Lettre VIII) en VOLTAIRE, "Pensées sur l'administration publique", aforisme VII (1753), in *Œuvres de Voltaire*, Parijs, Pourat Frères Editeurs, 1839, 104. VOLTAIRE, pseudoniem voor François-Marie AROUET, 1694-1778, heeft tijdens zijn verbanning naar Engeland de geschriften van onder meer LOCKE bestudeerd en heeft erna, in *Lettres philosophiques* de Engelse rechtsorde beschreven, waarin hij onder meer de scheiding der machten preeft (Lettre VIII en IX), VOLTAIRE, *Lettres Philosophiques*, Rouen, Jore Libraire, 1738.

een staatsvorm waarin de macht niet bij één of meerdere personen ligt en die de vrijheid en de autonomie van het individu beoogt.⁵³³ De ideeën van de Franse Verlichtingsdenkers van vóór en na 1789 stemmen dan ook overeen met de Engelse staatsconcepten uit de zeventiende en de achttiende eeuw en de Duitse klassieke rechtsstaatsconcepten uit de negentiende eeuw.⁵³⁴ Hieronder wordt de door de Franse Revolutie gehanteerde rechtsstaatsidee bondig besproken.

A. DE *ÉTAT DE DROIT*- IDEE: VAN DE FRANSE REVOLUTIE TOT HET BEGIN VAN DE TWINTIGSTE EEUW

190. *De Franse (rechts)staat* – Geïnspireerd door de Verlichtingsdenkers⁵³⁵ en met het oog op het waarborgen van de vrijheid van elke burger, implementeren de Franse revolutionairen beginselen die vandaag essentieel voor de rechtsstaat worden geacht.⁵³⁶ In tegenstelling tot de despotische monarchieën, beoogt de staat na 1789 het algemeen belang. Dit doel kan slechts met institutionele veranderingen worden bereikt⁵³⁷: het invoeren van een (begin van) democratie⁵³⁸, geïnspireerd door ROUSSEAU's soevereiniteitsdenken, van een hiërarchie der normen⁵³⁹ en van een scheiding der

⁵³³ E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 56.

⁵³⁴ L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 331 en M. MIAILLE, "L'État de droit dans la Constitution", 22. Zie ook L. PECH, "The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union", 37.

⁵³⁵ BODIN, SIEYÈS en ROUSSEAU gaven de theoretische grondslag voor het toekennen van de soevereiniteit aan de wetgever. Zeker het republikeinse gedachtegoed van ROUSSEAU, die ervan overtuigd is dat de wet, als uitdrukking van de algemene wil, rechtvaardig en onfeilbaar is, zal zich hardnekkig in de Franse rechtscultuur vestigen. MONTESQUIEU reikt de theoretische grondslag voor een evenwicht der machten aan. Hoewel hij de soevereiniteit aan de wetgever toekent, weigert hij het recht als de wil van de soeverein te beschouwen. Het recht is een praktijk, dat door het handelen van alle staatsmachten tot uiting komt. De Franse revolutionairen benadrukken met hun *Déclaration* van 1789 ook de bescherming van de vrijheid en de mensenrechten, waarbij ze zich ook op de theorieën van ROUSSEAU, MONTESQUIEU en VOLTAIRE beroepen. De staat moet het algemeen belang, dit is het behoud en het welzijn van alle burgers, beogen.

⁵³⁶ J.-P. HENRY, "Vers la fin de l'État de droit?", 1209.

⁵³⁷ W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Parijs, Economica, 2005, 62.

⁵³⁸ De Franse revolutionairen willen de macht losmaken van één of meerdere personen en kennen de soevereiniteit toe aan het abstracte begrip van de Natie (Artikel 3 van de *Déclaration* van 1789 en artikel 1 van titel III van de *Constitution* van 1791). De burger wordt betrokken bij de wetgevende procedure. Het kiesrecht wordt niet langer op grond van afkomst, maar wel op grond van fortuin toegekend: zowel de *Constitution* van 1791 als van 1795 voeren het cijnskiesrecht in en zo ook de *Constitution* van 1814 en van 1830. Pas in 1848 wordt aan de mannen een algemeen stemrecht toegekend; pas in 1944 aan de vrouwen.

⁵³⁹ De Franse revolutionairen voeren een piramidale hiërarchie der normen in: aan de top staan de natuurlijke, onvervreembare mensenrechten, die in de *Déclaration* van 1789 worden erkend. Onder de *Déclaration* van 1789 staat de *Constitution*, die deze rechten moet waarborgen en de scheiding der machten moet verwezenlijken. Daaronder staan de wet, die een "*autorité supérieure*" geniet, daar ze natuurlijke en burgerlijke rechten niet kan schenden, en de handelingen van de uitvoerende macht. J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 26.

machten⁵⁴⁰. Het Franse staatsdenken ten tijde van de Franse Revolutie was overigens wezenlijk natuurrechtelijk geïnspireerd.⁵⁴¹ Het positieve recht is slechts een reflectie van de universele rede, zoals blijkt uit de woorden van Jean PORTALIS.⁵⁴²

De kern van de Franse rechtsstaat in 1789 ligt dan ook vervat in artikel 16 van de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* van 1789 (hierna "de *Déclaration* van 1789" genoemd):

"Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution."

Het bestaan van de *État* of *République* is aldus afhankelijk van twee fundamentele beginselen, die de staat tot een rechtsstaat maken: de scheiding der machten en democratie, enerzijds, en de bescherming van de mensenrechten, anderzijds.⁵⁴³

191. Wetsverering – Geïnspireerd door ROUSSEAU'S soevereiniteitsdenken en door de strikte scheiding der machten, verwezenlijkt de Franse Revolutie echter een heerschappij van de wet en dus van de wetgever: een *nomocratie*.⁵⁴⁴ De revolutionaire beginselen van het Franse staatsrecht leiden ertoe dat in de tweede helft van de negentiende eeuw een strenge formalistische en positivistische school in het Franse staatsdenken opkomt. Met haar abstracte en algemene karakter, voortspruitend uit de rede en als weerspiegeling van de algemene wil, wordt de wet als onfeilbaar en onaantastbaar beschouwd.

⁵⁴⁰ MONTESQUIEU'S leer wordt in zijn eigen vaderland slechts gedeeltelijk geïmplementeerd. De Franse revolutionairen voeren een strikte scheiding der machten in: de drie staatsmachten zijn elk soeverein in hun eigen bevoegdheid en onafhankelijk; er is geen samenwerking bij het uitoefenen van een staatsfunctie. De Franse revolutionairen van 1789 koesteren immers een groot wantrouwen jegens de rechterlijke macht. Een essentieel element van de theorie van MONTESQUIEU, de *checks and balances*, dit is dat elke macht een tegenwicht moet kennen en dat aldus een evenwicht van machten moet worden nagestreefd, wordt – helaas – niet geïmplementeerd.

⁵⁴¹ J. PORTALIS, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet (de Code Civil) de la commission du gouvernement* Amsterdam, Academische Boekwinkel, 1948, 7. Ook MONTESQUIEU legitimeert het positieve recht op grond van het natuurrecht. Het natuurrecht is de menselijke rede en de positieve wetten zijn niets anders dan de bijzondere gevallen waarop de menselijke rede wordt toegepast. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois I*, livre I, chapitre 3, 128.

⁵⁴² J. PORTALIS, *Discours préliminaire*, 11. Ook de codificatiebeweging in het begin van de negentiende eeuw werd gedragen door de natuurrechtstheoretici. Het is dan ook paradoxaal dat deze codificaties tot eerst de exegetische en vervolgens de positivistische school zullen leiden, die elke metajuridische overweging uit het juridische denken bannen. R. FOQUÉ, "De rechter is het sprekende recht", (79) 85; L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 337 en J.-Y. MORIN, "The Rule of Law and the Rechtsstaat Concept", 67-68.

⁵⁴³ F. DREYFUS en F. D'ARCY, *Les institutions politiques et administratives de la France* Parijs, Economica, 1985, 2^{de} ed., 13 en L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 331.

⁵⁴⁴ Zelfs de Koning moet getrouwheid aan de wet zweren (Hoofdstuk II, eerste paragraaf, artikel 4 van de *Constitution* 1791). E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 59; E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 45. Zie ook A. ALEN, *Rechter en bestuur*, 475-477 en 481-489; M. CAPPELLETTI, "Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of "constitutional justice"", 15; T. KOOPMANS, *Courts and political institutions*, 22 en M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 461-26. *Contra*, R. GROTE, "Rule of Law, Rechtsstaat and "Etat de droit"", 292, die stelt dat het wetspositivisme minder aanhang en gevolgen in Frankrijk dan in Duitsland had. Deze heerschappij van de wet leidt tot de verheerlijking, zelfs vergoddelijking, van de wet. Getuigenis hiervan is de oprichting in 1790 van de club van de wetsliefhebbers (*club des Nomophiles*), en in 1792 benoemt het Parlement (*Assemblée législative*) de eerste zondag van juni tot nationale feestdag ter ere van de wet. W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 62. Zie

192. Rechterlijke macht – De grootste zwakte van het door de revolutionairen ingevoerde nieuwe staatsbestel, is dat de hiërarchie der normen niet kan worden afgedwongen. Door hun groot vertrouwen in de wetgever en wantrouwen jegens de rechter⁵⁴⁵, ontnemt de Franse Revolutie de rechters elke zinvolle bevoegdheid: rechters mogen de wet louter toepassen en niet interpreteren.⁵⁴⁶ De wet is immers steeds rechtvaardig en onfeilbaar, zodat interpretatie overbodig is. Zij mogen geen toezicht op de administratieve rechtshandelingen, *a fortiori* op de wetgeving, uitoefenen. Tot 1828 geldt bovendien het *référé législatif*: bij twijfel over de interpretatie van de wet moet de rechter een vraag aan de wetgevende macht stellen.⁵⁴⁷ De Franse staat verwordt aldus veeleer tot een wettenstaat dan een rechtsstaat.

193. Grondwettigheidstoetsing – In 1789 wordt er nochtans gedebatteerd over hoe kan worden vermeden dat de staat tot een despotisme van de wetgevende macht verglijdt: via de politieke dan wel jurisdictionele weg? In 1793 kent het Girondijns grondwetsontwerp (dat evenwel nooit wordt aangenomen) de mogelijkheid aan de burgers toe om het Parlement bijeen te roepen en bezwaarschriften tegen een wet in te dienen. Indien dit zonder gevolg blijft, kunnen de burgers het Parlement laten ontbinden en verkiezingen laten uitschrijven. De Franse revolutionairen overwegen tevens het voorstel van SIEYÈS om een *jurie constitutionnaire* op te richten, die uit oud-leden van de *Assemblée* zou worden samengesteld en de bevoegdheid zou hebben om ongrondwettige wetten te vernietigen.⁵⁴⁸ Dit voorstel wordt evenwel in 1795 verworpen.⁵⁴⁹

⁵⁴⁵ Gevoed door de slechte ervaring met de rechters van het *Ancien Régime*, die hun ambt misbruikten. Zie onder meer M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 124-125.

⁵⁴⁶ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, 494 en 498; J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 28; A. STONE, *The Birth of Judicial Politics in France*, Oxford, Oxford University Press, 1992, 24-25. De rechters krijgen geen interpretatiebevoegdheid, daar, zoals VOLTAIRE het zegt, "*L'interpréter, c'est presque toujours la corrompre*". VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, art. "Lois civiles et ecclésiastiques", Parijs, Imprimerie de Cosse et Gaultier-Laguionie, 1994, 693.

⁵⁴⁷ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, 498-499.

⁵⁴⁸ SIEYÈS stelde voor dat een *jurie constitutionnaire*, samengesteld uit vertegenwoordigers, elke vermeende grondwetsschending zou beoordelen. De *jurie* zou een rechtbank van cassatie in de grondwettelijke orde zijn, een atelier om voorstellen voor grondwetswijzigingen op te maken en een "*supplément de juridiction (sic) naturelle aux vides de la juridiction positive*". A. ALEN, *Rechter en bestuur*, 496-497 en G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", *RDP* 2001, (489) 493.

⁵⁴⁹ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, 497-498; E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 65; J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 29 en L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel III: La théorie générale de l'État (suite et fin)* 3, Parijs, de Boccard, 1930, 666-667. De idee van de *jurie constitutionnaire* wordt vertaald in de *sénat conservateur* van de *Constitution* van het Jaar VIII, die oordeelt over de grondwettigheid van alle akten die de rechtscolleges en de regering naar de *sénat* verwijzen (art. 21 *Constitution* Jaar VIII). In de *Constitution* van 1852 wordt aan de *sénat conservateur* als tweede kamer de bevoegdheid toegekend om de bewaker van de grondwet te zijn. De *sénat* moet de afkondiging van ongrondwettige wetten weigeren. HAURIU heeft echter vastgesteld dat de *sénat* voornamelijk bijstand heeft verleend aan het schenden van de Grondwet, schrijft P. WIGNY, *Droit Constitutionnel: principes et droit positif*, Brussel, Bruylant, 1952, 187.

B. HET BEGIN VAN DE TWINTIGSTE EEUW

194. *État de droit* – Het begin van de twintigste eeuw luidt een tweede fase in de genese van het Franse rechtsstaatsbegrip in: de Fransen ontdekken het woord *État de droit*. Tot 1930 wordt de idee van de *État de droit* weliswaar niet door iedereen gedeeld, doch is het een gouden periode qua ideeënontwikkeling. De rechtsstaatstheorieën van DUGUIT en van CARRÉ DE MALBERG zijn mijlpalen in de Franse staatsleer. DUGUIT ontwikkelt aan de hand van Franse staatsrechtelijke beginselen, die tegengesteld zijn aan de beginselen van de op dat moment heersende Duitse rechtsstaatsidee, een eigen Franse theorie van de *État de droit*. CARRÉ DE MALBERG vormt echter vanuit een gedetailleerde analyse van de Duitse *Rechtsstaat* de rechtsstaatsidee tot een Franse legalistische idee van de *État de droit* om.⁵⁵⁰ Beide theorieën worden bondig besproken.

195. DUGUIT – DUGUIT bouwt een eigen Franse *État de droit*-leer op.⁵⁵¹ De *État*, als feit, is geen bron van recht. Het recht ontstaat spontaan uit het bewustzijn van de burgers over de maatschappij en rechtvaardigheid.⁵⁵² Dit recht, het “objectieve recht” (*règles de droit*) staat boven de staat, is buitenstatelijk en gaat vooraf aan de staat.⁵⁵³ Het bestaat uit twee categorieën. De *règles de droit normatives* verplichten of verbieden. De *règles de droit constructives* of *techniques* organiseren de afdwingbaarheid van die eerste normen. Deze rechtsnormen moeten niet geschreven zijn: zij kunnen worden ontdekt als beginselen van de geschreven normen.⁵⁵⁴ In de hiërarchie der normen staan er boven de *Constitution* en zelfs boven de *Déclaration* van 1789 hogere rechtsbeginselen (*principes de droit supérieur*), die de staat binden.⁵⁵⁵ Het objectieve recht verplicht de staat om een geschreven grondwet en wetten uit te vaardigen, ze toe te passen en te gehoorzamen en verbiedt de staat om

⁵⁵⁰ E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 149 en L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 387.

⁵⁵¹ Daarbij verwerpt hij uitdrukkelijk de positiefrechtelijke theorie van de zelfbeperking van de staat die op dat moment in Duitsland geldt. DUGUIT stelt dat soevereiniteit niet bestaat. In de *État de droit* van DUGUIT is er geen sprake van een subjectief recht op de staatsmacht. De staatsmacht is immers geen juridisch, maar een feitelijk gegeven: het is een feitelijke macht. De *État* wordt slechts legitiem, indien hij zich beperkt en hij rechtsstaat wordt. L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel: théorie générale de l'état - organisation politique* Parijs, Fontemoing, 1907, 28-29 en L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants et les agents*, Parijs, Fontemoing, 1903, 256.. Zie ook J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 36.

⁵⁵² E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 151. Aanvankelijk is er immers de *loi sociale* of het *droit objectif*: dit is de sanctionering van ongewenste gedragingen door de burgers. Een economische of morele norm wordt een juridische norm, wanneer de groep beseft dat zij de schending van de norm kan beteugelen. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel I: La règle de droit, le problème de l'État*, Parijs, de Boccard, 1927, 36. EISENMANN bekritiseert deze definitie van het recht, daar dit geen positieve definitie is, maar een definitie van een juridische norm aan de hand van de idee van een mogelijk karakter (nl. de afdwingbaarheid). CH. EISENMANN, "L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs", in X (ed.), *Mélanges R. Carré de Malberg*, Parijs, Sirey, 1993, 52-53.

⁵⁵³ E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 153. Dit is dus anders dan in de theorieën over het sociale contract: deze laatste theorieën verdedigen dat de staat op een juridische wijze – het contract tussen de regeerder en de geregeerden – ontstaat en dat de beperkingen op de staatsmacht reeds in dit contract zijn begrepen. Het objectieve recht van DUGUIT daarentegen is geen constitutief element van de staat, maar treedt *a posteriori* als beperkende factor op. L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 392.

⁵⁵⁴ CH. EISENMANN, "L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs", 74.

⁵⁵⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel III*, 555-556.

bepaalde wetten uit te vaardigen.⁵⁵⁶ De staat zal positief recht uitvaardigen, de *loi positive*, die het objectieve recht in een geheel van verplichtingen en sanctionering omvormt. Hierdoor zal het objectieve recht het doel en de omvang van de bevoegdheden van de staat bepalen en beperken. DUGUIT hanteert aldus een integraal, niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip.⁵⁵⁷

196. CARRÉ DE MALBERG – In zijn belangrijkste werk, *Contribution à la Théorie générale de l'État* ontwikkelt CARRÉ DE MALBERG een op de toenmalig legalistische *Rechtsstaat* geïnspireerd Frans rechtsstaatsbegrip. Hij maakt een onderscheid tussen de *État légal* en de *État de droit*.⁵⁵⁸ Als tegenhanger van de politiestaat, bestaat de *État de droit* in het belang van de burgers, die deze tegen willekeurig overheidshandelen moet beschermen. Drie criteria onderscheiden de wettenstaat en de rechtsstaat: het doel, de regeringsvorm en het grondwettigheidsbeginsel.⁵⁵⁹ De rechtsstaat beoogt het belang en de bescherming van de burger; de wettenstaat beoogt de organisatie van de staat, dit is de uitvoerende macht aan de wetgevende macht en aan het wettigheidsbeginsel onderwerpen.⁵⁶⁰ Daarnaast beschermt de rechtsstaat in wezen de individuele rechten van de burgers, zodat hij met alle regeringsvormen verenigbaar is. De wettenstaat daarentegen vereist een specifieke regeringsvorm: een democratie en hiërarchie der normen, zoals neergelegd in artikel 3 van de Franse Grondwet van 1875. Ten slotte vereist de rechtsstaat dat de uitvoerende macht én de wetgevende macht zich aan de hogere rechtsnormen onderwerpen⁵⁶¹, terwijl de wettenstaat de uitvoerende macht alleen aan de wetten onderwerpt.⁵⁶²

⁵⁵⁶ L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 662 te vergelijken met L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel III*, 589.

⁵⁵⁷ Zonder dit als rechtsstatelijke element te benoemen, pleit DUGUIT voor een toepassing van het beginsel van evenwicht der machten, L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 160 e.v.

⁵⁵⁸ De *État de droit* is: "Par État de droit il faut entendre un État qui, dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit, et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques [...]" R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1, Parijs, Sirey, 1920, 489-490.

⁵⁵⁹ Het onderscheid tussen de wettenstaat en de rechtsstaat kan duidelijk lijken, maar is niet wetenschappelijk onbekritiseerbaar. De criteria sluiten elkaar immers niet uit. Het is mogelijk dat een regeringsvorm aan één van de criteria voldoet en dus een *État de droit* zou zijn, zonder evenwel aan de andere. CARRÉ DE MALBERG geeft hierover geen uitsluitel. Sommige uitspraken doen vermoeden dat de *État de droit* inderdaad de hogere verschijningsvorm is van de (wetten)staat. Is Frankrijk bovendien een *État de droit*? Hierin is CARRÉ DE MALBERG niet helemaal duidelijk, doch algemeen wordt aangenomen dat hij dit niet vond. CARPANO verwijst naar de uitspraken van CARRÉ DE MALBERG over MONTESQUIEU en naar het bestaan van de *Conseil d'État*. E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 157-158; J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 29; M. TROPER, "Le concept d'État de droit", 53-54 en J.-Y. MORIN, *L'État de droit: émergence d'un principe du droit international*, 96.

⁵⁶⁰ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État I*, 490. Zie ook J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 30.

⁵⁶¹ Zo mag een particuliere wet geen afbreuk doen aan een algemene wet en mag de wetgever geen afbreuk doen aan de individuele rechten die door de *Constitution* tegen mogelijke inbreuken door de wetgever worden beschermd. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État I*, 492.

⁵⁶² CARRÉ DE MALBERG stelt dat de *État de droit* op het vlak van de uitvoerende macht een kleinere draagwijdte dan de *État légal* heeft, maar op andere vlakken, zoals het wetgevende, een grotere. De *État de droit* bestaat immers slechts in zoverre de burger de mogelijkheid heeft om schendingen van zijn individuele rechten aan te vechten. De Franse rechtsorde laat dit echter alleen voor

197. Zelfbeperking – In tegenstelling tot de toen in Frankrijk heersende natuurrechtelijk geïnspireerde rechtsleer (cfr. DUGUIT), verdedigt CARRÉ DE MALBERG het (Duitse) zelfbeperkingsbeginsel van de Staat. De *État de droit* wordt niet beperkt door een al bestaand, hoger (natuur)recht, maar hij beperkt zichzelf en dit in het belang van de burgers.⁵⁶³ De staatsmacht is zelf aan het recht onderworpen en is aldus beperkt. Elke macht, die slechts op grond van een juridische norm ontstaat en kan worden behouden, is een door het recht beperkte macht: de staat mag immers nooit anarchie doen ontstaan, daar hij dan zichzelf zou vernietigen.⁵⁶⁴ Met dit beginsel laat hij tevens zijn positivistisch rechtsdenken zien: alleen uit de staat vloeit het recht voort, zodat de staat zichzelf alleen door het recht kan beperken. Voor hem is het zelfbeperkingsbeginsel een essentieel element van de *État (de droit)*.⁵⁶⁵

198. Rol van de rechter – In navolging van de Duitse (administratiefrechtelijke) rechtsstaatsdenkers GNEIST en MAYER, kent CARRÉ DE MALBERG een belangrijke rol aan de rechter toe: ook het administratieve overheidshandelen is aan rechterlijke toetsing onderworpen.⁵⁶⁶ Hij gaat evenwel niet zo ver om aan de rechter tevens de bevoegdheid toe te kennen om de grondwettigheid van wetten te beoordelen. Onder de toenmalige *Constitution* van 1875 is het onmogelijk om de wetten aan de *Constitution* te toetsen en hij verzet zich tevens tegen een grondwetsherziening die dit zou mogelijk maken. Vermits zowel de *Constitution* als de wetten de uiting van de algemene wil van de burgers zijn, kunnen de wetten niet aan de *Constitution* worden getoetst.⁵⁶⁷ Aanvankelijk acht ook DUGUIT de politieke waarborgen van de *Constitution*, die de *Déclaration* van 1789 omvat, namelijk de scheiding der machten en het oprichten van hogere rechtscolleges, voldoende om de *Constitution* af te dwingen. DUGUIT identificeert het recht aldus niet met de rechter.⁵⁶⁸ Bij gebrek aan een juridische sanctie, moet op de getrouwheid van eenieder om de *Constitution* na te leven worden vertrouwd.⁵⁶⁹ Later zal hij de juridische afdwingbaarheid van de *Constitution* echter als een essentieel element van de *État de droit* beschouwen.⁵⁷⁰

administratieve rechtshandelingen toe en niet voor schendingen van individuele rechten, uitgaande van de wetgever. In Frankrijk zijn de rechtsstaatsbeginselen aldus alleen voor de rechterlijke en uitvoerende macht geïmplementeerd. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État I*, 490-493.

⁵⁶³ E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 155.

⁵⁶⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État I*, 229, met verwijzing naar JELLINEK.

⁵⁶⁵ E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 155.

⁵⁶⁶ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État I*, 489-490.

⁵⁶⁷ E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 159.

⁵⁶⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel I*, 547, tevens verwijzend naar IHERING en JELLINEK.

⁵⁶⁹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel I*, 548.

⁵⁷⁰ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel III*, 673-674. De rechter zou zijn onafhankelijkheid verliezen, indien hij verplicht zou zijn om aan de uitvoering van de ongrondwettige wet mee te werken. DUGUIT wijst dan ook de rechtspraak en rechtsleer af, die op grond van het beginsel van de scheiding der machten, een exceptie van ongrondwettigheid onontvankelijk verklaren. In theorie verdedigt hij dat de gewone rechter bevoegd zou zijn om ongrondwettige wetten buiten toepassing te laten. Zich beroepend op het objectieve recht mag de gewone rechter wetgevende lacunes of onduidelijkheden aanvullen en de ongrondwettige wet – zijnde strijdig met de grondwettelijke wetten van 1875 en de beginselen van het objectieve recht – buiten toepassing laten. Dit geldt *a fortiori* in een staat die de scheiding der machten heeft ingericht, daar de wetgever en de rechter binnen hun eigen bevoegdheden soeverein zijn. Zij zijn onafhankelijk van elkaar, maar hebben een hoger doel gemeen: *le pouvoir constituant* eerbiedigen. De wetgever noch de rechter mag ingaan tegen de beslissingen van de Constituante. Voor Frankrijk meent hij dat de oprichting van een niet-politiek en onafhankelijk

199. *Navolging?* – De houding van de andere rechtsgeleerden in het begin van de twintigste eeuw is dubbelzinnig. De meerderheid van de Franse rechtsleer is de rechtsstaatsidee niet te sterk genegen, daar deze idee met beginselen van de Franse staatsleer strijdt: de rechtsstaat wordt als de vijand van de wettenstaat beschouwd, die de onschendbaarheid van de wet bedreigt.⁵⁷¹ Het wetspositivisme is op dat moment nog steeds de heersende theorie.⁵⁷² Bovendien houdt men ook niet van zijn gevolgen, in het bijzonder de rechterlijke grondwettigheidstoetsing van de wetten. Vanaf 1930 verdwijnt het begrip *État de droit* opnieuw uit de staatsrechtsboeken. De tweede periode vangt aan op het einde van de jaren 1970 en vooral 1980 en is eerder getekend door een "cryptonaturalisme", een niet-uitgesproken natuurrechtsdenken.⁵⁷³

2. DE HEDENDAAGSE *ÉTAT DE DROIT*

200. *Juridisch begrip?* – Noch in de *Constitution* noch in de Franse wetten wordt vereist dat Frankrijk een *État de droit* is. Evenmin wordt erin gedefinieerd wat een *État de droit* is. En hoewel hiertoe reeds uitgenodigd, vloeide het begrip *État de droit* tot op heden nog niet uit de pen van de *Conseil constitutionnel*⁵⁷⁴. Niettemin beschouwt de (grond)wetgever Frankrijk wel als een *État de droit*⁵⁷⁵ en de meerderheid van de Franse rechtsgeleerden herkennen de

grondwettelijk hof (*haute cour de justice*) evenwel onmogelijk is. Hierbij houdt hij rekening met de verschillende mogelijkheden van benoeming van de rechters, met de wijze waarop een zaak bij een grondwettelijk hof kan worden ingeleid en met de Franse ervaring met de *sénat conservateur*. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel III*, 664-672.

⁵⁷¹ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 31.

⁵⁷² T. KOOPMANS, *Courts and political institutions*, 22.

⁵⁷³ L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 386.

⁵⁷⁴ Uit de arresten van 28 juli 1989 en van 1 januari 1994 blijkt dat de partijen die de wet aan de *Conseil constitutionnel* hebben voorgelegd zich op het rechtsstaatsbegrip beroepen. Cons. const. 28 juli 1989, 89-261 DC, 14 en 21 januari 1994, 93-335 DC. In voordrachten en publicaties gebruiken de leden van de *Conseil constitutionnel* het rechtsstaatsbegrip wel, zie R. BADINTER, "Une exception française: les anciens Présidents de la République au Conseil constitutionnel", 520 ; J.-L. DEBRÉ, "Justice et séparation des pouvoirs en droit constitutionnel français", *Deuxième conférence régionale du monde arabe*, Qatar, 27-28 april 2008, 9 en J.-L. DEBRÉ, "Le Conseil constitutionnel aujourd'hui et demain", *Ecole Nationale de la Magistrature*, 14 mei 2008, 3.

⁵⁷⁵ Uit de parlementaire stukken van de grondwetsherziening in 2008 blijkt dat deze door de Franse rechtsstaatsidee werd ingegeven. In het verslag van de commissie wordt dit doel op verscheidene plaatsen aangehaald: "*Un État de droit pour renforcer la place du citoyen*" luidt een titel. Daarenboven wordt de uitbreiding van de bevoegdheid van de *Conseil constitutionnel* uitdrukkelijk op het rechtsstaatsbegrip gesteund. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de Loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la Ve République*, XIII^{de} législature, nr. 892, 17 en vanaf 59. Eén wet vermeldt de *État de droit*: in artikel L. 714-4 van het wetboek "betreffende de toegang en het verblijf van vreemdelingen en het asielrecht" wordt een land als veilig (voor terugkeer) beschouwd wanneer het waakt over de beginselen van de vrijheid, van de democratie en van de rechtsstaat, alsook van de mensenrechten en de fundamentele vrijheden. Hieruit kan worden afgeleid dat de Franse republiek zich als een rechtsstaat beschouwt.

rechtsstaatsidee in de rechtspraak van de *Conseil constitutionnel*.⁵⁷⁶ Deze wordt herkend in het grondwettigheidsbeginsel (FAVOREU)⁵⁷⁷; in het rechtszekerheidsbeginsel en in de bescherming van de fundamentele mensenrechten (CHEVALLIER)⁵⁷⁸ of in de rechtspraak van de *Conseil constitutionnel* over artikel 16 van de *Déclaration* van 1789⁵⁷⁹. In de drie gevallen herkennen deze rechtsgeleerden in de rechtspraak een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip, dat de in de eerste titel vernoemde institutionele, formele en inhoudelijke vereisten stelt.⁵⁸⁰

201. *Institutionele vereisten* – De institutionele vereisten zijn de scheiding der machten⁵⁸¹ (met inbegrip van de onafhankelijkheid van de rechter⁵⁸² en het wettigheidsbeginsel) en de

⁵⁷⁶ Een emeritus voorzitter van de *Conseil constitutionnel* stelt dat de *Conseil de l'État de droit* heeft vormgegeven. R. BADINTER, "Une exception française: les anciens Présidents de la République au Conseil constitutionnel", 520.

⁵⁷⁷ De *Conseil constitutionnel* gebruikt het begrip "*principe de constitutionnalité*" evenwel niet. FAVOREU herkent het in de rechtspraak van de *Conseil constitutionnel*, onder meer in Cons. const. 23 augustus 1985, nr. 85-197 DC en al eerder in Cons. const. 16 januari 1982, nr. 81-132 DC. Het grondwettigheidsbeginsel werd voor het eerst uitgedrukt door EISENMANN. "*Tout comme le principe de légalité signifie que seule la loi peut déroger à la loi, le "principe de constitutionnalité" signifie que seule une loi constitutionnelle peut déroger à une loi constitutionnelle.*" CH. EISENMANN, G. VEDEL en L. FAVOREU, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Parijs, Economica, 1986-1928, herdruk van de 1928 ed., 21. Hij gebruikte evenwel de formele definitie van de grondwet, zodat zijn grondwettigheidsbeginsel beperkter is dan wat de *Conseil constitutionnel* ervan heeft gemaakt. Dit beginsel wordt in 1975 nieuw leven ingeblazen door FAVOREU. Zie L. FAVOREU, "Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel", in X (ed.), *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Parijs, Editions Cujas, 1975, 33-48.

⁵⁷⁸ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 96 e.v.

⁵⁷⁹ Deze auteurs beschouwen dit artikel als één van de duidelijkste definities van de rechtsstaat: een institutioneel en formeel vereiste met betrekking tot de uitoefening van de staatsmacht en een materieel vereiste met betrekking tot de bescherming van de rechten. Onder meer J.-L. DEBRÉ, "Le Conseil constitutionnel aujourd'hui et demain", 3 en J.-L. DEBRÉ, "Intervention de Jean-Louis Debré", *Viiième Congrès de l'Association française de droit constitutionnel*, 25 september 2008, 3; M. MIAILLE, "L'État de droit dans la Constitution", 23. Zie, ook voor meer verwijzingen, E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 227 e.v. en L. PECH, "The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union", 39.

⁵⁸⁰ Enkele rechtsgeleerden zijn het daarmee oneens. TROPER vertegenwoordigt het sterkst de stroming, die de *État de droit* als een *contradictio in terminis* of een tautologie beschouwt. Indien het begrip *État de droit* inhoudt dat de staat aan het recht onderworpen is, dan is *État de droit* een *contradictio in terminis*. Indien het begrip inhoudt dat de staat alleen via het recht handelt en dus een hiërarchie der normen vooronderstelt, is het begrip tautologisch. De *État de droit* kan niet verhinderen dat de wet tyranniek of retroactief is, zodat hij de burgerlijke vrijheden noch de politieke vrijheid waarborgt. In deze woorden kunnen de woorden van KELSEN worden herkend. PFERSMANN verdedigt een louter legalistische definitie van de rechtsstaat. De rechtsstaat vereist, enerzijds, voldoende duidelijke normen, die geen willekeur toelaten en waarvan de toepassing kan worden afgedwongen en, anderzijds, procedures die een toetsing van de lagere aan de hogere norm toelaten. De rechtsstaat vereist noch democratische instellingen noch de bescherming van de fundamentele rechten, maar een loutere hiërarchie der normen, die afdwingbaar is. Hierin kan de Duitse *Rechtsstaat* van 1845-1919 worden herkend. Zie O. PFERSMANN, "Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'État de droit", in O. JOUANJAN (ed.), *Figures de l'État de droit*, Straatsburg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, 75-78 en M. TROPER, "Le concept d'État de droit", 62-63. Zie ook de nogal vage beschrijving in F. HAMON en M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Parijs, LGDJ, 2011, nr. 65.

⁵⁸¹ Erkend in Cons. const. 17 januari 1989, nr. 88-248 DC, nr. 24 en nr. 27. Zie ook onder meer Cons. const., 15 februari 2007, nr. 2007-547, nr. 51 en 1 maart 2007, nr. 2007-551, nr. 7 (onafhankelijkheid van de rechterlijke macht). Zie ook J.-L. DEBRÉ, "Justice et séparation des pouvoirs en droit constitutionnel français", 9; L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN *et al.*, *Droit constitutionnel*, Parijs, Dalloz, 2007, 10^{de} ed., 29; L. HAMON, "L'État de droit et son essence", 711; F. LUCHAIRE, "Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel", in X (ed.), *Présence du*

democratie⁵⁸³. Ten aanzien van het recht op een rechter houdt het beginsel van de scheiding der machten het recht op een effectieve rechtsbescherming in⁵⁸⁴, de rechten van verdediging⁵⁸⁵, het recht op een eerlijk proces⁵⁸⁶, het recht op uitvoering van rechterlijke beslissingen⁵⁸⁷ en de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechtscollèges⁵⁸⁸. Het beginsel van de scheiding der machten waarborgt tevens de financiële autonomie van de grondwettelijke publiekrechtelijke instellingen.⁵⁸⁹

202. Formele vereisten – De formele vereisten zijn de nationale soevereiniteit en het waarborgen van de rechtszekerheid⁵⁹⁰. Dit beginsel vereist toegang tot het recht, maar ook de verbetering van de kwaliteit van normgeving en de bescherming tegen niet stabiele regelgeving. Daarom moet het recht kenbaar en duidelijk⁵⁹¹ zijn, van hoge kwaliteit en voldoende stabiel (met inbegrip van het verbod op retroactiviteit⁵⁹² en het vertrouwensbeginsel⁵⁹³)....

203. Materiële vereisten – Bovendien is de *État de droit* niet een “*État de n’importe quel droit*”, maar steunt de rechtsstaat, met zijn liberale grondslagen⁵⁹⁴, op een geheel van waarden en beginselen.⁵⁹⁵ De inhoudelijke vereisten zijn de in de *Déclaration* van 1789

droit public et des droits de l’homme: mélanges offerts à Jacques Velu, Brussel, Bruylant, 1992, 441 en P. PACTET en F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Parijs, Dalloz, 2010, 117.

582 Cons. const. 1 maart 2007, nr. 2007-551, nr. 7 (onafhankelijkheid van de rechterlijke macht). J. CHEVALLIER, *L’État de droit*, 69 e.v. en P. PACTET en F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, 119.

583 L. HAMON, "L’État de droit et son essence", 701 en M. MIAILLE, "L’État de droit dans la Constitution", 34.

584 Het recht op effectieve rechtsbescherming is tevens een grondwettelijk beginsel. Cons. const. 9 april 1996, nr. 96-373 DC, nr. 83.

585 De rechten van verdediging zijn tevens fundamentele beginselen die door de wetten van de Republiek zijn erkend. Cons. const. 2 december 1976, nr. 76-70 DC, nr. 2. Zie ook Cons. const. 30 maart 2006, nr. 2006-535 DC, nr. 24.

586 Cons. const. 27 juli 2006, nr. 2006-540, nr. 11.

587 Cons. const. 29 juli 1998, nr. 98-403 DC, nr. 46.

588 Cons. const. 2 juli 2010, nr. 2010-10 QPC; 41 maart 2007, 2007-551 DC, nr. 7 en 28 december 2006, nr. 2006-545 DC, nr. 24.

589 Onder meer Cons. const. 25 juli 2001, nr. 2001-448 DC, nr. 25.

590 J. CHEVALLIER, *L’État de droit*, 96 e.v. en L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et al.*, *Droit constitutionnel 2012*, Parijs, Dalloz, 2012, 14^{de} ed., nr. 116-117.

591 Wat een “*objectif de valeur constitutionnelle*” is, Cons. const. 16 december 1999, nr. 99-421 DC, nr. 13 en 26 juni 2003, 2003-473 DC. Er is geen effectieve waarborg indien de burgers onvoldoende kennis van de normen hebben of indien de normen onnodig complex zijn. Onder meer Cons. const. 29 december 2005, nr. 2005-530 DC, nr. 77; 26 juni 2003, nr. 2003-473 DC, nr. 5 en 16 december 1999, nr. 99-421 DC, nr. 13.

592 Cons. const. 11 december 2008, nr. 2008-571 DC, nrs. 10-11 en 28 december 2006, nr. 2006-545 DC, nrs. 24-25. Zie ook F. LUCHAIRE, "Le droit de l’homme à la séparation des pouvoirs d’après la jurisprudence du Conseil constitutionnel", 448. Evenmin mag de wetgever bij wetswijzigingen afbreuk doen aan wettelijk verworven rechten, zonder een voldoende algemeen belang (rechtszekerheidsbeginsel), en mag hij de burger de wettelijke waarborgen van grondwettelijke rechten ontnemen. Onder meer Cons. const. 11 februari 2011, nr. 2010-102 QPC, nr. 4; 27 februari 2007, nr. 2007-550 DC, nr. 4 en 29 december 2005, nr. 2005-530 DC, nr. 45.

593 Niet erkend als grondwettelijke norm in Cons. const. 30 december 1996, nr. 96-385 DC, nr. 18.

594 J. CHEVALLIER, *L’État de droit*, 88.

595 ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport Commission des Lois constitutionnelles (Ass. nat. 2008, nr. 892)*, 436. J. CHEVALLIER, *L’État de droit*, 87. Zie ook L. HAMON, "L’État de droit et son essence", 702 en P. PACTET en F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, 117. *Contra*, L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et al.*, *Droit constitutionnel 2012*, nr. 116, die evenwel schrijven dat, omdat het begrip “*constitutionalisme*” en

gewaarborgde rechten en vrijheden. De voornaamste rechten zijn: het gelijkheidsbeginsel⁵⁹⁶, het rechtszekerheidsbeginsel⁵⁹⁷, de vrijheid van meningsuiting⁵⁹⁸, de fundamentele beginselen van het strafrecht en strafvordering (het vermoeden van onschuld, het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel⁵⁹⁹, de noodzaak van straffen) en het eigendomsrecht. De *Déclaration* van 1789 waarborgt tevens het recht op een eerlijk proces, de rechten van de verdediging en de kracht van gewijsde van rechterlijke beslissingen.

204. Rechterlijke toetsing van wetten – De rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten is een noodzakelijk element van de rechtsstaat.⁶⁰⁰ Grondwettelijke beperkingen ten aanzien van de wetgever kunnen afdwingen is essentieel: hierdoor onderscheidt de rechtsstaat zich van de wettenstaat, de *État légal*.⁶⁰¹ Daarbij is het van wezenlijk belang dat de Franse rechtsgeleerden van mening zijn dat de rechtsstaat slechts ten volle verwezenlijkt is sinds de beslissing van de *Conseil constitutionnel* van 16 juli 1971⁶⁰² om zijn referentienormen uit te breiden.⁶⁰³ Door deze uitbreiding van de “*bloc de constitutionnalité*”⁶⁰⁴ waarborgt de *Conseil constitutionnel* niet langer louter de scheiding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht, maar ook de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden. Hij toetst aan de in de *Déclaration* van 1789 en in de preambule van de *Constitution* van 1946 opgenomen burgerlijke en politieke rechten en sociale en economische beginselen en rechten.⁶⁰⁵ De preambule van de *Constitution* van 1958 vermeldt tevens de fundamentele beginselen die door de wetten van de Republiek worden erkend: dit zijn algemene normen van grondwettelijke waarde, waarvan het

rechtsstaat dichter bij elkaar komen en constitutionalisme de eerbied voor fundamentele rechten inhoudt, de rechtsstaat ook meer en meer de inhoud van de liberale democratie overneemt.

⁵⁹⁶ Voor het eerst in Cons. const. 27 december 1973, nr. 73-51 DC. Zie ook Cons. const. 7 augustus 2008, nr. 2008-568 DC en 13 december 2007, nr. 2007-558 DC.

⁵⁹⁷ Onder meer Cons. const. 22 juli 2010, nr. 2010-4/17 QPC, nr. 14 e.v.

⁵⁹⁸ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 99 e.v. en L. HAMON, "L'État de droit et son essence", 700-701.

⁵⁹⁹ Ook gewaarborgd in artikel 8 van de *Déclaration* van 1789 en in artikel 34 van de *Constitution* van 1958. Onder meer in Cons. const. 25 februari 2010, nr. 2010-604 DC, nr. 8.

⁶⁰⁰ J.-L. DEBRÉ, "Le Conseil constitutionnel aujourd'hui et demain", 3; J.-L. DEBRÉ, "Intervention de Jean-Louis Debré", 3 en 5; L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et al.*, *Droit constitutionnel 2012*, nr. 116 en P. PACTET en F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, 117-118.

⁶⁰¹ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 77; E. DESMONS, "Révision constitutionnelle, justice constitutionnelle et Etat de droit", *Petites Affiches* 30 november 1994, (5) 2; O. DUHAMEL, *Les démocraties. Régimes, histoire, exigences*, Parijs, Éditions du Seuil, 1993, 335; L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et al.*, *Droit constitutionnel (2007)*, 29 en L. HAMON, "L'État de droit et son essence", 702. HAMON duidt ook de verandering in het denken over de rol van de rechter in de twintigste eeuw aan: de rechter is niet langer de rechter aan wie de exegetische school oplegde om de wet louter toe te passen, maar is een rechter geworden die interpreteert en, bij wetgevende lacunes, recht creëert. *A fortiori* wanneer de wetgever, door een bewust gebruik van open en vage normen, zich op de rechterlijke rechtscreatie beroept. L. HAMON, "L'État de droit et son essence", 706-707.

⁶⁰² "Vu la Constitution et notamment son préambule", Cons. const. 16 juli 1971, nr. 71-44 DC. Maar ook al in Cons. const. 19 juni 1970, nr. 70-39 ("Vu la Constitution et notamment son préambule et ses articles 53, 54 et 62"). Zie L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et al.*, *Droit constitutionnel*, Parijs, Dalloz, 2008, 11^{de} ed., 119-120 en L. FAVOREU, "Le principe de constitutionnalité", 34-35 voor nog andere verwijzingen.

⁶⁰³ L. PECH, "The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union", 39.

⁶⁰⁴ De *Conseil constitutionnel* gebruikt de term “*bloc de constitutionnalité*” niet, maar sinds een tiental jaren wel “*normes de constitutionnalité*” als titel. Bijvoorbeeld Cons. const. 10 juni 1998, nr. 98-401 DC.

⁶⁰⁵ Sinds de grondwetsherziening van 1 maart 2005 (grondwettelijke wet nr. 2005-205 van 1 maart 2005) verwijst de preambule ook naar het *Charte de l'environnement*.

bestaan door de *Conseil constitutionnel* op grond van wetgeving uit de drie eerste Franse republieken is vastgesteld.⁶⁰⁶ Ten slotte behoren ook de grondwettelijke (of “supra-wettelijke”) algemene rechtsbeginselen⁶⁰⁷, de op grond van artikel 38 van de *Constitution* genomen ordonnanties (bijzondere machtenordonnanties) en de organieke wetten⁶⁰⁸ tot de *bloc de constitutionnalité*.⁶⁰⁹ Door deze toetsing aan de fundamentele rechten en vrijheden is de Franse rechtsstaatsidee een niet-legalistisch rechtsstaatsidee geworden. Deze grondwettigheidstoetsing moet bovendien open staan voor de burger, aan de hand van de exceptie van ongrondwettigheid en de prioritaire vraag.⁶¹⁰

205. Menselijke waardigheid – Beschermt de *Conseil constitutionnel* deze elementen van de rechtsstaat met het oog op een bepaald doel? De *Conseil* heeft de menselijke waardigheid als een beginsel van grondwettelijke waarde erkend.⁶¹¹ Hij citeert daarbij de preambule van de *Constitution* van 1946 waarin wordt benadrukt dat in het licht van de verovering op mensonterende regimes het Franse volk opnieuw uitdrukkelijk stelt dat elke mens, zonder onderscheid van ras, godsdienst en geloof, onvervreembare rechten geniet. Met het oog op het waarborgen van de menselijke waardigheid, moeten de fundamentele rechten, zoals het recht op privéleven, worden gewaarborgd.⁶¹²

3. BESLUIT

206. État de droit – In het kader van de zoektocht naar een hedendaags normatief rechtsstaatsbegrip wordt in dit derde hoofdstuk de wordingsgeschiedenis van de hedendaagse *État de droit* uiteengezet. Voor een juiste genese van de ideeëngeschiedenis

⁶⁰⁶ Zo is onder meer erkend: vrijheid van vereniging (Cons. const. 6 juli 1971, nr. 71-44 DC), rechten van verdediging (Cons. const. 2 december 1976, nr. 76-70 DC), individuele vrijheid (Cons. const. 12 januari 1977, nr. 77-75 DC), vrijheid van onderwijs (Cons. const. 23 november 1977, nr. 77-87 DC), vrijheid van geweten (Cons. const. 23 november 1977, nr. 77-87 DC), onafhankelijkheid van de administratieve rechtscolleges (Cons. const. 22 juli 1980, nr. 80-119 DC), academische vrijheid (Cons. const. 20 januari 1984, nr. 83-165 DC), exclusieve bevoegdheid van de administratieve rechtscolleges inzake het contentieux over akten van de staatsmachten (Cons. const. 23 januari 1987, nr. 86-224 DC), de rechter als bewaker van het onroerend privé-eigendom (Cons. const. 25 juli 1989, nr. 89-256 DC), het bestaan van aparte rechtscolleges voor minderjarigen (onder meer Cons. const. 29 augustus 2002, nr. 2002-461 DC). Zie ook G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Parijs, PUF, 2006, 262-264 en J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", 1761.

⁶⁰⁷ En dus niet de “supra-decretale” algemene rechtsbeginselen, waarvan de wet wel kan afwijken. L. FAVOREU, "Le principe de constitutionnalité", 36. Zie ook Cons. const. 26 juni 1969, nr. 69-55 DC, nr. 5.

⁶⁰⁸ Cons. const. 8 juli 1966, nr. 66-28 DC, nr. 2.

⁶⁰⁹ De referentienormen verschillen evenwel naargelang de getoetste norm een gewone of organieke wet is, een reglement van één van de parlementaire kamers of een instemmingswet met een internationaal verdrag. Zie hiervoor L. FAVOREU, "Le principe de constitutionnalité", 36-41.

⁶¹⁰ E. DESMONS, "Révision constitutionnelle, justice constitutionnelle et Etat de droit", 5 en G. VEDEL, "L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite", *La vie judiciaire* 11-17 maart 1991, (1) 1.

⁶¹¹ Erkend in Cons. const. 27 juli 1994, nr. 94-343-344 DC, nr. 2. Zie ook 25 april 2014, nr. 2014-393 QPC, nr. 4; 14 juni 2013, nr. 2013-320/321 QPC, nr. 5; 16 september 2010, nr. 2010-25 QPC, nr. 7; 19 november 2009, nr. 2009-593 DC, nr. 3. Zie ook E. BREMS en J. VRIELINK, *Menselijke waardigheid in de Nederlandse Grondwet?*, 25-26.

⁶¹² Cons. const. 16 september 2010, nr. 2010-25 QPC, nr. 7.

van dit begrip moet opnieuw een onderscheid tussen het begrip en het woord worden gemaakt. De ideeëngeschiedenis begint immers niet in 1907, toen DUGUIT de *État de droit* voor het eerst als een Franse, publiekrechtelijke term hanteerde, maar eerder, bij de Verlichtingsdenkers.

207. Verlichting en Franse Revolutie – Geïnspireerd door de grote Verlichtingsdenkers, zorgen de Franse revolutionairen voor een omwenteling in het Franse staatsdenken. De Franse Revolutie implementeert een aantal beginselen, die wij thans als kernelementen van de rechtsstaat beschouwen. De grootste lacune is evenwel een gebrek aan rechterlijk toezicht op deze beginselen: door een te beperkte invulling van de rol van de rechter en het verbod op rechterlijke toetsing van overheidshandelingen, is de rechtsstaat nog niet verwezenlijkt. De III^{de} Republiek is een wettenstaat, geen rechtsstaat.

208. Frans rechtsstaatsbegrip – In het begin van de twintigste eeuw wordt het rechtsstaatsbegrip in het Franse denken binnengeleid. Natuurrechtelijk geïnspireerd, stelt DUGUIT dat de staat – een sociaal feit – slechts een rechtsstaat kan worden wanneer hij zich beperkt: het recht gaat vooraf aan de staat. CARRÉ DE MALBERG hanteert een legalistisch rechtsstaatsbegrip, dat hij van de wettenstaat onderscheidt: in de rechtsstaat wordt, in functie van het belang en ter bescherming van de burger, de wetgevende en de uitvoerende macht beperkt. CARRÉ DE MALBERG en DUGUIT verdedigen de rechterlijke toetsing, die de beperking van de uitoefening van de uitvoerende macht moet afdwingen: de *État de droit* vereist rechterlijk toezicht op de administratieve handelingen. Met de invoering van de administratieve rechtbanken in Frankrijk vanaf 1953 wordt dit rechtsstatelijke vereiste alvast deels een feit. Vereist de rechtsstaat ook een rechterlijke toetsing van wetgeving? Volgens CARRÉ DE MALBERG niet, volgens DUGUIT – na rijpend inzicht – wel.

209. Hedendaags rechtsstaatsbegrip – Vanaf de jaren 1970 komt het rechtsstaatsbegrip opnieuw op de voorgrond, wellicht niet toevallig wanneer de *Conseil constitutionnel* zijn bevoegdheid tot een toetsing aan de in de *Déclaration* van 1789 vermelde rechten uitbreidt en de toegang tot de *Conseil constitutionnel* wordt uitgebreid. De meerderheid van de rechtsgeleerden hanteert een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip, dat sterk vergelijkbaar met de Britse en Duitse rechtsstaatsbegrippen is. Noch de (grond)wetgever noch de *Conseil constitutionnel* hanteren evenwel een rechtsstaatsbegrip. In de formele rechtsbronnen en in de rechtspraak hebben de rechtsstaatsidee en het rechtsstaatswoord elkaar dus nog niet gevonden. Maar het lijdt geen twijfel dat de rechtsstaat een leidraad (materiële rechtsbron) is voor de grondwetgever en de grondwettelijke rechter. De rechtsstatelijke institutionele, formele en materiële elementen zijn in de *Constitution* en in de grondwettelijke teksten verankerd of worden door de *Conseil constitutionnel* erkend.

210. Stilzwijgen – Dit stilzwijgen van de (grond)wetgever en van de rechter herleidt het rechtsstaatsbegrip geenszins tot een louter “politiek” begrip. De Franse grondwetgever en grondwettelijke rechter geven immers juridische draagwijdte aan de elementen die de rechtsstaat vormgeven en in de *Constitution* of de *bloc de constitutionnalité* zijn geïncorporeerd. Deze elementen ook als elementen van de rechtsstaat benoemen heeft een meerwaarde, doch is niet essentieel. Ook in de andere onderzochte landen toetsen de grondwettelijke rechters immers in eerste instantie aan het rechtsstaats-element (dat

doorgaans een grondwettelijke rechtsgrond heeft) en wordt in tweede instantie vermeld dat dit rechtsstaats-element “essentieel is in de rechtsstaat”.

Ook voor de vergelijkbaarheid met de *rule of law* en de *Rechtsstaat* – wat het doel van dit eerste deel is – is het op zich niet problematisch dat de Franse grondwetgever en de *Conseil constitutionnel* het rechtsstaatsbegrip nog niet hebben gebruikt: uit de rechtspraak blijkt immers dat zij een niet-legalistisch rechtsstaatsidee gebruiken, dat sterke gelijkenissen met het Duitse en Engelse rechtsstaatsbegrip vertoont en in elk geval niet op essentiële wijze ervan afwijkt.

IV. DE RECHTSSTAAT

211. *Hekkenluiter* – In dit onderzoek naar een normatief rechtsstaatsbegrip komt het Belgische rechtsstaatsbegrip als laatste van de statelijke rechtsstaatsbegrippen aan bod. In de **eerste afdeling** wordt de rechtsstaat vóór 1950 bondig toegelicht. In de **tweede afdeling** wordt de inhoud van het hedendaagse rechtsstaatsbegrip onderzocht.

1. DE RECHTSSTAAT VÓÓR 1950

212. *LECLERCQ en DE MEYER* – Wellicht gebruikte procureur-generaal P. LECLERCQ⁶¹³ als eerste in de Belgische rechtsliteratuur het woord “*État de droit*” in zijn bekende conclusie bij het *Flandria*-arrest van het Hof van Cassatie van 5 november 1920.⁶¹⁴ Tot 1950 wordt de Belgische Staat voornamelijk aan de hand van zijn kenmerken benoemd: een grondwettelijke, parlementaire monarchie. Vanaf de tweede helft van de twintigste eeuw raakt het rechtsstaatsbegrip in de Belgische rechtsleer ingeburgerd. Onder de titel “*règles générales ou abstraites*” legt WIGNY in 1952 uit dat algemene normen uitvaardigen en toepassen de vrijheid van de burger waarborgt en willekeur vermijdt. Hoe meer algemene wetten worden uitvaardigd, hoe minder willekeur regeert en des te beter de rechtsstaat wordt verwezenlijkt.⁶¹⁵ In de Nederlandstalige rechtsliteratuur is wellicht professor DE MEYER de eerste die het rechtsstaatsbegrip in zijn cursus beschrijft.⁶¹⁶ In 1979 houdt procureur-generaal bij het Hof van Cassatie DUMON een openingsrede “Over de Rechtsstaat”: vanaf dan krijgt het begrip een duurzame plaats in de Belgische rechtsleer.⁶¹⁷

⁶¹³ Bekend met de werken van DUGUIT, zie J. FAURE en J. DE MEYER, *La pensée juridique du procureur-général Paul Leclercq*, I, Brussel, Bruylant, 1953, 135.

⁶¹⁴ Conclusie van procureur-generaal P. LECLERCQ bij Cass. 5 november 1920, *Flandria*, *Pas.* 1920, I, 193 en *JLMB* 2000, 23. Vergelijkbaar is zijn conclusie bij Cass. 26 juni 1930, *Pas.* 1930, (257) 271. In een conclusie bij een arrest van het Hof van Cassatie van 10 maart 1932 duidt hij het doel van de rechtsstaat aan: willekeur en machtsmisbruik vermijden en de vrijheid van de burger waarborgen. De burger mag alles dat niet verboden is en de staatsorganen mogen alleen wat hen is toegestaan. Conclusie van procureur-generaal P. LECLERCQ bij Cass. 10 maart 1932, *Pas.* 1932, (98) 102. Zijn ideeën over de Belgische rechtsstaat had hij al uiteengezet in zijn openingsrede van 15 september 1928 voor het Hof van Cassatie, zonder evenwel het woord “*État de droit*” te gebruiken. J. FAURE en J. DE MEYER, *La pensée juridique du procureur-général Paul Leclercq*, 131 e.v. In 1906 heeft ORBAN “*empire du Droit*” gebruikt in zijn uiteenzetting over de oorsprong en kenmerken van de organisatie van de samenleving, doch hij lijkt daarbij niet te verwijzen naar het rechtsstaatsbegrip. O. ORBAN, *Droit constitutionnel de la Belgique*, Tome I, Luik, H. Dessain, 1906, 173.

⁶¹⁵ P. WIGNY, *Droit Constitutionnel*, 126.

⁶¹⁶ “In een rechtsstaat is de bevoegdheid van de staatsoverheid principieel beperkt, om de individuele vrijheid van de burger te waarborgen.” J. DE MEYER, *Staatsrecht*, Leuven, Wouters, 1963, 15-17.

⁶¹⁷ F. DUMON, “Over de Rechtsstaat”, *RW* 1979-80, (kol. 273) kol. 273-298 en 338-368.

213. Rechtsstaatsidee – In dit proefschrift wordt voornamelijk de evolutie tussen de legalistische en niet-legalistische rechtsstaatsideeën onderzocht. Omdat het begrip “rechtsstaat” in België als laatste van de vier onderzochte landen vorm kreeg, heeft het steeds een sterk niet-legalistische inhoud gehad. Doch ook dit vloeit voort uit de wordingsgeschiedenis van de rechtsstaatsidee. In vergelijking met de andere landen heeft de Belgische rechtsstaatsidee minder een legalistische inhoud gehad. De Belgische Grondwet van 1831 was immers reeds geïnspireerd door een niet-legalistisch rechtsstaatsidee. RAIKEM brengt in de Volksraad⁶¹⁸ de rechtsstaatsgedachte onder de woorden die al enkele eeuwen in het Verenigd Koninkrijk waren gekend:

“Un point sur lequel on est tous d'accord, c'est qu'on veut vivre sous le régime des lois et non sous l'arbitraire de l'homme.”⁶¹⁹

Kiezen voor een republiek of een representatieve, grondwettelijke monarchie was één van de moeilijkste beslissingen voor de leden van de Volksraad: zij konden het moeilijk eens worden over de vraag welke staatsvorm de vrijheid van de Belgen het beste zou waarborgen.⁶²⁰ In dit debat komen verscheidene rechtsstaats-elementen aan bod en tonen de leden van de Volksraad aan dat deze rechtsstaats-elementen de grondslagen voor de Belgische Grondwet vormen: vrijheid, het wettigheidsbeginsel⁶²¹, het evenwicht (en niet de scheiding) der machten⁶²², het waarborgen van fundamentele rechten⁶²³, de soevereiniteit⁶²⁴, de politieke vertegenwoordiging...

⁶¹⁸ Of het Nationaal Congres. Naar het voorbeeld van GILISSEN worden in dit proefschrift de toen gebruikte Nederlandstalige benamingen gebruikt: Volksraad voor Nationaal Congres en Tijdelijke Regering voor Voorlopig Bewind. Zie J. GILISSEN, "De Administratieve Organisatie van België Ten Tijde Van de Tijdelijke Regering (September 1830-Februari 1831)", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1984, (301) 306.

⁶¹⁹ E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès National de Belgique*, I, Brussel, Société typographique belge, 1844, 193 (nadruk toegevoegd).

⁶²⁰ Zie ook J. FAURE en J. DE MEYER, *La pensée juridique du procureur-général Paul Leclercq*, 134.

⁶²¹ De grondwetgever benadrukt de noodzaak van het bestaan van een Grondwet voor het waarborgen van het wettigheidsbeginsel. E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès National de Belgique*, 400 (VAN SNICK) en 404 (LEBEAU).

⁶²² Verwijzend naar MONTESQUIEU past de grondwetgever diens theorie gezins op strikte doch wel op relatieve wijze in de Belgische Grondwet toe: de drie functionele machten worden verdeeld over drie organieke machten, met evenwel belangrijke bruggen om voldoende *checks and balances* te waarborgen. De grondwetgever benadrukt het belang van enkele essentiële elementen van het evenwicht der machten: het wettigheidsbeginsel, de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, de beperkte bevoegdheid van de uitvoerende macht, maar ook het gemengde regime. De wetgever bestaat immers uit de rechtstreeks verkozen volksvertegenwoordigers, de senatoren en de Koning. Politieke vertegenwoordiging en het bestaan van “democratisch” verkozen instellingen worden essentieel geacht voor het waarborgen van de vrijheid. In 1831 was België evenwel geen democratie: het cijnskiesrecht zorgt ervoor dat in 1830 slechts 46.000 mannen stemrecht hadden. Onder meer E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès National de Belgique*, 187 (LECLERCQ), 192 (NOTHOMB) en 195 (CAMILLE DE SMET). Zie ook A. ALLEN, *Rechter en bestuur*, 114-127; J. FAURE en J. DE MEYER, *La pensée juridique du procureur-général Paul Leclercq*, 162 en W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *RW* 1974-75, 89.

⁶²³ De grondwetgever erkent dat vrijheid slechts mogelijk is wanneer de fundamentele rechten worden beschermd. Eén van de grootste verdiensten en nieuwigheden van de Belgische Grondwet is dan ook dat zij in Titel II (De Belgen en hun rechten) een “*Bill of Rights*” bevat: een opsomming van de door de Grondwet gewaarborgde rechten. E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès National de Belgique*, 187 (LECLERCQ).

⁶²⁴ De soevereiniteit wordt noch aan het Parlement noch aan de Koning toegekend, maar aan de natie. De soevereiniteit omvat de wetgevende en de uitvoerende (functionele) macht, volgens NOTHOMB. E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès National de Belgique*, 193 (NOTHOMB). De rechterlijke macht zou aldus niet de soevereiniteit uitoefenen. Hij wordt hierin echter niet gevolgd. De grondwetgever maakt van

In de rechtsleer van de negentiende en van het begin van de twintigste eeuw werden deze rechtsstaats-elementen bevestigd en verder uitgewerkt. De vrijheid houdt in dat de staat noch een politiestaat noch een verzorgingsstaat is: de staat moet rechtszekerheid bieden, het genot van alle rechten waarborgen en de beschaving doen tot stand komen.⁶²⁵ De staat moet de vrijheid verwezenlijken: dit gebeurt door juridische beperkingen op het uitoefenen van de staatsmacht⁶²⁶, een evenwicht van de machten⁶²⁷, rechtsbescherming tegen de handelingen van de uitvoerende macht⁶²⁸, de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, democratische verkiezingen en het waarborgen van de mensenrechten.

214. Rechterlijke grondwettigheidstoetsing – In de eerste helft van de negentiende eeuw wordt er bovendien volop gedebatteerd over het lot van ongrondwettige wetten. De meest uitvoerige dialoog daaromtrent is deze van VERHAEGEN, advocaat, en FAIDER, advocaat-

de rechterlijke macht een gelijke aan de andere twee machten en bedeeft haar een belangrijke functie toe. In artikel 107 (thans 159) van de Grondwet wordt de rechter de bevoegdheid toegekend om onwettige besluiten en reglementen buiten toepassing te laten. A. ALLEN, *Rechter en bestuur*, 103-105. Dit artikel is één van de duidelijkste uitdrukkingen van het negentiende-eeuwse rechtsstaatsbegrip en heeft als voorbeeld voor de Duitse rechtsstaatsdenkers gediend. Zie ook R. VON MOHL, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, 71.

⁶²⁵ O. ORBAN, *Droit constitutionnel de la Belgique*, 215.

⁶²⁶ Dat de staat de vrijheid van de burgers moet waarborgen, houdt in dat de soevereiniteit van de staat haar beperking in de rechten van de burgers vindt: deze rechten moeten de burger beschermen tegen door de overheid uitgeoefende willekeur en machtsmisbruik. De "raison d'État" kan geen onrechtvaardig overheidsoptreden vergoelijken. De grondslag van de gemeenschap ligt in de idee van het sociale contract: de politieke inrichting beoogt de bescherming van het algemeen belang en van de rechten van de burger en vindt in die doelen ook haar beperking. M. DE COCK, *Éléments du Droit public et du Droit privé Belges*, Brussel, Veuve Ferdinand Larquier, 1912, 22; O. ORBAN, *Droit constitutionnel de la Belgique*, 173 en E. VERHAEGEN, *Des lois inconstitutionnelles*, Brussel, Librairie polytechnique d'Aug. Decq, 1850, 16. Zie ook de conclusie van procureur-generaal P. LECLERCQ bij Cass. 26 juni 1930, *Pas.* 1930, (257) 271. "C'est la négation de la Constitution. Elle a entendu ruiner la raison d'Etat qui a servi, comme l'enseigne l'histoire, à justifier tous les crimes contre la justice. Elle a voulu faire de la Nation belge un Etat de droit; tous, les gouvernants comme les gouvernés, sont soumis à la loi, qui est en Belgique le souverain réel. Elle a contredit cette idée que l'équité ou la justice ne régit que les rapports entre particuliers, et ne régit pas les rapports entre le souverain et les particuliers; (...)"

⁶²⁷ VERHAEGEN meent dat de drie machten gelijk zijn aan elkaar. FAIDER ontkent dit ten stelligste. De drie machten zijn misschien gelijk in de uitoefening van hun eigen machten maar alleen de wetgevende macht beveelt en creëert, alleen zij domineert en regeert over de twee andere machten. CH. FAIDER, "Étude sur l'application des lois inconstitutionnelles", *Bulletins de l'Académie Royale* 1850, (435) 482; CH. FAIDER, "Nouvelle étude sur l'application des lois inconstitutionnelles", *Revue des Revues de droits publiées à l'étranger* 1851, (130) 133 e.v. en E. VERHAEGEN, *Des lois inconstitutionnelles*, 16.

⁶²⁸ In de eerste helft van de negentiende eeuw heerst er een levendig debat over de betekenis van het beginsel van de scheiding der machten met betrekking tot een mogelijk rechterlijk toezicht op overheidshandelingen. ORBAN interpreteert de theorie van MONTESQUIEU op juiste wijze en benadrukt de wederkerige onafhankelijkheid van de drie machten. ERRERA verdedigt daarentegen een strikte scheiding tussen de uitvoerende en rechterlijke macht en legt uit dat het beginsel van de scheiding der machten belet dat de uitvoerende macht aan het gemene recht – en de bevoegdheid van de rechter – wordt onderworpen. Daaruit volgt bovendien dat de staat niet aan het recht onderworpen kan zijn, omdat hij zichzelf niet kan beperken: de onderwerping van de staat aan het recht is aldus geen juridische regel, maar een politieke wens. Met het *Flandria*-arrest van 5 november 1920 beslecht het Hof van Cassatie deze discussie en stelt het dat het beginsel van de scheiding der machten juist inhoudt dat de rechterlijke macht toezicht op de uitvoerende macht houdt. O. ORBAN, *Droit constitutionnel de la Belgique*, 340. P. ERRERA, *Traité de droit public belge*, Parijs, V. Giard & E. Brière, 1909, 243.

generaal bij het Hof van Cassatie⁶²⁹, in 1850-1851.⁶³⁰ VERHAEGEN meent, in weerwil van de toen geldende rechtspraak⁶³¹ doch niet met eenzame stem⁶³², dat de rechter ongrondwettige wetten buiten toepassing moet laten. Uit talrijke artikelen van de Grondwet leidt hij af dat een ongrondwettige wet geen rechtsgevolgen mag hebben.⁶³³ Op grond van de hiërarchie der normen en de gewoonrechtelijke regels inzake lastgeving leidt hij bovendien af dat een wet, die formeel of materieel de Grondwet schendt, geen wet is.⁶³⁴

FAIDER daarentegen, evenmin eenzaam⁶³⁵, meent dat een rechterlijke toetsing van wetten ongrondwettig is, nefast zou zijn en bovendien nutteloos.⁶³⁶ De grondwetgever zou, uit vrees voor een *gouvernement des juges* of "*omnipotence judiciaire*"⁶³⁷ die het beginsel van de scheiding der machten zou fnuiken, de rechter niet bevoegd hebben gemaakt om de wetten te toetsen. Rechterlijk toezicht lijkt hem overigens overbodig daar de samenstelling en de werking van de wetgevende macht (Kamer, Senaat en de Koning waarbij de Kamer en de Senaat anders worden samengesteld en elk lid een vetorecht heeft) en de openbaarheid van de parlementaire zittingen en van de parlementaire documenten in de *Moniteur* voldoende waarborgen dat eventuele grondwetsschendingen worden voorkomen.⁶³⁸ Noch

⁶²⁹ Omwille van zijn functie, is het belang van zijn bijdragen des te groter, daar wordt vermoed dat hij erin de mening van de magistratuur verwoordt. J. STENGERS, "Autour d'un Centenaire: Les Tribunaux belges et le contrôle de la constitutionnalité des lois", *Revue belge de philologie et d'histoire* 1949, (679) 690.

⁶³⁰ De discussie ving aan met E. VERHAEGEN, *Des lois inconstitutionnelles*, waarop FAIDER met CH. FAIDER, "Étude sur l'application des lois inconstitutionnelles", antwoordde. Hierop antwoordde VERHAEGEN met E. VERHAEGEN, *Lettre à M. Charles Faider sur son examen de la brochure intitulée Des lois inconstitutionnelles*, Brussel, Librairie polytechnique d'Aug. Decq, 1851, 58. FAIDER zette het debat voort met CH. FAIDER, "Nouvelle étude sur l'application des lois inconstitutionnelles", en VERHAEGEN trachtte het te beëindigen met *Dernières réflexions sur les lois inconstitutionnelles, pour servir de réponse au second travail de M. l'avocat-général Faider sur le même sujet* (1851). FAIDER kan zich toch niet houden aan zijn voornemen om aan VERHAEGEN het laatste woord te geven en vat zijn studie van 1851 nog eens bondig samen en laat ze publiceren in CH. FAIDER, "Note résumée sur l'application des lois inconstitutionnelles", *Bulletins de l'Académie Royale* 1851, (336). Dit debat was overigens tot in Duitsland gekend. Over de bijdragen van VERHAEGEN en FAIDER stelt MOHL overigens terecht: "*Weniger befriedigend und abschliessend sind die Ausführungen der beiden Gegner für die Lehre im Allgemeinen und als Beitrag zu dem constitutionellen Staatsrechte überhaupt. Theils war es an sich nicht ihre Absicht, eine umfassende theoretische Untersuchung anzustellen; theils haben sich, wie diess so leicht zu gehen pflegt, die Streitenden zu manchen unhaltbaren und sophistischen Behauptungen verführen lassen.*" R. VON MOHL, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, 77.

⁶³¹ Cass. 25 juli 1849; Rb. Hasselt, 22 juli 1848 en Brussel, 7 juli 1847, alle geciteerd door CH. FAIDER, "Étude sur l'application des lois inconstitutionnelles", 436.

⁶³² A. ROUSSEL, *Encyclopédie du droit*, Brussel, Imprimerie de J. Delfosse, 1843, 40-41.

⁶³³ Onder meer uit artikel 130 Gw. (thans artikel 187), waarin wordt verboden dat de Grondwet kan worden geschorst; uit artikel 134 Gw. (thans 195) over de procedure van grondwetsherziening; uit artikel 25 Gw. (thans 33) over de oorsprong van de machten en uit artikel 78 Gw. (thans 105) over de bevoegdheid van Koning.

⁶³⁴ E. VERHAEGEN, *Des lois inconstitutionnelles*, 13-14. "*Les formalités sacramentelles dont s'entoure la confection de la loi n'ont-elles pas été observées, rien n'existe qu'un projet sans vigueur. Eh bien ! quand la Constitution a violé sous le rapport du fond, il manque au travail du législateur quelque chose de plus important encore que les conditions matérielles de la vie, il lui manque la vie elle-même.*"

⁶³⁵ Cf. zijn verwijzingen naar NEUT, THONISSEN, THIMUS en DESTRIEUX, CH. FAIDER, "Étude sur l'application des lois inconstitutionnelles", 437 e.v.

⁶³⁶ J. STENGERS, "Les Tribunaux belges et le contrôle de la constitutionnalité des lois", 690.

⁶³⁷ CH. FAIDER, "Étude sur l'application des lois inconstitutionnelles", 449.

⁶³⁸ CH. FAIDER, "Étude sur l'application des lois inconstitutionnelles", 451 e.v. en CH. FAIDER, "Nouvelle étude sur l'application des lois inconstitutionnelles", 151.

de Grondwet⁶³⁹ noch de beginselen van 1790 en evenmin de scheiding der machten laten een rechterlijke toetsing van wetten toe.⁶⁴⁰

Indien vóór 1914 in het Parlement steeds ernstig over de grondwettigheid van wetten werd gedebatteerd en geen wet die klaarblijkelijk ongrondwettig was, werd aangenomen, is dit niet langer het geval na 1914: verscheidene klaarblijkelijk ongrondwettige wetten, onder meer bijzondere machtenwetten en één over het kiesrecht, worden aangenomen.⁶⁴¹ Vanaf de twintigste eeuw klinkt de roep naar rechterlijke toetsing van wetten dan ook luider: rond de jaren 1920-30⁶⁴² en dan opnieuw vanaf de jaren 1970.⁶⁴³

2. DE RECHTSSTAAT NA 1950

215. *Niet in de Grondwet* – Daar in 1831 het begrip “rechtsstaat” in de Franse noch in de Nederlandse taal was gekend, hoeft het niet te verbazen dat de Belgische Grondwet van 1831 het begrip niet vermeldt.⁶⁴⁴ Dit neemt niet weg dat algemeen wordt aangenomen dat België een rechtsstaat is: uit de enkele Belgische wetten en wetgeving van de gemeenschappen en van de gewesten waarin het rechtsstaatsbegrip wordt gebruikt, blijkt dat de wetgevers België als een rechtsstaat beschouwen.⁶⁴⁵ Rechtsgeleerden leiden dit bovendien ook af uit artikel 33 van de Grondwet, waarin wordt bepaald dat alle machten moeten worden uitgeoefend op de wijze bij de grondwet vastgelegd.⁶⁴⁶ De wetgever heeft het rechtsstaatsbegrip evenwel nooit gedefinieerd en uit het spaarzame gebruik ervan in de wetgeving kan ook moeilijk de inhoud van dit begrip worden afgeleid. Slechts één vaststelling blijkt: de rechtsstaat wordt verbonden met de democratie en met de

⁶³⁹ Ook niet de artikelen 107 (thans artikel 159) en 28 (thans artikel 84) Gw., zie CH. FAIDER, “Étude sur l'application des lois inconstitutionnelles”, 460 e.v., respectievelijk, 464 e.v.

⁶⁴⁰ CH. FAIDER, “Étude sur l'application des lois inconstitutionnelles”, 458-459.

⁶⁴¹ CH. HUBLANT en PH. MAYSTADT, “Exemples de lois taxées d'inconstitutionnalité”, in X (ed.), *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Brussel, Larcier, 1973, 443-516 en J. STENGERS, “Les Tribunaux belges et le contrôle de la constitutionnalité des lois”, 16 e.v.

⁶⁴² Onder meer door de rector van de Universiteit van Gent, door professor publiek recht VERMEERSCH, door een rechter bij het Hof van Cassatie,... schrijft J. STENGERS, “Les Tribunaux belges et le contrôle de la constitutionnalité des lois”, 698-699.

⁶⁴³ Hierover meer bij A. ALEN, *Rechter en bestuur*, 867-896.

⁶⁴⁴ In 1993 hebben twee volksvertegenwoordigers tevergeefs een voorstel tot herziening van de Grondwet ingediend om onder meer het rechtsstaatsbegrip in de Grondwet in te voegen. Voorstel van de heren DUCARME en REYNDERS tot herziening van Titel II van de Grondwet om een artikel 3^{quater} in te voegen, *Parl. St. Kamer*, 1992-93, nr. 47-957/1.

⁶⁴⁵ Artikel 8 van de wet van 30 november 1998 “houdende regeling van de inlichting- en veiligheidsdienst”, *BS* 18 december 1998; ordonnantie van 13 juli 2006 “tot wijziging van de gemeentekieswet en ter bestrijding van het racisme en de xenofobie”; *BS* 2 augustus 2006; decreet van het Waalse Gewest van 1 juni 2006 “tot wijziging van Boek I van Deel IV van het Wetboek van de plaatselijke democratie en de decentralisatie”, *BS* 9 juni 2006; decreet van de Franse Gemeenschap van 30 maart 2000 “tot bevestiging van de eindtermen en vereiste algemene kennis op het einde van de kwalificatie-afdeling, de eindtermen en vereiste kennis inzake lichamelijke opvoeding op het einde van de kwalificatie-afdeling en de minimale bekwaamheden inzake communicatie in een andere moderne taal dan het Frans, op het einde van de kwalificatie-afdeling, indien het aanleren van een moderne taal voorkomt in het studieprogramma”, *BS* 25 mei 2000.

⁶⁴⁶ H. VAN IMPE, *Staatsrechtelijk begrippenboek*, Brussel, Bruylant, 1984, 225.

bescherming van de mensenrechten en van de fundamentele rechten.⁶⁴⁷ Daarom wordt hieronder nagegaan welke inhoud de rechtspraak⁶⁴⁸ en de rechtsleer⁶⁴⁹ aan het hedendaagse rechtsstaatsbegrip geven. Dat is zonder twijfel een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip.

216. Doel – Het doel van de rechtsstaat is het verwezenlijken van de vrijheid van de burgers.⁶⁵⁰

217. Institutionele vereisten – Volgens de rechtspraak en rechtsleer is het Belgische staatsbestel een rechtsstaat: één van de kenmerken van een rechtsstaat bestaat erin dat de bestuurders aan de rechtsregels zijn onderworpen.⁶⁵¹ De scheiding der machten⁶⁵² en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht zijn fundamentele kenmerken van de rechtsstaat.⁶⁵³ De scheiding der machten waarborgt het wettigheidsbeginsel en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke macht⁶⁵⁴.

⁶⁴⁷ Artikel 8 van de wet van 30 november 1998 “houdende regeling van de inlichting- en veiligheidsdienst”, BS 18 december 1998; Zie ook artikel 2 van de wet van 25 mei 1999 “betreffende de Belgische internationale samenwerking”, BS 1 juli 1999 en artikel 2.14.8 van de wet “houdende de algemene uitgavenbegroting voor het begrotingsjaar 2003(1)”, BS 27 december 2002. In het verslag aan de Koning bij Koninklijk besluit van 21 oktober 1998 “betreffende de afhouding op de pensioenen, bedoeld in artikel 68 van de wet van 30 maart 1994 houdende sociale bepalingen”, BS 30 oktober 1998, wordt gesteld dat in een rechtsstaat het rechtszekerheidsbeginsel moet worden geëerbiedigd.

⁶⁴⁸ De drie hoogste rechtscollèges van het land hebben het rechtsstaatsbegrip reeds gebruikt, maar de intensiteit in het gebruik ervan verschilt per rechtscollège. Het Hof van Cassatie heeft het rechtsstaatsbegrip nog maar tweemaal gebruikt en uit deze twee arresten kan niet worden afgeleid welke betekenis het Hof van Cassatie eraan geeft. HvC 4 november 2008, P.08.0081.N en HvC 17 oktober 2006, P.06.0846.N. Het is wel van belang dat het hof de rechtsstaat als een rechtsbeginsel beschouwt, waaraan aldus kan worden getoetst. In de conclusies van de procureurs-generaal en van de advocaten-generaal komt het rechtsstaatsbegrip meermaals aan bod. Zie onder meer de conclusies van de advocaat-generaal VANDEWAL bij HvC 24 juni 2010, C.06.0415.N en bij HvC 22 maart 2012, C.10.0152.N. Het Grondwettelijk Hof en de Raad van State gebruiken het rechtsstaatsbegrip vaker, zodat aan de hand van hun rechtspraak de inhoud van het Belgische rechtsstaatsbegrip in de praktijk kan worden omschreven.

⁶⁴⁹ Pas vanaf de jaren 1960 wordt het rechtsstaatsbegrip in vrijwel alle handboeken over het staatsrecht gedefinieerd. Dit is van bij het begin een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip. De rechtsstaat, of de voorrang van het recht, stelt materiële vereisten (wettigheidsbeginsel, individuele vrijheden, gelijkheidsbeginsel en sociale solidariteit), maar ook institutionele vereisten, die de materiële vereisten moeten waarborgen (democratie, onafhankelijkheid van de rechter en rechterlijke toetsing op administratieve beslissingen). DUMON benadrukt dat in een rechtsstaat niet alleen de administratieve overheid, maar ook de wetgever aan beperkingen is onderworpen en een rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten nodig is. F. DUMON, “Over de Rechtsstaat”, 282. Vanaf deze bijdrage wordt in de rechtsleer wordt nog meer nadruk gelegd op de individuele vrijheden en rechten van de burger die door de rechtsstaat moeten worden gewaarborgd: het is in functie daarvan dat de overheid aan het recht wordt onderworpen.

⁶⁵⁰ P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, nr. 40.

⁶⁵¹ GwH 15 oktober 2002, nr. 151/2002, B.3.2. A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht (2011)*, nr. 75; O. CORTEN en A. SCHAUS, *Le droit comme idéologie: introduction critique au droit belge*, Brussel, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2009, 258 en 385; F. DELPÉRIÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Brussel, Bruylant, 2000, 14; F. DELPÉRIÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, 95; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, nr. 81 (rule of law); J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 7^{de} ed., nrs. 356 en W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel Veertig jaar later*, 72.

⁶⁵² W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel Veertig jaar later*, 72.

⁶⁵³ GwH 8 mei 2014, nr. 74/2014, B.7.2. en 16 mei 2013, nr. 67/2013, B.7.2.

⁶⁵⁴ F. DELPÉRIÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, 14.

218. *Wettigheidsbeginsel* – Het wettigheidsbeginsel is essentieel in een rechtsstaat⁶⁵⁵: elke machtsuitoefening in een rechtsstaat wordt door het recht geregeld⁶⁵⁶. Krachtens de grondwettelijke wettigheidsbeginselen moeten bepaalde maatschappelijke keuzen door de wetgever zelf worden genomen. Daarnaast houdt het wettigheidsbeginsel in dat de overheid niet *contra legem* mag handelen⁶⁵⁷, doch aan de wet gebonden is⁶⁵⁸ en de Europese gemeenschapsregels volledig moet toepassen⁶⁵⁹. De instellingen hebben alleen de bevoegdheid die hen uitdrukkelijk zijn toegekend⁶⁶⁰ en de verordeningsbevoegdheid moet in het algemeen belang worden gebruikt.⁶⁶¹ Het wettigheidsbeginsel moet ertoe bijdragen het rechtsverkeer in een rechtsstaat de noodzakelijke zekerheid en vastheid te waarborgen.⁶⁶²

219. *Rechterlijke toetsing* – De Raad van State oordeelt dat de mogelijkheid van de burger om tegen de administratieve overheid de onwettigheid van haar beslissingen te doen gelden, van het Belgische rechtsbestel een rechtsstaat maakt.⁶⁶³ Dit rechterlijk toezicht mag – uiteraard – niet worden ontzegd omdat de naleving van de wet te moeilijk zou zijn⁶⁶⁴. De burger geniet van het recht op toegang tot de rechter en de mogelijkheid om klacht in te dienen.⁶⁶⁵ Het recht op toegang tot de rechter verplicht de overheid om al het mogelijke te doen opdat de rechtzoekende op effectieve wijze van zijn beroepsmogelijkheden gebruik kan maken.⁶⁶⁶ Ten slotte vereist dit recht dat de overheid rechterlijke beslissingen uitvoert en naleeft⁶⁶⁷ (en zich niet door stilzitten eraan onttrekt⁶⁶⁸).

220. *Democratie* – De rechtsstaat en de democratie zijn met elkaar verbonden: de goede werking van de instellingen van de “democratische rechtsstaat” moet worden beschermd.⁶⁶⁹ Het actief en passief kiesrecht zijn essentiële elementen van de democratie en van de rechtsstaat.⁶⁷⁰

⁶⁵⁵ RvS 9 november 2005, nr. 151.120 (geen belangenafweging die tegen de wet ingaat) en 14 juni 1995, nrs. 53.715 en 53.714.

⁶⁵⁶ RvS 22 november 2007, nr. 177.029.

⁶⁵⁷ RvS 8 maart 2010, nr. 201.636; 4 februari 2010, nr. 200.490; 20 december 2007, nr. 178.067; 30 november 2007, nr. 177.454 en 5 maart 1998, nr. 72.265.

⁶⁵⁸ RvS 15 juni 2010, nr. 205.174 en 22 oktober 2002, nr. 11.742.

⁶⁵⁹ RvS 5 november 1996, nrs. 62.942-62.921.

⁶⁶⁰ RvS 3 november 2005, nr. 150.909 en 17 oktober 2003, nr. 124.361.

⁶⁶¹ RvS 14 oktober 1994, nr. 49.695.

⁶⁶² RvS 23 december 1999, nr. 84.402.

⁶⁶³ RvS 30 november 2007, nr. 177.506; 23 december 2003, nr. 126.770; 7 juni 1999, nr. 80.682; 17 december 1997, 70.402 en 22 april 1997, nr. 65.974.

⁶⁶⁴ RvS 16 maart 2006, nr. 156.436 en 21 april 2005, nr. 143.469.

⁶⁶⁵ RvS 3 april 2009, nr. 192.207 en 21 december 2004, nr. 138.716.

⁶⁶⁶ RvS 4 juni 2008, nr. 183.769; 12 november 2007, nr. 176.613 en 4 juni 2007, nr. 171.786.

⁶⁶⁷ RvS 25 mei 2005, nr. 144.917.

⁶⁶⁸ RvS 27 maart 2013, nr. 223.025.

⁶⁶⁹ GwH 15 juli 1993, nr. 62/93, B.3.5. O. CORTEN en A. SCHAUS, *Le droit comme idéologie*, 385; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, nr. 38 en J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, nr. 357.

⁶⁷⁰ GwH 6 juni 2014, nr. 87/2014, B.3.2.; 1 juli 2010, 80/2010, B.5.1.; 28 juli 2006, nr. 130/2006, B.6.; 14 december 2005, nr. 187/2005, B.5.1.

221. Formele vereisten – De rechtsstaat vereist dat iedereen de mogelijkheid moet hebben om steeds kennis te nemen van de officiële bindende teksten.⁶⁷¹ Wetgeving moet algemeen, onpersoonlijk en voorspelbaar zijn.⁶⁷² Hij verbiedt tevens retroactieve wetten die definitief geworden rechterlijke beslissingen in het gedrang brengen.⁶⁷³ Hij waarborgt bovendien de rechten van verdediging en het recht op een eerlijk proces, met inbegrip van het recht op toegang tot de rechter⁶⁷⁴, het beginsel van wapengelijkheid en het tegensprekelijk karakter van het proces⁶⁷⁵ en de onpartijdigheid van de rechtscolleges⁶⁷⁶. Ook het recht op een daadwerkelijke uitvoering van rechterlijke uitspraken behoort tot de fundamentele grondslagen waarop een rechtsstaat is gebaseerd.⁶⁷⁷ In een rechtsstaat moet bovendien een aansprakelijkheidsvordering mogelijk zijn wanneer een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie een onregelmatigheid heeft begaan die niet door middel van een rechtsmiddel tot rechtsherstel kan leiden.⁶⁷⁸ De verplichte raadpleging van de Raad van State, afdeling wetgeving voor bepaalde wetsontwerpen vloeit voort uit het streven van de grondwetgever om de eerbiediging van de rechtsstaat en de kwaliteit van wetgevende en verordenende teksten uit wetgevingstechnisch en formeel oogpunt te waarborgen⁶⁷⁹. Ten aanzien van de uitvoerende macht vereist de rechtsstaat zorgvuldigheid⁶⁸⁰ en *fair play*⁶⁸¹. Elke bestuurshandeling moet steunen op juiste, relevante en wettelijk aanvaardbare gronden die moeten blijken uit het administratief dossier⁶⁸².

222. Materiële elementen – De rechtsstaat vereist dat de overheid, maar ook de burgers, het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, een grondslag van een democratische rechtsstaat, eerbiedigen⁶⁸³. Bovendien geeft het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, dat toch hoofdzakelijk materiële vereisten aan wetgeving oplegt, volgens

⁶⁷¹ GwH 16 juni 2004, nr. 106/2004, B.3.2. en RvS 2 juli 2008, nr. 183.769; 8 juni 2006, nr. 159.978.

⁶⁷² A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht (2011)*, nr. 75 en M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge: regards sur un système institutionnel paradoxal*, Brussel, Bruylant, 2005, 12-13.

⁶⁷³ GwH 25 januari 2012, nr. 9/2012, B.13.2.; 16 juni 2011, nr. 107/2011, B.7.1.; 17 december 2009, nr. 199/2009, B.8.; 15 januari 2009, nr. 6/2009, B.3.10 en 7 december 2005, nr. 177/2005, B.23.

⁶⁷⁴ GwH 14 november 2012, nr. 139/2012, B. 13; 14 juni 2012, nr. 77/2012, B.3.1.; 9 februari 2012, nr. 18/2012, B.9.2.; 3 februari 2011, nr. 19/2011, B.4.2. en 18 december 2008, nr. 182/2008, B.5.3.

⁶⁷⁵ GwH 22 december 2011, nr. 201/2011, B.12.1.; 30 september 2009, nr. 150/2009, B.11.1.; 18 juni 2009, nr. 101/2009, B.11.1.; 18 februari 2009, nr. 25/2009, B.11.1.; 3 juli 2008, nr. 98/2008, B.7.; 21 februari 2008, nr. 22/2008, B.7.; 26 juli 2007, nr. 107/2007, B.7.1.; 19 juli 2007, nr. 105/2007, B.11.1. en 21 december 2004, nr. 202/2004, B.27.6.

⁶⁷⁶ GwH 13 oktober 2011, nr. 155/2011, B.3.; 7 juli 2011, nr. 123/2011, B.8.1. en 13 oktober 2009, nr. 157/2009, B.3.1.

⁶⁷⁷ GwH 27 maart 2014, nr. 56/2014, B.5. en 18 oktober 2012, nr. 122/2012, B.6. RvS 13 december 2012, nr. 221.734

⁶⁷⁸ GwH 30 juni 2014, nr. 99/2014, B.14.

⁶⁷⁹ RvS 27 januari 2009, nr. 189.811; 12 augustus 2005, nrs. 148.197-148.200; 10 augustus 2005, nr. 148.120; 4 augustus 2005, nr. 148.037, nr. 148.029 en nr. 148.028; 20 juli 2005, nr. 147.725 en nr. 147.724; 25 mei 2005, nr. 145.007; 20 mei 2005, nr. 144.737-144.742; 17 december 2004, nr. 138.592; 9 september 2004, nr. 134.757; 9 januari 2003, nr. 114.327; 18 juli 2002, nr. 109.467; 6 december 2001, nr. 101.557; 28 september 2001, nr. 99.275; 21 juni 2001, nr. 96.807; 12 oktober 2000, nr. 90.173; 18 oktober 1999, nr. 82.940; 17 juni 1998, nr. 74.342 en 23 december 1997, nr. 70.502.

⁶⁸⁰ RvS 29 april 2010, nr. 203.349; 31 mei 1995, nr. 53.472 en 30 november 1994, nr. 50.549.

⁶⁸¹ RvS 29 april 2010, nr. 203.349 en 25 juli 2001, nr. 97.954.

⁶⁸² RvS 8 oktober 2002, nr. 111.123.

⁶⁸³ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.10.3.

het Grondwettelijk Hof uitdrukking aan het beginsel van de rechtsstaat.⁶⁸⁴ De Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, oordeelt dat eerbied voor het privéleven en voor de grondrechten van de burgers tot de hoofdbekommernissen van de wetgever in een democratische rechtsstaat behoort⁶⁸⁵, waartoe ook het recht van verdediging in strafzaken⁶⁸⁶ behoort. De rechtsstaat waarborgt het respect voor mensenrechten, onder meer het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel⁶⁸⁷, de basisbeginselen van strafrecht en strafprocedure⁶⁸⁸, het recht op leven, het recht op fysieke integriteit, vrijheid van denken en van geweten, vrijheid van meningsuiting⁶⁸⁹ ...

223. Rechtsbescherming en grondwettigheidstoetsing van wetten – De rechtsstaat is een staat van rechters, zegt DELPÉRIÉ: de rechtscollèges waken over de eerbied voor de Grondwet.⁶⁹⁰ VAN GERVEN voegt eraan toe dat de (Duitse) rechtsstaat overheidsaansprakelijkheid vereist.⁶⁹¹ De Tweede Wereldoorlog heeft aangetoond dat een louter grondwettelijk erkennen van rechten en vrijheden niet volstaat, maar dat deze – door de rechter – moeten kunnen worden afgedwongen.⁶⁹² Vereist de rechtsstaat ook grondwettigheidstoetsing van wetten? De enen stellen van wel⁶⁹³, de anderen van niet⁶⁹⁴.

3. BESLUIT

224. Belgische rechtsstaat – In deze tweede titel, waarin wordt beoogd door een analyse van de literatuur en van de rechtspraktijk de kern van de rechtsstaat bloot te leggen, kwam het Belgische rechtsstaatsbegrip als laatste van de statelijke rechtsstaatsbegrippen aan

⁶⁸⁴ GwH 30 oktober 2008, nr. 140/2008, B.9.2. en 7 juni 2007, nr. 81/2007, B.9.2.

⁶⁸⁵ Rvs 11 mei 2010, nr. 203.862.

⁶⁸⁶ RvS 13 november 2006, nr. 164.672; 25 maart 2005, nr. 142.666 en 11 maart 2004, nr. 129.170.

⁶⁸⁷ W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel Veertig jaar later*, 72.

⁶⁸⁸ W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel Veertig jaar later*, 72.

⁶⁸⁹ O. CORTEN en A. SCHAUS, *Le droit comme idéologie*, 262 en 385.

⁶⁹⁰ F. DELPÉRIÉ, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, 95. ("L'Etat de droit, c'est, d'abord, l'Etat de la Constitution. C'est aussi l'Etat des juges – c'est à dire de magistrats indépendants et impartiaux -. Mais c'est surtout l'Etat dans lequel une ou plusieurs juridictions veillent de manière spécifique au respect des prescriptions de la Constitution.") W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel Veertig jaar later*, 72.

⁶⁹¹ W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel Veertig jaar later*, 72.

⁶⁹² O. CORTEN en A. SCHAUS, *Le droit comme idéologie*, 262.

⁶⁹³ A. ALEN en S. FEYEN, "De legitimiteit van een Grondwettelijk Hof in een democratische rechtsstaat", 9; X. DELGRANGE, "La Cour d'Arbitrage et le citoyen", in F. DELPÉRIÉ (ed.), *Regards croisés sur la Cour d'Arbitrage*, Brussel, Bruylant, 1995, 234-235; J. DELVA, "Légitimité du juge constitutionnel belge", 108; P. DE VISSCHER, "Réflexions sur le contrôle de la constitutionnalité des lois en Belgique", *Ann.dr.* 1969, (349) 349; M. VAN HOECKE, "Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation", *Ratio Juris* 2001, (415) 416 en M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge*, 12-13.

⁶⁹⁴ J. DUJARDIN, J. VANDE LANOTTE, P. VANDEN HEEDE *et al.*, *Inleiding tot het publiekrecht: Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2008, 5^{de} ed., lemma "rechtsstaat". In 2014 genuanceerd tot "Alhoewel sommigen dit betreuren, lijkt de afwezigheid van de mogelijkheid om elke strijdigheid van de wet met de Grondwet voor een rechtbank af te dwingen, geen beletsel te zijn om van een rechtsstaat te spreken." J. DUJARDIN, J. VANDE LANOTTE, P. VANDEN HEEDE *et al.*, *Inleiding tot het publiekrecht: Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, lemma "rechtsstaat".

bod. Ook voor de genese van het Belgische rechtsstaatsbegrip moet een onderscheid worden gemaakt tussen het woord, de idee en het begrip.

225. Vóór 1950 – Uit de parlementaire voorbereiding van de Belgische Grondwet van 1831 blijkt immers dat de leden van de Volksraad door de rechtsstaatsidee werden bezielt. Zonder het woord *État de droit* te gebruiken, richten zij een rechtsstaat op die is geïnspireerd door de toen heersende rechtsstaatsideeën. Alleen de te strikte interpretatie van artikel 159 van de Grondwet, die ertoe leidt dat rechters weigeren om administratieve handelingen op hun wettigheid te toetsen, verhindert een volledige verwezenlijking van de niet-legalistische rechtsstaat.

In deze periode bezielt de niet-legalistische rechtsstaat ook de rechtsleer. De rechtsgeleerden benadrukken dat de Belgische Staat vooreerst de vrijheid van de mensen moet waarborgen, door rechtszekerheid te bieden, het genot van alle rechten te waarborgen en de beschaving te verwezenlijken. Om willekeur en machtsmisbruik te vermijden, moet de uitoefening van de staatsmacht worden beperkt. De macht van de staat eindigt waar de (natuurlijke) rechten van de mens beginnen. Over de ware betekenis van het beginsel van het evenwicht der machten is er geen eensgezindheid. Voor de ene houdt deze een evenwicht der machten in, voor de andere verhindert dit beginsel dat de rechterlijke macht op de uitvoerende macht toezicht houdt. Vanaf het begin van de twintigste eeuw pleiten rechtsgeleerden dan ook voor een toepassing van artikel 159 van de Grondwet. Met het *Flandria*-arrest van 5 november 1920 doet het Hof van Cassatie een grote stap in de verwezenlijking van de rechtsstaat.

226. Rechtsstaatsbegrip – Pas vanaf 1950 verenigen de rechtsstaatsidee en het woord zich in het rechtsstaatsbegrip: geleidelijk komt het begrip meer en meer in de rechtsleer voor. De rechtsgeleerden verdedigen een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip en benadrukken diens verbondenheid met de democratie. Net zomin als de Britse, Duitse en Franse wetgever, hebben de wetgevers in België het rechtsstaatsbegrip gedefinieerd. Daarom moet opnieuw uit de rechtspraak en de rechtsleer een omschrijving van de rechtsstaat worden afgeleid. Daaruit blijkt dat België geacht wordt een rechtsstaat te zijn en dat deze rechtsstaat institutionele, formele en materiële vereisten stelt. Het is een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip, dat vergelijkbaar met de *rule of law*, de *Rechtsstaat*, de *État de droit* is. Op institutioneel vlak is de Belgische rechtsstaat een democratische rechtsorde, waarin het actief en passief kiesrecht en de scheiding der machten worden gewaarborgd. Op formeel vlak vereist de rechtsstaat het (grond)wettigheidsbeginsel: elke machtsuitoefening wordt door het recht geregeld. Het verbiedt retroactieve wetgeving en legt zorgvuldigheid en *fair play* aan de uitvoerende macht op. De rechtsstaat vereist ook waarborgen in verband met de rechtsbescherming: het recht op een eerlijk proces, wapengelijkheid en de onpartijdigheid van de rechter. De rechtsstaat stelt ook materiële vereisten aan wetgeving, onder meer het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie en de grondrechten (die eveneens in het Handvest tot uiting komen).

V. EEN EUROPEES RECHTSSTAATSBEGRIJF?

227. *De wereld* – De Belgische rechtsorde is verweven met de Europese rechtsordes en met een internationale rechtsorde. Ook in deze laatste rechtsorde worden de *rule of law* en *état de droit*-begrippen gebruikt. De Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties stelt dat de rechtsstaat tot de kern van de missie van de Verenigde Naties behoort en heeft het begrip gedefinieerd.⁶⁹⁵ Hoewel het tekenend is voor het rechtsstaatsbegrip dat wordt erkend dat ook staten de *rule of law* moeten eerbiedigen – en dus ook staten onder het recht staan⁶⁹⁶ – zou een onderzoek naar de internationale rechtsstaat ons te ver leiden.⁶⁹⁷ Voor dit proefschrift volstaat een Europees-geïnspireerd rechtsstaatsbegrip. Dat leidt ertoe dat ook het rechtsstaatsbegrip op het Europese supranationale niveau moet worden onderzocht.⁶⁹⁸ Om deze reden wordt in dit vijfde hoofdstuk gezocht naar de betekenis van het rechtsstaatsbegrip in de praktijk van de Raad van Europa (**afdeling 1**) en van de Europese Unie (**afdeling 2**).

⁶⁹⁵ “It refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency.” V.N. VEILIGHEIDSRaad, *Report of the Secretary-General - The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, nr. 6.

⁶⁹⁶ “De wet in het algemeen is de menselijke rede voor zover alle volken op aarde eraan onderworpen zijn; en de politieke en burgerlijke wetten van elke natie afzonderlijk zijn niets anders dan de bijzondere gevallen waarop de menselijke rede wordt toegepast.” MONTESQUIEU, *Over de geest van de wetten*, Amsterdam, Amsterdam Boom, 2006, 46 (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois I*, livre I, chapitre 6, 128).

⁶⁹⁷ Zie hiervoor onder meer J.-Y. MORIN, *L'État de droit: émergence d'un principe du droit international*, 462p. en B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 129-136.

⁶⁹⁸ Zowel het *Bundesverfassungsgericht* als de *Conseil constitutionnel* benadrukken bovendien dat zij de rechtspraak van het EHRM als interpretatiemiddel gebruiken bij de interpretatie van de inhoud en de reikwijdte van grondrechten en van rechtsstatelijke beginselen. S. DE LA ROSA, “L'article 6 § 1 de la Convention européenne, le Conseil constitutionnel et la question préjudicielle de constitutionnalité”, *Rev. Fr. Dr. Const.* 2009, (817) 820.

1. DE RAAD VAN EUROPA: HEERSCHAPPIJ VAN HET RECHT EN RECHTSSTAAT

A. WELK RECHTSSTAATSBEGRIJP?

228. Is “heerschappij van het recht” “rechtsstaat”? – De zoektocht naar het rechtsstaatsbegrip binnen de Raad van Europa vraagt voorafgaand een antwoord op een semantische vraag: is “heerschappij van het recht” gelijk aan de rechtsstaat? In de preambule van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) erkennen de verdragspartijen immers dat zij met eenzelfde geest bezielde zijn en dat zij een gemeenschappelijk erfdeel van politieke tradities, idealen, vrijheid en “heerschappij van het recht” bezitten. In het Engels zijn deze laatste vier woorden “*rule of law*”, in het Frans “*prééminence du droit*” en in het Duits “*Vorherrschaft des Gesetzes*”. Ook in artikel 3 van het Statuut van de Raad van Europa erkennen de lidstaten het beginsel van de heerschappij van het recht, “*le principe de la prééminence du droit*” en van “*the principle of the rule of law*”. Toen in 1949 het Statuut en in 1950 het EVRM werden opgesteld, was de term “*Rechtsstaat*” door de Tweede Wereldoorlog in diskrediet gebracht⁶⁹⁹ en de term “*État de droit*” quasi onbekend. Het verbaast dan ook niet dat de term “*rule of law*” letterlijk werd vertaald naar “*prééminence du droit*” en “*Vorherrschaft des Gesetzes*”. Op dat moment was de term “*rule of law*” al eens naar “*Rechtsstaat*” en “*État de droit*” vertaald, maar dit was zeker geen wijdverspreide praktijk.⁷⁰⁰ Sinds de jaren 1990 gebeurt dit echter veel vaker en wordt het de algemeen aanvaarde vertaling.⁷⁰¹

⁶⁹⁹ Het Nazi-Derde Rijk noemde zichzelf immers een rechtsstaat. Zie hierover meer bij de auteurs in voetnoot 26.

⁷⁰⁰ Permanent Internationaal Gerechtshof, 4 december 1935, serie AB, nr 65, p. 54-55. De rechtsstaatsidee komt in de bepalingen over de instituties en over de rechten en individuele vrijheden tot uiting. http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_65/01_Decrets-lois_dantzikois_Avis_consultatif.pdf

⁷⁰¹ Resoluties van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, in het Charter van Parijs voor een Nieuw Europa (21 november 1990) (OVSE), in de preambule en in verscheidene artikelen van het VEU (zie *infra*)... Maar ook in de rechtsleer, zie P. LEMMENS, "Enkele aspecten van de "doctrine" van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens", in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Brugge, die Keure, 2006, 78 en J.-Y. MORIN, *L'État de droit: émergence d'un principe du droit international*, 229-230. CARPANO is evenwel niet overtuigd dat – in dit geval – rechtsstaat een opportune vertaling van “*rule of law*” zou zijn, omdat hij het rechtsstaatsbegrip moeilijk transposeerbaar op een inter- of supranationaal niveau acht. Ook al heeft de grote verspreiding van het rechtsstaatsbegrip ertoe geleid dat dit minder als een “staatsbegrip” wordt beschouwd, houdt CARPANO vast aan de “statelijke” betekenis van de rechtsstaat. E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 252. Ook BARBER ziet hierin het onderscheid tussen de *rule of law* en de *Rechtsstaat*: de rechtsstaat duidt op een verband tussen een rechtsorde en een staat, de *rule of law* is een kwaliteit van, of een theorie over, een rechtsorde. N.W. BARBER, "The *Rechtsstaat* and the Rule of Law", 444. Andere auteurs menen terecht dat de kern van de rechtsstaat ook op een niet-statelijke rechtsorde kan worden toegepast. Onder meer G. DE BAERE, "European Integration and the Rule of Law in Foreign Policy", in J. DICKSON en P. ELEFTHERIADIS (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 354. Voor de Raad van Europa lijkt dit bezwaar bovendien niet relevant, daar deze vereist dat de lidstaten rechtsstaten zijn en niet de Raad van Europa zelf, zodat geen afbreuk zou worden gedaan aan de – indien gewenste – ‘statelijke’ betekenis van de rechtsstaat.

Kan worden aangenomen dat, indien het EVRM vandaag zou worden herschreven, niet het begrip “heerschappij van het recht” erin zou voorkomen, maar wel het begrip “rechtsstaat”? Zijn deze termen synoniemen in het Europese mensenrechtengedachtegoed of zijn zij te onderscheiden?⁷⁰² Een analyse van de documenten van de Parlementaire Vergadering (*Parliamentary Assembly, Assemblée parlementaire*) en van de Commissie van Venetië en vervolgens van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) moet deze vraag beantwoorden en staat ons tegelijk toe om de inhoud van de Europese rechtsstaatsidee te ontdekken.

229. Niet-legalistische rechtsstaat – Vooreerst is er voor het Comité van Ministers, de Parlementaire Vergadering⁷⁰³ en de Commissie van Venetië⁷⁰⁴ geen betekenisvol verschil tussen de verdragsrechtelijke term “heerschappij van het recht” en rechtsstaat, al verkiest de Vergadering het gebruik van “heerschappij van het recht”.⁷⁰⁵ Ten tweede benadrukken zij allemaal dat het rechtsstaatsbegrip ook niet-legalistisch is en niet tot een formele heerschappij van de wet kan worden gereduceerd.⁷⁰⁶ Doch alleen de Commissie van Venetië heeft het rechtsstaatsbegrip omschreven, waarbij zij de definitie van BINGHAM overnam.⁷⁰⁷

⁷⁰² J. WIARDA meent dat deze begrippen moeten worden onderscheiden, zie E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 292. Sommigen suggereren dat “*prééminence du droit*” een normatief begrip of een referentienorm is en “*état de droit*” niet. Uit de analyse van de rechtspraak blijkt dat het EHRM het rechtsstaatsbegrip aanvankelijk inderdaad niet als een referentienorm gebruikte, maar oordeelde dat in het verdrag gewaarborgde grondrechten “*essentieel zijn in een rechtsstaat*” of “*een fundamentele waarborg van de rechtsstaat*” zijn. Dit wordt geargumenteed in Appendix I bij Committee on Legal Affairs and Human Rights, “Report - The principle of the Rule of Law”, Doc. 11343, II, a), ii), 3. WACHSMANN vindt terecht van niet. Zie P. WACHSMANN, “La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”, in J.-F. FLAUSS en P. WACHSMANN (eds.), *Le droit des organisations internationales: recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, Brussel, Bruylant, 1998, 244. P. LEMMENS maakt geen onderscheid tussen beide begrippen in zijn onderzoek in P. LEMMENS, “Enkele aspecten van de “doctrine” van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens”, 78 e.v. Het EHRM heeft uitdrukkelijk gesteld dat het rechtsstaatsbegrip het beginsel van de heerschappij van het recht omvat (EHRM 8 november 2007, *Lelièvre/België*, nr. 104) en gebruikt thans ook het rechtsstaatsbegrip als toetsingsnorm (EHRM 12 juli 2005, *Okyay e.a./Turkije*, nrs. 73 en 79; 20 juli 2000, *Antonetto/ Italië*, nr. 28 en 10 november 2004, *Taşkın e.a./Turkije*, nrs. 124 en 136 (art. 6, § 1 EVRM)).

⁷⁰³ Parlementaire Vergadering (Parliamentary Assembly - Assemblée parlementaire), “Resolution 1594 - The principle of the rule of law”, nr. 3.

⁷⁰⁴ Artikel 1, eerste lid van het Statuut van de Europese Commissie voor Democratie via het Recht, Resolutie (2002) 3.

⁷⁰⁵ Parlementaire Vergadering (Parliamentary Assembly - Assemblée parlementaire), “Resolution 1594 - The principle of the rule of law”, nr. 6.1.

⁷⁰⁶ Ministers' Deputies of the Council of Europe, “The Council of Europe and the Rule of Law - An overview”, CM(2008)170, 6, dat verwijst naar een omschrijving in White Paper on Intercultural Dialogue, die als volgt luidt: “*The fundamental standards of the rule of law in democratic societies are necessary elements of the framework within which intercultural dialogue can flourish. They ensure a clear separation of powers, legal certainty and equality of all before the law. They stop public authorities taking arbitrary and discriminatory decisions, and ensure that individuals whose rights are violated can seek redress from the courts.*” Parlementaire Vergadering (Parliamentary Assembly - Assemblée parlementaire), “Resolution 1594 - The principle of the rule of law”, nr. 6 (waarmee zij de formalistische inhoud van sommige Oost-Europese rechtsstaatsbegrippen afwijst). Commissie van Venetië, “Preliminary draft outline of the report on The Rule of Law and the Rechtsstaat”, 4 en Commissie van Venetië, “Report on the rule of law”, CDL-AD(2011)003rev, 16p.

⁷⁰⁷ Commissie van Venetië, “Report on the rule of law”, CDL-AD(2011)003rev, 9-10.

230. *EHRM en zijn rechtsstaatsbegrip* – Net zoals het Comité van Ministers, de Parlementaire Vergadering en de Commissie van Venetië gebruikt het EHRM zowel “*prééminence de droit*” (vertaald als “*rule of law*”) als “*État de droit*” (vertaald als “*State governed by the rule of law*”).⁷⁰⁸ Het EHRM maakt daarbij geen betekenisvol onderscheid tussen deze begrippen en hanteert een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip. Alvorens de institutionele, formele, en materiële vereisten van dit begrip uiteen te zetten, wordt op het belang van het rechtsstaatsbegrip voor het EVRM geduid.

B. DE RECHTSSTAAT VAN DE RAAD VAN EUROPA

231. “*Prééminence du droit*” als interpretatiebeginsel – De grote draagwijdte van de rechtsstaatsidee in het Europese mensenrechtengedachtegoed komt sterk tot uiting in het beginselarrest *Golder/Verenigd Koninkrijk* van 21 februari 1975. In dit arrest heeft het EHRM geoordeeld dat de lidstaten, door het EVRM te sluiten, zich ertoe hebben verbonden om de *rule of law* of de *prééminence du droit* te eerbiedigen en dat het EHRM het EVRM in het licht van dit doel moet interpreteren.⁷⁰⁹ Het beginsel van de *prééminence du droit* is één van de fundamentele beginselen van de democratische staat, inherent aan alle artikelen van het EVRM⁷¹⁰: het EHRM gebruikt dit beginsel dan ook als richtlijn voor een progressieve interpretatie van alle verdragsbepalingen.⁷¹¹ Daarnaast vereist de *prééminence du droit* ook institutionele, formele en materiële vereisten.

232. *Institutioneel vereiste: scheiding der machten* – Het EHRM erkent dat het beginsel van de scheiding der machten – en vooral deze tussen de rechterlijke en de andere machten – een steeds belangrijker rol in de rechtspraak van het hof inneemt, doch tevens, dat geen

⁷⁰⁸ Het begrip “*État de droit*” komt aanvankelijk niet voor in de rechtspraak van het EHRM, vanaf de jaren 1990 een zeldzame keer en vanaf de XXI^{ste} eeuw regelmatig. Het rechtsstaatsbegrip wordt vaak in drie soorten zaken gebruikt: deze over de rechterlijke macht, over de media en over het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel bij overgang van regeringsvormen. Daarnaast wordt het rechtsstaatsbegrip ook samen met het rechtszekerheids- en wettigheidsbeginsel gebruikt en wordt erop een beroep gedaan om de media en de vrijheid van meningsuiting en de grondrechten te waarborgen. Soms gebruikt het EHRM ook het begrip *prééminence du droit* niet, maar omschrijft het zijn doel, namelijk het verbod van willekeur, of gebruikt het andere begrippen zoals algemene rechtsbeginselen en de democratische samenleving. Hieruit blijkt dat het EHRM geen beleid heeft met betrekking tot het definiëren of ontwikkelen van het begrip “*prééminence du droit*” en dat ook andere woorden worden gebruikt om het beginsel van de heerschappij van het recht te verwoorden. EHRM, 24 oktober 1979, *Winterwerp/Nederland*, nr. 39; 2 augustus 1984, *Malone/Verenigd Koninkrijk*, nrs. 67-68 en 29 november 1988, *Brogan e.a./Verenigd Koninkrijk*, nr. 58. Zie ook P. WACHSMANN, “La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”, 256-257, 260-261, 263.

⁷⁰⁹ EHRM 21 februari 1975, *Golder/Verenigd Koninkrijk*, nr. 34. Zie ook EHRM 28 juli 1999, *Immobiliare Saffi/Italië*, nr. 63 en 8 juni 1976, *Engel/Nederland*, nr. 69. In het arrest *Golder* leidt dit tot het besluit dat artikel 6 EVRM een recht op toegang tot de rechter voor burgerlijke geschillen vooronderstelt. Zie ook J.-Y. MORIN, “The Rule of Law and the Rechtsstaat Concept”, 248-249.

⁷¹⁰ Onder meer EHRM 25 juni 1996, *Amuur/Frankrijk*, nr. 50.

⁷¹¹ E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 292 en P. WACHSMANN, “La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”, 247.

verdragsbepaling dit beginsel aan de verdragspartijen oplegt.⁷¹² Het hof gaat evenwel *in concreto* na of bepaalde verdragsrechten, die met fundamentele vereisten van de scheiding der machten overeenkomen, worden geschonden. Zo onderzoekt het EHRM of het recht op een onafhankelijke en onpartijdige rechter *in concreto* wordt gewaarborgd⁷¹³ en of aan de uitvoerende of rechterlijke macht geen al te verregaande discretionaire bevoegdheid wordt toegekend, zodat het wettigheidsbeginsel wordt geschonden⁷¹⁴. Zoals het Britse *rule of law* begrip, omvat het beginsel van de heerschappij van het recht het evenwicht der machten dus niet op onmiddellijke wijze, doch wel op middellijke wijze, aan de hand van wettigheidsbeginsel en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter.⁷¹⁵

233. Institutioneel vereiste: democratie – De beginselen van de *rule of law* en van de democratische samenleving zijn fundamentele beginselen van het EVRM maar zijn ook inherent met elkaar verbonden: het EHRM vermeldt regelmatig dat de eerbiediging van de *rule of law* of *prééminence du droit* een basisbeginsel van de democratische samenleving is.⁷¹⁶ Bovendien acht het het voortbestaan van de rechtsstaat en het doel van verbod van willekeur zonder de democratie⁷¹⁷ onmogelijk.⁷¹⁸ In recentere rechtspraak gebruikt het hof het begrip “*état de droit*” in plaats van “*prééminence du droit*” (wat wijst op de inwisselbaarheid van de begrippen) in combinatie met de democratie: het kiesrecht is bijvoorbeeld fundamenteel voor een “*véritable démocratie régie par l’état de droit*”⁷¹⁹.

234. Wettigheidsbeginsel – Het *prééminence du droit*-begrip houdt vooreerst het wettigheidsbeginsel in: geen enkele inmenging in een grondrecht is verenigbaar met het

⁷¹² Zie ook D. KOSAŘ, "Policing Separation of Powers: A New Role for the European Court of Human Rights?", *Eur. Const. Law Review* 2012, (33) 34-36.

⁷¹³ EHRM 22 juni 2004, *Pabla Ky/Finland*, nr. 29; 6 mei 2003, *Kleyn/Nederland*, nr. 193; 28 mei 2002, *Stafford/Verenigd Koninkrijk*, (recht op vrijheid), nr. 78; 28 oktober 1999, *Zielinski en Pradal en Gonzales/Frankrijk*, nr. 57; 9 juni 1998, *Incal/Turkije*, (militaire rechtbanken), nr. 67 en 9 december 1994, *Stran Greek Raffinaderij en Stratis Andreadis/Griekenland*, nr. 49 (geen inmenging door wetgevende macht door retroactieve wetgeving).

⁷¹⁴ Voor ten aanzien van de rechterlijke macht, zie EHRM 24 april 1990, *Kruslin/Frankrijk*, nr. 36 (*prééminence de droit*).

⁷¹⁵ Ministers' Deputies of the Council of Europe, "The Council of Europe and the Rule of Law - An overview", CM(2008)170, 7.

⁷¹⁶ Onder meer EHRM 24 oktober 1979, *Winterwerp/Nederland*, nr. 39 en 6 september 1978, *Klass e.a./Duitsland*, nr. 55. Soms vervangen de begrippen elkaar. Het EHRM heeft in zijn rechtspraak eerst verwezen naar de democratische samenleving en pas vervolgens naar de heerschappij van het recht, om procedurele waarborgen van artikel 6 EVRM (tegensprekelijk en openbaar karakter van de procedure) af te dwingen. EHRM 14 november 1960, *Lawless/Ierland*, en *droit* (ii). Zie ook P. WACHSMANN, "La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", 261.

⁷¹⁷ Een democratische samenleving wordt gekenmerkt door haar pluralisme, haar tolerantie en open geest, wat wordt gewaarborgd door onder meer de vrijheid van meningsuiting. EHRM 7 december 1976, *Handyside/Verenigd Koninkrijk*, nr. 49. Zie ook P. WACHSMANN, "La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", 260.

⁷¹⁸ EHRM 31 juli 2001, *Refah Partisi (Welfare Party)/Turkije* (I), nr. 43. ("Il existe un lien très étroit entre la prééminence du droit et la démocratie. La loi ayant pour fonction d'établir des distinctions sur la base de différences pertinentes, il ne saurait y avoir de réelle prééminence du droit sur une longue période si les personnes soumises aux mêmes lois n'ont pas le dernier mot au sujet de leur contenu et de leur mise en œuvre.") Zie ook P. WACHSMANN, "La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", 260.

⁷¹⁹ EHRM 6 oktober 2005, *Hirst/Verenigd Koninkrijk*, nrs. 58 en 71. Zie ook EHRM, 23 maart 2006, *Albanese/Italië*, nrs. 44 en 48.

EVRM, als deze niet verenigbaar is met de ter zake toepasselijke regels van het interne recht.⁷²⁰ Dit beginsel vereist onder meer dat de (materiële) wet voldoende toegankelijk en voorzienbaar is opdat het individu zijn gedrag kan bepalen en verbiedt dat het bestuur, in aangelegenheden waarin de grondrechten in het gedrang kunnen komen, onbeperkte discretionaire bevoegdheden geniet: de wet moet de draagwijdte van de bevoegdheid voldoende duidelijk bepalen.⁷²¹ De heerschappij van het recht vereist bovendien dat in beginsel alleen een wet met algemene draagwijdte een door het EVRM gewaarborgd recht kan beperken.⁷²² Daarnaast waarborgt dit begrip de naleving van de wetten: de overheid moet de nodige maatregelen ter uitvoering van de wet nemen.⁷²³

235. Rechtsbescherming en recht op een eerlijk proces – Het belangrijkste vereiste van de *prééminence du droit* is wellicht het in artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces.⁷²⁴ Dit vooronderstelt een ander fundamenteel beginsel, namelijk het recht op een rechter (reeds bevestigd in *Golder*). Het beginsel van de heerschappij van het recht kent aan de burger het recht op rechterlijk toezicht van beperkingen op een recht of vrijheid toe.⁷²⁵ De staat mag zonder toezicht van het EHRM de rechterlijke afdwingbaarheid van burgerlijke rechten beperken noch immuniteiten toekennen.⁷²⁶

Het recht op rechtsbescherming (tegen een beslissing van de uitvoerende macht die een grondrecht raakt) is een essentieel element van het beginsel van *prééminence du droit*, daar de rechter de beste waarborgen voor onafhankelijkheid, onpartijdigheid en een behoorlijke procedure biedt.⁷²⁷ In een rechtsstaat moeten rechtbanken steeds bij wet worden opgericht en hun bevoegdheden moeten bij wet worden geregeld.⁷²⁸ De oprichting van administratieve rechtbanken is één van de voornaamste verwezenlijkingen van de rechtsstaat⁷²⁹ en de (goede werking van de) rechterlijke macht is van fundamenteel belang in een rechtsstaat.⁷³⁰ De staat is aldus verplicht zijn justitie goed te organiseren: overdreven gerechtelijke achterstand is uit den boze en moet worden vermeden dan wel verholpen.

⁷²⁰ Onder meer EHRM 23 november 2000, *Ex-Koning van Griekenland/Griekenland*, nr. 82.

⁷²¹ Onder meer EHRM 2 augustus 1984, *Malone/Verenigd Koninkrijk*, nrs. 67-68; 16 februari 2000, *Amann/Zwitserland*, nr. 56; 4 mei 2000, *Rotaru/Roemenië*, nr. 55; 26 oktober 2000, *Hasan en Chaush/Bulgarije*, nr. 84 en *Maestri/Italië*, 17 februari 2004, nr. 30. Zie ook P. WACHSMANN, "La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", 253, 264 en 270.

⁷²² Onder meer EHRM 23 juni 1993, *Ruiz-Mateos/Spanje*.

⁷²³ Onder meer EHRM 22 juni 2004, *Broniowski/Polen*, nr. 147. Met betrekking tot het strafrecht stelt het wettigheidsbeginsel strenge vereisten: *nullum crimen et nulla poena sine lege*. Zie onder meer EHRM 10 november 2004, *Achour/Frankrijk*, nr. 37 en 22 juni 2000, *Coëme/België*, nr. 145. In deze arresten wordt evenwel niet verwezen naar "*prééminence de droit*" of naar "*état de droit*".

⁷²⁴ Onder meer EHRM 29 augustus 1997, *Worm/Oostenrijk*, nr. 40. Zie ook P. WACHSMANN, "La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", 252.

⁷²⁵ Onder meer EHRM 25 maart 1983, *Silver/Verenigd Koninkrijk*, nr. 90.

⁷²⁶ Onder meer EHRM 11 februari 2010, *Syngelidis/Griekenland*, nr. 43.

⁷²⁷ Onder meer EHRM 4 mei 2000, *Rotaru/Roemenië*, nr. 59; 29 november 1988, *Brogan e.a./Verenigd Koninkrijk*, nr. 58 en 6 september 1978, *Klass e.a./Duitsland*, nr. 55.

⁷²⁸ EHRM *DMD Group/Slovakije*, 5 oktober 2010, nr. 58; 12 juli 2007, *Jorgic/Duitsland*, nr. 64; 28 november 2002, *Lavents/Letland*, nr. 81.

⁷²⁹ EHRM 7 juni 2001, *Kress/Frankrijk*, nr. 69.

⁷³⁰ EHRM 27 mei 2003, *Skalka/Polen* en ook 20 juli 2004, *Hrico/Slovakije*, nr. 40. Hieraan moet bovendien iedereen meewerken: de verplichting te getuigen in strafzaken is een normale burgerlijke plicht in een rechtsstaat. EHRM 22 november 2007, *Voskuil/Nederland*, nr. 86.

Zulke achterstand houdt immers een groot gevaar in voor de eerbiediging van de *état de droit*, indien de burgers hiertegen geen intern rechtsmiddel hebben.⁷³¹ Ook gerechtelijke onderzoeken moeten zo vlug mogelijk worden opgestart en diligent worden uitgevoerd.⁷³² Bovendien moet een beslissing die aan de fundamentele rechten raakt het onderwerp kunnen zijn van een tegensprekelijke procedure voor een onafhankelijke rechtbank.⁷³³ De burger moet zich tegen het bestuur kunnen verdedigen en indien het geschil onder de toepassing van artikel 6, § 1 EVRM valt, is het recht op toegang tot de rechter een grondrecht. Daarbij heeft de burger recht op een effectief rechtsmiddel (artikel 13 EVRM)⁷³⁴. Wat de rechterlijke grondwettigheidsstoetsing van wetten betreft, oordeelt het EHRM dat artikel 13 EVRM niet vereist dat een interne rechter een wet aan het EVRM of aan gelijkaardige nationale normen moet kunnen toetsen.⁷³⁵

Dit recht op toegang tot de rechter⁷³⁶ en de rechtszekerheid, die het doel van de *prééminence du droit* is, vereisen tevens dat rechterlijke uitspraken bindende kracht hebben en worden geëerbiedigd.⁷³⁷ De overheid is verplicht zich te schikken naar de beschikkingen en de vonnissen die tegen haar zijn geweest⁷³⁸: zij mag de uitvoering ervan niet uitstellen of tegenwerken.⁷³⁹ De goede werking en integriteit van justitie, maar ook de rechtsstaat en het recht op een eerlijk proces⁷⁴⁰, verbieden dan ook retroactieve wetten die op hangende rechtsgedingen, ingrijpen, tenzij dwingende motieven van algemeen belang dit kunnen rechtvaardigen.⁷⁴¹

Het begrip *État de droit* wordt hoofdzakelijk vermeld in arresten die benadrukken dat de uitvoering van rechterlijke beslissingen essentieel is in een rechtsstaat.⁷⁴² Deze verplichting wordt weliswaar niet *expressis verbis* door artikel 6 EVRM gewaarborgd, doch moet erin worden begrepen. Het recht op toegang tot de rechter en op procedurele waarborgen zou immers denkbeeldig zijn, indien de rechterlijke beslissing vervolgens zou kunnen worden

⁷³¹ Onder meer EHRM 26 oktober 2000, *Kudla/Polen*, nr. 148; 28 juli 1999, *Bottazzi/Italië*, nr. 22 en 28 juli 1999, *Di Mauro/Italië*, nr. 23. (Men lette op de kleine "é".)

⁷³² EHRM 26 maart 2013, *Acatrinei/Roemenië*, nr. 31 en onder meer 12 februari 2013, *Gülaydin/Turkije*, nr. 38. Zie ook de *opinion concordante* van TULKENS, SPIELMANN, SICILIANOS en KELLER bij EHRM 13 december 2012 *El-Masri/Voormalige Yoegoslavische Republiek van Macedonië*, nr. 6.

⁷³³ EHRM 21 oktober 2013, *Janowiec/Rusland*, nr. 213.

⁷³⁴ EHRM 5 februari 2002, *Čonka/België*, nr. 83.

⁷³⁵ EHRM 21 februari 1986, *James e.a./Verenigd Koninkrijk*, nr. 85. WACHSMANN meent evenwel dat het beginsel van de heerschappij van het recht toetsing van wetten vereist. P. WACHSMANN, "La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", 265.

⁷³⁶ Het recht op toegang tot de rechter omvat in bepaalde gevallen ook een recht op juridische bijstand in (EHRM 9 oktober 1979, *Airey/Ierland*, nr. 26) en de verplichting dat de juridische procedures duidelijk en toegankelijk zijn. Zie ook P. WACHSMANN, "La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", 280.

⁷³⁷ Onder meer EHRM 28 oktober 1999, *Brumarescu/Roemenië*, nr. 61.

⁷³⁸ Onder meer EHRM 30 november 2004, *Öneryildiz/Turkije*, nr. 152; 26 oktober 2000, *Hasan en Chaush/Bulgarije*, nr. 87; 25 maart 1999, *Iatridis/Griekenland*, nr. 58 en 19 maart 1997, *Hornsby/Griekenland*, nr. 41.

⁷³⁹ Onder meer EHRM 22 juni 2004, *Broniowski/Polen*, nr. 175 en 28 juli 1999, *Immobiliare Saffi/Italië*, nr. 66.

⁷⁴⁰ Onder meer EHRM 11 februari 2010, *Javaugue/Frankrijk*, nr. 38.

⁷⁴¹ EHRM 8 april 2004, *Assanidze/Georgië*, nr. 129; 28 oktober 1999, *Zielinski en Pradal en Gonzalez/Frankrijk*, nr. 57 en 9 december 1994, *Stran Greek Raffinaderij en Stratis Andreadis/Griekenland*, nr. 49.

⁷⁴² EHRM 23 januari 2013, *Süzer en Eksen Holding/Turkije*, nr. 75.

genegeerd.⁷⁴³ Waar het EHRM de verplichte uitvoering van rechterlijke beslissingen aanvankelijk onder artikel 6 EVRM begreep, wordt deze verplichting recent meer en meer als een rechtsstatelijk vereiste gekwalificeerd, waarvan artikel 6 EVRM een toepassing is.⁷⁴⁴ De rechtsstaat vereist dat de uitvoerende macht niet mag verzuimen uitvoering te geven aan rechterlijke beslissingen.⁷⁴⁵

Het recht op een eerlijk proces, dat een fundamenteel element van de rechtsstaat is, vereist het vermoeden van onschuld⁷⁴⁶, de rechten van de verdediging⁷⁴⁷ en het recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn⁷⁴⁸.

Ook de rol van de advocaten inzake de goede werking en het publieke vertrouwen in het gerecht⁷⁴⁹ is fundamenteel in een rechtsstaat.⁷⁵⁰ Dit publieke vertrouwen moet bovendien worden gewaarborgd door de eerbied die de instellingen voor de rechtsstaat betonen: elke schijn van tolerantie voor onwettig handelen moet worden vermeden.⁷⁵¹

236. Materiële vereisten – Het *prééminence du droit*-begrip van het EHRM legt niet alleen formele en institutionele vereisten aan de lidstaten op, maar ook materiële. De heerschappij van het recht houdt het gelijkheidsbeginsel⁷⁵² in en strafrechtelijke waarborgen. Aanhouding kan slechts op grond van een wettelijke grondslag en rechtsregels die de modaliteiten van de aanhouding regelen. Zo niet zou er een schending zijn van de rechtszekerheid en de bescherming tegen willekeur, die gemeenschappelijke beginselen in het Verdrag en in het rechtsstaatsbegrip zijn.⁷⁵³

237. Rechtszekerheid en wettigheid – Het rechtszekerheidsbeginsel is één van de fundamentele beginselen van de rechtsstaat.⁷⁵⁴ In een rechtsstaat moet elk individu met kennis van zijn rechten en plichten zijn gedrag kunnen bepalen.⁷⁵⁵ Het rechtsstaats- en

⁷⁴³ EHRM 19 maart 1997, *Hornsby/Griekenland*, nr. 40 en 7 mei 2002, *Burdov/Rusland*, nr. 34.

⁷⁴⁴ EHRM 9 december 1994, *Stran Greek Raffinaderij en Stratis Andreadis/Griekenland*, nr. 46.

⁷⁴⁵ EHRM 12 juli 2005, *Okyay e.a./Turkije*, nrs. 73 en 79; 10 november 2004, *Taşkın e.a./Turkije*, nrs. 124 en 136 (art. 6, §1 EVRM) en 20 juli 2000, *Antonetto/Italië*, nr. 28. Anderzijds staat de rechtsstaat ook niet toe dat de uitvoerende macht beslissingen – uitzettingen uit het land – uitvoert, alvorens de rechter zich heeft uitgesproken over de schorsing van de beslissing tot uitzetting. EHRM, 17 januari 2012, *Takush/Griekenland*, nr. 61.

⁷⁴⁶ EHRM 7 oktober 1988, *Salabiaku/Frankrijk*, nr. 28 (“*prééminence de droit*”).

⁷⁴⁷ EHRM 9 november 2006, *Leempoel/België*, nr. 75 (“*prééminence de droit*”).

⁷⁴⁸ EHRM 8 juni 2006, *Sürmeli/Duitsland*, nr. 104 (“*Etat de droit*”).

⁷⁴⁹ Onder meer EHRM 11 februari 2013, *Vučković e.a./Servië*, nr. 54.

⁷⁵⁰ EHRM 21 juni 2002, *Nikula/Finland*, nr. 45; 20 mei 1998, *Schöpfer/Zwitserland*, nr. 29 en 27 januari 1997, *De Haes en Gijssels/België*, nr. 3. Zo ook het recht op een onpartijdige rechter, zie de afwijkende motivering van rechters CASADEVALL en POWER bij EHRM 6 januari 2010, *Vera Fernández-Huidobro/Spanje*, nr. 2.

⁷⁵¹ EHRM 17 oktober 2006, *Okkali/Turkije*, nr. 65. Zie ook 4 mei 2001, *Hugh Jordan/Verenigd Koninkrijk*, nr. 108 (“*rule of law*” en niet “*state governed by the rule of law*”).

⁷⁵² EHRM 31 juli 2001, *Refah Partisi (Welfare Party)/Turkije (I)*, EHRM 31 juli 2001, nr. 43. “*La prééminence du droit signifie que tous les êtres humains sont égaux devant la loi, en droits comme en devoirs.*”

⁷⁵³ Onder meer EHRM 9 december 2010, *Muradverdiyev/Azerbaidjan*, nr. 66 en 28 maart 2000, *Baranowski/Polen*, nr. 56.

⁷⁵⁴ EHRM 29 januari 2013, *Zolotas/Griekenland*, nr. 53.

⁷⁵⁵ Onder meer EHRM 24 juni 2004, *von Hannover/Duitsland*.

wettigheidsbeginsel⁷⁵⁶ vereisen tevens dat de wetten worden uitgevoerd, zodat er tussen de theorie en de praktijk geen tegenstrijdigheid bestaat.⁷⁵⁷ Het rechtszekerheidsbeginsel wordt onder meer geschonden wanneer het hoogste rechtscollege een uiteenlopende rechtspraak hanteert. De hoogste rechtscollages moeten aldus procedures inrichten die een uiteenlopende rechtspraak moeten vermijden.⁷⁵⁸ Het rechtszekerheidsbeginsel, en dus het rechtsstaatsbeginsel, wordt geschonden wanneer een persoon voor een onbepaalde en onvoorzienbare periode wordt vastgehouden en daarvoor geen wettelijke grondslag of rechterlijke beslissing is.⁷⁵⁹ In een afwijkende motivering stelt een rechter dat de rechtsstaat vereist dat wetgeving van algemene aard, kenbaar en abstract is, die een gelijke toepassing *in abstracto* en een uniforme toepassing *in concreto* kent.⁷⁶⁰

238. Media – Naast de goede werking van justitie, acht het EHRM de rol van de media essentieel in de rechtsstaat: de media moeten verslaggeven over de werking van de rechterlijke macht en haar beslissingen, maar moeten ermee rekening houden dat de rechterlijke macht zich niet publiekelijk kan verdedigen.⁷⁶¹ De media zijn bovendien essentieel, omdat zij uitvoering geven aan het recht op vrijheid van meningsuiting, wat noodzakelijk is voor het volk om een mening over de ideeën en over het gedrag van de politieke leiders te vormen.⁷⁶²

239. Grondrechten – Ten slotte verbindt het EHRM het rechtsstaatsbeginsel ook met de bescherming van de grondrechten. Om het vertrouwen van het volk in de rechtsstaat te kunnen behouden, is het noodzakelijk dat alle staatsorganen de grondrechten (het recht op leven) van de burgers eerbiedigen en elke schending ervan bestraffen.⁷⁶³ Voor gedetineerden geldt dat hun fysieke mogelijkheid om een straf uit te zitten een voorwaarde is voor de uitvoering van de straf in een rechtsstaat.⁷⁶⁴

⁷⁵⁶ Het wettigheidsbeginsel maakt deel uit van het rechtsstaatsbegrip volgens de partiële afwijkende motivering van rechters NICALAOU, BRATZA, LORENZEN, JOČIENE, VILLIGER en SAJÓ bij EHRM, 17 september 1999, *Scoppola/Italië*.

⁷⁵⁷ EHRM 22 juni 2004, *Broniowski/Polen*, nr. 184.

⁷⁵⁸ EHRM 6 december 2007, *Beian/Roemenië*, nr. 39.

⁷⁵⁹ EHRM 28 maart 2000, *Baranowski/Polen*, nr. 56.

⁷⁶⁰ EHRM 29 april 1999, *Chassagnou e.a./Frankrijk*, *partly concurring and partly dissenting opinion* van rechter ZUPANČIČ.

⁷⁶¹ EHRM 27 mei 2014, *Erdogan/Turkije*, nr. 42 (arrest) en 10 (*dissenting opinion*); 3 december 2013, *Ungváry/Hongarije*, nr. 41; 16 januari 2013, *Smolorz/Polen*, nr. 31; 25 juli 2001, *Perna/Italië*, nr. 38 maar hervormd door de Grote Kamer, 6 mei 2003 en 22 maart 1995, *Prager en Oberschlick/Oostenrijk*, nr. 34.

⁷⁶² EHRM 18 maart 2008, *Kuliš/Polen*, nr. 38; 19 december 2006, *Dabrowski/Polen*, nr. 29 en EHRM 23 april 1992, *Castells/Spanje*, nr. 43.

⁷⁶³ EHRM 30 november 2004, *Öneryildiz/Turkije*, nr. 96; 6 juli 2005, *Nachova/Bulgarije*, nr. 118 (in dit laatste arrest wordt “*légalité*” gebruikt).

⁷⁶⁴ EHRM 10 mei 2012, *Liartis/Griekenland*, nr. 48.

2. DE EUROPESE UNIE

240. *Inhoud begrip?* – Het rechtsstaatsbegrip wordt in de teksten van de Europese Unie op twee wijzen gebruikt.⁷⁶⁵ In de preambule bevestigen de lidstaten hun gehechtheid aan de rechtsstaat, maar in artikel 2 VEU wordt de rechtsstaat een waarde van de Europese Unie genoemd, zodat aldus ook de Europese Unie een rechtsstaat zou zijn. Krachtens artikel 7 VEU kan een lidstaat worden bestraft, indien die op ernstige en voortdurende wijze één van de in artikel 6, § 1 opgesomde EU-beginselen, waaronder het beginsel van de rechtsstaat, schendt. Daarnaast kunnen staten slechts tot de Europese Unie toetreden, indien zij het beginsel van de rechtsstaat in acht nemen.⁷⁶⁶ In geen enkele tekst wordt het rechtsstaatsbegrip evenwel gedefinieerd. Daarom wordt hieronder, aan de hand van de rechtspraak van de Europese rechter, op zoek gegaan naar de betekenis van dit Europese rechtsstaatsbegrip en/of -beginsel en onderzocht of en in welke mate dit van de nationale rechtsstaatsbegrippen verschilt.

241. *Gerecht* – Het Gerecht gebruikt het rechtsstaatsbegrip zeer zelden in zijn arresten. Alleen in de zaak *max.mobil Telekommunikation Service GmbH* verwijst het naar de “algemene principes van de rechtsstaat, gemeen aan de grondwettelijke tradities van de lidstaten”.⁷⁶⁷ Uit dit arrest kan worden besloten dat het beginsel van behoorlijk bestuur, met inbegrip van het onpartijdigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel⁷⁶⁸ en het recht op rechterlijke toetsing⁷⁶⁹, algemene beginselen van de rechtsstaat zijn, die gemeen aan de grondwettelijke tradities van de lidstaten zijn. In dit

⁷⁶⁵ In de preambule van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie wordt de rechtsstaat een beginsel genoemd waarop de Europese Unie berust. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen de waarden waarin de Europese Unie haar grondslag heeft en de beginselen waarop de Europese Unie berust: de waarden zijn menselijke waardigheid, vrijheid, gelijkheid en solidariteit en de beginselen zijn de democratie en de rechtsstaat. In artikel 2 VEU wordt dit onderscheid verlaten en worden de rechtsstaat en de democratie ook als een waarde beschouwd waarop de Europese Unie berust. In artikel 21 VEU wordt bepaald dat het internationaal optreden van de Europese Unie o.a. gericht is op de verspreiding van het rechtsstaatsbeginsel.

⁷⁶⁶ Omdat de beslissing tot toetreding een voor het Hof van Justitie aanvechtbare handeling is, kan het Hof van Justitie in beginsel nagaan of de nieuw-toegetreden lidstaat wel degelijk het rechtsstaatsbeginsel in acht neemt. In de praktijk lijkt het zeer onwaarschijnlijk dat het Hof van Justitie, indien hiertoe geadieerd, tot een ander besluit dan de politieke organen zal komen. K. LENAERTS, "Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne", in M. DONY (ed.), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Brussel, Bruylant, 1999, 426-427 (artikel 46 VEU).

⁷⁶⁷ Ger.EU 30 januari 2002, *max.mobil Telekommunikation Service GmbH*, T-54/99, nrs. 48 en 57. Dit arrest wordt als een impliciete toepassing van artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten beschouwd, net zoals de arresten Ger.EU 3 mei 2002, *Jégo-Quéré/Commissie*, T-177/01, nrs. 42 en 47; 15 januari 2003, *Philip Morris e.a./Commissie*, T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 en T-272/01 en 5 augustus 2003, *P&O European Ferries (Vizcaya) e.a./Commissie*, T-116/01 en T-118/01. Zie conclusie van advocaat-generaal D. RUIZ-JARABO COLOMER van 12 september 2006, C-303-05.

⁷⁶⁸ Ger.EU. 28 november 2008, *Hôtel Cipriani/Commissie*, nr. 210 (beginsel van behoorlijk bestuur, zorgvuldigheid, onpartijdigheid en gelijke behandeling); 6 maart 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale/Commissie*, nr. 167 (onpartijdigheid, beginsel van behoorlijk bestuur); Beschikking van de President van Ger.EU, 4 april 2001, 85 en Ger.EU, 30 januari 2002, *max.mobil Telekommunikation Service GmbH*, T-54/99, nr. 48.

⁷⁶⁹ Ger.EU, 30 januari 2002, *max.mobil Telekommunikation Service GmbH*, T-54/99, nr. 57.

arrest verankert het Gerecht het rechtsstaatsbegrip tevens in het Handvest van de Grondrechten.⁷⁷⁰

242. *Hof van Justitie* – Tot 2007 is in arresten van het Hof van Justitie het woord “rechtsstaat” voornamelijk terug te vinden in de argumenten van de partijen, in analyses van voorafgaande procedures, of in de conclusies van de advocaten-generaal.⁷⁷¹ Sinds 2007 neemt het Hof van Justitie het woord “rechtsstaat” af en toe in zijn overwegingen op.⁷⁷² Gelet op het beperkte gebruik van het woord “rechtsstaat” (tot eind 2014 minder dan tien arresten), is het moeilijk om een betekenisvolle analyse te maken. Tot op heden vereenzelvigd het Hof van Justitie de rechtsstaat met het recht op rechterlijke toetsing.⁷⁷³ Het hof stelt in één arrest dat het beginsel van de scheiding der machten kenmerkend voor de werking van de rechtsstaat is.⁷⁷⁴

243. *Advocaten-generaal* – De advocaten-generaal bij het Hof van Justitie gebruiken daarentegen vrij vaak het rechtsstaatsbegrip, althans veel vaker dan de rechters. Advocaat-generaal N. JÄÄSKINEN noemt de Europese Unie een rechtsstaat.⁷⁷⁵ De advocaten-generaal geven een niet-legalistische invulling aan de rechtstaat.⁷⁷⁶ Op institutioneel vlak vereist de rechtsstaat het beginsel van de scheiding der machten⁷⁷⁷ en is hij “op het democratisch beginsel en de onderwerping aan de rechter gestoeld”⁷⁷⁸. Bovendien is het recht op toegang tot het recht en tot een onafhankelijke rechter en het recht op rechterlijk toezicht op alle handelingen op hun verenigbaarheid met het recht van de Europese Unie en de

⁷⁷⁰ E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 272.

⁷⁷¹ R. HOFMANN, "Rechtsstaatsprinzip und Europäisches Gemeinschaftsrechts", in R. HOFMANN, J. MARKO *et al.* (eds.), *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, Heidelberg, Müller Verlag, 1996, 323 en E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 269.

⁷⁷² HvJ 11 september 2008, *Unión General de Trabajadores de la Rioja*, C-428/06, nr. 80, waarin het Hof van Justitie stelt: "Zoals de Spaanse regering ter terechtzitting heeft betoogd, is het bestaan van rechterlijke toetsing inherent aan het bestaan van een rechtsstaat." HvJ 20 mei 2008, *Commissie/Raad*, C-91/05, nr. 65, en 23 oktober 2007, *Parlement/Commissie*, C-403/05, nr. 56 ("De artikelen 177 EG tot en met 181 EG, betreffende de samenwerking met de ontwikkelingslanden, beogen namelijk niet alleen de duurzame economische en sociale ontwikkeling van deze landen, hun harmonische en geleidelijke integratie in de wereldeconomie en de strijd tegen de armoede, maar ook de ontwikkeling en consolidatie van de democratie en van de rechtsstaat, alsmede de eerbiediging van de mensenrechten en de fundamentele vrijheden"). HvJ 27 februari 2007, *Gestoras Pro Amnistía e.a./Raad*, C-354/04 P, nr. 51 en *Segi e.a./Raad*, C-355/04 P, nr. 51 ("Volgens artikel 6 EU is de Unie gegrondvest op het beginsel van de rechtsstaat en eerbiedigt zij de grondrechten als algemene beginselen van het gemeenschapsrecht. Hieruit volgt dat de instellingen zijn onderworpen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het Verdrag en met de algemene rechtsbeginselen, evenals de lidstaten wanneer deze het recht van de Unie ten uitvoer leggen.")

⁷⁷³ F. JACOBS, *The Sovereignty of Law*, 35 en L. PECH, "The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union", 15. Het woord “rechtsstaat” wordt voornamelijk gebruikt in zaken waarin de *locus standi*-regels voor het Hof van Justitie ter discussie staan.

⁷⁷⁴ HvJ 22 december 2010, *DEB/ Duitsland*, C-279/09, nr. 58.

⁷⁷⁵ Conclusie van advocaat-generaal N. JÄÄSKINEN, 26 april 2012 bij de zaak *Compass-Datenbank GmbH/Republiek Oostenrijk*, C-138/11.

⁷⁷⁶ De sociale en democratische rechtsstaat is in Europa de norm die de staten moeten verwezenlijken. Conclusie van advocaat-generaal P. CRUZ VILLALON, 14 september 2010, *Europese Commissie tegen Koninkrijk België e.a.*, C-47/08, nr. 95.

⁷⁷⁷ Conclusie van advocaat-generaal V. TRSTENJAK, 30 juni 2009, *Audiolux e.a.*, C-101/08.

⁷⁷⁸ Conclusie van advocaat-generaal P. CRUZ VILLALON, 5 september 2013, *Fish Legal Emily Shirley tegen The Information Commissioner United Utilities, Yorkshire Water en Southern Water*, C-279/12.

bescherming van de mensenrechten⁷⁷⁹ essentieel in de rechtsstaat.⁷⁸⁰ Dit recht op een rechter vereist dat rechterlijke beslissingen worden uitgevoerd⁷⁸¹ en is slechts doeltreffend wanneer advocaten genieten van het beroepsgeheim, ook indien zij juridische adviezen verlenen⁷⁸².

De rechtsstaat stelt ook bepaalde materiële en formele vereisten voor wetgeving, waarbij de macht van de wetgever wordt beperkt door grondwettelijke bepalingen en door de grond- en mensenrechten⁷⁸³. De wetgevingsprocedure en administratieve procedures moeten transparant verlopen.⁷⁸⁴ De fundamentele waarden van de rechtsstaat zijn het wettigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel⁷⁸⁵ en dat laatste beginsel vereist een verbod op willekeur⁷⁸⁶, doeltreffendheid van wetgeving⁷⁸⁷ en de officiële afkondiging van normen⁷⁸⁸. De rechtsstaat wordt gefnuikt, zowel indien er te veel recht is (*summum ius, summa iniuria*) als indien er te weinig recht is.⁷⁸⁹ Daarnaast omvat de rechtsstaat ook beginselen van behoorlijk bestuur⁷⁹⁰ en van behoorlijke strafbedeling, zoals het vermoeden van onschuld⁷⁹¹, het beginsel van hoor en wederhoor⁷⁹², het strafrechtelijk

⁷⁷⁹ Conclusie van advocaat-generaal P. CRUZ VILLALON, 19 december 2012, *Laurent Gbagbo e.a./Raad*, C-478/11; Conclusie van advocaat-generaal V. TRSTENJAK, 14 mei 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08; conclusies van advocaat-generaal J. KOKOTT, 6 augustus 2008, *Santesteban Goicoechea*, C-296/08 PPU en 8 mei 2008 *Unión General de Trabajadores de la Rioja*, C-428-06 tot C-434/06; conclusie van advocaat-generaal P. LÉGER, 8 april 2003, *Köbler*, C-224/01 en conclusie van advocaat-generaal E. SHARPSTON, C-34/09, 30 september 2010, *Gerardo Ruiz Zambrano/ Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening (RVA)*.

⁷⁸⁰ Treffend is deze overweging: “Voorts vormt het recht van overheidsinstanties op toegang tot de gewone rechter een belangrijke stap vooruit in de consolidering van de rechtsstaat, waarbij de overheid haar bevoegdheid om zichzelf te beschermen geleidelijk verliest en de verdediging van haar rechten aan de rechter toevertrouwt.” Conclusie van advocaat-generaal P. CRUZ VILLALON, 26 juni 2012, *Europese Gemeenschap, optredend via de Europese Commissie/Otis NV e.a.*, C-199/11.

⁷⁸¹ Conclusie van advocaat-generaal L.A. GEELHOED, 18 november 2004, *Commissie/Frankrijk*, C-304/02.

⁷⁸² Conclusie van advocaat-generaal M. POIARES-MADURO, 14 december 2006, *Ordre des barreaux francophones en germanophone e.a.*, C-305/05 en conclusie van advocaat-generaal P. LÉGER, 10 juli 2001, *Wouters*, C-309/99.

⁷⁸³ Conclusie van advocaat-generaal J. KOKOTT, 8 mei 2008, *Unión General de Trabajadores de la Rioja*, C-428-06 tot C-434/06.

⁷⁸⁴ Conclusie van advocaat-generaal P. CRUZ VILLALON, 16 mei 2013, *Raad van de Europese Unie tegen Access Info Europe*, C-280/11.

⁷⁸⁵ Onder meer conclusie van advocaat-generaal P. CRUZ VILLALON, 14 april 2011, *Scarlet Extended SA/Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (Sabam)*, C-70/10; conclusie van advocaat-generaal J. KOKOTT, 19 februari 2002, *Tsapalos*, C-361-08 en C-362/02 en conclusie van advocaat-generaal RUIS-JARABO COLOMER, 28 januari 1999, *Commissie/AssiDomän Kraft Products e.a.*, C-310/97.

⁷⁸⁶ Conclusie van advocaat-generaal P. CRUZ VILLALON, 12 juni 2012, *Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10.

⁷⁸⁷ Conclusie van advocaat-generaal F.G. JACOBS, 30 januari 2003, *Consortio Industrie Fiammiferi*, C-198/01 en conclusie van advocaat-generaal P. LÉGER, 21 februari 2002, *Italian Leather*, C-80/00.

⁷⁸⁸ Conclusie van advocaat-generaal J. KOKOTT, 18 september 2007, *Skoma-Lux*, C-161/06.

⁷⁸⁹ Conclusie van advocaat-generaal J. MAZÁK, 23 september 2008, *The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing*, C-388/07.

⁷⁹⁰ Conclusie van advocaat-generaal V. TRSTENJAK, 11 september 2008 *Gorostiaga Atxalandabaso/Parlement*, C-308/07 en conclusie van advocaat-generaal J. KOKOTT, 22 mei 2007, *Parlement/Commissie*, C-403/05.

⁷⁹¹ Conclusie van advocaat-generaal V. TRSTENJAK, 3 mei 2007, *ZF Zefeser*, C-62/06.

⁷⁹² Conclusies van advocaat-generaal Y. BOT, 12 mei 2009, *Commissie/Ierland e.a.*, C-89/08 P en 3 juli 2007, *ETI e.a.*, C-208/06.

wettigheidsbeginsel⁷⁹³, het beginsel van persoonlijke verantwoordelijkheid⁷⁹⁴ en van verantwoordelijkheid van de staatsorganen voor onrechtmatig handelen⁷⁹⁵.

Eigen aan de Europese rechtsorde, vereist de Europese rechtsstaat ook de uniforme toepassing van het Europese recht in de lidstaten, opdat het rechtszekerheidsbeginsel, als fundamenteel beginsel van de rechtsstaat, zou worden geëerbiedigd⁷⁹⁶. In een op het beginsel van de rechtsstaat gefundeerde Unie moet bij de uitlegging van een EU-bepaling al het relevante recht (daaronder begrepen, vanzelfsprekend, het primaire recht in de vorm van het Handvest) in aanmerking worden genomen.⁷⁹⁷ Daarnaast vereist de rechtsstaat ook het kiesrecht voor de verkiezingen van het Europese Parlement⁷⁹⁸, waarmee de advocaat-generaal de Europese rechtsstaat en de Europese democratie duidelijk met elkaar in verband brengt.

244. Rechtsstaatsbeginsel – In tegenstelling tot de advocaten-generaal gebruiken het Hof van Justitie en het Gerecht het rechtsstaatsbegrip dus zeer weinig.⁷⁹⁹ Hieruit mag evenwel niet worden afgeleid dat de Europese rechter de rechtsstaatsidee niet genegen is of dat er geen Europese rechtsstaat zou bestaan. De Europese rechter hanteert een rechtsstaatsidee, maar brengt deze aan de hand van meerdere begrippen tot uiting: deze begrippen zijn de “rechtsgemeenschap”, de “algemene rechtsbeginselen”, de grondrechten, de scheiding der machten en de democratie. Samen vormen zij de “contouren van een Europese visie van de rechtsstaat”.⁸⁰⁰

245. Rechtsgemeenschap – In de plaats van het rechtsstaatsbegrip, heeft het Hof van Justitie in het arrest *Les Verts* van 23 april 1986 een ander begrip ontwikkeld: de “rechtsgemeenschap”, “*communauté de droit*”, “*a community based on the rule of law*”, “*rechtsgemeinschaft*”... In dit arrest bevestigt het Hof van Justitie dat de Europese Gemeenschap een rechtsgemeenschap is.⁸⁰¹ In deze rechtsgemeenschap kunnen alle

⁷⁹³ Conclusie van advocaat-generaal J. KOKOTT, 14 oktober 2004 *Berlusconi*, C-387/02, C-391/02 en C-403/02.

⁷⁹⁴ Conclusie van advocaat-generaal J. KOKOTT, 23 april 2009, *Akzo Nobel e.a./Commissie*, C-97/08.

⁷⁹⁵ Conclusie van advocaat-generaal V. TRSTENJAK, 28 maart 2003, *Internationaler Hilfsfonds/Commissie*, C-331/05.

⁷⁹⁶ Conclusie van advocaat-generaal V. TRSTENJAK, 3 mei 2007, *ZF Zefeser*, C-62/06.

⁷⁹⁷ Conclusie van advocaat-generaal E. SHARPSTON, 12 december 2013, *Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel tegen O*, C-456 en 457/12.

⁷⁹⁸ Conclusie van advocaat-generaal A. TIZZANO, 6 april 2006, *Spanje /Verenigd Koninkrijk*, C-145/04.

⁷⁹⁹ PECH meent dat het Hof van Justitie wil vermijden een begrip te gebruiken dat naar de Europese Unie als “superstaat” zou verwijzen. L. PECH, “The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union”, 10-11.

⁸⁰⁰ D. SIMON, “Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire?”, *Droits* 1991, (73) 80.

⁸⁰¹ HvJ 23 april 1986, “*Les Verts*”/Europees Parlement, C-294/83, nr. 23. In twee arresten spreekt het Hof van Justitie van het “*Wahrung des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit*”, maar dat wordt in het Nederlands vertaald naar “de eerbiediging van het communautair wettigheidsbeginsel” (en gelijkaardig in het Frans). HvJ 7 juni 1988, *Commissie/Griekenland*, 63/87, nr. 10 en 13 februari 1979, *Granaria*, 101/78, nr. 5. “In dit verband dient allereerst te worden beklemtoond dat de Europese Economische Gemeenschap een *rechtsgemeenschap* is in die zin, dat noch haar Lid-Staten noch haar instellingen ontkomen aan het *toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het constitutionele handvest waarop de Gemeenschap is gegrond, namelijk het Verdrag*.” De bevestiging dat de nieuwe Europese rechtsorde, waarvoor de lidstaten hun soevereine rechten hebben beperkt (HvJ Advies 14 december 1991, *Espace économique européen*, 1/91) en die door de (constitutionele) gemeenschapsverdragen tot stand is gebracht, een rechtsgemeenschap is, heeft weinig ophef in de

handelingen van de lidstaten en van de Europese instellingen op hun verenigbaarheid met het Verdrag worden getoetst. Omdat de rechterlijke toetsing een fundamenteel element van de rechtsstaat is, rijst vervolgens de vraag of het begrip “rechtsgemeenschap” het rechtsstaatsbegrip omvat, dan wel het ene of het andere ruimer is?

Omdat ook het begrip “rechtsgemeenschap”⁸⁰² spaarzaam wordt gebruikt, is het niet zo moeilijk om zijn inhoud te bepalen. In twee soorten arresten wordt het gebruikt: enerzijds, om het beginsel op te leggen dat alle handelingen van de Europese instellingen en van de lidstaten voor rechterlijke toetsing vatbaar zijn en, anderzijds, in de zaken met betrekking tot de – strenge – *locus standi*-regels voor particulieren voor een beroep bij de Europese rechter.⁸⁰³ Het Hof van Justitie gebruikt daarvoor steeds hetzelfde, bovenvermelde, refrein om een zeer formalistische inhoud aan het rechtsgemeenschapsbegrip toe te kennen: het recht op recht en het recht op een rechter.⁸⁰⁴

In het arrest *Unión de Pequeños Agricultores* (hierna "UPA") heeft het Hof van Justitie het refrein over de rechtsgemeenschap aangepast door de toetsing aan “de algemene rechtsbeginselen, waaronder de grondrechten” te vermelden.⁸⁰⁵ Heeft het hof daarmee het

rechtsleer gemaakt. D. SIMON, "La Communauté de droit", in F. SUDRÉ en H. LABAYLE (eds.), *Réalité et perspectives de droit communautaire des droits fondamentaux*, Brussel, Bruylant, 2000, 86-87.

⁸⁰² Een veertigtal arresten volgens de databank van het Hof van Justitie, sinds 17 juni 1997 tot 1 oktober 2014. Voor de belangrijkste verwijzingen, zie voetnoot 804.

⁸⁰³ Onder meer HvJ 23 april 1986, "*Les Verts*"/ *Europees Parlement*, C-294/83, nr. 23; 23 maart 1993, *Weber/Parlement*, C-314/91, nr. 8; Ger.EG, 25 november 1999, *Martinez en de Gaulle/Parlement*, T-222/99, nr. 48; HvJ, 10 juli 2003, *Europese Commissie/Europese Investeringsbank*, C-15/00, nr. 75. In het arrest *Jégo-Quéré* oordeelde het Gerecht dat dit begrip een minder restrictieve interpretatie van de regels inzake *locus standi* vereist. Het Hof van Justitie heeft dit arrest echter hervormd, zonder het begrip “rechtsgemeenschap” te vermelden. HvJ 1 april 2004, *Jégo-Quéré*, C-263/02.

⁸⁰⁴ Een zoektocht in de databank van het Hof van Justitie leert dat sinds 17 juni 1997 onder meer in de volgende arresten het rechtsgemeenschapsbegrip wordt gedefinieerd als het recht op rechterlijke toetsing van alle handelingen, het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel en het recht op een rechter. Ger.EG., 18 maart 2009, *Shanghai Excell M&E Enterprise en Shanghai Adeptech Precision/Raad*, T-299/05, nr. 57; 15 oktober 2008, *Mote/Parlement*, T-345/05, nr. 21; 8 oktober 2008, *Sogelma/EBW*, T-411/06, nr. 38; 12 januari 2007, *SPM/Commissie*, T-447/05, nrs. 50-51; 4 oktober 2006, *Tillack/Commissie*, T-193/04, nr. 65; 21 september 2005, *Yusuf en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie*, T-306/01, nr. 260 en *Kadi/Raad en Commissie*, nr. 209, 14 april 2004, *Sniace/Commissie*, T-141/03, nr. 39; 3 mei 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Raad*, T-177/01, nr. 41; 17 januari 2002, *Stauner e.a./Parlement en Commissie*, T-236/00, nr. § 50; 2 oktober 2001, *Martinez en de Gaulle/Parlement*, T-222/99, T-327/99 en T-329/99, nr. 48; 2 mei 2000, *Rothley e.a./Parlement*, T-17/00, nr. 54; 25 november 1999, *Martinez en de Gaulle/Parlement*, T-222/99 R, nr. 69. HvJ 3 september 2008, *Kadi/Raad en Commissie*, C-402/05 P, nrs. 81, 281 en 316; 17 juli 2008, *Athinaiki Techniki/Commissie*, C-521/06 P, nr. 45; 27 februari 2007, *Gestoras Pro Amnistía e.a./Raad*, C-354/04 P en *Segi e.a./Raad*, C-355/04, nr. 34; 18 januari 2007, *PKK en KNK/Raad*, C-229/05 P, nr. 109; 5 oktober 2006, *Commissie/Frankrijk*, C-232/05, nr. 57, 29 april 2004, *Commissie/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, nr. 63; 10 juli 2003; *Commissie/BEI*, C-15/00, nr. 75; 15 januari 2003, *Philip Morris International/Commissie*, T-377/00, nr. 121; 25 juli 2007, *Unión de Pequeños Agricultores/Raad*, C-50/00, nr. 38. In één arrest werd het refrein niet gebruikt: HvJ 22 oktober 2002, *National Farmers' Union*, C-241/01, nr. 50 (“*In de rechtsgemeenschap die de Europese Gemeenschap vormt is een lidstaat immers gehouden, de bepalingen van het Verdrag na te leven en met name te handelen binnen het kader van de door het Verdrag en de toepasselijke regelgeving voorziene procedures.*”). Zie ook L. PECH, "The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union", 15.

⁸⁰⁵ "Er zij niettemin aan herinnerd dat de Europese Gemeenschap een rechtsgemeenschap is in die zin dat de instellingen niet ontkomen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het Verdrag en met de *algemene rechtsbeginselen*, waaronder de *grondrechten*." HvJ 25 juli 2002, *Unión*

rechtsgemeenschapsbegrip uitgebreid tot een materieel (rechtsstaats)begrip? Daar ook het *UPA*-arrest over de ontvankelijkheid van een beroep bij de Europese rechter handelt en het Hof van Justitie de grondslag van het recht op een rechter (ook) op de artikelen 6 en 13 EVRM grondt, moet de draagwijdte van dit arrest worden genuanceerd. Bovendien wordt deze uitbreiding van het refrein niet standvastig overgenomen: arresten nà *UPA* vermelden niet steeds de grondrechten, doch wel steeds de algemene rechtsbeginselen.⁸⁰⁶

Het reeds tweemaal gebruikte refrein van het Hof van Justitie over de betekenis van de rechtsstaat is hetzelfde als dit voor de rechtsgemeenschap: voor de Europese rechter blijken deze aldus synoniemen te zijn. Heden ziet het er nog niet naar uit dat het woord “rechtsstaat”, nu dit sinds enige tijd een verdragsterm is geworden, het begrip “rechtsgemeenschap” zal vervangen: het Gerecht en het Hof van Justitie gebruiken ook na 2007 nog steeds vaker het begrip “rechtsgemeenschap” dan “rechtsstaat”.⁸⁰⁷

246. Algemene rechtsbeginselen – Op een in essentie gelijkaardige wijze als de nationale rechter erkent het Hof van Justitie algemene rechtsbeginselen, maar dan van het Europese Unierecht: in de hiërarchie der normen staan zij, samen met het primaire Unierecht, bovenaan.⁸⁰⁸ Vele algemene rechtsbeginselen zijn ingegeven door de beginselen van het Europese Unierecht: het vrij verkeer, het non-discriminatiebeginsel, de vrije mededinging, de eengemaakte markt. Daarnaast zijn er ook algemene rechtsbeginselen van grondwettelijke aard, waarvan sommige in het VEU of in het VWEU worden verwoord: het

de Pequeños Agricultores/Europese Raad, C-50/00, nr. 38; 5 oktober 2006, *Commissie/Frankrijk*, C-232/05, nr. 57 (alleen vermelding van algemene rechtsbeginselen, niet van de grondrechten; over staatssteun); 18 januari 2007, *PKK en KNK/Raad*, C-229/05, nr. 109 (vermelding van de grondrechten; over *locus standi* van groepen zonder rechtspersoonlijkheid, ontvankelijkheid aanvaard) en 10 juli 2003, *Commissie/BEI*, C-15/00, nr. 75 (zonder vermelding van de algemene rechtsbeginselen noch van de grondrechten).

⁸⁰⁶ HvJ 5 oktober 2006, *Commissie/Frankrijk*, nr. 57 (alleen vermelding van algemene rechtsbeginselen, niet van de grondrechten; over staatssteun); 18 januari 2007, *PKK en KNK/Raad*, nr. 109 (vermelding grondrechten; over *locus standi* van groepen zonder rechtspersoonlijkheid, ontvankelijkheid aanvaard).

⁸⁰⁷ Zie Ger.EG, 18 maart 2009, *Shanghai Excell M&E Enterprise en Shanghai Adepteck Precision/Raad*, T-299/05, nr. 57; 15 oktober 2008, *Mote/Parlement*, T-345/085, nr. 21; 8 oktober 2008, *Sogelma/EBW*, T-411/06, nr. 36 en Hof van Justitie 3 september 2008, *Kadi/Raad en Commissie*, C-402/05 P, nrs. 81, 281 en 316; 17 juli 2008, *Athinaiki Techniki/Commissie*, C-521/06 P, nr. 45; 27 februari 2007, *Gestoras Pro Amnistía e.a./Raad*, C-354/04 P en *Segi e.a./Raad*, C-355/04, nr. 34.

⁸⁰⁸ Voor het bewijs van bestaan van deze fundamentele rechten laat het hof zich in beginsel leiden door de gemeenschappelijke grondwettelijke tradities en de mensenrechtenverdragen. De Europese rechter zal evenwel zelden zelf op zoek gaan naar deze gemeenschappelijke grondwettelijke tradities, maar zal zich doorgaans beroepen op het EVRM als bron van de algemene rechtsbeginselen, of – doch in mindere mate – op andere verdragen of in het nationale recht gewaarborgde fundamentele rechten. Soms erkent het Hof van Justitie ook algemene rechtsbeginselen die niet uit de gemeenschappelijke grondwettelijke tradities van de lidstaten noch uit verdragen kunnen worden afgeleid. Op inductieve wijze wordt uit een geheel van specifieke normen een fundamenteel beginsel afgeleid. Sommige arresten van het HvJ zijn dan ook staaltjes van rechtsvergelijking. Zie P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *EU law: text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 3^{de} ed., 324; K. LENAERTS, "Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne", 446; K. LENAERTS en E. DE SMIJTER, "A "Bill of Rights" for the European Union", *CML Rev.* 2001, (273) 277; TH. OPPERMAN, *Europarecht*, München, Verlag C.H.Beck, 2005, 144 en 146; D. SIMON, "Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire?", 79-80 en F. SUDRÉ en H. LABAYLE, *Réalité et perspectives de droit communautaire des droits fondamentaux*, Brussel, Bruylant, 2000, 11.

evenwicht tussen de instellingen⁸⁰⁹, gelijkheid en solidariteit tussen de lidstaten, het subsidiariteitsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en gemeenschapstrouw.⁸¹⁰ Na enkele jaren van verzet heeft het Hof van Justitie aanvaard dat ook de fundamentele rechten tot de algemene rechtsbeginselen (van grondwettelijke aard) behoren en dat zij zijn bescherming genieten.⁸¹¹ In deze omvangrijke rechtspraak over algemene rechtsbeginselen zijn er ook dan ook heel wat die als essentiële kenmerken van de rechtsstaat of als “*Ausformungen des Rechtsstaatsprinzips*” – althans in de Duitse rechtsleer en rechtspraak – worden beschouwd.⁸¹² SIMON stelt dat de algemene beginselen met “de twee assen van de *Rechtsstaatlichkeit*” zijn verbonden, deze zijn het recht op recht en het recht op een rechter.⁸¹³ Ook JACOBS erkent in de algemene rechtsbeginselen de rechtsstatelijke vereisten.⁸¹⁴

247. *Scheiding der machten* – In de Europese Unie, die geen staat is, is het beginsel van de scheiding der machten niet op klassieke wijze, dit is in de organieke wijze, geïmplementeerd: de verdeling van de functies over de organen is minder strikt als in België, Duitsland en Frankrijk. In de Europese Unie geldt dan ook eerder een functiescheiding dan een machtenscheiding.⁸¹⁵

Dit houdt evenwel niet in dat de Europese orde geen scheiding der machten kent: het beginsel van de scheiding der machten vereist immers niet dat één orgaan slechts één functie bekleedt. De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, de absolute scheiding van de rechterlijke macht, enerzijds, en de uitvoerende en wetgevende macht, anderzijds, en de functionele machtenscheiding tussen de institutionele machten zijn belangrijke kenmerken van het beginsel van de scheiding der machten, die in de Europese Unie zijn verwezenlijkt. HOFMANN en LENAERTS verdedigen dan ook terecht dat het fundamentele doel van de scheiding der machten, met name de *checks and balances* of het vermijden van machtsconcentratie door een scheiding van functies en van machten, waardoor de individuele vrijheid wordt gewaarborgd en de instellingen via het recht handelen, wordt

⁸⁰⁹ Het institutioneel evenwicht steunt op een “verdeling van de bevoegdheden tussen de verschillende instellingen waarbij aan iedere instelling binnen de institutionele structuur van de Gemeenschap ter verwezenlijking van aan de Gemeenschap opgedragen doelstellingen haar eigen taak wordt toebedeeld”. HvJ 22 mei, *Europees Parlement/Raad*, C-70/88, nr. 21. Indien een instelling haar bevoegdheid uitoefent zonder de bevoegdheden van andere instellingen te respecteren, kan dit worden gesanctioneerd. Zie ook K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 507.

⁸¹⁰ D. SIMON, “Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire?”, 79 en K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, 628 en K. LENAERTS en E. DE SMIJTER, “A “Bill of Rights” for the European Union”, 273. Zie ook F. SUDRÉ en H. LABAYLE, *Réalité et perspectives de droit communautaire des droits fondamentaux*, 11; P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *EU law: text, cases and materials*, 324; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, 635 en K. LENAERTS, “Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne”, 446.

⁸¹¹ HvJ 12 november 1969, *Stauder/Stad Ulm*, C-29/69, nr. 7. P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *EU law: text, cases and materials*, 319-320 en K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, 634.

⁸¹² R. HOFMANN, “Rechtsstaatsprinzip und Europäisches Gemeinschaftsrechts”, 324; F. JACOBS, *The Sovereignty of Law*, 49-50. en TH. OPPERMAN, *Europarecht*, 145.

⁸¹³ D. SIMON, “Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire?”, 82.

⁸¹⁴ F. JACOBS, *The Sovereignty of Law*, 49-50.

⁸¹⁵ K. LENAERTS, “Some reflections on the separation of powers in het European Community”, *CML Rev.* 1991, (11) 13 en TH. OPPERMAN, *Europarecht*, 81.

bereikt⁸¹⁶, onder meer onder het toezien oog van het Hof van Justitie en van het Gerecht.⁸¹⁷

248. Democratie – Voor het democratiebegrip geldt hetzelfde. Hoewel het democratiebegrip in een niet-statelijke orde anders moet worden ingevuld en daarom aan het democratische karakter van de Europese orde wordt getwijfeld, is de gehechtheid van de Europese instellingen aan de democratie duidelijk. Het Lissabonverdrag heeft in het VEU een nieuwe Titel II “bepalingen inzake de democratische beginselen” ingevoegd, waarbij aan de lidstaten en aan de Europese instellingen verplichtingen worden opgelegd, die het democratisch karakter van de Europese instellingen moeten waarborgen. In zijn rechtspraak met betrekking tot het belang van de behoorlijke organisatie van de verkiezingen voor het Europees Parlement benadrukt de Europese rechter het democratiebeginsel.⁸¹⁸

3. BESLUIT

249. Europese orde – De Europese staten hebben zich in de Europese Unie en de Raad van Europa verbonden een rechtsstaat te zijn. Daarom wordt in dit proefschrift onderzocht of de statelijke rechtsstaatsbegrippen vergelijkbaar met de Europese rechtsstaatsbegrippen zijn. Voor beide Europese rechtsordes moet eerst een semantische vraag worden opgelost: welk begrip omvat de rechtsstaatsidee?

250. Raad van Europa – Alle organen van de Raad van Europa zijn ervan overtuigd dat de rechtsstaat, de heerschappij van het recht en de *rule of law* gelijkaardige begrippen zijn, die een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip inhouden. Voor het EHRM is het rechtsstaatsbegrip een leidende interpretatiemethode van het EVRM. Het wordt voornamelijk gebruikt om het recht op de rechter en het wettigheidsbeginsel te benadrukken. Hieruit kan niet worden besloten dat het EHRM een louter legalistisch rechtsstaatsbegrip gebruikt: in zijn rechtspraak hanteert het ook het rechtsstaatsbegrip in verband met materiële vereisten (bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting en de media). Als materiële vereisten legt het EHRM het gelijkheidsbeginsel op, strafrechtelijke waarborgen, de vrijheid van meningsuiting en de eerbiediging van de grondrechten.⁸¹⁹ Bovendien omvat het EVRM de

⁸¹⁶ R. HOFMANN, "Rechtsstaatsprinzip und Europäisches Gemeinschaftsrechts", 326; K. LENAERTS, "Some reflections on the separation of powers in het European Community", 14; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, 508-509 en TH. OPPERMAN, *Europarecht*, 81.

⁸¹⁷ De functiescheiding wordt afgedwongen wanneer de Europese rechter nauwlettend toekijkt op de nakoming van de procedurele vereisten bij de uitvaardiging van normen en op de werking van het Parlement. R. HOFMANN, "Rechtsstaatsprinzip und Europäisches Gemeinschaftsrechts", 326. Onder meer over het evenwicht onder de instellingen, zie HvJ 17 december 1970, *Köster*, C-25/70, nr. 4; 29 oktober 1980, *Roquette Frères*, 138/79, 6 juli 1982, nr. 33; *Transparantierichtlijn*, C-188/90 en C-190/80, nr. 6 en 4 oktober 1991, *Tsjernobil I*, C-70/88, nr. 9. Voor de werking van het Parlement, zie Ger.EU 2 oktober 2001, *Martinez/Europees Parlement*, T-222/99, T-327/99 en T-239/99, nr. 200.

⁸¹⁸ HvJ 23 april 1986, C-294/83, 1986, (1339) nr. 53.

⁸¹⁹ LAUTENBACH meent dat het EHRM in het licht van het rechtsstaatsbegrip voornamelijk toetst of de procedurele elementen van deze materiële vereisten zijn nagegaan: derhalve of de rechten op procedureel correcte wijze zijn beperkt. Zij erkent evenwel ook dat het EHRM met zijn

materiële vereisten van het gemeenschappelijke rechtsstaatsbegrip, zodat het voor het EHRM vanzelfsprekender is om naar de verdragsartikelen te verwijzen. De door het EHRM afgedwongen rechtsstaatsidee omvat ook institutionele vereisten: het evenwicht der machten door het wettigheidsbeginsel en het recht op een onafhankelijke rechter en de democratie. Het EHRM gebruikt aldus een niet-legalistische rechtsstaatsidee. Volgens het EHRM stelt de rechtsstaat aldus institutionele, formele en materiële vereisten, die vergelijkbaar zijn met de Britse, Duitse, Franse en Belgische rechtsstaatsbegrippen.

251. *Europese Unie* – De Europese rechter hanteert een niet-legalistische rechtsstaatsidee, maar deze idee wordt noch door het rechtsstaatsbegrip noch door het begrip “rechtsgemeenschap” alleen omvat. Het rechtsgemeenschapsbegrip is immers zeer legalistisch: het waarborgt alleen het recht op recht en het recht op een rechter. Daarmee ontbreekt het, enerzijds, aan andere noodzakelijke institutionele en formele vereisten van de rechtsstaat, zoals het evenwicht der machten en het wettigheidsbeginsel, en anderzijds, aan materiële vereisten, zoals de erkenning van andere fundamentele rechten dan het recht op recht en het recht op een rechter.

Sinds het arrest *UPA* is het rechtsgemeenschapsbegrip enigszins materieel uitgebreid, omdat dit begrip sindsdien met “algemene rechtsbeginselen” is verbonden. Aan de hand van deze algemene rechtsbeginselen worden de fundamentele rechten wel gewaarborgd en kan het rechtsgemeenschapsbegrip – met enige goede wil – ook als semantische uiting van een materieel rechtsstaatsbeginsel worden beschouwd. Daarenboven heeft het Hof van Justitie erkend dat het beginsel van de scheiding der machten een essentieel element van de rechtsstaat is. Het kan bovendien ook worden gelezen in het algemeen rechtsbeginsel van “institutioneel evenwicht”: omdat een essentieel element van de scheiding der machten, de onafhankelijkheid van de rechter, is gewaarborgd en voor het overige tussen de Europese instellingen een functiescheiding bestaat, kan worden aangenomen dat het beginsel van de scheiding der machten wordt geëerbiedigd. De eerbied voor het wettigheidsbeginsel, dat vereist dat elk overheidsoptreden een normatieve grondslag heeft, wordt ook door het Hof van Justitie afgedwongen.

De Europese Unie is een rechtsstaat⁸²⁰: haar normen bevatten het rechtsstaatsbegrip, maar veel belangrijker, haar handelingen worden geïnspireerd door de rechtsstaatsidee. Het rechtsstaatsbegrip heeft vooralsnog weinig inhoud, maar de rechtsstaatsidee ligt, met de begrippen “rechtsgemeenschap” en “algemene rechtsbeginselen”, aan de grondslag van veel rechtspraak.⁸²¹ Of in de woorden van advocaat-generaal CRUZ VILLALON:

“Dienaangaande moet worden onderstreept dat het idee van een Unie beheerst door het recht, tegenwoordig de waarde van de rechtsstaat, niet alleen vereist dat de grondrechten worden geëerbiedigd en dat de instellingen zijn onderworpen aan toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het constitutionele handvest dat in de

rechtsstaatsbegrip de individuele vrijheid waarborgt. G. LAUTENBACH, *The concept of the rule of law and the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford university press, 2013, 173-181. De materiële vereisten van het rechtsstaatsbegrip liggen evenwel in het EVRM zelf, dat bepaalt onder welke voorwaarden een mensenrecht kan worden beperkt. Het EHRM kan zich daarvoor dan ook steunen op het verdragsartikel, zodat het hiervoor geen beroep op het rechtsstaatsbegrip moet doen.

⁸²⁰ TH. OPPERMAN, *Europarecht*, 81.

⁸²¹ Zie ook L. PECH, "The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union", 60.

Verdragen is belichaamd, alsmede met de algemene rechtsbeginselen, maar ook dat het afgeleide recht van de Unie op democratische wijze tot stand komt, wat een gelijke participatie van alle lidstaten inhoudt, of dit nu rechtstreeks is, via de leden van het Europees Parlement of vertegenwoordigers van de lidstaten binnen de Europese Raad of de Raad, of indirect, binnen het kader van een delegatie van bevoegdheden door de Raad of, zoals nu, door het Parlement en de Raad.”⁸²²

252. *Niet-legalistische rechtsstaatsideeën* – Uit de analyse van de rechtspraxis van de Raad van Europa en van de Europese Unie blijkt dan ook de daarin gehanteerde rechtsstaatsbegrippen of –ideeën een vergelijkbare inhoud met de statelijke rechtsstaatsbegrippen hebben: zij stellen institutionele, formele en ook materiële vereisten. De instellingen van de Raad van Europa hebben benadrukt dat dit een bewuste keuze is: zij verzetten zich tegen de legalistische rechtsstaatsidee die in sommige Oost-Europese landen heersen.

⁸²² Conclusie van advocaat-generaal P. CRUZ VILLALÓN, 21 december 2011, in de zaak *Republiek Polen/Europese Commissie*, C-336/09.

BESLUIT

253. Normatief kader – Om de bevoegdheden en de inrichting van en de rechtspleging voor een grondwettelijk hof in een rechtsstatelijk perspectief te kunnen plaatsen, moet in dit eerste deel van het proefschrift een normatief kader worden uitgewerkt. Het Belgische rechtsstaatsbegrip is zowel in de praktijk als in de literatuur onvoldoende uitgewerkt om als normatief kader te dienen. Om die reden moet een ideaaltypisch, normatief rechtsstaatsbegrip worden ontwikkeld. Dat is meteen een serieuze stap: twee hordes moeten immers worden genomen vooraleer tot een ideaaltypisch, normatief rechtsstaatsbegrip kan worden besloten. Vooreerst zou, volgens de auteurs in de citaten aan het begin van dit proefschrift, het begrip “rechtsstaat” “een in wezen gecontesteerd begrip” zijn: er zou geen eensgezindheid over zijn inhoud en betekenis bestaan, het begrip zou een *contradictio in terminis* of een pleonasme zijn. Bovendien wordt in dit proefschrift getracht een normatief rechtsstaatsbegrip te ontwikkelen dat steunt op het gemeenschappelijke Europese rechtsstaatsbegrip. Niet alle auteurs zijn evenwel van mening dat het Duitse, Franse, Engelse en Belgische rechtsstaatsbegrip gelijkaardig zijn. Er zou aldus geen gemeenschappelijk Europees rechtsstaatsbegrip bestaan. De tweede horde. De boeken over de rechtsstaat werden beter ineens toegegooid, doch dit is niet gebeurd.

254. Twee methoden – Stap voor stap werd in dit onderzoek een normatief rechtsstaatsbegrip ontwikkeld. Twee rechtswetenschappelijke methoden brengen ons tot een ideaaltypisch rechtsstaatsbegrip, dit is een rechtsstaatsbegrip dat de statelijke contingentie overstijgt en voor de West-Europese landen herkenbaar is: een literatuuranalyse en een rechtspraktijkanalyse. Eerst werd onderzocht hoe de onderscheiden rechtsstaatsbegrippen zijn ontstaan, hoe zij zijn geëvolueerd en hoe zij in de (rechts)literatuur worden ingevuld. Vervolgens werd de hedendaagse rechtspraktijk geanalyseerd: op welke wijze vullen de (grond)wetgever en de rechter deze rechtsstaatsbegrippen in? De eerste methode staat toe om de grondgedachte en de inhoud van de rechtsstaat bloot te leggen: indien de rechtsstaatsbegrippen gemeenschappelijk of gelijkaardig zijn, kan met meer kracht worden bepleit dat een ideaaltypisch rechtsstaatsbegrip kan worden ontwikkeld. De tweede methode staat toe om een empirische fundering aan het rechtsstaatsbegrip te geven: indien uit de praktijk blijkt dat de Britse, Duitse, Franse, Belgische en Europese rechtspractici het rechtsstaatsbegrip op een vergelijkbare wijze invullen, draagt dit bij tot de vaststelling dat er een gemeenschappelijk en ideaaltypisch rechtsstaatsbegrip bestaat.

255. Beperkingen – Zoals in de inleiding geschreven, wordt in dit proefschrift echter niet de gehele wordingsgeschiedenis van de rechtsstaatsbegrippen uiteengezet. Er wordt hoofdzakelijk aandacht besteed aan de recente evolutie naar en de inhoud van de hedendaagse niet-legalistische rechtsstaatsbegrippen. Wel wordt telkens aangeduid of het hedendaagse niet-legalistische rechtsstaatsbegrip een breuk dan wel een voortzetting in de wordingsgeschiedenis van de rechtsstaatsidee is. Ook een onderzoek naar alle mogelijke

hedendaagse rechtsstaatstheorieën zou te omvangrijk en niet steeds relevant voor het verdere onderzoek in het proefschrift zijn. Hierin wordt voornamelijk de evolutie tussen de legalistische en niet-legalistische rechtsstaatsbegrippen onderzocht. Zowel vroeger als vandaag spitst het grootste debat zich toe op het onderscheid tussen de legalistische en niet-legalistische rechtsstaatsbegrippen.

256. *Positieve resultaten* – Uit dit onderzoek blijken twee vaststellingen. Vooreerst hebben de hedendaagse rechtsstaatsbegrippen een vergelijkbare niet-legalistische inhoud. Bovendien blijkt dat voor elk van de rechtsstaatsbegrippen het hedendaagse niet-legalistische rechtsstaatsbegrip (opnieuw) aansluit bij de klassieke rechtsstaatsbegrippen uit de zeventiende en achttiende eeuw.

257. *Klassieke rechtsstaatsbegrippen* – Zonder de verschillen en nuances eigen aan elk land te willen ontkennen, blijkt dat in de vier onderzochte landen op een bepaald ogenblik, uit onvrede met het – veelal op religieuze gronden gelegitimeerde⁸²³ – machtsmisbruik en de heerschappij van de Koning of van de Keizer de nood werd gevoeld om de uitoefening van de staatsmacht door het recht te beperken, met het oog op het waarborgen van de vrijheid van de burger.⁸²⁴ Er wordt gezocht naar een nieuwe legitimiteit voor de uitoefening van de staatsmacht die de burger centraal stelt en deze wordt gevonden in de filosofische en rechtstheoretische traktaten van de Verlichtingsdenkers. Deze eerste stap in het rechtsstaatsdenken – het beperken van de macht van de Koning – vindt aldus zijn theoretische grondslag in een Europese, gemeenschappelijke stroming.⁸²⁵ De Verlichtingsdenkers, die elkaars geschriften lezen, naar elkaar verwijzen en met elkaar in debat gaan, beogen hetzelfde: de vrijheid van de burger waarborgen door de staatsmacht te beperken, wat de kern van de rechtsstaatsidee inhoudt. De Verlichtingsdenkers zijn aldus de eerste rechtsstaatstheoretici.

258. *Gelijkenissen* – De rechtsstaatsideeën die uit deze gemeenschappelijke oorsprong voortvloeien en die vooral op het beperken van de macht van de monarch zijn gericht, verschillen in beperkte mate: in Duitsland is de rechtsstaatsidee veeleer gericht op de zelfbeperking van de staat; in Frankrijk en op het Britse eiland veeleer op de sociale contractidee. De grote continuïteit en eenvormigheid in het Europese denken van de zeventiende en achttiende eeuw zijn veel opvallender: dit denken wil met dezelfde instrumenten (scheiding der machten en de bescherming van fundamentele rechten) elke staatsmacht onder het recht plaatsen.⁸²⁶

⁸²³ B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 20.

⁸²⁴ Zie ook P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, nr. 40.

⁸²⁵ BODIN inspireerde HOBBS (HOBBS verwijst naar BODIN in *The Elements of Law*) en LOCKE, LOCKE inspireerde VOLTAIRE en, samen met COKE, ook MONTESQUIEU. Zie onder meer J.H.M. SALMON, "L'héritage de Bodin: la réception de ses idées politiques en Angleterre et en Allemagne au XVII^e siècle", in Y.C. ZARKA (ed.), *Jean Bodin: Nature, histoire, droit et politique*, Parijs, PUF, 1996, 190 en 200; R. FOQUÉ en J. STEENBERGEN, "The Limits of the Law and the Development of the EU", in E. CLAES, W. DEVROE *et al.* (eds.), *Facing the limits of the law*, Berlin, Springer, 2009, 212 en 214; R. FOQUÉ, "De rechter is het sprekende recht", 79; L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 431 en J. SHKLAR, *Montesquieu*, 111-112. Zie ook S. KIRSTE, "Philosophical Foundations of the Principle of the Legal State (Rechtsstaat) and the Rule of Law", 30-33, die stelt dat MOHL door KANT en de Britse traditie van de *rule of law* was geïnspireerd.

⁸²⁶ E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 80-81 en L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 431.

259. *Vergelijkbare evolutie* – Het uitvaardigen van grondwettelijke teksten in Engeland, in Duitsland in 1848 en in Frankrijk houdt in dat de door de Verlichtingsdenkers gestelde rechtstatelijke vereisten (waarborgen van de vrijheid, toekennen van de soevereiniteit aan een staatsorgaan, politieke vertegenwoordiging en scheiding der machten) worden geïmplementeerd. Vanaf dit moment loopt de ontwikkeling in het rechtsstaatsdenken in deze landen uiteen, doch het is, als we focussen op de legalistische en niet-legalistische rechtsstaatsbegrippen, niettemin een vergelijkbare evolutie.⁸²⁷

260. *Verenigd Koninkrijk* – Op het Britse eiland is de evolutie het beperktst. DICEY verzoent de *common law*-theorie van COKE met de soevereiniteitsgedachte van LOCKE in de *rule of law*. Hoewel DICEY benadrukt dat de fundamentele rechten en vrijheden van de Britten niet in een grondwet moeten worden erkend, omdat de *common law* hen grondslag en bestaan geeft, wordt vooral onthouden dat hij de parlementaire soevereiniteit als het eerste grondwettelijk beginsel beschouwt. Dit leidt tot een positivistisch, legalistisch *rule of law*-denken in de twintigste eeuw. De *rule of law* krijgt zijn voornaamste betekenis in het administratief recht: de *rule of law* beperkt de uitvoerende macht *a posteriori*, doch de wetgever slechts *a priori*.

261. *Duitsland* – In Duitsland ondergaat het rechtsstaatsbegrip de meeste evoluties. Het blijft actueel na 1848, doch verschuift naar het administratieve recht. Daar ondergaat het twee evoluties. Zijn rol in het grondwettelijk recht en in de vorming van de staat uitgespeeld, wordt het rechtsstaatsbegrip in het administratief recht gebruikt om rechterlijke toetsing op de administratieve rechtshandelingen te rechtvaardigen. Hier vindt de vereenzelviging van recht met rechter haar oorsprong. Vanaf nu wordt rechterlijk bestuurstoezicht een essentieel element van de rechtsstaat. In de marge daarvan, duiken ook de eerste debatten over rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten op. De tweede evolutie houdt evenwel in dat het rechtsstaatsbegrip tot het wettigheidsbeginsel en het rechterlijk bestuurstoezicht wordt herleid. Nog steeds op grond van het soevereiniteitsbegrip, verdedigen de positivistische rechtsgeleerden het normatieve monopolie van de wetgever en het beginsel dat alleen de staat zichzelf kan beperken.

Vanaf het begin van de twintigste eeuw ontstaat er een nieuwe natuurrechtelijke stroming, die het arme legalistische rechtsstaatsbegrip bekampt en het opnieuw als een staatsrechtelijk begrip invult. Deze stroming zal versterkt uit de Tweede Wereldoorlog komen.

262. *Frankrijk* – Hoewel het Franse staatsdenken ten tijde van de Franse Revolutie wezenlijk natuurrechtelijk was geïnspireerd, leidt de gebrekkige implementatie van de machtsverdelende theorieën van de Verlichtingsdenkers in de tweede helft van de negentiende eeuw tot een strenge formalistische en positivistische school in het Franse staatsdenken, dat een soevereiniteit van de wetgever verdedigt.

Het klassieke rechtsstaatsbegrip herleeft pas in het begin van de twintigste eeuw, wanneer de natuurrechtelijk geïnspireerde DUGUIT, in tegenstelling tot het toen heersende Duitse formele rechtsstaatsbegrip, een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip als Frans

⁸²⁷ Zie ook P. COSTA, "The Rule of Law", 105 en 134 en L. PECH, "The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union", 40-41.

staatsrechtelijk begrip introduceert. Het “recht”, dat ook algemene rechtsbeginselen omvat die boven de *Constitution* en de *Déclaration* van 1789 staan, verplicht de staat om een geschreven grondwet en wetten uit te vaardigen, ze toe te passen en te gehoorzamen en verbiedt de staat om bepaalde wetten uit te vaardigen. Aanvankelijk identificeert hij recht niet met de rechter, maar later zal hij toch rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten als een essentieel rechtsstaats-element beschouwen. In diezelfde periode verdedigt CARRÉ DE MALBERG een legalistisch rechtsstaatsbegrip, dat hij van de wettenstaat onderscheidt: in de rechtsstaat wordt, in functie van het belang en ter bescherming van de burger, de wetgevende en de uitvoerende macht beperkt.

263. *België* – In België herkennen we de rechtsstaatsidee in de Grondwet van 1831. Onder meer steunend op de Verlichtingsdenkers⁸²⁸ wordt een staat opgericht, die voldoet aan de op dat moment heersende rechtsstaatsideeën: de soevereiniteit wordt aan de natie toegekend; er is machtsverdeling en de fundamentele mensenrechten worden gewaarborgd. Door een beperkte interpretatie van de rechterlijke functie wordt slechts in het begin van de twintigste eeuw een rechterlijk toezicht op de handelingen van de uitvoerende macht aanvaard. Vanaf dan luidt ook af en toe de roep naar rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten.

264. *Tweede Wereldoorlog* – Een gemeenschappelijke ervaring, de Tweede Wereldoorlog, leidt ertoe dat het rechtsstaatsdenken op het continent opnieuw naar elkaar toegroeit.⁸²⁹ Vooreerst doet deze oorlog de (meeste, doch niet alle) auteurs van legalistische rechtsstaatsbegrippen verstommen en zet ze de soevereiniteitstheorieën onder druk. Het besef groeit dat de rechtsstaat niet met het wettigheidsbeginsel, maar met het grondwettigheidsbeginsel gelijk staat en dat afdwingbare beperkingen op het wetgevend handelen noodzakelijk zijn om de in de grondwet beschermde vrijheden te waarborgen.⁸³⁰ Duitsland en Frankrijk richten daartoe een grondwettelijk hof op en wat later wordt in België het Arbitragehof opgericht en tot grondwettelijk hof omgevormd. Uit de (grond)wetgeving van het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Frankrijk en België blijkt bovendien dat zij zichzelf als rechtsstaten beschouwen.

265. *Gelijkenissen* – Heeft dit alles dan ook tot eenzelfde rechtsstaatsbegrip geleid? Indien de niet-legalistische rechtsstaatsbegrippen uit de rechtsleer en de rechtspraktijk van de onderzochte landen worden vergeleken, zien we dat deze een vergelijkbare inhoud hebben.⁸³¹ Dankzij de rijke ideeëngeneratie en de grondwettelijke verankering van het rechtsstaatsbegrip, hanteren de Duitse rechtspraktijk en rechtsleer het ruimste rechtsstaatsbegrip. Het omvat institutionele, formele en materiële vereisten. Typisch voor de Duitse *Rechtsstaat* is dat hij uitdrukkelijk materiële doelstellingen heeft: de bescherming van de menselijke waardigheid, de vrijheid en materiële gerechtigheid. In Frankrijk omvat

⁸²⁸ Zie, voor een uiteenzetting over de invloed van de Verlichtingsdenkers en van het buitenlandse publiekrecht op de Belgische Grondwet, A. ALEN, *Rechter en bestuur*, 165-197 en 312-567.

⁸²⁹ Zie ook J. ZILLER, "National constitutional concepts in the new Constitution for Europe", *Eur. Const. Law Rev.* 2005, 268.

⁸³⁰ Zie ook C. DE ARANJO, "Sur le constitutionnalisme européen", I.A.1.b.

⁸³¹ Zie ook L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 431. FAIRGRIEVE erkent dat de *État de droit* en de *rule of law* gemeenschappelijke onderliggende waarden, rol en functies hebben. D. FAIRGRIEVE, "Etat de droit and Rule of Law", 51. *Contra*, R. GROTE, "Rule of Law, Rechtsstaat and "Etat de droit"", 294-300.

het niet-legalistische rechtsstaatsidee vergelijkbare institutionele, formele en materiële vereisten als de *Rechtsstaat*. Alleen wordt deze idee niet in het rechtsstaatsbegrip verwoord, daar de Franse rechter het rechtsstaatsbegrip niet gebruikt. Ten slotte wordt ook in de Belgische rechtspraak een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip gebruikt, dat vergelijkbaar met de *rule of law*, de *Rechtsstaat*, de *État de droit* is.

266. *Verenigd Koninkrijk* – Wat misschien meer verbazing opwekt, is de vaststelling dat ook de hedendaagse *rule of law* meer en meer alle kenmerkende rechtsstaatselementen in zich draagt: het omvat ook de institutionele vereisten van het evenwicht der machten (op middellijke wijze, via het wettigheidsbeginsel en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht), de democratie en rechtsbescherming tegen handelingen van de uitvoerende macht. Op inhoudelijk vlak vereist de *rule of law* eerbied voor het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie en voor de fundamentele mensenrechten, met name de vrijheid van meningsuiting en van vereniging, van denken en van geweten. Op formeel vlak vereist de *rule of law* kenbaarheid en begrijpelijkheid van de wetgeving, een aan de wet en het recht gebonden uitvoerende macht en het recht op toegang tot de rechter en het recht op een eerlijk proces.

267. *Rechterlijke toetsing* – Het grootste verschilpunt tussen de hedendaagse rechtsstaatsbegrippen ligt in de rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten. Erkend als een essentieel element van de rechtsstaat in Duitsland, Frankrijk en België, is er alsnog aarzeling in het Verenigd Koninkrijk: nog niet alle Britse rechtsgeleerden erkennen dat de *rule of law* grondwettigheidstoetsing van wetten vereist. In weerwil van het feit dat de parlementaire soevereiniteit het eerste Britse grondwettelijke beginsel is, durven we te besluiten dat de rechterlijke toetsing van wetgeving tot de rechtsstatelijke praxis van de vier landen behoort. De parlementaire soevereiniteit staat immers onder druk: ook in het Verenigd Koninkrijk toetst de rechter (bepaalde) wetten. Dit gebeurt op grond van onder meer de *common law* en de *rule of law* (*Jackson* en *AXA*-arresten) en in het kader van de *Human Rights Act*. Daar (bepaalde vormen van) deze rechterlijke toetsing van wetten in het Verenigd Koninkrijk en het bestaan en de bevoegdheid van de grondwettelijke hoven in de overige onderzochte landen uitdrukkelijk op het rechtsstaatsbegrip zijn gestoeld, mag redelijkerwijze worden geargumenteed dat de rechtsstaat rechterlijke toetsing van wetten inhoudt.

268. *Europese orde* – De Europese staten hebben zich in de Europese Unie en de Raad van Europa verbonden een rechtsstaat te zijn. Daarom werd nagegaan of de in deze rechtsordes gehanteerde rechtsstaatsbegrippen vergelijkbaar met de vier statelijke rechtsstaatsbegrippen zijn. Voor het EHRM is het rechtsstaatsbegrip een leidende interpretatiemethode van het EVRM. Het wordt voornamelijk gebruikt om het recht op de rechter en het wettigheidsbeginsel te benadrukken. Hieruit kan niet worden besloten dat het EHRM een louter legalistisch rechtsstaatsbegrip gebruikt: in zijn rechtspraak hanteert het ook het rechtsstaatsbegrip in verband met materiële vereisten (bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting en de media). Bovendien omvat het EVRM de materiële vereisten van het gemeenschappelijke rechtsstaatsbegrip, zodat het voor het EHRM vanzelfsprekender is om naar de verdragsartikelen te verwijzen. De door het EHRM afgedwongen rechtsstaatsidee omvat ook institutionele vereisten: het evenwicht der machten door het wettigheidsbeginsel en het recht op een onafhankelijke rechter en de democratie. Het

EHRM gebruikt aldus een niet-legalistische rechtsstaatsidee. Ook de rechter van de Europese Unie hanteert een niet-legalistische rechtsstaatsidee: hij gebruikt het rechtsstaatsbegrip zelden. De rechtsstaatsidee komt evenwel tot uiting in meerdere begrippen: behalve de rechtsstaat, ook de rechtsgemeenschap, de scheiding der machten en de algemene rechtsbeginselen. Uit de analyse van de rechtspraxis van de Raad van Europa en van de Europese Unie blijkt dan ook de daarin gehanteerde rechtsstaatsbegrippen of –ideeën een vergelijkbare inhoud met de statelijke rechtsstaatsbegrippen hebben: zij stellen institutionele, formele en ook materiële vereisten.

269. Europa – Dat de vier statelijke en de twee supranationale rechtsstaatsbegrippen een gemeenschappelijke inhoud hebben, is niet verbazingwekkend. Uit het onderzoek bleek al dat de vier statelijke rechtsstaatsbegrippen een gemeenschappelijke oorsprong en een vergelijkbare evolutie hebben. Maar er is een bijkomende reden waarom de hedendaagse rechtsstaatsbegrippen in de praktijk sterk vergelijkbaar zijn. De rechtsstaatsbegrippen, gevormd door en in de verschillende juridische culturen⁸³², zijn sterk naar elkaar toegegroeid door de vereniging van deze culturen in de Europese Unie en de Raad van Europa.⁸³³ Beide organisaties beroepen zich op wat de lid- en verdragsstaten gemeenschappelijk hebben⁸³⁴ maar versterken tegelijk ook de gemeenschappelijke kern. Het EHRM en het Hof van Justitie doen een beroep op de gemeenschappelijke rechtsstatelijke praxis van de lid- en verdragsstaten om rechtsstaats-elementen als elementen van de “heerschappij van het recht” in de zin van het EHRM en als de rechtsstaatsidee van het recht van de Europese Unie te erkennen. Omgekeerd doen de (grondwettelijke) hoven een beroep op de rechtspraak van het EHRM en van het Hof van Justitie om, met meer kracht, rechtsstatelijke elementen (intern) te kunnen afdwingen. Bij uitstek in deze materie is er een grote vorm van wat ZILLER “*intertwined constitutionalism*”⁸³⁵ noemt: de supranationale rechtsorde en de nationale rechtsordes inspireren elkaar in het uitbouwen van een (Europees) constitutionalisme, fundamenteel gesteund op een Europees rechtsstaatsdenken, en hierbij worden de rechtsordes met elkaar verweven.

270. Resultaat – De gebruikte onderzoeksmethodes hebben tot een positief resultaat geleid: uit de analyse van de literatuur en van de rechtspraktijk blijkt dat de hedendaagse niet-legalistische rechtsstaatsbegrippen een vergelijkbare inhoud hebben. Uit hun wordingsgeschiedenis blijkt bovendien dat deze inhoud aansluit bij de klassieke rechtsstaatsideeën, die met de tijd een gelijkaardige evolutie hebben ondergaan. Op grond van dit onderzoek kan dan ook worden geargumenteed dat de niet-legalistische rechtsstaatsbegrippen, die meer en meer de leidende rechtsstaatsidee zijn, vergelijkbaar

⁸³² W. VAN GERVEN, "Bridging the Unbridgeable: Community and National Tort Laws after Francovich and Brasserie", *ICLQ* 1996, (507) 507.

⁸³³ G. LAUTENBACH, *The concept of the rule of law and the European Court of Human Rights*, 10 en L. PECH, "The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union", 22.

⁸³⁴ De algemene rechtsbeginselen die gemeenschappelijk zijn aan de rechtsordes van alle lidstaten, waarbij men zich laat leiden door gemeenschappelijke grondwettelijke tradities en de mensenrechtenverdragen. W. VAN GERVEN, "Bridging the Unbridgeable: Community and National Tort Laws after Francovich and Brasserie", 532. Zie ook L. PECH, "The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union", 6.

⁸³⁵ J. ZILLER, "National constitutional concepts in the new Constitution for Europe", 480.

zijn, zodat hieruit een gemeenschappelijk, normatief, rechtsstaatsbegrip kan worden afgeleid.

271. *Europese niet-legalistische rechtsstaatsbegrip* – Dit rechtsstaatsbegrip werd in de eerste titel van dit eerste deel omschreven en gedefinieerd. Zijn doelen (menselijke waardigheid, vrijheid en rechtvaardigheid) en zijn normatieve grondslagen (vrijheid, gematigdheid en pluralisme) werden omschreven. Daarnaast werd uiteengezet welke institutionele, formele en materiële vereisten de rechtsstaat stelt. In dit besluit worden deze niet hernomen, op de volgende twee elementen na: de democratie en het grondwettelijk hof.

272. *Democratie* – Eén van de institutionele vereisten is de democratie. De hedendaagse rechtsstaat is een democratie: hierover bestaat er eensgezindheid in de literatuur en in de rechtspraak. Bovendien wordt in de eerste titel van dit eerste deel ook uitgelegd waarom de rechtsstaat en de democratie op normatief vlak verzoenbaar zijn. Zij zijn gelijksoortig; zij vooronderstellen elkaar. Het dominante democratiebegrip in de hedendaagse rechtstheorie is de deliberatieve democratie: in een deliberatieve democratie moeten burgers aan de totstandkoming van de normen kunnen deelnemen. Dit waarborgt hun politieke vrijheid, een doel van de rechtsstaat. De hedendaagse rechtsstaat is een deliberatieve democratie.

273. *Legitimiteit van een grondwettelijk hof* – Een ander institutioneel element is de rechterlijke toetsing van wetten. Uit analyse van de literatuur en de rechtspraak is vastgesteld dat de hedendaagse rechtsstaat rechterlijke toetsing van wetten vereist. Nochtans wordt de legitimiteit van een grondwettelijk hof nog regelmatig in vraag gesteld. Vanuit de normatieve grondslagen en materiële doelen van de rechtsstaat, vindt een grondwettelijk hof zijn legitimiteit in een samensmelting van (enkele) institutionele en functionele legitimiteitsgronden die in de rechtsleer te vinden zijn. Een grondwettelijk hof is een (noodzakelijk) instrument om het evenwicht der machten te verwezenlijken, zodat de politieke, juridische en persoonlijke vrijheid en de institutionele en culturele gematigdheid en het pluralisme kunnen worden gewaarborgd. In het licht van deze materiële doelen en normatieve grondslagen moet een grondwettelijk hof alle grondwetsbepalingen die deze normatieve grondslagen waarborgen ten aanzien van de wetgever afdwingen.

274. *Onveranderbare inhoud?* – Het rechtsstaatsbegrip wordt verweten een veranderlijke inhoud te hebben. Door de evolutie tussen niet-legalistische en legalistische rechtsstaatsbegrippen lijkt dit op het eerste gezicht het geval te zijn. De rechtsstaat verandert echter niet van inhoud, doch wel van draagwijdte. De kern ervan blijft immers dezelfde: door een evenwicht der machten en de bescherming van de fundamentele rechten de uitoefening van de staatsmacht aan het recht onderwerpen. Dit is immers noodzakelijk om de doelen en normatieve grondslagen van de rechtsstaat, de gematigdheid, de vrijheid en het pluralisme, te waarborgen. Naarmate het staatsrechtelijke model waarin de rechtsstaat uitvoering krijgt, verandert, verandert het

rechtsstaatsbegrip.⁸³⁶ Naarmate meer staatsorganen de gematigdheid, de vrijheid en het pluralisme beperken, vereist de rechtsstaat dat meer staatsorganen aan het recht worden onderworpen. Zo wijzigde de draagwijdte van het rechtsstaatsbegrip van een beperking van de macht van de Koning naar een beperking van de macht van alle staatsmachten.

275. *Bepaalbaar en nuttig?* – Indien wordt aanvaard dat de rechtsstaat een veranderlijke inhoud kan hebben, in zijn inhoud dan bepaalbaar en is het begrip dan nuttig? Uit dit onderzoek blijkt dat het begrip bepaalbaar is en een gemeenschappelijke inhoud van de rechtsstaatsbegrippen kan worden vastgesteld. Het rechtsstaatsbegrip is dan ook bepaalbaar en nuttig.

⁸³⁶ E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 23 en 171; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, nrs. 45-48 en U. SCHEUNER, "Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland", 468.

DEEL 2 - EEN GRONDWETTELIJK HOF IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

INLEIDING

276. *Tirannie van de grondwettelijke rechter* – In het eerste deel werd onder meer de legitimiteit van een grondwettelijk hof in een rechtsstatelijk perspectief verantwoord. Daarin werd verdedigd dat een grondwettelijk hof een noodzakelijk evenwichtsinstrument is, dat een tegenwicht voor de wetgevende macht moet bieden. Bepaalde in de rechtsleer aangevoerde legitimiteitsgronden, namelijk (elementen van de) institutionele en sociale legitimiteit, werden niet dienstig geacht om het bestaan van een grondwettelijk hof te verantwoorden, maar wel om andere elementen te verantwoorden: zijn inrichting, de rechtspleging, de wijze waarop het hof tot arresten moet komen... Eén van de belangrijkste vragen is immers hoe kan worden vermeden dat de willekeur door de wet door de willekeur van de rechters van de wet wordt vervangen.⁸³⁷

277. *Tweede onderzoeksmethode* – Dit tweede deel is een zoektocht naar een antwoord op die vraag. In het eerste deel werd besloten dat rechterlijke toetsing van wetten een essentieel element van de rechtsstaat is. Als staatsmacht moet een grondwettelijk hof deze rechterlijke toetsing ook op rechtsstatelijke wijze uitvoeren: ook een grondwettelijk hof staat onder het recht. Daarom worden in dit tweede deel de bevoegdheid en de inrichting van en de rechtspleging voor een grondwettelijk hof in een rechtsstatelijk perspectief geplaatst. De rechtspraktijk en de rechtsliteratuur over de bevoegdheid en inrichting van en de rechtspleging voor de vier grondwettelijke hoven worden onderzocht. In de rechtsliteratuur wordt nagegaan of deze elementen in het licht van het rechtsstaatsbegrip dan wel in het licht van concrete rechtsstaatsvereisten worden bekritiseerd. Vervolgens wordt, steunend op de rechtsvergelijking, de rol van een grondwettelijk hof in een rechtsstatelijk perspectief geplaatst.

278. *Bevoegdheid* – Een grondwettelijk hof is een tegenwicht en vormt aldus één van de noodzakelijke elementen voor een evenwicht der machten. Het is onbetwist dat een grondwettelijk hof een tegenmacht voor de wetgevende macht moet vormen. Moet het dit ook zijn voor andere overheidsorganen: het parlement, de grondwetsherziener? Bovendien moet worden onderzocht welke grondwetsbepalingen een grondwettelijk hof in een rechtsstatelijk perspectief moet afdwingen. Dit is het voorwerp van de **eerste titel**.

279. *Inrichting* – In het eerste deel werd geschreven dat de grondwettelijke rechters op de waarden van wettigheid en van rechtsstaat moeten zijn gericht. Dit geldt des te meer, daar de grondwettelijke rechters van één van de belangrijkste rechtsstaats-elementen genieten:

⁸³⁷ L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 430 en M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 25.

de onafhankelijkheid van de rechter.⁸³⁸ Die stelt vereisten aan de benoemingsprocedure en benoemingsvoorwaarden, aan het statuut van de rechter⁸³⁹... TAMANAHA omschrijft op een mooie wijze aan welke vereisten de rechter moet voldoen:

“This is a warning that judges must be selected with the utmost care, not just focusing on their legal knowledge and acumen, but with at least as much attention to their commitment to fidelity to the law (not inclined to manipulate the law’s latent indeterminacy), to their willingness to defer to the proper authority for the making of law (accepting legislative decisions even when the judge disagrees), to their social background (to insure that judges are not unrepresentative of the community), to their qualities of honesty and integrity (to remain unbiased and not succumb to corruption), to their good temper and reasonable demeanor (to insure civility), and to their demonstrated capacity for wisdom. Laws cannot but speak through people. Judges must be individuals who possess judgment, wisdom, and character, or the law will be dull-minded, vicious, and oblivious to its consequences.”⁸⁴⁰

Of de rechters van de grondwettelijke hoven van de onderzochte landen aan deze strenge vereisten voldoen, wordt in de **tweede titel** onderzocht.

280. Onberispelijk rechtscollege – Het grondwettelijk hof houdt toezicht, maar op het grondwettelijk hof wordt geen toezicht gehouden.⁸⁴¹ Daarom moet zijn handelen onberispelijk zijn. In de **derde titel** wordt onderzocht wat dit onberispelijk handelen met betrekking tot de rechtspleging inhoudt. Gehoorzamen de grondwettelijke hoven aan de materiële en procedurele beperkingen die in dat verband op de uitoefening van hun staatsmacht zijn gelegd?

281. Actor in de deliberatieve democratie – In het eerste deel werd besloten dat de hedendaagse rechtsstaat een democratie vereist en dat deze deliberatief moet zijn. Het grondwettelijk hof en de deliberatieve democratie zijn niet onverzoenbaar. Integendeel, verscheidene auteurs, zoals RAWLS, EISGRUBER en MICHELMAN verdedigen een taakverdeling tussen de populistische, op meerderheidsmechanismen gestoelde instellingen en deliberatieve expertinstellingen.⁸⁴² Zij argumenteren bovendien dat rechtscolleges zeer goede deliberatieve expertinstellingen kunnen zijn: een juridisch getrainde elite, die

⁸³⁸ Erkend in de *Bill of Rights* en de *Act of Settlement* (1701). Zie randnummer 104. Zie onder meer P.R. VERKUIL, "Separation of powers, the rule of law and the idea of independence. (The American Constitutional Tradition of Shared and Separated)", *William and Mary Law Review* 1989, (301) 322.

⁸³⁹ R. BADINTER, "Une exception française: les anciens Présidents de la République au Conseil constitutionnel", 520. ("Dès lors, le statut des membres du Conseil, devenus de véritables juges constitutionnels, doit satisfaire aux obligations que requiert tout État de droit: notamment l'impartialité, la réserve, le secret, l'absence de participation à tout débat de nature politique quelque en soit la forme et l'enjeu.")

⁸⁴⁰ B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 125.

⁸⁴¹ Alleen de supranationale rechtscolleges zouden, indirect, het Grondwettelijk Hof tot de orde kunnen roepen.

⁸⁴² Deze taakverdeling zou tegemoet komen aan de te onderscheiden vereisten van de deliberatieve democratie: de populistische instellingen weerspiegelen de egalitaire vereiste dat elke burger een gelijke inbreng in de wetgevingsprocedure moet kunnen hebben. De expertinstellingen weerspiegelen de noodzaak aan "reason-responsiveness", aan de nood om goed geïnformeerd en na rationeel debat beslissingen te nemen: zij moeten hun beslissingen motiveren en deze beslissingen moeten consistent en verenigbaar met de grondwettelijke rechtsorde zijn. J. RAWLS, *Political Liberalism*, 235.

ervaring met een praktisch redeneervermogen heeft.⁸⁴³ Het juridische processuele debat zou de beste taal voor publiek overleg tussen de burgers zijn, omdat rechterlijke beslissingen op geargumenteerde redeneringen worden gegrond en omdat zij worden uitgesproken in het juiste jargon van publieke redenering (RAWLS) of over beginselen en niet over beleid gaan (EISGRUBER), of het resultaat zijn van een ruim publiek en deskundig proces van communicatie, debat en discussie (MICHELMAN).⁸⁴⁴ Ook DUHAMEL stelt dat een uitgebreide grondwettigheidstoetsing bijdraagt tot de deliberatieve democratie.

“Un large contrôle de constitutionnalité contribue d’une autre manière à la démocratie délibérante. La démocratie se nourrit certes de conflits politiques qui ne gagnent pas tous à être juridicés. Il n’en demeure pas moins qu’il faut savoir terminer une bataille politique et que la juridictionnalisation partielle de l’issue présente de réels avantages pour les deux parties. Surtout, l’implication du citoyen dans la discussion constitutionnelle substantielle et l’argumentation qu’elle suppose revient à dispenser une instruction civique, permanente et contradictoire et, partant, salutaire.”⁸⁴⁵

In dit tweede deel wordt bij enkele aspecten getoetst of het Grondwettelijk Hof inderdaad een actor in de deliberatieve democratie is.

⁸⁴³ EISGRUBER, MICHELMAN en RAWLS benadrukken evenwel dat ze niet verdedigen dat een sterke grondwettigheidstoetsing noodzakelijk is voor een grondwettelijke democratie. Zij willen slechts aantonen dat grondwettigheidstoetsing verenigbaar is met constitutionele democratie en veelal bijdraagt tot de verwezenlijking van de deliberatieve democratie. CH. L. EISGRUBER, *Constitutional Self-Government*, 108; F.R. MICHELMAN, *Brennan and Democracy*, 59-60 en J. RAWLS, *Political Liberalism*, 240. Zie ook C. ZURN, *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*, 167.

⁸⁴⁴ C. ZURN, *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*, 166-168.

⁸⁴⁵ O. DUHAMEL, *Les démocraties*, 336.

TITEL I – DE BEVOEGDHEID VAN EEN GRONDWETTELIJK HOF IN DE RECHTSSTAAT

INLEIDING

282. *Rechtsstaat* – In dit proefschrift worden de bevoegdheid en de inrichting van en de rechtspleging voor een grondwettelijk hof aan de rechtsstatelijke vereisten getoetst. In het eerste deel is het normatieve rechtsstaatsbegrip ontwikkeld: het is een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip, dat institutionele, formele en materiële vereisten stelt. Eén van de institutionele vereisten is het bestaan van rechterlijke toetsing van wetten: in de hedendaagse rechtsstaat moet elke macht een tegenmacht kennen. Voor de wetgever wordt die doorgaans in een grondwettelijk hof gevonden.

283. *Bevoegdheid* – In deze eerste titel van het tweede deel wordt onderzocht op welke wijze een grondwettelijk hof als tegenwicht moet optreden. In het **eerste hoofdstuk** wordt nagegaan op welk tijdstip en in welke functie (rechtsprekend dan wel adviesverlenend) een grondwettelijk hof de wetten op hun grondwettigheid moet toetsen. In het tweede tot vierde hoofdstuk is één vraag de leidraad: aan welke normen moeten welke handelingen of normen door een grondwettelijk hof worden getoetst? In het **tweede hoofdstuk** wordt onderzocht of een grondwettelijk hof de wetten aan *alle* grondwetsbepalingen moet toetsen. In het **derde hoofdstuk** wordt nagegaan of niet alleen wetten, maar ook andere handelingen aan het rechterlijk toezicht van een grondwettelijk hof moeten worden onderworpen: de organisatie van de verkiezingen, politieke handelingen en rechterlijke beslissingen. Daarbij aansluitend, maar omwille van de omvang en het belang ervan in een apart **vierde hoofdstuk**, wordt de vraag gesteld of een grondwettelijk hof bevoegd moet zijn om grondwetsherzieningen te toetsen.

284. *Methode* – Voor het beantwoorden van deze vragen wordt niet alleen beroep gedaan op het in het eerste deel gedefinieerde en omschreven Europees niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip. Ook in dit tweede deel heeft de rechtsvergelijking een zeer belangrijke inbreng. Een analyse van de Duitse, Franse en Amerikaanse praktijk brengt een heel andere (rechtsstatelijke) praktijk mee inzake de bevoegdheden van een grondwettelijk hof. Deze (ruimere) bevoegdheden worden in een rechtsstatelijk perspectief geplaatst.

I. DE A PRIORI- EN DE A POSTERIORI-TOETSING

285. *Doel van de rechtsstaat* – Opdat er vrijheid, menselijke waardigheid en rechtvaardigheid zou zijn, moeten het evenwicht der machten, de democratie, de formele vereisten voor wetgeving en de bescherming van de fundamentele rechten worden gewaarborgd. Om de naleving door de wetgevende macht van deze rechtsstaats-elementen af te dwingen, wordt een beroep op de grondwettelijke rechter gedaan. In dit eerste hoofdstuk wordt onderzocht of en op welke wijze dit gebeurt en zou moeten gebeuren. Hierbij wordt een onderscheid tussen een *a priori*-toetsing (**afdeling 1**) en een *a posteriori*-toetsing (**afdeling 2**) gemaakt: het doel is om, na een rechtsvergelijkende analyse, aan te duiden welke vereisten de rechtsstaat stelt: een *a priori*-toetsing en/of een *a posteriori*-toetsing door een grondwettelijk hof.

1. DE A PRIORI-TOETSING

286. *Rechtszekerheid* – Daar voorkomen steeds beter is dan genezen, biedt de bevoegdheid van de *Conseil constitutionnel* om een wet voorafgaand aan haar afkondiging aan de *Constitution* te toetsen één zeer groot voordeel: rechtszekerheid. Het streven naar deze rechtszekerheid, een fundamenteel element van de rechtsstaat omdat zij de (juridische) vrijheid waarborgt⁸⁴⁶, leidt ertoe dat in ons land (**A**) en in de onderzochte landen (**B**) af en toe wordt gepleit voor dan wel wordt geëxperimenteerd met een *a priori*-toetsing door de grondwettelijke hoven.⁸⁴⁷ Mede op basis van de rechtsvergelijkende analyse, wordt in een derde deel (**C**) onderzocht of een *a priori*-toetsing noodzakelijk in of verenigbaar met de rechtsstaat is.

A. HET GRONDWETTELIJK HOF

287. *Experiment en pleidooi* – Tot vóór 2014 kende het Grondwettelijk Hof geen enkele vorm van *a priori*-toetsing: alleen afgekondigde wetgevende normen konden aan het hof worden voorgelegd. De Zesde Staatshervorming bracht hierin verandering. In 2014 is aan het Grondwettelijk Hof de bevoegdheid toegekend om *a priori* uitspraak te doen over de grondwettigheid van een volksraadpleging: het is een bindende rechterlijke uitspraak (**1**).

⁸⁴⁶ Zie, *supra*, randnummer 25.

⁸⁴⁷ Ook binnen de Europese Unie, overigens. Krachtens artikel 218, 11 VWEU kan het bindend advies van het Hof van Justitie worden ingewonnen over de verenigbaarheid van een voorgenomen overeenkomst met de EU-Verdragen.

Tevoren werd in de rechtsleer evenwel voor een andere vorm van *a priori*-toetsing gepleit: het Grondwettelijk Hof zou een advies moeten verlenen over een wetgevende norm, indien de Raad van State, afdeling wetgeving meent dat er een ongrondwettigheid is (2).

(1) DE GEWESTELIJKE VOLKSRAADPLEGING

288. *Bindende uitspraak* – In het Institutionele Akkoord voor de Zesde Staatshervorming van 11 oktober 2011 werd overeengekomen de gewesten de bevoegdheid toe te kennen om (niet-bindende) volksraadplegingen te organiseren over aangelegenheden van gewestelijk belang.⁸⁴⁸ Krachtens artikel 39*bis*, eerste lid van de Grondwet kunnen zij dit voor aangelegenheden die aan de gewestelijke organen zijn opgedragen, met uitsluiting van de aangelegenheden die betrekking hebben op de financiën of op de begroting of de aangelegenheden die met een tweederdemeerderheid van de uitgebrachte stemmen worden geregeld.⁸⁴⁹ Voorafgaand aan de organisatie van de volksraadpleging, moet het Grondwettelijk Hof nagaan of de volksraadpleging in overeenstemming is met de referentienormen waaraan het hof normalerwijze toetst en met het organieke decreet of de organieke ordonnantie waarin de voorwaarden en organisatie van de volksraadpleging worden geregeld.⁸⁵⁰ Het Grondwettelijk Hof doet uitspraak bij beslissing. Het verzoek, ingediend door de voorzitter van het gewestparlement, omvat het voorwerp van de volksraadpleging en bevat de formulering van de vraag die zal worden gesteld. Zolang het hof geen positief antwoord geeft, mag de volksraadpleging niet worden georganiseerd.

289. *A posteriori-toetsing?* – In de (grond)wetgeving en in de wetgevingsstukken over de gewestelijke volksraadplegingen en de *a priori*-toetsing van het Grondwettelijk Hof wordt niet uitgesloten dat het hof, na de afkondiging, de wetskrachtige norm die het resultaat van de gewestelijke volksraadpleging uitvoert, toetst in het kader van zijn gewone bevoegdheden (beroep tot vernietiging en prejudiciële vraag). Dat de wetgever niet heeft geoordeeld dat de *a priori*-toetsing een *a posteriori*-toetsing uitsluit, is niet vanzelfsprekend.⁸⁵¹ Daardoor rijzen enkele vragen: moet het Grondwettelijk Hof op eigen initiatief zich onbevoegd achten om *a posteriori* uitspraak te doen over een wetskrachtige norm die uitvoering geeft aan een volksraadpleging?⁸⁵²; wat is het gezag van gewijsde van de *a priori*-toetsing en wat vereist het recht op een onpartijdige rechter, een vereiste van de rechtsstaat? Deze vragen zullen worden beantwoord op het einde van deze afdeling, onder meer nadat uit de ervaring van de overige onderzochte landen lessen worden getrokken.

⁸⁴⁸ “Een efficiëntere federale staat en een grotere autonomie voor de deelstaten. Institutioneel akkoord voor de zesde staatshervorming”, zie http://www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/home/NLdirupo.pdf, 46 en *Parl.St.* Kamer 2011-2012, nr. 53-1964/016, 77.

⁸⁴⁹ Ingevoegd bij de grondwetsherziening van 6 januari 2014, *BS* 31 januari 2014.

⁸⁵⁰ Artikel 30*ter* Bijz. Wet GwH.

⁸⁵¹ Over een voorstel om bij *a priori*-toetsing een *a posteriori*-toetsing uit te sluiten, zie J. VELAERS, “Het referendum en de volksraadpleging in grondwettelijk perspectief”, in B. HUBEAU en M. ELST (eds.), *Democratie in ademnood? Over legitimiteit, legitimatie en verfijning van de democratie*, Brugge, die Keure, 2002, 284.

⁸⁵² Zoals de *Conseil constitutionnel* heeft geoordeeld, zie *infra*, randnummer 296.

(2) DE GEWONE WETSKRACHTIGE NORMEN

290. *Raad van State* – Alleen bij de *a priori*-toetsing bij gewestelijke volksraadplegingen moet het Grondwettelijk Hof uitspraak doen vooraleer de wetskrachtige norm tot stand is gekomen. Voor de preventieve grondwettigheidstoetsing van wetskrachtige en (bepaalde) uitvoerende normen staat de Raad van State in.⁸⁵³ De adviezen van de Raad van State, afdeling wetgeving, zijn juridisch niet bindend.⁸⁵⁴ Adviezen van de Raad waarin bepaalde wetsbepalingen ongrondwettig worden geacht, worden soms, omwille van politieke overwegingen, in de wind geslagen.⁸⁵⁵

291. *Adviesverlening Grondwettelijk Hof?* – Omdat in een rechtsstaat de grondwettelijke orde moet worden geëerbiedigd, pleit emeritus rechter bij het Grondwettelijk Hof CEREXHE voor een niet-bindende adviesbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof. Wanneer de afdeling wetgeving van de Raad van State zou menen dat een wetsontwerp of wetsvoorstel de Grondwet schendt, zou het ontwerp of voorstel aan het Grondwettelijk Hof moeten worden voorgelegd, dat in een vereenvoudigde procedure en in voltallige zitting, een niet-bindend advies kan uitspreken. Hij meent dat een dergelijk advies een groter moreel gewicht zou hebben, zodat de wetgever de wet niet zou uitvaardigen.⁸⁵⁶

Dit voorstel stuit op juridische bezwaren die vergelijkbaar zijn met deze waarop de *a priori*-toetsing van de volksraadpleging stuit. Deze bezwaren worden daarom ook onder de titel C ontleed.

B. BUITENBLIK

292. *Buitenlandse rechtsstaten* – Daar in dit proefschrift een normatief rechtsstaatsbegrip wordt gebruikt dat steunt op het Duitse, het Franse en het Britse rechtsstaatsbegrip, is het relevant om na te gaan hoe in Duitsland (1) en in Frankrijk (2) een eventuele *a priori*-

⁸⁵³ Alle (materiële) voorontwerpen van wetgevende normen worden ter advies aan de afdeling wetgeving van de Raad van State voorgelegd. Voorstellen, die door parlementsleden worden ingediend, moeten – behoudens op vraag van één derde van de parlementsleden – niet ter advies worden voorgelegd. Artikel 2, § 2 RvS-Wet. Hoewel de meeste wetten officieel uit de pen van de regering voortvloeien en dus aan de Raad worden voorgelegd, vloeien sommige wetsvoorstellen óók uit de pen van de regering, maar worden zij door parlementsleden ingediend, al dan niet met de bedoeling om de adviesverplichting te omzeilen. Bij de oprichting van de Raad van State, afdeling wetgeving, werd geoordeeld dat artikel 60 Gw., waarin wordt bepaald dat elke Kamer bepaalt op welke wijze zij haar bevoegdheden uitoefent, zich zou verzetten tegen een adviesverplichting voor wetsvoorstellen: het zou een inbreuk op de soevereiniteit van het parlement zijn. Vandaag zou zulke adviesverplichting niet meer als een soevereiniteitsinbreuk worden beschouwd, zodat er geen reden meer is om, op dat vlak, voorontwerpen van wet en wetsvoorstellen anders te behandelen. M. VAN DAMME en B. DE SUTTER, *Raad van State. 2: Afdeling wetgeving*, Brugge, Die Keure, 2013, 79.

⁸⁵⁴ Indien de Raad van State, afdeling wetgeving meent dat een voorontwerp of voorstel van wetskrachtige norm de bevoegdheidverdelende regels schendt, wordt het doorgezonden naar het Overlegcomité, dat binnen de veertig dagen advies uitbrengt. Artikel 3, § 3-4 RvS-Wet.

⁸⁵⁵ E. CEREXHE, "Renforcer le contrôle de constitutionnalité", *JT* 2005, (242) 242.

⁸⁵⁶ E. CEREXHE, "Renforcer le contrôle de constitutionnalité", 242.

toetsing door de grondwettelijke rechter zich tot het rechtsstaatsbegrip verhoudt. Met eenzelfde blik wordt naar de Verenigde Staten van Amerika gekeken (3).

(1) HET BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

293. *Advies* – Van de onderzochte landen heeft alleen het *Bundesverfassungsgericht* een algemene adviesbevoegdheid gehad. Van 1951 tot 1956 was het *Bundesverfassungsgericht* bevoegd om adviezen te verlenen over een bepaalde grondwettelijke vraag, wanneer de President of de *Bundestag*, *Bundesrat* en de regering samen het hof hierom verzocht(en).⁸⁵⁷ Dit gebeurde driemaal en tweemaal heeft het hof ook advies verleend.⁸⁵⁸ Bij één adviesaanvraag waren er ook andere procedures bij het hof hangende: in zijn advies legde het *Bundesverfassungsgericht* uit dat een advies van het hof de twee *Senaten* waarbij de procedures hangende waren en die rechterlijke uitspraken zouden vellen, zou binden. Om deze reden heeft de President zijn adviesaanvraag teruggetrokken.⁸⁵⁹ Omdat de adviesbevoegdheid “*wesensfremd*” aan de rechterlijke functie is, werd deze bevoegdheid in 1956 afgeschaft.⁸⁶⁰

(2) DE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

294. *Algemene a priori-toetsing* – Vanaf zijn oprichting is de *Conseil constitutionnel* bevoegd om wetten *a priori* te toetsen.⁸⁶¹ Voorafgaand aan hun afkondiging, toetst de *Conseil* van rechtswege alle organieke wetten, alle wetten die bij een referendum worden voorgelegd en alle reglementen van de wetgevende kamers.⁸⁶² Andere wetten moeten aanhangig worden gemaakt, vóór de afkondiging van de wet, door de President, door de Eerste minister, door de voorzitter van de *Assemblée nationale*, door de voorzitter van de Senaat, door zestig leden van de *Assemblée nationale* of door zestig senatoren.⁸⁶³

⁸⁵⁷ Oud artikel 97 *BVerfGG*, dat als volgt luidde: “(1) *Der Bundestag, der Bundesrat und die Bundesregierung können in einem gemeinsamen Antrag das Bundesverfassungsgericht um Erstattung eines Rechtsgutachtens über eine bestimmte verfassungsrechtliche Frage ersuchen.* (2). *Dasselbe Recht steht dem Bundespräsidenten zu.* (3.) *Das Rechtsgutachten wird vom Plenum des Bundesverfassungsgerichts erstattet.*”

⁸⁵⁸ *BVerfG* 22 november 1951, *BVerfGE* 1, 76 (over de vraag of een wet ook de instemming van de *Bundesrat* vereiste) en 16 juni 1954 *BVerfGE* 3, 407 (over de bevoegdheidverdelende regels (bouwrecht)). Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 176 (§ 18, nr. 406).

⁸⁵⁹ *BVerfG* 8 december 1952, *BVerfGE* 2, 79, over de grondwettigheid van de instemmingswetten met het verdrag “*über die Gründung der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft*” en het verdrag “*über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Drei Mächten*”. Zie ook D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Heidelberg, C.F. Müller, 2005, 2^{de} ed., 1340 (§ 97, nr. 3).

⁸⁶⁰ Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 176 (§ 18, nr. 406).

⁸⁶¹ Dat hij tot 2010 alleen een *a priori*-toetsing kon uitoefenen, onderscheidde de *Conseil* van de andere Europese grondwettelijke hoven.

⁸⁶² Artikelen 46, vijfde lid en 61 *Constitution*.

⁸⁶³ Artikel 61 *Constitution*. Voor de beoordeling van de ontvankelijkheid van het verzoekschrift, is de *Conseil constitutionnel* streng. Indien een tweede verzoekschrift tegen een wet – waartegen al een verzoekschrift door zestig verzoekers is ingediend – slechts door één verzoeker wordt ingediend, is dit

295. *Presidentsverkiezingen* – Naast deze algemene, bindende *a priori*-toetsing, moet ook de bijzondere regelgeving voor de organisatie van een presidentsverkiezing aan de *Conseil constitutionnel* voor advies worden voorgelegd.⁸⁶⁴ Deze niet-bindende en niet-openbare adviezen bieden aan de regering een zekere mate van voorspelbaarheid voor de rechtspraak van de *Conseil* met betrekking tot de verkiezingsgeschillen.⁸⁶⁵

De *Conseil constitutionnel* is ook bevoegd om in een rechtsprekende functie de teksten die de presidentsverkiezingen regelen op hun wettigheid te toetsen. Door de inrichting en de organisatie van de *Conseil constitutionnel* gebeurt dit door dezelfde *Conseillers* die eerder advies over deze teksten hebben verleend. Om die redenen benadrukt de Franse rechtsleer dat deze adviesfunctie niet zomaar met de rechtsprekende functie verenigbaar is.⁸⁶⁶ Op dit juridische bezwaar wordt later teruggekomen.⁸⁶⁷

296. *Referendum* – In Frankrijk moet de regering het advies van de *Conseil constitutionnel* over de organisatie van het referendum vragen.⁸⁶⁸ De *Conseil* oefent in dat kader geen rechtsprekende functie uit en de adviezen zijn niet openbaar. De regering maakt aan de *Conseil* het decreet over, waarin de organisatie van het referendum wordt geregeld en waaraan de tekst van de "*loi référendaire*" wordt toegevoegd.⁸⁶⁹ Het advies van de *Conseil* is evenwel beperkt tot de organisatie: hoewel hij op dat moment zich ook zou kunnen uitspreken over de grondwettigheid van het gebruik van het referendum en van de inhoud van de voorgestelde wet, doet hij dit officieel niet.⁸⁷⁰ Officieel, want iedereen weet

verzoekschrift onontvankelijk, ook indien die ene verzoeker ook verzoeker in het eerste verzoekschrift is en ook indien in het tweede verzoekschrift aanvullende grieven tegen dezelfde bepaling als in het eerste worden aangebracht. Cons. const. 22 augustus 2002, nr. 2002-459 DC; 4 mei 2000, nr. 2000-428 DC en 9 november 1999, nr. 99-419 DC.

⁸⁶⁴ Artikel 3-III Wet van 6 november 1962 (Loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 « relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel »).

⁸⁶⁵ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Parijs, PUF, 2011, 3^{de} ed., 208-209 en D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Parijs, LGDJ, 2013, 10^{de} ed., nr. 473. DRAGO pleit ervoor dat ook de algemene regelgeving in verband met de presidentsverkiezingen ter advies wordt voorgelegd en dat de reglementaire regelgeving daaromtrent ook tot de te toetsen normen van de *Conseil* zouden behoren. Momenteel wordt de algemene regelgeving wellicht, maar officieus, ter advies voorgelegd en acht de *Conseil* zich slechts uitzonderlijk bevoegd voor de belangrijkste reglementaire teksten.

⁸⁶⁶ J. ARRIGHI DE CASANOVA, "Le juge des actes préparatoires à l'élections", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2013, (7) 15.

⁸⁶⁷ *Infra*, randnummer 304.

⁸⁶⁸ Artikel 60 *Constitution* en artikel 46 *Organieke Wet Conseil Constitutionnel*. Ook de beslissing van de regering om een referendum te houden kan worden onderworpen aan een (aan het referendum voorafgaande) wettigheidstoetsing door de *Conseil constitutionnel*. Cons. const. 25 juli 2000, nr. 2000-21, nr. 5 (noodzakelijke handtekeningen) ("*Considérant, cependant, qu'en vertu de la mission générale de contrôle de la régularité des opérations référendaires qui lui est conférée par l'article 60 de la Constitution, il appartient au Conseil constitutionnel de statuer sur les requêtes mettant en cause la régularité d'opérations à venir dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics*"). Zie ook G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français* (2011), 90 (nr. 85) en 223 e.v. (nr. 242 en 245 e.v.) en M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, "La décision de Conseil constitutionnel du 24 mars 2005, *Hauchemaille et Meyet*: un nouveau pas en matière de contrôle des référendums", *RFDA* 2005, (1040) 1040.

⁸⁶⁹ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 219.

⁸⁷⁰ Hij spreekt zich wel uit over de duidelijkheid en de loyaliteit van de vraag die bij referendum wordt voorgelegd. Onder meer Cons. const. 24 maart 2005, nr. 2005-31 REF, nr. 9. M. FATIN-ROUGE STÉFANINI,

dat in 1962 de *Conseil* dit officieus wel heeft gedaan.⁸⁷¹ In de rechtsleer wordt, mede op grond van het rechtsstaatsbeginsel, ervoor gepleit dat de *Conseil* dit steeds zou doen.⁸⁷² Indien hij een ongrondwettigheid zou vaststellen, zou hij aan de regering moeten laten weten dat hij niet in staat is om de kiesverrichtingen naar aanleiding van het referendum geldig te verklaren en de resultaten bekend te maken.⁸⁷³

Een voorafgaande (bindende) beslissing over de grondwettigheid van de inhoud van het referendum is des te noodzakelijker daar de *Conseil*, uit eerbied voor de soevereiniteit van het Franse volk, zichzelf onbevoegd acht om, bij een *a priori*-toetsing maar nadat het referendum is gehouden, uitspraak te doen over de (grond)wetsbepaling die uitvoering aan de wil van het volk geeft.⁸⁷⁴

297. *Geen advies* – Naast de wettelijke adviesmogelijkheid inzake presidentsverkiezingen en het referendum, heeft de *Conseil constitutionnel* geen adviesbevoegdheid: hij acht zich dan ook onbevoegd om advies te geven over de ontvankelijkheid van een ingediende motie van wantrouwen⁸⁷⁵ of over mogelijke wijzigingen aan het reglement van de *Assemblée*⁸⁷⁶.

(3) HET SUPREME COURT

298. *Advisory opinions* – Het *Supreme Court* antwoordt niet op abstracte, hypothetische vragen over de grondwettigheid van handelingen van staatsorganen: het evenwicht der machten staat alleen toe dat het hof geschillen ("*cases and controversies*") beslecht. Een wet die het *Supreme Court* oplegt om over de grondwettigheid van een wet uitspraak te doen zonder dat er sprake is van een geschil, is ongrondwettig.⁸⁷⁷

"La décision de Conseil constitutionnel du 24 mars 2005, *Hauchemaille et Meyet*: un nouveau pas en matière de contrôle des référendums", tekst rond voetnoot 32.

⁸⁷¹ G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 522; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel (2013)*, nr. 219 en A. STONE, *The Birth of Judicial Politics in France*, 65.

⁸⁷² Onder meer M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, "La décision de Conseil constitutionnel du 24 mars 2005, *Hauchemaille et Meyet*: un nouveau pas en matière de contrôle des référendums", tekst rond voetnoot 42 (*État de droit*) en D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel (2013)*, nr. 220.

⁸⁷³ LUCHAIRE, geciteerd door D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel (2013)*, nr. 219.

⁸⁷⁴ Cons. const. 6 november 1962, nr. 62-20 DC, nr. 2 (grondwetsbepaling) ("*il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale*") en 23 september 1992, nr. 92-313, nr. 2 (wet) ("*équilibre des pouvoirs établi par la Constitution*"). De weigering van de *Conseil* is ingegeven door zijn ontstaansgeschiedenis: hij moest voornamelijk voorkomen dat de wetgever zichzelf soeverein achtte en op ongrondwettige wijze wetgeving zou uitvaardigen. Omdat sinds 1995 het toepassingsgebied voor referenda is uitgebreid tot het economische en sociale beleid, moet erover worden gewaakt dat het referendum niet wordt herleid tot een gewoon en banaal wetgevend instrument, om het toezicht van de *Conseil* te vermijden. D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel (2013)*, nrs. 222-223.

⁸⁷⁵ Cons. const. 14 september 1961, nr. 61-1 AUTR, nr. 2.

⁸⁷⁶ Cons. const. 16 april 1986, nr. 86-3 ELEC, nr. 1.

⁸⁷⁷ SC 23 januari 1911, *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911). Zie ook SC 11 juni 1945, *Alabama State Federation of Labor v. McAdory* ("*This Court is without power to give advisory opinions. (...) It has long been its considered practice not to decide abstract, hypothetical or contingent questions (...), or to decide any constitutional question in advance of the necessity for its decision (...), or to formulate a rule*

Nochtans is algemeen geweten dat sommige rechters juridisch advies geven aan de President of aan parlementsleden met wie zij een sterke vriendschap of nauwe banden hebben.⁸⁷⁸ Dit advies gaat dan niet uit van het hof, maar van de rechter, zodat het niet zeker is of dit advies de mening van het gehele hof weerspiegelt.

C. EEN A PRIORI-TOETSING IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

299. *Rechtsstaat* – Hierboven is onderzocht of de vier landen een *a priori*-toetsing aan het grondwettelijk hof hebben toegekend. Omdat dit in enkele landen (al dan niet blijvend) is gebeurd, heeft de rechtspraak aangetoond en de rechtsleer uiteengezet dat zo'n *a priori*-toetsing op juridische bezwaren kan stuiten. In een rechtsstatelijk perspectief, namelijk in het licht van het evenwicht der machten, is deze *a priori*-toetsing immers niet vanzelfsprekend (1). Problematischer is bovendien haar verhouding met en haar gevolgen voor de *a posteriori*-toetsing (2).

(1) DE A PRIORI-TOETSING

300. *Adviesverlening is geen rechterlijke functie* – Een rechter een adviesbevoegdheid toekennen is niet vanzelfsprekend. Het is *wesensfremd*⁸⁷⁹ aan de bevoegdheid van een rechter: een rechter beslecht, maar adviseert niet. Het evenwicht der machten vereist in beginsel dat de rechter slechts beslist over geschillen die door de partijen aan hem worden voorgelegd. Opdat de grondwettelijke rechter niet in de plaats van de wetgever zou treden, vormt dit een belangrijk element in de institutionele legitimiteit van een grondwettelijk hof. De (grond)wetgever mag van dit beginsel afwijken, doch dan wordt de scheidingslijn tussen rechtscollege en parlementaire instantie kleiner. Dit blijkt onder meer uit het Franse debat over de kwalificatie van de *Conseil constitutionnel* die, hoewel hij *a priori* een bindende uitspraak velt en dus als rechter optreedt, bij aanvang eerder als een parlementair orgaan werd beschouwd en slechts gaandeweg als rechtscollege werd erkend.⁸⁸⁰

of constitutional law broader than is required by the precise facts to which it is to be applied (...) or to decide any constitutional question except with reference to the particular facts to which it is to be applied (...).") Een andere rechtsvraag behelst de vraag of het *Supreme Court* nog over een geschil mag oordelen wanneer er geen verwerende partij is. Dit wordt verder in dit proefschrift besproken, zie *infra*, randnummer 803.

⁸⁷⁸ Zie CH. M. LAMB, "Judicial Restraint on the Supreme Court", in ST. C. HALPERN en CH. M. LAMB (eds.), *Supreme Court Activism and Restraint*, Lexington, LexingtonBooks, 1982, 21.

⁸⁷⁹ BVerfG 8 december 1952, *BVerfGE* 2, 79 (86).

⁸⁸⁰ *Pro* de kwalificatie als parlementair orgaan, zie onder meer J.-C. BALAT, *La nature juridique du contrôle de constitutionnalité des lois dans le cadre de l'article 61 de la Constitution de 1958*, Parijs, PUF, 1983, 80-81 en A. STONE, *The Birth of Judicial Politics in France*, 108-109. *Pro* de kwalificatie als rechtscollege, zie onder meer, ook voor meer verwijzingen, L. FAVOREU, "Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français", in X (ed.), *La crise du juge*, Story Scientia/LGDJ, 67-69 en J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", 1754.

301. *Bindende a priori-uitspraak* – Indien het rechtscollege wordt gevraagd om voor de afkondiging van de wet een bindende rechterlijke uitspraak te doen, moet de procedure voldoende toegankelijk zijn: er moet een ruime toegang tot de rechter zijn, waarbij ook burgers een zaak aanhangig kunnen maken, en er moet worden gewaarborgd dat alle (mogelijke) partijen schriftelijk en mondeling kunnen tussenkomen, opdat alle standpunten aan bod kunnen komen.⁸⁸¹

302. *A posteriori-toetsing* – Zelfs indien de *a priori*-toetsing voldoende toegankelijk is, biedt de *a posteriori*-toetsing een ruimere rechtsbescherming. De uitbreiding van de bevoegdheid van de *Conseil constitutionnel* tot de prioritaire vraag wordt dan ook uitdrukkelijk op het rechtsstaatsbegrip gestoeld.⁸⁸² Soms blijkt een grondwetschending immers slechts uit de praktijk: door een ruimere of andere dan voorziene toepassing van de wetkrachtige norm of door haar verhouding met andere normen. Bovendien moet aan de burger de kans worden geboden om een ongrondwettigheid aan te vechten. Vermits de burger dit wellicht slechts doet wanneer hij de ongrondwettigheid in de praktijk ondervindt, is een *a posteriori*-toetsing noodzakelijk.

(2) DE VERHOUDING MET EN GEVOLGEN VOOR DE A POSTERIORI-TOETSING

303. *A posteriori onbevoegd?* – Moet het Grondwettelijk Hof zich onbevoegd verklaren om de wetkrachtige norm die uit een volksraadpleging over een gewestelijke materie voortvloeit, te toetsen? In elk geval mag het Grondwettelijk Hof niet, wat de *Conseil* wel doet, op grond van de notie van de volkssoevereiniteit oordelen dat het onbevoegd is om deze wetkrachtige normen te toetsen. Vooreerst kent de Belgische Grondwet de soevereiniteit niet aan het volk toe.⁸⁸³ Daarenboven is een volksraadpleging over een gewestelijke materie slechts een volksraadpleging: het is niet bindend, slechts een deel van de (Belgische) burgers kan deelnemen, er zal wellicht geen stemplicht zijn en geen bijzonder meerderheidsvereiste. De wetkrachtige norm die daaruit voortvloeit mag niet ongrondwettig zijn. Zo niet zou de (nationale) Grondwet aan de (gewestelijke) volksraadpleging worden ondergeschikt.⁸⁸⁴

304. *A posteriori?* – In de hypothese dat het Grondwettelijk Hof zich principieel bevoegd zou achten om de wetkrachtige norm die de volksraadpleging uitvoert *a posteriori* te

⁸⁸¹ BVerfG 8 december 1952, *BVerfGE* 2, 79 (94). Omdat alleen parlementsleden wetten aan de toetsing van de *Conseil constitutionnel* konden laten onderwerpen, was deze *a priori*-toetsing ontoereikend in het licht van de vereisten van de rechtsstaat, meenden de rechtsleer en de grondwetgever. Zie *infra*, randnummer 312.

⁸⁸² Zie *infra*, randnummer 312.

⁸⁸³ In wezen kent de Belgische Grondwet aan geen enkel orgaan de soevereiniteit toe. In de Grondwet wordt slechts bepaald dat alle machten uitgaan van de Natie. Zie ook A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht (2011)*, 120-121 en R. GEENENS en S. SOTTIAUX, "Sovereignty and political participation: lessons from Constant and the Belgian case", *te verschijnen* 2015, IV.

⁸⁸⁴ Het *Bundesverfassungsgericht* heeft geoordeeld dat de kern van de *Grundgesetz* ook niet bij referendum kan worden gewijzigd. BVerfG 12 oktober 1993, *BVerfGE*, 89, 155 (180), Maastrichtarrest. In het Lissabonarrest heeft het hof de vraag of de burgers bij referendum een nieuwe grondwet kunnen uitvaardigen echter open gelaten. BVerfG 6 juli 2010, *BVerfGE* 123, 267 (343).

toetsen, wat kan de omvang van deze *a posteriori*-toetsing nog zijn? Uit de analyse van de Franse rechtspraak blijkt dat het, in het licht van de rechtsstatelijke vereisten aan de rechterlijke functie, niet vanzelfsprekend is dat de *a priori*-toetsing en de *a posteriori*-toetsing verenigbaar zijn: het recht op een onpartijdige rechter kan immers in het gedrang komen. In welke mate beperken het recht op een onpartijdige rechter én de *a priori*-toetsing dan ook de *a posteriori*-toetsing van het hof?

305. Onpartijdigheid – Een *a priori*-toetsing is moeilijk verenigbaar met een *a posteriori*-toetsing. In Frankrijk is de *a posteriori*-toetsing, tenzij bij gewijzigde omstandigheden, uitgesloten voor wetsbepalingen die in de overwegingen en in het dispositief van de beslissing grondwettig werden verklaard.⁸⁸⁵ Bij de specifieke regelgeving in verband met de presidentsverkiezingen is dit niet het geval en dat wordt in de rechtsleer bekritiseerd.⁸⁸⁶ Deze kritiek is terecht in het licht van de rechtspraak van het EHRM, dat al meermaals heeft geoordeeld dat een rechter die uitspraak doet over (de grondwettigheid van) een (wetskrachtige) norm, wanneer hij eerder advies over (de grondwettigheid van) deze norm heeft verleend, geen onpartijdige rechter is.⁸⁸⁷ Toestaan dat grondwettelijke rechters *a priori* een advies verlenen of een bindende uitspraak doen over de grondwettigheid van ontwerpen van wetskrachtige normen, leidt ertoe dat diezelfde rechters zich niet meer kunnen uitspreken over de grondwettigheid van de norm, eens deze is afgekondigd. Op dit bezwaar stuit dan ook het voorstel van CEREXHE om een adviesbevoegdheid aan het Grondwettelijk Hof toe te kennen.

306. Niet dezelfde zaak – Uit de rechtspraak van het EHRM kan alleen worden afgeleid dat een *a priori*-toetsing een *a posteriori*-toetsing niet uitsluit wanneer het *a priori*-advies of oordeel en het *a posteriori*-oordeel niet over “dezelfde zaak” gaan.⁸⁸⁸ Of in België de *a priori*- en de *a posteriori*-toetsing over “dezelfde zaak” zullen gaan, zal uit de praktijk moeten blijken. Dit zal wellicht afhangen van de formulering van de vraag van de volksraadpleging en van de inhoud van de afgekondigde wetskrachtige norm die vervolgens aan het Grondwettelijk Hof wordt voorgelegd.⁸⁸⁹ Wanneer de vraag van de volksraadpleging beperkt is en slechts met ja of neen kan worden beantwoord en de wetskrachtige norm ruimer is dan het antwoord op de vraag, zou het hof opnieuw een grondige toetsing moeten uitoefenen. Indien, zoals in Frankrijk⁸⁹⁰, aan het Grondwettelijk Hof en aan de

⁸⁸⁵ Artikelen 23-2 en 23-5, derde alinea *Loi organique Conseil constitutionnel*. Zie Cons. const. 22 september 2010, nr. 2010-31, 4; 30 juli 2010, nr. 2010-14/22 QPC, 12 en 2 juli 2010, nr. 2010-9 QPC, 3. Zie J. BONNET, "Les contrôles a priori et a posteriori", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2013, (105) 108; R. FRAISSE, "La chose jugée par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de ses décisions et la QPC", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2011, (77) 81 en 85 en J. GICQUEL, "L'article 26", *Petites Affiches* 2008, (77) 77.

⁸⁸⁶ Zie *supra*, randnummer 295.

⁸⁸⁷ Deze rechtspraak wordt besproken in de tweede titel van het tweede deel, naar aanleiding van het recht op een onpartijdige rechter. Zie randnummer 726.

⁸⁸⁸ Zie randnummer 726. Zie ook D. KOSAŘ, "Policing Separation of Powers: A New Role for the European Court of Human Rights?", 43-44.

⁸⁸⁹ VELAERS pleit voor een toezicht op de vraagstelling door een comité van deskundigen inzake effecten van vraagverwoording. J. VELAERS, "Het referendum en de volksraadpleging in grondwettelijk perspectief", 284.

⁸⁹⁰ In Frankrijk moeten het wetsvoorstel en de memorie van toelichting aan het volk worden voorgelegd. Cons. const. 7 april 2005, nr. 2005-33, nrs. 5-6 ("*exigences de clarté et de loyauté de la consultation*"). Zie ook M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, "La décision de Conseil constitutionnel du 24 mars 2005,

burgers een volledig uitgewerkt voorstel van decreet of ordonnantie zal worden voorgelegd, zal het Grondwettelijk Hof nog moeilijk anders kunnen oordelen dan het in zijn *a priori*-toetsing heeft gedaan. Indien het dit toch doet, zal uit de rechtspraak een voldoende onderscheid moeten blijken tussen de rechtsvragen die het naar aanleiding van de *a priori*-toetsing heeft beantwoord en de rechtsvragen die *a posteriori* worden beantwoord. In zoverre dat niet het geval is, moet het Grondwettelijk Hof om het recht op een onpartijdige rechter te vrijwaren de *a posteriori*-toetsing afwijzen.

Hauchemaille et Meyet: un nouveau pas en matière de contrôle des référendums", tekst bij voetnoot 40.

2. DE A POSTERIORI-TOETSING

307. *Recht op toegang tot de rechter* – In Frankrijk werd geoordeeld dat om de rechtsstaat te verwezenlijken een *a priori*-toetsing van de wetgeving onvoldoende is.⁸⁹¹ Een grondwettelijk hof moet, om de (politieke, juridische en persoonlijke) vrijheid als doel van de rechtsstaat te waarborgen, erover waken dat de grondwet en de grondrechten van de burgers worden geëerbiedigd. Omdat de burgers het best geplaatst zijn om te oordelen of (de grondwet en) hun grondrechten worden geschonden, komt het ook aan hen toe om de ongrondwettigheid van wetgeving aan een grondwettelijk hof voor te leggen.⁸⁹² Daarom wordt hieronder nagegaan of in België (**A**) en de drie andere onderzochte landen (**B**) de burgers na de afkondiging van wetgeving een recht op toegang tot de grondwettelijke rechter hebben.

A. HET GRONDWETTELIJK HOF

308. *Burger* – In België is dit recht op toegang tot de grondwettelijke rechter vanaf de oprichting van het toenmalige Arbitragehof gewaarborgd: via de procedure van de prejudiciële vraag. In tegenstelling tot in Frankrijk, heeft in België de burger bovendien rechtstreeks toegang tot het Grondwettelijk Hof. Door de uitbreiding van de verzoekende partijen tot alle belanghebbenden in 1989 kan een natuurlijke of rechtspersoon ook een beroep tot vernietiging tegen een wetkrachtige norm bij het Grondwettelijk Hof instellen. Dit is één van de fundamentele wijzigingen die het toenmalige Arbitragehof tot een grondwettelijk hof hebben omgevormd.⁸⁹³ Omdat het Grondwettelijk Hof de notie “belang” doorgaans vrij ruim interpreteert, is er daarenboven een ruime toegang tot het Grondwettelijk Hof.⁸⁹⁴

B. BUITENBLIK

309. *Burger toegang?* – Hieronder wordt kort onderzocht of in Duitsland (**1**), Frankrijk (**2**) en de Verenigde Staten van Amerika (**3**) de burgers na de afkondiging van wetgeving een recht op toegang tot de grondwettelijke rechter hebben.

⁸⁹¹ Zie *infra*, randnummer 312.

⁸⁹² H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", 246.

⁸⁹³ J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 275.

⁸⁹⁴ Over het belangvereiste, zie randnummer 840 e.v.

310. *Abstracte en concrete normencontrole* – De abstracte normencontrole, de Duitse evenknie van het beroep tot vernietiging bij het Grondwettelijk Hof, staat niet open voor de Duitse burger: alleen de *Bundesregierung*, de regering van een *Land* of een derde van de leden van *Bundestag* kan een procedure voor abstracte normencontrole bij het *Bundesverfassungsgericht* aanhangig maken. De concrete normencontrole is vergelijkbaar met de prejudiciële vraag: via dit instrument heeft de burger een – in de tijd – onbeperkte toegang tot het *Bundesverfassungsgericht*.

311. *Verfassungsbeschwerde* – Met de *Verfassungsbeschwerde* heeft de Duitse burger ook (tijdelijk) een rechtstreekse toegang tot zijn grondwettelijk hof: hiermee klaagt de Duitse burger de ongrondwettigheid van een staatshandelen aan.⁸⁹⁵ Deze procedure zorgt voor meer dan vijfennegentig procent van de aanvragen bij het hof en deze procedure is ook essentieel: het hof mag niet alleen een scheidsrechter tussen staatsorganen zijn, maar moet ook de grondwetsbescherming van de burger waarborgen.⁸⁹⁶ Daarom wordt de *Verfassungsbeschwerde* geroemd als de “Koningin” van de wegen naar het hof en als sluitstuk van de rechtsbescherming.⁸⁹⁷

De *Verfassungsbeschwerde* heeft echter een beperktere draagwijdte dan het Belgische beroep tot vernietiging door niet-institutionele verzoekers: door het grote aantal aanvragen, leidt niet elke aanvraag tot een arrest en het *Bundesverfassungsgericht* ziet streng erop toe dat alleen wetgevende normen die *rechtstreeks* de burger raken, via de *Verfassungsbeschwerde* ter toetsing kunnen worden voorgelegd. Daartegenover staat dat de *Verfassungsbeschwerde* een veel ruimere draagwijdte heeft: via deze procedure kan de ongrondwettigheid van administratieve en rechterlijke beslissingen worden aangevochten en kan tevens de grondrechtenbescherming tussen privépersonen worden afgedwongen.⁸⁹⁸ Deze procedure zorgt ervoor “dat de gehele rechtsorde wordt geconstitutionaliseerd”.⁸⁹⁹

⁸⁹⁵ Over de oorsprong van de *Verfassungsbeschwerde*, die negentiende-eeuwse wortels heeft, zie E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 181-184 (§ 19, nr. 420-423); K. SCHLAICH en S. KORIOOTH, *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, 144 (nr. 197) en R. ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, München, C.H. Beck 2013, 4^{de} ed., nr. 143 e.v.

⁸⁹⁶ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 180 (§ 19, nr. 418) en R. ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde* (2013), nr. 9 e.v.

⁸⁹⁷ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 190 (§ 19, nr. 441); U. SCHEUNER, "Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland", 500 (rechtsstaatselement) en R. ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde* (2013), nr. 9 e.v.

⁸⁹⁸ BVerfG 15 januari 1958, BVerfGE 7, 198 (205-206) (Lüth-arrest) “*Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften. Wie neues Recht im Einklang mit dem grundrechtlichen Wertesystem stehen muß, so wird bestehendes älteres Recht inhaltlich auf dieses Wertesystem ausgerichtet; von ihm her fließt ihm ein spezifisch verfassungsrechtlicher Gehalt zu, der fortan seine Auslegung bestimmt. Ein Streit zwischen Privaten über Rechte und Pflichten aus solchen grundrechtlich beeinflussten Verhaltensnormen des bürgerlichen Rechts bleibt materiell und prozessual ein bürgerlicher Rechtsstreit. Ausgelegt und angewendet wird bürgerliches Recht, wenn auch seine Auslegung dem öffentlichen Recht, der Verfassung, zu folgen hat.*”

⁸⁹⁹ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 181 (§ 19, nr. 419).

312. *Prioritaire vraag* – Tot 2010 kon de *Conseil constitutionnel* een afgekondigde wet niet op haar grondwettigheid toetsen. Dat de *Conseil* hiertoe in 2010 bevoegd werd, is het resultaat van een twintigjaardurende poging om aan de burgers de mogelijkheid te geven om hun fundamentele rechten af te dwingen, ook na de inwerkingtreding van de wet.⁹⁰⁰ Deze uitbreiding werd uitdrukkelijk beschouwd als een instrument om de Franse rechtsstaat te vervolmaken⁹⁰¹: omdat niet elke wetgevende norm *a priori* wordt getoetst, omdat de burger geen toegang tot de *a priori*-toetsing had en omdat een grondwettigheid soms slechts in de praktijk kan blijken (in de toepassing van de wet of in haar verhouding met andere wetgeving...), is het noodzakelijk dat in een rechtsstaat de ongrondwettigheid van wetgeving kan worden beoordeeld, nadat de wetgeving is uitgevaardigd. Verscheidene opties werden onderzocht, maar uiteindelijk werd voor de volgende regeling gekozen: de burger mag de rechter verzoeken aan de *Conseil constitutionnel* een prioritaire vraag te stellen over de overeenstemming van de wetsbepaling⁹⁰² met de in de *Constitution gewaarborgde rechten en vrijheden*.⁹⁰³ De rechter onderzoekt of de vraag niet reeds is gesteld en of de vraag niet manifest ongegrond is. Indien niet, stuurt de rechter de vraag naar het Hof van Cassatie of de Raad van State, dat of die oordeelt of de vraag aan de *Conseil constitutionnel* wordt gesteld. Een arrest van de *Conseil constitutionnel*, waarin de ongrondwettigheid van de wetsbepaling wordt vastgesteld, werkt *erga omnes*: het arrest geldt ten aanzien van alle staatsmachten en de burgers. De wetsbepaling wordt ongrondwettig verklaard en wordt opgeheven vanaf het ogenblik van de bekendmaking of

⁹⁰⁰ Een eerste poging gebeurde in 1990 (*Projet de loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, Assemblée nationale*, nr. 1204, 30 maart 1990), een tweede met het ontwerp van grondwetswijziging in 1993 (*Projet de loi constitutionnelle portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VII, VIII, IX et X, Sénat*, 1992-93, nr. 231 (nr. 232 rectifié), *Assemblée nationale*, nr. 356). Ook in een ontwerp van de werkgroep die de Grondwet van 1958 opstelde, kwam een bepaling voor die de *Conseil constitutionnel* bevoegd maakte te antwoorden op een prioritaire vraag over de grondwettigheid van een wet. Zie G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 493 en A. STONE, *The Birth of Judicial Politics in France*, 58-59.

⁹⁰¹ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport Commission des Lois constitutionnelles (Ass. nat. 2008, nr. 892)*, 17 en vanaf 59. Deze *a posteriori*-toetsing, de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, een modernisering van de Economische en Sociale Raad en de oprichting van een nieuwe instelling, de *Défenseur des droits des citoyens*, geven de burger in de *Constitution* verankerde instrumenten om aan de verwezenlijking van de *État de droit* mee te werken. Dit alles moet ook leiden tot een samenwerking – evenwicht – van de machten, die reeds in 1958 werd beoogd. "À la confusion des pouvoirs dans une seule assemblée, à la stricte séparation des pouvoirs avec priorité au chef de l'État, il convient de préférer la collaboration des pouvoirs – un chef de l'État et un Parlement séparés, encadrant un Gouvernement issu du premier et responsable devant le second." M. DEBRÉ, 27 augustus 1958, voorstelling ontwerp nieuwe *Constitution*, geciteerd in ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport Commission des Lois constitutionnelles (Ass. nat. 2008, nr. 892)*, 13.

⁹⁰² Die niet bij een *a priori*-toetsing door de *Conseil constitutionnel* in de overwegingen en in het dispositief van het arrest grondwettig werd verklaard. Zie *supra*, randnummer 304.

⁹⁰³ Artikel 61-1 *Constitution*. Cons. const. 22 juli 2010, nr. 2010-4/17 QPC, nrs. 6-7 en 22 december 2010, nr. 2010-33 QPC, nr. 2. De bevoegdheid van de *Conseil constitutionnel* is aldus verschillend in de toetsingsprocedure *a priori* en *a posteriori*. Zie, *infra*, randnummer 348.

vanaf de in het arrest vermelde datum.⁹⁰⁴ De *Conseil constitutionnel* kan evenwel de gevolgen van het arrest bepalen, zoals de mogelijkheid om andere wijzen van rechtsherstel voor het slachtoffer aan te duiden.⁹⁰⁵

De grondwetgever wou hiermee niet alleen de burger een betere rechtsbescherming bieden, maar tevens de grondwettigheidstoetsing uit het (vaak sterk gemediatiseerde) politieke debat tussen meerderheid en minderheid halen en naar een juridisch debat tussen de burger en de overheid hertalen.⁹⁰⁶ Deze regeling moet bovendien rechtszekerheid en efficiëntie waarborgen, doordat ze een uniforme grondwetsinterpretatie door de hoogste rechtscolleges bevordert en de bevoegdheid van de *Conseil constitutionnel* beperkt is tot een toetsing aan de in de *Constitution* gewaarborgde rechten en vrijheden.⁹⁰⁷ Opdat de *Conseil* evenwel niet onder nieuwe zaken zou worden bedolven, treden het Hof van Cassatie en de Raad van State als filter op.⁹⁰⁸

(3) HET SUPREME COURT

313. *Ongrondwettigheidsexceptie* – In de Verenigde Staten van Amerika is de grondwettigheidstoetsing een ongrondwettigheidsexceptie: in *Marbury v. Madison*⁹⁰⁹ oordeelde het *Supreme Court* dat een rechter een ongrondwettige federale wet buiten

⁹⁰⁴ Daarom krijgt de exceptie van ongrondwettigheid wellicht de voorkeur boven de exceptie van schending van het verdrag, daar deze laatste exceptie slechts gevolgen *inter partes* heeft. J.-L. DEBRÉ, "Le Conseil constitutionnel aujourd'hui et demain", 11.

⁹⁰⁵ De rechtspraak moet bepalen op welke wijze alsnog rechtsherstel kan worden genoten, daar deze materie te divers en heterogeen is om in een algemene en vage grondwetsbepaling te worden bepaald. In het rapport van de commissie worden alvast het herstel van de loopbaan en de invordering van niet-ontvangen vergoedingen als voorbeelden gegeven, zie ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport Commission des Lois constitutionnelles (Ass. nat. 2008, nr. 892)*, 443.

⁹⁰⁶ De Senaat wou de *Conseil constitutionnel* tot *Cour constitutionnelle* hernoemen, maar dit werd niet aanvaard door de *Assemblée nationale*. Deze laatste meent dat niemand de rechterlijke functie van de *Conseil constitutionnel* ontkent en acht een verandering van naam niet nodig. De *Assemblée nationale* heeft evenmin het voorstel van de Senaat aanvaard om aan een parlementaire fractie de hoedanigheid toe te kennen om een wet *a priori* aan de *Constitution* te laten toetsen, net zo min als het voorstel om het recht van de voormalige presidenten om in de *Conseil constitutionnel* te zetelen af te schaffen. SÉNAT, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législations, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi constitutionnelle, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, de modernisation des institutions de la Ve République*, 28.

⁹⁰⁷ Onder meer om deze reden werd het Amerikaanse diffuse model van loutere *a posteriori*-grondwettigheidstoetsing niet aanvaard.

⁹⁰⁸ Een eventuele divergentie in de praktijk bij de twee hoogste rechtscolleges moet worden ondervangen door een constructieve dialoog tussen de drie hoogste rechtscolleges. Bovendien vreesden de Commissie en de Raad van State niet voor een *guerre des juges* in Frankrijk, daar de Franse hoogste rechtscolleges – gelet op hun praktijk naar het Hof van Justitie toe – (wel) prejudiciële vragen aan de *Conseil constitutionnel* zullen stellen. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport Commission des Lois constitutionnelles (Ass. nat. 2008, nr. 892)*, 438-439. De praktijk bleek aanvankelijk evenwel anders. Over deze filter en het recht op toegang tot de rechter, zie M. GUILLAUME, "Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2011, (67) 80-81.

⁹⁰⁹ SC 24 februari 1803, 5 U.S. (1 Cranch), 137, 170 (1803).

toepassing moet laten.⁹¹⁰ Er is geen gecentraliseerde grondwettigheidstoetsing door een grondwettelijk hof, waartoe de burger toegang zou hebben. De grondwettigheidstoetsing is een bevoegdheid van elke rechter en het *Supreme Court* toetst als hoogste rechtscollege de “rechtspraktijk” aan de *US Constitution*: in het kader van deze toetsing kan het noodzakelijk zijn dat een federale wet aan de *US Constitution* wordt getoetst. Ten slotte sluit het *Supreme Court* niet uit dat een wet *in abstracto* aan het hof wordt voorgelegd.⁹¹¹

314. *Writ of certiorari* – Omwille van de hoge werkbelasting⁹¹², onderzoekt het *Supreme Court* niet elke zaak die aan hem wordt voorgelegd. Wanneer de *writ of certiorari* wordt geweigerd, doet het hof geen uitspraak.⁹¹³ Dit betekent niet dat de burger geen mogelijkheid heeft (gehad) om zijn grondrechten te laten gelden: voor de lagere rechter kan de burger zich op zijn grondrechten beroepen.⁹¹⁴

C. DE A POSTERIORI-TOETSING IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

315. *Recht op toegang tot de rechter* – Hierboven werd onderzocht of de burgers van de vier onderzochte landen recht op toegang tot de grondwettelijke rechter hebben. In een rechtsstaat moet een burger de ongrondwettigheid kunnen aanvoeren van een overheidshandeling die hem raakt.⁹¹⁵ Om deze reden wordt de uitbreiding van de toegang tot de *Conseil constitutionnel* voor Franse burgers (met de prioritaire vraag, sinds 2010) als een vervolmaking van de *État de droit* beschouwd.⁹¹⁶ Alleen bij het *Bundesverfassungsgericht* en het Grondwettelijk Hof was deze rechtstoegang van bij het begin vanzelfsprekend. In de Verenigde Staten is in de *US Constitution* gewaarborgd dat wetten van de staten aan de *US Constitution* kunnen worden getoetst, en sinds 1803 geldt dit krachtens *Marbury v. Madison* ook voor federale wetten. Sinds 2010 kunnen burgers in de vier onderzochte landen aldus aan het grondwettelijk hof vragen om een wet die hen ongunstig raakt aan de grondwet te toetsen: zij hebben een recht op toegang tot de grondwettelijke rechter. Elk land heeft evenwel zijn specificiteiten met betrekking tot de procedure die moet worden gevolgd.

⁹¹⁰ De bevoegdheid van de rechtscollages van de staten om statelijke wetten aan de *US Constitution* te toetsen, is gesteund op artikel VI, tweede lid *US Constitution*.

⁹¹¹ Zie recent in SC 22 juni 2015, *Los Angeles v. Patel*, II.A. Dit heet “*facial challenge*”: “*an attack on a statute itself as opposed to a particular application. While such challenges are “the most difficult . . . to mount successfully,” United States v. Salerno, 481 U. S. 739, 745 (1987), the Court has never held that these laims cannot be brought under any otherwise enforceable provision of the Constitution.*”

⁹¹² Zie *infra*, voetnoot 2333.

⁹¹³ Over de praktijk van het *Supreme Court* om zaken toe te laten, zie randnummers 801 en 805.

⁹¹⁴ Zelfs indien het *Supreme Court* de zaak aanvaardt, toetst het niet elke praktijk of wetgevende norm aan de *US Constitution*. Op grond van zijn *political question doctrine* (hierover meer vanaf randnummer 352) weigert het *Supreme Court* bepaalde kwesties te beslechten. Zowel de weigering van de *writ of certiorari* als de *political question doctrine* leiden ertoe dat het *Supreme Court* zich niet over een zaak uitsprekt. De *political question doctrine* heeft evenwel verderstrekkende gevolgen: omwille van de precedentenwerking zal zo’n kwestie nooit nog door een rechter worden behandeld, tenzij het *Supreme Court* zijn rechtspraak herziet.

⁹¹⁵ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 3 (§ 1, nr. 6).

⁹¹⁶ Over de verhouding van de *a priori*- en de *a posteriori*-toetsing met de legitimiteit van de rechterlijke grondwettigheidstoetsing, zie L. FAVOREU, “*La légitimité du juge constitutionnel*”, 563-565.

316. *Onvolledige rechtsbescherming* – Er zijn evenwel leemten in de grondwettigheidsbescherming: ten gevolge van de beperkte bevoegdheid van een grondwettelijk hof of van de rechtspleging (termijnen, filter en *writ of certiorari*). Deze laatste beperkingen worden in de derde titel van dit tweede deel, die over de rechtspleging gaat, besproken. Omdat de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof beperkt is – zowel qua getoetste normen als qua referentienormen – wordt in de volgende twee hoofdstukken onderzocht of de rechtsstaat vereist dat een grondwettelijk hof bevoegd is om te toetsen aan de gehele grondwet (**hoofdstuk II**) en om de grondwettigheid van elk overheidshandelen te toetsen (**hoofdstuk III**).

II. VOOR DE GEHELE GRONDWET?

317. *Referentienormen* – In een rechtsstaat stelt de grondwet formele en materiële beperkingen aan het overheidshandelen. De grondwet moet worden nageleefd: de hiërarchie der normen, het evenwicht der machten en de bescherming van de fundamentele rechten vereisen dit. Betekent dit dat een grondwettelijk hof de naleving van elke grondwetsbepaling moet waarborgen? Vertrekkend van de beperkte bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof worden in de **eerste afdeling** enkele leemten in zijn toetsing aangeduid en wordt in de **tweede afdeling** nagegaan of deze leemten ook bestaan in de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht* (A), de *Conseil constitutionnel* (B) en het *Supreme Court* (C). In de **derde afdeling** wordt ten slotte onderzocht of de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof in een rechtsstatelijk perspectief moet worden uitgebreid.

1. HET GRONDWETTELIJK HOF

318. *Bevoegdheid en leemten* – Hieronder wordt de beperkte bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof uiteengezet, alsmede de wijze waarop het Grondwettelijk Hof zijn bevoegdheid heeft verruimd (A). Vervolgens wordt vastgesteld dat het Grondwettelijk Hof zijn bevoegdheid niet tot een toetsing aan de gehele Grondwet heeft verruimd en worden enkele leemten in zijn toetsing aangeduid (B).

A. DE LEGE LATA

319. *Beperkte bevoegdheid* – Luidens artikel 142 van de Grondwet en de artikelen 1 en 26 van de Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof kan het hof wetskrachtige normen toetsen aan de bevoegdheidverdelende regels, aan het in artikel 143, § 1 van de Grondwet vervatte beginsel van de federale loyautéit en aan de volgende grondrechten: deze van Titel II en de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet. Het Grondwettelijk Hof kan aldus niet op *rechtstreekse* wijze toetsen aan de overige grondwetsbepalingen, aan algemene rechtsbeginselen of aan inter- en supranationale normen.⁹¹⁷

320. *Onrechtstreekse toetsing* – Het Grondwettelijk Hof heeft zijn toetsing evenwel uitgebreid: via twee technieken van onrechtstreekse toetsing dwingt het hof de naleving af van de rechten en vrijheden in de overige grondwetsbepalingen, algemene rechtsbeginselen of inter- en supranationale normen.

⁹¹⁷ Voor een overzicht van de uiteenlopende politieke standpunten inzake de beperkte bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof in 1989, zie J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 84-91.

De eerste techniek van onrechtstreekse toetsing maakt gebruik van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Omdat het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie elke discriminatie verbiedt, “ongeacht de oorsprong ervan”⁹¹⁸, is dit beginsel toepasselijk ten aanzien van alle rechten en vrijheden die door de Grondwet aan de Belgen worden toegekend⁹¹⁹ of die voortvloeien uit internationale verdragsbepalingen die België binden⁹²⁰ of uit algemene rechtsbeginselen⁹²¹. Deze techniek van onrechtstreekse toetsing is bovendien nogmaals uitgebreid omdat het Grondwettelijk Hof ook op onrechtstreekse wijze toetst aan (bepalingen van) richtlijnen van de Europese Unie, die geen rechten en vrijheden inhouden.⁹²² Deze richtlijnen hebben doorgaans wel een verband met door het Europese Unierecht aan de burger toegekende rechten of vrijheden, doch niet elke bepaling van de richtlijn waaraan wordt getoetst, houdt op zich een aan de burger toegekend recht of vrijheid in.⁹²³ Op deze manier waarborgt het hof de voorrang van het inter- en supranationale recht.⁹²⁴

De tweede techniek is gebaseerd op de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof om aan de in Titel II en in de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet vervatte grondrechten te toetsen: bij de toetsing aan deze grondrechten, houdt het hof rekening met de analoge

⁹¹⁸ GwH 13 oktober 1989, nr. 23/89, B.1.2. (vrijheid van vereniging): “Die bepaling heeft in haar eerste deel een algemene draagwijdte en verbiedt elke discriminatie, ongeacht de oorsprong ervan : de grondwettelijke regel van niet-discriminatie is van toepassing ten aanzien van alle rechten en vrijheden die aan de Belgen zijn toegekend.” Deze jurisprudentiële bevoegdheidsuitbreiding werd impliciet goedgekeurd door de bijzondere wetgever in 2003 toen hij de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof uitbreidde tot een toetsing aan de grondrechten van Titel II, de artikelen 170, 172 en 191 Gw. Zie ook K. MUYLLE en J. THEUNIS, “La Cour constitutionnelle comme juge de la séparation des pouvoirs: le cas des délégations et des validations”, in P. MARTENS (ed.), *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l’homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 139.

⁹¹⁹ GwH 30 april 2003, nr. 51/2003, B.9.; 3 december 1998, nr. 122/98, B.5. (artikel 22 Gw.); 15 mei 1996, nr. 34/96, B.3.1. en 14 december 1995, nr. 81/95, (artikel 23 Gw.). A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht (2011)*, 497 en M.-F. RIGAUX, “La nécessité d’un contrôle global de constitutionnalité: l’extension des compétences de la Cour Constitutionnelle”, *RBDC* 2013, (53) 56.

⁹²⁰ GwH 23 mei 1990, nr. 18/90 (*Pacificatiearrest*), B.11.3. De in dat arrest vermelde voorwaarde van rechtstreekse werking is niet meer vereist (uitdrukkelijk sinds GwH 22 juli 2003, nr. 106/2003, B.2.). A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht (2011)*, 498.

⁹²¹ GwH 18 november 1992, nr. 82/92, B.2.1. Voor meer verwijzingen, zie A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht (2011)*, 499.

⁹²² W. VERRIJDT, “Het Grondwettelijk Hof en het Unierecht: over constitutioneel pluralisme en rechterlijke dialoog”, in I. SAMOY, V. SAGAERT *et al.* (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 53.

⁹²³ Onder meer GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013, B.11.1 en de richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 “betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG”. Zie ook A. ALEN, J. SPREUTELS, E. PEREMANS *et al.*, “De samenwerking tussen de grondwettelijke hoven in Europa - huidige toestand en perspectieven”, *XVIde Congres van de Conferentie van de Europese Grondwettelijke Hoven*, Wenen, 12-14 mei 2014, nrs. 8 en 10 (“Gelet op het objectieve karakter van het grondwettelijk contentieux speelt ook de voorwaarde dat de internationale of supranationale norm waaraan onrechtstreeks wordt getoetst, rechten of vrijheden moet toekennen, nagenoeg geen rol meer. (...) [I]n latere arresten heeft het Hof niet onderzocht of de ingeroepen norm van internationaal of Europees recht zich al dan niet in de sfeer van de rechten en vrijheden situeert. Het toetst vaak op onrechtstreekse wijze aan internationale en supranationale verplichtingen die geen grondrechten zijn, zoals richtlijnen van de Europese Unie of algemene beginselen van Europees Unierecht.”)

⁹²⁴ A. ALEN, J. SPREUTELS, E. PEREMANS *et al.*, “De samenwerking tussen de grondwettelijke hoven in Europa - huidige toestand en perspectieven”, nr. 10.

rechten en vrijheden die in internationale verdragen worden gewaarborgd.⁹²⁵ Deze techniek staat het hof toe om in zijn toetsing aan de grondwetsbepalingen in sterke mate met de rechtspraak van de inter- en supranationale rechtscolleges rekening te houden.

B. LEEMTEN IN DE TOETSING

321. *Geen grondwetsvoorrang* – Het Grondwettelijk Hof mag dan wel een volledige voorrang van het inter- en supranationale recht (dat met de Grondwet verenigbaar is) waarborgen, het biedt niet dezelfde bescherming aan de gehele Grondwet. De naleving van vele grondwetsbepalingen wordt onrechtstreeks afgedwongen: in het kader van de toetsing aan het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie heeft het hof al getoetst aan grondwetsbepalingen met betrekking tot de verkiezingen⁹²⁶ en zou het ook bevoegd zijn om na te gaan of het verplicht en geheim karakter van de stem⁹²⁷ wordt gewaarborgd. Op dezelfde wijze heeft het hof ook getoetst aan de rechten en vrijheden die zijn vervat in de grondwetsbepalingen die de rechterlijke macht aangaan. Toch blijft er aantal grondwetsbepalingen over, waarvan het hof de naleving niet afdwingt. Het weigert bijvoorbeeld om, zelfs op onrechtstreekse wijze, te toetsen aan de grondwetsbepalingen die de taakverdeling tussen de wetgevende en uitvoerende macht (behoudens het wettigheidsbeginsel en de bevoegdheidverdelende regels) (1) of de totstandkoming van wetgeving regelen (2).

(1) HET EVENWICHT DER MACHTEN

322. *Evenwicht der machten* – In de Belgische Grondwet is er geen scherpe scheidingslijn tussen de taken van de wetgevende en de uitvoerende macht. Drie grote beginselen beheersen de takenverdeling. Vooreerst wordt in de Grondwet de regeling van de wezenlijke aspecten van de democratische rechtsstaat aan de wetgever voorbehouden: hij moet deze aangelegenheden regelen.⁹²⁸ Daarnaast erkent de Grondwet ook enkele exclusieve bevoegdheden van de Koning.⁹²⁹ Voor de overige, residuaire, aangelegenheden is

⁹²⁵ Voor het eerst in GwH 22 juli 2004, nr. 136/2004, B.5.4.

⁹²⁶ Artikelen 49 en 63, tweede lid Gw. GwH 26 mei 2003, nr. 73/2003, B.8.1.-8.5. en B.16.3.

⁹²⁷ Artikel 62, derde lid Gw.

⁹²⁸ Onder meer de bescherming en de beperking van de fundamentele rechten en vrijheden (titel II Gw.), de inrichting van de rechtscolleges (titel III, hoofdstuk VI en VII Gw.), het heffen van belastingen (artikelen 170 en 172 Gw.), de organisatie van de gewapende macht (artikel 182 Gw.) en van de geïntegreerde politiedienst (artikel 184 Gw.). J. VELAERS, "Het "recht op de wetgever": beschouwingen over de voorbehouden en de residuaire bevoegdheden", in R. ANDERSEN (ed.), *En hommage à Francis Delpérée: itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 1632.

⁹²⁹ De tenuitvoerlegging van de arresten en vonnissen (artikel 40, tweede lid Gw.), de benoeming van de ministers en federale staatssecretarissen (artikelen 96 en 104 GW), het verlenen van de graden in het leger (artikel 107, eerste lid Gw.); de benoemingen van de ambtenaren bij het algemeen bestuur en bij de buitenlandse betrekkingen (artikel 107, tweede lid Gw.), de bekrachtiging en afkondiging van de wetten (artikel 109 Gw.), het genaderecht (artikelen 110 en 111 Gw.), het recht munt te slaan (artikel 112 Gw.), adeldom te verlenen (artikel 113 Gw.) en de militaire orden te verlenen (artikel 114 Gw.). Zie onder meer GwH 2 juni 2004, nr. 99/2004, B.6.2.

de wetgever bevoegd, doch hij kan deze bevoegdheid aan de uitvoerende macht overdragen. In artikel 33 van de Grondwet wordt uitdrukkelijk bepaald dat alle machten van de Natie worden uitgeoefend op de wijze bij de Grondwet bepaald. Dwingt het Grondwettelijk Hof deze bepaling af?

323. Grondwettelijk Hof – Het is vaststaande rechtspraak dat het Grondwettelijk Hof slechts een beperkte bevoegdheid heeft om aan de grondwettelijke taakverdelende regels te toetsen: het acht zich niet bevoegd, zelfs niet via het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, om een wetsbepaling ongrondwettig te verklaren of te vernietigen die de bevoegdheidsverdeling tussen de wetgevende macht en de uitvoerende macht schendt, tenzij die schending indruist tegen de regels inzake de bevoegdheidsverdeling tussen de staat, de gemeenschappen en de gewesten of tenzij de wetgever, door de uitvoerende macht op te dragen een maatregel te nemen die niet onder haar bevoegdheid valt, aldus een categorie van personen uitsluit van het optreden van een democratisch verkozen vergadering, waarin de Grondwet uitdrukkelijk voorziet (dit is een door de Grondwet aan de wet voorbehouden aangelegenheid).⁹³⁰ Ondanks deze beperkte bevoegdheid vormt deze toetsing toch een groot aandeel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. De aan het hof voorgelegde zaken betreffen vaak materies waarin grondwettelijk gewaarborgde wettigheidsbeginselen in het geding zijn.⁹³¹

Dit proefschrift bevat geen analyse van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake de grondwettelijke wettigheidsbeginselen en de exclusieve bevoegdheden van de uitvoerende macht.⁹³² Daar het onderwerp van deze titel in het proefschrift de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof betreft, wordt slechts nagegaan in welke zaken die op het evenwicht der machten betrekking hebben, het Grondwettelijk Hof zich onbevoegd acht.

324. Delegatie in residuaire aangelegenheden – Het Grondwettelijk Hof acht zich onbevoegd om in de residuaire aangelegenheden te bepalen of de wetgevende dan wel de uitvoerende macht bevoegd is.⁹³³ Eén van de aan het Grondwettelijk Hof voorgelegde zaken is de wetgevende machtiging aan de minister om een wetgevende norm uit te voeren. Krachtens artikel 108 van de Grondwet en zijn deelstatelijke evenknie in de artikelen 20, 68, 69 en 78 van de Bijzondere Wet Hervorming der Instellingen, mag alleen de uitvoerende macht (dit zijn de federale en gemeenschaps- en gewestregeringen) de wetgevende normen uitvoeren. Dit zijn bepalingen die het evenwicht tussen de machten regelen. Uit

⁹³⁰ Onder meer GwH 12 mei 2010, nr. 56/2010, B.5. en 5 mei 2009, nr. 73/2009, B.3.4. (vaststellen van de rechtsplegingsvergoeding). Zie ook K. MUYLLE en J. THEUNIS, "La Cour constitutionnelle comme juge de la séparation des pouvoirs: le cas des délégations et des validations", 114-115 en M.-F. RIGAUX, "La nécessité d'un contrôle global de constitutionnalité: l'extension des compétences de la Cour Constitutionnelle", 60.

⁹³¹ Over de (niet steeds strenge) rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake grondwettelijke wettigheidsbeginselen, zie onder meer H. BORTELS en P. HEYVAERT, "Het legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof : een variërende intensiteit van de toetsing", *TBP* 2011, (334) 334-364 en J. VELAERS, "Het "recht op de wetgever": beschouwingen over de voorbehouden en de residuaire bevoegdheden", 1634-1638.

⁹³² Voor de opsomming van deze exclusieve bevoegdheden, zie voetnoot 929. Er wordt aldus niet onderzocht op welke wijze het Grondwettelijk Hof de grondwettelijke wettigheidsbeginselen en exclusieve bevoegdheden van de uitvoerende macht invult en zou moeten invullen.

⁹³³ Instemmend, J. VELAERS, "Het "recht op de wetgever": beschouwingen over de voorbehouden en de residuaire bevoegdheden", 1638-1641.

deze bepalingen wordt afgeleid dat een wetkrachtige norm (in beginsel) geen bevoegdheden kan toewijzen aan een andere instantie dan de regering: aldus niet aan (individuele) leden van de uitvoerende macht, aan een ambtenaar, aan (intern of extern verzelfstandigde) agentschappen, aan een private rechtspersoon die een taak van algemeen belang uitoefent...⁹³⁴ Nochtans gebeurt dit vaker en vaker.⁹³⁵

Tenzij in een door de Grondwet aan de wet voorbehouden materie⁹³⁶, acht het Grondwettelijk Hof zich onbevoegd om een delegatie aan de minister te vernietigen of ongrondwettig te verklaren.⁹³⁷

Het Grondwettelijk Hof oordeelt evenwel anders wanneer de delegatie aan een verzelfstandigd agentschap gebeurt: *zonder* na te gaan of een wettelijke bevoegdheidsoverdracht aan een (intern of extern) verzelfstandigd agentschap op een door de Grondwet aan de wetgever voorbehouden materie betrekking heeft, acht het Grondwettelijk Hof zich bevoegd en toetst het de bevoegdheidsoverdracht.⁹³⁸

⁹³⁴ Niet de verordenende bevoegdheid, maar ook niet de bevoegdheid om accessoire of bijkomstige uitvoeringsmaatregelen te nemen, daar alleen de regering haar uitvoeringsbevoegdheid aan een andere instantie kan overdragen. P. NIHOUL, "Pouvoir réglementaire dérivé et dérivés du pouvoir réglementaire", in R. ANDERSEN (ed.), *En hommage à Francis Delpérée: itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 1130. *Contra*, A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht (2011)*, 127-128. Zij laten een opening voor het regelen van bijkomende aangelegenheden. Genuanceerder dan NIHOUL is ook de adviespraktijk van de Raad van State, afdeling wetgeving, die uitzonderingen toestaat of heeft toegestaan voor detailmaatregelen en bij noodzaak tot dringend optreden. Zie hiervoor onder meer J. VAN NIEUWENHOVE, "Adviespraktijk Raad van State 2013", *TvW* 2013, (364) 375 en J. VELAERS, *De grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving: vijftig jaar adviezen aan wetgevende vergaderingen, in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, Antwerpen, Maklu, 1999, 377 e.v. Zie, voor andere verwijzingen naar rechtsleer, S. FEYEN, "Het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof op weg naar een nieuw conflict?", *RW* 2011-2012, (1358) 1359 en P. NIHOUL, "Pouvoir réglementaire dérivé et dérivés du pouvoir réglementaire", 1129. Krachtens artikel 69 BWHI kunnen de gemeenschaps- en gewestregeringen wel op onbeperkte wijze hun bevoegdheden aan leden van de regering overdragen, wat de federale regering niet kan. Het Grondwettelijk Hof heeft dit onderscheid niet ongrondwettig geacht. GwH 27 mei 2010, nr. 63/2010, B.2.-3.

⁹³⁵ De rechtsstaat en de noodzaak aan legitimiteit vereisen een grondwettelijke verankering voor deze bevoegdheidsoverdrachten, volgens P. NIHOUL, "Pouvoir réglementaire dérivé et dérivés du pouvoir réglementaire", 1135.

⁹³⁶ In een arrest heeft het Grondwettelijk Hof de toewijzing van een bevoegdheid door de wet aan een minister in een door de Grondwet aan de wet voorbehouden aangelegenheid grondwettig geacht, omdat het ging om de toewijzing van een individuele beslissingsbevoegdheid en de rechtsbescherming tegen de ministeriële beslissingen voldoende was gewaarborgd. GwH 5 mei 2011, nr. 65/2011, B.4.-B.7. Zie ook A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht (2011)*, 128.

⁹³⁷ GwH 12 mei 2010, nr. 56/2010, B.5.-7.

⁹³⁸ GwH 21 november 2013, nr. 158/2013, B.13-15 en 10 november 2011, nr. 166/2011, B.58.3. Het Grondwettelijk Hof staat de bevoegdheidsoverdracht alleen toe wanneer zij is beperkt tot het toevertrouwen van specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid aan een autonome administratieve overheid, die voor het overige onderworpen blijft aan zowel de rechterlijke toetsing als het parlementaire toezicht. Kritisch over deze voorwaarden, zie S. DE SOMER, "Grondwettelijk Hof draagt opnieuw bij tot rechtsvorming inzake bestuurlijke verzelfstandiging in FOSO: still too little, but never too late", *CDPK* 2014, (82) 91.

325. Hiërarchie der normen – Het Hof van Cassatie heeft zich wél bevoegd geacht om te oordelen dat een wetkrachtige⁹³⁹ norm die een bevoegdheid aan een minister overdraagt, buiten toepassing moet worden gelaten wegens schending van de artikelen 68 en 69 van de Bijzondere Wet Hervorming der Instellingen.⁹⁴⁰ Het Hof van Cassatie beroept zich daartoe op het algemene rechtsbeginsel van wettigheid en van de hiërarchie der normen. Dit algemeen rechtsbeginsel, dat van grondwettelijke waarde is⁹⁴¹, vereist dat een rechter een met een hogere norm strijdige norm buiten toepassing laat. Het hof oordeelt dat dit dus ook geldt voor een decreet dat de Bijzondere Wet Hervorming der Instellingen schendt.

Het Hof van Cassatie heeft daarbij niet vermeld dat het zich bevoegd acht omdat het Grondwettelijk Hof zich in die gevallen onbevoegd acht. Advocaat-generaal WERQUIN deed dit in zijn conclusie bij dit arrest wel: juist omdat het Grondwettelijk Hof onbevoegd is voor de grondwettigheidstoetsing van een wetkrachtige norm die een bevoegdheid aan een minister overdraagt én omdat het algemene rechtsbeginsel van wettigheid en van hiërarchie der normen vereist dat een rechter een met een hogere norm strijdige norm buiten toepassing laat, heeft het Hof van Cassatie – of elke andere rechter – deze bevoegdheid.⁹⁴²

Met dit arrest ligt het Hof van Cassatie op ramkoers met het Grondwettelijk Hof, wat een reden op zich is om het arrest af te keuren.⁹⁴³ Het duidt evenwel erop dat andere rechtscolleges wel bereid zijn om de naleving van bepaalde grondwetsbepalingen af te dwingen wanneer het Grondwettelijk Hof zich daartoe onbevoegd acht.

326. Uitvoeringsbevoegdheid – Het Grondwettelijk Hof erkent niet dat de in artikel 108 van de Grondwet bepaalde bevoegdheid van de Koning om de wetten uit te voeren een grondwettelijke waarborg is die in het licht van het evenwicht der machten moet worden beschermd. Het Grondwettelijk Hof acht zich onbevoegd om kennis te nemen van middelen waarin wordt aangevoerd dat de wetgever zich de (algemene) uitvoeringsbevoegdheid van de uitvoerende macht zou hebben aangematigd.⁹⁴⁴

327. Kritiek – De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake zijn bevoegdheid om in residuaire aangelegenheden of met betrekking tot de uitvoeringsbevoegdheid van de

⁹³⁹ Het Hof van Cassatie beschouwt de in het geding zijnde bepaling als een wetkrachtige norm, hoewel daarover kan worden getwijfeld, aldus S. FEYEN, "Het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof op weg naar een nieuw conflict?", 1367.

⁹⁴⁰ HvC 21 april 2011, C.08.0452.F.

⁹⁴¹ In de Franstalige tekst in het enkelvoud ("*principe général du droit de valeur constitutionnelle de la légalité et de la hiérarchie des normes*"), in de Nederlandstalige tekst gesplitst in twee algemene rechtsbeginselen, zijnde "het legaliteitsbeginsel en het algemeen rechtsbeginsel van de normenhiërarchie, die allebei grondwettelijke waarde hebben". In Frankrijk erkent de *Conseil constitutionnel* de door de hiërarchie der normen gestelde vereisten en dwingt deze af. Cons. const.9 juni 1992, nr. 309-DC. Zie ook P. AMSELEK, "Une fausse idée claire: la hiérarchie des normes juridiques", in X (ed.), *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Parijs, Dalloz, 2007, 983. In Duitsland is het *Bundesverfassungsgericht* de hoeder van de *Grundgesetz* en waarborgt het de naleving van de hiërarchie der normen. Zie *supra*, randnummer 174.

⁹⁴² Conclusie van advocaat-generaal Th. WERQUIN bij HvC 21 april 2011, C.08.0452.F., nr. 6.

⁹⁴³ Zie ook S. FEYEN, "Het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof op weg naar een nieuw conflict?", 1381.

⁹⁴⁴ GwH 19 april 2006, nr. 56/2006, B.12.1. en 26 november 2003, nr. 151/2003, B.9.

Koning het evenwicht tussen de machten te bewaken wordt in het algemeen zelden bekritiseerd.⁹⁴⁵ In de adviezen van de afdeling wetgeving van de Raad van State wordt wel in het licht van de scheiding der machten geoordeeld dat de wetgevende macht zich niet de exclusieve uitvoeringsbevoegdheid van de uitvoerende macht mag toe-eigenen.⁹⁴⁶

(2) DE TOTSTANDKOMING VAN DE WET

328. *Onbevoegd* – Bij de grondwettigheidstoetsing van wetgevende normen neemt het Grondwettelijk Hof in beginsel geen kennis van grieven die over de wijze van totstandkoming van de bestreden bepalingen gaan.⁹⁴⁷ Het Grondwettelijk Hof acht zich enkel bevoegd om de grondwettigheid van de inhoud van een wetsbepaling te toetsen en laat de totstandkomingsfase in beginsel⁹⁴⁸ buiten de toetsing. Hieronder wordt nagegaan op welke wijze procedurele (a) en inhoudelijke vereisten (b) voor de totstandkoming van wetgeving een rol in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof hebben. Vervolgens wordt onderzocht of deze rechtspraak wordt bekritiseerd (c) en of het recht van de Europese Unie het Grondwettelijk Hof verplicht om ook de totstandkoming van de wetten te toetsen (d).

(a) De procedurele vereisten

329. *Samenstelling, werking en bevoegdheid* – Omdat het Grondwettelijk Hof zich onbevoegd acht om de totstandkoming van de wetgevende norm te toetsen, gaat het niet na of een regelmatig samengestelde wetgevende vergadering de wetskrachtige norm heeft aangenomen en spreekt het zich niet uit over de interne werking van een wetgevende vergadering.⁹⁴⁹ Om dezelfde reden onderzoekt het hof niet of de wetgevende vergadering – de bevoegdheidverdelende regels buiten beschouwing gelaten – de bevoegdheid heeft om wetskrachtige normen aan te nemen in een periode waarin de kamers ontbonden zijn en de regering alleen met de lopende zaken is belast.⁹⁵⁰ Ten slotte aanvaardt het Grondwettelijk Hof ook geen middel waarin wordt aangeklaagd dat de commissie van het Vlaams Parlement tijdens de totstandkoming van het decreet de bezwaarschriften van de verzoekende partijen niet heeft onderzocht, terwijl de commissie dit wel heeft gedaan voor de bezwaarschriften van andere eigenaars.⁹⁵¹

⁹⁴⁵ Niet door onder meer J. VELAERS, "Het "recht op de wetgever": beschouwingen over de voorbehouden en de residuaire bevoegdheden", 1631-16341.

⁹⁴⁶ ADV.RVS nr. 44.320/4 bij het ontwerp van decreet betreffende enkele vergunningen waarvoor er dringende redenen van algemeen belang bestaan, *Parl.St.* W.Parl. 2007-08, nr. 805/1, 56 en ADV.RVS nr. 46.674/1 bij het decreetsvoorstel betreffende de validatie van sommige gewestplanwijzigingen, *Parl.St. VI.Parl.* 2008-09, nr. 52-2145/5, 18-19. *Contra*, J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, Brugge, die Keure, 2011, 449.

⁹⁴⁷ GwH 25 maart 2003, nr. 35/2003, B.2.2.

⁹⁴⁸ Tenzij bij Europeesrechtelijke verplichtingen, zie *infra*, randnummer 334 e.v.

⁹⁴⁹ GwH 25 maart 2003, nr. 35/2003, B.2.2 (Duitstalige senator was meegeteld om de bijzondere meerderheid te berekenen).

⁹⁵⁰ GwH 15 januari 2009, nr. 5/2009, B.8.

⁹⁵¹ GwH 27 maart 1996, nr. 24/96, B.6.2.

330. Wettelijke vormvereisten – Het Grondwettelijk Hof acht zich ook onbevoegd om na te gaan of bij de totstandkoming van de wetgevende norm is voldaan aan de vormvereisten die niet krachtens artikel 30bis van de Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof tot zijn toetsingsbevoegdheid behoren.⁹⁵² In een arrest in 2003 voegt het hof daaraan de woorden “in beginsel” toe, zodat het hof een opening voor een rechtspraakwijziging lijkt te maken.⁹⁵³ In daaropvolgende arresten worden de woorden “in beginsel” niet meer herhaald en onder meer in 2010 wordt de deur opnieuw duidelijk gesloten: in *obiter dicta*, omdat het middel op grond van een andere grief gegrond is verklaard, herhaalt het Grondwettelijk Hof dat het enkel bevoegd is om na te gaan of de inhoud van een wetskrachtige norm grondwettig is en dus niet of de vormvereisten voorafgaand aan de aanneming van de norm in acht werden genomen.⁹⁵⁴

Het Grondwettelijk Hof acht zich aldus onbevoegd om middelen te onderzoeken waarin wordt aangeklaagd dat bij de totstandkoming van de wet aan de volgende vormvereisten niet is voldaan: het verplichte advies van de Raad van State, afdeling wetgeving⁹⁵⁵; het wettelijk verplicht overleg met de vakorganisaties⁹⁵⁶; de onderhandeling met de overlegcomités en beheerscomités⁹⁵⁷ en de procedures die ertoe strekken belangenconflicten te voorkomen^{958, 959}. Deze rechtspraak is niet problematisch in het licht van de vraag of het Grondwettelijk Hof wetgeving aan de gehele Grondwet moet toetsen. Geen van de voornoemde verplichtingen wordt immers door de Grondwet zelf opgelegd, maar wel door wetgeving. Ook de adviesverplichting voor de Raad van State volgt niet rechtstreeks uit de Grondwet: daarin wordt alleen bepaald dat de Raad van State advies geeft in de door de wet bepaalde gevallen.

(b) De inhoudelijke vereisten

331. Kwalitatieve wetgevingspraktijk – Daarenboven acht het Grondwettelijk Hof zich in beginsel niet bevoegd om te oordelen over de kwaliteit van de wetgeving als zodanig⁹⁶⁰ en de intensiteit van het parlementair debat⁹⁶¹ of om te oordelen of aan de aanneming van

⁹⁵² GwH 15 september 1999, nr. 97/99, B.12 en B.43 en 27 maart 1996, nr. 24/96, B.5.2.

⁹⁵³ GwH 25 maart 2003, nr. 35/2003, B.2.2.

⁹⁵⁴ GwH 27 mei 2010, nr. 59/2010, B.9.

⁹⁵⁵ Onder meer GwH 27 mei 2010, nr. 59/2010, B.9 en 15 januari 2009, nr. 2/2009, B.23-24.

⁹⁵⁶ Onder meer GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, B.14.3.; 29 januari 2004, nr. 18/2004, B.3.; 16 december 1998, nr. 134/98, B.3.; 21 oktober 1998, nr. 107/98, B.3.2. en 14 oktober 1997, nr. 58/97, B.3.

⁹⁵⁷ GwH 21 december 2000, nr. 136/2000, B.41. en 11 oktober 2000, nr. 103/2000, B.3.

⁹⁵⁸ GwH 10 maart 1998, nr. 22/98, B.12.3.

⁹⁵⁹ Zie ook D. KEYAERTS, "Toetsing van de concrete totstandkoming van wetgevende normen door het Grondwettelijk Hof. Een pyrrusoverwinning of een echte doorbraak in de uitbreiding van de rechtsbescherming?", *TBP* 2013, (607) 611; M.-F. RIGAUX, "La nécessité d'un contrôle global de constitutionnalité: l'extension des compétences de la Cour Constitutionnelle", 59 en F. TULKENS, "En route pour une Cour constitutionnelle (à compétence complète)", in P. MARTENS (ed.), *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 221-222.

⁹⁶⁰ GwH 15 januari 2009, nr. 2/2009, B.23-34.

⁹⁶¹ GwH 19 april 2006, nr. 56/2006, B.6.2. en 27 oktober 1993, nr. 75/1993, B.3.

een wet raadplegingen, studies of deskundigenonderzoeken hadden moeten voorafgaan⁹⁶². Wél zal het Grondwettelijk Hof bij het gebruik van bepaalde toetsingscriteria (redelijke verantwoording bij het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie en bij grondrechtenschending; noodzakelijkheidsvereiste bij artikel 170, § 2, tweede lid van de Grondwet en artikel 10 van de Bijzondere Wet Hervorming der Instellingen) rekening houden met de *ratio legis* van de wet en aldus met de inhoudelijke motivering: deze inhoudelijke motivering moet evenwel niet uitsluitend uit de parlementaire wetgevingsstukken blijken, maar mag ook tijdens de procedure voor het Grondwettelijk Hof worden aangebracht.⁹⁶³ Een gebrek aan onderbouwd bewijs- of stavingsmateriaal dat het wetgevend optreden zou verantwoorden, leidt in beginsel niet tot een grondwetsschending.

(c) De kritiek

332. *Procedurele vereisten* – Weinig auteurs staan kritisch tegenover deze rechtspraak van het hof. Op basis van de rechtspraak van het Hof van Cassatie en van de Raad van State die weigeren een toetsing op de afkondiging uit te oefenen⁹⁶⁴, schrijven de auteurs doorgaans dat de Koning met de afkondiging op authentieke en definitieve wijze vaststelt dat de wet op de bij de Grondwet voorgeschreven wijze is tot stand gekomen.⁹⁶⁵ Toch wordt er ook verdedigd dat het Grondwettelijk Hof via het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie op vraag van een parlamentslid (functioneel belang) moet toetsen aan de grondwettelijke⁹⁶⁶ procedureregels die de totstandkoming van de wet regelen. Deze procedureregels dienen immers ter bescherming van de parlementaire minderheid. Ook haar rechten op procedureel vlak, naar aanleiding van de totstandkoming van de norm, moeten door rechterlijke toetsing kunnen worden afgedwongen.⁹⁶⁷

333. *Inhoudelijke vereisten* – Recent wordt in de rechtsleer ook bepleit dat het Grondwettelijk Hof een inhoudelijke toetsing op de totstandkoming van wetskrachtige normen zou uitoefenen: geïnspireerd door de Europeesrechtelijke verplichtingen om dit te

⁹⁶² Onder meer GwH 5 december 2006, 193/2006, nr. B.15.; 28 juli 2006, nr. 123/2006, B.16.2. en 30 april 2003, nrs. 50-51/2003, B.13.

⁹⁶³ GwH 7 januari 1993, nr. 1/93, B.1.5. (debatten). Zie ook D. KEYAERTS, "Toetsing van de concrete totstandkoming van wetgevende normen door het Grondwettelijk Hof", 615-616.

⁹⁶⁴ Voor verwijzingen, zie A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht (2011)*, 170 (nr. 166).

⁹⁶⁵ A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht (2011)*, 170 (nr. 165). Zie, ook voor meer verwijzingen, D. KEYAERTS, "Toetsing van de concrete totstandkoming van wetgevende normen door het Grondwettelijk Hof", 610.

⁹⁶⁶ Het is evenwel niet eenvoudig om een onderscheid te maken tussen de regels die in de Grondwet en in de reglementen van de parlementaire vergaderingen zijn bepaald. C. COURTOY, "Intérêt fonctionnel et intérêt statutaire devant la Cour d'Arbitrage", in X (ed.), *Présence du droit public et des droits de l'homme: mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant, 1992, 436.

⁹⁶⁷ C. COURTOY, "Intérêt fonctionnel et intérêt statutaire devant la Cour d'Arbitrage", 432 en 436-440. Zie ook H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", 247.

doen, wordt geijverd voor een algemene toetsing van de inhoudelijke totstandkoming van de wet in het kader van het evenredigheidsbeginsel.⁹⁶⁸

(d) Het recht van de Europese Unie

334. *Procedurele vereisten* – Deze kritieken op de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof krijgen bovendien meer munitie door twee recente rechtspraakwijzigingen van het Grondwettelijk Hof over het naleven van Europeesrechtelijke procedureregels: de verplichting tot het aanmelden van steunmaatregelen en de verplichtingen op grond van het Verdrag van Aarhus.⁹⁶⁹

335. *Steunmaatregelen* – Aanvankelijk achtte het Grondwettelijk Hof zich onbevoegd om na te gaan of bij de totstandkoming van een wet krachtige norm de door het recht van de Europese Unie opgelegde vormvereisten waren nageleefd: het was onbevoegd om een grief te onderzoeken, waarin wordt aangevoerd dat de verplichte aanmelding van steunmaatregelen niet zou zijn gebeurd.⁹⁷⁰ In de *Grond- en pandendecreet*-arresten verandert het hof het geweer van schouder: het is wel bevoegd om het gebrek aan aanmelding van steunmaatregelen te beoordelen en om zich in dat kader ervan te vergewissen dat nieuwe steunmaatregelen, indien zij staatssteun in de zin van de artikelen 107 en 108 van het VWEU zouden uitmaken, niet van de aanmeldingsverplichting zijn vrijgesteld.⁹⁷¹ Na hierover een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te hebben gesteld, oordeelt het Grondwettelijk Hof dat bepaalde bestreden bepalingen steunmaatregelen zijn die hadden moeten worden aangemeld, stelt het vast dat dit niet tijdig was gebeurd en vernietigt het om die reden deze bepalingen.⁹⁷²

336. *Aarhus, Deurganckdok-decreet en DAR-decreet* – Het Grondwettelijk Hof heeft recent ook op een ander vlak zijn rechtspraak inzake zijn bevoegdheid om over de totstandkoming van een decreet te oordelen, moeten herzien: opnieuw zorgt de toepasselijkheid van het recht van de Europese Unie voor een rechtspraakwijziging. In het kader van het *Deurganckdok*-decreet weigert het Grondwettelijk Hof de totstandkoming van decreten te toetsen, in het *DAR*-arrest erkent het hof dat het daartoe verplicht is. Deze arresten worden nader toegelicht.

Met het *Deurganckdok*-decreet wordt een regeling ingevoerd die de Vlaamse decreetgever toestaat bouwvergunningen waarvoor dwingende redenen van groot algemeen belang

⁹⁶⁸ D. KEYAERTS, "Toetsing van de concrete totstandkoming van wetgevende normen door het Grondwettelijk Hof", 607-618. Al eerder over de toetsing van het doel van de wet in het kader van de evenredigheidstoetsing, zie B. RENAULD, "Objectifs du législateur et contrôle de constitutionnalité", *Rev.B.Dr.Const.* 1994, (347) 352-355.

⁹⁶⁹ Zie ook D. KEYAERTS, "Toetsing van de concrete totstandkoming van wetgevende normen door het Grondwettelijk Hof", 612.

⁹⁷⁰ GwH 15 april 1997, nr. 20/97, B.12.2.

⁹⁷¹ GwH 7 november 2013, nr. 145/2013, B.2.2. e.v. en 6 april 2011, nr. 50/2011, B.7.2.

⁹⁷² GwH 7 november 2013, nr. 145/2013, B.6.3.

gelden, te bekrachtigen.⁹⁷³ Bij een beroep tot vernietiging van een decreet waarbij bouwvergunningen die op grond van het Deurganckdok-decreet zijn verleend, worden bekrachtigd, bekritisieren de verzoekende partijen de wijze waarop het Vlaams Parlement zijn bevoegdheid daarbij heeft uitgeoefend. Het hof oordeelt daarop:

“Uit de parlementaire voorbereiding (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2004-2005, nr. 125/2, p. 12) blijkt dat over elk van de verschillende bouwvergunningen die dienden te worden bekrachtigd een inhoudelijk debat kon worden gevoerd. Het Hof is niet bevoegd om te oordelen over de intensiteit van de door een wetgevende vergadering uitgeoefende controle, noch in beginsel om zich uit te spreken over haar interne werking.”⁹⁷⁴

Met het oog op het uitvoeren van het *Marshall-plan*, vaardigt de Waalse decreetgever een op het *Deurganckdok*-decreet geïnspireerd decreet uit, dat evenwel verder dan het Deurganckdok-decreet gaat: met het decreet van het Waalse Gewest van 17 juli 2008 “betreffende enkele vergunningen waarvoor er dringende redenen van algemeen belang bestaan” (hierna “DAR” genoemd) worden niet alleen een aantal vergunningen bekrachtigd⁹⁷⁵, maar wordt tevens een procedure *sui generis* ingevoerd waarbij de decreetgever zich de bevoegdheid voorbehoudt om bepaalde stedenbouwkundige vergunningen, milieuvergunningen en globale vergunningen *zelf* te verlenen⁹⁷⁶.

De invloed van het internationale en Europese Unierecht, dit zijn het Verdrag van Aarhus en de richtlijn die dit Verdrag uitvoering geeft en die ten tijde van het Deurganckdok-decreet nog niet golden, leidt tot een ander grondwettigheidsoordeel dan bij het Deurganckdok-decreet.

Opdat het Grondwettelijk Hof zou kunnen oordelen of de door het Waals Parlement verleende of bekrachtigde vergunningen in overeenstemming zijn met de Grondwet, in samenhang gelezen met inter- en supranationale bepalingen⁹⁷⁷, moet het eerst oordelen of deze vergunningen al dan niet als wetgevingshandelingen in de zin van het Verdrag van Aarhus en van de Europeesrechtelijke regelgeving moeten worden beschouwd. Dat bepaalt immers de werkingssfeer van de richtlijn. Om die reden moet het Grondwettelijk Hof de intensiteit van het parlementaire toezicht wél nagaan. Immers, krachtens het recht van de Europese Unie, zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie na prejudiciële vragen van het Grondwettelijk Hof, kan de decreetgever bij het uitvaardigen van

⁹⁷³ Decreet van 14 december 2001 “voor enkele bouwvergunningen waarvoor dwingende redenen van groot algemeen belang”, BS 20 december 2001. Het Deurganckdok-decreet staat de Vlaamse Regering immers toe om stedenbouwkundige vergunningen af te geven die afwijken van de bestemmingen van de plannen van aanleg. Na hun vereiste bekrachtiging door het Vlaams Parlement zijn de stedenbouwkundige vergunningen uitvoerbaar de dag na de bekendmaking van het bekrachtigingsdecreet in het *Belgisch Staatsblad*.

⁹⁷⁴ GwH 19 april 2006, nr. 56/2006, B.6.2.

⁹⁷⁵ Artikelen 5 tot 17 DAR.

⁹⁷⁶ Artikelen 1 tot 4 DAR.

⁹⁷⁷ Artikel 2, lid 2 en artikel 9, lid 2 van het Verdrag van Aarhus, ondertekend op 25 juni 1998 “betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden” en de artikelen 1, lid 5 en 10*bis* van de richtlijn 85/337/EEG van de Raad van 27 juni 1985 “betreffende de milieu-effectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten” (thans de artikelen 2, lid 4 en 11 van de richtlijn 2011/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 “betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten”).

wetgevingshandelingen “zich niet ertoe [...] beperken een reeds bestaande bestuurshandeling zuiver en eenvoudig te “ratificeren” en daarbij louter gewag [...] maken van dwingende redenen van algemeen belang zonder dat eerst een wetgevingsprocedure ten gronde [is] gevoerd om aan de voorwaarden om de doelstellingen van de richtlijn inzake milieueffectbeoordeling te bereiken te voldoen”.⁹⁷⁸

Omdat deze door het recht van de Europese Unie opgedragen bevoegdheid om de intensiteit van het parlementaire toezicht na te gaan dermate afwijkt van de vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof waarin het zich onbevoegd verklaart om de totstandkoming van de wet te toetsen, benadrukt het hof dat het geen grondwettigheidstoetsing doet, maar louter een onderzoek van de kwalificatie van de bestreden wetgevingshandeling:

“Hoewel het Hof in beginsel niet bevoegd is om, al was het maar via zijn toetsing van de bestaanbaarheid met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de parlementaire procedure te controleren aan het eind waarvan een wetgevingshandeling werd aangenomen, dient te worden vastgesteld dat in het onderhavige geval de bevoegdheid om rekening te houden « zowel met de inhoud van de wetgevingshandeling als met de volledige wetgevingsprocedure die tot de vaststelling ervan heeft geleid, in het bijzonder met de voorbereidende handelingen en de parlementaire debatten » (HvJ, 16 februari 2012, C-182/10, Solvay e.a., punt 41) voortvloeit uit de noodzaak de werkingssfeer van de in B.9.1 en B.9.2 vermelde vereisten van het recht van de Europese Unie te bepalen.

Die controle kan dus noch met een materiële toetsing, noch met een procedurele toetsing van de grondwettigheid van wetskrachtige bepalingen worden gelijkgesteld, maar vormt een voorafgaand onderzoek, opgelegd bij het recht van de Europese Unie, van de kwalificatie van de bestreden wetgevingshandeling.”⁹⁷⁹

337. Discriminatie – Het Grondwettelijk Hof kan deze tweeledige rechtspraak misschien rechtvaardigen door erop te wijzen dat het hof deze Europeesrechtelijke vormvereisten nagaat om een latere veroordeling door het Hof van Justitie te vermijden.⁹⁸⁰ Het Grondwettelijk Hof is inderdaad verplicht om uitvoering te geven aan het recht van de Europese Unie. Maar geldt voor het Grondwettelijk Hof niet evenzeer wat voor de wetgever geldt?⁹⁸¹ Wanneer het Grondwettelijk Hof analoge middelen (middelen die de totstandkoming van de wet laken) verschillend behandelt, kan de loutere omstandigheid dat die rechtspraak het voor de Belgische Staat mogelijk maakt zijn internationale verbintenissen na te komen, immers niet volstaan om het bekritiseerde verschil in behandeling te verantwoorden. De verzoekende partijen die de schending van procedurele totstandkomingsregels, weze het van grondwettelijke, internationale of supranationale aard, aanvoeren, bevinden zich in een analoge situatie. Onder de derde afdeling zal worden onderzocht of in rechtsstatelijk perspectief het Grondwettelijk Hof zijn bevoegdheid tot een toetsing van de totstandkoming van de wet in het algemeen moet uitbreiden.

⁹⁷⁸ Zie ook D. KEYAERTS, "Toetsing van de concrete totstandkoming van wetgevende normen door het Grondwettelijk Hof", 609.

⁹⁷⁹ GwH 22 november 2012, nr. 144/2012, B.13.3.

⁹⁸⁰ Zie ook D. KEYAERTS, "Toetsing van de concrete totstandkoming van wetgevende normen door het Grondwettelijk Hof", 612.

⁹⁸¹ Voor de wetgever, zie GwH 26 september 2013, nr. 123/2013, B.5.3.

2. BUITENBLIK

338. *Leemten* – Hierboven, in de eerste afdeling, worden twee leemten in de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof aangeduid: het hof toetst niet aan de grondwettelijke bepalingen die de taakverdeling tussen de wetgevende en de uitvoerende macht in de residuaire aangelegenheden regelen, noch aan de grondwettelijke procedurele en inhoudelijke vereisten voor de totstandkoming van de wet. Daarbij is de kritiek in de rechtsleer onderzocht en vervolgens uiteengezet hoe deze beperkte toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof, althans wat de totstandkoming van de wet betreft, door het recht van de Europese Unie onder druk komt te staan.

In deze tweede afdeling wordt nagegaan of ook het *Bundesverfassungsgericht* (A), de *Conseil constitutionnel* (B) en het *Supreme Court* (C) onbevoegd zijn of zich onbevoegd achten om de taakverdeling tussen de wetgevende en de uitvoerende macht en om de procedurele en inhoudelijke vereisten voor de totstandkoming van de wet af te dwingen. Daarbij wordt in het bijzonder nagegaan of deze bevoegdheid vanuit het eigen rechtsstaatsbegrip wordt afgeleid dan wel in het licht daarvan wordt beoordeeld. Wat hieruit zal worden geleerd, zal immers bijdragen aan het onderzoek in de derde afdeling, waarin wordt beoordeeld welke vereisten de rechtsstaat ten aanzien van de bevoegdheid van een grondwettelijk hof stelt.

A. HET BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

339. *Abstracte en concrete normencontrole* – In de abstracte en de concrete normencontrole is er geen leemte in de toetsingsbevoegdheid van het *Bundesverfassungsgericht*: het hof toetst de wet aan de gehele *Grundgesetz*.⁹⁸² Wanneer de wet vormelijk of materieel onverenigbaar met de *Grundgesetz* is, wordt zij ongrondwettig of nietig⁹⁸³ verklaard.⁹⁸⁴ Het hof toetst aldus ook aan de taakverdeling tussen de wetgevende en de uitvoerende macht en aan de procedurele vereisten voor de totstandkoming van de wet.

⁹⁸² Artikel 93, 2 en 2a *BVerfGG* (abstracte normencontrole) en artikel 100 (1) *GG* (concrete normencontrole).

⁹⁸³ Wanneer de grondwettelijke orde slechts kan worden hersteld met een wetgevend optreden, wordt de wet ongrondwettig verklaard. Wanneer er geen wettelijk optreden nodig is, wordt zij vernietigd. Over het verschil tussen ongrondwettigheid en nietigheid, zie D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 973-974 (§ 78, nr. 57).

⁹⁸⁴ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 288 (§ 22, nr. 690). K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht* (2012), 97 (nr. 131) en 130 (nr. 164a). Bij de concrete normencontrole kan het hof zich niet uitspreken over de gevolgen van een ongrondwettig verklaarde norm: dat komt aan de verwijzende rechter toe. *BVerfG* 11 november 1953, *BVerfGE* 3, 45 (52). Bij de abstracte normencontrole kan het hof oordelen dat de wet, ondanks haar ongrondwettigheid, verder kan worden toegepast. Zie hiervoor meer bij D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 966 (§ 78, nr. 32 e.v.).

340. *Verfassungsbeschwerde* – Luidens de *Grundgesetz* is de toetsingsbevoegdheid van het *Bundesverfassungsgericht* bij de *Verfassungsbeschwerde* beperkt: de burger moet een schending inroepen van een grondrecht, van het recht op weerstand⁹⁸⁵, van de rechten van de Duitser als staatsburger⁹⁸⁶, van het (actief en passief) kiesrecht⁹⁸⁷, van het verbod op uitzonderingsrechtbanken⁹⁸⁸, van bepaalde grondrechten in burgerlijke of strafzaken⁹⁸⁹ of van bepaalde rechten in verband met de vrijheidsberoving^{990, 991}.

341. *Totstandkoming (procedureel) en evenwicht der machten* – Niettegenstaande de wet, heeft het *Bundesverfassungsgericht* zijn toetsingsbevoegdheid bij de *Verfassungsbeschwerde* aanzienlijk uitgebreid. Dit gebeurde een eerste maal in 1957 (*Elfesdoctrine*), wanneer het oordeelt dat het in artikel 2 van de *Grundgesetz* gewaarborgde recht op persoonlijke vrijheid, dat een vrijheid van handelen waarborgt, vereist dat een wet (die de handelingsvrijheid van de burger beperkt) alleen gerechtvaardigd kan zijn wanneer deze wet formeel en materieel verenigbaar is met de *Grundgesetz*, de ongeschreven fundamentele grondwettelijke beginselen en de grondbeginselen van de *Grundgesetz*, zoals de rechtsstaat en de sociale staat.⁹⁹² Niet zonder belang voor dit onderzoek, oordeelt het

⁹⁸⁵ Artikel 20, (4) GG.

⁹⁸⁶ Artikel 33 GG (open toegang tot ambtenarenfuncties).

⁹⁸⁷ Artikel 38 GG. Op grond van dit artikel kon in het Lissabonarrest worden aangeklaagd dat het Lissabonverdrag de bevoegdheden van de *Bundestag* uitholt, dat de Europese Unie een onvoldoende democratische legitimiteit heeft en dat de statelijke soevereiniteit door de Europese integratie in het gedrang wordt gebracht. Zie ook K. SCHLAICH en S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 154 (nr. 218).

⁹⁸⁸ Artikel 101 GG (en het recht op toegang tot de door de wet aangeduide rechter).

⁹⁸⁹ Artikel 103 GG (het recht op gehoor, strafrechtelijk wettigheidsbeginsel en verbod op terugwerkende kracht van de strafwet, *non bis in idem* in strafzaken).

⁹⁹⁰ Artikel 104 GG (wettigheidsbeginsel, alleen op grond van een rechterlijke beslissing, bekendmaking van de beslissing aan vertrouwenspersoon van de aangehoudene).

⁹⁹¹ Artikel 93 I nr. 4a *Grundgesetz*, dat als volgt luidt: "*über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein*".

⁹⁹² BVerfG 16 januari 1957, BVerfGE 6, 32 (41). "*Gesetze sind nicht schon dann "verfassungsmäßig", wenn sie formell ordnungsmäßig ergangen sind. Sie müssen auch materiell in Einklang mit den obersten Grundwerten der freiheitlichen demokratischen Grundordnung als der verfassungsrechtlichen Wertordnung stehen, aber auch den ungeschriebenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und den Grundentscheidungen des Grundgesetzes entsprechen, vornehmlich dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und dem Sozialstaatsprinzip. Vor allem dürfen die Gesetze daher die Würde des Menschen nicht verletzen, die im Grundgesetz der oberste Wert ist, aber auch die geistige, politische und wirtschaftliche Freiheit des Menschen nicht so einschränken, daß sie in ihrem Wesensgehalt angetastet würde (Art. 19 Abs. 2, Art. 1 Abs. 3, Art. 2 Abs. 1 GG). Hieraus ergibt sich, daß dem einzelnen Bürger eine Sphäre privater Lebensgestaltung verfassungskräftig vorbehalten ist, also ein letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit besteht, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist. Ein Gesetz, das in ihn eingreifen würde, könnte nie Bestandteil der "verfassungsmäßigen Ordnung" sein; es müßte durch das Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt werden. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß eine Rechtsnorm, nur wenn sie allen diesen Anforderungen entspricht, aber auch immer dann zum Bestandteil der "verfassungsmäßigen Ordnung" wird und somit den Bereich der allgemeinen Handlungsfähigkeit des Bürgers wirksam beschränkt. Verfahrensrechtlich bedeutet das: Jedermann kann im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, ein seine Handlungsfreiheit beschränkendes Gesetz gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung, weil es (formell oder inhaltlich) gegen einzelne Verfassungsbestimmungen oder allgemeine Verfassungsgrundsätze verstoße; deshalb werde sein Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt*" (eigen nadruk). Zie ook BVerfG 6 juni 1989, BVerfGE 80, 137 (152). Het vereiste dat de burger ongunstig moet

Bundesverfassungsgericht immers dat de wet ook de *politieke vrijheid* van de mensen moet waarborgen. Een wet die de uitoefening van een grondrecht regelt of die betrekking heeft op de burger, moet immers in overeenstemming zijn met de grondwettelijke orde en dus met elk grondwetsartikel. Met andere woorden, zodra een wet die de uitoefening van een grondrecht regelt of die betrekking op de burger heeft formeel of materieel de grondwet schendt, behoort zij niet tot de grondwettelijke orde en kan op grond van artikel 2 van de *Grundgesetz* via een *Verfassungsbeschwerde* om de vernietiging ervan worden verzocht. Daarna heeft het hof zijn rechtspraak uitgebreid, zodat de Duitse burger deze toetsing kan vragen voor elk grondrecht en niet alleen met betrekking tot artikel 2 *Grundgesetz*.⁹⁹³

Met deze rechtspraak verruimt het *Bundesverfassungsgericht* niet alleen zijn toetsing tot het naleven van de beginselen van de *Grundgesetz*, zoals de *Rechtsstaat* en de sociale staat, maar ook tot objectieve grondwettelijke rechtsregels zoals de bevoegdheidsverdelende regels, de scheiding tussen wetgevende en uitvoerende macht, de regels over de totstandkoming van wetgeving... wat niet het oorspronkelijke doel van de *Verfassungsbeschwerde* was.⁹⁹⁴

342. *Totstandkoming (inhoudelijk)* – In de abstracte en concrete normencontrole en in de *Verfassungsbeschwerde* toetst het *Bundesverfassungsgericht* op onrechtstreekse wijze ook aan de inhoudelijke vereisten voor de totstandkoming van de wet.⁹⁹⁵ Wanneer de wetgever een grondrecht heeft beperkt en de beperking slechts rechtmatig is in het licht van bepaalde prognoses waarvan de wetgever is uitgegaan, dan behoort het tot de bevoegdheid van het *Bundesverfassungsgericht* om te onderzoeken of deze maatschappelijke, economische of andere prognoses correct zijn. Afhankelijk van de materie, de mogelijkheid om zich een zeker oordeel te vormen en de draagwijdte van het in het geding zijnde rechtsgoed, gebruikt het hof daartoe drie toetsingsmaatstaven: van een “*Evidenzkontrolle*” (marginale toetsing), naar een “*Vertretbarkeitskontrolle*” (redelijkheidstoetsing) tot een “*intensivierte Inhaltskontrolle*” (intensieve inhoudelijke toetsing).⁹⁹⁶ Het *Bundesverfassungsgericht* doet deze toetsing in het kader van de beoordeling van de grondwettigheid van de inhoud van de wet, zodat het formeel gezien geen toetsing van de totstandkoming van de wet is. Zonder twijfel is het ermee verbonden: hoe beter de wetgever zijn huiswerk heeft gemaakt, hoe marginaler de toetsing van het hof zal zijn.

B. DE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

343. *Onderscheid procedures* – De bevoegdheid van de *Conseil constitutionnel* is afhankelijk van de procedure: de *a priori*-toetsing (1) of de prioritaire vraag (2). Daarom wordt hieronder voor elk van deze procedures nagegaan of de *Conseil* bevoegd is om te

worden geraakt in zijn grondrecht, al dan niet in artikel 2 GG, blijft evenwel overeind. Er is geen *actio popularis*. Zie randnummer 856.

⁹⁹³ K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht* (2012), 156 (nr. 221).

⁹⁹⁴ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 201 (§ 19, nr. 469) en K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht* (2012), 156 (nr. 221).

⁹⁹⁵ Onder meer BVerfG 1 maart 1979, BVerfGE 50, 290 (332-333) (*Verfassungsbeschwerde*).

⁹⁹⁶ Zie hierover meer, *infra*, randnummer 892.

toetsen aan de grondwetsbepalingen inzake de taakverdeling tussen de wetgevende en de uitvoerende macht en inzake de procedurele en inhoudelijke vereisten aan de totstandkoming van de wet.

(1) DE A PRIORI-TOETSING

344. *Gehele Grondwet en ook meer* – Wanneer in 1958 de *Conseil constitutionnel* wordt opgericht, is zijn eerste en enige functie: “*Surveiller le Parlement*”.⁹⁹⁷ De wet moet aan de grondwettelijke regels worden onderworpen. Zo moet de *Conseil* de naleving van de bevoegdheidsverdeling tussen de wetgevende en de uitvoerende macht afdwingen en worden de organieke wetten én de reglementen van de parlementaire vergaderingen aan zijn toetsing onderworpen.⁹⁹⁸ Het was niet de bedoeling dat de *Conseil* ook de inhoud van de wet aan de *Constitution* zou toetsen: daarom mocht er niet worden verwezen naar de in de Preambule van de *Constitution* vermelde algemene beginselen en rechten en vrijheden.⁹⁹⁹

Zoals het Grondwettelijk Hof en het *Bundesverfassungsgericht* heeft ook de *Conseil constitutionnel* zijn bevoegdheid uitgebreid en zich tot een waarlijk grondwettelijk hof ontpopt, dat evenzeer de rechten en vrijheden als de scheiding der machten waarborgt.¹⁰⁰⁰ In zijn beslissing van 16 juli 1971 toetst hij voor het eerst niet alleen aan de *Constitution*, maar ook aan de preambule en de erin vervatte “fundamentele beginselen erkend door de wetten van de Republiek”¹⁰⁰¹. Met deze beslissing maakt hij een einde aan de traditionele beginselen van het Franse recht en in het bijzonder aan de (inhoudelijke) soevereiniteit van de wet.¹⁰⁰²

345. *Scheiding der machten* – Gelet op de ontstaansgeschiedenis van de *Conseil constitutionnel*, verbaast het dan ook niet dat hij de scheiding der machten in de Franse republiek moet waarborgen.¹⁰⁰³ Hij staat niet toe dat de wetgever, via de reglementen van de parlementaire vergaderingen, de rol van de regering tracht te beperken en zichzelf

⁹⁹⁷ LUCHAIRE, geciteerd door D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 14.

⁹⁹⁸ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 15.

⁹⁹⁹ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 17.

¹⁰⁰⁰ Over of deze bevoegdheidsuitbreiding een jurisprudentiële revolutie was of niet, zijn de meningen verdeeld. Zie D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nrs. 18-19.

¹⁰⁰¹ Cons. const. 16 juli 1971, nr. 71-44 DC: “*Vu La Constitution et notamment son préambule*”. Zie ook J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 78 en D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 23.

¹⁰⁰² D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 23. Deze beslissing wordt wel eens de “Franse *Marbury v. Madison*” genoemd. P. AVRIL, “Political Questions in France”, in N. MOURTADA-SABBAH en B.E. CAIN (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Plymouth, Lexington, 2007, 171 en A. STONE, *The Birth of Judicial Politics in France*, 66.

¹⁰⁰³ Zo heeft de *Conseil constitutionnel* ongrondwettig verklaard: injuncties van de wetgever aan de uitvoerende macht (Cons. const. 17 januari 1979, nr. 78-102 DC, nr. 2) en de bevoegdheid van de uitvoerende macht onderwerpen aan verplichte overeenkomsten (Cons. const. 27 juli 1978, nr. 78-95 DC, nr. 9). Zie ook J. BONNET, “Les contrôles a priori et a posteriori”, 106 en F. LUCHAIRE, “Le droit de l’homme à la séparation des pouvoirs d’après la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, 443-444.

toezichtsinstrumenten toekent die de *Constitution* hem niet heeft toegekend.¹⁰⁰⁴ Evenmin mag de wetgever in door de *Constitution* aan de wetgever voorbehouden aangelegenheden bevoegdheden aan de uitvoerende macht overdragen ("*incompétence négative*").¹⁰⁰⁵

Daarentegen vult de *Conseil* de bevoegdheid van de wetgever ruim in, zodat artikel 34 *Constitution*, dat oorspronkelijk beoogde dat de wetgever niet te veel wetgeving zou uitvaardigen, thans de bevoegdheid van de wetgever niet meer beperkt.¹⁰⁰⁶

De scheiding der machten is een mensenrecht en een recht van de burger, stelt LUCHAIRE.¹⁰⁰⁷ Zij waarborgt het bestaan en de onafhankelijkheid van de drie machten. De rechtsprekende functie is aan de rechterlijke macht voorbehouden¹⁰⁰⁸, doch de overige machten hebben geen exclusieve bevoegdheden: de *Constitution* heeft de regelgevende functie over de wetgevende en uitvoerende macht verdeeld.¹⁰⁰⁹

346. Totstandkoming van de wet (procedureel) – Opnieuw, gelet op zijn ontstaansgeschiedenis en omdat de procedureregels voor de totstandkoming van wetten de scheiding der machten in de parlementaire praktijk omzetten, moet de *Conseil* ook deze procedureregels afdwingen: artikel 46 van de *Constitution* voor een organieke wet¹⁰¹⁰; artikel 40 van de *Constitution* dat niet toestaat dat parlementsleden voorstellen of amendementen indienen die de schatkist bezwaren¹⁰¹¹ ...¹⁰¹² Bovendien acht de *Conseil* zich niet alleen bevoegd om te toetsen aan de grondwetsbepalingen die de totstandkoming van de wet regelen, maar ook aan de "*règles de valeur constitutionnelle relatives à la procédure législative*": hij moet nagaan of de totstandkoming van de wet overeenstemt met de letter en de geest van de grondwet(sbepaling).¹⁰¹³ De reglementen van de wetgevende vergaderingen hebben geen grondwettelijke waarde, zodat de niet-naleving ervan op zich niet door de *Conseil* wordt gesanctioneerd.¹⁰¹⁴

¹⁰⁰⁴ Cons. const. 24 juni 1959, 59-2 DC. Zie ook D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 15.

¹⁰⁰⁵ Cons. const. 28 december 2011, nr. 2011-644 DC, nr. 16 ("*Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques*"). Zie ook Cons. const. 27 juli 2006, nr. 2006-540 DC, nr. 9 ("*qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi*") (tweemaal eigen nadruk).

¹⁰⁰⁶ F. LUCHAIRE, "Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel", 445.

¹⁰⁰⁷ F. LUCHAIRE, "Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel", 441.

¹⁰⁰⁸ F. LUCHAIRE, "Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel", 446.

¹⁰⁰⁹ F. LUCHAIRE, "Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel", 445-446.

¹⁰¹⁰ Cons. const. 15 januari 1960, nr. 60-6 DC, nr. 1.

¹⁰¹¹ Cons. const. 20 januari 1961, nr. 60-11 DC, nr. 3.

¹⁰¹² J. BONNET, "Les contrôles a priori et a posteriori", 106 en D. CHAMUSSY, "La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2013, (37) 37 e.v.

¹⁰¹³ Cons. const. 23 juli 1975, nr. 75-57 DC, nr. 1.

¹⁰¹⁴ D. CHAMUSSY, "La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel", 40.

In zijn rechtspraak inzake de totstandkoming van de wet heeft de *Conseil* even een mildere aanpak gehanteerd. Sinds twee decennia is hij evenwel opnieuw strenger geworden, onder meer ten gevolge van de grondwetsherziening van 2008 die nieuwe regels voor de totstandkoming van de wet heeft ingevoerd.¹⁰¹⁵ In de legislatuur 2007-2012 werden in eenenveertig van de zesenzestig zaken procedurekwesties opgeworpen.¹⁰¹⁶

Bevoegd om de reglementen van de parlementaire vergaderingen te toetsen, vereist de *Conseil* onder meer dat het parlementaire debat duidelijk en integer is: zo is de regel dat het debat van rechtswege eindigt wanneer vier sprekers hebben gesproken ongrondwettig¹⁰¹⁷ en amendementen die geen verband met de tekst houden, mogen niet pas bij de eerste lezing worden toegevoegd¹⁰¹⁸. Om dezelfde reden heeft de *Conseil* een voorbehoud gemaakt bij de invoering van de mogelijkheid om het parlementaire debat in tijd te beperken: wanneer dit gebeurt, mag dit geen invloed hebben op de duidelijkheid en integriteit van het parlementaire debat.¹⁰¹⁹ De *Conseil* houdt hierop een marginale toetsing (*erreur manifeste*).¹⁰²⁰

347. Totstandkoming van de wet (inhoudelijk) – Wetgeving moet ook duidelijk en begrijpelijk zijn.¹⁰²¹ Sinds 2009 is de regering verplicht om impactstudies in het Franse Parlement in te dienen.¹⁰²² In zijn beoordeling van de organieke wet heeft de *Conseil* uiteengezet hoe hij de naleving van deze verplichting zal afdwingen.¹⁰²³ In de rechtsleer wordt vermoed dat op grond van deze verplichting niet veel wetten ongrondwettig zullen worden verklaard. Toch wordt eveneens terecht benadrukt dat het bestaan van een mogelijk rechterlijk toezicht een sterk afradend effect heeft.¹⁰²⁴

(2) DE PRIORITAIRE VRAAG

348. Beperkte bevoegdheid – Bij de toetsing naar aanleiding van de prioritaire vraag heeft de *Conseil constitutionnel* een beperktere bevoegdheid dan bij de *a priori*-toetsing.¹⁰²⁵ De

¹⁰¹⁵ D. CHAMUSSY, "La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel", 38.

¹⁰¹⁶ D. CHAMUSSY, "La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel", 39.

¹⁰¹⁷ Cons. const. 25 juni 2009, nr. 2009-581 DC, nr. 29.

¹⁰¹⁸ Cons. const. 10 juni 2010, nr. 2010-67 DC, nr. 6.

¹⁰¹⁹ Bij de resolutie tot wijziging van het reglement van de *Assemblée nationale* die toestaat dat een maximale duur van het parlementair debat wordt bepaald (TLP – *le temps législatif programmé*). Cons. const. 25 juni 2009, nr. 2009-581 DC, nr. 25.

¹⁰²⁰ Cons. const. 9 juni 2009, nr. 2011-631 DC, nr. 6.

¹⁰²¹ Cons. const. 24 juli 2008, nr. 2008-567 DC, nr. 40.

¹⁰²² Artikel 39 *Constitution* en artikel 8 Organieke Wet van 15 april 2009, nr. 2009-403 "relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution".

¹⁰²³ Cons. const. 9 april 2009, nr. 2009-579 DC, nrs. 15-17 (onder meer "Considérant, en dernier lieu, que, si, par suite des circonstances, tout ou partie d'un document constituant l'étude d'impact d'un projet de loi venait à être mis à la disposition de la première assemblée saisie de ce projet après la date de dépôt de ce dernier, le Conseil constitutionnel apprécierait, le cas échéant, le respect des dispositions précitées de l'article 8 de la loi organique au regard des exigences de la continuité de la vie de la Nation").

¹⁰²⁴ D. CHAMUSSY, "La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel", 61.

¹⁰²⁵ Vergelijk artikelen 21, 22 en 23-1, eerste lid, Organieke Wet *Conseil constitutionnel*. Zie ook J. BONNET, "Les contrôles a priori et a posteriori", 106.

prioritaire vraag mag alleen erop gericht zijn een wetsbepaling te laten toetsen aan de in de *Constitution* gewaarborgde rechten en vrijheden (met inbegrip van de *bloc de constitutionnalité*). De *Conseil* kan dus in beginsel niet toetsen aan de grondwettelijke regels inzake de taakverdeling tussen de wetgevende en de uitvoerende macht¹⁰²⁶ en inzake de wetgevingsprocedure.¹⁰²⁷

349. *Totstandkoming wetgeving* – Vooralsnog houdt de *Conseil constitutionnel* zich aan deze beperkte bevoegdheid voor de grondwetsbepalingen inzake de totstandkoming van wetgeving. Hij heeft geoordeeld dat de schending van de regels met betrekking tot de totstandkoming van wetten niet bij prioritaire vraag aan hem kan worden voorgelegd.¹⁰²⁸

350. *Scheiding der machten* – Voor de scheiding der machten is het antwoord genuanceerd. LUCHAIRE verdedigde al *in tempore non suspecto* dat de scheiding der machten een mensenrecht is.¹⁰²⁹ De *Conseil* acht zich bevoegd om de scheiding der machten af te dwingen, wanneer zij tevens de schending van een door de *Constitution* gewaarborgd recht of vrijheid inhoudt.¹⁰³⁰ In 2010 heeft hij deze rechtspraak toegepast en een delegatie aan de uitvoerende macht ongrondwettig verklaard, omdat de wet onvoldoende waarborgen voor het recht op eigendom inhield.¹⁰³¹

C. HET SUPREME COURT

351. *Political question doctrine* – Op grond van de *political question*-doctrine van het *Supreme Court* zijn er ook leemten in de bevoegdheid van het hof. Hieronder wordt kort uiteengezet wat de oorsprong en de hedendaagse draagwijdte van de *political question doctrine* is (1), alvorens te onderzoeken of het *Supreme Court* toetst aan de grondwetsbepalingen inzake de taakverdeling tussen de wetgevende en de uitvoerende macht en inzake de totstandkoming van de wet (2).

(1) VOORAFGAAND: DE POLITICAL QUESTION DOCTRINE

352. *Marbury v. Madison* – In het bekende arrest *Marbury v. Madison*¹⁰³² (be)vestigde het *Supreme Court* zijn bevoegdheid om federale wetten die strijdig met de *US Constitution* zijn, buiten toepassing te laten. In dit arrest sluit het *Supreme Court* evenwel meteen ook een bevoegdheid uit: de rechter is onbevoegd om politieke kwesties te beslechten, de

¹⁰²⁶ In het verkiezingscontentieux toetst de *Conseil constitutionnel* wel aan de bevoegdheidsverdeling tussen wetgevende en uitvoerende macht. Cons. const. 9 april 1995, nr. 95-77 PDR.

¹⁰²⁷ J. BONNET, "Les contrôles a priori et a posteriori", 107.

¹⁰²⁸ Cons. const. 22 december 2010, nr. 2010-33 QPC, nr. 2 en 22 juli 2010, nr. 2010-4/17 QPC, nrs. 6-7.

¹⁰²⁹ Zie *supra*, randnummer 345.

¹⁰³⁰ Cons. const. 18 juni 2010, nr. 2010-5 QPC, nr. 3. J. BONNET, "Les contrôles a priori et a posteriori", 107 en D. CHAMUSSY, "La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel", 39.

¹⁰³¹ Cons. const. 22 september 2010, nr. 2010-33 QPC, nr. 3.

¹⁰³² SC 24 februari 1803, 5 U.S. (1 Cranch), 137, 170 (1803).

zogenaamde *political question doctrine*.¹⁰³³ Op grond van dit leerstuk zijn niet door de rechter toetsbaar: vorderingen op grond van de *Guarantee Clause*¹⁰³⁴ en (in beginsel) grondwetsherzieningen¹⁰³⁵. Wel vatbaar voor rechterlijke toetsing is wetgeving waarmee de kieskringen op grond van partijpolitieke overwegingen worden bepaald¹⁰³⁶; wetgeving waarin wordt bepaald op welke wijze de kiesmannen voor de presidentiële verkiezingen worden aangeduid¹⁰³⁷...

353. *Baker v. Carr* – In *Baker v. Carr* heeft het *Supreme Court* de moderne versie van de *political question*-doctrine uitgelegd. Het heeft daarbij zes criteria uiteengezet om te beoordelen of een geschil *political* is. Deze criteria luiden als volgt:

[1] textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or

[2] a lack of judicially discoverable and manageable standard for resolving it; or

[3] the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or

[4] the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or

[5] an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or

[6] the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question."¹⁰³⁸

¹⁰³³ De doctrine bestaat sinds *Marbury v. Madison*, maar vindt haar wortels in de *Federalist Papers*. Hierover meer in R.J. PUSHAW, JR., "Justiciability and separation of powers: a neo-Federalist approach", *Cornell Law Review* 1996, (393) 424 e.v. Zie ook, over *Marbury v. Madison*, bij R.E. BARKOW, "The Rise and Fall of the Political Question Doctrine", in N. MOURTADA-SABBAH en B.E. CAIN (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Plymouth, Lexington, 2007, 24-26; R. L. BROWN, "When political questions affect individual rights: the other Nixon v. United States", *Supreme Court Review* 1993, (125) 41 en J. JAFFE, "The Political Question Doctrine: An Update in Response to Recent Case Law", *Ecol. Law Q.* 2011, (1033) 1037.

¹⁰³⁴ Artikel IV, *Section 4 US Constitution*. Deze grondwetsbepaling waarborgt het republikeins karakter van elke staat. Het *Supreme Court* heeft zich onder meer onbevoegd geacht om een belastingwet, goedgekeurd bij referendum (directe democratie in plaats van de republikeinse, representatieve democratie) te toetsen. SC 19 februari 1912, *Pacific States Tel. & Tel. Co. v. Oregon*, 223 U.S. 118 (1912).

¹⁰³⁵ Zie evenwel *infra*, randnummer 474.

¹⁰³⁶ Hoewel hierover binnen het *Supreme Court* discussie bestaat. Zie J. H. CHOPER, "The political question doctrine: Suggested criteria", *Duke Law J.* 2005, (1457) 1487-1491.

¹⁰³⁷ SC 17 oktober 1892, *McPherson v. Blacker*, 146 U.S. 1 (1892).

¹⁰³⁸ SC 26 maart 1962, *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962). Het eerste criterium houdt in dat een rechter niet bevoegd is om een kwestie te beslechten wanneer de *US Constitution* dit uitdrukkelijk aan een ander staatsorgaan heeft voorbehouden. De overige criteria maken deel uit van de door BICKEL verdedigde *prudential doctrine*, die stelt dat de rechter geen rechterlijk oordeel mag vellen over zaken die beter door een ander staatsorgaan kunnen worden beslist. A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, 184. Zie evenwel ook J. JAFFE, "The Political Question Doctrine: An Update in Response to Recent Case Law", 1039 en 1060, die de toepassing van de *prudential* criteria verwerpt, en J. H. CHOPER, "The political question doctrine: Suggested criteria", 1464, die ze verdedigt. Zie, voor een uitgebreider historisch overzicht, F.W. SCHARPF, "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis", *Yale L.J.* 1966, (517) 548 e.v. Zie ook L. HENKIN, "Is There a 'Political Question' Doctrine?", *Yale L.J.* 1976, (597) 503 e.v. en M. TUSHNET, "Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of het Political Question Doctrine", in N. MOURTADA-SABBAH en B.E. CAIN (eds.), *The*

Op het eerste gezicht lijken deze criteria duidelijk en toepasbaar, doch de rechtsleer verwijt het hof geen duidelijkheid te hebben gebracht.¹⁰³⁹ Sinds dit arrest in 1962 heeft het *Supreme Court* ook nog maar tweemaal op grond van de *political question doctrine* geweigerd om een oordeel te vellen¹⁰⁴⁰ en ook die arresten hebben niet tot meer helderheid geleid.

354. *Political questions doctrine onder vuur?* – Onder meer om die reden bepleit de rechtsleer om die theorie af te schaffen.¹⁰⁴¹ CHOPER vindt het evenwel te vroeg om te stellen dat de *political question doctrine* aan het verdwijnen is.¹⁰⁴² Hij, en ook anderen¹⁰⁴³, stellen wel een andere invulling voor: die voorstellen hebben gemeen dat ze ervoor pleiten dat de doctrine niet mag worden toegepast op een wijze dat individuele rechten geen rechtsbescherming zouden genieten.¹⁰⁴⁴ De meeste auteurs en de rechters van het *Supreme Court* vinden immers in het beginsel van de scheiding der machten de grondslag voor de doctrine.¹⁰⁴⁵ Aangezien de scheiding der machten zelf een instrument is om de individuele rechten van de burger tegen willekeur door de staatsorganen te waarborgen, mag de doctrine niet worden gebruikt om die individuele rechten te beknotten.¹⁰⁴⁶

Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States, Plymouth, Lexington, 2007, 50-51.

¹⁰³⁹ Zie, ook voor meer verwijzingen, J. H. CHOPER, "The political question doctrine: Suggested criteria", 1459; J. JAFFE, "The Political Question Doctrine: An Update in Response to Recent Case Law", 1039 en 1042 en M. TUSHNET, "Law and Prudence in the Law of Justiciability", 48-56. Over wat "*judicially manageable standards*" zijn of zouden moeten zijn, zie R. H. FALLON, JR., "Judicially manageable standards and constitutional meaning", *Harv.L.Rev.* 2006, (1274) 1281-1297.

¹⁰⁴⁰ SC 14 oktober 1992, *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1992) (*impeachment*-procedure) en 21 juni 1973, *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1 (1973) (National Guard). Hoewel in *Nixon* ook het "*manageable standard* criterium" wordt vermeld, is in beide zaken het uitdrukkelijke grondwettelijke bevoegdheidsvoorbehoud voor de wetgevende en de uitvoerende macht, enerzijds, en voor de *Senate*, anderzijds, doorslaggevend. J. H. CHOPER, "The political question doctrine: Suggested criteria", 1459-1460 en J. JAFFE, "The Political Question Doctrine: An Update in Response to Recent Case Law", 1039-1041. JAFFE besluit hieruit dat de *prudential* criteria van de doctrine op zich niet voldoende zijn om rechterlijke toetsing af te wijzen. Eveneens kritisch, F.W. SCHARPF, "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis", 556-557.

¹⁰⁴¹ R. L. BROWN, "When political questions affect individual rights: the other *Nixon v. United States*", 127. De weigering om *Bush v. Gore* op de *political question doctrine* te beslissen, wordt soms als een afwijzing van deze doctrine beschouwd. Zie, voor meer, L. FISHER, "Bush v. Gore: Too Political?", in N. MOURTADA-SABBAH en B.E. CAIN (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Plymouth, Lexington, 2007, 201 e.v. Zie ook M. TUSHNET, "Law and Prudence in the Law of Justiciability", 63 e.v.

¹⁰⁴² J. H. CHOPER, "The political question doctrine: Suggested criteria", 1459.

¹⁰⁴³ Onder meer J. JAFFE, "The Political Question Doctrine: An Update in Response to Recent Case Law", 1058 e.v.

¹⁰⁴⁴ Zie ook A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, 186 en 538; R. L. BROWN, "When political questions affect individual rights: the other *Nixon v. United States*", 143-152 (waar ze schrijft dat het hof dit eigenlijk al zo toepast, behalve in *Nixon v. United States*) en J. JAFFE, "The Political Question Doctrine: An Update in Response to Recent Case Law", 1060.

¹⁰⁴⁵ En dus niet in de *US Constitution* zelf, zie F.W. SCHARPF, "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis", 518. Zie ook R.E. BARKOW, "The Rise and Fall of the Political Question Doctrine", 34.

¹⁰⁴⁶ R. L. BROWN, "When political questions affect individual rights: the other *Nixon v. United States*", 135, 143-144.

355. *Eigenheid* – De *political question doctrine* is moeilijk in de structuur van deze titel in te passen: in de doctrine wordt niet steeds een onderscheid gemaakt tussen wat wij in de Europese onderzochte landen de getoetste norm of de referentienorm zouden noemen. Dit is vanzelfsprekend het gevolg van de eigenheid van het *Supreme Court*, dat als hoogste rechtscollège over rechterlijke geschillen uitspraak doet: in deze toetsing komt de grondwettigheid van elk overheidshandelen (getoetste norm) en in beginsel ook de gehele grondwet (referentienorm) aan bod. Daarom wordt deze doctrine in dit proefschrift niet apart besproken.¹⁰⁴⁷ Telkens wanneer voor een bepaald aspect de bevoegdheid van de onderzochte grondwettelijke hoven wordt nagegaan, zal dit ook voor het *Supreme Court* gebeuren: daarbij zal de *political question doctrine* af en toe relevant zijn.

(2) HET EVENWICHT DER MACHTEN EN DE TOTSTANDKOMING VAN DE WET

356. *Evenwicht der machten* – De toetsing aan de grondwettelijke bepalingen die het evenwicht der machten regelen is geen *political question*.¹⁰⁴⁸ Het *Supreme Court* toetst aan de grondwettelijke bepalingen die de taakverdeling tussen de wetgevende en uitvoerende macht in de Verenigde Staten van Amerika waarborgen en heeft daarover een uitgebreide rechtspraak, onder meer over de bevoegdheid van de wetgever om te delegeren aan de uitvoerende macht en over de exclusieve bevoegdheden van de President.¹⁰⁴⁹ Zoals bij het *Bundesverfassungsgericht* en bij de *a priori*-toetsing van de *Conseil constitutionnel* is het daarbij niet relevant of de grondwetsbepaling die de taakverdeling regelt ook een grondrecht waarborgt.¹⁰⁵⁰

¹⁰⁴⁷ En ook om de volgende reden: "If I have not been able to see the sense of all political question cases, one must presume that the fault is entirely mine. But whatever sense I have been able to find seems to point toward an understanding of the doctrine, which, while perhaps not unimportant, is quite limited in its scope of actual and potential relevance, and the doctrinal implications of which appear to be much more modest than those of any of the theories of political questions which have been discussed." F.W. SCHARPF, "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis", 596.

¹⁰⁴⁸ CHOPER verdedigt dat het *Supreme Court*, op grond van de *political question doctrine*, zich onbevoegd moet achten om de bevoegdheidsverdeling tussen de federale staat en de staten en het evenwicht der machten tussen de wetgevende macht en de President af te dwingen, tenzij hierdoor een individueel recht (inclusief *due process*) wordt geschonden. Hij erkent evenwel dat de meeste grondwetsbepalingen die een bevoegdheidsverdeling inhouden ook individuele rechten waarborgen, zodat de meeste grondwetsbepalingen door de rechter zullen kunnen worden afgedwongen. J. H. CHOPER, "The political question doctrine: Suggested criteria", 1466 en 1516-1518.

¹⁰⁴⁹ Recent in SC 8 juni 2015, *Zivotofsky v. Kerry* (exclusieve bevoegdheid President). Het roept het beginsel van scheiding der machten ook vaker in. P.R. VERKUIL, "Separation of powers, the rule of law and the idea of independence.", 301. In beginsel kan het *Congress* zijn wetgevende bevoegdheden niet aan een ander staatsorgaan overdragen, maar in de praktijk heeft het *Supreme Court* sinds 1935 geen schending meer vastgesteld. Delegaties zijn toegestaan: "So long as Congress shall lay down by legislative act an intelligible principle to which the person or body authorized to exercise the delegated authority is directed to conform, such legislative action is not a forbidden delegation of legislative power." Zie onder meer SC januari 1989, 488 U.S. 361 (1989). Zie ook P.R. VERKUIL, "Separation of powers, the rule of law and the idea of independence.", 317-322.

¹⁰⁵⁰ Bijvoorbeeld bij *Marbury v. Madison*. Zie ook J. WALDRON, "The Core of the Case Against Judicial Review", 1357.

357. Evenwicht der machten en grondrechten? – Integendeel, het *Supreme Court* kent een (territoriaal) ruimere rechtsbescherming toe wanneer de scheiding der machten in het geding is, dan wanneer grondrechten in het geding zijn. Het *Supreme Court* maakt, zoals het Grondwettelijk Hof, immers een onderscheid tussen de grondwettelijke bepalingen die het evenwicht der machten waarborgen en de grondwettelijke bepalingen die de individuele grondrechten waarborgen. Het *Supreme Court* maakt dat onderscheid in het licht van de toepassing van deze grondwetsbepalingen buiten de Verenigde Staten van Amerika. Anders dan het Belgische Grondwettelijk Hof dwingt het *Supreme Court* de grondwettelijke bepalingen die het evenwicht der machten waarborgen *steeds* af: zij gelden voor alle handelingen van de staatsorganen van de Verenigde Staten ongeacht waar deze worden uitgeoefend: buiten dan wel binnen hun grenzen. De bescherming van de individuele rechten is daarentegen niet *per se* buiten de grenzen van de Verenigde Staten gewaarborgd.¹⁰⁵¹ In zijn oude rechtspraak oordeelde het *Supreme Court* dat de rechtsbescherming van grondrechten alleen binnen de grenzen van de Verenigde Staten van Amerika kon worden genoten. In *Boumediene v. Bush* heeft het *Supreme Court* ten aanzien van “*aliens*” de individuele rechtenbescherming en het evenwicht der machten evenwel dichter bij elkaar gebracht: verwijzend naar eerdere *concurring opinions* en arresten van het hof¹⁰⁵², waarin werd gesteld dat de *US Constitution* de macht over de verscheiden staatsorganen heeft verdeeld om de individuele vrijheid te waarborgen¹⁰⁵³, stelt het hof dat de *habeas corpus* (een individueel grondrecht) zowel een “*right of first importance*” als een “*mechanism in the separation-of-powers-scheme*” is, zodat het ook buiten de grenzen van de Verenigde Staten moet worden gewaarborgd.¹⁰⁵⁴

358. Totstandkoming van de wet (procedureel) – Op grond van de *political question doctrine* weigerde het *Supreme Court* na te gaan of de wetgevende norm volgens de grondwettelijke procedurele vereisten is tot stand gekomen en of aan de vormvereisten is voldaan.¹⁰⁵⁵ In *United States v. Munoz-Flores* heeft het hof dit voor het eerst wél gedaan: de verzoekende partij voert aan dat de wet ongrondwettig is omdat zij niet eerst in de *House*

¹⁰⁵¹ Zie, voor een bespreking van deze rechtspraak, J. LOBEL, "Separation of powers, individual rights, and the constitution abroad", *Iowa L.Review* 2013, (1629) 1631 en 1635-1644.

¹⁰⁵² SC 12 juni 2008, *Boumediene v. Bush*, 533 U.S. 723 (2008). "See *Loving v. United States*, 517 U. S. 748, 756 (1996) (noting that "[e]ven before the birth of this country, separation of powers was known to be a defense against tyranny"); cf. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U. S. 579, 635 (1952) (Jackson, J., concurring) ("[T]he Constitution diffuses power the better to secure liberty"); *Clinton v. City of New York*, 524 U. S. 417, 450 (1998) (KENNEDY, J., concurring) ("Liberty is always at stake when one or more of the branches seek to transgress the separation of powers"). Because the Constitution's separation-of-powers structure, like the substantive guarantees of the Fifth and Fourteenth Amendments, see *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U. S. 356, 374 (1886), protects persons as well as citizens, foreign nationals who have the privilege of litigating in our courts can seek to enforce separation-of-powers principles, see, e.g., *INS v. Chadha*, 462 U. S. 919, 958–959 (1983)."

¹⁰⁵³ SC 12 juni 2008, *Boumediene v. Bush*, 533 U.S. 723 (2008). "The Framers' inherent distrust of governmental power was the driving force behind the constitutional plan that allocated powers among three independent branches. This design serves not only to make Government accountable but also to secure individual liberty."

¹⁰⁵⁴ SC 12 juni 2008, *Boumediene v. Bush*, 533 U.S. 723 (2008). Zie ook J. LOBEL, "Separation of powers, individual rights, and the constitution abroad", 1649.

¹⁰⁵⁵ SC 29 februari 1892, *Field v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892) (geen rechterlijk toezicht op de ondertekening van de wet door de voorzitters van de wetgevende vergaderingen).

of *Representatives* was ingediend.¹⁰⁵⁶ Het hof oordeelt dat de *US Constitution* procedureregels heeft opgelegd om de macht te verspreiden en aldus de vrijheid beter te waarborgen. Deze procedureregels, die de taken tussen de wetgevende vergaderingen verdeelt, afdwingen waarborgt dan ook de individuele rechten. Het *Supreme Court* wijst daarmee uitdrukkelijk het argument van de regering af, die aanvoert dat de wet geen individueel recht van de verzoekende partij schendt.¹⁰⁵⁷

359. Totstandkoming van de wet (inhoudelijk) – In de laatste decennia heeft het *Supreme Court* ook geoordeeld dat rekening moet worden gehouden met het wetgevingsdossier van het *Congress* bij het beoordelen of een wetgevend optreden verantwoord is. In een eerste arrest zendt het *Supreme Court* de beslissing terug naar het lagere rechtscollege, dat moet oordelen of het wetgevingsdossier voldoende bewijs- of stavingsmateriaal bevat om de motivering om wetgevend op te treden te onderbouwen.¹⁰⁵⁸ In zijn instructie is het onduidelijk of de beoordeling alléén op het wetgevingsdossier moet worden gemaakt dan wel dat nog bewijs- of stavingsmateriaal mag worden aangebracht.¹⁰⁵⁹ Uit het tweede arrest van het *Supreme Court* in dezelfde zaak blijkt dat het rechtscollege dat de beoordeling moet maken, zijn onderzoek niet moet beperken tot de gegevens die zich in het wetgevingsdossier bevinden.¹⁰⁶⁰ In een andere zaak, *United States v. Lopez*, beoordeelt het *Supreme Court* het wetgevingsdossier zelf en beslist het dat het *Congress* onbevoegd is om de *Gun-Free School Zones Act* uit te vaardigen omdat het *Congress* onvoldoende heeft vastgesteld, *in de wet of in het wetgevingsdossier*, dat wapenbezit in de buurt van de school een voldoende (negatieve) invloed op interstatelijk economisch verkeer (“*interstate commerce*”) heeft.¹⁰⁶¹ In 2013 acht het *Supreme Court* een wet ongrondwettig, omdat de wetgever de noodzaak van de wet op veertigjaar oude gegevens steunt. Het *Supreme Court* beveelt de wetgever om, indien hij een gelijkaardige wet wil uitvaardigen, hij recentere gegevens moet gebruiken.¹⁰⁶²

¹⁰⁵⁶ Zoals Artikel I, *Section 7 US Constitution* voor belastingwetgeving voorschrijft. SC 21 mei 1990, *United States v. Munoz-Flores*, 495 U.S. 385 (1990).

¹⁰⁵⁷ *United States v. Munoz-Flores*, 495 U.S. 385 (1990), II. Bovendien oordeelde het hof: “*Provisions for the separation of powers within the Legislative Branch are thus not different in kind from provisions concerning relations between the branches; both sets of provisions safeguard liberty.*”.

¹⁰⁵⁸ SC 27 juni 1994, *Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C.*, 512 U.S. 622 (1994).

¹⁰⁵⁹ A. CH. BRYANT en T. J. SIMEONE, “Remanding to Congress: the Supreme Court's new “on the record” constitutional review of federal statutes”, *Cornell Law Review* 2001, (328) 335.

¹⁰⁶⁰ SC 31 maart 1997, *Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C.*, 520 U.S. 180 (1997). A. CH. BRYANT en T. J. SIMEONE, “Remanding to Congress: the Supreme Court's new “on the record” constitutional review of federal statutes”, 338.

¹⁰⁶¹ SC 26 april 1995, *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995). A. CH. BRYANT en T. J. SIMEONE, “Remanding to Congress: the Supreme Court's new “on the record” constitutional review of federal statutes”, 344. Alleen dan heeft de federale staat immers de bevoegdheid om wetgevend op te treden (bevoegdheidsverdeling tussen federale overheid en de staten). De *Commerce clause* (Artikel I, *Section 8 US Constitution*) luidt immers als volgt: “[*The Congress shall have power to*] regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes;”.

¹⁰⁶² SC 25 juni 2013, *Shelby County v. Holder*, “Congress must ensure that the legislation it passes to remedy that problem speaks to current conditions.”

3. DE GRONDWETSSCHENDING IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

360. *Referentienormen* – In een rechtsstaat moet de grondwet worden nageleefd. Betekent dit dat een grondwettelijk hof de naleving van elke grondwetsbepaling moet waarborgen? Vanuit de beperkte bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof zijn hierboven enkele leemten in zijn toetsing aangeduid en is nagegaan of deze leemten ook in de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht*, de *Conseil constitutionnel* en het *Supreme Court* bestaan. Deze leemten zijn: de grondwetsbepalingen die de scheiding der machten inhouden (doch geen individuele rechten raken) en de grondwetsbepalingen die de totstandkoming van de wet regelen. Voor het beantwoorden van de vraag of de rechtsstaat vereist dat een grondwettelijk hof ook deze grondwetsbepalingen afdwingt, wordt hieronder een andere structuur gebruikt: de toetsing aan het evenwicht der machten en de toetsing aan de procedurele regels met betrekking tot de totstandkoming van de wet roepen immers dezelfde vragen op **(A)**, maar andere dan die bij de inhoudelijke toetsing van de totstandkoming van de wet **(B)**.

A. HET EVENWICHT DER MACHTEN EN DE PROCEDUREREGELS MET BETREKKING TOT DE TOTSTANDKOMING VAN DE WET

361. *Grondwetsbescherming of grondrechtenbescherming?* – Of een grondwettelijk hof bevoegd moet zijn om het evenwicht der machten en de procedureregels met betrekking tot de totstandkoming van de wet af te dwingen, komt neer op een keuze tussen twee uitgangspunten. Geldt er altijd een verplichting tot grondwettig handelen, zodat zodra het handelen iemands situatie raakt die persoon elke grondwetsschending kan inroepen, of geldt er alleen een bescherming van de grondrechten?

Het Grondwettelijk Hof meent het laatste: alleen wanneer een grondwetsbepaling waarborgt dat het grondrecht alleen door een democratisch verkozen orgaan mag worden beperkt, toetst het hof aan de in de Grondwet gewaarborgde beginselen van het evenwicht der machten. Maar ook in dat geval zal het hof niet toetsen aan de procedurele grondwetsbepalingen die de totstandkoming van de wetskrachtige norm regelen. Het hof dwingt de grondwettelijke verplichting dat een materie door de wetgever moet worden geregeld, af, doch weigert ook na te gaan of het dan wel degelijk *de door de Grondwet bepaalde wetgever* is die het geregeld heeft. Het hof gaat louter na of de wetskrachtige norm formeel afkomstig is van de door de Grondwet of de bevoegdheidverdelende regels aangewezen wetgever, maar niet of deze wetgever bij het uitvaardigen van die norm heeft voldaan aan de procedurele vereisten (samenstelling; werking; wijze van bevoegdheidsuitoefening) die de Grondwet eveneens oplegt. Op dezelfde lijn als het Grondwettelijk Hof bevindt zich de *Conseil constitutionnel*. Hij toetst bij de *a posteriori*-toetsing niet aan de grondwettelijke bepalingen die de totstandkoming van de wetten regelen, maar wel aan de grondwettelijke beginselen van het evenwicht der machten, wanneer de schending ervan tevens de schending inhoudt van een door de *Constitution*

gewaarborgd recht of vrijheid. Dit kadert in de door de grondwet beperkte bevoegdheid van deze grondwettelijke hoven, die aan de in de grondwet gewaarborgde *rechten en vrijheden* toetsen (artikel 61-1 *Constitution* en artikel 142 Grondwet).

Bij de *a priori*-toetsing houdt de *Conseil constitutionnel* echter wel toezicht op de naleving van de gehele *Constitution*, zoals ook het *Supreme Court* en het *Bundesverfassungsgericht* doen. Het *Supreme Court* oordeelt dat het evenwicht der machten en de taakverdeling tussen de *House* en *Senate* juist de individuele vrijheid beogen¹⁰⁶³ en het *Bundesverfassungsgericht* is van mening dat elke grondwetsschending een grondrechtenschending is: ook bij een louter formele grondwetsschending zullen beide hoven tot de ongrondwettigheid besluiten.

362. Rechtsstaat – Vereist de rechtsstaat dat het Grondwettelijk Hof aan het evenwicht der machten en de grondwetsbepalingen inzake de totstandkoming van de wet toetst, ook al zou er geen grondrecht geschonden zijn? De rechtsstaat vereist dit niet wanneer de grondwet zelf in een ander *effectief* toezichtsinstrument heeft voorzien. Maar indien er geen toezichtsinstrument is of indien het niet effectief is, moet worden beoordeeld of een grondwettelijk hof daartoe geschikt is. Daarvoor moet worden teruggegrepen naar de legitimiteitsgronden voor rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten, die in de derde titel van het eerste deel werden uiteengezet.

363. Juridische legitimiteit – Volgens de juridische legitimiteitsgrond volgt uit het (rechtsstatelijk) beginsel van de hiërarchie der normen dat, behoudens grondwettelijk verzet daartoe, het de rechter toekomt om een rechtsnorm die niet met de hogere rechtsnormen in overeenstemming is, buiten toepassing te laten.¹⁰⁶⁴ In de rechtsleer wordt deze legitimiteitsgrond betwist: uit het beginsel dat een ongrondwettige wet geen rechtsgevolgen kan hebben, kan niet worden afgeleid dat het aan de rechter toekomt om te weigeren rechtsgevolgen eraan te verlenen.¹⁰⁶⁵ Niettemin wordt deze juridische legitimiteitsgrond door rechtscolleges gebruikt om hun toetsingsrecht te verantwoorden en zouden het Grondwettelijk Hof en de *Conseil constitutionnel*, bij de *a posteriori*-toetsing, dit ook kunnen doen.¹⁰⁶⁶

364. Tegenwicht – In het eerste deel van dit proefschrift werd verdedigd dat een grondwettelijk hof in het licht van de rechtsstaat legitiem is, omdat het een (noodzakelijk) instrument is om het evenwicht der machten te verwezenlijken, zodat de politieke, juridische en persoonlijke vrijheid en de institutionele en culturele gematigdheid en het pluralisme kunnen worden gewaarborgd. Als tegenwicht voor de wetgever moet het grondwettelijk hof de wet toetsen aan alle grondwetsbepalingen, ook de

¹⁰⁶³ SC 21 mei 1990, *United States v. Munoz-Flores*, 495 U.S. 385 (1990) en 12 juni 2008, *Boumediene v. Bush*, 533 U.S. 723 (2008), “the personal liberty that is secured by adherence to the separation of powers”.

¹⁰⁶⁴ Zie *supra*, randnummer 76.

¹⁰⁶⁵ *Idem*.

¹⁰⁶⁶ Het Grondwettelijk Hof kan dat door deze toetsing in zijn toetsing aan het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie onder te brengen. Zoals ook de schending van een grondwettelijk wettigheidsbeginsel, is een schending van een andere grondwetsbepaling die het evenwicht der machten regelt, een schending van een vrijheid, namelijk de politieke en persoonlijke vrijheid. Zie *infra*, randnummer 365.

grondwetsbepalingen die de procedurele totstandkoming van de wet regelen en het evenwicht der machten waarborgen.¹⁰⁶⁷ De procedurele grondwetsbepalingen waarborgen immers ook het evenwicht der machten, dat de gematigdheid van de rechtsorde moet verzekeren. De rechtsstaat is de theoretische grondslag voor het evenwicht der machten en in een rechtsstaat moet dit beginsel worden afgedwongen, ook door de grondwettelijke rechter.¹⁰⁶⁸

365. Politieke en persoonlijke vrijheid – Nog belangrijker is dat uit de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht* en van het *Supreme Court* blijkt dat juist omwille van rechtsstatelijke verzuchtingen gegrond op de bescherming van *rechten en vrijheden* deze beide grondwettelijke hoven de naleving van de grondwetsbepalingen die het evenwicht der machten waarborgen en de procedurele vereisten voor de totstandkoming van wetten omvatten, afdwingen.¹⁰⁶⁹ Terecht oordelen zij dat ook deze grondwetsbepalingen de vrijheid van de burgers beogen: met deze regels wordt de (persoonlijke en politieke) vrijheid van elkeen gewaarborgd, omdat zij ervoor instaan dat de uitoefening van de staatsmacht niet in één orgaan wordt verenigd, dat elke staatsmachtoefening aan het geschiktste orgaan wordt toebedeeld opdat elk staatsorgaan voor de kwaliteit van het staatshandelen borg kan staan.¹⁰⁷⁰ Ook indien geen grondrecht van een burger in het geding is, wordt zijn vrijheid gefnuikt wanneer staatsmachten bevoegdheden uitoefenen die hen niet door de grondwet zijn toegekend: niet alleen zijn persoonlijke vrijheid, maar bovenal zijn politieke vrijheid. De grondwet bepaalt het evenwicht der machten: ongrondwettige machtsoverdrachten, een aanmatiging van de bevoegdheden van de uitvoerende macht of schendingen van de wetgevingsprocedure schenden het sociaal contract van de burger met de overheid en dus zijn autonomie en politieke vrijheid.

366. Vorm was oorspronkelijk eerst – Oorspronkelijk is een toetsing aan de grondwetsbepalingen die de bevoegdheid van de wetgever beperken, ook de minst controversiële vorm van rechterlijke grondwettigheidstoetsing: wie aan de legitimiteit van het bestaan van een grondwettelijk hof twijfelt, aanvaardt doorgaans sneller een toetsing aan de formele beperkingen dan aan de inhoudelijke beperkingen (de grondrechten).¹⁰⁷¹ De samenstelling van de wetgevende macht en de vereisten van de wetgevingsprocedure moeten immers waarborgen dat de grondwet inhoudelijk niet zou worden geschonden, zodat een inhoudelijke grondwettigheidstoetsing niet nodig is. In de praktijk blijkt ook dat het federalisme (België en de Verenigde Staten) en de scheiding der machten (Frankrijk en de Verenigde Staten) de twee beweegredenen waren voor landen om een grondwettelijk hof in te richten en slechts in een minderheid van de gevallen (Duitsland) de bescherming

¹⁰⁶⁷ H. Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", 236.

¹⁰⁶⁸ M. Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 46; J. Lobel, "Separation of powers, individual rights, and the constitution abroad", 1664 en P.R. Verkuil, "Separation of powers, the rule of law and the idea of independence.", 303-307 (verwijzend naar de *Glorious Revolution*, Locke, Coke,...) en 341.

¹⁰⁶⁹ Zie randnummer 341 (*Bundesverfassungsgericht*) en randnummer 358 (*Supreme Court*).

¹⁰⁷⁰ Zie ook S. Freeman, "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", 352 en J. Lobel, "Separation of powers, individual rights, and the constitution abroad", 1662.

¹⁰⁷¹ Zie de ontstaansgeschiedenis van de *Conseil constitutionnel*, randnummer 344. Zie ook Gneist, L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 94, en Kelsen (alleen inhoudelijke toetsing indien geen vage grondrechtenbepalingen), randnummer 164. Zie ook S. Freeman, "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", 369.

van de fundamentele rechten.¹⁰⁷² In de meeste landen is het grondwettigheidscontentieux achteraf geëvolueerd van het louter beslechten van machtsgeschillen tussen publieke overheidsinstellingen (België, Frankrijk en Verenigde Staten) naar ook een grondrechtenbescherming.¹⁰⁷³ Dit betekent dat het grondwettigheidscontentieux niet tot een grondrechtenbescherming mag worden herleid en evenmin dat rechterlijke grondwettigheidstoetsing uitsluitend in de grondrechtenbescherming zijn legitimiteit vindt.¹⁰⁷⁴

367. Geen supermacht – Een grondwettelijk hof wordt daarmee geen superrechter. De regels inzake het belang, de toelaatbaarheid van prejudiciële vragen, de voorwaarden voor de *Verfassungsbeschwerde* en de regels inzake *mootness*... leiden ertoe dat alleen de personen wier situatie wordt geraakt een ontvankelijke procedure kunnen instellen. Omwille van de aanzienlijke gevolgen van de vernietiging van een wet, stelt KELSEN bovendien voor dat een grondwettelijk hof een wet slechts kan vernietigen wanneer de schending van de vormfout ernstig is: de beoordeling wat een ernstige vormfout is, komt aan het grondwettelijk hof toe.¹⁰⁷⁵

368. Europa – Ten slotte, binnen de Belgische context, staat het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie – een rechtsstaats-element – niet toe dat het Grondwettelijk Hof een andere rechtspraak hanteert afhankelijk van de vraag of het recht van de Europese Unie al dan niet toepasselijk is. Het hof mag dan ook niet weigeren om de totstandkoming van een wet te toetsen wanneer het recht van de Europese Unie niet toepasselijk is.

369. Uitbreiding tot grondwetsbescherming – De grondwetgever en/of de bijzondere wetgever zou dan ook de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof tot een grondwetsbescherming moeten uitbreiden: het Grondwettelijk Hof moet de naleving van alle grondwetsbepalingen kunnen afdwingen.¹⁰⁷⁶ Moet het Grondwettelijk Hof hierop wachten? In een rechtsstaat is ook een grondwettelijk hof gebonden aan het recht. Kan het jurisprudentieel zijn bevoegdheid uitbreiden, zonder grondwettelijke grondslag? Puur formeel kan het hof dit: via een toetsing aan het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, kan het zijn bevoegdheid uitbreiden en de grondwettelijke regels inzake het evenwicht der machten en de totstandkoming van de wetstekrachte normen afdwingen.¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷² M. SCHOR, "Mapping comparative judicial review", 264. Zie ook M. DE VISSER, *Constitutional review in Europe*, 55-56. Eens het grondwettelijk hof ingericht, is de rechtsbescherming wel de drijvende kracht (en niet het federalisme of de scheiding der machten).

¹⁰⁷³ M. DE VISSER, *Constitutional review in Europe*, 56-60 en M. FROMONT, "La notion de justice constitutionnelle et le droit français", in X (ed.), *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Parijs, Dalloz, 2007, 154 en 156.

¹⁰⁷⁴ Zie ook *supra*, randnummer 93.

¹⁰⁷⁵ H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", 242.

¹⁰⁷⁶ M.-F. RIGAUX, "La nécessité d'un contrôle global de constitutionnalité: l'extension des compétences de la Cour Constitutionnelle", 65 en F. TULKENS, "En route pour une Cour constitutionnelle (à compétence complète)", 217-223.

¹⁰⁷⁷ Voor de wetgevende normen die tot stand zijn gekomen vóór de bevoegdheidsuitbreiding van het Grondwettelijk Hof (bij grondwetsherziening of bij bijzondere wet, dan wel bij rechtspraak), kan bij een ongrondwettigheidsverklaring naar aanleiding van een prejudiciële vraag de (jurisprudentiële) mogelijkheid om de gevolgen van de ongrondwettig verklaarde norm te handhaven de nodige rechtszekerheid bieden. Zie H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", 243; M.-F. RIGAUX, "La nécessité d'un contrôle global de constitutionnalité: l'extension des compétences de la

Ook het *Bundesverfassungsgericht* heeft, niettegenstaande de wet, zijn toetsingsbevoegdheid in de *Verfassungsbeschwerde* uitgebreid tot een toetsing aan de grondwetsbepalingen die het evenwicht der machten waarborgen en de procedurele vereisten voor de totstandkoming van wetten omvatten.

B. DE INHOUDELIJKE TOETSING VAN DE TOTSTANDKOMING VAN DE WET

370. *Inhoudelijke toetsing* – Bij de uitvaardiging van wetgevende normen moet de wetgever niet alleen de grondwetsbepalingen die de procedure regelen naleven, maar ook het inhoudelijke, evidente en dus niet-uitdrukkelijk opgelegde grondwettelijk beginsel: een wetgever moet redelijk verantwoord handelen. Bij het gebruik van bepaalde toetsingscriteria (redelijke verantwoording bij het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie en bij grondrechtenschending; noodzakelijkheidsvereiste bij artikel 170, §2, tweede lid van de Grondwet en artikel 10 BWHI) houdt het hof al rekening met de *ratio legis* van de wet en aldus met de inhoudelijke motivering: deze inhoudelijke motivering moet evenwel niet uit de parlementaire wetgevingsstukken blijken, maar mag ook tijdens de procedure voor het Grondwettelijk Hof worden aangebracht.¹⁰⁷⁸ Een gebrek aan tijdens de totstandkoming van de wet aangevoerd bewijs- of stavingsmateriaal (bijvoorbeeld studies en debatten waarin alle alternatieven werden onderzocht en experts aan het woord werden gelaten) dat het wetgevend optreden zou verantwoorden, kan dan ook niet tot een grondwetsschending leiden. Anders dan het *Bundesverfassungsgericht* gaat het hof bovendien niet na of het (tijdens of na de totstandkoming van de wet) aangevoerde bewijs- of stavingsmateriaal ook juridisch, sociologisch, politicologisch en economisch correct of verantwoord is.

Daar knelt het schoentje. In beginsel kan wellicht worden verdedigd dat zolang de wet redelijk verantwoord is, het niet uitmaakt hoe de wet inhoudelijk tot stand is gekomen: na diepgaande studie dan wel na een “intuïtief aanvoelen”, door “*give and take*”... Het *Supreme Court* heeft evenwel terecht aangevoeld dat de redelijke verantwoording van een maatregel ook is gelegen in de manier waarop de maatregel tot stand is gekomen: zijn alle alternatieven onderzocht, zijn er voldoende studies gebeurd, was er voldoende

Cour Constitutionnelle”, 62-65 en F. TULKENS, “En route pour une Cour constitutionnelle (à compétence complète)”, 225-226.

¹⁰⁷⁸ Hoewel in sommige zaken, met name voor de verantwoording van de terugwerkende kracht van wetten en van de toepassing van artikel 10 BWHI, de parlementaire voorbereiding zonder twijfel een belangrijke rol speelt, heeft het Grondwettelijk Hof vooralsnog niet geoordeeld dat deze verantwoording alleen uit de parlementaire voorbereiding moet blijken en niet achteraf in een procedure voor het Grondwettelijk Hof alsnog kan worden aangebracht. Voor de terugwerkende kracht van wetten, zie GwH 7 mei 2015, nr. 54/2015, B. 13 (“Noch uit de parlementaire voorbereiding, noch uit de memorie van de Ministerraad blijkt evenwel waarom het onontbeerlijk was om, voor het bereiken van die doelstellingen, aan de bestreden verhoging terugwerkende kracht te verlenen.”) en 22 januari 2015, nr. 1/2015, B.6.2. Voor impliciete bevoegdheden, zie GwH 16 juli 2015, nr. 105/2015, B. 11.

(inhoudelijk) debat mogelijk¹⁰⁷⁹...? Want er kan slechts over de redelijke verantwoording van een maatregel worden geoordeeld, wanneer deze met alternatieven kan worden vergeleken. Voor de kennis over het bestaan van deze alternatieven is de rechtzoekende veelal afhankelijk van de wetgever zelf: tenzij hij een eigen expertise heeft, zal hij moeilijk kunnen aantonen dat en welke alternatieven hadden moeten worden onderzocht.

Terecht wordt dan ook gepleit voor een inhoudelijke toetsing van de *totstandkoming* van de wet via een toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.¹⁰⁸⁰ Aanvullend moet het Grondwettelijk Hof meer gebruik maken van zijn onderzoeksbevoegdheid en nagaan of het aangevoerde bewijs- of stavingsmateriaal ook juridisch, sociologisch, politicologisch en economisch correct is.¹⁰⁸¹

¹⁰⁷⁹ Zie ook EHRM 2 oktober 2001, *Hatton e.a./Verenigd Koninkrijk*, § 103 (streng) en EHRM (grote kamer) 8 juli 2003, *Hatton e.a./Verenigd Koninkrijk*, § 128 (milder). Zie A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht (2011)*, 924-925.

¹⁰⁸⁰ D. KEYAERTS, "Toetsing van de concrete totstandkoming van wetgevende normen door het Grondwettelijk Hof", 607-618.

¹⁰⁸¹ Zie *infra*, randnummers 898 e.v.

III. VOOR ELK OVERHEIDSHANDELEN?

371. *Leemten* - De bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof is beperkt, zowel qua getoetste normen als qua referentienormen. Hierboven, in het tweede hoofdstuk, worden twee leemten aan de zijde van de referentienormen aangeduid: het hof toetst niet aan alle grondwetsbepalingen die het evenwicht der machten regelen en niet aan de procedurele en inhoudelijke vereisten voor de totstandkoming van de wet. Na te hebben vastgesteld dat andere onderzochte grondwettelijke hoven, in naam van (elementen van) de rechtsstaat dit wel doen, is ervoor gepleit om de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof uit te breiden tot de toetsing aan alle grondwetsbepalingen. Nauw verwant aan dit leerstuk is het leerstuk over de leemten aan de andere zijde van de toetsing: de getoetste normen of beslissingen. Deze leerstukken raken elkaar bijvoorbeeld wanneer het Grondwettelijk Hof zich onbevoegd acht om te toetsen of een grondwettig samengestelde wetgevende vergadering als tak van de wetgevende macht is opgetreden.

372. *Wetskrachtige normen* – In dit derde hoofdstuk wordt nagegaan voor welk overheidshandelen het Grondwettelijk Hof bevoegd is en zou moeten zijn. In dit proefschrift kan niet elke mogelijke leemte in de grondwetsbescherming worden onderzocht: vooral geïnspireerd door de rechtsvergelijkende analyse wordt wel nagegaan of bepaalde overheidshandelingen voor toetsing door een grondwettelijk hof vatbaar moeten zijn. Deze overheidshandelingen zijn: de organisatie van de verkiezingen en de samenstelling van het parlement (**afdeling 1**), bepaalde politieke handelingen (**afdeling 2**) en rechterlijke uitspraken (**afdeling 3**).

1. DE ORGANISATIE VAN DE VERKIEZINGEN EN DE SAMENSTELLING VAN HET PARLEMENT

373. *Verkiezing en verkiezingsfinanciering* – Of een verkozene tot een wetgevende vergadering mag behoren, hangt in de vier onderzochte landen doorgaans af van de geldigheid van de verkiezingsresultaten en van de naleving van de financiële regels bij verkiezingen. In deze eerste afdeling wordt voor de vier onderzochte landen (België onder titel **A** en de overige landen onder titel **B**) nagegaan wie bevoegd is om te beslissen over de geldigheid van de verkiezingen, over de samenstelling van het parlement en over de naleving van de financiële regels bij verkiezingen.

A. HET GRONDWETTELIJK HOF

374. *Beperkte bevoegdheid* – Het Grondwettelijk Hof is niet bevoegd om uitspraak te doen over de geldigheid van de verkiezingsresultaten of over de samenstelling van de parlementen (1). Ter uitvoering van de Zesde Staatshervorming heeft het hof wel een beperkte bevoegdheid gekregen om de door de Controlecommissie aan de verkozenen opgelegde sancties op hun (grond)wettigheid te toetsen (2).

(1) DE GRONDWETTIGHEID VAN DE VERKIEZING(SRESULTATEN)

375. *Bevoegdheid wetgevende vergadering* – Luidens artikel 48 van de Grondwet, artikel 31 van de Bijzondere Wet Hervorming der Instellingen, artikel 22 Bijzondere Wet Brusselse Instellingen en artikel 50 van de wet van 6 juli 1990 “tot regeling van de wijze waarop het Parlement van de Duitstalige Gemeenschap wordt verkozen”¹⁰⁸², is alleen de (eigen taalgroep van de¹⁰⁸³) wetgevende vergadering bevoegd om de geloofsbrieven van haar leden te onderzoeken en de geschillen die hieromtrent rijzen te beslechten.¹⁰⁸⁴ Hierbij onderzoekt zij of de *in beginsel* verkozen personen aan de verkiesbaarheidsvereisten voldoen en of de verkiezingen en de kiesverrichtingen geldig zijn.¹⁰⁸⁵ De betwistingen die hieromtrent rijzen, worden door de wetgevende vergadering beslecht: zij heeft daarin een rechtsprekende functie.¹⁰⁸⁶ In de Kamer wordt het onderzoek voorbereid door zes commissies, die door het lot worden samengesteld. In de Senaat werd het onderzoek

¹⁰⁸² BS 20 juli 1990.

¹⁰⁸³ Artikel 22, § 3 Bijz. Wet Brusselse Instellingen.

¹⁰⁸⁴ De pre-electorale geschillen kunnen wel door de rechterlijke macht worden beslecht: als beroep tegen de beslissing van administratieve rechtscolleges, zoals voorzien in artikel 27 Kieswetboek (kiezerslijst) en artikel 125 Kieswetboek (kandidaten), of de gemeenrechtelijke procedures (bv. laster, smaad, recht op deelname aan een debat,..). "De politieke vernieuwing - vertegenwoordigende democratie. Advies uitgebracht door het wetenschappelijk comité van de commissies voor politieke vernieuwing", *Parl. St. Kamer* 2000-01, nr. 50-1421/1, 111. Zie ook S. VAN DROOGHENBROECK en F. BELLEFLAMME, "Les assemblées, juges du contentieux postélectoral: une institution en sursis?", in A. REZSÖHÁZY en M. VAN DER HULST (eds.), *Parlementaire recht en grondrechten*, Brugge, die Keure, 2010, 7.

¹⁰⁸⁵ Artikel 231 Kieswetboek. O. ORBAN, *Droit constitutionnel de la Belgique*, Tome 2, Luik, H. Dessain, 1908, 471. J.J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, Brussel, Bruylant, 1879, 139-140 beperkt die bevoegdheid van de Kamers tot het onderzoek van de geloofsbrieven van de leden en meent dat dit niet impliceert dat de Kamers de bevoegdheid hebben om de kiesverrichtingen in het algemeen ongeldig te verklaren en aldus tot een nieuwe verkiezing te besluiten. Zie ook M. WOUTERS, "Baas in eigen huis? De afbakening van het onderzoek van de geloofsbrieven in de context van de trapsgewijze samenstelling van de Senaat", in A. REZSÖHÁZY en M. VAN DER HULST (eds.), *Parlementaire recht en grondrechten*, Brugge, die Keure, 2010, 45 e.v. (voor de geloofsbrieven van de gemeenschapssenatoren).

¹⁰⁸⁶ K. MUYLLE, "La vérification des pouvoirs et le vote automatisé face à la Convention européenne des droits de l'homme: la Cour de cassation temporise", *CDPK* 2004, (558) 569; S. VAN DROOGHENBROECK en F. BELLEFLAMME, "Les assemblées, juges du contentieux postélectoral: une institution en sursis?", 4 en J. VELAERS, "De democratie en de niet-uitvoering van het arrest over Brussel-Halle-Vilvoorde", in P. MARTENS (ed.), *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2010, 174.

voorbereid door een commissie van de zeven verkozenen die de oudsten in jaren zijn.¹⁰⁸⁷ De wetgevende kamer doet uitspraak over de besluiten van de commissies.¹⁰⁸⁸ In de reglementen van de federale wetgevende vergaderingen wordt de rechtspleging nauwelijks bepaald: het recht op tegenspraak en de verplichting tot motivering zijn niet gewaarborgd; het is niet duidelijk welke onderzoeksbevoegdheden de commissies hebben en welke sancties de wetgevende vergaderingen kunnen nemen.¹⁰⁸⁹ Voor de parlementen van de gemeenschappen en van de gewesten is de procedure enigszins meer uitgewerkt: er wordt bepaald dat bij nietigverklaring van de verkiezing alle formaliteiten moeten worden overgedaan, ook de voordracht van de kandidaten; het bezwaar wordt aan vormvereisten onderworpen¹⁰⁹⁰ en er wordt bepaald dat de griffiers van de parlementen zich, met het oog op het onderzoek van de geloofsbrieven, door de administratieve overheden kosteloos de stukken kunnen doen overleggen die zij nodig achten.

In de praktijk vertoont het onderzoek van de geloofsbrieven dan ook veel gebreken: de procedures zijn niet-tegensprekelijk en schenden de wapengelijkheid en rechten van verdediging; ze zijn grotendeels niet-transparant en de beslissingen moeten niet worden gemotiveerd.¹⁰⁹¹ Het onderzoek gebeurt ook (te) snel...¹⁰⁹²

376. Rechterlijk toezicht? – De Grondwet en de (bijzondere) wetten behouden de bevoegdheid om de regelmatigheid van de parlementaire verkiezingen te beoordelen aan de wetgevende vergaderingen voor. Hoewel in artikel 48 van de Grondwet een rechterlijke toetsing niet uitdrukkelijk is verboden¹⁰⁹³, hebben de rechterlijke macht en de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State elk verzoekschrift aangaande de geloofsbrieven of de geldigheid van verkiezingen op grond van onbevoegdheid als onontvankelijk beschouwd.¹⁰⁹⁴ Ook het Grondwettelijk Hof weigert te toetsen: omdat de beslissing van het

¹⁰⁸⁷ Over de bevoegdheid van de Senaat, zie M. WOUTERS, "Baas in eigen huis? De afbakening van het onderzoek van de geloofsbrieven in de context van de trapsgewijze samenstelling van de Senaat", 41-48. Vanaf 25 mei 2014 wordt de Senaat niet rechtstreeks verkozen, doch de vóór 25 mei 2014 gehanteerde beginselen inzake het onderzoek van de geloofsbrieven van de gemeenschapssenatoren en van de gecoöpteerde senatoren kunnen ook op de vernieuwde Senaat worden toegepast.

¹⁰⁸⁸ Artikel 2 Reglement van de Kamer en artikel 3 Reglement van de Senaat.

¹⁰⁸⁹ "De politieke vernieuwing - vertegenwoordigende democratie. Advies uitgebracht door het wetenschappelijk comité van de commissies voor politieke vernieuwing", *Parl.St.* Kamer 2000-01, nr. 50-1421/1, 116. Zie ook S. VAN DROOGHENBROECK en F. BELLEFLAMME, "Les assemblées, juges du contentieux postélectoral: une institution en sursis?", 8 en M. VERDUSSEN, "Vers une juridictionnalisation du contrôle des élections fédérales", *JT* 2010, (398) 399.

¹⁰⁹⁰ Elk bezwaar moet door een van de kandidaten worden ondertekend, waardoor bezwaren van kiezers die geen kandidaat zijn onontvankelijk zijn. *Hand. W.Parl.* 29 juni 1999, nr. 1, 3. Zie ook K. MUYLLE, "La vérification des pouvoirs et le vote automatisé face à la Convention européenne des droits de l'homme: la Cour de cassation temporise", 569.

¹⁰⁹¹ Onder meer H. DUMONT, "Le droit parlementaire et les droits fondamentaux: conclusions du séminaire", in A. REZSÖHÁZY en M. VAN DER HULST (eds.), *Parlementaire recht en grondrechten*, Brugge, die Keure, 2011, 160; K. MUYLLE, "La vérification des pouvoirs et le vote automatisé face à la Convention européenne des droits de l'homme: la Cour de cassation temporise", 569 en M. VERDUSSEN, "Vers une juridictionnalisation du contrôle des élections fédérales", 399.

¹⁰⁹² In slechts zeventig minuten in 2010 (Kamer), zie *Hand. Kamer* 6 juli 2010, 5.

¹⁰⁹³ K. MUYLLE, "La vérification des pouvoirs et le vote automatisé face à la Convention européenne des droits de l'homme: la Cour de cassation temporise", 568.

¹⁰⁹⁴ Cass. 18 oktober 1995, *JLMB* 1996, 1078, noot PH. COENRAETS en *R.Cass.*, 1996, 77, commentaar H. VUYE en *RvS* 20 juni 2014, nr. 227.788, *PTB*; 16 juli 1995, nr. 53.793, *Féret en Nols*; 4 maart 1987, nr. 27.619, *Ylieff* e.a. en 25 november 1975, nr. 17.303, *Février*. Een uitzondering zou zijn: Rb. Brussel (Vz.) 19 juli

Brussels Hoofdstedelijk Parlement van 23 juni 2009 tot goedkeuring van het verslag van de bijzondere commissie belast met het onderzoek naar de geldigheid van de kiesverrichtingen en de bezwaren met betrekking tot de verkiezingen van het Brussels Hoofdstedelijk Parlement geen wetskrachtige norm is, acht het hof zich onbevoegd.¹⁰⁹⁵

377. *Kritiek* – Dat de exclusieve bevoegdheid van de wetgevende vergaderingen door alle rechtscolleges wordt erkend, betekent evenwel niet dat deze exclusieve bevoegdheid niet door de rechtsleer wordt betwist¹⁰⁹⁶, des te meer omdat de beoordeling van de geldigheid van de lokale verkiezingen wel aan een administratief rechtscollege is toevertrouwd.¹⁰⁹⁷ VELU citeert hieromtrent GIRON: "*la meilleure des assemblées législatives peut faire une très mauvaise cour de justice*".¹⁰⁹⁸ Dit wantrouwen is niet onterecht. De wetgevende vergaderingen hebben hun bevoegdheid om de geldigheid van de kiesverrichtingen te beoordelen niet steeds met eerbied voor de Grondwet uitgeoefend.¹⁰⁹⁹

2007, nr. 07/1154, onuitg., geciteerd en besproken door K. MUYLLE, "Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?", in A. ALEN en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 1*, Brugge, die Keure, 2008, 152. De rechterlijke macht kan dit ook niet onrechtstreeks, naar aanleiding van een aansprakelijkheidsvordering. MUYLLE argumenteert terecht dat uit het arrest van 1 juni 2006 van het Hof van Cassatie moet worden besloten dat de Belgische Staat niet aansprakelijk kan worden gesteld voor fouten van de wetgevende macht bij de uitoefening van diens bevoegdheid om de geldigheid van de kiesverrichtingen te beoordelen. K. MUYLLE, "Overheidsaansprakelijkheid voor een fout van het Parlement na het 'Sektenarrest' van het Hof van Cassatie", *TBP* 2006, (438) 440-441.

¹⁰⁹⁵ GwH 26 februari 2003, nr. 152/2009, B.3. Zie ook GwH 21 juni 2000, nr. 81/2003, B.6., ook niet onrechtstreeks, GwH 19 februari 1987, nr. 34, 2.2.B.

¹⁰⁹⁶ De kritiek rees al in oudere rechtsleer, maar de rechtsgeleerden hadden het opgegeven om voor dovemansoren te spreken. Door de Brussel-Halle-Vilvoordecrisis (2003-2010), de verkiezingen van 2010 en het arrest *Grosaru* van het EHRM zijn de rechtsgeleerden opnieuw in hun pen gekropen. Voor kritiek, en ook voor meer verwijzingen, zie K. MUYLLE, "La vérification des pouvoirs et le vote automatisé face à la Convention européenne des droits de l'homme: la Cour de cassation temporise", 569; S. VAN DROOGHENBROECK en F. BELLEFLAMME, "Les assemblées, juges du contentieux postélectoral: une institution en sursis?", 7 e.v.; J. VELU, *Droit public*, I, *Le statut des gouvernants*, Brussel, Bruylant, 1986, 528 en M. VERDUSSEN, "Vers une juridictionnalisation du contrôle des élections fédérales", 399. Voor een overzicht, zie "De politieke vernieuwing - vertegenwoordigende democratie. Advies uitgebracht door het wetenschappelijk comité van de commissies voor politieke vernieuwing", *Parl.St. Kamer* 2000-01, nr. 50-1421/1, 116-117.

¹⁰⁹⁷ Zo zijn de kiesgeschillen voor de gemeente- en provincieraadsverkiezingen in het Vlaamse Gewest aan een Raad voor verkiezingsbetwistingen toevertrouwd (art. 13 Decreet van 10 februari 2002 "houdende wijziging van de Gemeentekieswet, gecoördineerd op 4 augustus 1932, de wet van 19 oktober 1921 tot regeling van de provincieraadsverkiezingen, de wet tot organisatie van de geautomatiseerde stemming van 11 april 1994 en het decreet van 7 mei 2004 houdende regeling van de controle van de verkiezingsuitgaven en de herkomst van de geldmiddelen voor de verkiezing van het Vlaams Parlement", *BS* 10 maart 2006).

¹⁰⁹⁸ J. VELU, *Le statut des gouvernants*, Brussel, Bruylant, 1986, 528.

¹⁰⁹⁹ In strijd met de Grondwet en met de bevoegdheidsverdelende regels, weigerde de Franse Cultuurraad op 18 januari 1979 de geloofsbrieven van mevrouw BERNAERTS goed te keuren. Dankzij de apparentering werd deze Nederlandstalige dame verkozen in een Franstalig kiesarrondissement. Ondanks haar Nederlandstalige eed, behoorde zij tot de Franse taalgroep in de Senaat en aldus van rechtswege tot de Franse Cultuurraad. Hoewel de Franse Cultuurraad niet de bevoegdheid had om de geloofsbrieven van zijn leden te onderzoeken, sloot deze raad mevrouw BERNAERTS uit. *Hand. Fr.Cult.R.* 1978-79, 18 januari 1979, 3-9. In strijd met de Grondwet weigerde de Waalse Gewestraad op 27 november 1985 de geloofsbrief van de heer VAN OVERSTRAETEN, en dit met slechts één doel: het behalen van een meerderheid. Opnieuw werd een Vlaming dankzij de apparentering in een Franstalig

378. *Zesde Staatshervorming* – In België zijn de financiering van en de uitgaven bij de federale verkiezingscampagnes aan regels onderworpen. De Controlecommissie¹¹⁰⁰ houdt toezicht op de naleving ervan en legt in voorkomend geval sancties op aan de politieke partijen en aan de verkozenen.¹¹⁰¹ Tot voor kort was er geen rechterlijk toezicht op de beslissingen van de Controlecommissie. Het Grondwettelijk Hof bevestigde zulks: dit gebrek aan rechterlijke toetsing heeft tot doel de onafhankelijkheid van de wetgevende vergaderingen in verhouding tot de andere machten te waarborgen, zodat het niet klaarblijkelijk zonder verantwoording is en de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt.¹¹⁰² De Zesde Staatshervorming voert een rechterlijk toezicht in, zelfs twee vormen ervan: een specifieke en een algemene. Tegen de sanctie die de Controlecommissie neemt ten aanzien van een verkozene op grond van artikel 14/1 van de wet van 4 juli 1989 (namelijk waarschuwing, beperkte inhouding van de parlementaire vergoeding, tijdelijke schorsing van het mandaat en de vervallenverklaring van het mandaat) is een beroep tot vernietiging bij het Grondwettelijk Hof mogelijk.¹¹⁰³ Tegen elke andere beslissing tot sanctie die de Commissie met toepassing van de wet van 4 juli 1989 neemt, is een beroep tot nietigverklaring mogelijk bij de Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak.¹¹⁰⁴

379. *Grondwettelijk Hof?* – In de wetgevingsstukken die tot deze nieuwe bevoegdheid voor het Grondwettelijk Hof hebben geleid, wordt niet uitgelegd waarom ervoor is gekozen om het specifieke rechterlijk toezicht aan het Grondwettelijk Hof toe te kennen.¹¹⁰⁵ Evenmin

kiesarrondissement verkozen tot lid van de Waalse Gewestraad. De politieke minderheid van de Waalse Gewestraad, die evenwel graag de meerderheid en dus de regering vormde, met name de Franstalige christen-democraten en liberalen, keurden de geloofsbrieven van de heer VAN OVERSTRAETEN af. Op die manier bestond de Waalse Gewestraad uit slechts 103 verkozenen, zodat de minderheid automatisch de meerderheid werd. *Hand. W.Gew.R.* 1985-86, 27 november 1985, 2-18. Zie ook O. ORBAN, *Droit constitutionnel de la Belgique (Tome II)*, 471 en H. VUYE, "Het onderzoek van de geloofsbrieven. Draagwijdte van art. 48 van de Grondwet", *R.Cass.* 1996, 77-85 en, voor meer verwijzingen, S. VAN DROOGHENBROECK en F. BELLEFLAMME, "Les assemblées, juges du contentieux postélectoral: une institution en sursis?", 16.

¹¹⁰⁰ Ter uitvoering van de Zesde Staatshervorming bestaat de Controlecommissie niet langer alleen uit politici: zij bestaat uit zeventien leden van de Kamer en vier experts, door de Kamer voorgedragen. Artikel 1, 4^o Partijfinancieringswet. Zie ook (kritisch), K. MUYLLE, "Kroniek Parlementair Recht. De gewijzigde regels inzake de verkiezingsuitgaven en de partijfinanciering", *TBP* 2014, (440) 443.

¹¹⁰¹ Wet van 4 juli 1989 "betreffende de beperking en de controle van de verkiezingsuitgaven voor de verkiezing van de Kamer van volksvertegenwoordigers, de financiering en de open boekhouding van de politieke partijen", *BS* 20 juli 1989. Hierover meer bij D. DE PRINS, *Handboek politieke partijen*, Brugge, die Keure, 2011, 141 e.v.

¹¹⁰² GwH 23 februari 2000, nr. 20/2000, B.6.

¹¹⁰³ Artikel 142, vijfde lid Gw. en artikel 14/1, § 7 Wet van 4 juli 1989.

¹¹⁰⁴ Artikel 25ter Wet van 4 juli 1989.

¹¹⁰⁵ Het is mogelijk dat dit nodig werd geacht omdat artikel 48 Gw. niet voor herziening vatbaar was verklaard. Bepaalde sancties van de Controlecommissie, de tijdelijke schorsing en de vervallenverklaring van het mandaat, hebben een invloed op de samenstelling van de wetgevende vergadering. Vermits wordt aangenomen dat artikel 48 Gw. de bevoegdheid om over de samenstelling van de wetgevende vergadering te oordelen alleen aan de wetgevende vergadering zelf voorbehoudt en geen rechterlijke toetsing toelaat, zou een gewone wet die een rechterlijke toetsing invoert als ongrondwettig worden beschouwd. Door bij een grondwetsbepaling een bijkomende bevoegdheid aan een rechtscollège toe te kennen, kan, bij betwisting, worden verdedigd dat de grondwetgever

wordt, voor een eventuele verklaring, verwezen naar het tussentijds verslag namens de werkgroep “politieke partijen” (controlecommissie betreffende de verkiezingsuitgaven en de boekhouding van de politieke partijen) over de omzetting van de aanbevelingen van de GRECO.¹¹⁰⁶ In dit verslag worden wel argumenten voor een specifiek rechterlijk toezicht bij het Grondwettelijk Hof aangevoerd.¹¹⁰⁷ Uit dit verslag blijkt dat er onder de politieke partijen en de uitgenodigde experts (professoren staatsrecht) geen eensgezindheid bestaat over de vraag of het Grondwettelijk Hof dan wel de Raad van State of het Rekenhof als onafhankelijke instantie toezicht op de naleving van de partijfinancieringswet moet uitoefenen. Het Grondwettelijk Hof en de Raad van State verdedigen daarentegen wel de taakverdeling die uiteindelijk in de (Grond)wet is ingevoerd.¹¹⁰⁸

B. BUITENBLIK

380. *Buitenlandse rechtsstaten* – Hieronder wordt nagegaan of ook in Duitsland, Frankrijk en de Verenigde Staten alleen de wetgevende vergaderingen beslissen over de geldigheid van de verkiezingsresultaten, over de samenstelling van het parlement en over de naleving van de financiële regels bij verkiezingen. Daarbij wordt in het bijzonder aandacht besteed aan de vraag welke vereisten de rechtsstaat, volgens de rechtspraak en/of de rechtsleer, stelt met betrekking tot het bevoegde orgaan om deze beslissingen te nemen.

(1) HET *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*

381. *Wettigheidstoezicht* – Het *Bundesverfassungsgericht* houdt een wettigheidstoezicht op de beslissingen inzake de geldigheid van de verkiezingen (a) en inzake de naleving van de financiële regels bij de verkiezingen (b).

rechterlijk toezicht op een beslissing van de wetgevende vergadering heeft toegestaan en artikel 48 Gw. aldus impliciet heeft herzien. Gelet op de verklaring tot herziening van de Grondwet in 2010 en de overgangsbepaling in artikel 195 Gw. kon deze bijkomende bevoegdheid niet aan de Raad van State worden toegekend, maar wel aan het Grondwettelijk Hof. Als dit vermoeden correct is, dan is het betreurenswaardig dat de keuze voor het Grondwettelijk Hof geen positieve keuze is. Cf. *infra*, randnummer 409. Bovendien kan het verspreide rechterlijk toezicht tot een tegenstrijdige rechtspraak leiden, wat in een rechtsstaat te betreuren is.

¹¹⁰⁶ *Parl.St.* Kamer 2012-2013, nr. 53-2854/1. De GRECO (Groupe d’États contre la corruption) is een commissie binnen de Raad van Europa die toezicht houdt op de wijze waarop de verdragsstaten de anticorruptieverplichtingen naleven.

¹¹⁰⁷ De sancties ten aanzien van de verkozenen hebben een invloed op de samenstelling van het Parlement. Daarom zou het Grondwettelijk Hof de “natuurlijke rechter” zijn. De sancties ten aanzien van politieke partijen hebben daarentegen geen invloed op de samenstelling van het Parlement. Onder meer *Parl.St.* Kamer 2012-2013, nr. 53-2854/1, 244-245, 246 en 249.

¹¹⁰⁸ *Parl.St.* Kamer 2012-2013, nr. 53-2854/1, 244-245, 246 en 249.

(a) De geldigheid van de verkiezingen

382. *Bevoegdheid van het parlement* – Zoals in België, is het eigen aan de Duitse parlementaire traditie dat het Parlement (*Bundestag*) over de geldigheid van de verkiezingen en over het verlies van lidmaatschap beslist.¹¹⁰⁹ Een wet regelt de bevoegdheid en de procedure.¹¹¹⁰ De *Bundestag* gaat na of de kieswetgeving correct is toegepast, doch toetst de kieswetgeving niet, ook niet op haar grondwettigheid.¹¹¹¹

383. *Rechterlijk toezicht* – In Duitsland worden de beslissingen van de *Bundestag* wel door de rechter getoetst: de volksvertegenwoordiger wiens lidmaatschap wordt betwist, een kiezer of een groep van kiezers waarvan het bezwaar door de *Bundestag* is verworpen of een fractie of een minderheid van de *Bundestag* die minstens een tiende van het wettelijk aantal leden omvat, kan bij het *Bundesverfassungsgericht* een *Beschwerde* indienen tegen de beslissing van de *Bundestag* over de geldigheid van de verkiezingen, tegen het verlies van lidmaatschap van de *Bundestag* en over de rechtenschending bij de voorbereiding of de organisatie van de verkiezingen.¹¹¹² In het kader van deze *Beschwerde* toetst het *Bundesverfassungsgericht* ook de grondwettigheid van de kieswetgeving.

384. *Doel van het rechterlijk toezicht* – Het contentieux inzake verkiezingen was volgens het *Bundesverfassungsgericht* overwegend objectief van aard¹¹¹³, daar het de geldige samenstelling van de *Bundestag* beoogde. Slechts op onrechtstreekse wijze kon rechtsbescherming worden beoogd en verkregen.¹¹¹⁴ Het hof besloot niet zomaar tot de ongeldigheid van de verkiezingen, maar alleen wanneer de onrechtmatigheid de zetelverdeling had beïnvloed of had kunnen beïnvloeden.¹¹¹⁵

¹¹⁰⁹ Historisch was deze bevoegdheid een bescherming tegen de monarch, die, aldus niet via rechterlijke of administratieve toetsing over de geldigheid van de verkiezingen zou kunnen oordelen. E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 497 (§ 35, nr. 1240) en B. SCHMIDT-BLEIBTREU, "Artikel 48 Bundesverfassungsgerichtsgesetz", in TH. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU *et al.* (eds.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München, Verlag C.H. Beck, 2006, nr. 6.

¹¹¹⁰ *Wahlprüfungsgesetz*, 12 maart 1951. Kritisch over deze procedure, onder meer in het licht van de rechtsstaat, zijn M. MORLOK en A. BÄCKER, "Zugang verweigert: Fehler und fehlender Rechtsschutz im Wahlzulassungsverfahren", *NVwZ* 2011, (1153) 1156.

¹¹¹¹ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 498 (§ 35, nr. 1241).

¹¹¹² Artikel 41 (2) GG en artikel 48 BVerfGG. Het *Beschwerde* moet binnen een termijn van twee maanden worden ingediend en gemotiveerd. Tot 2012 was het *Beschwerde* van één kiesgerechtigde slechts ontvankelijk wanneer honderd kiesgerechtigden zich erbij aansloten. Zie ook M. MORLOK en A. BÄCKER, "Zugang verweigert: Fehler und fehlender Rechtsschutz im Wahlzulassungsverfahren", 1154. Deze voorwaarde, die de rechtsbescherming sterk fnuikte, is geschrapt bij de wet van 12 juli 2012 (*Gesetz zur Verbesserung des Rechtsschutzes in Wahlsachen*).

¹¹¹³ Dat kwam ook tot uiting in het feit dat het *Bundesverfassungsgericht* bij afstand van geding de rechtspleging verderzette indien het algemeen belang dit vereiste. BVerfG 23 november 1993, BVerfGE 89, 291 (299).

¹¹¹⁴ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 498 (§ 35, nr. 1242) en B. SCHMIDT-BLEIBTREU, "Artikel 48 Bundesverfassungsgerichtsgesetz", nr. 47 en 49-50. Het hof had instrumenten gevonden om rechtenschendingen vast te stellen zonder de verkiezing ongeldig te moeten verklaren.

¹¹¹⁵ Onder meer BVerfG 5 december 2000, BVerfGE 103, 111 (134) en 12 december 1991, BVerfGE 85, 148 (158). ("Die Wahlprüfungsverfahren dienen der Gewährleistung der gesetzmäßigen Zusammensetzung des Parlaments. Dementsprechend können grundsätzlich nur solche festgestellten Gesetzesverletzungen zu Eingriffen der Wahlprüfungsinstanzen führen, die auf die gesetzmäßige Zusammensetzung der Volksvertretung, also auf die konkrete Mandatsverteilung, von Einfluß sind oder

Deze rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht* werd sterk bekritiseerd.¹¹¹⁶ Verkiezingen leiden weliswaar tot een samenstelling van een Parlement, dat daarmee zijn legitimiteit verwerft, maar verwezenlijken eveneens het actief en passief kiesrecht, die essentiële, in de *Grundgesetz* gewaarborgde, elementen van de politieke vrijheid zijn. Het (rechterlijk) toezicht op de geldigheid van de verkiezingen moet dan ook de verwezenlijking van deze rechten waarborgen.¹¹¹⁷ In 2012 heeft de wetgever deze kritiek opgevangen en uitdrukkelijk erin voorzien dat het rechterlijk toezicht ook de rechtsbescherming van de verzoeker waarborgt¹¹¹⁸: ook al verklaart het hof de verkiezingen niet ongeldig omdat de geldigheid van de samenstelling van het Parlement niet in gedrang is gekomen, het hof kan vaststellen dat rechten die een voldoende band met de verkiezingen hebben, zijn geschonden.¹¹¹⁹

Om dezelfde reden is ook rechterlijk toezicht voorafgaand aan de verkiezingen ingevoerd: wanneer de *Bundeswahlausschuss* (de commissie voor de federale verkiezingen) een partij niet erkent, kan deze laatste tegen deze beslissing *Beschwerde* bij het *Bundesverfassungsgericht* indienen. Indien de *Beschwerde* gegrond is, wordt de partij als verkiezingspartij erkend.¹¹²⁰

(b) De financiële regels in verband met de verkiezingen

385. *Partijfinanciering* – In Duitsland worden de politieke partijen door de *Bund* en de *Länder* gefinancierd op grond van het aantal stemmen dat zij bij de verkiezingen hebben behaald.¹¹²¹ De voorzitter van de *Bundestag* deelt aan de *Länder* het uit te betalen bedrag mee. Het *Bundesrechnungshof* houdt toezicht op de handelingen van de voorzitter van de *Bundestag*: niet alleen of deze de bedragen correct vaststelt en uitbetaalt, maar ook of hij het wettelijk voorgeschreven toezicht op de financiën van de partijen uitvoert.¹¹²² Alle politieke partijen moeten immers jaarlijks aan de voorzitter van de *Bundestag* rekenschap

sein können (vgl. BVerfGE 4, 370 [372 f.]; st. Rspr.; zuletzt BVerfGE 79, 173 [173 f.]). Mit dieser Maßgabe dient das Wahlprüfungsverfahren auch der Verwirklichung des subjektiven aktiven und passiven Wahlrechts.“). Zie ook L. BECHLER en ST. NEIDHARDT, "Verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz für Parteien vor der Bundestagswahl: Die Nichtanerkennungsbeschwerde zum BVerfG", *NVwZ* 2013, (1438) 1439; M. MORLOK en A. BÄCKER, "Zugang verweigert: Fehler und fehlender Rechtsschutz im Wahlzulassungsverfahren", 1154 en B. SCHMIDT-BLEIBTREU, "Artikel 48 Bundesverfassungsgerichtsgesetz", nr. 44.

¹¹¹⁶ Zie, ook voor verwijzingen, M. MORLOK en A. BÄCKER, "Zugang verweigert: Fehler und fehlender Rechtsschutz im Wahlzulassungsverfahren", 1153-1154.

¹¹¹⁷ B. SCHMIDT-BLEIBTREU, "Artikel 48 Bundesverfassungsgerichtsgesetz", nr. 48-53. Dat deze procedure ook een rechtsbescherming beoogt, heeft invloed op de rechtsplegingsregels: het *Bundesverfassungsgericht* moet, op grond van zijn onderzoeksplicht, onderzoeksmaatregelen nemen om na te gaan of de grondrechten zijn geschonden.

¹¹¹⁸ B. SCHMIDT-BLEIBTREU, "Artikel 48 Bundesverfassungsgerichtsgesetz", nr. 53.

¹¹¹⁹ B. SCHMIDT-BLEIBTREU, "Artikel 48 Bundesverfassungsgerichtsgesetz", nr. 47.

¹¹²⁰ Artikel 18, (4a) *Bundeswahlgesetz*. Hierover meer in L. BECHLER en ST. NEIDHARDT, "Verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz für Parteien vor der Bundestagswahl: Die Nichtanerkennungsbeschwerde zum BVerfG", 1438-1443.

¹¹²¹ Artikel 18 (3) *Parteiengesetz* (*Gesetz* van 24 juli 1967 "über die politischen Parteien"). Daarnaast ontvangen de politieke partijen middelen door lidmaatschapsbijdragen en giften.

¹¹²² Artikel 21 (2) *Parteiengesetz*.

geven van de oorsprong en de aanwending van hun middelen en van hun vermogen. De voorzitter moet de correctheid ervan nagaan en de *Bundestag* tweejaarlijks hierover informeren.¹¹²³ Wanneer de voorzitter, na toetsing door een revisor, vaststelt dat de partij verkeerde informatie heeft gegeven over de verkregen giften en daardoor een te groot bedrag aan overheidsfinanciering heeft ontvangen, stelt de voorzitter het bedrag vast dat moet worden terugbetaald dan wel verrekend.¹¹²⁴ Omdat deze beslissingen administratieve handelingen zijn ("*Verwaltungsakt*"), zijn deze aan rechterlijk toezicht onderworpen: in laatste instantie door het *Bundesverwaltungsgericht*, eventueel onder het toezien oog van het *Bundesverfassungsgericht*.¹¹²⁵

(2) DE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

386. *Bevoegdheid* – De *Conseil constitutionnel* is bevoegd voor het toezicht op de presidents- en parlementsverkiezingen, voor de organisatie van en toezicht op de kiesverrichtingen van een referendum (a) en voor het toezicht op de naleving van de financiële regels inzake de verkiezingen (b).¹¹²⁶ Zijn taken in het kader van het referendum worden hier niet besproken, daar deze gelijkaardig aan zijn taken in het kader van de presidentsverkiezingen zijn.

(a) De geldigheid van de verkiezingen

(i) De presidentsverkiezingen

387. *Voorafgaand* – Voorafgaand aan de presidentsverkiezingen stelt de *Conseil constitutionnel* de kandidatenlijst vast. Hij moet nagaan of aan de voorwaarden voor kandidaatstelling is voldaan. Tegen de vaststelling van de lijst, kan bij de *Conseil* bezwaar worden ingediend, waarover de *Conseil* zo snel mogelijk beslist.¹¹²⁷ Samen met twee andere instellingen en subsidiair ten aanzien van hen, oefent de *Conseil constitutionnel* ook een toetsing uit op de wijze waarop de campagne wordt gevoerd: zij moeten onder meer

¹¹²³ Artikelen 23 en 23a *Parteiengesetz*.

¹¹²⁴ Behoudens wanneer het om een klein bedrag gaat, zie artikel 23a, (5) *Parteiengesetz*. Deze beslissing volgt uit de wet: de voorzitter heeft geen discretionaire bevoegdheid. M. MORLOK, *Parteiengesetz*, Nomos, 2013, §31a, nr. 1.

¹¹²⁵ Een *Verfassungsbeschwerde* tegen een beslissing van het *Bundesverwaltungsgericht* inzake een beslissing van de voorzitter van de *Bundestag* op grond van artikel 31b *Parteiengesetz* is toelaatbaar. BVerfG 14 mei 2013, 2 BvR 547/13.

¹¹²⁶ Voor het toezicht op de Europese parlementsverkiezingen is de *Conseil d'État* bevoegd, alsook, als beroepsinstantie, voor de lokale verkiezingen. G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français (2011)*, 206.

¹¹²⁷ Artikel 8 Decreet nr. 2001-213 van 8 maart 2001 "portant application de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel". J.-P. CAMBY, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, Parijs, Dalloz, 2009, 5^{de} ed., 39 e.v.; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français (2011)*, 210 en D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel (2013)*, nr. 470.

waarborgen dat de presidentskandidaten dezelfde campagnefaciliteiten van de staat genieten.¹¹²⁸

388. *Bezwaren tegen de kiesverrichtingen* – Elke kiezer, elke staatsvertegenwoordiger in het departement en elke presidentskandidaat kan bij de *Conseil* bezwaar tegen de kiesverrichtingen indienen. De *Conseil* kan de kiesverrichtingen bevestigen, enkele elementen ervan aanpassen of ze (deels) vernietigen.¹¹²⁹ Tot op heden heeft de *Conseil* nog nooit de kiesverrichtingen bij presidentsverkiezingen vernietigd.¹¹³⁰

(ii) *De parlementsverkiezingen*

389. *V^{de} republiek* – Zoals in Duitsland en om de scheiding der machten te waarborgen¹¹³¹, heeft de V^{de} Republiek komaf gemaakt met de traditionele invulling van het beginsel van de parlementaire soevereiniteit dat geen rechterlijk toezicht op de verkiezingen zou dulden. De bevoegdheid om over de geldigheid van de verkiezingen te beslissen werd van de wetgevende vergaderingen volledig naar de *Conseil constitutionnel* overgedragen.¹¹³² Anders dan de objectieve procedures van de *a priori*- en, in Franse ogen, de *a posteriori*-toetsing¹¹³³, is het verkiezingscontentieux voor de *Conseil* van subjectieve aard: het beoogt de rechtsbescherming van de verzoeker, waarbij het algemeen belang achter het geschil tussen de partijen zo niet verdwijnt, toch grotendeels verscholen gaat.¹¹³⁴ Het verkiezingscontentieux behelst de twee fases van de verkiezingen: voorafgaand aan de verkiezingen zijn het de geschillen rond de verkiesbaarheid en, na de verkiezingen, de kiesgeschillen.

390. *Voorafgaand* – De *Conseil* oordeelt over de beslissingen van het administratief rechtscollege met betrekking tot de verkiesbaarheid van kandidaten.¹¹³⁵ Hij beslist niet over de samenstelling van de kieslijsten.¹¹³⁶ Voorafgaand aan de verkiezingen, oordeelt hij ook

¹¹²⁸ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français (2011)*, 211.

¹¹²⁹ Artikel 30 Decreet nr. 2001-213 van 8 maart 2001 "portant application de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel". G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français (2011)*, 213-2014.

¹¹³⁰ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français (2011)*, 214.

¹¹³¹ B. DAUGERON, "Le contrôle des élections parlementaires avant le Conseil constitutionnel: La «vérification des pouvoirs», histoire et théorie", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2013, (17) 19 en 22.

¹¹³² B. DAUGERON, "Le contrôle des élections parlementaires avant le Conseil constitutionnel", 17 e.v.; G. DUMORTIER, "La procédure devant le Conseil constitutionnel, juge électoral: sous les pavés, la plage?", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2013, (33) 33 en D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel (2013)*, nr. 453. Het interne, parlementaire toezicht leidde immers tot misbruiken en akkoorden tussen politieke partijen. Zo werd in 1956 de verkiezing van een aantal parlementsleden om puur politieke redenen vernietigd, zodat zij werden vervangen door de tweede verkozenen.

¹¹³³ Zie *infra*, derde titel (rechtspleging) randnummer 799.

¹¹³⁴ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français (2011)*, 215. Getuige hiervan is dat de afstand van geding tot het einde van de rechtspleging leidt. D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel (2013)*, nr. 456.

¹¹³⁵ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français (2011)*, 216 en D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel (2013)*, nr. 459. Ook in het kader van het toezicht op de verkiezingsuitgaven beslist de *Conseil* over de verkiesbaarheid van kandidaten. Zie *infra*, randnummer 394.

¹¹³⁶ Tenzij de *Conseil* zich moet uitspreken over een kiesgeschil en de onregelmatigheid van de verkiezing het resultaat is van druk op de kiezer of op de kandidaten die de kiesuitslag heeft kunnen beïnvloeden. D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel (2013)*, nr. 459.

niet over de wettigheid van (sommige) teksten die de verkiezing organiseren. Hij doet dit wél achteraf: op grond van zijn bevoegdheid om de regelmatigheid van de verkiezingen te toetsen, heeft de *Conseil constitutionnel* zich bevoegd geacht om ook de wettigheid na te gaan van (sommige) teksten die de verkiezing organiseren¹¹³⁷ en die van reglementaire aard zijn (*décret*), wanneer deze de regelmatigheid van de kiesverrichtingen in het gedrang kunnen brengen.¹¹³⁸

Aanvankelijk toetste hij in dat kader evenwel niet de grondwettigheid van een wet.¹¹³⁹ Door de invoering van de prioritaire vraag is dat laatste veranderd, zodat hij ook naar aanleiding van het onderzoek naar de geldigheid van een verkiezing de grondwettigheid van de wet toetst.¹¹⁴⁰

391. *Kiesgeschillen* – Elke kiezer van een kieskring of elke (niet-verkozen) kandidaat kan de verkiezing van een volksvertegenwoordiger of van een senator, binnen de tien dagen na de bekendmaking van de verkiezingsresultaten, bij de *Conseil constitutionnel* aanvechten.¹¹⁴¹ Het beroep is niet schorsend; de procedure is schriftelijk en tegensprekelijk en de *Conseil* kan onderzoeksmaatregelen¹¹⁴² nemen: voor zijn onderzoek beroept hij zich op de verslaggevers, gekozen uit de leden van de *Conseil* en toegevoegde verslaggevers.¹¹⁴³ Er is geen terechtzitting, maar de partijen kunnen vragen om te worden gehoord.¹¹⁴⁴ De *Conseil* heeft geen termijn waarbinnen hij uitspraak moet doen, maar normaal beslecht bij

¹¹³⁷ Niet het decreet waarin tot de ontbinding van het parlement wordt beslist maar wel het decreet waarin de kiezers worden opgeroepen en de organisatie van de verkiezingen wordt bepaald. Cons. const. 13 juli 1988, nr. 88-1040/1054 AN, nr. 3. Wellicht acht de *Conseil constitutionnel* de eerste beslissing een politieke beslissing, stelt D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 457.

¹¹³⁸ Cons. const. 11 juni 1981, nr. 81-ELEC, nr. 4. Met betrekking tot de moeilijke afbakening met de bevoegdheid van de *Conseil d'État* die zich ook bevoegd acht, zie J. ARRIGHI DE CASANOVA, "Le juge des actes préparatoires à l'élections", 10-14, die bovendien kritisch is over deze bevoegdheid van de *Conseil*, en G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français* (2011), 217-218.

¹¹³⁹ Onder meer Cons. const. 21 oktober 1988, nr. 88-1048 AN, nr. 1. Als verkiezingsrechter (een "gewone" rechter) erkent hij wel zijn bevoegdheid om een wet aan een verdrag te toetsen, wat hij bij de grondwettigheidstoetsing weigert. D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 457.

¹¹⁴⁰ Cons. const. 12 januari 2012, nr. 2011-4538, nr. 3. DRAGO vermoedde al dat de *Conseil* zich daartoe bevoegd zou achten. G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français* (2011), 220-221. Zie ook G. DUMORTIER, "La procédure devant le Conseil constitutionnel, juge électoral: sous les pavés, la plage?", 40.

¹¹⁴¹ Artikel 33 Organieke Wet *Conseil constitutionnel*. Zie, voor meer over de procedure, G. DUMORTIER, "La procédure devant le Conseil constitutionnel, juge électoral: sous les pavés, la plage?", 34 en D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 455.

¹¹⁴² Artikel 42 Organieke Wet *Conseil constitutionnel*. In 2007 heeft de *Conseil* nieuwe onderzoeksmaatregelen genomen: het verhoor van ambtenaren en magistraten die verantwoordelijk waren voor de organisatie van en het toezicht op de kiesverrichtingen en tegensprekelijke hoorzittingen in aanwezigheid van de partijen. Cons. const. 29 november 2007, nr. 2007-3888/3967. G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français* (2011), 219 en D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 456.

¹¹⁴³ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 456.

¹¹⁴⁴ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français* (2011), 218-219; G. DUMORTIER, "La procédure devant le Conseil constitutionnel, juge électoral: sous les pavés, la plage?", 34 en 39 en D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 456.

binnen enkele maanden.¹¹⁴⁵ De *Conseil* kan de verkiezing van de verkozene vernietigen of de andere kandidaat verkozen verklaren.¹¹⁴⁶

392. Praktijk – De *Conseil constitutionnel* beschouwt uitermate veel handelingen als onregelmatigheden, doch deze leiden niet allemaal tot een vernietiging van een verkiezing: daarvoor moet de onregelmatigheid aan twee voorwaarden voldoen. Vooreerst moet de onregelmatigheid van zo'n ernst zijn dat zij de vrijheid of de integriteit van het stemmen heeft geschonden, doordat zij een doorslaggevende invloed op de verkiezingsresultaten had. Vervolgens mag het verschil tussen de verkozene en de niet-verkozene slechts klein zijn. Zo niet wordt geoordeeld dat de onregelmatigheid geen invloed op het uiteindelijke resultaat heeft gehad.¹¹⁴⁷

393. Kritiek – ROUSSEAU getuigt dat bij elke kiesgeschillenbeslechting de *Conseil constitutionnel* wordt verweten als een politieke rechter te hebben geoordeeld: elke politieke partij veroordeelt elke beslechting in haar nadeel en klaagt dat de *Conseil* op grond van politieke en niet op grond van juridische argumenten heeft beslist. Elke beslissing in haar voordeel wordt toegejuicht. Ook de *Conseillers* zelf zouden weinig voldoening uit deze opdracht halen.¹¹⁴⁸

Bovendien vindt ROUSSEAU dat om juridische redenen de rechtspraak van de *Conseil* bekritiseerbaar is. De bewijslast ligt bij de verzoekende partij en de *Conseil* is streng bij de beoordeling. Omwille van het stemmenverschil tussen de verzoeker en de verkozene bevestigt deze vaak de verkiezing, ondanks het feit dat veel afkeurenswaardige onregelmatigheden zijn vastgesteld.¹¹⁴⁹ ROUSSEAU vraagt zich af of deze rechtspraak geen grote fraude aanmoedigt.¹¹⁵⁰ Daarom meent hij dat de *Conseil* vooreerst zijn toezicht meer in het belang van de kiezers moet uitoefenen. De *Conseil* beschouwt het kiesgeschil thans als een geschil tussen twee partijen, de verzoeker en de verkozene, en houdt onvoldoende rekening met het algemeen belang. Zo beslist de *Conseil* dat, wanneer de verkozene en de verzoeker dezelfde onregelmatigheden hebben begaan die elkaar opheffen, de vrije keuze van de kiezer en de integriteit van de verkiezingen niet worden geschonden en de verkiezing aldus niet moet worden vernietigd.¹¹⁵¹ Leidt dit niet tot afgesproken fraude tussen de kandidaten?¹¹⁵² Bovendien pleit hij ervoor dat de *Conseil* meer van zijn onderzoeksbevoegdheid zou gebruik maken, zodra de verzoeker een begin van bewijs

¹¹⁴⁵ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 456. Dit is voornamelijk van belang wanneer de meerderheid van slechts enkele (betwiste) zetels afhangt.

¹¹⁴⁶ Artikel 45 Organieke Wet *Conseil constitutionnel*. B. MALIGNER, "Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2013, (47) 56-57 en D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 459. De *Conseil* heeft nog nooit een andere kandidaat verkozen verklaard.

¹¹⁴⁷ Onder meer Cons. const. 21 oktober 1988, nr. 88-1081 AN, nr. 2. Zie ook, onder meer voor meer voorbeelden, B. MALIGNER, "Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales", 63 en 66 en D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 463. Ook de *Conseil d'État* gebruikt dit criterium, wanneer hij als rechter in kiesgeschillen optreedt.

¹¹⁴⁸ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 464.

¹¹⁴⁹ Cons. const. 25 november 1988, nr. 88-1090 AN, nr. 2 en nr. 88-1092 AN, nr. 4 en 23 november 1988, nr. 88-1086 AN, nr. 2 en nr. 88-1106 AN, nr. 1.

¹¹⁵⁰ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 465.

¹¹⁵¹ Cons. const. 11 mei 1989, nr. 89-1129 AN, nr. 14 en 21 juni 1978, nr. 78-854 AN, nr. 1.

¹¹⁵² D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 466.

aanbrengt: de verslaggevers moeten ter plaatse gaan, een verslag opmaken en bij de lokale overheden alle beschikbare informatie opvragen.¹¹⁵³

(b) De financiële regels in verband met de verkiezingen

394. *Conseil constitutionnel* – Om de verkiezingsuitgaven binnen de perken te houden en om fraude en corruptie tegen te gaan, zijn er verschillende “plafonds” voor giften van natuurlijke personen en voor verkiezingsuitgaven. Ook is er een verbod op giften van rechtspersonen.¹¹⁵⁴ Een verwerping van de boekhouding leidt ertoe dat de verkiezingsuitgaven niet worden terugbetaald.¹¹⁵⁵ Wanneer de *Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques*¹¹⁵⁶ een “campagneboekhouding” van een kandidaat-president¹¹⁵⁷, kandidaat-volksvertegenwoordiger of kandidaat-senator verwerpt, is daartegen een beroep met volle rechtsmacht bij de *Conseil constitutionnel* mogelijk. Sinds 2011 kan de *Conseil*, wanneer hij vaststelt dat de *Commission* onterecht de boekhouding heeft verworpen, zelf het bedrag van terugbetaling van de verkiezingsuitgaven bepalen.¹¹⁵⁸

Aan de *Conseil* wordt geen termijn opgelegd waarbinnen hij uitspraak moet doen: voor zijn onderzoek beroept hij zich op de verslaggevers, die worden aangeduid uit de leden van de *Conseil*, en uit toegevoegde verslaggevers. Dit onderzoek verloopt moeilijk: de *Conseil* kan moeilijk de realiteit van de inkomsten en uitgaven van een campagne inschatten.¹¹⁵⁹

395. *Onverkiesbaarheid* – Wanneer de *Conseil constitutionnel* uitspraak doet – in het licht van een kiesgeschil of tegen een beslissing van de *Commission* – kan hij ook beslissen dat de verkozene die geen campagneboekhouding heeft overgemaakt of de plafonds heeft overschreden, voor drie jaar onverkiesbaar is.¹¹⁶⁰ Wanneer hij een verkozene onverkiesbaar

¹¹⁵³ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 467.

¹¹⁵⁴ B. MALIGNER, "Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales", 48 en 74.

¹¹⁵⁵ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français* (2011), 212.

¹¹⁵⁶ De Commissie bestaat uit drie eremagistraten uit de Raad van State, drie eremagistraten uit het Hof van Cassatie en drie eremagistraten uit het Rekenhof. Zij oefenen een ruime waaier aan bevoegdheden uit om de naleving van de regelgeving inzake overheidsfinanciering, boekhouding van politieke partijen en verkiezingscampagnes te verzekeren. Zij houden toezicht, kunnen sancties opleggen en beschikken daartoe ook over de nodige middelen, zoals dertig ambtenaren en de mogelijkheid om een onderzoek te bevelen door officieren van de gerechtelijke politie. *Parl.St.* Kamer 2012-2013, nr. 53-2854/1, 92.

¹¹⁵⁷ Artikel 3-V van de wet, nr. 62-1292, van 6 november 1962 "relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel".

¹¹⁵⁸ Artikel LO 131-1 *Code Électoral*. Cons. const. 24 mei 2013, nr. 2013-4892 AN, nr. 4. Zie ook B. MALIGNER, "Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales", 74. Eerder was het instrumentarium van de *Conseil* beperkt: hij kon de rekeningen bevestigen en dus terugbetaling toestaan of de rekeningen weigeren waardoor terugbetaling niet mogelijk was. Indien de schendingen van de wetgeving op campagnefinanciering slechts minimaal en niet intentioneel waren, vond de *Conseil* de weigering van de rekening disproportioneel. G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français* (2011), 213.

¹¹⁵⁹ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 456.

¹¹⁶⁰ Artikel L52-15 en LO 136-1 *Code Électoral*. Onder meer Cons. const. 18 oktober 2013, nr. 2013-4894 AN, nr. 3. B. MALIGNER, "Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales", 82-93; B. MALIGNER, "Élections (Observatoire de jurisprudence constitutionnelle)", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2011, 1 en B. MALIGNER, "Réflexions sur l'état du droit relatif aux comptes de

verklaart, doet hij ook uitspraak over diens verkiezing: hij vernietigt zijn verkiezing of verklaart hem ontslagnemend (al dan niet wanneer de verkiezing werd aangevochten).¹¹⁶¹ Dat betekent dat naar aanleiding van het financiële toezicht een verkozenen zijn zetel kan verliezen en dit veel vlugger dan bij de aanvechting van zijn verkiezing.¹¹⁶²

(3) HET SUPREME COURT

396. *Kiesgeschillen, doch niet financieringsgeschillen* – Het *Supreme Court* erkent de bevoegdheid van de rechter om kiesgeschillen te beslechten (a), doch niet om de naleving van de financiële regels inzake de verkiezingen af te dwingen (b).

(a) De geldigheid van de parlementaire verkiezingen¹¹⁶³

397. *Parlementaire soevereiniteit* – Eveneens geïnspireerd op de klassieke invulling van de parlementaire soevereiniteit, beslissen de *House of Representatives* en de *Senate* zelf over de verkiezing, de afvaardiging en de kwalificaties van hun leden.¹¹⁶⁴ Al vanaf 1798 hebben zij deze bevoegdheid niet volledig discretionair uitgeoefend: onder meer om tegemoet te komen aan de bekommernis dat deze bevoegdheid alleen op partijdige wijze zou worden uitgeoefend, werd wetgeving uitgevaardigd waarin onder meer de procedure werd geregeld.¹¹⁶⁵ Sinds 1969 is dit de thans geldende *Federal Contested Elections Act* (FCEA), waarin de procedure voor kiesgeschillen voor de leden van de *House* wordt geregeld.¹¹⁶⁶ Binnen dertig dagen na de bekendmaking van de verkiezingsresultaten kan een niet-verkozenen de verkiezing van een lid van de *House* betwisten.¹¹⁶⁷ Wanneer het kiesgeschil niet onmiddellijk krachtens de in de FCEA bepaalde procedure kan worden beslecht, wordt het geschil doorverwezen naar de *Committee on House Oversight of the House of Representatives*, dat een volledig onderzoek uitvoert. Daartoe wordt een *bipartisan task force* opgericht: een werkgroep die de twee grootste Amerikaanse partijen vertegenwoordigt, die hoorzittingen kan houden, getuigen kan oproepen en de op de zaak

campagne", *RDP* 2009, (1081) II.C.2. en II.D.2., die voor een uitbreiding van het rechterlijk toezicht op de verkiezingsuitgaven pleit en bovendien voorstelt dat, wanneer de *Conseil* vaststelt dat een verkozenen zijn uitgavenplafond heeft overschreden, niet alleen de verkozenen onverkiesbaar wordt verklaard, maar ook zijn opvolger. Voor een analyse van de rechtspraak, zie B. MALIGNER, "Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales", 81-97.

¹¹⁶¹ Artikel LO 136-1 *Code Électoral*. B. MALIGNER, "Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales", 97-98.

¹¹⁶² B. MALIGNER, "Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales", 97-98.

¹¹⁶³ De regeling is analoog voor de presidentiële verkiezingen, doch gegrond op artikel II, *Section I US Constitution*. Zie ook H. M. LEE, "An analysis of state and federal remedies for election fraud, learning from Florida's presidential election debacle", *Univ.Pittsb.Law Rev.* 2001, (159) 162.

¹¹⁶⁴ Artikel I, *Section 5 US Constitution*: "Each House shall be the judge of the elections, returns and qualifications of its own members".

¹¹⁶⁵ K.R. LISK, "The resolution of contested elections in the U.S. House of Representatives: why state courts should not help with the House work", *NY Univ.L.Rev.* 2008, (1213) 1232.

¹¹⁶⁶ Er is geen analoge wetgeving voor de kiesgeschillen voor leden van de *Senate*.

¹¹⁶⁷ 2 U.S.C. § 382 of artikel 382, Titel 2, Hoofdstuk 12 *United States Code*. Zie ook J. A. DOUGLAS, "Procedural Fairness in Election Contests", *Indiana Law J.* 2013, (1) 25-26.

toepasselijke regels kan bepalen.¹¹⁶⁸ Daarnaast wordt beroep gedaan op de onafhankelijke en niet partijpolitiek samengestelde *US Government Accountability Office* om de stemmen na te kijken, technische kwesties te onderzoeken en statistische onderzoeken uit te voeren.¹¹⁶⁹ De *Committee* kan ook gebruik maken van het resultaat van onderzoeken die door de staten zijn uitgevoerd. De *Committee* stemt over de gegrondheid van de betwisting van een verkozene en legt dit resultaat met een verslag aan de *House* over. De voltallige *House* stemt vervolgens over de betwisting van de verkiezing.¹¹⁷⁰

398. *Rechterlijk toezicht* – Deze bevoegdheid van de wetgevende vergaderingen heeft niet kunnen beletten dat ook rechters bevoegd zijn om over kiesgeschillen te oordelen, ook al wordt erkend dat de wetgevende vergadering het laatste woord heeft.¹¹⁷¹ Omdat de staten krachtens de *US Constitution* bevoegd zijn om het tijdstip, de plaats en de wijze van verkiezing van de leden van de wetgevende vergaderingen te bepalen¹¹⁷², hebben sommige¹¹⁷³ staten rechters bevoegd gemaakt om over kiesgeschillen uitspraak te doen, of hebben rechters van statelijke rechtscolleges uit eigen beweging (bepaalde) kiesgeschillen ontvankelijk geacht.¹¹⁷⁴ In *Roudebush v. Hartke* heeft het *Supreme Court* dit rechterlijk toezicht ook niet ongrondwettig geacht: de staten hebben de grondwettelijke bevoegdheid om de geldigheid van de kiesverrichtingen te beoordelen en deze bevoegdheid is verbonden met de bevoegdheid van de *Senate* om over de verkiezingen en het lidmaatschap te beslissen. De rechterlijke beslissing om de stemmen te hertellen fruikt deze bevoegdheid van de *Senate* slechts wanneer zij de *Senate* zou verhinderen om onafhankelijk de definitieve beslissing te nemen.¹¹⁷⁵ Het belangrijkste is dat het laatste woord bij het *Congress* ligt.¹¹⁷⁶ Sommige staten hebben dit arrest ruim uitgelegd en hun rechters bevoegd gemaakt om kennis te nemen van alle kiesgeschillen en ook alle vormen van rechtsherstel toe te staan, dus niet alleen de beslissing tot hertelling.

399. *Bush v. Gore* – Het bekendste voorbeeld van een rechterlijke beslissing inzake kiesgeschillen is ongetwijfeld *Bush v. Gore*. Voor de presidentiële verkiezingen geldt dat,

¹¹⁶⁸ J. A. DOUGLAS, "Procedural Fairness in Election Contests", 26 en K.R. LISK, "The resolution of contested elections in the U.S. House of Representatives", 1233.

¹¹⁶⁹ K.R. LISK, "The resolution of contested elections in the U.S. House of Representatives", 1233.

¹¹⁷⁰ K.R. LISK, "The resolution of contested elections in the U.S. House of Representatives", 1234.

¹¹⁷¹ Zie ook J. A. DOUGLAS, "Procedural Fairness in Election Contests", 24-24. Hij steunt deze bevoegdheid ook op artikel I, *Section 4 US Constitution* en is het wellicht niet eens met LISK, die voor een exclusieve bevoegdheid van het *Congress* pleit. K.R. LISK, "The resolution of contested elections in the U.S. House of Representatives", 1231 e.v.

¹¹⁷² Artikel I, *Section 4 US Constitution*.

¹¹⁷³ Sommige staten sluiten elk rechterlijk toezicht op de federale verkiezingen uit. J. A. DOUGLAS, "Procedural Fairness in Election Contests", 27.

¹¹⁷⁴ J. A. DOUGLAS, "Procedural Fairness in Election Contests", 25-27 (zo ook in staten waar een rechterlijke beslechting van kiesgeschillen bij wet wordt uitgesloten). DOUGLAS beschrijft de regelgeving en de samenstelling van deze rechtscolleges. Bovendien stelt hij dat de federale rechtscolleges ook steeds bevoegd zijn (p.29). De statelijke wetgeving waarin de verkiezingen worden geregeld, is in beginsel ook toepasselijk op de presidentiële verkiezingen, stelt H. M. LEE, "An analysis of state and federal remedies for election fraud, learning from Florida's presidential election debacle", 174-179. In *Bush v. Gore* heeft het *Supreme Court* geoordeeld dat Florida's wetgeving in verband met verkiezingen, die in een rechterlijke controle voorziet, ook op de presidentiële verkiezingen toepasselijk is. SC 11 december 2000, *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

¹¹⁷⁵ SC 23 februari 1972, *Roudebush v. Hartke*, 405 U.S. 15 (1972).

¹¹⁷⁶ J. A. DOUGLAS, "Procedural Fairness in Election Contests", 25-26.

opdat de stemmen van de kiezers van een staat zouden kunnen meetellen, de staat moet waarborgen dat elk geschil over de aanduiding van de kiezers en over de telling van hun stemmen moet zijn beslecht voor een bepaalde datum (*safe harbor date*), dit is zes dagen voor de samenkomst van de kiesmannen.¹¹⁷⁷ Omdat de staat *Florida* niet kon waarborgen dat een manuele hertelling, met een in rekening brengen van de “*undervotes*”¹¹⁷⁸ op grondwettige wijze (met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel...) vóór 12 december 2000 mogelijk was, vernietigde het *Supreme Court* de beslissing van het *Florida Supreme Court* tot hertelling bij de presidentsverkiezingen van 2000.¹¹⁷⁹ Dit *plurality*-arrest werd sterk bekritiseerd.¹¹⁸⁰

400. Kritiek? – Door de kritiek op *Bush v. Gore* herleefde in de rechtsleer het debat of de rechter wel toezicht op de verkiezingen mag uitoefenen. Algemeen wordt verdedigd dat, omdat bij de verkiezingen het actief en passief kiesrecht worden uitgeoefend, rechterlijk toezicht noodzakelijk is. Wel wordt er onderzocht welke procedure de beste zou zijn en welk rechtscollege bevoegd zou moeten zijn.¹¹⁸¹

(b) De financiële regels in verband met verkiezingen

401. FEC – Al meer dan honderd jaar vindt ook de Amerikaanse wetgever dat, om de invloed van geld op en in de politiek te beperken, de financiering van politieke partijen moet worden geregeld.¹¹⁸² Thans geldt de in 1971 uitgevaardigde *Federal Election Campaign Act*.¹¹⁸³ In 1974 werd de *Federal Election Commission* (FEC) opgericht om de naleving van deze wet te waarborgen. Deze commissie bestaat uit de *Secretary of the Senate* en de *Clerk of the House of Representatives* (of hun vertegenwoordigers), *ex officio* en zonder stemrecht, en uit zes leden, die door de President worden benoemd, na advies en instemming van de *Senate*. Maximaal drie leden van de zes mogen met dezelfde partij zijn geaffilieerd.¹¹⁸⁴ Wanneer er een vermoeden van wettschending is, moet een

¹¹⁷⁷ 3 U.S.C. § 5 of artikel 5 van Titel 3 *United States Code*.

¹¹⁷⁸ Cf. blanco-stem. Een *undervote* betekent dat de kiezer – bewust of onbewust – geen keuze bij een bepaalde verkiezing heeft gemaakt. Een statistisch hoge graad van *undervotes* kan ook duiden op technische problemen (bij elektronisch stemmen of digitale verwerking van stembrieven).

¹¹⁷⁹ SC 11 december 2000, *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000). Zie onder meer H. M. LEE, "An analysis of state and federal remedies for election fraud, learning from Florida's presidential election debacle", 159-161.

¹¹⁸⁰ Onder meer WEINBERG argumenteert dat het arrest de scheiding der machten schond, omdat een meerderheid van het hof door Republikeinse presidenten was benoemd. L. WEINBERG, "When courts decide elections: The constitutionality of Bush V-Gore", *Boston Univ. Law Rev.* 2002, (609) 640 en 659. Voor een bespreking in het licht van de *political question doctrine*, zie L. FISHER, "Bush v. Gore: Too Political?", 207-216. Enkele auteurs verdedigen het arrest, onder meer in het licht van de legitimiteit van een grondwettelijk hof. Zie J.C. YOO, "In Defense of the Court's Legitimacy", 775-791.

¹¹⁸¹ Onder meer J. A. DOUGLAS, "Procedural Fairness in Election Contests", 1-81.

¹¹⁸² Voor de historiek, zie onder meer W. C. OLDAKER, "Of philosophers, foxes, and finances: can the Federal Election Commission ever do an adequate job?", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 1986, (132) 133. Zie ook voor de rol van de FEC, SC 1 juni 1998, *Federal Elections Commission v. James E. Akins e.al.*, 118 S.Ct. 1777.

¹¹⁸³ 2 U.S. C. Chapter 14 of Hoofdstuk 14 van Titel 2 *United States Code*.

¹¹⁸⁴ 2 U.S. C. § 437c (a) (1) of artikel 437c (a) (1) van "subchapter 1" van Hoofdstuk 14 van Titel 2 *United States Code*.

meerderheid van vier stemmen¹¹⁸⁵ beslissen om deze wetsschending te beperken of te vermijden door te onderhandelen of te bemiddelen. Alleen in welbepaalde gevallen, en na onderhandelingen, kan de commissie in rechte optreden (*civil action for relief*) of de zaak aan de *Attorney General* overmaken.¹¹⁸⁶ Het *Supreme Court* heeft geoordeeld dat alleen de FEC de naleving van de FECA en van de *Presidential Election Campaign Fund Act* kan afdwingen, zodat private partijen zich niet in een geschil op deze wetten kunnen beroepen.¹¹⁸⁷

402. Kritiek – De FEC is afhankelijk van het *Congress*, dat zijn financiering en bevoegdheden bepaalt en een vetorecht op de door de FEC uitgevaardigde reglementen kan uitoefenen. Het *Congress* heeft in het verleden niet nagelaten om met deze instrumenten de FEC te laten voelen het oneens met de FEC te zijn.¹¹⁸⁸ Bovendien beperkt de rechtspraak inzake *Freedom of Speech* de mogelijkheid van de FEC om de regelgeving inzake partijfinanciering en campagnevoering af te dwingen, daar deze regelgeving een strenge grondwettigheidstoetsing moet doorstaan.¹¹⁸⁹ Ten slotte beschikt de FEC niet over de middelen om actief de naleving na te gaan en af te dwingen: zij is afhankelijk van klachten.¹¹⁹⁰ Er wordt dan ook gepleit voor een versterking van de FEC, onder meer door onafhankelijke leden te benoemen.¹¹⁹¹

C. EEN GRONDWETTELIJK HOF EN DE KIESGESCHILLEN IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

403. Rechtsstaat – Uit de analyse van de rechtspraktijk van de vier onderzochte landen blijkt dat alleen in België geen rechter bevoegd is om kiesgeschillen bij wetgevende verkiezingen te beslechten. Slechts recent heeft België een eerste vorm van rechterlijke toetsing van beslissingen die het actief en passief kiesrecht raken, aanvaard: het toezicht van het Grondwettelijk Hof op de sancties die de Controlecommissie wegens overtreding van de wetgeving op de verkiezingsuitgaven aan (federale) parlementsleden oplegt. Gesteund door de rechtspraktijk in de overige onderzochte landen, zijn er redenen om aan te nemen dat de rechtsstaat een toetsing van de beslissingen in kiesgeschillen in elk geval aanvaardt en ook vereist. Dit wordt hieronder onderzocht voor de beslissingen inzake de

¹¹⁸⁵ 2 U.S.C. §437g (4)(A)(i) of artikel 437g (a)(1) van “*subchapter 1*” van Hoofdstuk 14 van Titel 2 *United States Code*.

¹¹⁸⁶ 2 U.S.C. §437g of artikel 437g van “*subchapter 1*” van Hoofdstuk 14 van Titel 2 *United States Code*.

¹¹⁸⁷ SC 18 maart 1985, *Federal Election Commission v. National Conservative Political Action Committee*, 470 U.S. 480 (1985). Personen wier klacht bij de FEC is afgewezen, kunnen deze beslissing op haar wettigheid laten toetsen door de rechter. SC 1 juni 1998, *Federal Elections Commission v. James E. Akins e.al.*, 118 S.Ct. 1777.

¹¹⁸⁸ W. C. OLDAKER, "Of philosophers, foxes, and finances: can the Federal Election Commission ever do an adequate job?", 136.

¹¹⁸⁹ SC 21 januari 2010, *Citizens United v. Federal Election Commission*. Voor oudere zaken tegen regels in verband met partijfinanciering op grond van *freedom of speech*, zie W. C. OLDAKER, "Of philosophers, foxes, and finances: can the Federal Election Commission ever do an adequate job?", 137-138.

¹¹⁹⁰ W. C. OLDAKER, "Of philosophers, foxes, and finances: can the Federal Election Commission ever do an adequate job?", 141.

¹¹⁹¹ X., "Having the Watchdogs to Tea (Federal Election Commission)", *The New York Times*, 3 november 2011, A30.

geldigheid van de verkiezingen (1) en inzake de naleving van de financiële regels met betrekking tot verkiezingen (2).

(1) DE GELDIGHEID VAN DE VERKIEZINGEN

404. Rechtsstaat – In een rechtsstaat moeten de verkiezingen wettig verlopen: zij moeten in overeenstemming zijn met de grondwet, de kieswetgeving en de overige regelgeving die de organisatie ervan regelt.¹¹⁹² Onregelmatigheden van verscheidene aard brengen de geldigheid van de kiesverrichtingen in het gedrang. Zij kunnen worden opgedeeld in drie categorieën: fraude met de stemmen, fouten bij de organisatie¹¹⁹³ en het tellen¹¹⁹⁴ en onbehoorlijk gedrag van de kandidaten¹¹⁹⁵. Daarnaast kan ook overmacht de kiesverrichtingen in het gedrang brengen¹¹⁹⁶ en de recente Belgische praktijk heeft ook aangetoond dat ongrondwettige verkiezingswetgeving de aanleiding kan zijn om de geldigheid van de verkiezingen te betwisten.¹¹⁹⁷

405. Politieke vrijheid – In een rechtsstaat moet de politieke vrijheid worden gewaarborgd. Verkiezingen zijn méér dan de gebeurtenissen die tot een nieuwe samenstelling van een wetgevende kamer leiden: het kiesrecht is een grondrecht, cruciaal voor het behoud van een (democratische) rechtsstaat.¹¹⁹⁸ Met het stemmen verwezenlijkt eenieder zijn actief en/of passief kiesrecht. In een rechtsstaat moet dan ook eenieder – kiezers en verkozenen – de schending van zijn actief en passief kiesrecht, door schending van de kieswetgeving (en van de grondwet), kunnen aanklagen.¹¹⁹⁹ Alleen wanneer de schending van het kiesrecht kan worden betwist, is het kiesrecht een recht.¹²⁰⁰ Om de eerbied voor dit actief en passief kiesrecht en voor de politieke vrijheid af te dwingen, moet een beroep op een

¹¹⁹² J. VELAERS, "De democratie en de niet-uitvoering van het arrest over Brussel-Halle-Vilvoorde", 267 en M. VERDUSSEN, "Vers une juridictionnalisation du contrôle des élections fédérales", 398.

¹¹⁹³ Bijvoorbeeld bij het stemmen bij volmacht. *Hand.* Senaat 6 juli 2010, 273.

¹¹⁹⁴ Het gaat dan om fouten bij het handmatig stemmen en technische problemen bij elektronisch stemmen. *Hand.* Senaat 6 juli 2010, 274.

¹¹⁹⁵ Onbehoorlijk gedrag is bijvoorbeeld de niet-naleving van de financieringsregels voor verkiezingen. S.F. HUEFNER, "Remedying Election Wrongs", *Harvard Journal on Legislation* 2007, (265) 271 en 276.

¹¹⁹⁶ Het gaat dan om orkanen of bomaanslagen, zie S.F. HUEFNER, "Remedying Election Wrongs", 271 en 276-277.

¹¹⁹⁷ *Hand.* Kamer 6 juli 2010, 12 en *Hand.* Senaat 6 juli 2010, 4 en 6. VELAERS maakt terecht het onderscheid tussen de geschillen over de toepassing van de kieswet en over haar grondwettigheid. J. VELAERS, "De democratie en de niet-uitvoering van het arrest over Brussel-Halle-Vilvoorde", 275-276.

¹¹⁹⁸ Artikel 8 Gw. en artikel 3 Eerste Protocol EVRM. EHRM 2 juni 2010, *Grosaru*, 42. Zie ook K. MUYLLE, "Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?", 168 en M. WOUTERS, "Baas in eigen huis? De afbakening van het onderzoek van de geloofsbrieven in de context van de trapsgewijze samenstelling van de Senaat", 43. Zie ook, voor de VS, J. H. CHOPER, "The political question doctrine: Suggested criteria", 1510.

¹¹⁹⁹ Commissie van Venetië, "Code of Good Practices in Electoral Matters", CDL-AD (2002) 23 rev, 92 en 99 (al is een redelijk quorum voor een klacht vanwege kiezers aanvaardbaar, uit (kosten)efficiëntie-overwegingen). Zie ook J. VELAERS, "De democratie en de niet-uitvoering van het arrest over Brussel-Halle-Vilvoorde", 277 en M. VERDUSSEN, "Vers une juridictionnalisation du contrôle des élections fédérales", 398 en, voor de VS, L. FISHER, "Bush v. Gore: Too Political?", 218.

¹²⁰⁰ H. KELSEN, *General Theory of Law & State*, 89.

deskundig en onpartijdig orgaan¹²⁰¹ kunnen worden gedaan, waarbij, omdat de verkiezingen invloed hebben op de samenstelling van een staatsmacht, met het beginsel van het evenwicht der machten rekening moet worden gehouden. Wegens zijn belang wordt dit beginsel eerst besproken.

406. *Scheiding der machten* – De bevoegdheid van de wetgevende vergadering om de geldigheid van de verkiezingen te beoordelen steunt op de (klassieke, achttiende en negentiende-eeuwse invulling van de) scheiding der machten en van de parlementaire soevereiniteit.¹²⁰² De andere (onderzochte) landen hebben deze invulling verlaten en staan enige vorm van rechterlijke toetsing toe.¹²⁰³ De scheiding der machten is evenwel geen afdoende reden meer om het oordeel over de geldigheid van de verkiezingen en de correcte samenstelling van een wetgevende vergadering alléén in de handen van haar leden te leggen.¹²⁰⁴ Vroeger kon een rechterlijke toetsing worden gewantwoord, omdat de monarch via de door hem benoemde en van hem afhankelijke rechters onrechtstreeks de samenstelling van het parlement zou kunnen bepalen. Door de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, in het bijzonder de onafhankelijkheidswaarborgen van het rechterlijk mandaat, is dit wantrouwen niet meer gerechtvaardigd.¹²⁰⁵ Er is dan ook geen reden meer om in een rechtsstaat¹²⁰⁶ deze machtsuitoefening die de grondrechten raakt zonder wettelijke grenzen en rechterlijke toetsing, te laten bestaan.¹²⁰⁷ Deze machtsuitoefening schendt immers zelf één van de basisbeginselen van de scheiding der machten en van de rechtsstaat: diegenen die moeten beslissen zijn immers onvermijdelijk rechter in eigen

¹²⁰¹ Andere noodzakelijke waarborgen zijn: rechtvaardigheid en legitimiteit; anonimiteit; accuraatheid en transparantie. De procedure moet snel, tegensprekelijk, definitief, efficiënt en kosteneffectief zijn. Commissie van Venetië, "Code of Good Practices in Electoral Matters", CDL-AD (2002) 23 rev, 93-94; S.F. HUEFNER, "Remedying Election Wrongs", 288; K.R. LISK, "The resolution of contested elections in the U.S. House of Representatives", 1221; J. C. NAGLE, "How not to count votes", *Colum.L.Rev.* (1732) 1759 en S. VAN DROOGHENBROECK en F. BELLEFLAMME, "Les assemblées, juges du contentieux postélectoral: une institution en sursis?", 7.

¹²⁰² K. MUYLLE, "Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?", 165-166 en K. MUYLLE, "La vérification des pouvoirs et le vote automatisé face à la Convention européenne des droits de l'homme: la Cour de cassation temporise", 568. Zie, ook voor meer verwijzingen, S. VAN DROOGHENBROECK en F. BELLEFLAMME, "Les assemblées, juges du contentieux postélectoral: une institution en sursis?", 11 en M. VERDUSSEN, "Vers une juridictionnalisation du contrôle des élections fédérales", 399.

¹²⁰³ Uit onderzoek van de Raad van Europa blijkt België één van de laatste Europese landen te zijn die geen rechterlijke toetsing toestaat. EHRM 2 juni 2010, *Grosaru*, nr. 28. Zie ook S. VAN DROOGHENBROECK en F. BELLEFLAMME, "Les assemblées, juges du contentieux postélectoral: une institution en sursis?", 13.

¹²⁰⁴ M. VERDUSSEN, "Vers une juridictionnalisation du contrôle des élections fédérales", 399.

¹²⁰⁵ K. MUYLLE, "Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?", 166; S. VAN DROOGHENBROECK en F. BELLEFLAMME, "Les assemblées, juges du contentieux postélectoral: une institution en sursis?", 12 en M. WOUTERS, "Baas in eigen huis? De afbakening van het onderzoek van de geloofsbrieven in de context van de trapsgewijze samenstelling van de Senaat", 42-43.

¹²⁰⁶ B. DAUGERON, "Le contrôle des élections parlementaires avant le Conseil constitutionnel", 17 en 25.

¹²⁰⁷ Commissie van Venetië, "Code of Good Practices in Electoral Matters", CDL-AD (2002) 23 rev, 93-94. Zie ook S. VAN DROOGHENBROECK en F. BELLEFLAMME, "Les assemblées, juges du contentieux postélectoral: une institution en sursis?", 14 en J. VELAERS, "De democratie en de niet-uitvoering van het arrest over Brussel-Halle-Vilvoorde", 274. *Contra*, K.R. LISK, "The resolution of contested elections in the U.S. House of Representatives", 1228 e.v., die de bevoegdheid aan de wetgevende vergadering voorbehoudt, zonder rechterlijk toezicht, doch wel met een tegensprekelijke procedure.

zaak. “[They] will resolve contested elections without even a patina of political neutrality”.¹²⁰⁸ Dit leidt tot misbruik.¹²⁰⁹ De leden van de wetgevende vergadering maken deel uit van politieke partijen en de partijloyaliteit en de – toekomstige – meerderheidsloyaliteit beïnvloeden de wijze waarop zij beslissen. Dit partijdigheidsprobleem is ook het EHRM niet ontgaan: in het arrest *Grosaru* heeft het geoordeeld dat bij de beslechting van de kiesgeschillen een parlementair orgaan, (voornamelijk) samengesteld uit leden van andere politieke partijen dan die waarvan de verkozenen lid is, niet als een onpartijdig orgaan kan worden beschouwd en dus (mee) aan de basis ligt van de schending van het *due process* vereiste in artikel 3 van het Eerste Protocol bij het EVRM.¹²¹⁰

407. Rechterlijke toetsing noodzakelijk – Vermits duidelijk is dat een louter toezicht op de geldigheid van de verkiezingen door de wetgevende vergadering niet rechtsstatelijk is, moet worden nagegaan of een *grondwettelijk hof* het rechtscollege moet zijn dat de geldigheid ervan beoordeelt. Terecht meent VERDUSSEN dat een rechterlijke uitspraak (in voorkomend geval in beroep) over de geldigheid van de verkiezing van de wetgevende parlementen tot het typische grondwettelijk contentieux behoort en dus in beginsel aan het Grondwettelijk Hof toekomt.¹²¹¹ Om te kunnen beoordelen of het Grondwettelijk Hof inderdaad deze bevoegdheid moet krijgen, moet evenwel worden nagegaan of het Grondwettelijk Hof voldoende expertise heeft of kan hebben en als een onafhankelijke rechter kan worden beschouwd.¹²¹²

408. Expertise – Het orgaan dat over de geldigheid van de verkiezingen beslist, moet kunnen beoordelen wat de oorzaak van de ongeldige kiesverrichtingen is, of deze aan iemand kan worden verweten en welke oplossing het geschiktst is om de geldigheid van de kiesverrichting te herstellen, dan wel opnieuw te waarborgen.¹²¹³ Dit vereist een expertise die het Grondwettelijk Hof op dit moment niet heeft en zich wellicht niet graag eigen maakt, mede gelet op zijn terughoudendheid om onderzoeksmaatregelen aan te wenden.¹²¹⁴ Bovendien moet lering worden getrokken uit de Franse praktijk: de *Conseil constitutionnel* voelt zich niet thuis in deze functie. Voor de beoordeling van de kiesgeschillen laat hij zich bijstaan door andere verslaggevers en deze rechterlijke functie

¹²⁰⁸ S.F. HUEFNER, "Remedying Election Wrongs", 321. Zie ook EHRM 2 juni 2010, *Grosaru*, nr. 54. K. MUYLLE, "Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?", 166; O. ORBAN, *Droit constitutionnel de la Belgique (Tome II)*, 470-471 en J. VELAERS, "De democratie en de niet-uitvoering van het arrest over Brussel-Halle-Vilvoorde", 274.

¹²⁰⁹ M. WOUTERS, "Baas in eigen huis? De afbakening van het onderzoek van de geloofsbrieven in de context van de trapsgewijze samenstelling van de Senaat", 43.

¹²¹⁰ EHRM 2 juni 2010, *Grosaru*, nr. 54. Zie ook S. VAN DROOGHENBROECK en F. BELLEFLAMME, "Les assemblées, juges du contentieux postélectoral: une institution en sursis?", 21-22 en, voor de vereisten die het recht van de Europese Unie kunnen stellen, 28-32.

¹²¹¹ M. VERDUSSEN, "Vers une juridictionnalisation du contrôle des élections fédérales", 401. Zie ook M. FROMONT, "La notion de justice constitutionnelle et le droit français", 154 (elk contentieux met betrekking tot de grondwettelijke organen is een grondwettelijk contentieux).

¹²¹² Elke procedure voor een rechter kan de overige noodzakelijke waarborgen inhouden: de stemming kan anoniem blijven en de procedure kan accuraat, transparant, tegensprekelijk, snel en definitief, efficiënt en kosteneffectief zijn.

¹²¹³ Zie ook J. C. NAGLE, "How not to count votes", 1759.

¹²¹⁴ Zie *infra*, derde titel (rechtspleging), randnummer 888.

geeft weinig voldoening. Het is wellicht raadzaam om het Belgische Grondwettelijk Hof niet verantwoordelijk te maken voor de feitelijke beoordeling van de geldigheid van de kiesverrichtingen. Wel kan, indien aan het onpartijdigheidsvereiste is voldaan, ervoor worden gepleit om het Grondwettelijk Hof, zoals het *Bundesverfassungsgericht*, te laten oordelen over de (grond)wettigheid van de beslissingen van het orgaan dat wel in feite oordeelt.¹²¹⁵

409. Onpartijdigheid – De vraag rijst evenwel of het Grondwettelijk Hof de noodzakelijke onpartijdigheid heeft. Opdat de procedure waarmee kiesgeschillen worden beslecht legitiem zou zijn, is het noodzakelijk dat zowel de betrokken partijen als de bevolking het gevoel hebben dat de procedure rechtvaardig is. Eén van de belangrijkste voorwaarden hiervoor is dat moet worden vermeden dat een partijdig en/of afhankelijk orgaan of persoon de (uiteindelijke) beslissing neemt.¹²¹⁶ Daarbij moeten we lering uit de Amerikaanse en de Franse praktijk trekken. Het arrest van het *Supreme Court Bush v. Gore* werd sterk bekritiseerd, onder meer omwille van de sterke politieke aanhorigheid van de rechters.¹²¹⁷ Bij elke beslissing over de geldigheid van een verkiezing wordt de *Conseil constitutionnel* verweten partijdig te zijn. De sterk politieke samenstelling van de *Conseil* voedt wellicht dit verwijt. In Duitsland is dit verwijt er niet of minder. Misschien ligt dit aan het feit dat het *Bundesverfassungsgericht* slechts als beroepsinstantie – wat ook voor België te verkiezen is – oordeelt, maar het *Bundesverfassungsgericht* is ook minder politiek samengesteld: de rechters worden wel omwille van hun politieke aanhorigheid benoemd, maar zijn veel minder vaak dan de Franse grondwettelijke rechters gewezen politici.

Het Belgische Grondwettelijk Hof is op dat vlak (bijna) even sterk politiek samengesteld als de Franse *Conseil*: minstens zes gewezen parlementsleden zijn rechter. Dat omwille van deze samenstelling de onpartijdigheid van het Grondwettelijk Hof niet steeds buiten kijf heeft gestaan, blijkt uit het parlementaire debat bij de invoering van de mogelijkheid om de partijfinanciering van “ondemocratisch geachte politieke partijen”¹²¹⁸ in te trekken. Toen werd lang nagedacht over welk ander orgaan dan de Controlemcommissie daarbij moest worden betrokken en in welke hoedanigheid. Aanvankelijk werd overwogen dat de Controlemcommissie het advies moest vragen aan de voorzitter van het Grondwettelijk Hof, dan wel aan een college samengesteld uit de voorzitter van het Grondwettelijk Hof, en de

¹²¹⁵ Zie ook M. VERDUSSEN, "Vers une juridictionnalisation du contrôle des élections fédérales", 401. Commissie van Venetië, "Code of Good Practices in Electoral Matters", CDL-AD (2002) 23 rev, 93. De Raad van State heeft deze expertise veeleer wel, en zou wel met volle rechtsmacht over de geldigheid van verkiezingen kunnen oordelen. Of een daartoe opgericht administratief rechtscollege, zoals bij de lokale verkiezingen.

¹²¹⁶ EHRM 2 juni 2010, *Grosaru*, nr. 47. Zie ook S.F. HUEFNER, "Remedying Election Wrongs", 290; J. C. NAGLE, "How not to count votes", 1753 en S. VAN DROOGHENBROECK en F. BELLEFLAMME, "Les assemblées, juges du contentieux postélectoral: une institution en sursis?", 7.

¹²¹⁷ Zie *supra*, voetnoot 1180.

¹²¹⁸ Kort gezegd voor een “politieke partij die door eigen toedoen of door toedoen van haar componenten, lijsten, kandidaten of gekozenen, duidelijk en door middel van verscheidene, met elkaar overeenstemmende tekenen, aantoonde dat ze vijandig staat tegenover de rechten en vrijheden die gewaarborgd worden door het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950, goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955, en door de aanvullende protocollen bij dat verdrag die in België van kracht zijn”. Artikel 15ter Partijfinancieringswet.

eerste voorzitters van het Hof van Cassatie en van de Raad van State¹²¹⁹.¹²²⁰ Vervolgens werd overwogen dat dit laatstgenoemde college, dan wel de voorzitter van het Grondwettelijk Hof en twee van zijn rechters, juridictioneel zouden beslissen over de intrekking van de partijfinanciering. Omdat omwille van de samenstelling van het Grondwettelijk Hof vragen bij zijn onpartijdigheid werden gesteld¹²²¹, werd uiteindelijk ervoor gekozen om de bevoegdheid op te dragen aan de tweetalige kamer van de Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak.¹²²²

Toegegeven, dit onderwerp was totaal afwezig in de (recentere) parlementaire debatten over de vraag of het Grondwettelijk Hof bevoegd moet zijn om een rechterlijk toezicht uit te oefenen op de sancties die de Controlemissie ten aanzien van verkozenen neemt. Noch in de wetgevingsstukken die tot deze bevoegdheid hebben geleid, noch in het tussentijds verslag van de commissie “politieke partijen” voor de omzetting van de aanbevelingen van de GRECO wordt aan de onpartijdigheid van het Grondwettelijk Hof getwijfeld.

Uit het voorgaande mag niet worden afgeleid dat het niet aan het Grondwettelijk Hof zou toekomen om over de geldigheid van de verkiezingen uitspraak te doen. Daarvoor is het Grondwettelijk Hof immers de natuurlijke rechter. Wel vloeit hieruit een bijkomend argument voort om de samenstelling van een grondwettelijk hof minder politiek te maken, in die zin dat een kleiner aantal gewezen politici in het hof zouden zetelen.¹²²³

De Belgische grondwetgever zou misschien van mening kunnen zijn dat juist omwille van de politieke samenstelling van het Grondwettelijk Hof dit hof meer dan de Raad van State geschikt zou zijn om de geldigheid van de kiesverrichtingen te beoordelen. Het hof zou meer oog kunnen hebben voor het politieke karakter van de beslissingen inzake de geldigheid van de kiesverrichtingen. Daarbij zou de grondwetgever evenwel uit het oog verliezen dat verkiezingen in een rechtsstaat in de eerste plaats de verwezenlijking van het actief en passief kiesrecht zijn. De politieke samenstelling van het hof verhoogt het vertrouwen van de burger die zijn actief kiesrecht uitoefent niet en evenmin dat van de verkozenen wiens partij geen vertegenwoordiger in het hof heeft¹²²⁴.

¹²¹⁹ Naar het voorbeeld van artikel 4, § 5 wet van 3 mei 1880 op het parlementair onderzoek.

¹²²⁰ Verslag namens de Commissie over het wetsvoorstel tot aanvulling van de artikelen 15bis en 25 van de wet van 4 juli 1989 betreffende de beperking en de controle van de verkiezingsuitgaven voor de verkiezingen van de federale Kamers, de financiering en de open boekhouding van de politieke partijen, *Parl.St.* Kamer 1996-97, nr. 49-1084/6, 17-18.

¹²²¹ Verslag namens de Commissie over het wetsvoorstel tot aanvulling van de artikelen 15bis en 25 van de wet van 4 juli 1989 betreffende de beperking en de controle van de verkiezingsuitgaven voor de verkiezingen van de federale Kamers, de financiering en de open boekhouding van de politieke partijen, *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 49-1084/22, 43-45.

¹²²² Omwille van uitvoeringsproblemen, werd de wet later nog gewijzigd, doch de bevoegdheid van de (algemene vergadering van de) Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, bleef ongewijzigd. Artikel 15ter van de wet van 4 juli 1989 “betreffende de beperking en de controle van de verkiezingsuitgaven voor de verkiezingen van de federale kamers, de financiering en de open boekhouding van de politieke partijen”, *BS* 20 juli 1989.

¹²²³ Zie *infra*, deel inrichting, randnummers 621 e.v.

¹²²⁴ Zie ook M. WOUTERS, “Baas in eigen huis? De afbakening van het onderzoek van de geloofsbrieven in de context van de trapsgewijze samenstelling van de Senaat”, 43.

410. *Oplossingen* – Wie het ook weze, de Belgische wetgever moet een procedure uitwerken die houvast biedt aan de rechter die toetst: uit de analyse van de onderzochte landen blijkt immers dat de grootste kritiek op het verkiezingscontentieux erin bestaat dat in de wetgeving zelden wordt bepaald welke onregelmatigheden of feiten tot welke beslissing leiden. Deze beslissingen kunnen zijn: de hertelling, een aanpassing van de stemmenaantallen, nieuwe verkiezingen, straffen en boetes, verplichtingen voor de (volgende) verkiezingen...¹²²⁵ De ernst van de onregelmatigheid en de adequaatheid van de oplossing moeten dan worden afgewogen door degene die bevoegd is om het kiesgeschil te beslechten. In Frankrijk is en in Duitsland was de bevoegdheid van de grondwettelijke rechter evenwel beperkt: de verkiezing vernietigen (en dus nieuwe verkiezingen uitschrijven) of niet. Daarom hanteren beide grondwettelijke hoven een strenge maatstaf om te beslissen of een verkiezing zou worden vernietigd. Als een grondwettelijk hof, of een ander orgaan, bevoegd wordt om de geldigheid van de verkiezingen te beoordelen, moet de wetgever het hof of orgaan voldoende houvast bieden: het moet duidelijk zijn welke onregelmatigheden tot welke sancties leiden en de keuzemogelijkheid moet bestaan uit meer dan alleen de verkiezing vernietigen of niet.¹²²⁶

(2) DE FINANCIËLE REGELS IN VERBAND MET VERKIEZINGEN

411. *Grondwettelijk Hof?* – Bij de Zesde Staatshervorming is voor de beslissingen van de Controlemmissie inzake de partijfinancieringswetgeving in een specifiek beroep bij het Grondwettelijk Hof en in een algemeen beroep bij de Raad van State voorzien. De bovenvermelde discussie bij de invoering van de intrekking van partijfinanciering van “ondemocratisch geachte politieke partijen” toont aan dat het Grondwettelijk Hof niet *per se* als het geschiktste rechtscollege kan worden beschouwd om aan de verkozenen of politieke partijen opgelegde sancties te beoordelen. Het is dan ook te betreuren dat de grondwetsherziener zijn keuze om het Grondwettelijk Hof bevoegd te maken voor de sancties ten aanzien van verkozenen niet (uitdrukkelijk) heeft uitgelegd.

Of het Grondwettelijk bevoegd moet zijn om de financiële regels inzake de verkiezingen, in voorkomend geval als beroepsrechter, af te dwingen, hangt opnieuw af van de expertise die het hof kan verwerven en van de mate waarin het hof als een onafhankelijke en onpartijdige rechter kan worden beschouwd. Omdat dit contentieux invloed heeft op het passief kiesrecht en op de samenstelling van het wetgevende orgaan, behoort dit in beginsel tot het grondwettelijk contentieux, zodat een grondwettelijk hof in beginsel een geschikt rechtscollege is. Om aan de eventuele bekommernis dat het Grondwettelijk Hof een onvoldoende onafhankelijk en onpartijdig orgaan zou zijn tegemoet te komen, moet de

¹²²⁵ S.F. HUEFNER, "Remedying Election Wrongs", 277-278 en 286 voor een voorbeeld waarin de rechter besliste dat het stembureau, omdat het later was geopend, langer moest openblijven.

¹²²⁶ Commissie van Venetië, "Code of Good Practices in Electoral Matters", CDL-AD (2002) 23 rev, 101 en S.F. HUEFNER, "Remedying Election Wrongs", 295-296 en 322-323. Hij raadt aan dat de rechter niet zozeer beslist dat een verkiezing opnieuw moet worden gehouden, doch veeleer beslist wie gewonnen heeft. De hervkiezing is immers altijd wat beïnvloed door de ongeldig verklaarde verkiezing; de kiezers zijn het stemmen beu en het geld van de kandidaten is op. *Contra*, L. WEINBERG, "When courts decide elections: The constitutionality of Bush V-Gore", 640.

samenstelling van het hof minder politiek worden gemaakt door de voorwaarde dat de helft van de rechters gewezen parlementsleden zijn af te schaffen.

2. PARLEMENTAIRE HANDELINGEN

412. *Parlementair werk* – In dit derde hoofdstuk wordt onderzocht voor welk overheidshandelen een grondwettelijk hof bevoegd zou moeten zijn. Naast het uitvaardigen van wetgeving, stellen wetgevende vergaderingen ook politieke en administratieve¹²²⁷ handelingen en oefenen zij een rechtsprekende functie¹²²⁸ uit. Of een grondwettelijk hof bevoegd zou moeten zijn om toezicht te houden op één van deze rechtsprekende functies, namelijk het onderzoek van de geloofsbrieven, is hierboven, in de eerste afdeling, nagegaan. De administratieve handelingen, dit zijn de benoemingen en voordrachten, worden uitgesloten van dit onderzoek. Vervolgens blijven de beslissingen inzake de parlementaire onschendbaarheid en de handelingen van politieke aard zoals de moties van vertrouwen en wantrouwen, de alarmbelprocedure, het inroepen van een belangenconflict... over.¹²²⁹ In deze tweede afdeling van dit derde hoofdstuk wordt onderzocht of het Grondwettelijk Hof (**A**) hiervoor bevoegd is en of, mede nadat lering is getrokken uit de rechtsvergelijkende analyse (**B**), de rechtsstaat vereist dat het Grondwettelijk Hof daartoe bevoegd zou moeten zijn (**C**).

A. HET GRONDWETTELIJK HOF

413. *Wetskrachtige norm* – Met uitzondering van bepaalde sancties van de Controlemcommissie op grond van artikel 14/1 van de Partijfinancieringswet en van de volksraadpleging in gewestelijke materies, mag het Grondwettelijk Hof uitsluitend wetskrachtige normen toetsen. Aldus worden alle beslissingen die de parlementen nemen die geen wetskrachtige normen zijn, van toetsing uitgesloten: de handelingen van politieke, administratieve of rechtsprekende aard.

414. *Handelingen van politieke aard* – Het Grondwettelijk Hof acht zich dan ook onbevoegd om te toetsen aan de in de Grondwet en in de bijzondere wetten bepaalde

¹²²⁷ Benoemingen en voordrachten, de "*actes de haute administration ou actes de haute tutelle*". K. MUYLLE, "Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?", 161-162. Het Grondwettelijk Hof aanvaardt bovendien dat deze worden onttrokken aan het toezicht van de Raad van State, op grond van de onafhankelijkheid van de wetgevende vergadering. GwH 26 mei 2004, nr. 93/2004, B.5.3.

¹²²⁸ Onderzoek van de geloofsbrieven en de parlementaire onschendbaarheid. Door de Raad van State en het Grondwettelijk Hof bevoegd te maken voor het toezicht op de beslissingen van de Controlemcommissie inzake de naleving van de Partijfinancieringswet, worden deze beslissingen als bestuurlijke en niet als rechtsprekende handelingen beschouwd. J. VELAERS, "Hoofdstuk 4 Institutionele vernieuwingen: Verkiezingen, versterking van het parlement, politieke deontologie, partijfinanciering en Grondwettelijk Hof en de dotatie aan de leden van de koninklijke familie", in J. VELAERS, J. VANPRAET *et al.* (eds.), *De zesde staatshervorming: instellingen, bevoegdheden en middelen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 137.

¹²²⁹ KELSEN meent dat elke bindende handeling van het parlement, ook diegene die niet de vorm van een wet hebben, aan rechterlijke grondwettigheidstoetsing moet worden onderworpen, zoals de reglementen van de wetgevende vergaderingen. H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", 228.

procedures voor het aannemen van moties van vertrouwen en wantrouwen¹²³⁰, de alarmbel¹²³¹ en het inroepen van een belangenconflict¹²³².

415. *Parlementaire onschendbaarheid* – Luidens artikel 59, eerste lid van de Grondwet is “behalve bij ontdekking op heterdaad” tijdens de zitting en in strafzaken het verlof van de wetgevende vergadering waarvan het lid deel uitmaakt nodig om hem te kunnen verwijzen naar of rechtstreeks te dagvaarden voor een hof of een rechtbank of om hem aan het houden. In het reglement van de Kamer van volksvertegenwoordigers wordt de procedure voor deze beslissing geregeld: het onderzoek wordt in een commissie van zeven leden voorbereid; de commissie hoort eventueel het betrokken lid en is hiertoe verplicht wanneer het lid erom verzoekt; hij mag zich laten bijstaan door een van zijn collega’s of door een raadsman en de plenaire vergadering beslist over de opheffing.¹²³³ Uit de verslagen blijkt dat de wetgevende vergaderingen bij de beslissing een “vaste rechtspraak” hanteren.¹²³⁴

Internrechtelijk is er geen rechterlijk toezicht op de beslissing van de wetgevende kamer om de onschendbaarheid op te heffen.¹²³⁵ Omdat beslissingen inzake de parlementaire onschendbaarheid het recht op toegang tot de rechter in strafzaken verhinderen of belemmeren, oefent het EHRM in het kader van artikel 6 EVRM wel een rechterlijk toezicht

¹²³⁰ De motie van wantrouwen op lokaal niveau, de gemeenteraad, is wel voor rechterlijke toetsing vatbaar: RvS 8 maart 2006, nr. 156.078 (schorsing). De Raad van State maakt (terecht) een onderscheid tussen de bevoegdheid en de omvang van de toetsing. RvS 28 mei 2008, nr. 183.513 ("*Considérant que les motifs de la confiance ou de la méfiance qui peut régner entre les membres d'une assemblée ou d'un collège démocratiquement élu, tel un conseil communal ou un collège communal, relèvent exclusivement de l'appréciation de ces membres; que l'examen des motifs de cette confiance ou de cette méfiance est étranger au contrôle de légalité que le Conseil d'Etat peut exercer sur la base de l'article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'Etat, précitées;*"). Zie ook D. RENDERS en T. BOMBOIS, "La motion de méfiance constructive communal: un acte justiciable du Conseil d'État", *JT* 2006, (317) 320-321.

¹²³¹ Het Grondwettelijk Hof acht zich ook onbevoegd om een wetskrachtige norm onrechtstreeks te toetsen aan artikel 54 Gw. GwH 16 juli 2009, nr. 125/2009, B.8.

¹²³² GwH 24 juli 2009, nrs. 131-132/2009, B.3.

¹²³³ Artikel 160 Reglement van de Kamer. Voorts zijn er omzendbrieven van het College van procureurs-generaal, zie P. D. G. CABOOR, "Rechten van de mens en parlementaire immuniteiten: enkele overpeinzingen vanuit de praktijk van de Kamer van Volksvertegenwoordigers en de Senaat", in A. REZSÖHÁZY en M. VAN DER HULST (eds.), *Parlementaire recht en grondrechten*, Brugge, die Keure, 2010, 97, die ook de praktijk uiteenzet, 104-107 en 114-118.

¹²³⁴ *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 52-1394/1, 7 en *Parl.St.* Senaat, 2008-09, nr. 4-1041/1, 3-4. Voor meer details, zie P. D. G. CABOOR, "Rechten van de mens en parlementaire immuniteiten: enkele overpeinzingen vanuit de praktijk van de Kamer van Volksvertegenwoordigers en de Senaat", 117-118 en K. MUYLLE, "Rechten van de mens en parlementaire immuniteiten: toont Luxemburg de weg aan Straatsburg?", in A. REZSÖHÁZY en M. VAN DER HULST (eds.), *Parlementaire recht en grondrechten*, Brugge, die Keure, 2010, 73 e.v.

¹²³⁵ Het Gerecht heeft nochtans beslist dat de besluiten tot opheffing van de parlementaire onschendbaarheid van de leden van het Europese Parlement een voor beroep vatbare beslissing zijn. Ger. 15 oktober 2008, T-345/05, *Mote/Europees Parlement*, nrs. 29-36 ("zodat een besluit tot opheffing van de immuniteit de rechtspositie van het parlamentslid wijzigt, door het feit alleen dat deze bescherming wordt ingetrokken, en zijn statuut van aan het gemene recht van de lidstaten onderworpen persoon wordt hersteld en hij aldus, zonder dat enige nadere regel noodzakelijk is, wordt blootgesteld aan door het gemene recht ingestelde maatregelen, met name detentie en rechtsvervolgning. Hieruit volgt dat verzoeker door het bestreden besluit rechtstreeks wordt geraakt").

uit. Een gebrek aan een internrechtelijk rechterlijk toezicht schendt op zich artikel 6 EVRM niet, oordeelt het hof daarbij.¹²³⁶

416. *Kritiek* – In de rechtsleer wordt onder meer gepleit voor een rechterlijk toezicht op sommige handelingen van politieke aard¹²³⁷ en op de beslissingen inzake het opheffen van de parlementaire onschendbaarheid¹²³⁸.

B. BUITENBLIK

417. *Buitenlandse rechtsstaten* – In de hierboven uiteengezette analyse wordt vastgesteld dat het Grondwettelijk Hof onbevoegd is en zich onbevoegd acht om de beslissingen inzake de parlementaire onschendbaarheid en de parlementaire handelingen van politieke aard aan de Grondwet te toetsen. Hieronder wordt nagegaan of het *Bundesverfassungsgericht* (1), de *Conseil constitutionnel* (2) en het *Supreme Court* (3) evenmin op deze beslissingen toezien.

(1) HET BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

418. *Organstreit* – In dit proefschrift komt voornamelijk de abstracte en concrete normencontrole en de *Verfassungsbeschwerde* bij het *Bundesverfassungsgericht* aan bod, omdat dit de belangrijkste procedures zijn die bovendien sterk vergelijkbaar zijn met het beroep tot vernietiging en de prejudiciële vraag bij het Grondwettelijk Hof. De *Organstreit* is de vierde belangrijkste procedure voor het *Bundesverfassungsgericht*.¹²³⁹ In het kader van de *Organstreit* houdt het *Bundesverfassungsgericht* toezicht op politieke handelingen en op de beslissingen inzake de parlementaire onschendbaarheid.

In de *Organstreit* beslecht het *Bundesverfassungsgericht* immers de geschillen tussen de *Verfassungsorganen* over hun door de *Grundgesetz* gewaarborgde rechten en plichten.¹²⁴⁰

¹²³⁶ Voor deze rechtspraak van het EHRM, zie K. MUYLLE, "Rechten van de mens en parlementaire immuniteiten: toont Luxemburg de weg aan Straatsburg?", 59-68, en kritisch erover, 82-86.

¹²³⁷ Rechterlijk toezicht op het belangenconflict en de alarmbelprocedure, in het licht van de federale loyauteit. O. PFEIFFER, "Le contrôle par la Cour constitutionnelle des motions et conflits d'intérêts", *JLMB* 2009, (1799) 1805. *Contra*, K. MUYLLE, "Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?", 171.

¹²³⁸ K. MUYLLE, "Rechten van de mens en parlementaire immuniteiten: toont Luxemburg de weg aan Straatsburg?", 92-94 en K. MUYLLE, "Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?", 171. *Contra*, P. D. G. CABOOR, "Rechten van de mens en parlementaire immuniteiten: enkele overpeinzingen vanuit de praktijk van de Kamer van Volksvertegenwoordigers en de Senaat", 118.

¹²³⁹ D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 807 (vor §§63ff, nr. 1).

¹²⁴⁰ Artikel 93, I, nr. 1 GG en artikelen 63-67 BVerfGG. Over de oorsprong ervan, die eigen is aan de Duitse grondwettelijke traditie, zie K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht* (2012), 58 e.v. (nr.

De woorden “rechten en plichten” moeten niet letterlijk worden genomen, doch eerder in de zin van bevoegdheden.¹²⁴¹ Het *Bundesverfassungsgericht* noemt het *Verfassungsstreitigkeit*: de partijen zijn het oneens over hun onderlinge rechtsverhouding.¹²⁴² Het beantwoordt daarbij niet een abstracte rechtsvraag of het legt de *Grundgesetz* niet uit¹²⁴³, maar beslecht een concreet rechtsgeschil.¹²⁴⁴ Met deze beroepsmogelijkheid kan elke beslissing, maar ook niet-beslissing¹²⁴⁵, van een *Verfassungsorgan* worden aangevochten.¹²⁴⁶ De partijen zijn de hoogste bondsorganen of delen ervan die eigen door de *Grundgesetz* toegekende rechten genieten.¹²⁴⁷ Tot die laatste categorie behoren de voorzitter van de *Bundestag* en van de *Bundesrat*, de leden van de *Bundesregierung*, de commissie en fracties van de *Bundestag* en de volksvertegenwoordigers in zoverre zij de rechten van de *Bundestag* willen laten gelden.¹²⁴⁸ Minderheden en meerderheden bij de stemming van wetten, zijn geen partijen. Minderheden en meerderheden die in de *Grundgesetz* of in het reglement van de wetgevende vergadering worden erkend en waaraan een bevoegdheid wordt toegekend, kunnen wel partijen zijn.¹²⁴⁹

419. Ontbinding van het Parlement – Het beroep tegen de beslissing van de President om het Parlement te ontbinden bij het *Bundesverfassungsgericht* is, in het kader van de *Organstreit*, ontvankelijk: de status als volksvertegenwoordiger en het passief kiesrecht kunnen worden geschonden wanneer de *Bundestag* zomaar ontbonden kan worden.¹²⁵⁰

80 e.v.) en D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 808-810 (vor §§63ff, nr. 7-14).

¹²⁴¹ Slechts in één arrest heeft het *Bundesverfassungsgericht* van een “rechtsschending” gesproken. BVerfG 25 mei 1977, *BVerfGE* 45, 1 (3) (onrechtmatige instemming van de Bondsminister van Financiën met uitgaven die de begroting overschreden).

¹²⁴² BVerfG 7 maart 1953, *BVerfGE* 2, 143 (152). Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 398 (§ 28, nr. 989).

¹²⁴³ Tegen de woorden van artikel 93 (1) nr. 1 GG in.

¹²⁴⁴ BVerfG 25 mei 1977, *BVerfGE* 45, 1 (29). “Zu Unrecht bezweifeln die Antragsgegner, daß es sich um einen Verfassungsrechtsstreit über die Auslegung des Grundgesetzes im Sinne des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG handle. Das Bundesverfassungsgericht entscheidet im Organstreit nicht über eine abstrakte Rechtsfrage, sondern über den konkreten Rechtsstreit.” Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 395-396 (§ 28, nrs. 984-985); K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht* (2012), 59 (nr. 82) en D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 814 (vor §§63ff, nr. 34).

¹²⁴⁵ Een *Unterlassen*.

¹²⁴⁶ Ook wetgevende normen, bijvoorbeeld de partijfinancieringswet, BVerfG 29 april 1994, *BVerfGE* 85, 264.

¹²⁴⁷ Artikel 93, I, nr. 1 GG en artikel 63 *BVerfGG* definiëren op een andere wijze wie partij is. Artikel 63 *BVerfGG* is tegelijk ruimer als enger. Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 400 (§ 28, nr. 994) e.v.; K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht* (2012), 61 e.v. (nr. 86 e.v.) en D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 821 (vor §§63ff, nr. 6).

¹²⁴⁸ K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht* (2012), 406 (nr. 1002) e.v. en K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht* (2012), 63 (nr. 88).

¹²⁴⁹ BVerfG 7 maart 1953, *BVerfGE* 2, 143 (160). K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht* (2012), 63 (nr. 88).

¹²⁵⁰ BVerfG 9 augustus 2005, *BVerfGE* 114, 121 (148-149) (“Der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab folgt aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 39 Abs. 1 Satz 1 und Art. 68 GG. Die antragstellenden Abgeordneten berufen sich auf ihren Status als gewählte Vertreter des Volkes. Nach Art. 39 Abs. 1 Satz 1 GG sind sie für die Dauer von vier Jahren gewählt. Die Auflösung des Deutschen Bundestages vor Ablauf dieser Wahlperiode greift in ihren Status als Abgeordnete ein und ist nur

Aanvankelijk achtte het hof zich onbekwaam om ten gronde te oordelen omdat dit een beslissing is waarvoor de *Grundgesetz* aan de verantwoordelijke staatsorganen een ruime politieke beoordelingsmarge heeft gelaten. Alleen wanneer grondwettelijke regels het politieke handelen bepalen, kon het *Bundesverfassungsgericht* de schending ervan vaststellen en sanctioneren.¹²⁵¹ In 2005 kwam het hof wel tot een beoordeling ten gronde.¹²⁵²

420. *Parlementaire onschendbaarheid* – In het kader van de *Organstreit* heeft het *Bundesverfassungsgericht* in 2001 de beslissing van de *Bundestag* om de parlementaire onschendbaarheid op te heffen op haar grondwettigheid getoetst.¹²⁵³ Met dit arrest maakt het hof een einde aan de oude zienswijze dat de onschendbaarheid van de parlementsleden alleen in functie van de onafhankelijkheid van het Parlement staat en benadrukt het het belang van elk lid bij de totstandkoming van de beslissingen van de *Bundestag*: indien een lid daartoe niet kan bijdragen wordt de representativiteit van het Parlement gefnuikt.¹²⁵⁴ De omvang van de toetsing is evenwel beperkt: de *Bundestag* heeft (inhoudelijk) een grote beoordelingsmarge.¹²⁵⁵

(2) DE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

421. *Politieke handelingen* – Zoals het Grondwettelijk Hof is de *Conseil constitutionnel* in beginsel alleen bevoegd om wetten aan de *Constitution* te toetsen. In het kader van de verkiezingen is hij ook bevoegd voor regelgeving van de uitvoerende macht. Hij acht zich

gerechtvaardigt, wenn das Grundgesetz dies erlaubt. Der Eingriff in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG beschränkt sich jedoch nicht allein auf die vorzeitige Beendigung des Abgeordnetenmandats. Die mögliche Auflösung des Deutschen Bundestages kann sich auch mittelbar auf den Status des Abgeordneten auswirken, weil die Stellung des Abgeordneten im politischen Gefüge geschwächt wird, wenn diese Möglichkeit ohne weiteres realisiert werden kann.“

¹²⁵¹ BVerfG 16 februari 1983, BVerfGE 62, 1 (51).

¹²⁵² BVerfG 9 augustus 2005, BVerfGE 114, 121 ("Die auf Auflösung des Bundestages gerichtete Vertrauensfrage ist nur dann verfassungsgemäß, wenn sie nicht nur den formellen Anforderungen, sondern auch dem Zweck des Art. 68 GG entspricht.“ [...] Die auflösungsgerichtete Vertrauensfrage ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Handlungsfähigkeit einer parlamentarisch verankerten Regierung verloren gegangen ist. Handlungsfähigkeit bedeutet, dass der Bundeskanzler mit politischem Gestaltungswillen die Richtung der Politik bestimmt und hierfür auch eine Mehrheit der Abgeordneten hinter sich weiß.) Zie ook R. HERZOG, "Artikel 68 Grundgesetz", in TH. MAUNZ en G. DÜRIG (eds.), *Grundgesetz Kommentar*, München, Verlag C.H. Beck 2008, nr. 70 e.v. De *Bundespräsident* moet nagaan of de *Bundeskanzler* niet meer de steun van de meerderheid geniet.

¹²⁵³ BVerfG 20 november 2001, BVerfGE 104, 310. Op grond van artikel 46, (2) *iuncto* artikel 38 (1) zin 2 GG. Over de ontstaansgeschiedenis en procedure om de onschendbaarheid van de parlementsleden op te heffen, zie E. KLEIN, "Artikel 46 Grundgesetz", in TH. MAUNZ en G. DÜRIG (eds.), *Grundgesetz Kommentar*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, nrs. 10-19 en nrs. 89-100.

¹²⁵⁴ E. KLEIN, "Artikel 46 Grundgesetz", nr. 102.

¹²⁵⁵ BVerfG 20 november 2001, BVerfGE 104, 310 (332) ("Der Abgeordnete hat keinen Anspruch darauf, dass im Rahmen der Abwägung eine Überprüfung stattfindet, die seine Interessen in den Vordergrund rückt. Denn in erster Linie dient der Genehmigungsvorbehalt für die strafrechtliche Verfolgung eines Abgeordneten dem Schutz des Parlaments als Ganzes. Der Anspruch des Abgeordneten auf eine willkürfreie Entscheidung über die Genehmigung der gegen ihn gerichteten Strafverfolgungsmaßnahmen ist erst dann verletzt, wenn das Parlament bei der erforderlichen Interessenabwägung den verfassungsrechtlichen Status des betroffenen Abgeordneten in grundlegender Weise verkannt hat.“). Zie ook E. KLEIN, "Artikel 46 Grundgesetz", nr. 101.

daarbij niet bevoegd om zich uit te spreken over de grondwettigheid van het decreet waarin tot de ontbinding van het Parlement wordt beslist.¹²⁵⁶ Wellicht beschouwt de *Conseil constitutionnel* dit als een politieke beslissing, stelt ROUSSEAU.¹²⁵⁷ De *Conseil constitutionnel* heeft zich wel bevoegd geacht om de regeringsbeslissing om een referendum te organiseren op haar wettigheid te toetsen.¹²⁵⁸

422. Parlementaire onschendbaarheid – Zoals in België, houdt in Frankrijk de *Conseil* noch een ander rechtscollege toezicht op de beslissingen inzake de opheffing van de parlementaire onschendbaarheid.¹²⁵⁹

(3) HET SUPREME COURT

423. Parlementaire onschendbaarheid – De Amerikaanse volksvertegenwoordigers genieten een parlementaire onverantwoordelijkheid. Van een parlementaire onschendbaarheid is daarentegen niet echt sprake: de parlementaire onschendbaarheid geldt niet in strafzaken en beschermt de parlementsleden alleen tegen een arrestatie in burgerlijke zaken.¹²⁶⁰ Daar deze praktijk niet meer voorkomt, is de parlementaire onschendbaarheid uitgehold.

424. Ontbinding van het Parlement – Het *Congress* kan niet worden ontbonden. De leden ervan worden verkozen op de tijdstippen die de staten¹²⁶¹ bepalen en hierop heeft de President geen invloed.

C. EEN GRONDWETTELIJK HOF EN PARLEMENTAIRE HANDELINGEN IN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

425. Rechtsstaat – Vereist de rechtsstaat dat een grondwettelijk hof de parlementaire handelingen van politieke aard en de beslissingen over de parlementaire onschendbaarheid aan de grondwet toetst? Gelet op de definitie van de rechtsstaat uit het eerste deel vereist de rechtsstaat in elk geval dat (grond)wettige normen die door de rechter kunnen worden afgedwongen het handelen van de overheid op procedurele en materiële wijze beperken. Zijn de politieke handelingen en de beslissingen over de onschendbaarheid ook “handelen

¹²⁵⁶ Cons. const. 13 juli 1988, nr. 88-1040/1054 AN, nr. 3.

¹²⁵⁷ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 457.

¹²⁵⁸ Zie *supra*, voetnoot 868. Sinds 1 januari 2015 is de *Conseil constitutionnel* ook bevoegd om het wetsvoorstel, dat in voorkomend geval, via referendum aan de kiezers zal worden voorgelegd, op zijn grondwettigheid te toetsen. Dit geldt alleen wanneer het initiatief tot referendum van één vijfde van de parlementsleden en van tien procent van de kiezers wordt gesteund. Artikel 11 *Constitution* en artikel 45-2 *Organieke Wet Conseil constitutionnel*.

¹²⁵⁹ Voor de draagwijdte van de parlementaire onschendbaarheid, zie artikel 26, tweede en derde lid *Constitution*.

¹²⁶⁰ Artikel I, *Section 6 US Constitution*. SC april 1800, *United States v. Cooper*, 4 U.S. 341 (1800).

¹²⁶¹ Het *Congress* kan dit ook bepalen of de statelijke wetgeving daaromtrent wijzigen. Artikel I, *Section 4 US Constitution*.

van de overheid”? Laten we beginnen met het gemakkelijkste, de parlementaire onschendbaarheid (1) en vervolgens de politieke handelingen (2). Omdat de uitbreiding van de bevoegdheid van het grondwettelijk hof nogal vaak leidt tot de vraag of we niet in een *gouvernement des juges* vervallen, wordt tot slot het onderscheid tussen het bestaan en de omvang van de toetsing besproken (3).

(1) DE PARLEMENTAIRE ONSCHENDBAARHEID

426. *Oorsprong* – De parlementaire onschendbaarheid maakt wezenlijk deel uit van de Westerse parlementaire traditie, die eerst in de Engelse grondwettelijke orde vorm kreeg.¹²⁶² Zij is één van de “met bloed en tranen bevochte” prerogatieven van het parlement, die de onafhankelijkheid van het parlement en van zijn leden moeten waarborgen: de scheiding der machten, de parlementaire onafhankelijkheid en de bescherming van de parlementaire minderheden zijn de grondslagen van dit prerogatief.¹²⁶³ Aanvankelijk beoogde zij dan ook bij uitstek een collectieve of functionele bescherming¹²⁶⁴, die, doordat de parlamentsleden een sterkere onafhankelijkheid ten aanzien van de Koning¹²⁶⁵ genieten, eerder tot een individuele beschermingsfunctie is verworpen.

“Die Gefahr willkürlicher Verfolgung von Abgeordneten mag in einem funktionierenden Rechtsstaat wenig wahrscheinlich sein. Gänzlich auszuschließen ist sie nicht. Die Geschichte lehrt, wie bereits der Bayerische Verfassungsgerichtshof zutreffend festgestellt hat (Entscheidung vom 24. Oktober 1958, BayVerfGH NF 11, 146 [155]), dass in Zeiten politischer Spannungen keine sichere Gewähr dafür besteht, dass das Parlament frei von Übergriffen der Behörden seinen Aufgaben nachkommen kann. Die Schutzvorkehrung der Immunität soll gerade dazu beitragen, dass das Parlament in kritischen Situationen handlungsfähig bleibt.”¹²⁶⁶

427. *Rechterlijke toetsing* – Deze historische en staatsrechtelijke grondslagen rechtvaardigen evenwel niet dat geen rechter toezicht zou mogen houden op de wijze waarop het parlement beslissingen inzake parlementaire onschendbaarheid neemt. Het bestaan van rechterlijke toetsing ontnemt het parlement zijn onafhankelijkheid immers

¹²⁶² A. ALEN, *Rechter en bestuur*, 334; E. KLEIN, "Artikel 46 Grundgesetz", 46 en K. MUYLLE, "Rechten van de mens en parlementaire immuniteiten: toont Luxemburg de weg aan Straatsburg?", 49-50.

¹²⁶³ EHRM 3 december 2009, *Kart/Turkije* (Grote Kamer), nr. 55.

¹²⁶⁴ BVerfG 20 november 2001, *BVerfGE* 104, 310 (327) (“Die Gefahr willkürlicher Verfolgung von Abgeordneten mag in einem funktionierenden Rechtsstaat wenig wahrscheinlich sein. Gänzlich auszuschließen ist sie nicht. Die Geschichte lehrt, wie bereits der Bayerische Verfassungsgerichtshof zutreffend festgestellt hat (Entscheidung vom 24. Oktober 1958, BayVerfGH NF 11, 146 [155]), dass in Zeiten politischer Spannungen keine sichere Gewähr dafür besteht, dass das Parlament frei von Übergriffen der Behörden seinen Aufgaben nachkommen kann. Die Schutzvorkehrung der Immunität soll gerade dazu beitragen, dass das Parlament in kritischen Situationen handlungsfähig bleibt.”. Zie ook K. MUYLLE, "Rechten van de mens en parlementaire immuniteiten: toont Luxemburg de weg aan Straatsburg?", 82 (“De parlementaire onschendbaarheid is in het belang van de volksvertegenwoordiging: het parlement moet over zijn leden kunnen beschikken.”) Zie ook P. D. G. CABOOR, "Rechten van de mens en parlementaire immuniteiten: enkele overpeinzingen vanuit de praktijk van de Kamer van Volksvertegenwoordigers en de Senaat", 100.

¹²⁶⁵ Doch niet ten aanzien van de uitvoerende macht...

¹²⁶⁶ BVerfG 20 november 2001, *BVerfGE* 104, 310 (327).

niet: de rechter gaat slechts na of de grondwettelijk bepaalde procedure is gevolgd en of de beslissing inhoudelijk gerechtvaardigd is.¹²⁶⁷ Ook al laat de rechter, zoals het *Bundesverfassungsgericht*, daarbij een ruime beoordelingsmarge aan het parlement, zijn toetsing voorkomt dat niet ter zake doende argumenten de beslissing van het parlement staven.¹²⁶⁸ Rechterlijke toetsing van de parlementaire beslissingen inzake de parlementaire onschendbaarheid is dan ook eerder een beschermingsinstrument voor de parlementaire minderheid. Het is bij uitstek die functie die de rechter in een rechtsstaat moet uitoefenen: nagaan of de uitoefening van de staatsmacht door een ander staatsorgaan “*under the rule of law*” is. In deze zin is deze rechterlijke toetsing een toepassing van de scheiding (evenwicht) der machten.

Uit het rechtsstaatsbeginsel leidt het EHRM dan ook zijn bevoegdheid af om toezicht uit te oefenen op de parlementaire beslissingen inzake de parlementaire onschendbaarheid. In het licht van het recht op toegang tot de rechter¹²⁶⁹ en het recht op een rechterlijke beslissing binnen een redelijke termijn¹²⁷⁰, fundamentele elementen van het door de “*prééminence du droit*” en de “*rule of law*” vereiste recht op een eerlijk proces, moet het EHRM nagaan of beslissingen inzake de parlementaire onschendbaarheid het EVRM schenden.

428. *Grondwettelijk Hof* – Moet het Grondwettelijk Hof het rechtscollege zijn dat de beslissing van de wetgevende vergadering toetst? Vermits het een handeling van een wetgevende kamer is die op haar (grond)wettigheid moet worden getoetst, behoort dit contentieux veeleer tot het grondwettelijk contentieux: een grondwettelijk hof is een tegenwicht voor een parlement of wetgever. Door het Grondwettelijk Hof bevoegd te maken voor het rechterlijk toezicht op de sancties van verkozenen, in het licht van de financiële regels van de verkiezingen, heeft de grondwetgever bovendien al een eerste stap gezet in het omvormen van het Grondwettelijk Hof tot een hof dat rechtsbescherming biedt tegen handelingen van een wetgevende vergadering.¹²⁷¹ Daartegenover kan de politieke samenstelling van het Grondwettelijk Hof met zes gewezen parlementsleden een bron voor twijfel aan zijn onpartijdigheid zijn.¹²⁷² Vermits dit het enige bezwaar is, vloeit hieruit een bijkomend argument voort om het Grondwettelijk Hof minder politiek samen te stellen.

(2) DE POLITIEKE HANDELINGEN

429. *Meerderheid en oppositie* – MUYLLE verdedigt dat ook de moderne lezing van het evenwicht der machten geen rechterlijke toetsing op de politieke parlementaire

¹²⁶⁷ K. MUYLLE, "Rechten van de mens en parlementaire immuniteiten: toont Luxemburg de weg aan Straatsburg?", 92-96 en K. MUYLLE, "Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?", 171.

¹²⁶⁸ E. KLEIN, "Artikel 46 *Grundgesetz*", nr. 103.

¹²⁶⁹ EHRM 11 februari 2010, *Syngelidis/Griekenland*, nr. 43; 8 juli 2008, *Kart/Turkije*, nr. 76; 16 november 2006, *Tsalkitzis/Griekenland*, nr. 46.

¹²⁷⁰ EHRM 3 december 2009, *Kart/Turkije* (Grote Kamer), nr. 70.

¹²⁷¹ Zie *supra*, randnummer 411.

¹²⁷² Zie *supra*, randnummer 409.

handelingen toelaat omdat anders de oppositie deze handelingen niet meer ongehinderd zou kunnen aanwenden om de meerderheidspartijen te controleren.¹²⁷³ Deze motivering kan evenwel niet dienen om de moties van vertrouwen en wantrouwen, de belangenconflicten en de alarmbelprocedure van rechterlijk toezicht uit te sluiten. De moties worden immers bij volstreekte meerderheid van de leden aangenomen of afgewezen, zodat zij moeilijk als effectieve controle-instrumenten van de oppositie kunnen worden beschouwd.¹²⁷⁴ De oppositie dient moties in, doch door het meerderheidsvereiste blijven deze moties zonder (juridisch) gevolg. De belangenconflicten en alarmbelprocedure evenmin: de belangenconflicten worden immers aangenomen door een ander parlement en de alarmbelprocedure wordt aangenomen met een drievierdemeerderheid van een taalgroep en beschermt aldus een taalminderheid.¹²⁷⁵

430. *Scheiding der machten* – Hierboven is verdedigd dat in de rechtsstaat een grondwettelijk hof niet louter een grondrechtenbescherming moet bieden, maar een grondwetsbescherming die (ook) een grondrechtenbescherming inhoudt.¹²⁷⁶ Juist met het oog op het waarborgen van de persoonlijke en politieke vrijheid, heeft een grondwet de machten en functies verdeeld. Met hetzelfde doel wordt in de grondwet de uitoefening van deze machten en functies geregeld en worden mogelijke minderheden of belangrijke groepen in een parlement beschermd. Dit alles moet op grondwettige wijze worden uitgeoefend. Een grondwettelijk hof moet een tegenwicht voor een staatsorgaan zijn: voor de wetgevende macht maar ook voor het parlement. Het hedendaagse grondwettigheidscontentieux houdt elk geschil met betrekking tot de toepassing van grondwettelijk recht in en elk door de grondwet ingesteld of erkend overheidsorgaan zou zijn bevoegdheid en prerogatieven moeten kunnen verdedigen.¹²⁷⁷

431. *Grondrechtenbescherming* – Bovendien, zelfs wanneer de engere taak van een grondwettelijk hof wordt verdedigd – de grondrechtenbescherming – zijn er grondrechten in het geding. Het *Bundesverfassungsgericht* erkent het passief kiesrecht van de volksvertegenwoordiger en het statuut dat daaruit volgt, onder meer de duur van het mandaat.¹²⁷⁸ Alleen bij in de grondwet voorziene gevallen kan daaraan een einde worden gemaakt en de instrumenten daartoe mogen niet willekeurig worden gebruikt: alleen dan wordt de *Rechtsstaat* geëerbiedigd.¹²⁷⁹

432. *Ontbinding van het Parlement* – Op grond van de bescherming van het passief kiesrecht zou de beslissing om de Kamer van volksvertegenwoordigers te ontbinden, en hiermee onrechtstreeks de procedures inzake de moties, door de rechter moeten kunnen worden getoetst. Behoudens na een verklaring tot herziening van de Grondwet wordt de beslissing om de Kamer te ontbinden bij koninklijk besluit genomen.¹²⁸⁰ In de logica van de

¹²⁷³ K. MUYLLE, "Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?", 161 en 171.

¹²⁷⁴ Artikelen 46, eerste lid en 96, tweede lid Gw.

¹²⁷⁵ Artikel 54, eerste lid Gw.

¹²⁷⁶ Zie *supra*, randnummers 364-365.

¹²⁷⁷ M. FROMONT, "La notion de justice constitutionnelle et le droit français", 154 en 156.

¹²⁷⁸ Zie *infra*, randnummer 419.

¹²⁷⁹ BVerfG 16 februari 1983, *BVerfGE* 62, 1 (43).

¹²⁸⁰ Sinds de invoering van het gerationaliseerd parlementair stelsel heeft nog nooit een motie tot de ontbinding van het parlement geleid.

bevoegdheidsverdeling tussen de Raad van State en het Grondwettelijk Hof zou dan ook veeleer de Raad van State het bevoegde rechtscollege zijn. De Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, acht zich immers ook bevoegd om een koninklijk besluit "houdende bijeenroeping van de kiescolleges voor de verkiezing van de federale Wetgevende Kamers en bijeenroeping van de nieuwe federale Wetgevende Kamers" te toetsen.¹²⁸¹ Deze bevoegdheid behoort evenwel tot het typische grondwettelijk contentieux, dat eerder aan een grondwettelijk hof toekomt.¹²⁸²

433. *Belangenconflict en alarmbelprocedure* – PFEIFFER verdedigt dat het Grondwettelijk Hof, in het kader van de toetsing aan de federale loyaleit, bevoegd zou moeten zijn om de naleving van de procedures inzake de belangenconflicten en de alarmbel af te dwingen.¹²⁸³ Ter uitvoering van de Zesde Staatshervorming heeft het Grondwettelijk Hof de bevoegdheid gekregen om aan de federale loyaleit te toetsen, maar zijn bevoegdheid is nog steeds beperkt tot het toetsen van de wetkrachtige normen.¹²⁸⁴ Alleen mits een uitbreiding van de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof tot handelingen van de wetgever, zou het hof dan ook bevoegd kunnen worden. Dit valt te verdedigen in het licht van een uitbreiding van de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof tot een volledige grondwetsbescherming.¹²⁸⁵

(3) HET BESTAAN EN DE OMVANG VAN DE TOETSING

434. *Scheiding der machten* – De beslissingen inzake de parlementaire onschendbaarheid zouden niet door een rechter moeten worden getoetst, omdat het Belgische stelsel van de parlementaire onschendbaarheid goed werkt.¹²⁸⁶ Dat is evenwel geen voldoende reden om rechterlijke toetsing uit te sluiten: indien het goed werkt, is angst voor rechterlijke toetsing onnodig. De rechter zal dit immers ook vaststellen. Het probleem stelt zich pas wanneer het stelsel niet goed werkt én er geen rechterlijk toezicht is om de wetgevende vergaderingen te dwingen hun beslissingen rechtmatig te nemen. In een modern

¹²⁸¹ RvS 18 mei 2010, nr. 203.980.

¹²⁸² Indien de aanwezigheid van zes gewezen parlementsleden aan de onpartijdigheid van het Grondwettelijk Hof inzake de ontbinding van het Parlement doet twifelen, is dit een bijkomend argument om de samenstelling van het Grondwettelijk Hof minder politiek te maken.

¹²⁸³ O. PFEIFFER, "Le contrôle par la Cour constitutionnelle des motions et conflits d'intérêts", 1805. GÉRARD stelt dat de overeenstemming tussen belangen en bevoegdheden – die niet helemaal kunnen worden onderscheiden – tot gevolg heeft dat het Grondwettelijk Hof belangenconflicten zou kunnen toetsen. Een toetsing aan de federale loyaleit door een grondwettelijk hof komt volgens hem tegemoet aan de rechtsstatelijke eis om de subjectiefrechtelijke posities van de verschillende elementen van een federale constructie te honoreren. PH. GÉRARD, "'Bundestreue' in de schemerzone tussen het juridische en het politieke", in A. ALEN en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 1*, Brugge, die Keure, 2008, 76-77.

¹²⁸⁴ Artikelen 1 en 26 Bijz.W. GwH (verwijzend naar artikel 143, §1 Gw.). Zie ook Voorstel van bijzondere wet met betrekking tot de Zesde Staatshervorming, *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2232/1, 20.

¹²⁸⁵ Zie *supra*, randnummers 364-365. Zie voor een verdediging op grond van een loutere grondrechtenbescherming, PH. GÉRARD, "'Bundestreue' in de schemerzone tussen het juridische en het politieke", 76-77. Het *Bundesverfassungsgericht* heeft evenwel geoordeeld dat de *Rechtsstaat* geen rechtsbescherming in het kader van de staatsorganisatie vereist. *BVerfG* 19 augustus 2011, 2 BvG 1/10.

¹²⁸⁶ P. D. G. CABOOR, "Rechten van de mens en parlementaire immuniteiten: enkele overpeinzingen vanuit de praktijk van de Kamer van Volksvertegenwoordigers en de Senaat", 118.

rechtsstaatsdenken moet elk overheidshandelen grondwettig zijn en moet er een tegenwicht zijn die kan verhinderen dat de grondwet (verder) wordt geschonden.

Bovendien moet een onderscheid tussen het bestaan en de omvang van de toetsing worden gemaakt.¹²⁸⁷ De scheiding der machten verhindert niet dat een rechter uitspraak doet over beslissingen van een parlement. Wél bepaalt dit beginsel de grenzen van de rechterlijke toetsing: de rechter mag niet in de plaats van het parlement treden.¹²⁸⁸ Bij de omvang van de toetsing kan de rechter rekening houden met de aard van de getoetste handeling. Daarom oefent het *Bundesverfassungsgericht* slechts een marginaal toezicht uit. *Judicial restraint* moet worden uitgeoefend bij de *interpretatie* van de grondwetsbepalingen en de grondrechten, niet bij de beoordeling van het bestaan van rechterlijk toezicht.¹²⁸⁹

435. *Leidt rechterlijk toezicht tot meer misbruik?* – CHOPER meent daarentegen dat de rechtsbescherming beter zou zijn gediend wanneer een hof onbevoegd is om uitspraak te doen over *political questions* die de individuele rechten niet raken. Hij meent dat door de bevoegdheid aan het staatsorgaan te laten er een grotere kans bestaat dat de bevoegdheid in overeenstemming met de grondwet wordt uitgeoefend dan wanneer een rechter bevoegd is om de handeling op haar grondwettigheid te toetsen, maar slechts een marginale toetsing uitoefent.¹²⁹⁰ Het staatsorgaan zou dan immers niet langer zelf zijn grenzen bepalen, maar dit aan de rechter overlaten, die – omwille van de scheiding der machten – slechts een marginale toetsing uitoefent en aldus misschien minder streng zou zijn dan het staatsorgaan zelf.

Het is inderdaad zo dat door de oprichting van het Grondwettelijk Hof het grondwettigheidsdebat niet meer zozeer in het Parlement wordt gevoerd: de parlementsleden verwijzen daarvoor graag naar het Grondwettelijk Hof. De Belgische en Amerikaanse praktijk falsificeren evenwel CHOPERS stelling. Het is voor de parlementsleden niet vanzelfsprekend dat zij in overeenstemming met de Grondwet en de *US Constitution* moeten handelen. Bij een conflict tussen de politieke belangen en de grondwettelijke vereisten, delft de Grondwet meestal het onderspit, zoals uit de Belgische praktijk in het onderzoek van de geloofsbrieven en in de belangenconflictenprocedure blijkt.¹²⁹¹ Uit de parlementaire stukken blijkt ook niet dat het grondwettigheidsdebat dan op ernstige wijze wordt gevoerd: op dat moment overwinnen de politieke strategieën.

Het bestaan van de marginale toetsing zou dan een voldoende ontradend effect voor het parlement moeten hebben. Indien niet, kan een rechter in ernstige gevallen de beslissing van het parlement vernietigen.

¹²⁸⁷ Zoals ook de Raad van State doet, zie *infra*, randnummer 1230.

¹²⁸⁸ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, conclusie bij HVC 3 mei 1974, RW 1974-75, 87

¹²⁸⁹ Onder meer T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice*, 163 (grondrechten).

¹²⁹⁰ J. H. CHOPER, "The political question doctrine: Suggested criteria", 1464.

¹²⁹¹ O. PFEIFFER, "Le contrôle par la Cour constitutionnelle des motions en conflits d'intérêts", 1805 en J. VELAERS, "De democratie en de niet-uitvoering van het arrest over Brussel-Halle-Vilvoorde", 258-263. Ook de Amerikaanse praktijk overigens, zie I. BAR - SIMAN - TOV, "Lawmakers as lawbreakers", *William and Mary Law Review* 2010, (805) 805-871.

436. *Resultaat van de toetsing* – Dat laatste is bovendien de kern van de zaak: een grondwettelijk hof zou niet in de plaats van het parlement treden. Door te vernietigen moet het parlement opnieuw beslissen: bij een materieel gebrek moet het parlement met een inhoudelijk nieuwe motivering komen; bij een vormgebrek kan het parlement dezelfde beslissing zonder vormgebrek opnieuw nemen.¹²⁹² Dat is de draagwijdte van het feit dat de rechter “*no sword, no purse*”¹²⁹³ heeft: de rechter kan de wil van een andere staatsmacht alleen belemmeren of bevestigen. Er blijft een verschil tussen het (negatieve) toezicht en de (positieve) normuitvaardiging of beslissing.¹²⁹⁴

¹²⁹² Zie ook K. MUYLLE, "Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?", 170.

¹²⁹³ A. HAMILTON, "The Federalist N° 78", *Independent Journal* 1788, 7^{de} alinea.

¹²⁹⁴ Zie ook BVerfG 18 december 1953, *BVerfGE* 3, 225 (234-236).

3. RECHTERLIJKE UITSPRAKEN

437. *Superrechter* – Hieronder wordt nagegaan of een grondwettelijk hof de hoeder van de grondwet ten aanzien van alle staatsmachten moet zijn en dus ook ten aanzien van de (hoogste) rechtscolleges, die de grondwet ten aanzien van de burger of de overheid afdwingen. Daarvoor wordt onderzocht of in België wordt gepleit voor een (uitdrukkelijke) toetsing door het Grondwettelijk Hof van de arresten van de hoogste rechtscolleges (**A**), of de buitenlandse ervaring ons daartoe iets kan leren (**B**) en of de rechtsstaat dit vereist (**C**). Omdat alleen het *Bundesverfassungsgericht* in een vergelijkbare structuur van rechtscolleges¹²⁹⁵ dergelijke bevoegdheid heeft, wordt voor de rechtsvergelijkende analyse afgeweken van de eerder gebruikte structuur en worden het Franse en het Amerikaanse systeem niet geanalyseerd.

A. HET GRONDWETTELIJK HOF

438. *Hof van Cassatie en Raad van State* – Het Grondwettelijk Hof is niet bevoegd om rechterlijke uitspraken aan de Grondwet te toetsen.¹²⁹⁶ Daarentegen is het hof wel bevoegd om wetsbepalingen te toetsen in een bepaalde interpretatie die aan het hof wordt voorgelegd.¹²⁹⁷ Indien deze interpretatie door een rechtscollege aan deze wetsbepaling wordt gegeven, staat aldus onrechtstreeks die rechtspraak in het geding. Via de prejudiciële vragen tracht de rechtzoekende de rechtspraak van het Hof van Cassatie en van de Raad van State dan ook aan het grondwettigheidsoordeel van het Grondwettelijk Hof voor te leggen: zowel de door deze rechtscolleges gegeven interpretatie van de materiële wetgeving die in het geding moet worden toegepast¹²⁹⁸ als de door de rechtscolleges gegeven interpretatie van de regels die op de procedure voor het rechtscollege toepasselijk zijn¹²⁹⁹. Zeker wat de procedureregels betreft, is het Grondwettelijk Hof doorgaans zeer terughoudend in zijn toetsing.¹³⁰⁰

439. *Rechtstreekse toetsing?* – In een rechtsstaat moet ook de rechter zijn rechterlijke functie in overeenstemming met de grondwet en het recht uitoefenen. UYTENDAELE stelt vast dat het hoogste rechtscollege, het Hof van Cassatie zonder noemenswaardig

¹²⁹⁵ Het *Supreme Court*, als hoogste rechtscollege, toetst in beginsel ook de (grond)wettigheid van de lagere rechterlijke uitspraken, doch beschouwt dit niet als zijn belangrijkste opdracht. Zie voetnoot 2336.

¹²⁹⁶ Onder meer GwH 26 september 2013, nr. 129/2013, B.3.-4.

¹²⁹⁷ GwH 1 maart 2000, nr. 26/2000, B.3. Zie hierover meer bij onder meer P. MARTENS en B. RENAULD, "L'interprétation de la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée", in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE *et al.* (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2005, 23-29.

¹²⁹⁸ Onder meer GwH 1 maart 2000, nr. 26/2000, B.11.

¹²⁹⁹ Onder meer GwH 10 oktober 2013, nr. 133/2013, B.2. e.v. en 21 januari 2004, nr. 13/2004, B.5.

¹³⁰⁰ Zie evenwel GwH 10 oktober 2013, nr. 133/2013, B.11. (maar een wetgevend optreden is noodzakelijk).

toezicht¹³⁰¹ zijn rechterlijke functie kan uitoefenen.¹³⁰² Hij meent dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie nochtans niet onberispelijk is. Sommige arresten hebben al tot veroordelingen in Straatsburg geleid.¹³⁰³ Daarom stelt hij voor dat sommige arresten van het Hof van Cassatie en van de Raad van State aan het Grondwettelijk Hof zouden worden voorgelegd. Indien een wetgevende vergadering meent dat het Hof van Cassatie of de Raad van State een foutieve interpretatie aan één van haar normen heeft gegeven, zou zij bij een meerderheid van haar leden (of van de taalgroepen) een beroep bij het Grondwettelijk Hof kunnen instellen. Het Grondwettelijk Hof zou het arrest dan kunnen hervormen.¹³⁰⁴

B. HET BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

440. (*Urteils*)*verfassungsbeschwerde* – In tegenstelling tot het Grondwettelijk Hof en de *Conseil constitutionnel* kan het *Bundesverfassungsgericht* nagaan of de drie staatsmachten de *Grundgesetz* naleven en dus ook de rechterlijke macht.¹³⁰⁵ Met een *Urteilsverfassungsbeschwerde* kan de Duitse burger aanklagen dat een rechtscollege een grondrecht, zijn recht op weerstand, zijn recht als staatsburger, zijn (actief en passief) kiesrecht, het verbod op uitzonderingsrechtbanken, zijn grondrechten voor de rechtscolleges of zijn rechten in verband met vrijheidsberoving heeft geschonden. Met de *Elfes*-doctrine heeft het hof deze toetsingsbevoegdheid evenwel uitgebreid: de verzoekende partij kan de onverenigbaarheid (van het rechterlijk oordeel) met de gehele rechtsorde inroepen; zij is dus niet beperkt tot de schending van een grondrecht.¹³⁰⁶ Elke foutieve rechterlijke uitspraak is een grondrechtenschending.¹³⁰⁷ Opdat een *Urteilsverfassungsbeschwerde* zou worden aangenomen, moet de burger het *Bundesverfassungsgericht* wel ervan overtuigen dat de rechter, bij de interpretatie en toepassing van het recht, de invloed van de grondrechten (bijna) geheel heeft miskend.¹³⁰⁸

¹³⁰¹ Alleen een toezicht door de internationale rechtscolleges en, zeer uitzonderlijk, een parlementaire onderzoekscommissie. M. UYTENDAELE, "Le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel ou comment contrôler les mauvaises élèves de la classe", in X (ed.), *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Brussel, Bruylant, 2007, 830.

¹³⁰² Op een aansprakelijkheidsvordering tegen de Belgische Staat na. M. UYTENDAELE, "Le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel ou comment contrôler les mauvaises élèves de la classe", 830.

¹³⁰³ Onder meer EHRM 26 november 2010, *Taxquet/België*; 24 mei 2007, *Da Luz Domingues Ferreira/België*; 2 juni 2005, *Cottin/België*.

¹³⁰⁴ M. UYTENDAELE, "Le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel ou comment contrôler les mauvaises élèves de la classe", 838. In vergelijkbare zin schrijft P. VANDERNOOT, die een diffuse toetsing aan de Grondwet en het inter- en supranationaal recht voorstelt, waarbij het Grondwettelijk Hof als beroepsinstantie instaat voor de eenvormige interpretatie van alle hogere normen (cfr. *Verfassungsbeschwerde*). *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2- 897/6, 57. *Contra*, X. DELGRANGE en S. VAN DROOGHENBROECK, "Est-ce toujours dans les vieilles casseroles que l'on fait les meilleures soupes?", *vindplaats terug te vinden in de bibliografie*, 10.

¹³⁰⁵ K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 147 (nr. 204).

¹³⁰⁶ *Supra*, zie randnummers 340-341.

¹³⁰⁷ Voor een recent voorbeeld, zie BVerfG 28 juli 2014, 1 BvR 1925/13 (schending van het verbod op willekeur en van de artikelen 3, 101 en 103 GG).

¹³⁰⁸ K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 156-157 (nr. 222). Meer *infra*, randnummer 440.

Ook de grondrechtenbescherming tussen privépersonen kan via een *Verfassungsbeschwerde* aan het *Bundesverfassungsgericht* worden voorgelegd.¹³⁰⁹

Het *Bundesverfassungsgericht* is “*Superberufungs- noch Superrevisionsinstanz*”: in beginsel moet een onderscheid worden gemaakt tussen de grondwettelijke vragen en de overige (feitelijke of wettelijke) vragen die een geschil oproept. In de praktijk is het verschil niet altijd eenduidig en moeilijk te maken. Het hof treedt in beginsel terughoudend op bij de beoordeling van een *Urteilsverfassungsbeschwerde*: het toetst alleen aan het “specifieke grondwettelijke recht”¹³¹⁰, zoals de materiële grondrechten, en oefent een *Rechtsbindungskontrolle*¹³¹¹ uit.¹³¹² Met dit laatste toetst het *Bundesverfassungsgericht* niet alleen of de wetgeving in overeenstemming met de *Grundgesetz* is, maar ook of deze door de uitvoerende en rechterlijke macht in overeenstemming met de *Grundgesetz* (onder meer het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie en van de rechtsstaat) wordt uitgevoerd en toegepast. Deze *Rechtsbindungskontrolle* vult de grondrechtentoetsing aan en gebeurt hoofdzakelijk in het kader van een *Urteilsverfassungsbeschwerde*.¹³¹³ Het *Bundesverfassungsgericht* stelt zich niet in de plaats van het rechtscollege: de rechterlijke uitspraak wordt vernietigd en het rechtscollege moet opnieuw oordelen.¹³¹⁴ Desalniettemin valt dit niet steeds in goede aarde bij de andere (hoogste) Duitse rechtscollages¹³¹⁵ en in de

¹³⁰⁹ BVerfG 15 januari 1958, *BVerfGE* 7, 198 (205-206) (Lüth-arrest) “*Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften. Wie neues Recht im Einklang mit dem grundrechtlichen Wertsystem stehen muß, so wird bestehendes älteres Recht inhaltlich auf dieses Wertsystem ausgerichtet; von ihm her fließt ihm ein spezifisch verfassungsrechtlicher Gehalt zu, der fortan seine Auslegung bestimmt. Ein Streit zwischen Privaten über Rechte und Pflichten aus solchen grundrechtlich beeinflussten Verhaltensnormen des bürgerlichen Rechts bleibt materiell und prozessual ein bürgerlicher Rechtsstreit. Ausgelegt und angewendet wird bürgerliches Recht, wenn auch seine Auslegung dem öffentlichen Recht, der Verfassung, zu folgen hat.*”

¹³¹⁰ BVerfG 18 september 1952, *BVerfGE* 1, 418 (420).

¹³¹¹ De *Rechtsbindungskontrolle* houdt een toezicht op willekeur en een *Rechtsfortbildungskontrolle* in. De *Rechtsfortbildungskontrolle* houdt in dat wordt nagegaan of de rechter de algemeen erkende interpretatiemethodes heeft gebruikt: “*Die Auslegung des einfachen Gesetzesrechts einschließlich der Wahl der hierbei anzuwendenden Methode ist Sache der Fachgerichte und vom Bundesverfassungsgericht nicht umfassend auf ihre Richtigkeit zu untersuchen. Das Bundesverfassungsgericht beschränkt seine Kontrolle, auch soweit es um die Wahrung der Kompetenzgrenzen aus Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG geht, auf die Prüfung, ob das Fachgericht bei der Rechtsfindung die gesetzgeberische Grundentscheidung respektiert und von den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung in vertretbarer Weise Gebrauch gemacht hat.*” BVerfG 15 januari 2009, *BVerfGE* 122, 248. Uit dit arrest en de afwijkende motivering erbij blijken dat de grondwettelijke rechters het niet eens zijn over welke methodes dan deze algemeen erkende interpretatiemethodes zijn. Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 207-209 (§ 19, nrs. 485-487).

¹³¹² E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 204 (§ 19, nr. 477). Zie daar ook verder, voor de invulling van deze begrippen.

¹³¹³ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 203-204 en 207-209 (§ 19, nrs. 475-476 en nrs. 484-487).

¹³¹⁴ Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 186 (§ 19, nr. 431) en K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht* (2012), 142 (nr.194).

¹³¹⁵ „*nur schwer zu ertragen (sei), wenn eine gefestigte, sorgfältig begründete Praxis eines obersten Bundesgerichts mit einem einzigen, nicht substantiell begründeten Satz in Frage gestellt werde*“. Geciteerd door D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 10-11 (nr. 3).

praktijk is het hof ook niet zo terughoudend: door de *Elfes-doctrine*¹³¹⁶ is elke foutieve rechterlijke uitspraak immers een grondrechtenschending.¹³¹⁷

441. Praktijk – Dat het beslechten van alle grondwettigheidsvragen aan het *Bundesverfassungsgericht* toekomt, heeft bijzonder grote nadelen. Jaarlijks worden meer dan zesduizend *Verfassungsbeschwerden* bij het *Bundesverfassungsgericht* ingediend.¹³¹⁸ Daarom zou de *Urteilsverfassungsbeschwerde* volgens velen moeten worden afgeschaft¹³¹⁹ of hervormd¹³²⁰: er is een te kleine kans op succes (slechts twee procent van de zaken worden door een *Senat* aangenomen maar daarom nog niet gegrond verklaard)¹³²¹; de overbelasting en dus de delegatie aan de wetenschappelijke medewerkers van de rechters komen tot uiting in de arresten¹³²² en alleen deze wetenschappelijke medewerkers beslechten zonder wettelijke grondslag belangrijke vragen over de behandeling van deze zaken¹³²³. Deze laatste twee kritieken geven een praktijk aan die moeilijk verenigbaar is met de rechtsstaat.¹³²⁴ PESTALOZZA meent dan ook dat de *Urteilsverfassungsbeschwerde* moet worden afgeschaft en acht de rechtscolleges voldoende bekwaam om de grondrechten zelf te beschermen: zij zullen zich daarin bovendien verder bekwamen, als het *Bundesverfassungsgericht* niet langer het laatste woord heeft.

C. DE RECHTSSTAAT, EEN GRONDWETTELIJK HOF EN DE OVERIGE RECHTSCOLLEGES

442. Rechtsstaat – In België en Frankrijk kan het grondwettelijk hof alleen de wetgevende normen aan de grondwet toetsen. Het *Bundesverfassungsgericht* dwingt de naleving van de *Grundgesetz* evenwel af ten aanzien van alle staatsmachten, met inbegrip van de rechterlijke macht. Vereist de rechtsstaat dat een grondwettelijk hof bevoegd is om de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges te toetsen? Gelet op onze definitie uit het eerste deel, vereist de rechtsstaat in elk geval dat (grond)wettige normen die door de rechter kunnen worden afgedwongen het handelen van de overheid op procedurele en inhoudelijke wijze beperken. Volgens deze definitie moeten dan ook rechterlijke uitspraken aan een rechterlijke toetsing worden onderworpen: daar de uitspraken van de lagere rechtscolleges daartoe al onderworpen zijn, rijst alleen de vraag of de in laatste instantie

¹³¹⁶ Zie *supra*, randnummer 341.

¹³¹⁷ D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 11 (nr. 5).

¹³¹⁸ K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 143 (nr. 195).

¹³¹⁹ Voor de afschaffing pleiten onder meer CH. PESTALOZZA, "Die wider Willen sperrende Bundeslücke bei der Sicherungsverwahrung", *Juristenzeitung* 2004, 609 en R. ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde (2013)*, 325-327. Voor meer en ook oudere verwijzingen, zie E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 190 (§ 19, nr. 442) en K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 143 (nr. 195).

¹³²⁰ R. ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde (2013)*, nr. 323.

¹³²¹ K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 143 (nr. 195) en R. ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde (2013)*, nr. 326-327, wat volgens hem overigens aantoont dat de praktische betekenis van de *Verfassungsbeschwerde* niet langer in zijn subjectieve functie (de rechtsbescherming) ligt, maar in zijn objectieve functie (de naleving van het grondwettelijk recht afdwingen).

¹³²² CH. PESTALOZZA, "Die wider Willen sperrende Bundeslücke bei der Sicherungsverwahrung", 609.

¹³²³ R. ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde (2013)*, nr. 323.

¹³²⁴ R. ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde (2013)*, 323.

uitgesproken rechterlijke beslissingen onder een rechterlijke toetsing van het grondwettelijk hof moeten worden gebracht.

443. *Roma locuta, causa finita est* – Geschillen moeten ooit definitief worden beslecht. Het EHRM keurt bijzondere rechtsmiddelen die ertoe leiden dat er altijd maar verder kan worden geprocedeerd, af: nadat het hoogste rechtscollege heeft gesproken, rechtvaardigen alleen nieuwe feiten nieuwe procedures.¹³²⁵ Een rechtsmiddel tegen de arresten van de hoogste rechtscolleges toestaan zou ertoe leiden dat het Grondwettelijk Hof met aanvragen zou worden overstelpt. Het zou de wetgever verplichten hetzij het hof sterk uit te breiden hetzij een filter te installeren. Indien slechts een klein aantal zaken door deze filter zou geraken en vervolgens nog een kleiner aantal zaken gegrond zou zijn, rijst de vraag of het sop de kool waard is. Dit blijkt ook uit de Duitse praktijk: slechts twee procent van de *Urteilsverfassungsbeschwerden* worden aangenomen en nog minder zijn gegrond. Uit de arresten blijkt dat niet de rechters maar de wetenschappelijke medewerkers van de rechters de belangrijke vragen beslechten. De Duitse auteurs noemen deze praktijk onrechtsstatelijk.

444. *Grondwettelijk Hof?* – In de rechtsordes van de Europese lidstaten moet een grondwettelijk hof doorgaans alleen erop toezien dat de wetgevende macht en/of het parlement de grondwet naleven. Het toezicht op de uitvoerende macht wordt doorgaans aan een administratief rechtscollege voorbehouden en het toezicht op de rechterlijke macht via rechtsmiddelen tot aan het hoogste rechtscollege van de rechterlijke macht. Hoewel de rechtsstaat zonder twijfel vereist dat de administratieve rechtscolleges en het hoogste rechtscollege van de rechterlijke macht de grondwet eerbiedigen, vereist de rechtsstaat niet dat een grondwettelijk hof de rechter van deze rechters zou zijn.

445. *Ongeschikt* – Sommige auteurs menen dat het Grondwettelijk Hof bovendien niet geschikt is om de rechter van de rechters te zijn: het zou het hof de noodzakelijke expertise ontbreken en zijn politieke samenstelling zou zich niet ertoe lenen.¹³²⁶

446. *Prejudiciële vragen* – Eerder dan de arresten van de hoogste rechtscolleges rechtstreeks aan het toezicht van het Grondwettelijk Hof te onderwerpen, lijkt het beter de bestaande praktijk verder te zetten: via een prejudiciële vraag kan de door de hoogste rechtscolleges gegeven interpretatie van wetgeving aan het Grondwettelijk Hof worden voorgelegd. De rechtscolleges moeten daarbij wel ingaan op de vraag van de rechtzoekende om een prejudiciële vraag over de door de hoogste rechtscolleges gegeven interpretatie van wetgeving te stellen.¹³²⁷

¹³²⁵ EHRM 11 november 2004, *Pravednaya/Rusland*, nr. 25 en 24 juli 2003, *Ryabykh/Rusland*, nr. 52. Zie ook X. DELGRANGE en S. VAN DROOGHENBROECK, "Est-ce toujours dans les vieilles casseroles que l'on fait les meilleures soupes?", 10.

¹³²⁶ X. DELGRANGE en S. VAN DROOGHENBROECK, "Est-ce toujours dans les vieilles casseroles que l'on fait les meilleures soupes?", 15 e.v.

¹³²⁷ *Contra* RvS 15 mei 2014, nr. 227.398.

IV. OOK VOOR GRONDWETSHERZIENINGEN?

*Souvent Constitution varie, bien fol qui s'y fie.*¹³²⁸

447. *Opzet* – Kurt GÖDEL, een bekende Duitse wiskundige die het Naziregime ontvluchtte, twijfelde sterk eraan om Amerikaans burger te worden, waarbij hij getrouwheid aan de *US Constitution* zou moeten zweren. Omdat deze alleen procedureel is vergrendeld en niet inhoudelijk, wou hij geen getrouwheid zweren aan een grondwet die het Nazibeleid mogelijk zou maken.¹³²⁹ Dit is het onderwerp van het vierde hoofdstuk in deze eerste titel, die over de bevoegdheid van een grondwettelijk hof gaat: moet een grondwettelijk hof bevoegd zijn om grondwetsherzieningen te toetsen aan procedurele en inhoudelijke beperkingen op de macht van de grondwetsherziener? Voor de vier landen (België in **afdeling 1** en de overige landen in **afdeling 2**) zal de procedure tot grondwetsherziening worden uiteengezet en zal worden onderzocht of de bevoegdheid van de grondwetsherziener op formele of materiële wijze wordt beperkt en of deze beperkingen door de rechter afdwingbaar zijn. Ten slotte wordt nagegaan of de rechtsstaat door de rechter afdwingbare materiële beperkingen op de bevoegdheid van de grondwetsherziener vereist (**afdeling 3**).

448. *Terminologie* – Voorafgaand moeten de terminologische keuzen voor het gebruik van “grondwetsherziener” en van “supragrondwettelijkheid” worden verantwoord. In elk van de onderzochte landen wordt een onderscheid gemaakt tussen de oorspronkelijke grondwetgever – degene die de grondwet heeft opgesteld en uitgevaardigd – en de macht die, erna, krachtens diezelfde grondwet, bevoegd is om de grondwet te herzien: de eerste is de “oorspronkelijke grondwetgever”¹³³⁰ en de tweede is de “afgeleide grondwetgever”.¹³³¹ Geïnspireerd door de Amerikaanse en Duitse gebruiken en terminologie¹³³² maar in de lijn met de in artikel 195 Grondwet gebruikte terminologie, zal in dit proefschrift de eerste als

¹³²⁸ Geciteerd door G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 490.

¹³²⁹ S. LEVINSON, "Introduction: Imperfection and Amendability", in S. LEVINSON (ed.), *Responding to Imperfectionism. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, Princeton University Press, 1995, 10.

¹³³⁰ J. VAN NIEUWENHOVE, "De herziening en de coördinatie van de Grondwet", in J. DELTOUR, F. MEERSSCHAUT *et al.* (eds.), *Parlementair recht: commentaar en teksten*, Gent, Mys en Breesch, 1998, 4. Zie ook J. VELU, *Le statut des gouvernants*, 139-140.

¹³³¹ Onderscheid gemaakt door E.J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, Genève, Droz, 1970, 172.

¹³³² In de Verenigde Staten van Amerika volgen voor bepaalde constitutionalisten de materiële beperkingen op de bevoegdheid van de grondwetsherziener uit het woord “to amend” en uit het feit dat grondwetsherzieningen niet in de *US Constitution* worden verwerkt, maar eraan worden toegevoegd. Voor Duitsland, zie onder meer BVerfG 22 januari 1991, *BVerfGE* 84, 90 (121) (*verfassungsändernde Gesetzgeber*).

grondwetgever en de tweede als “grondwetsherziener”¹³³³ worden benoemd. Daarmee wordt beoogd een uitdrukkelijk onderscheid te maken tussen de onbeperkte bevoegdheid van de grondwetgever en de door de grondwet beperkte bevoegdheid van de grondwetsherziener.

De materiële beperkingen van de bevoegdheid van de grondwetsherziener worden soms “supragrondwettelijke beperkingen” genoemd. Over de betekenis van het begrip supragrondwettelijkheid is evenwel geen eensgezindheid:

La supraconstitutionnalité, à l'état pur, supposerait qu'il existe des règles supérieures à la Constitution en non formulées par celle-ci.¹³³⁴

In dit proefschrift wordt niet nagegaan of er supragrondwettelijke beperkingen zijn in de ware zin van het woord: of er materiële beperkingen zijn die boven de grondwet staan en niet in de grondwet zijn vervat. Wel wordt met “supragrondwettelijke” norm een norm bedoeld die de grondwetsherziener niet kan wijzigen. In dit proefschrift wordt onderzocht of de rechtsstaat zo'n supragrondwettelijke norm is: in elk van de vier onderzochte landen heeft de grondwetgever beoogd een rechtsstaat op te richten (al dan niet naar de betekenis dat de rechtsstaat op het moment van de uitvaardiging van de grondwet had). In elk van de vier landen is de rechtsstaatsidee in de grondwet vervat (doch niet steeds uitdrukkelijk geformuleerd). De kernvraag van dit hoofdstuk is of de grondwetsherziener aan deze rechtsstaatsidee mag raken.

¹³³³ Afgetoetst bij de Taaltelefoon, die dit een correct Nederlandstalig, samengesteld woord vindt. In 1894 maakt Martinus NIJHOFF een lithografie met als opschrift “Zelfvoldoening van den grondwetsherziener”.

¹³³⁴ G. VEDEL, “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *Pouvoirs* 1993, (79) 87.

1. BELGIË

449. *Grondwetsherziening* – Hieronder wordt de procedure voor de herziening van de Grondwet (**A**) uiteengezet en wordt nagegaan of de bevoegdheid van de grondwetsherziener door formele en inhoudelijke vereisten wordt beperkt. Vervolgens wordt onder titel **B** nagegaan of een Belgische rechter zich bevoegd acht om deze formele en inhoudelijke bevoegdheidsbeperkingen af te dwingen.

A. DE PROCEDURE VOOR DE HERZIENING VAN DE GRONDWET

450. *Rechtspositivisme* – In de lijn met het negentiende-eeuwse rechtspositivisme¹³³⁵ beperkt de Belgische grondwetgever de bevoegdheid van de grondwetsherziener op louter formele en temporele wijze: artikel 195 van de Grondwet legt een starre herzieningsprocedure in drie fasen op en in bepaalde omstandigheden is een (welbepaalde) grondwetsherziening onmogelijk.

451. *Starre herzieningsprocedure* – De grondwetsherzieningsprocedure¹³³⁶ in drie fasen vangt aan met de verklaringen, bij gewone meerderheid, door elk orgaan van de federale wetgevende macht (Kamer, Senaat en de Koning, dit is de preconstituante) dat er redenen zijn tot herziening van de grondwettelijke bepalingen¹³³⁷ die het aanwijst.¹³³⁸ Ten gevolge

¹³³⁵ Voor een uitgebreide studie over de ontstaansgeschiedenis van artikel 195 van de Grondwet en voor een vergelijking met de toenmalige grondwetten uit de buurlanden, zie J. VAN NIEUWENHOVE, "De herziening en de coördinatie van de Grondwet", 14 e.v. Zie ook A. VERHASSELT-LUYCKX, "De rol van de preconstituante bij de grondwetsherziening", *TBP* 1971, (230) 230 e.v.

¹³³⁶ Hieronder wordt de procedure voor de herziening van de Grondwet *bondig* besproken. De uiteenzetting wil geenszins exhaustief zijn en beoogt niet te antwoorden op alle vragen die naar aanleiding van een grondwetsherziening kunnen rijzen. Zij wil slechts de huidige praktijk inzake grondwetsherziening schetsen met bijzondere aandacht voor de formele en inhoudelijke beperkingen op de bevoegdheden van de grondwetsherziener, opdat de huidige praktijk hieronder aan het normatieve kader van de rechtsstaat kan worden getoetst. Voor een uitgebreidere bespreking van de procedure, zie J. VAN NIEUWENHOVE, "De herziening en de coördinatie van de Grondwet", 23 e.v., en ook A. ALEN, "De voornaamste procedurale problemen van een Grondwetsherziening", *TBP* 1979, (286) ; B. BLERO, "L'article 195 de la Constitution, une pierre angulaire à retailleur?", in A. DE BECKER en E. VANDENBOSSCHE (eds.), *Scharnier- of sleutelementen in het grondwettelijk recht. Het beginsel van constitutionele autonomie, de artikelen 35 en 195 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2011, 4 e.v.; H. DUMONT, X. DELGRANGE en S. VAN DROOGHENBROECK, "La procédure de révision de la Constitution: suggestions", in F. DELPÉRÉE (ed.), *La procédure de révision de la Constitution*, Brussel, Bruylant, 2003, 137 e.v.; A. MAST, "De recente grondwetsherziening en de door artikel 131 van de Grondwet opgelegde procedure", *RW* 1971-72, (1473) en A. VERHASSELT-LUYCKX, "De rol van de preconstituante bij de grondwetsherziening", 230 e.v.

¹³³⁷ Dit zijn grondwetsartikelen of onderdelen van artikelen, en dus niet titels, hoofdstukken of afdelingen van de Grondwet, *a fortiori* de gehele Grondwet, tenzij voor de invoeging van nieuwe grondwetsbepalingen. Zie A. ALEN, "De voornaamste procedurale problemen van een Grondwetsherziening", 287 en J. VAN NIEUWENHOVE, "De herziening en de coördinatie van de Grondwet", 32-33.

¹³³⁸ Het initiatiefrecht komt toe aan elk parlementslid en aan de Koning. Zie hierover A. ALEN, "De voornaamste procedurale problemen van een Grondwetsherziening", 287-288 en J. VAN NIEUWENHOVE, "De herziening en de coördinatie van de Grondwet", 24 e.v.

van deze verklaringen¹³³⁹ zijn de beide wetgevende vergaderingen van rechtswege ontbonden (tweede fase). Binnen de veertig dagen¹³⁴⁰ worden er “grondwetgevende verkiezingen”¹³⁴¹ gehouden. In de derde fase beslist de constituant – zolang de zittingsperiode duurt¹³⁴² – over de bepalingen die aan herziening zijn onderworpen. Daarbij geldt een verhoogd quorum- en stemvereiste: de Kamers mogen slechts beraadslagen wanneer ten minste twee derde van de leden van elke wetgevende vergadering aanwezig zijn en een grondwetsherziening is slechts aangenomen, indien zij ten minste twee derde van de stemmen heeft verkregen.¹³⁴³ De herzieningsverklaring is niet dwingend: de constituant is niet verplicht de herzieningsverklaring volledig of gedeeltelijk uit te voeren.¹³⁴⁴

452. *Temporele beperkingen* – In de artikelen 196 en 197 van de Grondwet worden twee bijkomende (temporele) beperkingen opgelegd. Er mag geen herziening van de Grondwet worden ingezet of voortgezet in oorlogstijd of wanneer de wetgevende vergaderingen verhinderd zijn vrij bijeen te komen op het federale grondgebied en tijdens een regentschap mag in de Grondwet geen verandering worden aangebracht wat betreft de grondwettelijke macht van de Koning en aan de artikelen 85 tot 88, 91 tot 95, 106 en 197 van de Grondwet.¹³⁴⁵

¹³³⁹ Zie A. ALEN, "De voornaamste procedurale problemen van een Grondwetsherziening", 288. Over de regeling bij mogelijke discordanties in de drie verklaringen, zie J. VAN NIEUWENHOVE, "De herziening en de coördinatie van de Grondwet", 22.

¹³⁴⁰ Artikel 195, derde lid Gw., dat verwijst naar artikel 46 Gw.

¹³⁴¹ Eigenlijk dus “grondwetsherzienende verkiezingen”.

¹³⁴² A. ALEN, "De voornaamste procedurale problemen van een Grondwetsherziening", 291.

¹³⁴³ Krachtens artikel 60, tweede lid van het reglement van de Kamer en artikel 43, § 4 van het reglement van de Senaat worden de onthoudingen niet meegerekend in het aantal uitgebrachte stemmen voor het vaststellen van de volstreekte meerderheid of de door de Grondwet of bij wet bepaalde bijzondere meerderheden. Zie hierover A. ALEN, "De voornaamste procedurale problemen van een Grondwetsherziening", 290 en A. MAST, "De recente grondwetsherziening en de door artikel 131 van de Grondwet opgelegde procedure", 1478-1479.

¹³⁴⁴ A. ALEN, "De voornaamste procedurale problemen van een Grondwetsherziening", 286 en A. MAST, "De recente grondwetsherziening en de door artikel 131 van de Grondwet opgelegde procedure", 1479. De parlementaire praktijk neemt wel aan dat hetzelfde onderwerp niet tweemaal tijdens dezelfde zittingsperiode kan worden herzien (de “theorie van de eenmalige bevoegdheid van de constituant”). Een grondwetsartikel kan tweemaal tijdens eenzelfde zittingsperiode worden herzien, indien beide onderwerpen voorkomen in de verklaring tot grondwetsherziening. Ten aanzien van eenzelfde onderwerp, is de bevoegdheid van de constituant evenwel uitgeput, eens hij die grondwetsbepaling heeft herzien. Zie J. VAN NIEUWENHOVE, "De herziening en de coördinatie van de Grondwet", 58 e.v., die het evenwel niet eens is met deze theorie. In dezelfde zin A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht (2011)*, 233.

¹³⁴⁵ Uit de grondwettelijke gewoonte inzake de bevoegdheid van de Koning wanneer de regering met de lopende zaken is belast, werd vroeger een derde temporele beperking afgeleid. Deze hield in dat een ontslagnemende regering die met de lopende zaken is belast, geen herziening zou kunnen inzetten door een ontwerp van herzieningsverklaring in te dienen en evenmin een door de beide wetgevende kamers aangenomen verklaring mee te ondertekenen. Zij kon dit alleen wanneer de Kamer en de Senaat reeds grondwetsherzienende bevoegdheden hadden en de Koning alleen de (vorige) herzieningsverklaring overnam, vanzelfsprekend met weglating van die bepalingen die in de loop van de zittingsperiode reeds werden herzien. Op deze wijze zou de Koning geen politieke keuze maken die zijn bevoegdheid inzake lopende zaken zou overstijgen. Zo gebeurde het in 1968 en adviseerde een college van juristen (Eerste voorzitter van de Raad van State, M. Somerhausen, procureur-generaal van het Hof van Cassatie, W.J. Ganshof van der Meersch, oud-minister professor dr. P. Wigny en professor

453. Kritiek op de herzieningsprocedure – De starre, driefasige herzieningsprocedure van het huidige artikel 195 van de Grondwet staat evenwel en helaas onder druk. Sinds 2003 wordt dit artikel regelmatig in de verklaringen tot herziening van de Grondwet opgenomen.¹³⁴⁶ Daar veel opties denkbaar zijn, heeft de preconstituante van 2007 de constitutante (2007-2010) de volle vrijheid gegeven om te beraden in welke zin dit moet gebeuren.¹³⁴⁷ Bij de verklaring tot herziening van de Grondwet van 7 mei 2010 werden evenmin beperkingen aan de constituanten opgelegd.¹³⁴⁸ Er werd evenwel niet verhuuld dat de bedoeling voornamelijk – en helaas – was om de van rechtswege ontbinding van het parlement en de noodzaak van (grondwetgevende) verkiezingen – en dus de inspraak van de burger in de grondwetsherziening – af te schaffen, opdat de Grondwet op flexibeler wijze zou kunnen worden herzien.¹³⁴⁹ Vele auteurs, in België en elders, vinden het evenwel (terecht) noodzakelijk dat de burgers inspraak bij grondwetsherzieningen hebben.¹³⁵⁰ In de

dr. J. De Meyer) in 1974 hierover aan premier TINDEMANS, voluit geciteerd in M. VAN DER HULST en A. VANDER STICHELE, "Het parlement en de lopende zaken", *TBP* 1993, (3) 7 e.v.. Over 1968, zie G. CRAENEN, "De positie van een demissionair kabinet in België", *TBP* 1977, (10) 18 en Verslag namens de commissie voor de grondwetsherziening, *Parl. St. Kamer*, 1967-68, 561/4, 2 e.v. CRAENEN noemt de voorwaarde dat de Kamers al constituanten zouden zijn, niet relevant. Zie ook J. VAN NIEUWENHOVE, "De herziening en de coördinatie van de Grondwet", 25 en 34. Deze derde temporele beperking werd evenwel sterk bekritiseerd. K. RIMANQUE, *De Grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 222; VAN ORSHOVEN in Hoorzitting over de activiteit van het Parlement in een periode van lopende zaken, *Parl. St. Kamer* 1992-93, nr. 48-996, 6; M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Brussel, Bruylant, 2011, 72-73 en J. VELAERS en Y. PEETERS, "De 'lopende zaken' en de ontslagnemende regering", *TBP* 2008, (3) 16. Bij de verklaring tot herziening van de Grondwet in 2010 was de regering slechts met de lopende zaken belast en werd niettemin een verklaring aangenomen die ruimer was dan de in 2007 aangenomen verklaring. Met deze praktijk lijkt aldus officieel afstand te zijn gedaan van deze derde temporele beperking en is het aldus geen grondwettelijke gewoonte meer. Zie ook A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht (2011)*, 234 (nr. 222); B. DALLE, "Overzicht van de communautaire onderhandelingen sinds 2007: straatje zonder eind of de weg naar verandering?", *TBP* 2011, (452) 469 en J. VELAERS, "De crisis van de staat en de Achillespees van het staatsrecht", *RW* 2011-12, (23) 26.

¹³⁴⁶ Verklaringen tot herziening van de Grondwet van 9 april 2003, *BS* 10 april 2003, 2^{de} uitgave; van 1 mei 2007, *BS* 2 mei 2007, 2^{de} uitgave en van 7 mei 2010, *BS* 7 mei 2010, 2^{de} editie. In de verklaring tot herziening van de Grondwet van 25 april 2014 werd artikel 195 niet opgenomen. Zie ook A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht (2011)*, 234-235.

¹³⁴⁷ *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-3056/5, 10.

¹³⁴⁸ Bij de val van de regering in 2010 werd, zonder (relevante) bijkomende discussie over artikel 195 Gw., dit artikel opgenomen in de verklaringen tot de herziening van de Grondwet. *Parl. St. Kamer* 2009-2010, nr. 52-2593/3.

¹³⁴⁹ *Hand. Kamer* 2002-03, nr. 50-281, 7 november 2002, 15 en *Hand. Senaat* 2002-03, nr. 2-260, 12 e.v. Dit vereiste zou immers zijn oorspronkelijke doelstelling hebben verloren: de door de verklaring tot herziening van de Grondwet uitgelokte (grondwetgevende) verkiezingen zijn de regel geworden en de verkiezingsthema's gaan zelden of nooit over deze grondwetskwesties. Daarenboven leidt deze vereiste tot problemen, omdat er bij de herziening van de Grondwet problemen rijzen waarmee de Preconstituante geen rekening had gehouden, omdat het goedkeuren van verdragen soms een voorafgaande grondwetsherziening vraagt, of omdat niet met de Grondwet kan worden gereageerd op de plotse of snelle maatschappelijke uitdagingen. *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-3056/5, 9-10.

¹³⁵⁰ De Grondwet is het sociale contract waarmee de burger legitimiteit aan de uitoefening van de staatsmacht geeft. Het is noodzakelijk dat de burger wordt betrokken bij wijzigingen aan dit sociale contract. Zie ook A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht (2011)*, 231 (ook voor meer verwijzingen); B. ACKERMANN, *We the People. I. Foundations*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1991, 54 en A. MAST, "De recente grondwetsherziening en de door artikel 131 van de Grondwet opgelegde procedure", 1478. Dit verklaart dat vaak wordt opgelegd dat grondwetsherzieningen (alleen) bij referendum moeten worden goedgekeurd.

Franstalige rechtsleer pleit alleen DELPÉRÉE voor het behoud van grondwetgevende verkiezingen, mits mogelijk een aanvulling in een artikel 195*bis* van de Grondwet. In de Nederlandstalige rechtsleer pleiten ALEN en VELAERS voor zulk behoud.¹³⁵¹

Voor de verwezenlijking van de recente staats hervorming werd artikel 195 van de Grondwet reeds buiten spel gezet, daar hieraan – bij de grondwets herziening van 29 maart 2012¹³⁵² – een “overgangsbepaling”¹³⁵³ werd toegevoegd. Krachtens die overgangsbepaling kunnen bepaalde grondwets artikelen die niet door de preconstituante voor herziening vatbaar waren verklaard, toch – en uitsluitend in de door de overgangsbepaling bepaalde zin – worden herzien door de constituant die verkozen is op 13 juni 2010.¹³⁵⁴

454. *Materiële beperkingen* – Naar Belgisch positief recht is de bevoegdheid van de grondwetgever of de grondwets herziener niet “aan hogere juridische principes onderworpen” of materieel beperkt.¹³⁵⁵ De Raad van State, afdeling wetgeving,

¹³⁵¹ Naast het verzameld werk in F. DELPÉRÉE (ed.), *La procédure de révision de la Constitution*, Brussel, Bruylant, 2003, waarin twaalf constitutionalisten hun standpunt grondig uiteenzetten, zijn de belangrijkste overige bijdragen A. ALEN, "De procedure van grondwets herziening", in X (ed.), *De Grondwet. Verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, 51 e.v.; A. ALEN en F. MEERSSCHAUT, "De "impliciete" herziening van de Grondwet", in X (ed.), *Présence du droit public et des droits de l'homme: mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant, 1992, 259-281; B. BLERO, "L'article 195 de la Constitution, une pierre angulaire à retailler?", 1-57; X. DELGRANGE en H. DUMONT, "Le rythme des révisions constitutionnelles et l'hypothèse de l'accélération du temps juridique", in PH. GÉRARD, F. OST et al. (eds.), *L'accélération du temps juridique*, Brussel, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, 413-468; P. PEETERS, "De 'overgangsbepaling' van artikel 195 van de Grondwet: een noodzakelijke voorwaarde voor de uitvoering van de zesde staats hervorming", *TBP* 2013, (379) 379-388; J.-C. SCHOLSEM, "Brèves réflexions sur une éventuelle révision de l'article 195 de la Constitution", *RBDC* 1999, (99) 99-105; E. VANDENBOSSCHE, "De herziening van artikel 95 van de Grondwet. Een noodzaak tot demystificatie", in A. DE BECKER en E. VANDENBOSSCHE (eds.), *Scharnier- of sleutelementen in het grondwettelijk recht. Het beginsel van constitutieve autonomie, de artikelen 35 en 195 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 59-86. Over de discussie in Frankrijk over de toelaatbaarheid om het grondwets artikel dat de procedure voor de herziening van de Grondwet bevat, te herzien, zie o.m. B. GENEVOIS, "Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant", *RFDA* 1998, (909) 913 e.v.

¹³⁵² BS 6 april 2012.

¹³⁵³ Zie hierover J. VELAERS, "De zesde staats hervorming, eerste fase: BHV, de randgemeenten, Brussel en de democratie - Deel I", *RW* 2012-13, (1002) 1003.

¹³⁵⁴ Voor meer hierover, zie onder meer B. BLERO, "La refonte de l'article 195 de la Constitution: *no future?*", *APT* 2012, (587) 594; J. VAN NIEUWENHOVE, "De nieuwe "overgangsbepaling" bij artikel 195 van de Grondwet. Een herbruikbare tijdelijke afwijking van de herzieningsprocedure?", *TVW* 2012, (156) 152 e.v. en J. VELAERS, "De zesde staats hervorming, eerste fase: BHV, de randgemeenten, Brussel en de democratie - Deel I", 1004-1005. De Commissie van Venetië meent dat de procedure waarmee de overgangsbepaling van artikel 195 GW werd aangenomen niet strijdig is met de Grondwet en met de internationale beginselen van democratie en van de rechtsstaat, vanuit Europees en vergelijkend perspectief. De procedure had wel transparanter mogen verlopen en er had meer tijd voor debat kunnen worden voorzien. Zie Commissie van Venetië, "Opinion on the Revision of the Constitution of Belgium", CDL-AD(2012)010, 14-15.

¹³⁵⁵ M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Brussel, Larcier, 1985, 51 en P. WIGNY, *Droit Constitutionnel*, 212 e.v. Over de discussie van de supragrondwettelijke aard van de decreten van 18 november 1830 (onafhankelijkheid van België) en van 24 november 1830 (uitsluiting van de familieleden Oranje-Nassau van elke machtsuitoefening), zie onder meer M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, 53 e.v. en ADV.RVS bij het wetsvoorstel tot afschaffing van het decreet nr. 5 van 24 november 1830 waarbij de leden van het huis Oranje-Nassau voor altijd van alle macht in België worden uitgesloten van het Voorlopig Bewind, *Parl.St.* Kamer 1992-93, nr. 48-1036/2, 2 e.v.

vasthoudend aan het negentiende-eeuwse rechtspositivisme, zou daarvan ook geen voorstander zijn: de grondwettelijke beginselen die inhouden dat alle machten van de Natie uitgaan en dat de wetgevende kamers de dragers van de soevereiniteit zijn, verhinderen dat:

*"[...] is het zo dat - in een staatsbestel waar erkend is, eensdeels dat alle machten uitgaan van de Natie, anderdeels dat de wetgevende kamers in hun representativiteit op het interne vlak de dragers zijn van de soevereiniteit - het niet kan zijn dat aan de wetgevende macht die tegelijk een grondwetgevende macht is, het recht zou zijn ontzegd, een wijziging van een grondregel omtrent de inrichting van de staat in overweging te nemen".*¹³⁵⁶

Niet iedereen deelt deze – toch wat verouderde – visie van de Raad van State. Vooreerst is er in de hedendaagse (democratische) rechtsstaat geen plaats voor een absolute macht, maar alleen voor een macht die aan het recht is onderworpen. Daarenboven is het ten zeerste betwist dat op het interne vlak alleen de wetgevende vergaderingen de dragers van de soevereiniteit zouden zijn.¹³⁵⁷ Ten slotte, zelfs indien dat het geval zou zijn, zou de materiële beperking van de bevoegdheid van de grondwetsherziener geen schending van de soevereiniteit zijn.¹³⁵⁸ Te gelegener tijd hebben rechtsgeleerden dan ook verdedigd dat er impliciete materiële beperkingen bestaan of dat er uitdrukkelijke zouden moeten bestaan.¹³⁵⁹ WIGNY verdedigde al in 1952 dat de onafhankelijkheid van België en de democratie¹³⁶⁰ de essentie van het politieke bestel uitmaken en supragrondwettelijke normen zijn: zij houden vrije en regelmatige verkiezingen (en eventueel de politieke verantwoordelijkheid van de regering voor het Parlement) in, maar ook, omdat het democratiebegrip individueel is en de vrijheden omvat, moet de kern van de in Titel II van de Grondwet gewaarborgde vrijheden worden gevrijwaard.¹³⁶¹ Deze fundamentele staats-elementen en vrijheden wijzigen kan niet geruisloos bij grondwetsherziening, maar noodzaakt een "revolutie". Recenter ijvert DELPÉRÉE voor een uitdrukkelijke supragrondwettelijke norm: de federale staatsstructuur (artikel 1 van de Grondwet) zou onveranderbaar moeten zijn.¹³⁶²

455. Materiële beperkingen door de preconstituante – De preconstituante wil soms de materiële bevoegdheid van de constituante beperken door het onderwerp of in grote lijnen

¹³⁵⁶ *Parl.St.* Kamer 1992-93, nr. 48-1036/2, 5.

¹³⁵⁷ Zie ook M.-F. RIGAUX, "Sur l'opportunité d'interdire de modifier la structure fédérale de l'Etat par une clause constitutionnelle irréfornable", *APT* 1994, (243) 245.

¹³⁵⁸ Zie *infra*, randnummer 483. Zie, met betrekking tot het debat over artikel 195 Gw. en de democratie, H. DUMONT, X. DELGRANGE en S. VAN DROOGHENBROECK, "La procédure de révision de la Constitution: suggestions", 157. Over het debat om bepaalde grondwetsbepalingen onveranderbaar te verklaren, zie F. DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, Brussel, Larcier, 1980, 93-96; F. DELPÉRÉE, "La Belgique est un état fédéral", *JT* 1993, (637) 645; M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, 335p.; M.-F. RIGAUX, "Sur l'opportunité d'interdire de modifier la structure fédérale de l'Etat par une clause constitutionnelle irréfornable", 243-246; H. VAN IMPE, "De onlenigheid van de Grondwet", *TPB* 1968, (18) 18-21; J. VAN NIEUWENHOVE, "De herziening en de coördinatie van de Grondwet", 79 e.v. en P. WIGNY, *Droit Constitutionnel*, 216-217 (onafhankelijkheid en democratie).

¹³⁵⁹ Over het onderscheid tussen expliciete, impliciete en immanente materiële beperkingen en haar voorkeur om een onderscheid te maken tussen autonome en heteronome materiële beperkingen, zie M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, 95 e.v.

¹³⁶⁰ Zo ook P. MARTENS, "Y a-t-il des principes de valeur constitutionnelle?", 400.

¹³⁶¹ P. WIGNY, *Droit Constitutionnel*, 216-217.

¹³⁶² F. DELPÉRÉE, "La Belgique est un état fédéral", 645.

de regeling¹³⁶³ te bepalen van een nieuw in te voegen grondwetsartikel of van een voorziene herziening. Indien de preconstituante een grondwetsbepaling "ter opheffing" voor herziening vatbaar verklaart, is de bevoegdheid van de constituanten tot deze opheffing beperkt.¹³⁶⁴ Tenzij bij de invoeging van een nieuw grondwetsartikel, waarbij de constituanten is gehouden aan het onderwerp dat de preconstituante voor het nieuwe grondwetsartikel heeft voorzien¹³⁶⁵, is de constituanten niet gebonden door de commentaren bij de herzieningsverklaring: daar de herzieningsverklaring geen normatieve akte is, mag zij het onderwerp van de grondwetsherziening bepalen, maar niet de inhoud ervan.¹³⁶⁶ Nochtans tracht de preconstituante de constituanten vaker wel dan niet te beperken en wordt die mogelijkheid door parlementsleden erkend.¹³⁶⁷

B. HET (RECHTERLIJK) TOEZICHT OP GRONDWETSHERZIENINGEN

456. *Onbevoegd voor grondwetsbepalingen...* – De Raad van State, afdeling wetgeving¹³⁶⁸ acht zich onbevoegd om advies te geven over voorstellen tot grondwetsherziening en het Grondwettelijk Hof acht zich onbevoegd om uitspraak te doen over een grondwetsbepaling¹³⁶⁹. Aldus toetst geen enkel orgaan – los van de grondwetsherziener zelf – de interne logica van grondwetsbepalingen en de naleving van artikel 195 van de Grondwet.¹³⁷⁰

457. *... en ook voor bepaalde wetgeving!?!* – Méér nog, het Grondwettelijk Hof acht zich ook onbevoegd om wetten te toetsen die aansluiten bij door de grondwetsherziener

¹³⁶³ Zie de verklaringen tot herziening van de Grondwet van 12 april 1995, BS 12 april 1995 (onder meer artikel 162 van de Grondwet).

¹³⁶⁴ A. ALEN, "De voornaamste procedurele problemen van een Grondwetsherziening", 286.

¹³⁶⁵ J. VAN NIEUWENHOVE, "De herziening en de coördinatie van de Grondwet", 53 e.v.

¹³⁶⁶ A. ALEN, "De voornaamste procedurele problemen van een Grondwetsherziening", 286; J. VAN NIEUWENHOVE, "De herziening en de coördinatie van de Grondwet", 49 e.v. en A. VERHASSELT-LUYCKX, "De rol van de preconstituante bij de grondwetsherziening", 233.

¹³⁶⁷ *Hand.* Kamer 23 maart 1965, 9-12 en 24 maart 1965, 6-12. De parlementaire voorbereiding van de herzieningsverklaring kan een inspiratiebron voor de constituanten vormen, doch vormt voor haar helemaal geen bindende tekst. A. VERHASSELT-LUYCKX, "De rol van de preconstituante bij de grondwetsherziening", 233 e.v. en J. VAN NIEUWENHOVE, "De herziening en de coördinatie van de Grondwet", 52 e.v.

¹³⁶⁸ Onder meer ADV.RVS nr. 51.214/AV bij het wetsvoorstel houdende verscheidene wijzigingen van het Kieswetboek en van de wet van 23 maart 1989 betreffende de verkiezing van het Europese Parlement voor de verkiezingen van de Kamer van volksvertegenwoordigers en van het Europese Parlement en tot wijziging van de gecoördineerde wetten van 18 juli 1966 op het gebruik van de talen in bestuurszaken, *Parl.St* Senaat 2011-12, nr. 53-1560/2, 3. Zie ook M. VAN DAMME en B. DE SUTTER, *Raad van State. 2: Afdeling wetgeving*, 72-74, ook voor meer verwijzingen naar auteurs die pleiten voor de bevoegdheid van de Raad van State, afdeling wetgeving, om advies over grondwetsherzieningen te geven en J. VELAERS, "De zesde staatshervorming, eerste fase: BHV, de randgemeenten, Brussel en de democratie - Deel I", 1003-1004.

¹³⁶⁹ Onder meer GwH 29 november 2006, nr. 189/2006, B.3.- B.4. en 18 januari 2006, nr. 11/2006, 2.- 4.

¹³⁷⁰ H. DUMONT, X. DELGRANGE en S. VAN DROOGHENBROECK, "La procédure de révision de la Constitution: suggestions", 157-158 en M.-F. RIGAUX, "La nécessité d'un contrôle global de constitutionnalité: l'extension des compétences de la Cour Constitutionnelle", 60.

gemaakte keuzes.¹³⁷¹ Daarbij zou het onbelangrijk zijn of de grondwetsherziener zijn keuze uitdrukkelijk in een grondwetsbepaling heeft verwoord, dan wel indien deze keuze slechts uit de parlementaire voorbereiding van de grondwetsbepaling blijkt en vervolgens in wetgevende normen wordt uitgevoerd.¹³⁷² Het Grondwettelijk Hof legt zich immers neer bij de beoordeling van de grondwetsherziener over de grondwettigheid van wetgevende normen, indien deze uit de parlementaire voorbereiding van de grondwetsherziening blijkt:

“nu de Grondwetgever [...] van oordeel was dat noch het gelijkheidsbeginsel, noch het beginsel van de geheime stemming het aannemen van de bestreden [wets]bepalingen in de weg stonden, blijkt dat het verzoekschrift ertoe strekt het Hof te vragen uitspraak te doen over een door de Grondwetgever gemaakte keuze, hetgeen niet tot de bevoegdheid van het Hof behoort.”¹³⁷³

Van deze rechtspraak hebben de uitvoerders van het Vlinderakkoord (het Institutionele Akkoord met betrekking tot de Zesde staatshervorming) dankbaar gebruik gemaakt. Met het oog op het vermijden van een *a priori*-toetsing van de Raad van State, afdeling wetgeving, en de *a posteriori*-toetsing van het Grondwettelijk Hof hebben de auteurs van wetsvoorstellen die uitvoering aan de Zesde Staatshervorming geven, getracht om een (impliciete) grondwettelijke waarde aan de voorgestelde wetsbepalingen te geven. In de toelichting bij bepaalde voorstellen tot grondwetsherziening hebben zij daartoe geschreven:

“*Juridisch consolideren*. De nieuwe grondwettelijke bepaling beperkt zich tot het bevestigen van de toelaatbaarheid van de invoering van bijzondere modaliteiten ter vrijwaring van de gewettigde belangen van de Nederlandstaligen en de Franstaligen in de vroegere provincie Brabant, in de wetgeving betreffende de verkiezing van de Kamer van volksvertegenwoordigers. Deze bevestiging gebeurt in dezelfde termen als deze die in het arrest van het Grondwettelijk Hof zijn gebruikt. Deze grondwetsherziening getuigt van een zekere en onbetwistbare eenheid van opzet tussen wat de Grondwetgever onderneemt enerzijds en het hiermee gelijktijdig in het Parlement ingediende wetsvoorstel tot wijziging van het Kieswetboek anderzijds. Onder bijzondere modaliteiten, waarop de nieuwe grondwettelijke bepaling betrekking heeft, moet met name worden verstaan deze die voorzien worden door dat wetsvoorstel. Bijgevolg omvat het bedoelde wetsvoorstel een keuze van de Grondwetgever zelf. Door de wetgever uitdrukkelijk toe te laten om bijzondere modaliteiten te voorzien teneinde de gewettigde belangen van de Nederlandstaligen en Franstaligen in de vroegere provincie Brabant te vrijwaren, en door te voorzien dat de regels die deze bijzondere modaliteiten vastleggen, namelijk deze die deel uitmaken van voormeld wetsvoorstel, in de toekomst slechts zullen kunnen worden

¹³⁷¹ Ook indien uit de uiteenzetting van de middelen en uit het directe verband dat bestaat tussen de in het geding zijnde bepaling en een grondwetsbepaling blijkt dat de door de verzoekende partij ingeroepen grieven in werkelijkheid gericht zijn tegen die grondwetsbepaling, acht het Grondwettelijk Hof zich onbevoegd. Zie GwH 29 november 2006, nr. 189/2006 en 18 juli 2006, nr. 122/2006.

¹³⁷² Zie ook P. PEETERS, "De 'overgangsbepaling' van artikel 195 van de Grondwet", 386. Zo oordeelde het Grondwettelijk Hof in zijn Pacificatie-arrest inderdaad dat al uit de parlementaire voorbereiding van de grondwetsherziening van (toenmalig) artikel 48 Gw., waarmee de woorden "voor elke provincie" werden geschrapt, bleek dat de grondwetgever de mogelijkheid om buiten de provincie te gaan stemmen alléén aan de inwoners van Komen-Waasten en Voeren zou toebedelen. GwH 23 mei 1990, nr. 18/90, B.14.2. Voor voorbeelden waaruit de keuze uit de bewoordingen van de grondwetsherziening blijkt, zie GwH 22 november 2006, nr. 177/2006, B.5.2.; 28 juli 2006, nr. 124/2006, B.10.2.

¹³⁷³ GwH 23 mei 1990, nr. 18/90, B.14.2.

gewijzigd door een wet aangenomen bij bijzondere meerderheid, heeft de voorgestelde herziening van de grondwet als effect dat de Grondwetgever van oordeel is dat de andere grondwettelijke principes, om de woorden van het Arbitragehof in het arrest nr. 18/90 van 23 mei 1990 te hernemen, het aannemen van de bepalingen van voormeld wetsvoorstel niet in de weg staan.¹³⁷⁴

In zijn adviezen bij de wetgevingsvoorstellen die uitvoering aan de herziene grondwetsbepalingen geven, heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, kennis genomen van deze toelichting van de grondwetsherziener en erkend dat er een nauwe band is tussen de grondwetsherzieningen en deze wetgevingsvoorstellen. Hij ontkent terecht dat uit deze toelichting volgt dat deze wetgeving zelf grondwettelijke kracht heeft (in de Grondwet worden de keuzes immers niet gemaakt¹³⁷⁵). Wél aanvaardt ook hij dat de grondwetsherziener de grondwettigheid van de wetgeving al heeft beoordeeld en het zou de Raad van State niet toekomen de grondwetsherziener tegen te spreken. De Raad geeft zich evenwel niet helemaal gewonnen, want hij heeft ook de wetsvoorstellen – zonder de toelichting bij de grondwetsherziening – zélf aan de Grondwet en aan de internationale verdragen getoetst.¹³⁷⁶

De hoop leefde aldus dat ook het Grondwettelijk Hof zich niet al te vlug gewonnen zou geven en het zich zou beroepen op zijn andersluidende rechtspraak, die als volgt kan worden geparafraseerd: indien uit de grondwetsbepaling niet blijkt dat de grondwetgever al een keuze heeft gemaakt en de keuze aldus slechts in de wetgevende norm tot uiting komt, doet het feit dat in de toelichting bij een grondwetsherziening wordt aangegeven dat deze moet worden samengelezen met het voorstel dat de wet zal worden, geen afbreuk aan de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof om deze wet te toetsen:

“B.5. Hoewel die bepaling de pariteit vaststelt van de magistraten en de niet-magistraten, bevat ze geen enkele aanwijzing omtrent de vraag of de Grondwetgever de enkele beroepsmagistraten beoogde ofwel of hij daarin de plaatsvervangende magistraten wilde insluiten. Het is pas in artikel 259bis-2, § 1, eerste lid, dat voor de eerste maal het woorddeel opduikt waarvan de verzoekers de vernietiging vorderen.

B.6. Hoewel tijdens de besprekingen die aan de wijziging van artikel 151 van de Grondwet zijn voorafgegaan, is gesteld dat die bepaling moet worden « samengelezen met het

¹³⁷⁴ Toelichting bij het voorstel tot herziening van artikel 63 van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 2011-2012, nr. 5-1561/1, 4. Zie ook Toelichting bij het voorstel tot herziening van artikel 160 van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat, 2011-2012, nr. 5-1546/1, 2; Toelichting bij het voorstel tot invoeging van een artikel 168bis van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat, 2011-2012, nr. 5-1562/1, 2 en Toelichting bij het voorstel tot invoeging van een artikel 157bis in de Grondwet, *Parl.St.* Senaat, 2011-2012, nr. 5-2141/1, 3-4.

¹³⁷⁵ Onder meer “De voorgestelde artikelen 63, § 4 en 168bis van de Grondwet houden immers niet zelf de bepalingen in die in het wetsvoorstel zijn opgenomen, maar beperken zich ertoe aan de wetgever op te dragen om in bijzondere modaliteiten te voorzien teneinde de gewettigde belangen van de Nederlandstaligen en de Franstaligen in de vroegere provincie Brabant te vrijwaren. Voorts wordt bepaald dat in de regels die deze bijzondere modaliteiten vaststellen geen wijziging kan worden aangebracht dan bij een wet aangenomen met een bijzondere meerderheid.” Adv.RvS nr. 51.214/AV, *Parl.St.* Senaat 2011-12, nr. 53-1560/2, 6. Zie ook Adv.RvS nr. 51.195/AV bij het wetsvoorstel betreffende de hervorming van het gerechtelijk arrondissement Brussel, *Parl.St.* Senaat 2011-2012, nr. 53-2140/2, 10.

¹³⁷⁶ Zie ook P. PEETERS, “De ‘overgangsbepaling’ van artikel 195 van de Grondwet”, 387 en J. VELAERS, “De zesde staatshervorming, eerste fase: BHV, de randgemeenten, Brussel en de democratie - Deel I”, 1014.

voorstel » dat de aangevochten wet zou worden (*Parl. St.*, Kamer, 1997-1998, nr. 1675/1, p. 2; nr. 1677/1, p. 114), heeft de Grondwetgever niettemin aan de wetgever de machtiging gegeven om de voorwaarden vast te stellen waaraan zowel de verkiezing van de magistraten als de benoeming van de leden niet-magistraten zijn onderworpen. De normatieve bepaling waartegen de verzoekers bezwaar hebben, is dus vervat in de wet waarbij de wetgever gebruik heeft gemaakt van de hem verleende machtiging.

Daaruit volgt dat het Hof bevoegd is om kennis te nemen van het beroep.¹³⁷⁷

In tegenstelling tot de toelichting van de grondwetsherziener bij de artikelen 63, § 4, 157*bis*, 160 en 168*bis*, van de Grondwet die de Zesde Staatshervorming mogelijk moeten maken, had de grondwetsherziener niet uitdrukkelijk de voormelde bepaling met betrekking tot de Hoge Raad voor Justitie grondwettig verklaard. Dit onderscheid is echter niet doorslaggevend om ertoe te besluiten dat het Grondwettelijk Hof zich thans ook onbevoegd moest achten om de wetsvoorstellen die aan de vier voor de Zesde Staatshervorming noodzakelijke herziene grondwetsbepalingen uitvoering geven, te toetsen: kan immers niet altijd worden verondersteld dat de grondwetsherziener wetgeving waarvan hij wil dat zij samen met de grondwetsherziening wordt gelezen, grondwettig acht? In de lijn met het voormelde arrest, hoefde het Grondwettelijk Hof zich dan ook zeker niet neer te leggen bij het oordeel van de grondwetsherziener over de grondwettigheid van de wetgeving die uitvoering aan de artikelen 63, § 4, 157*bis*, 160 en 168*bis* van de Grondwet geeft.¹³⁷⁸

In de arresten met betrekking tot de Zesde Staatshervorming heeft het Grondwettelijk Hof de werkwijze van de uitvoerders van het Vlinderakkoord evenwel niet afgestraft. Het oordeelde dat het niet bevoegd is om zich uit te spreken over een verschil in behandeling of een beperking van een grondrecht voortvloeiende uit een door de grondwetsherziener zelf gemaakte keuze. Omdat blijkt dat de grondwetsherziener kennis had van de wetsbepalingen en zich de keuzes die eruit voortvloeien eigen had gemaakt, moet de keuze niet uit de tekst van de Grondwet blijken. Wel stelt het hof dat, in zoverre de bevoegdheid van het hof erdoor wordt beperkt, de keuze van de grondwetsherziener beperkend moet worden geïnterpreteerd. Alleen de bepalingen waarvan de grondwetsherziener zich de keuzes eigen heeft gemaakt, vallen buiten zijn toetsingsbevoegdheid: het Grondwettelijk Hof gaat dan ook na of de grondwetsherziener zich een keuze eigen heeft gemaakt.¹³⁷⁹

Deze rechtspraak moet worden bekritiseerd. Het Grondwettelijk Hof is bevoegd om wetgeving aan de Grondwet te toetsen: wetgeving is wetgeving, ongeacht of deze de zegen van de grondwetsherziener heeft gekregen. Bovendien beoogde de grondwetsherziener met deze toelichting louter te vermijden dat de Raad van State, afdeling wetgeving en het Grondwettelijk Hof zich over de grondwettigheid van de wetgeving zouden uitspreken.¹³⁸⁰ Dat is strijdig met artikel 142 van de Grondwet en met de rechtsstaat en dus ongeoorloofd.

¹³⁷⁷ GwH 25 januari 2001, nr. 3/2001.

¹³⁷⁸ Nog afgezien van de grondwettigheidsbezwaren die er *in casu* wel zouden zijn, zie onder meer S. FEYEN, "De Raad van State en de zesde staatshervorming", *TBP* 417, (417) 432 e.v.

¹³⁷⁹ GwH 30 juni 2014, nr. 96/2014, B.22.; 8 mei 2014, nr. 72/2014, B.13-14; 3 april 2014, nr. 58, B.7.1. en nr. 57/2014, B.7.

¹³⁸⁰ Het is immers niet zo dat de grondwetsherziener alleen dit instrument ter beschikking had om wetgeving te verankeren. De grondwetsherziener beschikt daarvoor over andere methoden en hij

458. *Kritiek* – Uit de hierboven uiteengezette analyse blijkt dat het Grondwettelijk Hof zich onbevoegd acht om wetgeving waaruit de wil van de grondwetgever blijkt te toetsen. A *fortiori* toetst het hof geen grondwetsherzieningen. Over de vraag of het Grondwettelijk Hof daarvoor bevoegd zou moeten zijn, wordt in België weinig debat gevoerd.¹³⁸¹ Zich beroepend op de rechtsstaat pleiten RIGAUX en VELAERS ervoor dat het Grondwettelijk Hof toezicht op de naleving van artikel 195 Grondwet kan houden.¹³⁸²

2. BUITENBLIK

459. *Weinig debat* – Hieronder wordt nagegaan welke bevoegdheid de Duitse, Franse en Amerikaanse grondwetsherziener heeft en of de uitoefening van deze bevoegdheid aan een rechterlijk toezicht is onderworpen. Bij dit laatste leerstuk wordt nagegaan of en op welke argumenten en grondslagen (zoals de rechtsstaat) in deze landen wel het debat rond rechterlijke toetsing van grondwetsherzieningen wordt gevoerd.

A. DUITSLAND

460. *Grondwetsherziening* – De Duitse grondwetsherzieningsprocedure is formeel minder star dan de Belgische. De Duitse *Grundgesetz* kan worden herzien bij een wet waarin uitdrukkelijk wordt gesteld dat de grondwet wordt gewijzigd en waarmee twee derde van de leden van de *Bundestag* en twee derde van de leden van de *Bundesrat* instemt.¹³⁸³ In tegenstelling tot de Belgische grondwetgever, beperkt de Duitse wel op inhoudelijke wijze de bevoegdheid van de grondwetsherziener.

461. *Ewigheidsklausel* – Krachtens artikel 79, derde lid van de *Grundgesetz*¹³⁸⁴ kan de Duitse grondwetsherziener niet de grondwetsbepalingen wijzigen die raken aan de verdeling van de Bond in *Länder*, aan de grondwettelijke medewerking van de *Länder* aan

heeft deze bovendien gebruikt, door te bepalen dat deze wetgeving alleen bij een bijzondere meerderheid kan worden gewijzigd.

¹³⁸¹ De meeste rechtsleer behoudt aan de grondwetsherziener het laatste woord. F. TULKENS, "La Cour d'arbitrage et le pouvoir constituant", in F. DELPÉRIÉ, A. RASSON-ROLAND *et al.* (eds.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Brussel, Bruylant, 1995, 33-34.

¹³⁸² M.-F. RIGAUX, "La nécessité d'un contrôle global de constitutionnalité: l'extension des compétences de la Cour Constitutionnelle", 60, en J. VELAERS, "De zesde staatsvorming, eerste fase: BHV, de randgemeenten, Brussel en de democratie - Deel I", 1004.

¹³⁸³ Artikel 79, eerste en tweede lid *Grundgesetz*. De slechte ervaringen met de Weimarrepubliek indachtig, heeft de Duitse grondwetgever geen bevoegdheid om de *Grundgesetz* bij referendum te herzien aan het volk willen geven. Zie hierover en over de grondslag van het tweederdemeerderheidsvereiste, H. DREIER, "Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat", *Juristenzeitung* 1994, (741) 742 en 745.

¹³⁸⁴ Dit lid luidt als volgt: "*Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.*"

de wetgeving¹³⁸⁵ en aan de in de artikelen 1 en 20 van de *Grundgesetz* gewaarborgde beginselen. Artikel 1 *Grundgesetz* luidt als volgt:

“(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

(2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.

(3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.”

Artikel 20 *Grundgesetz* luidt als volgt:

“(1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.

(2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.

(3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

(4) Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.”

Krachtens deze “eewigheidsclausule” zijn de fundamentele beginselen van de Duitse rechtsorde onaantastbaar: de Duitse rechtsorde is en blijft een federale rechtsorde en een sociale democratie, die de bescherming van de menselijke waardigheid en van de grondrechten beoogt.¹³⁸⁶ Dat deze bepaling de in de artikelen 1 en 20 *Grundgesetz* gewaarborgde beginselen tegen wijzigingen beschermt, houdt in dat de essentiële elementen van deze beginselen moeten worden beschermd, doch verhindert niet dat deze bepalingen woordelijk worden gewijzigd of eigentijdser worden ingevuld: het *Bundesverfassungsgericht* interpreteert de eewigheidsclausule op restrictieve wijze.¹³⁸⁷

462. *Supragrondwettelijke normen (artikel 1 Grundgesetz)* – Welke grondrechten en supragrondwettelijke normen precies door artikel 79, derde lid *Grundgesetz* worden beschermd, is het voorwerp van een ruim debat in de rechtsleer (geweest).¹³⁸⁸ De ruimste lezing wat de grondrechten betreft, de “*Kettenreaktionstheorie*”, houdt in dat aangezien artikel 1, derde lid *Grundgesetz* naar de grondrechten in de artikelen 2 tot 19 *Grundgesetz*

¹³⁸⁵ Het woord “grondwettelijke” wijst erop dat deze medewerking kan worden gewijzigd. Medewerking houdt geen vetorecht in. H. DREIER, “Artikel 79 III, *Grundgesetz*”, 1513.

¹³⁸⁶ Over de oorsprong van deze bepaling en het feit dat de vereisten van sociale staat en federale staat wellicht te ver gaan, zie H. DREIER, “Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat”, *JZ* 1994, (741) 749.

¹³⁸⁷ BVerfG 22 januari 1991, *BVerfGE* 84, 90 (121). Deze enge interpretatie is noodzakelijk om de eewigheidsclausule met de in het democratiebegrip vervatte volksovereïniteit te verzoenen, stelt B. PIEROTH, “Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes”, 474. DREIER verwijt artikel 79, derde lid *GG* evenwel dat er geen derde weg bestaat voor de wijziging van de federale staat of de sociale staat: alleen onveranderbaarheid of de revolutie. H. DREIER, “Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat”, 749-750. Dat vindt, voor de VS, ook D. LINDER, “What in the Constitution Cannot be Amended?”, *Ariz. L. Rev.* 1981, (717) 723.

¹³⁸⁸ Meer hierover bij L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 623-624.

verwijst, alle grondwettelijke grondrechten supragrondwettelijk zijn.¹³⁸⁹ De meerderheid van de rechtsleer wijst deze “kettingreactiezing” af en verdedigt dat alleen de grondrechten die de menselijke waardigheid moeten waarborgen van herziening zijn uitgesloten. Dit zijn drie categorieën van grondrechten: degene die de persoonlijke autonomie (in het bijzonder bescherming van de privésfeer en persoonlijkheidsontwikkeling) op grond van de principiële gelijkheid van alle burgers waarborgen; degene die de democratie mogelijk maken (in het bijzonder de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van vereniging, het kiesrecht) en degene die de rechtsbescherming waarborgen.¹³⁹⁰ Daarbij sluit het *Bundesverfassungsgericht* zich aan. Het oordeelde dat de fundamentele rechten, in zoverre ze onontbeerlijk zijn voor het behoud van de in artikel 1, eerste lid *Grundgesetz* gewaarborgde menselijke waardigheid, van grondwetsherziening worden uitgesloten.¹³⁹¹

463. *Supragrondwettelijke beginselen (artikel 20 Grundgesetz)* – Over de vraag welke beginselen van artikel 20 *Grundgesetz* door artikel 79, derde lid *Grundgesetz* worden beschermd, bestaat evenmin eensgezindheid in de rechtsleer. Het artikel bevestigt uitdrukkelijk dat de republiek¹³⁹², de democratie¹³⁹³, de federatie¹³⁹⁴ en de *Sozialstaat*¹³⁹⁵ onveranderbare kenmerken van de Duitse Staat zijn. In artikel 20 *Grundgesetz* worden ook een aantal rechtsstaats-elementen gewaarborgd: scheiding der machten, voorrang van de *Grundgesetz* op de wet en de ondergeschiktheid van de uitvoerende en de rechterlijke macht aan de wet en aan het recht (hiërarchie der normen). Het *Bundesverfassungsgericht* heeft geoordeeld dat artikel 20 *Grundgesetz* niet de rechtsstaat in al zijn facetten

¹³⁸⁹ H. DREIER, "Artikel 79 III, *Grundgesetz*", 1814 en L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 623.

¹³⁹⁰ H. DREIER, "Artikel 79 III, *Grundgesetz*", 1814 en B. PIEROTH, "Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes", 474.

¹³⁹¹ BVerfG 22 januari 1991, BVerfGE 84, 90 (121). ("Art. 79 Abs. 3 GG verbietet Verfassungsänderungen, durch welche die in Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze berührt werden. Dazu gehört nicht nur der in Art. 1 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz der Menschenwürde. Auch das in Art. 1 Abs. 2 GG enthaltene Bekenntnis zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage der menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit erlangt insoweit Bedeutung; in Verbindung mit der in Art. 1 Abs. 3 GG enthaltenen Verweisung auf die nachfolgenden Grundrechte sind deren Verbürgungen insoweit einer Einschränkung grundsätzlich entzogen, als sie zur Aufrechterhaltung einer dem Art. 1 Abs. 1 und 2 GG entsprechenden Ordnung unverzichtbar sind.") Zie ook J. NOLTE, "Kan der Souverän rechtswidrig handelen?", *DÖV* 2010, (806) 808-809.

¹³⁹² En dus geen (absolute, parlementaire of constitutionele) monarchie. H. DREIER, "Artikel 79 III, *Grundgesetz*", 1815.

¹³⁹³ Onder democratie wordt verstaan: de volkssoevereiniteit, de democratische legitimiteit van het staatshandelen, het meerderheidsbeginsel met de nuance dat de minderheid het recht heeft de meerderheid te worden (en dus beperkingen van mandaten in de tijd), het recht op verkiezingen op regelmatige tijdstippen, het universeel, vrij en gelijk stemrecht, de fundamentele grondrechten die de democratie moeten faciliteren zoals pluralisme, de vrijheid van vereniging en van vergadering, de vrijheid van meningsuitdrukking. Worden evenwel niet beschermd: het geheim van de stem, de directe werking van de stem, de evenredige vertegenwoordiging en het parlementair regime. Er is geen eensgezindheid over de weerbare democratie en over de vraag of de democratie en dus het stemrecht alleen aan de Duitsers zijn voorbehouden. H. DREIER, "Artikel 79 III, *Grundgesetz*", 1816-1818.

¹³⁹⁴ Ook apart bevestigd in artikel 79, derde lid GG. Duitsland moet gefedereerde entiteiten hebben, die een minimum van autonomie moeten hebben. Het aantal *Länder* is niet beschermd, al lijkt drie het minimum. H. DREIER, "Artikel 79 III, *Grundgesetz*", 1809.

¹³⁹⁵ De essentiële elementen van de *Sozialstaat* zijn de interpersoonlijke solidariteit, de sociale zekerheid en de bescherming van de zwakkeren. H. DREIER, "Artikel 79 III, *Grundgesetz*", 1818-1819.

waarborgt en dat het beginsel van de voorrang van het recht (en dus het rechtsstaatsbeginsel) niet noodzakelijkerwijze een rechterlijk toezicht oplegt.¹³⁹⁶ De grondwetgever én de grondwetsherziener moeten de fundamentele rechtvaardigheidsbeginselen, zoals gelijkheid en het verbod van willekeur, en de *fundamentele elementen van het rechtsstaatstaatsbeginsel die in artikel 20 Grundgesetz tot uitdrukking komen*, eerbiedigen.¹³⁹⁷

Andere aspecten, zoals het verbod op retroactieve wetten, het evenredigheidsbeginsel, het oplossen van de spanning tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid in concrete gevallen en het beginsel van een zo ruim mogelijke rechtsbescherming werden door het *Bundesverfassungsgericht* als elementen van het rechtsstaatsbegrip erkend, doch niet in artikel 20 *Grundgesetz* verankerd: deze zouden in beginsel dan ook niet de waarborg van artikel 79, derde lid *Grundgesetz* genieten.¹³⁹⁸

Ten slotte heeft KIRCHHOF, rechter bij het *Bundesverfassungsgericht*, een supragrondwettelijke norm toegevoegd: het statelijk karakter van Duitsland. Voor alles, met inbegrip van de *Grundgesetz*, is Duitsland een staat: dit vooronderstelt dat Duitsland bij grondwetsherziening zijn soevereiniteit niet kan opgeven, bijvoorbeeld door lid te worden van een federale Europese Unie.¹³⁹⁹

464. “*Verfassungswidriger Verfassungsnormen*” – Vanuit een natuurrechtelijke visie, oordeelt het *Bundesverfassungsgericht* dat niet alleen artikel 79, derde lid *Grundgesetz* de grondwetsherziener beperkt, maar dat ook de (oorspronkelijke) grondwetgever slechts een beperkte bevoegdheid had.¹⁴⁰⁰ Zonder twijfel de Weimar-Grondwet en haar zwakheid in het vermijden van het nationaalsocialistisch regime indachtig, oordeelt het hof dat ook de (oorspronkelijke) grondwetgever niet om het even wat in de grondwet kon schrijven. De *Grundgesetz* is niet de oorsprong van alle recht, maar slechts een formele uitdrukking van de fundamentele rechtsbeginselen.¹⁴⁰¹ Rechtvaardigheid is een supragrondwettelijke norm en bindt ook de (oorspronkelijke) grondwetgever:

¹³⁹⁶ BVerfG 15 december 1970, *BVerfGE* 30, 1 (27 en 40).

¹³⁹⁷ BVerfG 22 januari 1991, *BVerfGE* 84, 90 (121). (“*Ebenso wie der originäre Verfassungsgeber (vgl. BVerfGE 3, 225 [232]; 23, 98 [106]) darf auch der verfassungsändernde Gesetzgeber danach grundlegende Gerechtigkeitspostulate nicht außer acht lassen. Dazu gehören der Grundsatz der Rechtsgleichheit und das Willkürverbot (vgl. BVerfGE 1, 208 [233]; 23, 98 [106 f.]). Ebenso sind grundlegende Elemente des Rechts- und des Sozialstaatsprinzips, die in Art. 20 Abs. 1 und 3 GG zum Ausdruck kommen, zu achten.*”)

¹³⁹⁸ BVerfG 15 december 1970, *BVerfGE* 30, 1 (24). Drie rechters schreven een *dissenting opinion* en de rechtsleer fulmineerde sterk tegen het arrest. Zie de verwijzingen bij M. HERDEGEN, “Artikel 79 *Grundgesetz*”, in TH. MAUNZ en G. DÜRIG (eds.), *Grundgesetz Kommentar*, München, Verlag C.H.Beck, 2008, , nrs. 146-150 en L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 151.

¹³⁹⁹ Dit zou op grond van artikel 146 GG moeten gebeuren. Geciteerd door L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 628.

¹⁴⁰⁰ BVerfG 22 januari 1991, *BVerfGE* 84, 90 (121); 18 december 1953, *BVerfGE* 3, 225 (229) en 23 oktober 1951, *BVerfGE* 1, 14. De beperking van de oorspronkelijke grondwetgever volgt vanzelfsprekend niet uit artikel 79, derde lid GG. H. DREIER, “Artikel 79 III, *Grundgesetz*”, 1805. Voor een grondwetgever van een *Land* geldt dat hij gebonden is aan de “*uberpositiven Rechtsgrundsätze*” en de beperkingen die hem door de *Grundgesetz* worden opgelegd. BVerfG 23 oktober 1951, *BVerfGE* 1, 14 (60).

¹⁴⁰¹ Zie onder meer BVerfG, 22 januari 1991, *BVerfGE* 84, 90 (121).

“Die ausnahmslose Geltung des darin zum Ausdruck kommenden Grundsatzes, daß der ursprüngliche Verfassungsgeber alles nach seinem Willen ordnen kann, würde aber einen Rückfall in die Geisteshaltung eines wertungsfreien Gesetzespositivismus bedeuten, wie sie in der juristischen Wissenschaft und Praxis seit längerem überwunden ist. Gerade die Zeit des nationalsozialistischen Regimes in Deutschland hat gelehrt, daß auch der Gesetzgeber Unrecht setzen kann, daß also, soll die praktische Rechtsübung solchen geschichtlich denkbaren Entwicklungen nicht ungewappnet gegenüberstehen, in äußersten Fällen die Möglichkeit gegeben sein muß, *den Grundsatz der materialen Gerechtigkeit höher zu werten als den der Rechtssicherheit, wie er in der Geltung des positiven Gesetzes für die Regel der Fälle zum Ausdruck kommt. Auch ein ursprünglicher Verfassungsgeber ist der Gefahr, jene äußersten Grenzen der Gerechtigkeit zu überschreiten, nicht denknotwendig entrückt.*”¹⁴⁰²

Het hof acht de kans evenwel klein dat de (oorspronkelijke) grondwetgever de rechtvaardigheid zou schenden:

“Die Wahrscheinlichkeit, daß ein freiheitlich demokratischer Verfassungsgeber diese Grenzen irgendwo überschritte, ist freilich so gering, daß die theoretische Möglichkeit originärer "verfassungswidriger Verfassungsnormen" einer praktischen Unmöglichkeit nahezu gleichkommt.”¹⁴⁰³

465. *Recht = rechter?* – Van meet af aan heeft het *Bundesverfassungsgericht* zich bovendien bevoegd geacht om de beperkingen aan de bevoegdheid van de grondwetgever en van de grondwetsherziener af te dwingen. Het hof meent dat, indien ongrondwettige grondwetsbepalingen bestaan, het alleen maar logisch is dat het *Bundesverfassungsgericht* bevoegd zou zijn om dit vast te stellen. Het gezag van het hof volgt immers niet alleen uit de grondwet, maar ook uit “de idee van het recht zelf”. Het hof zou zich daarmee ook geen grondwetgevende bevoegdheid aanmatigen, daar er een verschil is tussen het (negatieve) toezicht en de (positieve) normuitvaardiging:

“Bejaht man die, wenn auch nur entfernte, Denkbarkeit "verfassungswidriger Verfassungsnormen", so ist es in der Tat nur folgerichtig, eine solche Feststellung der richterlichen Gewalt zu übertragen, die ja eben doch ihre Autorität nicht nur äußerlich auf die Verfassung, sondern - dem Wesen ihrer Tätigkeit entsprechend - in gewisser Weise auf die Idee des Rechts selbst gründet. Die Einsicht, daß es verfassungswidrige Normen in der Verfassung selbst geben könne, verlöre gegebenenfalls weithin an Wert, wenn man die Beseitigung solcher Normen allein der verfassungsändernden Gesetzgebung anheimstellte. Davon aber, daß das Bundesverfassungsgericht sich mit der Bejahung dieser Prüfungszuständigkeit verfassunggebende Gewalt anmaße, kann schon deshalb keine Rede sein, weil die Normenkontrolle in ihrer abwehrenden Funktion wesensmäßig etwas anderes ist als die rechtsetzende Funktion des Gesetzgebers; auch bewegt diese Prüfungszuständigkeit sich gegenüber originären Verfassungsnormen, wie erwähnt, nach

¹⁴⁰² BVerfG 18 december 1953, *BVerfGE* 3, 225 (232) (eigen cursivering). Zie ook BVerfG 14 februari 1968, *BVerfGE* 23, 98 (106) (*“Recht und Gerechtigkeit stehen nicht zur Disposition des Gesetzgebers. Die Vorstellung, daß ein Verfassungsgeber alles nach seinem Willen ordnen kann, würde einen Rückfall in die Geisteshaltung eines wertungsfreien Gesetzespositivismus bedeuten, wie sie in der juristischen Wissenschaft und Praxis seit längerem überwunden ist.*

¹⁴⁰³ BVerfG 18 december 1953, *BVerfGE* 3, 225 (233).

der Natur der Sache in einem so engen Raum, daß sich die richterliche Feststellung, eine originäre Verfassungsnorm sei nichtig, schwerlich ereignen wird.¹⁴⁰⁴

466. *Onderscheid bestaan en omvang* – “[N]ach der Natur der Sache” is de toetsingsbevoegdheid van het *Bundesverfassungsgericht* inzake grondwetsbepalingen zeer marginaal, zodat het hof denkt dat het moeilijk zal zijn om de nietigheid van een grondwetsbepaling vast te stellen.¹⁴⁰⁵ Dit laatste wordt door het hof ook bewaarheid. Tot op heden heeft het hof nog nooit een grondwetsbepaling of -herziening ongrondwettig bevonden.¹⁴⁰⁶

B. FRANKRIJK

467. *Grondwetsherziening* – Ook de Franse grondwetsherzieningsprocedure is minder dan star dan de Belgische. Zoals de Duitse *Grundgesetz*, kan de *Constitution* in één legislatuur worden herzien. Krachtens artikel 89 van de *Constitution* wordt zij gewijzigd na goedkeuring, bij referendum of door drie vijfde van de uitgebrachte stemmen in het *Congrès*, van een door beide wetgevende kamers in identieke bewoordingen goedgekeurd ontwerp of voorstel.¹⁴⁰⁷

468. *Procedurele en inhoudelijke beperkingen* – De bevoegdheid van de grondwetsherziener is formeel en inhoudelijk niet onbeperkt. De grondwetgever heeft vooreerst in temporele beperkingen voorzien: grondwetsherzieningen zijn niet mogelijk wanneer het mandaat van de President van de Republiek *ad interim* wordt uitgeoefend, wanneer omwille van crisis bijzondere machten worden uitgeoefend, of wanneer het grondgebied van de Franse republiek wordt bedreigd.¹⁴⁰⁸

Bovendien is de bevoegdheid van de grondwetsherziener ook inhoudelijk beperkt: de republikeinse staatsvorm mag nooit worden gewijzigd.¹⁴⁰⁹ Van oorsprong is deze bepaling

¹⁴⁰⁴ BVerfG 18 december 1953, *BVerfGE* 3, 225 (234-236), met ook verwijzingen naar de rechtsleer die deze rechterlijke toetsing al dan niet in overeenstemming met de *Rechtsstaat* beschouwt.

¹⁴⁰⁵ BVerfG 18 december 1953, *BVerfGE* 3, 225 (236).

¹⁴⁰⁶ Zie ook BVerfG 23 april 1991, *BVerfGE* 84, 90 (121).

¹⁴⁰⁷ Al vlug werd evenwel ook artikel 11 van de Grondwet van de V^{de} Franse Republiek gebruikt om tot een grondwetsherziening over te gaan (met name bij de invoering van de rechtstreekse verkiezing van de President van de Republiek met universeel stemrecht in 1962): dit artikel staat toe dat een referendum wordt gehouden over wetsontwerpen met betrekking tot de organisatie van de openbare machten, de politieke, economische en sociale hervormingen of de publieke overheden of houdende de instemming met een verdrag dat, zonder ongrondwettig te zijn, gevolgen op de werking van de instellingen zou hebben. Zie M. VERPEAUX, "Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs (3° - Normes de référence)", in F. GAZIER en R. DRAGO (eds.), *Rép. cont. adm. Dalloz*, Parijs, Dalloz, 2011, randnummer 124. Over het (officieuze) (on)grondwettigheidsoordeel van het referendum van 1962 door de *Conseil constitutionnel*, zie randnummer 296 en Cons. const., 6 november 1962, nr. 62-20 DC, nrs. 1-5, en in de rechtsleer, zie onder meer P. LAMPUÉ, "Le mode d'élection du Président de la République et la procédure de l'article 11", *RDP* 1962, (931) 931 en F. GOGUEL, "De la conformité du référendum du 28 octobre 1962 à la Constitution", in X (ed.), *Droits, institutions en systèmes politiques. Mélanges en hommage à Maurice Duverger*, Parijs, PUF, 1987, 125.

¹⁴⁰⁸ Artikelen 7, elfde lid, 16 en 89 *Constitution*. Zie ook G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 525.

¹⁴⁰⁹ Artikel 89, vijfde lid *Constitution*.

letterlijk te interpreteren: sinds de *Constitution* van 14 augustus 1884 bevestigen alle Franse grondwetten dat Frankrijk een republiek moet blijven (en dus geen monarchie mag zijn).¹⁴¹⁰ Voor het overige zijn er geen inhoudelijke beperkingen. Naar aanleiding van de instemmingsprocedure met het Verdrag van Maastricht in 1992 heeft de *Conseil constitutionnel* evenwel – wellicht ongewild – nieuw leven geblazen in het debat over het bestaan van supragrondwettelijke normen.

469. *Supragrondwettelijke normen?* – Dat debat is immers ouder.¹⁴¹¹ Onder meer M. HAURIU en L. DUGUIT verdedigden al in de III^{de} Republiek dat de rechten van de mens in de Verklaring van 1789 een hogere rang dan de drie constitutionele wetten van 1875 hebben.¹⁴¹² Daarna verstomt het debat tot 1992, met het Maastrichtarrest van de *Conseil constitutionnel*.¹⁴¹³ Sindsdien valt her en der te lezen dat de “republiek” een inhoudelijke invulling heeft of zou moeten hebben¹⁴¹⁴: zij zou de fundamentele beginselen van de rechtsorde omvatten, zoals het universeel stemrecht, het representatief stelsel en de scheiding der machten¹⁴¹⁵, de in artikel 1 *Constitution* omschreven “*République indivisible, laïque, démocratique et sociale*”¹⁴¹⁶, de republikeinse regeringsvorm, inclusief de (sovereiniteit van de) staat¹⁴¹⁷, of de fundamentele waarborgen van de burger in een rechtsstaat¹⁴¹⁸.

470. *Rechterlijke toetsing* – Indien supragrondwettelijke normen bestaan¹⁴¹⁹, hoe moeten deze dan worden afgedwongen: door politieke of gerechtelijke middelen? De *Conseil constitutionnel* acht zich niet bevoegd om grondwetsherzieningen te toetsen, ongeacht de wijze waarop zij tot stand kwamen (goedgekeurd bij referendum of door het *Congrès*).¹⁴²⁰ In zijn eerste arrest in 1962 oordeelde de *Conseil* dat hij onbevoegd is om een

¹⁴¹⁰ Zie ook B. GENEVOIS, "Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant", I.B. a.; G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 526; M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, 46 en 61 e.v. en M. VONSY, "Le "Parlement constituant" n'est pas souverain", *RDP* 2007, (793) inleiding en II.B. Over de onveranderbaarheid van deze bepaling, is de rechtsleer bovendien verdeeld. M. VONSY, "Le "Parlement constituant" n'est pas souverain", I.B. Over de beperkingen van de bevoegdheid van de grondwetsherziener in de vele revolutionaire Franse grondwetten, zie L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, III, Parijs, Fontemoing, 1923, 2^{de} ed., 547 e.v.

¹⁴¹¹ B. GENEVOIS, "Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant", 912 en L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 616 e.v.

¹⁴¹² L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 561-562. Zie ook L. FAVOREU, "Souveraineté et supraconstitutionnalité", *Pouvoirs* 1993, (71) 72.

¹⁴¹³ Zie *infra*, randnummer 470.

¹⁴¹⁴ Zie ook J.-E. SCHOETTL, "Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle?", *Petites Affiches* 2003, (17) II. Voor verwijzingen naar de oudere rechtsleer, zie M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, 66 e.v.

¹⁴¹⁵ D. MAUS, "Sur "la forme républicaine du gouvernement"", *RFDC* 1992, (412) 412.

¹⁴¹⁶ M. VONSY, "Le "Parlement constituant" n'est pas souverain", II.B.

¹⁴¹⁷ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Parijs, PUF, 1994, 481-482.

¹⁴¹⁸ M. MAUS, (sic) geciteerd door J.-E. SCHOETTL, "Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle?", II.

¹⁴¹⁹ Waarover op dit moment in Frankrijk geenszins eensgezindheid bestaat, zie onder meer G. VEDEL, "Souveraineté et supraconstitutionnalité", 81. e.v. VEDEL meent dat de Franse rechtspraak geen supragrondwettelijke normen erkent en dat het concept logisch incoherent en gevaarlijk voor de democratische rechtsorde is.

¹⁴²⁰ Cons. const. 26 maart 2003, nr. 2003-469 DC en 6 november 1962, nr. 62-20 DC.

grondwetsherziening die bij referendum werd goedgekeurd¹⁴²¹ te toetsen, daar het referendum een directe uitdrukking van de nationale soevereiniteit is.¹⁴²² Wanneer de *Conseil* dertig jaar later het Maastrichtverdrag aan de *Constitution* toetst¹⁴²³ en voor hem wordt opgeworpen dat het verdrag artikel 3 van de *Constitution* schendt, antwoordde de *Conseil* als volgt:

“Considérant que *sous réserve*, d'une part, des *limitations touchant aux périodes* au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles "*la forme républicaine du gouvernement* ne peut faire l'objet d'une révision", *le pouvoir constituant est souverain*; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée; qu'ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite”¹⁴²⁴

De *Conseil* zet uiteen dat de “*pouvoir constituant*” soeverein is, doch hij vermeldt de in de *Constitution* bepaalde beperkingen aan de bevoegdheid van de grondwetgever én hij voegt één beperking eraan toe: de *Constitution* mag niet worden herzien tijdens de periode waarin een noodtoestand bijzondere machten van de President rechtvaardigt (artikel 16 van de *Constitution*).¹⁴²⁵ Deze overweging deed sommige rechtsgeleerden hopen dat de *Conseil constitutionnel* zich bevoegd zou achten om grondwetsherzieningen te toetsen die alleen door het *Congrès* waren goedgekeurd. In de arresten van 1962 en 1992 (Maastricht II) werd immers in wezen telkens een referendum getoetst dat de grondwet herzag of instemming met een verdrag gaf.¹⁴²⁶ In de rechtsleer werd meteen onderzocht welke

¹⁴²¹ Cons. const. 6 november 1962, nr. 62-20 DC, nr. 2. De grondwetswijziging had plaatsgevonden op grond van artikel 11 *Constitution*, wat een oneigenlijk gebruik van artikel 11 *Constitution* inhield. Zie voetnoot 1407.

¹⁴²² Zie ook Cons. const. 23 september 1992, nr. 92-313 DC. De rechtsleer stemde ermee in dat de *Conseil* geen *a posteriori*-toetsing op een referendum kan uitoefenen door de grondwetswijziging aan de *Constitution* te toetsen, doch vroeg wel dat de *Conseil a priori* de grondwettigheid van de organisatie en van de wet die bij referendum wordt voorgelegd, toetst. G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 522 en D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel (2013)*, nr. 219. Artikel 11 *Constitution* is in 2008 herzien en het nieuwe artikel laat zulke *a priori*-toetsing in één geval door de *Conseil constitutionnel* toe. De *Conseil constitutionnel* is bevoegd om het wetsvoorstel, dat in voorkomend geval, via referendum aan de kiezers zal worden voorgelegd, op zijn grondwettigheid te toetsen. Dit geldt alleen wanneer het initiatief tot referendum van één vijfde van de parlementsleden en van tien procent van de kiezers wordt gesteund. Artikel 11 *Constitution* en artikel 45-2 Organieke Wet *Conseil constitutionnel*. Dit nieuwe artikel is uitgevoerd bij organieke wet nr. 2013-1114 van 6 december 2013 en is op 1 januari 2015 in werking getreden.

¹⁴²³ Voorafgaand had de *Conseil constitutionnel* geoordeeld dat de instemming met het Maastrichtverdrag een grondwetsherziening behoeft, wat is uitgevoerd bij de *loi constitutionnelle* van 25 juni 1992 (onder meer voor het kiesrecht van de EU-burgers). Cons. const. 9 april 1992, nr. 92-308 DC (Maastricht I-arrest). Zie ook G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 520.

¹⁴²⁴ Cons. const. 2 september 1992, nr. 92-312 DC, Maastricht II-arrest, nr. 19 (eigen nadruk).

¹⁴²⁵ Over het gebrek aan interne logica, motivering en duidelijkheid van deze beslissing, zie D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel (2013)*, nr. 229. (Zo maakt de *Conseil* geen onderscheid tussen de grondwetgever en de grondwetsherziener.)

¹⁴²⁶ De *Conseil constitutionnel* heeft nog geen uitspraak kunnen doen over zijn bevoegdheid om grondwetswijzigingen te toetsen, die werden goedgekeurd bij referendum krachtens artikel 89

inhoudelijke beperkingen de “republikeinse staatsvorm” op de grondwetsherziener zou (kunnen) leggen en werd de *Conseil* aangemoedigd om grondwetsherzieningen wel én inhoudelijk te toetsen.¹⁴²⁷

In 2003 sluit de *Conseil constitutionnel* de deur: zonder motivering oordeelt hij dat, ook indien grondwetsherzieningen alleen door het *Congrès*¹⁴²⁸ worden goedgekeurd, hij onbevoegd is om ze te toetsen. Dit betekent evenwel niet dat de grondwetsherziener niet beperkt is: de *Conseil* blijft de beperkingen aan diens bevoegdheid opsommen, maar erkent niet dat de *Conseil* de naleving ervan mag afdwingen.¹⁴²⁹

471. Rechtsleer – De Franse rechtsleer blijft verdeeld over de vraag of de *Conseil constitutionnel* bevoegd zou moeten zijn om door het *Congrès* aangenomen grondwetsherzieningen te toetsen. De meerderheid van de rechtsleer vindt dat de grondwetsherziener het laatste woord moet hebben¹⁴³⁰: die kadert dat bovendien in de institutionele legitimiteit van een grondwettelijk hof. Alleen wanneer het grondwettelijk hof niet het laatste woord heeft, is rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten verantwoord.¹⁴³¹ Sommige auteurs klagen aan dat door de veelvuldige grondwetsherzieningen de Franse Republiek opnieuw in een parlementaire soevereiniteit

Constitution, maar wel reeds krachtens artikel 11 *Constitution*. Cons. const. 23 september 1992, nr. 92-313 DC, nrs. 1-5 en 6 november 1962, nr. 62-20 DC, nrs. 1-5. De *Conseil constitutionnel* zou zich waarschijnlijk ook onbevoegd achten voor een bij referendum goedgekeurde en op grond van artikel 89 *Constitution* uitgevoerde grondwetswijziging. G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 520 e.v.

¹⁴²⁷ L. FAVOREU en L. PHILIP, ("implique évidemment que [le Conseil] admettra la recevabilité de recours formés (...) contre une loi constitutionnelle (...) adoptée par le Congrès"), geciteerd door M. VONSY, "Le "Parlement constituant" n'est pas souverain", voetnoot 9 en andere verwijzingen naar rechtsleer. Zie ook D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 219 e.v.

¹⁴²⁸ Cons. const. 26 maart 2003, nr. 2003-469 DC, nrs. 1-3. De *Conseil constitutionnel* heeft nog geen uitspraak kunnen doen over zijn bevoegdheid om grondwetswijzigingen te toetsen die werden goedgekeurd bij referendum *krachtens artikel 89 Constitution* (omdat grondwetswijzigingen tot nu toe door het *Congrès* werden goedgekeurd), maar heeft wel reeds geweigerd om (grond)wetsbepalingen die krachtens artikel 11 *Constitution* bij referendum worden goedgekeurd te toetsen. Cons. const. nr. 92-313 DC, 23 september 1992, nrs. 1-5 en 6 november 1962, nr. 62-20 DC, nrs. 1-5. De *Conseil constitutionnel* zou zich waarschijnlijk ook onbevoegd achten voor een bij referendum goedgekeurde en op grond van artikel 89 *Constitution* uitgevoerde grondwetswijziging. G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 519 e.v.

¹⁴²⁹ Cons. const. 26 maart 2003, nr. 2003-469 DC, nrs. 1-3. Zie ook M. VONSY, "Le "Parlement constituant" n'est pas souverain", inleiding. ROUSSEAU acht de onbevoegdheid van de *Conseil* een mogelijke, maar geen noodzakelijke juridische oplossing en sluit niet uit dat de *Conseil* zich onbevoegd heeft verklaard omdat de rechters het ten gronde oneens waren. D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nr. 230.

¹⁴³⁰ Over de gevaren om de *Conseil constitutionnel* (zichzelf) een toetsingsbevoegdheid te zien toekennen kennen die de *Constitution* niet heeft willen toekennen, B. GENEVOIS, "Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant", 913 en G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 495 en 526 e.v.; L. FAVOREU, "Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français", 83; J.-E. SCHOETTL, "Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle?", II.

¹⁴³¹ Zie *supra*, randnummer 77.

vervalt, maar dan onder het mom van grondwetsherzieningen.¹⁴³² Sommigen pleiten dan ook voor rechterlijke toetsing van grondwetsherzieningen.¹⁴³³

C. VERENIGDE STATEN VAN AMERIKA

472. *Grondwetsherziening* – In de Verenigde Staten van Amerika kan de grondwet alleen via een zeer starre procedure worden herzien¹⁴³⁴: de grondwetsherziening moet door drie vierde van de staten worden geratificeerd. Het federaal *Congress* of de staten kunnen het initiatief nemen: de ontwerpen tot grondwetsherziening worden door het federaal *Congress* voorgesteld of op een Conventie door twee derde van de staten goedgekeurd. Van meet af aan lag deze grondwetsherzieningsprocedure onder vuur¹⁴³⁵ en rezen er vragen over de concrete toepassing ervan¹⁴³⁶.

473. *Eeuwigheidsclausules?* – Alleen de grondwettelijk verankerde gelijke vertegenwoordiging van de staten in de Senaat, ongeacht het inwonersaantal, kan niet zonder instemming van de staat in kwestie worden herzien.¹⁴³⁷ Voor het overige legt de *US Constitution* geen materiële of temporele beperkingen op, althans niet uitdrukkelijk, stelt MAZZONE. Hij legt op overtuigende wijze uit dat de achttiende-eeuwse *framers* het vanzelfsprekend vonden dat de grondwetsherzieningsprocedure niet toestaat dat de basisbeginselen van de grondwet worden veranderd¹⁴³⁸, maar alleen dat de grondwet wordt bijgestuurd of vervolmaakt.¹⁴³⁹ Artikel V zou dus impliciet materiële beperkingen op de

¹⁴³² F. CHALTIEL, "La souveraineté du pouvoir constituant dérivé: Développements récents", *Petites Affiches* 2003, (7) I; L. FAVOREU, "Souveraineté et supraconstitutionnalité", 73-75 en M. VONSY, "Le "Parlement constituant" n'est pas souverain", I.A.

¹⁴³³ M. VONSY, "Le "Parlement constituant" n'est pas souverain", I.A.

¹⁴³⁴ Artikel V van de *US Constitution* luidt als volgt: "*The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage*". Over de genese van deze bepaling, zie S. LEVINSON, "'Veneration" and constitutional change: James Madison confronts the possibility of constitutional amendment", *Tex.Tech.L.Rev.* 1990, (2443) 2443 e.v.; D. LINDER, "What in the Constitution Cannot be Amended?", 719 e.v. en J. MAZZONE, "Unamendments", *Iowa L.Rev.* 2005, (1747) 1754.

¹⁴³⁵ S. LEVINSON, "'Veneration" and constitutional change: James Madison confronts the possibility of constitutional amendment", 2447.

¹⁴³⁶ Kan een staat zijn ratificatie intrekken en kan het *Congress*, en zo ja, bij welke meerderheid, de oorspronkelijk vastgelegde termijn verlengen, waarbinnen de staten het amendement moeten ratificeren ("*equal rights amendment*")? Zie ook W. DELLINGER, "The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process", *Harv.L.Rev.* 1983, (386) 387 en 393-396 en S. LEVINSON, "Introduction: Imperfection and Amendability", 5-6.

¹⁴³⁷ Zie ook D. LINDER, "What in the Constitution Cannot be Amended?", 722 e.v.

¹⁴³⁸ J. MAZZONE, "Unamendments", 1754 en 1757 e.v. Zie ook W.L. MARBURY, "The Limitations upon the Amending Power", *Harv.L.Rev.* 1919, (223) 225.

¹⁴³⁹ "*To amend*" betekent "*to correct; to change any thing that is wrong to something better... To grow better.*" citeert J. MAZZONE, "Unamendments", 1757. Veelbetekenend is dat amendementen aan de *US*

mogelijkheid om de *US Constitution* te herzien omvatten.¹⁴⁴⁰ Voor fundamentele herzieningen zou niet de grondwetsherzieningsprocedure mogen worden gebruikt, maar moet een hogere vorm van normgeving worden aangewend.¹⁴⁴¹

In het begin van de twintigste eeuw en ook recent is het bestaan van materiële beperkingen op de mogelijkheid om de *US Constitution* te herzien, een levendig onderwerp geworden: meerdere auteurs hebben betoogd dat bepaalde grondwetsartikelen of amendementen een onveranderbare inhoud hebben en erkennen aldus materiële beperkingen aan de bevoegdheid van de grondwetsherziener. Twee categorieën van grondwetsbepalingen worden door deze auteurs als onveranderbaar aangewezen: deze met betrekking tot de staatsvorm¹⁴⁴² en de fundamentele of natuurlijke rechten¹⁴⁴³.¹⁴⁴⁴ Maar vele Amerikaanse rechtsgeleerden ontkennen eveneens het bestaan van materiële beperkingen.¹⁴⁴⁵

474. *Political question?* – Niet in de lijn met zijn vorige rechtspraak¹⁴⁴⁶ en in tegenstelling tot de rechtspraak van de rechtscolleges van de staten¹⁴⁴⁷, oordeelt het *Supreme Court* in *Coleman v. Miller*¹⁴⁴⁸ in 1939 dat het onbevoegd is om de naleving van bepaalde aspecten van de grondwetsherzieningsprocedure af te dwingen.¹⁴⁴⁹ Het arrest van het hof zelf heeft

Constitution worden toegevoegd: grondwetsbepalingen worden niet herschreven. Zie ook J. MAZZONE, "Unamendments", 1775.

¹⁴⁴⁰ Niet om de *US Constitution* volledig te herzien: een nieuwe grondwet kan worden uitgevaardigd. J. MAZZONE, "Unamendments", 1757 e.v.

¹⁴⁴¹ Zie ook L.H. TRIBE, "A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role", *Harv.L.Rev.* 1983, (433) 439.

¹⁴⁴² De uitsluiting van staten en de invoering van adeldom en de monarchie (COOLEY, zie J. MAZZONE, "Unamendments", 1814), de "vernietiging" van de staten door hun essentiële taken en kenmerken af te nemen (W.L. MARBURY, "The Limitations upon the Amending Power", 25) en de rechten van de staten (CURTIS, zie J. MAZZONE, "Unamendments", 1815).

¹⁴⁴³ W.F. MURPHY, "An Ordering of Constitutional Values", 754-757; J. ROSEN, "Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?", *Yale L.J.* 1991, 1084 e.v.; V.J. SAMAR, "Can a Constitutional Amendment Be Unconstitutional?", *Oklahoma City Univ.L.Rev.* 2008, (667) 693; W.F. MURPHY, "Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity", in S. LEVINSON (ed.), *Responding to Imperfectionism. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, Princeton University Press, 1995, 179-180.

¹⁴⁴⁴ Voor een overzicht, zie J. MAZZONE, "Unamendments", 1811 e.v. en 1838 e.v.

¹⁴⁴⁵ Onder meer W. DELLINGER, "Constitutional Politics: A Rejoinder", *Harv.L.Rev.* 1983, (446) 447 en L.B. ORFIELD, *The Amending of the Federal Constitution*, Chicago, Callaghan & Company, 1942, 23. Voor een overzicht, zie J. MAZZONE, "Unamendments", 1816-1818.

¹⁴⁴⁶ Voor een bespreking van de eerdere arresten, zie W. DELLINGER, "The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process", 403-405; L.B. ORFIELD, *The Amending of the Federal Constitution*, 14-21 en G. REES III, "Throwing Away the Key: The Unconstitutionality of the Equal Rights Amendment Extension", *Tex.L.Rev.* 1980, (875) 887 e.v.. De in die arresten beantwoorde rechtsvragen zijn wel *judicial*. L.B. ORFIELD, *The Amending of the Federal Constitution*, 26.

¹⁴⁴⁷ L.B. ORFIELD, *The Amending of the Federal Constitution*, 14-15.

¹⁴⁴⁸ *Supreme Court* 5 juni 1939, *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939). Het werd in 1979 goedkeurend geciteerd door vier *Justices*, in *Supreme Court* 13 december 1979, *Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996 (1979). Instemmend zijn onder meer F.W. SCHARPF, "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis", 587 e.v. en, met meer verwijzingen, L.B. ORFIELD, *The Amending of the Federal Constitution*, 22.

¹⁴⁴⁹ Het arrest geeft daarmee grondslag aan het "*congressional promulgation model*": door de afkondiging verklaart het *Congress* definitief dat aan de grondwettelijke voorwaarden voor de grondwetsherziening is voldaan en heeft het geoordeeld dat er voldoende geldige statelijke ratificaties zijn. Aldus beoordeelt het *Congress* de geldigheid van de statelijke ratificaties. Dit zou een politieke

een beperkte draagwijdte: er wordt alleen geoordeeld dat de *in casu* gerezen vragen over de geldigheid van een ratificatie niet door de rechter, maar wel alleen door het *Congress* mogen worden beantwoord.¹⁴⁵⁰ Deze vragen zijn “*unjusticiable*”. In een *concurring opinion* wordt een ruimere draagwijdte aan de onbevoegdheid van de rechter gegeven: omdat de hele procedure van grondwetsherziening – van voorstel tot ratificaties tot afkondiging – een *political question* zou zijn, is de rechter onbevoegd om de naleving van de grondwetsherzieningsprocedure te controleren.¹⁴⁵¹

In *Coleman* ging het niet om de schending van een uitdrukkelijk door de *US Constitution* opgelegde vormvereiste, zodat TRIBE niet gelooft dat een rechter een grondwettelijk amendement zou toepassen indien het klaarblijkelijk in strijd zou zijn met de herzieningsprocedure (geen tweederdemeerderheid van de staten, of alleen indirect via de *Senate*).¹⁴⁵² TRIBE gaat niet verder dan dat; andere auteurs vinden wel dat *Coleman* een slechte beslissing was en dat het geen precedent mag zijn: zij pleiten voor de bevoegdheid voor de rechter om toezicht op de grondwetsherzieningsprocedure te houden.¹⁴⁵³

475. Inhoudelijke beperking – Met *Coleman* heeft het *Supreme Court* zich niet uitgesproken over de vraag of het ook onbevoegd zou zijn om (impliciete) materiële beperkingen op de bevoegdheid van de grondwetsherziener af te dwingen.¹⁴⁵⁴ In het begin van de twintigste eeuw heeft het hof al de materiële geldigheid van twee grondwetsamendementen bevestigd: de uitbreiding van het kiesrecht (zogenaamde invloed op de gelijke vertegenwoordiging van de staten) en het verbod op productie, verkoop en

beslissing zijn omdat het *Congress*, wanneer de achtendertigste staat heeft geratificeerd, moet nagaan of er nog steeds een voldoende consensus binnen de overige zevenendertig staten over het amendement bestaat (zij hebben misschien meer dan tien jaar eerder geratificeerd). DELLINGER keurt dit model helemaal af. Hij legt uit dat er geen grondwettelijke gewoonte van “*congressional promulgation*” is en zou moeten zijn en verdedigt onder meer dat geschillen naar aanleiding van de grondwetsherzieningsprocedure eenvoudiger op te lossen zouden zijn indien een rechter slechts nagaat of er achtendertig ratificaties bestaan in plaats van de politieke zoektocht naar een “hedendaagse consensus binnen de staten”. W. DELLINGER, “The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process”, 388 en 392 e.v. en 398-405 (voor de argumenten *contra* de *Congressional promulgation model*).

¹⁴⁵⁰ De geldigheid van de ratificatie door Kansas van een amendement werd in twijfel getrokken, omdat Kansas het eerder (1825) bij resolutie had verworpen en er een lange tijdperiode was tussen het amendementsvoorstel (1924) en de ratificatie (1937) ervan. Ten slotte rees ook de vraag of de doorslaggevende stem van de *lieutenant governor* in de parlementaire vergadering de geldigheid van de ratificatie in het gedrang bracht. Het hof kon hierover geen meerderheid vinden en heeft deze kwestie niet opnieuw beoordeeld. C.L. JR. BLACK, “Amending the Constitution: A Letter to a Congressman”, *Yale L.J.* 1972, (189) 212 en G. REES III, “Throwing Away the Key: The Unconstitutionality of the Equal Rights Amendment Extension”, 887. Zie ook W. DELLINGER, “The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process”, 390 e.v. en L.B. ORFIELD, *The Amending of the Federal Constitution*, 18-19.

¹⁴⁵¹ *Justices* BLACK met *Justices* ROBERTS, FRANKFURTER en DOUGLAS. Zie ook F.W. SCHARPF, “Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis”, 587 e.v.

¹⁴⁵² L.H. TRIBE, “A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role”, 433.

¹⁴⁵³ C.L. JR. BLACK, “Amending the Constitution: A Letter to a Congressman”, 210-213; W. DELLINGER, “The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process”, 388; L.B. ORFIELD, *The Amending of the Federal Constitution*, 13-14 en G. REES III, “Throwing Away the Key: The Unconstitutionality of the Equal Rights Amendment Extension”, 887 e.v. CHOPER pleit ook hiervoor, wanneer bestaande individuele rechten worden beperkt. J. H. CHOPER, “The political question doctrine: Suggested criteria”, 1512-1513. Zie ook J. MAZZONE, “Unamendments”, 1837.

¹⁴⁵⁴ L.H. TRIBE, “A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role”, 439.

transport van alcoholhoudende dranken.¹⁴⁵⁵ Sommige auteurs verdedigen dat het *Supreme Court* zich geroepen kan (en moet¹⁴⁵⁶) voelen om een grondwetsherziening te toetsen – ook aan materiële beperkingen.¹⁴⁵⁷ Anderen vinden ook de toetsing van de materiële inhoud van grondwetsherzieningen een *political question*¹⁴⁵⁸, tenzij de verzoeker zich op een individueel recht kan beroepen.¹⁴⁵⁹

3. IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

476. *Rechtsstaat* – Uit de hierboven uiteengezette analyse blijkt dat alleen het *Bundesverfassungsgericht* uitdrukkelijk zijn bevoegdheid om grondwetsherzieningen aan inhoudelijke supragrondwettelijke beginselen te toetsen erkent. In België en Frankrijk weigeren de grondwettelijke hoven elke bevoegdheid daartoe. In de Verenigde Staten is de rechtspraak van het *Supreme Court* minder eenduidig. In elk van deze drie landen is de rechtsleer verdeeld over de vraag of er supragrondwettelijke normen bestaan, waarvan het grondwettelijk hof de naleving moet afdwingen: hoewel doorgaans de minderheid, is er telkens een niet onbelangrijke stroming die voor een rechterlijke toetsing van grondwetsherzieningen pleit.

Hieronder wordt nagegaan of beperkingen op de bevoegdheid van de grondwetsherziener geldig zijn (A). Eén van de vragen om dit beoordelen is of in een rechtsstaat de grondwetgever op legitieme wijze de bevoegdheid van de grondwetsherziener kan beperken (B). Ten slotte wordt onder titel C onderzocht of de rechtsstaat een rechterlijk toezicht hierop vereist dan wel duldt.

¹⁴⁵⁵ *Supreme Court* 27 februari 1922, *Leser v. Garnett*, 258 U.S. 130, 136 (1922) (XV Amendement) en 7 juni 1920, *National Prohibition Cases*, 253 U.S. 350, 385-388 (1920) (XIII Amendement). Zie ook W. DELLINGER, "The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process", 404 en L.H. TRIBE, "A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role", 439.

¹⁴⁵⁶ W.F. MURPHY, "An Ordering of Constitutional Values", 755 en 758; J. ROSEN, "Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?", 1078 e.v. en V.J. SAMAR, "Can a Constitutional Amendment Be Unconstitutional?", 745, op grond van *Marbury v. Madison*.

¹⁴⁵⁷ Ten tijde van de grondwetsherziening of binnen een redelijke termijn erna, stelt W.L. MARBURY, "The Limitations upon the Amending Power", 233-234. Zie ook V.J. SAMAR, "Can a Constitutional Amendment Be Unconstitutional?", 736 e.v., die de vraag onmiddellijk in verband brengt met de vraag welke interpretatie het *Supreme Court* zou gebruiken. MAZZONE is van mening dat rechterlijke toetsing wellicht niet de beste optie is om de grenzen van de oorspronkelijke grondwet bewaken, maar kan zich inbeelden dat het *Supreme Court* een bepaalde rol kan spelen tijdens de grondwetsherzieningsprocedure, bv. naar aanleiding van het voorstel van het *Congress* en de ratificatie door de staten. J. MAZZONE, "Unamendments", 1837.

¹⁴⁵⁸ J. H. CHOPER, "The political question doctrine: Suggested criteria", 1512; L.B. ORFIELD, *The Amending of the Federal Constitution*, 23 en L.H. TRIBE, "A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role", 443. Maar ook W. DELLINGER, "Constitutional Politics: A Rejoinder", 447 e.v.

¹⁴⁵⁹ Bijvoorbeeld het bestaande actief kiesrecht in *Leser v. Garnett* (zie voetnoot 1455). J. H. CHOPER, "The political question doctrine: Suggested criteria", 1512-1513.

477. *Effectiviteit, legaliteit en legitimiteit* – Tegen materiële beperkingen op de bevoegdheid van de grondwetsherziener (*a fortiori* van de grondwetgever) wordt doorgaans betoogd dat het (juridisch) onmogelijk is om de grondwetsherziener te beperken.¹⁴⁶¹ De aangevoerde argumenten kunnen in drie categorieën worden verdeeld: geniet de grondwetgever de bevoegdheid om beperkingen op te leggen (legaliteit), kunnen deze beperkingen worden afgedwongen (effectiviteit) en is de bevoegdheid van de grondwetgever legitiem?¹⁴⁶²

478. *Legaliteit* – In geen van de vier onderzochte landen wordt ontkend dat de grondwetgever de bevoegdheid van de grondwetsherziener kan beperken.¹⁴⁶³ Zoals alle andere staatsmachten, heeft de grondwetsherziener zijn bevoegdheid om de grondwet te herzien slechts van de grondwetgever gekregen en is deze bevoegdheid (minstens formeel) beperkt.¹⁴⁶⁴

479. *Effectiviteit* – Formele, temporele of materiële beperkingen voor de grondwetsherziener zijn in de praktijk nooit ten volle afdwingbaar, omdat – feitelijke en wettelijke – revoluties kunnen plaatsvinden.¹⁴⁶⁵ Bij een feitelijke revolutie ontkennen de burgers de geldigheid van de uitoefening van de staatsmacht en willen zij een nieuwe staatsvorm creëren of de fundamente van de oude staatsvorm wijzigen. Geen grondwet kan zo'n feitelijke revolutie verhinderen, zodat eventuele beperkingen op de bevoegdheid van de grondwetgever niet afdwingbaar zijn.¹⁴⁶⁶ Doorgaans zal de nieuwe grondwetgever bij een feitelijke revolutie niet dezelfde zijn als de door de grondwet bepaalde grondwetsherziener, daar indien de normale grondwetsherziener en zijn voorstellen tot grondwetsherziening aanvaardbaar zouden zijn, er geen revolutie zou plaatsvinden.

Bij een wettelijke revolutie wil niet de burger, maar de grondwetsherziener de grondwetsbepalingen wijzigen die de fundamente van de grondwettelijke orde bepalen en door de grondwet als onwijzigbaar¹⁴⁶⁷ zijn aangeduid. Noch de *Grundgesetz* noch de *Constitution* verbieden (uitdrukkelijk) dat de grondwetsbepaling waarin de

¹⁴⁶⁰ Voor een uitgebreide studie hierover ten aanzien van materiële beperkingen, zie het proefschrift van M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, 335p.

¹⁴⁶¹ Dezelfde argumenten zijn evenwel mogelijk tegen formele en temporele beperkingen.

¹⁴⁶² Voor het onderscheid zijn we schatplichtig aan M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, 225 e.v.

¹⁴⁶³ Zie ook H. KELSEN, *General Theory of Law & State*, 259; J. MAZZONE, "Unamendments", 1819.

¹⁴⁶⁴ Onder meer D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel (2013)*, nr. 226 en A. MAST, "De recente grondwetsherziening en de door artikel 131 van de Grondwet opgelegde procedure", 1476.

¹⁴⁶⁵ Zie ook E.J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, 746.

¹⁴⁶⁶ Zie ook E.J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, 746-747 en G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 530.

¹⁴⁶⁷ Een Belgisch voorbeeld hiervan is oud-artikel 60 Gw. (thans artikel 85 Gw.) waarin "met altijddurende uitsluiting van de vrouwen en van hun nakomelingschap" de troonopvolging werd geregeld. Deze uitsluiting werd bij grondwetsherziening van 21 juni 1991 geschrapt (BS 10 juli 1991). Ook de artikelen 14bis en 18 Gw., die vaststellen dat de doodstraf en de burgerlijke dood zijn afgeschaft, kunnen niet verhinderen dat bij grondwetsherziening de doodstraf en de burgerlijke dood opnieuw zouden worden ingevoerd. Over de discussie over het karakter van deze bepalingen, zie M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, 55 e.v.

grondwetsherzieningsprocedure wordt geregeld, wordt gewijzigd. Door deze bepaling te herzien, kunnen vervolgens de eeuwigheidsclausules worden herzien, zodat de grondwetsherziener niet langer in zijn bevoegdheden wordt beperkt.¹⁴⁶⁸ In de Duitse rechtsleer, gesteund door het *Bundesverfassungsgericht*¹⁴⁶⁹, wordt evenwel uitdrukkelijk gesteld dat artikel 79, derde lid van de *Grundgesetz* niet kan worden herzien.¹⁴⁷⁰

Toegegeven: tegen een wettelijke of feitelijke revolutie zijn de Belgische, Duitse, Franse en Amerikaanse grondwetten niet bestand. Maar de Duitsers hebben het mooi verwoord: indien de kern van de staatsinrichting en van de fundamentele vrijheden wordt verworpen, mag deze staatsomwenteling geen wettelijk label hebben.¹⁴⁷¹ Laat de revolutie de revolutie zijn: in daden, maar dan ook in woorden:

“Diese Bestimmung soll zum Ausdruck bringen, daß dieses [Grundgesetz] nicht die Hand bieten darf zu seiner eigenen Totalbeseitigung oder – vernichtung, insbesondere dazu, daß ggf. eine revolutionäre antidemokratische Bewegung mit demokratische Mitteln auf scheinbar „legalen“ Wege die hier normierte demokratisch-rechtsstaatliche Grundordnung ins Gegenteil verkehrt. Eine Revolution kann und soll dadurch nicht verhindert werden. Eine revolutionäre Bewegung kann gegebenenfalls auch neues Recht schaffen, aber sie soll nicht imstande sein, eine ihr selbst fehlende Legitimität und Rechtsqualität – z.B. infolge Mangels jedes Rechtsgedankens – zu ersetzen durch Berufung auf ihr äußerlich „legales“ Zustandekommen.¹⁴⁷²

480. Legitimiteit – Anders is de vraag of de grondwetgever de legitimiteit geniet om de bevoegdheid van de grondwetsherziener te beperken. Dit wordt soms verwoord in de vraag of de grondwetgever de uitoefening van de soevereiniteit in de toekomst mag beperken.¹⁴⁷³ In 1793 oordeelde men van niet:

¹⁴⁶⁸ Zie ook B. GENEVOIS, "Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant", II, 1, b); L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 630 en G. VEDEL, "Souveraineté et supraconstitutionnalité", 90. Voor de Verenigde Staten van Amerika, zie J. MAZZONE, "Unamendments", 1756.

¹⁴⁶⁹ BVerfG 23 april 1991, BVerfGE, 84,90 (120) ("Zu einer solchen Selbstbefreiung von den im Grundgesetz festgelegten Schranken einer Verfassungsänderung wäre im übrigen der verfassungsändernde Gesetzgeber auch nicht befugt gewesen.").

¹⁴⁷⁰ H. DREIER, "Artikel 79 III, Grundgesetz", 1825. Sommigen menen bovendien dat het ganse artikel 79 GG niet kan worden gewijzigd. De meerderheid van de rechtsleer stelt dat artikel 79, tweede lid GG zou kunnen worden gewijzigd, doch slechts in zoverre de wijziging niet indruist tegen de supragrondwettelijke normen, zoals de voorrang van de grondwet op de wet (grondwetswijziging mag dus niet bij gewone meerderheid) of de federale staat (wijziging mag dus niet zonder inspraak van de *Bundesrat*, waarin de *Länder* deelnemen aan de grondwetswijziging). Artikel 79, eerste lid GG werd reeds gewijzigd in 1954, wat voor de ene bewijst dat dit lid kan worden gewijzigd en voor de andere een ongrondwettige wijziging is. L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 632. Zie ook M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, 94.

¹⁴⁷¹ H. DREIER, "Artikel 79 III, Grundgesetz", 1806.

¹⁴⁷² Toelichting in de parlementaire voorbereiding bij een analoog ontwerp van artikel 79, derde lid GG, geciteerd in *JÖR* 1951, 586.

¹⁴⁷³ Ja, volgens J. MAZZONE, "Unamendments", 1843. Zie ook H. DREIER, "Artikel 79 III, Grundgesetz", 1807 en P. MARTENS, "Y a-t-il des principes de valeur constitutionnelle?", 398. Voor verwijzingen naar de oudere Duitse rechtsleer, zie M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, 85 e.v..

“Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de réviser sa constitution. Une génération ne peut jamais assujettir à les lois les générations futures.”¹⁴⁷⁴

Het ontbreken van elke mogelijkheid om de grondwet te herzien zou ingaan tegen het beginsel van de nationale soevereiniteit, tegen het zelfbeschikkingsrecht van de staat en van het volk.¹⁴⁷⁵ Tegenover deze visie, staat degene die in artikel 16 van de Verklaring van 1789 tot uiting wordt gebracht. De scheiding der machten en de fundamentele rechten, als essentiële elementen van de rechtsstaat, zijn “bovengrondwettig”¹⁴⁷⁶, zodat het legitiem is dat de grondwetgever – die daartoe zelf al zou zijn gehouden – de grondwetsherziener verplicht om deze elementen te waarborgen.

Juist de vraag naar de legitimiteit van de bevoegdheid van de grondwetgever om de grondwetsherziende bevoegdheid te beperken brengt de spanning tussen democratie en nationale soevereiniteit, enerzijds, en de rechtsstaat, anderzijds, tot uiting. Deze spanning is des te groter bij het beoordelen van de vraag of een grondwettelijk hof bevoegd moet zijn om grondwetsherzieningen te toetsen. Omdat deze vragen een uitgebreider onderzoek vergen, worden deze hieronder afzonderlijk behandeld (B) en (C).

B. DE RECHTSSTAAT EN DE GRONDWET

481. *Legitimiteit* – Hieronder wordt onderzocht of in een rechtsstaat de grondwetgever op legitieme wijze de bevoegdheid van de grondwetsherziener kan beperken (1) en welke beperkingen de rechtsstaat in voorkomend geval aan de bevoegdheid van de grondwetgever en –herziener stelt (2).

(1) RECHTSSTATELIJKE BEPERKINGEN OP DE BEVOEGDHEID VAN DE GRONDWETGEVER OF VAN DE GRONDWETSHERZIENER

482. *Be you never so high, the Law is above you*¹⁴⁷⁷ – Fundamenteel voor de rechtsstaat is zijn machtskritische eigenheid: steeds het recht heerst en geen staatsorgaan mag een onbeperkte macht hebben. Daaruit vloeit voort dat ook de grondwetsherziener – als staatsorgaan – geen onbeperkte macht heeft en *in casu* geen afbreuk aan de fundamenten van de rechtsstaat mag doen. Zo niet, zou de verwezenlijking van de rechtsstaat slechts een opdracht voor de wetgever en niet voor de grondwetsherziener zijn. Indien de grondwetsherziener zich inschrijft in het doel dat de grondwettelijke orde een rechtsstaat moet zijn, is het logisch dat hij niet kan raken aan de grondwettelijke bepalingen die uiting

¹⁴⁷⁴ Artikel 28 *Déclaration des droits de l'homme* van 24 juni 1793.

¹⁴⁷⁵ J. VAN NIEUWENHOVE, "De herziening en de coördinatie van de Grondwet", 3. JOHN LOCKE heeft dit getracht in de Grondwet van Carolina in 1669 ("*These fundamental constitutions, in number a hundred and twenty, and every part thereof, shall be and remain the sacred and unalterable form and rule of government of Carolina forever.*"). S. LEVINSON, "Introduction: Imperfection and Amendability", 3.

¹⁴⁷⁶ P. MARTENS, "Y a-t-il des principes de valeur constitutionnelle?", 399 e.v.

¹⁴⁷⁷ Th. FULLER, 1733, geciteerd door T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 4.

geven aan de rechtsstatelijke vereisten aan de grondwettelijke orde.¹⁴⁷⁸ Indien de grondwetsherziener een rechtsorde die geen rechtsstaat is tot stand wil brengen, kan hij dit ook maar moet hij buiten de bestaande grondwettelijke orde treden en uitdrukkelijk, als grondwetgever, een nieuwe grondwet uitvaardigen. Een wettelijke revolutie is dan noodzakelijk.

483. *Soevereiniteit* – Gaat de rechtsstaat daarmee in tegen het beginsel van de nationale soevereiniteit?¹⁴⁷⁹ Hoewel de soevereiniteitsgedachte oorspronkelijk een nut heeft gehad voor de verwezenlijking van de rechtsstaat, dit is om een einde te maken aan de transcendentaal gefundeerde macht van de monarch, staat deze idee op gespannen voet met de rechtsstaatsidee, in zoverre de soevereiniteit aan *één staatsorgaan* – zelfs de grondwetsherziener – wordt toebedeeld en vervolgens aan dit *staatsorgaan* – het weze (vroeger) het Parlement in het Verenigd Koninkrijk, het weze de grondwetsherziener in Frankrijk¹⁴⁸⁰ en België – een onbeperkte macht wordt toebedeeld. Indien ervoor wordt gekozen om het soevereiniteitsbegrip verder te gebruiken, kan het slechts verenigbaar met de rechtsstaat zijn wanneer de soevereiniteit niet aan *één staatsorgaan* wordt toebedeeld.

484. *Nationale soevereiniteit* – In de Belgische Grondwet werd de soevereiniteit niet aan één staatsorgaan toegekend. Volgens artikel 33 ervan gaan alle machten uit van de Natie. De staatsmachten moeten worden uitgeoefend zoals in de Grondwet wordt bepaald: het betekent geenszins dat de soevereiniteit aan één bepaald staatsorgaan toekomt¹⁴⁸¹, doch betekent juist dat alle staatsmachten de soevereiniteit delen en in onderlinge verhouding moeten uitoefenen, in overeenstemming met de bepalingen van de grondwetgever. In het reeds eeuwenoude denkpatroon van het sociale contract kennen de burgers met de grondwet immers bepaalde machten aan de staatsorganen toe en bevestigen zij de bescherming van hun eigen fundamentele rechten.¹⁴⁸² Evenwicht der machten, dus.

Juist omdat de soevereiniteit niet bij de vertegenwoordigers van het volk ligt – niet bij het Parlement als tak van de wetgevende macht, maar ook niet als tak van de grondwetsherziende macht – maar wel bij de natie zelf, worden in artikel 195 van de

¹⁴⁷⁸ Zie ook W.F. MURPHY, "Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity", 180 (op grond van de menselijke waardigheid die de rechtsstaat vereist).

¹⁴⁷⁹ De nationale soevereiniteit is zelf slechts een grondwettelijk beginsel dat door de grondwet kan worden beperkt door onder meer een bevoegdheid aan internationale instellingen te geven. G. VEDEL, "Souveraineté et supraconstitutionnalité", 80-81.

¹⁴⁸⁰ *Contra*, G. VEDEL, "Souveraineté et supraconstitutionnalité", 90.

¹⁴⁸¹ Niet aan de wetgever en niet aan de Koning, zie M. LEROY, "Requiem pour la souveraineté, anachronisme pernicieux", 104-106.

¹⁴⁸² Zie onder meer J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", 190. De laatste en enige Belgische oorspronkelijke grondwetgever, de Volksraad die in 1831 de Grondwet afkondigde, had juridisch gezien onbeperkte bevoegdheid: materieel noch formeel was hij aan enige voorschriften gebonden. Rechtssociologisch bekeken was de grondwetgever geenszins almachtig. Naast internationaalrechtelijke erkenning, moest hij intern als grondwetgever worden aanvaard: de bevolking moest ermee instemmen dat die grondwetgever de uitoefening van de nationale soevereiniteit op deze manier onder de staatsorganen verdeelde. Dit is geen juridische, maar sociologische instemming: uit de feiten moet blijken of de bevolking de grondwetgever als grondwetgever aanvaardt. Zie A. MAST, "De recente grondwetsherziening en de door artikel 131 van de Grondwet opgelegde procedure", 1476 en J. VAN NIEUWENHOVE, "De herziening en de coördinatie van de Grondwet", 6 en A. MAST, "De grondwettelijke norm", *TBP* 1970, (426) 434-435 en 439.

Grondwet terecht grondwetgevende verkiezingen opgelegd.¹⁴⁸³ Deze grondwetgevende verkiezingen zijn de *check* op de bevoegdheid van de grondwetsherziener. Dat in de feiten de laatste decennia *quasi* alle federale verkiezingen grondwetgevende verkiezingen zijn geweest en de grondwetsherziening niet het onderwerp van de politieke debatten of van de verkiezingsthema's uitmaakt¹⁴⁸⁴, betekent niet dat het kind met het badwater moet worden weggegooid of dat het bestaan van deze *check* principieel betekenisloos is. Bovendien is de grondwet het sociale contract op grond waarvan de burger legitimiteit aan de uitoefening van de staatsmacht geeft. Dit sociale contract kan niet zonder betrokkenheid van de burger fundamenteel worden gewijzigd.

485. *Democratische rechtsstaat* – Een (materiële) beperking op de mogelijkheid om de grondwet te herzien, is een beperking op de vrije besluitvorming in een staat en zou dus – op het eerste gezicht – als ondemocratisch kunnen worden beschouwd. Maar zoals eerder uiteengezet, is het normatief kader – in dit onderzoek, maar ook feitelijk, daar sinds de Tweede Wereldoorlog Duitsland, Frankrijk en België een rechtsstaat beogen te zijn – niet de democratie, maar de rechtsstaat. In het eerste deel is verdedigd dat de hedendaagse rechtsstaat wezenlijk een democratie moet zijn: naar HABERMAS' woorden zijn de democratie en de rechtsstaat gelijksoortig. Omdat alleen de democratie het voor de rechtsstaat noodzakelijke beginsel van gelijkheid-en niet-discriminatie op politiek vlak verwezenlijkt, moet de rechtsstaat een democratie zijn. De rechtsstaat verliest zijn democratisch karakter niet door materiële beperkingen aan de grondwetsherziener op te leggen.¹⁴⁸⁵ Net zomin als het opstellen van een grondwet en dus het beperken van de macht van de wetgever ondemocratisch wordt geacht – of, beter deze beperking op de besluitvorming als aanvaardbaar, of zelfs wenselijk, wordt beschouwd – is het opleggen van materiële beperkingen aan de grondwetsherziener evenmin ondemocratisch. Het is immers de (democratische) beslissing van de (oorspronkelijke) grondwetgever om materiële beperkingen op te leggen. Indien de grondwet fundamenteel moet worden gewijzigd, waarbij ook de rechtsstatelijke elementen van de rechtsorde ter discussie staan, moet uitdrukkelijk een nieuwe grondwet worden uitgevaardigd: er moet worden erkend dat de bestaande grondwet niet toestaat dat de grondwet in een bepaalde zin wordt herzien, zodat een nieuwe grondwet moet worden uitgevaardigd. De (oorspronkelijke) grondwetgever kan ervoor kiezen om de rechtsstatelijke vereisten voor de grondwettelijke orde niet te waarborgen, doch hij zal dit dan op uitdrukkelijke wijze moeten doen.

486. *Grondwetgever* – Rest ten slotte de vraag of ook de oorspronkelijke grondwetgever in zijn bevoegdheid is beperkt. Het *Bundesverfassungsgericht* oordeelt van wel: de *Grundgesetz* is een positiefrechtelijke uitdrukking van de aan de *Grundgesetz* vooraf bestaande fundamentele rechtsbeginselen van rechtvaardigheid, gelijkheid en menselijke waardigheid. Ook dit denkpatroon past in het niet-legalistische rechtsstaatsdenken: de rechtsstaat beoogt de vrijheid van de mensen te beschermen. Deze vrijheid gaat elke positiefrechtelijke norm vooraf. De mensen verwerven niet de vrijheid dankzij de bescherming ervan in de grondwet, doch de grondwet moet de *a priori* bestaande vrijheid

¹⁴⁸³ A. MAST, "De recente grondwetsherziening en de door artikel 131 van de Grondwet opgelegde procedure", 1478.

¹⁴⁸⁴ Zie ook H. DUMONT, X. DELGRANGE en S. VAN DROOGHENBROECK, "La procédure de révision de la Constitution: suggestions", 138.

¹⁴⁸⁵ *Contra*, G. VEDEL, "Souveraineté et supraconstitucionalité", 93 e.v.

van de mensen erkennen en waarborgen. Het is ook dit rechtsstaatsdenken dat wordt weerspiegeld in artikel 16 van de Verklaring van 1789: “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*” Voor de fundamentele rechten van de mens is een grondwet louter declaratief¹⁴⁸⁶, alleen voor de uitoefening van de staatsmachten is zij constitutief.

(2) WELKE BEPERKINGEN?

487. Rechtvaardigheid – Het *Bundesverfassungsgericht* heeft geoordeeld dat een grondwet rechtvaardig moet zijn¹⁴⁸⁷: zij mag geen onrechtvaardige ongelijkheden in het leven brengen en moet de fundamentele vrijheid van de mensen erkennen en waarborgen.

488. Rechtsstaat – De rechtsstaat wordt slechts beschermd wanneer de grondwetsbepalingen die aan de rechtsstaat gestalte geven, worden beschermd tegen een grondwetsherziener die de kern van deze artikelen wil raken. Het zijn de artikelen die de fundamentele mensenrechten en het beginsel van gelijkheid- en niet-discriminatie waarborgen, maar ook het evenwicht der machten (minimaal de wettigheidsbeginselen en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht) en het rechterlijk toezicht op alle overheidshandelingen regelen,...¹⁴⁸⁸ Dit kan met een eeuwigheidsclausule in artikel 195 van de Grondwet.¹⁴⁸⁹

Eeuwigheidsclausules beperken evenwel niet elke mogelijkheid om de grondwet te herzien: zij beschermen alleen de (rechtsstatelijke) kern van de grondwet, die de grondwetgever als fundamentele beginselen van de grondwettelijke orde heeft beschouwd. Om de grondwettelijke orde fundamenteel te herzien, is meer dan een grondwetsherziening nodig.¹⁴⁹⁰

C. DE RECHTSSTAAT EN EEN RECHTERLIJKE TOETSING VAN GRONDWETSWIJZIGINGEN

489. Recht = rechter? – In dit onderzoek wordt nagegaan op welke wijze een grondwettelijk hof in een rechtsstaat moet functioneren. Bewust staat de vraag naar de legitimiteit van grondwettelijke hoven niet centraal.¹⁴⁹¹ De twee in het eerste deel gebruikte onderzoeksmethoden verhinderen ons te verdwalen in het reeds eeuwenoude debat over de legitimiteit van grondwettigheidstoetsing van wetten: doordat de meerderheid van de rechtsstaatstheoretici van oordeel is dat rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten een rechtsstatelijk vereiste is en uit de rechtspraak kan worden vastgesteld dat in de vier onderzochte landen de wetten door de rechter worden getoetst, werd besloten dat de

¹⁴⁸⁶ Cfr. DICEY, *supra*, randnummer 106.

¹⁴⁸⁷ BVerfG 18 december 1953, *BVerfGE* 3, 225 (232).

¹⁴⁸⁸ P. MARTENS, "Y a-t-il des principes de valeur constitutionnelle?", 400.

¹⁴⁸⁹ Een eeuwigheidsclausule of een *standstill*-bepaling. Voor een "democratische *standstill*-bepaling" zie H. DUMONT, X. DELGRANGE en S. VAN DROOGHENBROECK, "La procédure de révision de la Constitution: suggestions", 144.

¹⁴⁹⁰ W.F. MURPHY, "An Ordering of Constitutional Values", 756-757.

¹⁴⁹¹ Zie *supra*, randnummer 69 e.v.

hedendaagse rechtsstaat rechterlijke toetsing van wetten vereist. Niettemin werd in het eerste deel op het debat over de legitimiteit van het bestaan van een grondwettelijk hof ingegaan. Dit debat kan immers niet helemaal uit de weg worden gegaan, daar het leerstuk over de bevoegdheid van een grondwettelijk hof een antwoord op de legitimiteit van een grondwettelijk hof behoeft.¹⁴⁹²

490. *Grondwetsherzieningen* – Voor de bevoegdheid van een grondwettelijk hof om grondwetsherzieningen te toetsen, rijzen dezelfde vragen rond legitimiteit en – wat het zo al moeilijke leerstuk nog uitdagender maakt – deze vragen verschijnen in een nog scherper licht: dit leerstuk stelt de tegenstellingen tussen de (zelfs gematigde) positivisten en de “*iusnaturalisten*” nog scherper en maakt de ver(stand)houding tussen democratie en rechtsstaat minder evident¹⁴⁹³ (1). Ten slotte is het leerstuk ook niet helemaal ontdaan van een vleugje internationaal recht (2). Toch zal worden getracht om de doos van Pandora niet te heropenen en slechts de voor dit vraagstuk pertinente argumenten te bespreken.

(1) DE RECHTSSTAAT EN " LE POUVOIR DU DERNIER MOT"

491. *Vervolmaking van de rechtsstaat* – Sommige, Belgische en Franse, auteurs wijzen erop dat de recente frequentie van grondwetsherzieningen – waarbij slechts een kleine minderheid een wijziging in de rechtspraak van het grondwettelijk hof beoogt – tot een terugkeer naar de parlementaire soevereiniteit leidt, maar dan onder het mom van grondwetsherzieningen. Hierdoor wordt de rechtsstaat geschonden en de hiërarchie der normen slechts formeel nageleefd.¹⁴⁹⁴ DUMONT, DELGRANGE, VAN DROOGHENBROECK en VELAERS, voor België, en VONSY, voor Frankrijk, menen dan ook dat een rechterlijk toezicht op grondwetsherzieningen de rechtsstaat zou vervolmaken.¹⁴⁹⁵

492. *Pouvoir du dernier mot* – Eén van de argumenten tegen rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten is dat zij tot een *gouvernement des juges* zou leiden. Eén van de argumenten waarmee dit wordt tegengesproken is dat een arrest van een grondwettelijk hof waarin een op een democratische wijze tot stand gekomen regelgeving ongrondwettig wordt geacht niet het laatste woord hoeft te zijn: de grondwet kan worden herzien en op deze wijze kan het laatste woord aan de democratisch verkozen parlementsleden of aan het volk (referendum) toekomen. Voor de (institutionele) legitimiteit van een grondwettelijk hof zou het essentieel zijn dat het hof niet “*le pouvoir du*

¹⁴⁹² Zie ook *supra*, randnummers 361-365.

¹⁴⁹³ Zie ook W.F. MURPHY, "An Ordering of Constitutional Values", 754 en F.W. SCHARPF, "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis", 588. Zie ook *supra*, randnummers 56-60.

¹⁴⁹⁴ M. VONSY, "Le "Parlement constituant" n'est pas souverain", I.A. Zie ook E. DESMONS, "Révision constitutionnelle, justice constitutionnelle et Etat de droit", 5 en L. FAVOREU, "Souveraineté et supraconstitutionnalité", 73.

¹⁴⁹⁵ H. DUMONT, X. DELGRANGE en S. VAN DROOGHENBROECK, "La procédure de révision de la Constitution: suggestions", 158; J. VELAERS, "De zesde staatshervorming, eerste fase: BHV, de randgemeenten, Brussel en de democratie - Deel I", 1004 en M. VONSY, "Le "Parlement constituant" n'est pas souverain", I.A en besluit.

dernier mot" heeft.¹⁴⁹⁶ Op de vraag "*quies custodiet custodes?*" luidt dan het antwoord: de grondwet.¹⁴⁹⁷

Dit antwoord luidt anders indien het grondwettelijk hof ook grondwetsherzieningen kan toetsen: niet alleen wanneer deze grondwetsherzieningen juist beogen de rechtspraak van een grondwettelijk hof te wijzigen¹⁴⁹⁸, maar ook wanneer ze worden getoetst aan de eeuwigheidsclausules, en nog meer, indien deze laatste niet herzienbaar zijn. De grondwetsherziener kan – in beginsel¹⁴⁹⁹ – de bescherming van een door een eeuwigheidsclausule gewaarborgd grondrecht niet wijzigen. Een feitelijke revolutie buiten beschouwing gelaten, zou het laatste woord dan aan de grondwettelijke rechter toekomen.

Dit laatste is niet helemaal juist. Logischerwijze komt het laatste woord aan de (democratische) oorspronkelijke grondwetgever toe, daar deze de eeuwigheidsclausule heeft uitgevaardigd. Maar omdat deze oorspronkelijke grondwetgever niet meer kan "spreken", omdat eeuwigheidsclausules doorgaans – in Duitsland doch niet in België – vage grondwetsbepalingen zijn en omdat de boutade luidt dat wie een norm interpreteert, de norm uitvaardigt, is het in feite het grondwettelijk hof dat de inhoud van de eeuwigheidsclausule bepaalt en tegelijk de grondwetsherziening eraan toetst. Aldus zou het grondwettelijk hof het laatste woord hebben. Dat betekent dat een instrument om de rol van een grondwettelijk hof te beheersen, verdwijnt, wat een invloed op de institutionele legitimiteit heeft.¹⁵⁰⁰ Juist om deze reden zijn vele auteurs tegenstander van rechterlijk toezicht op grondwetswijzigingen, in België¹⁵⁰¹, Frankrijk¹⁵⁰² en in de Verenigde Staten van Amerika¹⁵⁰³.

¹⁴⁹⁶ Zie ook M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 44 en M. SCHOR, "Mapping comparative judicial review", 274. Zie ook (de verwijzingen) *supra*, bij randnummer 77.

¹⁴⁹⁷ Onder meer J. H. CHOPER, "The political question doctrine: Suggested criteria", 1511; J. MAZZONE, "Unamendments", 1837; J.-E. SCHOETTL, "Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle?", II en L.H. TRIBE, "A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role", 1444-1445. Commissie van Venetië, "Opinion on the Fourth Amendment tot the Fundamental Law of Hungary", CDL-AD(2013)012, 19-20.

¹⁴⁹⁸ In België is hiervan geen duidelijk voorbeeld, tenzij in positieve zin (de bevoegdheidsuitbreiding van het Grondwettelijk Hof in 2003). In negatieve zin kan de "juridische consolidering" van wetgeving die uitvoering geeft aan keuzes van de grondwetgever bij de Zesde Staatshervorming als een reactie op het BHV-arrest worden beschouwd. In Frankrijk zijn hiervan twee voorbeelden: de grondwetswijziging van 25 november 1993 is een reactie op het arrest Cons. const. 5 augustus 1993, nr. 93-323 DC (recht op asiel) en de grondwetswijziging van 23 februari 2007 is een reactie op het arrest Cons. const. 15 maart 1999, nr. 99-410 DC, (verblijf van 10 jaar). P. AVRIL, "Political Questions in France", 176; E. DESMONS, "Révision constitutionnelle, justice constitutionnelle et Etat de droit", 5 en M. VONSY, "Le "Parlement constituant" n'est pas souverain", I.A. Zie ook W. DELLINGER, "The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process", 414 en F. TULKENS, "La Cour d'arbitrage et le pouvoir constituant", 33.

¹⁴⁹⁹ In de praktijk blijken de grondwettelijk hoven die zulke toetsingsbevoegdheid hebben een marginale toetsing ten aanzien van grondwetsherzieningen uit te oefenen.

¹⁵⁰⁰ Zie *supra*, randnummer 77. Zie ook S. FREEMAN, "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", 364 en L.D. KRAMER, *The People Themselves*, 250.

¹⁵⁰¹ P. MARTENS, "Y a-t-il des principes de valeur constitutionnelle?", 400 en 406, al laat hij open of een grondwettelijk hof, wanneer de kern van de democratie wordt bedreigd, zich toch bevoegd moet achten.

¹⁵⁰² Onder meer L. FAVOREU, "Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français", 83; G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 495; J.-E. SCHOETTL, "Le Conseil

493. Hoe tegemoetkomen? – Deze bezorgdheid is gerechtvaardigd. Daaraan kan tegemoet worden gekomen door het laatste woord aan de burger te geven.¹⁵⁰⁴ Rechterlijke toetsing van grondwetsherzieningen is verantwoord, wanneer het laatste woord uiteindelijk bij de burger ligt. In vele landen hebben de burgers een inspraak bij grondwetsherzieningen: bij referendum in Frankrijk¹⁵⁰⁵ en in België beoogt artikel 195 van de Grondwet een onrechtstreekse inspraak van de bevolking door grondwetgevende verkiezingen op te leggen.

Dat lijkt een mooie oplossing: een grondwettelijk hof is bevoegd om grondwetsherzieningen *a posteriori* te toetsen, tenzij deze bij referendum zijn aangenomen. Een grondwettelijk hof is wel bevoegd om *a priori* een bindend advies te geven over de organisatie van het referendum en een niet-bindend advies over de inhoud van het voorgelegde referendum.¹⁵⁰⁶

494. Marginale toetsing – Bij de toetsing van grondwetsherzieningen die niet bij referendum zijn goedgekeurd, moet het grondwettelijk hof zich ervoor hoeden activistisch te werk te gaan. Het moet terughoudend zijn en bij zijn toetsing zo veel als mogelijk steunen op de voorbereidende teksten van de grondwet en van de eeuwigheidsclausules.¹⁵⁰⁷

(2) DE INTER- EN SUPRANATIONALE RECHTERLIJKE TOETSING

495. Rechtsstaat – Hierboven wordt besloten dat een rechterlijke toetsing van grondwetsherzieningen moeilijk kan worden ingepast in de verhouding tussen de staatsmachten die een evenwicht der machten beoogt: om te vermijden dat een grondwettelijk hof "*le pouvoir du dernier mot*" verkrijgt en een macht zonder tegenmacht wordt, moet een andere *check* waarborgen dat het evenwicht der machten en de grondwet worden gewaarborgd: daarvoor wordt in eerste instantie naar de burger gekeken, die met één of andere vorm van inspraak over de grondwetsherziening zou moeten kunnen oordelen. Hieronder wordt nagegaan of inter- of supranationale rechtscolleges vereisen dat

constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle?", II en G. VEDEL, "Souveraineté et supraconstitutionnalité", 5.

¹⁵⁰³ L.H. TRIBE, "A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role", 442-443. ROSEN stelt voor dat het *Supreme Court* wel bevoegd is om te oordelen over grondwetsamendementen en, indien het deze ongrondwettig acht, het amendement terug naar het *Congress* en de staten wordt gestuurd, die op *remand* zich opnieuw kunnen uitspreken over de "grondwettigheid" van het amendement en daarmee de uitspraak van het *Supreme Court* kunnen *overrulen*. J. ROSEN, "Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?", 1089.

¹⁵⁰⁴ Bijvoorbeeld door een volksraadpleging, stelt M.-F. RIGAUX, "Sur l'opportunité d'interdire de modifier la structure fédérale de l'Etat par une clause constitutionnelle irréfornable", 246.

¹⁵⁰⁵ De organisatie van een referendum is zeer prijzig, doch dit kan geen doorslaggevend criterium zijn. J.-E. SCHOETTL, "Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle?", II. Bovendien is het op dit moment niet mogelijk om een referendum over de rechten en vrijheden te houden (gelet op het beperkte toepassingsgebied van artikel 11 *Constitution*). G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 521. Zie ook G. VEDEL, "Souveraineté et supraconstitutionnalité", 94.

¹⁵⁰⁶ M. VONSY, "Le "Parlement constituant" n'est pas souverain", besluit.

¹⁵⁰⁷ L.H. TRIBE, "A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role", 444 (maar alleen voor de procedure van de grondwetsherziening).

grondwettelijke hoven een rechterlijk toezicht op de grondwetsherzieningen houden dan wel zelf een toezicht houden.

496. Rechterlijke toetsing – Het EHRM noch de Commissie van Venetië spreken zich uit over de bevoegdheid van een grondwettelijk hof van een verdragsstaat om grondwetsherzieningen te toetsen.¹⁵⁰⁸ Deze keuze komt aan de verdragsstaten toe.

497. Rechterlijk toezicht – Het Hof van Justitie en het EHRM houden echter zelf een rechterlijk toezicht op grondwetsherzieningen. De bevoegdheid van de grondwetsherziener wordt door het internationale recht beperkt.¹⁵⁰⁹ Voor de toepasselijkheid van het recht van de Europese Unie en het EVRM is het irrelevant of de rechts- of verdragsschending van de grondwetsherziener dan wel van een ander staatsorgaan uitgaat. Het Hof van Justitie en het EHRM gaan dan ook na of ook de grondwetgever van de lidstaten, respectievelijk, van de verdragsstaten het recht van de Europese Unie en het EVRM naleeft.

498. Materiële beperkingen – De toetsing door het EHRM is steeds materieel: het hof toetst of een grondwetsbepaling – al dan niet na een herziening – een bepaling van het EVRM of van zijn protocollen schendt.¹⁵¹⁰ Zo heeft het EHRM in 1999 een grondwetsbepaling aan het EVRM getoetst, doch geen schending vastgesteld.¹⁵¹¹ In 2009 stelt het EHRM wel vast dat de grondwetsbepalingen van Bosnië-Herzegovina, die het Dayton Vredesakkoord uitvoeren, het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie¹⁵¹² schenden.¹⁵¹³ Deze grondwetsbepalingen sluiten uit dat iemand die omwille van etnische oorsprong of godsdienst zich niet wil aansluiten bij een “constituerende bevolkingsgroep”¹⁵¹⁴ voor het Parlement of als President kan worden verkozen. In dit arrest laat het EHRM zijn beoordeling – zijn draagwijdte van de toetsing – niet afhangen van de

¹⁵⁰⁸ In EHRM 20 mei 1999, *Rekvényi/Hongarije*, nr. 12, stelt het EHRM gewoon als feit vast dat het Grondwettelijk Hof zich onbevoegd achtte om een grondwetsbepaling te toetsen. In Commissie van Venetië, "Opinion on the Fourth Amendment tot the Fundamental Law of Hungary", CDL-AD(2013)012, 23-25 stelt de Commissie van Venetië vast dat in veel verdragssluitende landen het grondwettelijk hof onbevoegd is om grondwetsbepalingen te toetsen, doch dat evenzeer in veel verdragssluitende landen het grondwettelijk hof wél bevoegd is om de naleving van de grondwetsherzieningsprocedure na te gaan én ook de inhoud van grondwetsherzieningen te toetsen.

¹⁵⁰⁹ Commissie van Venetië, "Opinion on the Fourth Amendment tot the Fundamental Law of Hungary", CDL-AD(2013)012, 20 en onder meer EHRM 22 december 2009, *Sejdić en Finci/Bosnië-Herzegovina*.

¹⁵¹⁰ Het is slechts in het kader van die materiële toetsing dat aan een grondwetsartikel misschien minder hoge eisen worden gesteld dan aan een wetsbepaling, bijvoorbeeld met betrekking tot het duidelijkheidsvereiste. EHRM 20 mei 1999, *Rekvényi/Hongarije*, nr. 34. Ook de Commissie van Venetië toetst op materiële wijze grondwetsherzieningen: Commissie van Venetië, "Opinion on the Fourth Amendment tot the Fundamental Law of Hungary", CDL-AD(2013)012, 31

¹⁵¹¹ In een *report* had de ECRM wel besloten dat het grondwettelijk verbod voor politieleden om politieke activiteiten te vervullen artikel 10 EVRM schond omdat de grondwettelijke bepaling vaag en veelomvattend was. ECRM 9 juli 1998, *Rekvényi/Hongarije*.

¹⁵¹² Zowel het subsidiaire artikel 14 EVRM, in samenhang gelezen met artikel 3, Eerste Protocol bij het EVRM als het algemene beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie in artikel 1, Twaalfde Protocol bij het EVRM.

¹⁵¹³ Onder meer EHRM (Grote Kamer) 22 december 2009, *Sejdić en Finci/Bosnië en Herzegovina*. De uitsluiting van het passief kiesrecht van personen die zich, omwille van hun etnische oorsprong of godsdienst, niet bij een “constituent people” willen aansluiten, is onevenredig.

¹⁵¹⁴ “Constituent people”.

aard van de getoetste norm. Dat *in casu* een grondwetsbepaling wordt getoetst, is irrelevant.¹⁵¹⁵

499. *Hongarije* – De recente politieke en juridische gebeurtenissen in Hongarije maken dit land helaas tot een mooie *casus* voor dit leerstuk. In Hongarije kan de grondwet vrij eenvoudig worden herzien: bij een tweederdemeerderheid en zonder materiële beperkingen. Bij de verkiezingen van 2010 en 2014 behaalt de partij “FIDESZ” een tweederdemeerderheid in het Parlement, zodat één politieke partij de mogelijkheid verwerft om de grondwet te herzien en een nieuwe grondwet uit te vaardigen. Zonder op de details ervan in te gaan, heeft Hongarije eerst aanzienlijke grondwetsherzieningen ingevoerd en vervolgens een nieuwe grondwet uitgevaardigd, zeer vaak met het oog op het wijzigen van rechtspraak van het Hongaarse Grondwettelijk Hof en het beperken van zijn bevoegdheid.¹⁵¹⁶

De Commissie van Venetië heeft vastgesteld dat Hongarije, zeker met de grondwetsbepalingen die de rechtspraak en de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof willen regelen, de drie pijlers van de Raad van Europa raakt: de scheiding der machten als deel van de democratie, de fundamentele rechten en de rechtsstaat. Terwijl alleen in bijzondere gevallen en met een grondige parlementaire voorbereiding, een wijd publiek debat en een grote politieke eensgezindheid een grondwet zou mogen worden herzien, heeft de Hongaarse grondwetsherziener deze beginselen geschonden door, met het

¹⁵¹⁵ In een uitzonderlijk sterk geformuleerde en overtuigende *dissenting opinion* laakt rechter BONELLO bovendien dat het EHRM geen rekening houdt met het feit dat de grondwetsbepalingen essentieel waren voor het bereiken van het Dayton Vredesakkoord en benadrukt hij dat het EHRM niet in staat is om te beoordelen of deze grondwetsbepalingen ook vandaag nog essentieel zijn voor het (wankele) vredesevenwicht in Bosnië en Herzegovina.

¹⁵¹⁶ Bijvoorbeeld: toen het Hongaarse Grondwettelijk Hof een wet die voor zeer hoge opzeggingsvergoedingen van ambtenaren vanaf een bepaalde schaal een belastingheffing van 98% invoerde, ongrondwettig verklaarde, werd de Hongaarse Grondwet herzien opdat onder meer het Grondwettelijk Hof niet langer bevoegd zou zijn om zich uit te spreken over financiële en budgettaire kwesties. Het Grondwettelijk Hof is voortaan alleen bevoegd voor de toetsing van wetten wanneer de schending wordt ingeroepen van het recht op leven en op menselijke waardigheid, van de bescherming van privacy, van de vrijheid van gedachte, van geweten en van godsdienst en van de rechten in verband met het Hongaarse burgerschap. Deze grondwetsherziening werd ter toetsing aan het Grondwettelijk Hof voorgelegd, dat, bij gebrek aan uitdrukkelijke materiële beperkingen in de grondwet, zich onbevoegd achtte om de inhoud van de grondwetsherziening te toetsen. In een latere uitspraak zou het Grondwettelijk Hof aangeven dat het misschien wel bevoegd is om de inhoud van een grondwetsherziening te toetsen aan supragrondwettelijke normen die uit een rangorde binnen de grondwet blijken. K. KOVÁCS, "Keeping the guardian under control: the case of Hungary", *Conference on "the theoretical and practical aspects of reviewing the constitutionality of the constitutional norms"*, Batumi, Georgië, 29-30 juni 2013, 3-4. Op dezelfde dag als de grondwetsherziening werd dezelfde belastingwet opnieuw uitgevaardigd. Deze belastingwet werd voor het EHRM aangevochten, dat zich kon vinden in de ongrondwettigheidsverklaring van het Grondwettelijk Hof en oordeelde dat artikel 1, Eerste Protocol EVRM was geschonden. Het EHRM doet uitspraak noch over de grondwetsherziening noch over de totstandkoming van de belastingwet: het toetst de belastingwet materieel aan artikel 1, Eerste Protocol en acht deze onevenredig. Drie rechters, *concurring*, menen wel dat juist de totstandkoming van deze belastingwet en de toepassing ervan *in casu* rechtvaardigen dat een schending wordt vastgesteld. EHRM 14 mei 2013, *N.K.M./ Hongarije*.

oogmerk de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof te herzien en zijn bevoegdheid te beperken, op een te uitgebreide wijze de grondwet te wijzigen.¹⁵¹⁷

De Europese Commissie volgt deze problematiek ook op. Rechtsgeleerden roepen haar op om een “inbreukprocedure” tegen Hongarije op te starten.¹⁵¹⁸

500. *Wat we zelf doen, doen we beter?* – Vermits België zich internationaal heeft verbonden om een rechtsstaat te zijn, moet België zelf instaan voor de naleving van de internationale verbintenis. Wanneer rechterlijke toetsing door een supranationaal rechtscollège op de grondwet wordt aanvaard, is er geen reden om deze bevoegdheid niet aan een eigen grondwettelijk hof toe te kennen.

(3) DE LEGE FERENDA

501. *Rechtsstaat* – Hierboven is betoogd dat een rechterlijk toezicht op grondwetsherzieningen niet strijdig met een evenwicht der machten en dus de rechtsstaat hoeft te zijn en dat de rechtsstaat een afdwingbare beperking op de bevoegdheid van de grondwetsherziener vereist, opdat de bevoegdheid van de grondwetsherziener niet onbeperkt zou zijn en in overeenstemming met de grondwet (en de rechtsstaat) zou worden uitgeoefend.

502. *Risico-afweging* – Omdat een rechterlijk toezicht op grondwetsherzieningen de vraag naar le “*pouvoir du dernier mot*” zeer scherp stelt, moet een risico-afweging gebeuren, alvorens deze bevoegdheid aan het hof wordt toegekend. Deze risico-afweging houdt in dat moet worden ingeschat welk misbruik wellicht het eerst of vaakst zal voorkomen: de grondwetsherziener die zijn bevoegdheid misbruikt om fundamentele rechtsstatelijke elementen uit de grondwet te schrappen of het grondwettelijk hof dat een activistisch toezicht op de grondwetsherzieningen uitoefent. Eén van de elementen die daarbij in rekening moeten worden gebracht is de wijze waarop de grondwet kan worden herzien.

Indien artikel 195 van de Grondwet wordt herzien en het mogelijk maakt dat de Grondwet zonder goedkeuring door middel van grondwetgevende verkiezingen of referenda kan worden herzien, moet een rechterlijk toezicht aan het Grondwettelijk Hof worden toegekend. Wanneer het evenwicht der machten wordt verbroken doordat het Parlement bij machte is om met grondwetsherzieningen de rechtsstaat te fnuiken en dit doet om de rechterlijke toetsing te vermijden, moet het evenwicht der machten worden hersteld door het Grondwettelijk Hof voor grondwetsherzieningen bevoegd te maken.

503. *Check op rechterlijk toezicht* – Indien wordt overwogen om een rechterlijk toezicht op grondwetsherzieningen in te richten, moet ook een *check* op deze bevoegdheid worden ingericht. Daarvoor is inspraak door de burger het meest geëigende instrument. Er kan

¹⁵¹⁷ Commissie van Venetië, "Opinion on the Fourth Amendment tot the Fundamental Law of Hungary", CDL-AD(2013)012, 20.

¹⁵¹⁸ www.verfassungsblog.de.

worden bepaald dat grondwetsherzieningen die de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof beogen te wijzigen, slechts kunnen worden aangenomen bij referendum, waarbij het Grondwettelijk Hof een bindend advies geeft over de organisatie van het referendum en een niet-bindend advies over de inhoud van het referendum.

504. Voorstel – Indien artikel 195 van de Grondwet het mogelijk maakt dat de Grondwet zonder goedkeuring door middel van grondwetgevende verkiezingen of referenda kan worden herzien, moet het Grondwettelijk Hof bevoegd worden voor de toetsing aan artikel 195 van de Grondwet, waaraan volgende leden zou moeten worden toegevoegd:

“De Grondwet kan niet worden herzien om te raken aan de fundamentele beginselen van de rechten, gewaarborgd in Titel II en in de artikelen 170, 172 en 191, van de artikelen 33 tot 40 en van de rechtsbescherming, gewaarborgd in de artikelen 142, 144, 145, 146, 151, 152, 154, 159 en 160.

Indien een grondwetsbepaling wordt herzien met het oog op het wijzigen van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake de fundamentele beginselen van de in het vorige lid vermelde rechten en artikelen, kan deze grondwetsherziening slechts worden aangenomen nadat hierover [een referendum of grondwetgevende verkiezingen] is [zijn] gehouden.”

Opdat een “wettelijke revolutie” mogelijk zou zijn, kan ook worden voorzien in een lid waarin wordt geregeld op welke wijze een nieuwe grondwet kan worden aangenomen.¹⁵¹⁹

¹⁵¹⁹ Cfr. enkele staten in de Verenigde Staten van Amerika, zie J. MAZZONE, "Unamendments", 1823-1826.

505. *Bevoegdheid, rechtsstaten en rechtsstaat* – In deze eerste titel van het tweede deel van het proefschrift is de bevoegdheid van een grondwettelijk hof onderzocht. Op vier punten wordt de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof vergeleken met de bevoegdheid van de grondwettelijke hoven van Duitsland, Frankrijk en de Verenigde Staten van Amerika. Deze punten zijn: de *a priori*- en *a posteriori*-bevoegdheid; de referentienormen; de getoetste normen; de grondwetsherzieningen. Telkens wordt in een rechtsstatelijk perspectief beoordeeld of de rechtsstaat een bepaalde bevoegdheid vereist.

506. *A priori en a posteriori* – In het eerste hoofdstuk wordt vastgesteld dat de vier onderzochte landen eenzelfde invulling aan de rechterlijke functie van een grondwettelijk hof geven: het behoort niet tot de rechterlijke functie om advies te geven. Alleen in Frankrijk kan de *Conseil* in een beperkt geval advies geven. Een eventuele *a priori*-toetsing is dan ook bij voorkeur bindend. In een rechtsstaat moet de burger de ongrondwettigheid van een wetgevende norm na haar afkondiging kunnen aankaarten: toegang tot een *a posteriori*-toetsing is noodzakelijk. Wanneer een *a posteriori*-toetsing op een wetgevende norm die reeds voor haar afkondiging op haar grondwettigheid is getoetst mogelijk is, beperkt het recht op een onpartijdige rechter de omvang van de *a posteriori*-toetsing.¹⁵²⁰

507. *Bevoegdheden* – In het tweede tot vierde hoofdstuk over de bevoegdheden komen enkele krachtlijnen sterk naar voren. Eén ervan is dat hierin voor een ruimere bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof wordt gepleit: de beperkte bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof om alleen *wetten* aan *bepaalde* grondwetsbepalingen en aan de bevoegdheidverdelende regels te toetsen is niet geheel in overeenstemming met de rechtsstaat. Het evenwicht der machten of de parlementaire soevereiniteit verhinderen niet de uitbreiding van deze bevoegdheden¹⁵²¹; meer zelfs, in de meeste gevallen vereist het evenwicht der machten de uitbreiding.¹⁵²² Een andere krachtlijn is dat de huidige samenstelling van het Grondwettelijk Hof eventueel vragen doet rijzen bij de onpartijdigheid van het Grondwettelijk Hof indien zijn bevoegdheid tot bepaalde beslissingen van het Parlement wordt uitgebreid.

508. *Niet voor de andere rechter* – Vooraleer te vermelden hoe de bevoegdheden van het Grondwettelijk Hof moeten worden uitgebreid, past het om alvast te stellen waarvoor een grondwettelijk hof niet bevoegd moet zijn. Een grondwettelijk hof is als tegenwicht van de wetgever en van het parlement een instrument om het evenwicht der machten te

¹⁵²⁰ Zie *infra*, randnummers 300-306.

¹⁵²¹ Zie, voor rechterlijk toezicht op het onderzoek van de geloofsbriefven, randnummer 406.

¹⁵²² Zie voor de toetsing aan de grondwetsbepalingen die het evenwicht der machten inrichten en de totstandkoming van de wet regelen, randnummer 364; voor de toetsing van beslissingen inzake parlementaire onschendbaarheid en andere politieke handelingen, zie randnummers 426 en 430. 427 en 431.

bereiken. De rechtsstaat vereist niet dat een grondwettelijk hof toezicht op de andere hoogste rechtscolleges houdt: bij een grondwettelijk hof moet geen rechtsmiddel openstaan tegen arresten van de andere hoogste rechtscolleges. Grondwetschendingen door de hoogste rechtscolleges of door lagere rechters kunnen het voorwerp van een debat voor een grondwettelijk hof zijn, doch het is niet noodzakelijk om daartoe een apart rechtsmiddel in te richten.

509. *Grondwetsbescherming* – Wel moet de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof tot een toetsing aan alle grondwetsbepalingen worden uitgebreid. Een grondwettelijk hof dient niet alleen de grondrechten te beschermen, maar de naleving van de gehele grondwet, met inbegrip van de grondrechten, af te dwingen. De rechtsstaat vereist dan ook dat de grondwetsbepalingen die het evenwicht der machten inrichten en de procedurele totstandkoming van de wetten regelen ook worden nageleefd. Deze grondwetsbepalingen waarborgen immers de politieke en persoonlijke vrijheid van elke burger, die wezenlijk bestanddelen van de rechtsstatelijke vrijheid zijn: zij verdelen de macht, opdat de vrijheid zou worden gewaarborgd. Als tegenwicht voor de wetgever moet een grondwettelijk hof ook op de naleving van deze grondwetsbepalingen toezien (tenzij de grondwet zelf in een effectief toezichtsinstrument heeft voorzien). Bovendien kan de vrijheid van de burgers slechts worden gewaarborgd, wanneer een grondwettelijk hof in het licht van het redelijkheidsbeginsel, een oog houdt op de wijze waarop de wetgevende norm inhoudelijk tot stand is gekomen.

510. *Tegenwicht voor wetgever of parlement* – Daarenboven moet een grondwettelijk hof een volwaardig tegenwicht voor de wetgever of voor het parlement zijn. Daarom moeten niet alleen wetten aan een grondwettelijk hof worden toevertrouwd, maar moet een grondwettelijk hof ook erop toezien dat een parlement grondwettig is samengesteld en op grondwettige wijze zijn bevoegdheden uitoefent. Het evenwicht der machten verbiedt dit niet, meer zelfs, het evenwicht der machten vereist dit. In dit proefschrift wordt dan ook gepleit voor een rechterlijk toezicht op de geldigheid van de verkiezingsresultaten en de samenstelling van de wetgevende vergaderingen, alsook op de grondwettigheid van parlementaire handelingen, zoals de beslissingen inzake parlementaire onschendbaarheid, de moties van ver- en wantrouwen, het gebruik van de alarmbelprocedure en van het belangenconflict in het licht van de federale loyauteit. Dit gebeurt niet alleen uit de overtuiging dat in een rechtsstaat de wetgever of het parlement elke grondwetsbepaling moet naleven, maar ook uit het feit dat met elk van deze handelingen de politieke en persoonlijke vrijheid van de burger of van de verkozene in het geding is. De politieke vrijheid, die in het actief en het passief kiesrecht tot uiting komt, vereist dat alleen een geldig samengestelde wetgever wetten kan uitvaardigen. De politieke vrijheid en het evenwicht der machten vereisen dat deze wetgever of het parlement alleen in overeenstemming met de door de grondwet bepaalde regels, zijn bevoegdheden uitoefent. Politieke misbruiken van grondwettelijke procedures moeten kunnen worden afgestraft.

511. *Grondwetsherziener* – Ten slotte wordt in dit onderzoek niet uitgesloten dat een grondwettelijk hof ook het tegenwicht voor de grondwetsherziener moet zijn. Zolang de rechtsordes een rechtsstaat willen zijn en zolang Duitsland, Frankrijk en België in de Europese Unie en in de Raad van Europa zich ertoe hebben verbonden een rechtsstaat te zijn, stelt deze ook materiële beperkingen aan de bevoegdheid van de grondwetsherziener:

de grondwetsherziener mag niet raken aan de kern van de fundamentele rechten, van de machtsverdeling en van de rechtsbescherming die door de grondwet worden gewaarborgd. Komt het evenwel een grondwettelijk hof toe om deze materiële beperkingen af te dwingen? Deze vraag is zeer moeilijk te beantwoorden en stelt het debat over de verzoenbaarheid van democratie en rechtsstaat en over de legitimiteit van een grondwettelijk hof in een zeer scherp licht. Aan een grondwettelijk hof de bevoegdheid om grondwetsherzieningen toe te kennen, ontnemt het hof een belangrijk element van zijn institutionele legitimiteit: het hof zou “*le pouvoir du dernier mot*” verkrijgen. Na zorgvuldige overweging en rekening houdend met de (starre of soepele) wijze waarop een grondwet kan worden gewijzigd, kan zo’n bevoegdheid aan een grondwettelijk hof worden toegekend. Indien in België door een wijziging van artikel 195 van de Grondwet een grondwetsherziening binnen eenzelfde legislatuur mogelijk wordt en de burger bij grondwetsherzieningen buiten spel wordt gezet, vereist de rechtsstaat ons inziens een rechterlijk toezicht op de grondwetsherziener. De rechter moet deze bevoegdheid wel terughoudend uitoefenen en in elk geval moet het laatste woord op één of andere wijze bij de burger liggen: indien een grondwettelijk hof voor grondwetsherzieningen bevoegd is, zou deze bevoegdheid kunnen worden beperkt tot de grondwetsherzieningen die niet bij referendum zijn goedgekeurd.

512. *Onpartijdigheid* – Nu ervoor is gepleit om de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof aanzienlijk uit te breiden, moet worden nagegaan op welke wijze het Grondwettelijk Hof zélf rechtsstatelijk is ingericht of rechtsstatelijk handelt. In deze eerste titel is immers al enkele keren erop gewezen dat, hoewel een bepaald geschil tot het typische grondwettelijke contentieux behoort, in België het Grondwettelijk Hof misschien niet als een geschikte rechter zou worden beschouwd om over dat geschil te oordelen: de politieke samenstelling van het Grondwettelijk Hof, namelijk voor de helft bestaande uit gewezen parlementsleden, kan de vraag doen rijzen of dit hof het geschikte rechtscollege is om te oordelen over de geldigheid van de verkiezingsresultaten en de samenstelling van de wetgevende vergaderingen, over de beslissingen inzake parlementaire onschendbaarheid, over de naleving van de procedures inzake moties van ver- en wantrouwen... In deze eerste titel werd geargumenteed dat het Grondwettelijk Hof voor deze bevoegdheden de natuurlijke rechter zou moeten zijn: dit behoort tot het grondwettelijke contentieux. Daarbij werd evenwel steeds opgemerkt dat de vraag over de onpartijdigheid van het Grondwettelijk Hof een bijkomend argument is om de samenstelling ervan te wijzigen. Daarmee werd al een tip van de sluier van de tweede titel gelicht, waarin de inrichting van het Grondwettelijk Hof in een rechtsstatelijk perspectief wordt geplaatst.

TITEL II – DE INRICHTING VAN EEN GRONDWETTELIJK HOF IN DE RECHTSSTAAT

INLEIDING

513. *Legitimiteit en bevoegdheid* – Op de vraag wat de rol van een grondwettelijk hof in de rechtsstaat is, kan slechts worden geantwoord wanneer de inrichting van het grondwettelijk hof nader wordt bekeken. Twee wegen hebben ons immers naar deze tweede titel geleid: het leerstuk over de legitimiteit van een grondwettelijk hof in de rechtsstaat¹⁵²³ en de hoofdstukken waarin voor een bevoegdheidsuitbreiding voor het Grondwettelijk Hof wordt gepleit¹⁵²⁴.

Uit het leerstuk over de legitimiteit van een grondwettelijk hof blijkt immers dat enkele auteurs zijn legitimiteit in zijn inrichting vinden: de politieke benoemingsprocedure en de onafhankelijkheid van de rechter. In dit proefschrift wordt echter geargumenteed dat de functie van een grondwettelijk hof zijn bestaan verantwoordt: zijn functie als tegenwichtsorgaan voor de wetgevende macht (en het parlement).¹⁵²⁵ Dat neemt niet weg dat de inrichting van een grondwettelijk hof essentieel is om de rol van een grondwettelijk hof in een rechtsstaat te bepalen. Er moet immers worden geoordeeld hoe het tegenwichtsorgaan het best wordt samengesteld. Wie is geschikt om als rechter in een grondwettelijk hof te zetelen?

In de eerste titel van dit tweede deel, waarin een bevoegdheidsuitbreiding voor het Grondwettelijk Hof wordt bepleit, wordt bovendien vastgesteld dat de politieke samenstelling van het hof, namelijk voor de helft bestaande uit zes gewezen parlementsleden, mogelijk verhindert dat dit hof als een onpartijdige en onafhankelijke rechter wordt beschouwd in de geschillen waartoe de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof zou moeten worden uitgebreid. Ook om deze reden moet hier worden onderzocht of het Grondwettelijk Hof aan de rechtsstaatsvereisten voldoet om zijn bevoegdheid uit te oefenen.

514. *Rechtsstaats-elementen* – Op het eerste gezicht zijn geschiktheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid dan ook de vereisten die aan de inrichting van een grondwettelijk hof worden gesteld. Deze vereisten zijn een *conditio sine qua non* voor de legitimiteit van een grondwettelijk hof.

De onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de rechter als kernelementen van het beginsel van het evenwicht der machten en van het recht op een eerlijk proces, behoren tot de fundamentelementen van de rechtsstaat¹⁵²⁶: uit het onderzoek naar het rechtsstaatsbegrip in

¹⁵²³ Zie *supra*, randnummers 69 e.v.

¹⁵²⁴ Eerste titel van het tweede deel, hoofdstukken II tot IV.

¹⁵²⁵ Zie *supra*, randnummer 47.

¹⁵²⁶ F. JACQUELOT, "L'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel par la loi organique et les règlements d'"auto-organisation": de la dualité au dualisme", *Les Petites affiches* 2009, (5) 5 e.v. en K. ZÄHLE, "Die Ausschließung und Ablehnung eines Richters nach §§ 18, 19 BVerfGG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *AöR* 2011, (174) 174-175.

het eerste deel is gebleken dat deze beginselen ook chronologisch één van de eerste rechtsstatelijke vereisten zijn.¹⁵²⁷ De onafhankelijke en onpartijdige samenstelling en werking van een grondwettelijk hof is essentieel. Het *Bundesverfassungsgericht* stelt dan ook uitdrukkelijk dat de wettelijke samenstelling van een grondwettelijk hof, die zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid moet waarborgen, een rechtsstatelijk vereiste is:

“Da die Vorschriften über die Besetzung der Gerichte nicht in erster Linie dem Interesse der Prozeßbeteiligten dienen, sondern dem rechtsstaatlichen Anliegen einer geordneten Rechtspflege schlechthin, ist die nicht vorschriftsmäßige Besetzung eines Gerichts immer ein wesentlicher Mangel des Verfahrens.”¹⁵²⁸

515. Structuur – De geschiktheid voor de rechterlijke functie en de graad van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een rechtscollege zijn afhankelijk van de inrichting van de instelling en van de kenmerken van het rechterlijk ambt. De aard van haar organieke wetgeving, haar autonomie, haar samenstelling en organisatie bepalen de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een instelling. Dat wordt in het **eerste hoofdstuk** onderzocht. In het **tweede hoofdstuk** wordt nagegaan hoe de geschiktheid en de onafhankelijkheid van de rechter worden gewaarborgd: door de benoemingsprocedure, door de benoemingsvoorwaarden, door de duur van het rechterlijk mandaat, door de bescherming tegen externe druk, door de (on)verenigbaarheden...¹⁵²⁹ Deze elementen bepalen de onafhankelijkheid van de rechter en dus ook van de instelling.¹⁵³⁰ Zij zijn essentieel voor het behoud van de rechtsstaat.¹⁵³¹ Ten slotte wordt in het **derde hoofdstuk** de wrakings- en verschoningspraktijk onderzocht: waarborgt deze dat een onafhankelijke en onpartijdige rechter de zaak beoordeelt?; hoe diligent worden de wrakings- en verschoningsregelingen in de praktijk toegepast en hoe beoordelen we dit in een rechtsstatelijk perspectief?

516. Methode – De methode is opnieuw rechtsvergelijkend. De inrichting van het *Bundesverfassungsgericht*, de *Conseil constitutionnel*, het *Supreme Court* en het Grondwettelijk Hof worden onderzocht. Daarnaast wordt nagegaan of de rechtsleer op grond van het rechtsstaatsbegrip of van zijn elementen bepaalde onderdelen van de inrichting bekritiseert. Op die manier worden de geschiktheid, de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de onderzochte grondwettelijke hoven geanalyseerd en met elkaar vergeleken. Dit staat ons toe de inrichting van een grondwettelijk hof in een rechtsstatelijk perspectief te plaatsen.

¹⁵²⁷ Cf. COKE, zie randnummer 102. Zie ook E. CARTIER, "La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel: cote mal taillée ou réelle avancée", *Petites Affiches* 2011, (22) 34.

¹⁵²⁸ BVerfG 23 oktober 1952, *BVerfGE* 2, 1 (23).

¹⁵²⁹ Onder meer EHRM 3 februari 2005, *Thaler/Oostenrijk*, nr. 30 e.v. Zie ook A. ALÉN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht* (2011), 486-487 en B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 124.

¹⁵³⁰ EHRM 3 februari 2005, *Thaler/Oostenrijk*, nr. 30 e.v.; 29 juni 1994, beslissing *Zarouali/België*, nr. 5; 22 juni 1989, *Langborger/Zweden*, nr. 32 en *Fey/Oostenrijk*, 24 februari 1993, nr. 28 en GwH 3 maart 1999, nr. 29/99, B.5.5.

¹⁵³¹ Zie ook J. RAZ, "The Rule of Law and its Virtue", 201.

I. DE INSTELLING

INLEIDING

517. Structuur – De inrichting van een grondwettelijk hof en de kenmerken van het rechterlijk ambt bepalen op wezenlijke wijze de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het rechtscollege. Om deze reden wordt in dit **eerste hoofdstuk** onderzocht welke factoren de onafhankelijkheid van de instelling beïnvloeden. De aard van de organieke wetgeving bepaalt hoe star de wetgeving is die de wezenskenmerken van een (rechterlijke) instelling bepaalt en is dan ook de eerste graadmeter voor deze onafhankelijkheid (**afdeling 1**). Daarnaast moet een grondwettelijk hof ook een zekere normatieve, organisatorische en financiële autonomie genieten (**afdeling 2**).

1. EEN STARRE ORGANIEKE WETGEVING

518. Rechtsstaten – Hieronder wordt nagegaan wat de aard is van de wetgeving die de wezenskenmerken van het Grondwettelijk Hof (**A**) en van het *Bundesverfassungsgericht*, van de *Conseil constitutionnel* en van het *Supreme Court* (**B**) bepalen. Daarbij wordt onderzocht of de wetgever, in voorkomend geval, de mogelijkheid al heeft gegrepen om (de rechtspraak van) het grondwettelijk hof te beïnvloeden door de organieke wetgeving te wijzigen.

A. HET GRONDWETTELIJK HOF

519. Grondwettelijke basis – In artikel 142 van de Grondwet worden drie essentiële elementen van het Grondwettelijk Hof verankerd¹⁵³²: (i) zijn bestaan; (ii) zijn bevoegdheid om wetten te toetsen aan de bevoegdheidverdelende regels en aan de door de Grondwet en door de Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof bepaalde grondwetsbepalingen en (iii) het recht van ieder bij de wet aangewezen overheid of van ieder die doet blijken van een belang, om een zaak bij het hof aanhangig te maken of van elk rechtscollege om aan het hof een prejudiciële vraag te stellen (hierna “de *locus standi*-regels”). Alleen met de vrij –

¹⁵³² Oud artikel 107ter, § 2 Gw., toegevoegd door de grondwetsherziening van 29 juli 1980, BS 30 juli 1980, 2^{de} uitgave, luidde als volgt: *Er bestaat voor geheel België een Arbitragehof, waarvan de samenstelling, de bevoegdheid en de werking door de wet worden bepaald*. Het tweede, derde en zesde lid werden ingevoegd bij de grondwetsbepaling van 15 juli 1988, BS 19 juli 1988; het vierde en vijfde lid werden ingevoegd bij de grondwetsbepaling van 6 januari 2014, BS 31 januari 2014.

maar niet t ¹⁵³³ – starre procedure tot herziening van de grondwet (artikel 195 van de Grondwet) kunnen deze drie fundamentele elementen met betrekking tot het Grondwettelijk Hof worden gewijzigd.

520. *Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof* – Het belang van het Grondwettelijk Hof, als hoeder van de rechtsstaat maar ook van het Belgische federalisme, blijkt ook uit het in artikel 142 van de Grondwet verankerde vereiste dat zijn bevoegdheid, werking en samenstelling bij een bijzondere wet (verder)¹⁵³⁴ worden bepaald: dit is gebeurd door de Bijzondere Wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.¹⁵³⁵ Elke wijziging aan deze bijzondere wet moet aldus de steun krijgen van een bijzondere meerderheid, met een bijzonder quorum.

Ook de uitvoeringsbesluiten met betrekking tot het Grondwettelijk Hof moeten in de Ministerraad worden overlegd: geen minister is ten individuele titel bevoegd voor het Grondwettelijk Hof.¹⁵³⁶

Met de grondwettelijke verankering van zijn bestaan, zijn bevoegdheid en de *locus standi*-regels en met de verplichting om de verdere bevoegdheid, werking en samenstelling bij bijzondere wet te regelen steunt het Grondwettelijk Hof in vergelijking met de drie andere onderzochte grondwettelijke hoven op zeer goede fundamenten.¹⁵³⁷

B. BUITENBLIK

521. *Conseil constitutionnel* – Van de drie onderzochte buitenlandse grondwettelijke hoven geniet de *Conseil constitutionnel* de sterkste grondwettelijke basis: in de *Constitution* wordt zijn bestaan erkend en worden zijn bevoegdheid, zijn samenstelling, de benoemingsprocedure voor de rechters, de eigenschappen van het mandaat van de rechters en de onverenigbaarheden bepaald.¹⁵³⁸ Het overige wordt door de organieke wet op de *Conseil constitutionnel* geregeld¹⁵³⁹, die niet bij een bijzondere meerderheid moet worden aangenomen, doch wel, zoals alle organieke wetten, ter toetsing aan de *Conseil constitutionnel* moet worden voorgelegd.¹⁵⁴⁰

¹⁵³³ Zie *infra*, randnummer 526.

¹⁵³⁴ Wat de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof betreft kan alleen de lijst van grondwetsbepalingen waaraan het hof kan toetsen bij bijzondere wet worden bepaald. Daarmee is een deel van de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof gedeconstitutionaliseerd.

¹⁵³⁵ Deze bijzondere wet heft de wet van 28 juni 1983 “houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof”, *BS* 8 juli 1983, op.

¹⁵³⁶ Artikel 123, § 2 Bijz. Wet GwH.

¹⁵³⁷ De gewone wetgever kan de samenstelling van het Grondwettelijk Hof slechts beïnvloeden door de leeftijd waarop rechters in ruste worden gesteld, te bepalen. Dit is momenteel 70 jaar, bepaald in artikel 4 van de wet van 6 januari 1989 “betreffende de wedden en pensioenen van de rechters, de referendarissen en de griffiers van het Grondwettelijk Hof”, *BS* 7 januari 1989, *err. BS* 1 februari 1989.

¹⁵³⁸ Artikelen 56-62 *Constitution*.

¹⁵³⁹ Artikel 63 *Constitution* en de Organieke Wet *Conseil Constitutionnel*.

¹⁵⁴⁰ Artikel 62 *Constitution*. Dit heeft de *Conseil constitutionnel* al driemaal gedaan: Cons. const. 9 juli 2008, nr. 2008-566 DC; 11 januari 1995, nr. 94-354 DC, (over de onverenigbaarheden; geen schending onder voorbehoud van interpretatie) en 23 december 1974, nr. 74-52 DC (over de uitbreiding van de saisine en de regels met betrekking tot de kennisgevingen en informatie; geen schending).

In 2008 heeft de *Conseil constitutionnel* zijn onafhankelijkheid uitdrukkelijk bevestigd: uit het geheel van de op de *Conseil* toepasselijke grondwetsbepalingen moet worden afgeleid dat de grondwetgever de onafhankelijkheid van de *Conseil* heeft willen waarborgen.¹⁵⁴¹

522. *Bundesverfassungsgericht* – Ook in de *Grundgesetz* wordt het bestaan van het *Bundesverfassungsgericht* erkend en worden zijn bevoegdheid, de benoemingsprocedure en, zeer beperkt, de samenstelling bepaald.¹⁵⁴² De *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* (hierna *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* genoemd¹⁵⁴³) regelt het merendeel van de samenstelling en de werking van het hof. Deze wet moet in beginsel niet bij een bijzondere meerderheid worden aangenomen.¹⁵⁴⁴ Dat het hof als een *Verfassungsorgan* wordt gekwalificeerd, houdt in dat de grondwetgever het *Bundesverfassungsgericht* en de door het hof uitgeoefende grondwettigheidstoetsing niet kan afschaffen: het *Rechtsstaats*beginsel in artikel 20, tweede en derde lid *iuncto* artikel 79, derde lid *Grundgesetz* (de eeuwigheidsclausule¹⁵⁴⁵) verbiedt dit immers.¹⁵⁴⁶

523. *Supreme Court* – Daar de *US Constitution* de oudste grondwet en bovendien zeer bondig is en de rechterlijke grondwettigheidstoetsing van federale wetten op het *Supreme Court*-arrest *Marbury vs. Madison* steunt, verbaast het niet dat de grondwettelijke verankering van het *Supreme Court* beperkter is: daarin wordt het *Supreme Court* als hoogste rechtscollege erkend en wordt de benoemingsprocedure bepaald. Zijn bevoegdheid wordt op niet-exhaustieve wijze bepaald. De *US Constitution* regelt de samenstelling en de werking van het hof niet: de wetgever bepaalt het aantal rechters en hun wedde, alsmede de duur van de zittingen, wat te doen wanneer de *Chief Justice* niet in staat is zijn functie te vervullen en de volgorde van de rechters.¹⁵⁴⁷ In de wet wordt ook de bevoegdheid van het hof bepaald.¹⁵⁴⁸

In de eerste jaren werd de samenstelling van het *Supreme Court* regelmatig gewijzigd: van zes rechters in 1789¹⁵⁴⁹ tot negen rechters sinds 1869¹⁵⁵⁰. Gelet op de zeer zware *impeachment*procedure voor de rechters, gebruikten de presidenten en de wetgever hun bevoegdheid om de samenstelling van het hof te bepalen als instrument om het hof te beïnvloeden.¹⁵⁵¹ Het bekendste voorbeeld daarvan dateert van de jaren 1930. De *New Deal*-wetgeving van President ROOSEVELT, die de financiële en economische crisis vanaf 1929 wou

¹⁵⁴¹ Cons. const. 9 juli 2008, nr. 2008-566 DC, 6.

¹⁵⁴² Artikelen 92-94 GG.

¹⁵⁴³ Alleen in de voetnoten afgekort als *BVerfGG*.

¹⁵⁴⁴ Artikel 77 GG. Alleen indien een ontwerp door een tweederdemeerderheid van de *Bundesrat* wordt aangenomen, moet de *Bundestag* indien deze het ontwerp van wet opnieuw beoordeelt het ontwerp bij tweederdemeerderheid aannemen. Deze regeling geldt voor alle wetsontwerpen.

¹⁵⁴⁵ Zie *supra*, randnummer 461.

¹⁵⁴⁶ D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 181 (§ 1, nr. 35).

¹⁵⁴⁷ 28 U.S.C. 1-6 of artikelen 1-6 van Titel 28, Deel I, Hoofdstuk 1 *United States Code*.

¹⁵⁴⁸ 28 U.S.C. 1251-1260 of Titel 28, Deel III, Hoofdstuk 81 *United States Code*.

¹⁵⁴⁹ *Judiciary Act* van 1789.

¹⁵⁵⁰ *Judiciary Act* van 1869.

¹⁵⁵¹ J. H. CHOPER, "The Supreme Court and the Political Branches", 851; K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum in der Rechtsprechung des Supreme Court of the United States und des Bundesverfassungsgericht*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1985, 20 en E. FROEDGE TOMA, "Congressional Influence and the Supreme Court: The Budget as a Signaling Device", *The Journal of Legal Studies* 1991, (131) 133.

bestrijden, werd door het *Supreme Court* keer op keer ongrondwettig geacht wegens strijdigheid met de bevoegdheidsverdelende regels (dit is de (beperkte) bevoegdheid van de federale wetgever inzake *interstate commerce*).¹⁵⁵² In 1936 behaalde President ROOSEVELT een eclatante verkiezingsoverwinning, die hij als de bevestiging van zijn *New Deal*-beleid beschouwde. Vastberaden om de hindernis voor de uitvoering van zijn beleid, het *Supreme Court*, te nemen, diende hij begin 1937 bij het *Congress* een wetsontwerp in om de samenstelling van het hof te veranderen (het “*court packing plan*”): de President zou, ter aanvulling van elke rechter van zeventig jaar die niet op emeritaat ging, maximaal zes rechters mogen benoemen. Het *Supreme Court* zou dan vijftien in plaats van negen rechters kunnen tellen. Minder dan twee maanden na het indienen van dit ontwerp veranderde het *Supreme Court* zijn rechtspraak over de *commerce clause* en verklaarde het een belangrijke *New Deal*-wet grondwettig. Van dit arrest, *West Coast Hotel Co. V. Parrish*¹⁵⁵³, wordt gezegd dat het de “*switch in time that saved nine*” was. Wat later verwierp het *Congress* het wetsontwerp van President ROOSEVELT.

Daarnaast heeft de Amerikaanse wetgever in de negentiende eeuw getracht het hof naar zijn hand te zetten door de bevoegdheid van het *Supreme Court* te wijzigen. Om een ongrondwettigheidsverklaring te vermijden, ontnam het *Congress* in 1869 aan het *Supreme Court*, terwijl de zaak hangende was, bij wet de bevoegdheid om een *habeas action* te toetsen.¹⁵⁵⁴ De terechtzitting had reeds plaatsgevonden, maar het arrest was nog niet geweest. Gelet op de grondwettelijke bevoegdheid van het *Congress* om de beperkingen op de *appellate jurisdiction* van het *Supreme Court* te bepalen, aanvaardde het hof dat het in deze zaak, ongeacht de motieven van het *Congress*, onbevoegd was geworden, zodat het hof het beroep verwierp.¹⁵⁵⁵

Dit arrest doet de vraag rijzen of het *Congress* op grondwettelijke wijze de rechterlijke toetsing door het *Supreme Court* kan afschaffen.¹⁵⁵⁶ Het *Supreme Court* heeft wetten die de bevoegdheid van het *Supreme Court* beperken, steeds eng heeft geïnterpreteerd, in die zin dat een rechterlijke toetsing steeds mogelijk is wanneer een schending van grondwettelijke

¹⁵⁵² De federale wetgever is slechts bevoegd om wetgeving inzake economie uit te vaardigen, indien deze betrekking heeft op de handel tussen de deelstaten. Zes federale wetten werden vernietigd, waarvan vier belangrijke: de *National Industry Recovery Act*, de *Bituminous Coal Act*, de *Agricultural Adjustment Act* en de *Railway Pension Act*. Slechts de *Gold Clause* wetgeving werd grondwettig geacht. J.H. CHOPER, R.H.JR. FALLON, Y. KAMISAR *et al.*, *Constitutional Law*, St. Paul, Minn., West Group, 2001, 78.

¹⁵⁵³ SC 29 maart 1937, 300 U.S. 379 (1937). Vaak schrijft men dat Justice ROBERTS' wijziging in stemgedrag een reactie op het “*court packing plan*” was. Dit is wellicht niet helemaal waar: de beraadslaging dateerde van vóór het bestaan van het “*court packing plan*”. Doch, vermits op het moment van de beraadslaging de kritiek op de rechtspraak van het *Supreme Court* al levendig was, kan worden aangenomen dat Justice ROBERTS' gewijzigde mening toch enigszins door deze kritiek was ingegeven. K.A. HALL, *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, New York, Oxford University Press, 1999, 330.

¹⁵⁵⁴ Het *Congress* is daartoe bevoegd op grond van Artikel III, *Section 2*, § 2, *fine US Constitution* dat luidt: “*In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.*” (eigen nadruk).

¹⁵⁵⁵ SC 12 april 1869, *Ex parte McCardle*, 74 U.S. 506 (1869). Het *Supreme Court* had de zaak kunnen beslechten vooraleer de wet in voege trad, maar de meerderheid van de rechters wilde dit niet. J. H. CHOPER, “The Supreme Court and the Political Branches”, 852 en K.A. HALL, *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, 180.

¹⁵⁵⁶ Zie onder meer J. H. CHOPER, “The Supreme Court and the Political Branches”, 853-854.

rechten wordt ingeroepen. Het hof oordeelde dat, als de wetgever de bedoeling had om de grondwettelijke toetsing van een bepaalde handeling uit te sluiten, hij dit in uitdrukkelijke bewoordingen moet doen.¹⁵⁵⁷ De bevoegdheid van de wetgever te dezen wordt evenwel beperkt door de *US Constitution*. Bepaalde toetsingsbevoegdheden kan de wetgever zelfs niet in uitdrukkelijke bewoordingen uitsluiten: een voorbeeld daarvan is de *habeas corpus review* ten aanzien van de niet-Amerikaanse gevangenen van Guantanamo. Omdat deze toetsing essentieel is voor de grondwettelijke orde die de *Framers* hebben ingesteld, kan de wetgever deze toetsing niet uitsluiten.¹⁵⁵⁸

C. IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

524. *Onafhankelijkheid* – De onafhankelijkheid van de rechter is een kernelement van het beginsel van het evenwicht der machten en van het recht op een eerlijk proces. Beide beginselen behoren tot de fundamenteën van de rechtsstaat.¹⁵⁵⁹ In deze eerste afdeling wordt het onafhankelijkheidsbeginsel als normatief rechtsstaatselement gebruikt.

525. *Onafhankelijkheid grondwettelijk hof* – In de rechtsstaat moet ook een grondwettelijk hof onafhankelijk zijn. Uit de bovenvermelde Amerikaanse voorbeelden blijkt dat het daarom essentieel is dat het bestaan, de bevoegdheden, de samenstelling en de werking van een grondwettelijk hof niet van een louter toevallige politieke meerderheid afhankelijk zijn.¹⁵⁶⁰ De organieke wetgeving van een grondwettelijk hof moet met bijzondere meerderheden worden vergrendeld.

Van de vier onderzochte landen geniet het *Bundesverfassungsgericht* de sterkste fundamenteën: omdat het een *Verfassungsorgan* is, kan de grondwetgever het *Bundesverfassungsgericht* en de door het hof uitgeoefende grondwettigheidstoetsing niet

¹⁵⁵⁷ SC 15 juni 1988, *Webster v. Doe*, 486 U.S. 592 (1988). "We do not think 102(c) may be read to exclude review of constitutional claims. We emphasized in *Johnson v. Robison*, 415 U.S. 361 (1974), that where Congress intends to preclude judicial review of constitutional claims its intent to do so must be clear. *Id.*, at 373-374. In *Weinberger v. Salfi*, 422 U.S. 749 (1975), we reaffirmed that view. We require this heightened showing in part to avoid the "serious constitutional question" that would arise if a federal statute were construed to deny any judicial forum for a colorable constitutional claim. See *Bowen v. Michigan Academy of Family Physicians*, 476 U.S. 667, 681, n. 12 (1986)." (eigen nadruk). SCALIA, *dissenting*, meent dat als de wetgever rechterlijke toetsing uitsluit, hij elke rechterlijke toetsing uitsluit, ook de grondwettelijke toetsing. Hij ziet geen grondwettelijke beperking in de bevoegdheid van het *Congress* om ook grondwettigheidstoetsing uit te sluiten. *Contra*, J. H. CHOPER, "The political question doctrine: Suggested criteria", 1466. Zie ook M.P. SENG, "What do we mean by an independent judiciary?", *Ohio Northern University Law Review* 2011, (133) 158.

¹⁵⁵⁸ SC 12 juni 2008, *Boumediene v. Bush* (ROBERTS, SCALIA, THOMAS en ALITO *dissenting*). "The laws and Constitution are designed to survive, and remain in force, in extraordinary times. Liberty and security can be reconciled; and in our system they are reconciled within the framework of the law. The Framers decided that *habeas corpus*, a right of first importance, must be a part of that framework, a part of that law."

¹⁵⁵⁹ Zie *supra*, randnummers 37 en 47.

¹⁵⁶⁰ Zie ook L. FAVOREU, "Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français", 80 en X, "Rapport national français - Séparation des pouvoirs et indépendance des cours constitutionnelles et instances équivalentes", *Conférence mondiale sur la Justice constitutionnelle - Séparation des pouvoirs et indépendance des cours constitutionnelles et instances équivalentes*, Rio de Janeiro, 16-18 januari 2011, 3. Zie ook *supra*, randnummer 499 (Hongarije).

afschaffen. Het *Rechtsstaats*beginsel in artikel 20, tweede en derde lid *iuncto* artikel 79, derde lid *Grundgesetz* (de eeuwigheidsclausule¹⁵⁶¹) verbiedt dit immers. Omwille van de bevoegdheid van het *Bundesverfassungsgericht* om grondwetsherzieningen te toetsen, kan het *Bundesverfassungsgericht* zelf toezicht houden op grondwetsherzieningen die het hof of zijn bevoegdheden zouden afschaffen. Het tweede best beschermde grondwettelijk hof is het Belgische: zijn bestaan en bevoegdheden zijn in artikel 142 van de Grondwet verankerd en de werking wordt door een bijzondere wet geregeld. Dan volgt de *Conseil constitutionnel*. Veel wezenskenmerken van de *Conseil* zijn in de *Constitution* geregeld en de *Conseil* kan zijn eigen organieke wet aan de grondwet toetsen. Door zijn bevoegdheid om wetten te toetsen aan de *US Constitution* kan ook het *Supreme Court* wetten die zijn bevoegdheid beperken, zelf beoordelen en aldus zijn bevoegdheid in de praktijk vergrendelen.

526. *Procedure tot herziening van de Grondwet* – De onafhankelijkheid van het Grondwettelijk Hof zou evenwel sterk kunnen worden beknot wanneer de starre driefasige procedure tot grondwetsherziening zou worden afgeschaft. Het bestaan van het huidige artikel 195 van de Grondwet staat immers helaas onder druk.¹⁵⁶² Voor de uitvoering van de Zesde Staatshervorming werd artikel 195 Grondwet met een “overgangsbepaling” uitgebreid, die het mogelijk maakte dat grondwetsbepalingen die niet door de preconstituante voor herziening vatbaar waren verklaard, toch door de constituanten konden worden herzien. Indien deze overgangsbepaling een – onheilspellende – voorbode van een toekomstige inhoud van artikel 195 van de Grondwet zou zijn, waardoor de Grondwet door één en dezelfde wetgever binnen één legislatuur zou kunnen worden herzien, moeten verscheidene grondwetsartikelen – naar het voorbeeld van de *Grundgesetz* – onveranderbaar worden verklaard of moet voor fundamentele grondwetsbepalingen minstens een *standstill*-verplichting worden ingevoerd¹⁵⁶³.

Het zou immers ontoelaatbaar moeten zijn dat een (toevallige) politieke meerderheid – zelfs bij een tweederdemeerderheid of een andere meerderheid – zonder inspraak van de burger zou kunnen beslissen om de rechten en vrijheden niet langer of in mindere mate te beschermen of om te raken aan de beginselen van het evenwicht der machten in de artikelen 33 tot 40 van de Grondwet en van de rechtsbescherming, gewaarborgd in de artikelen 142, 144, 145, 146, 151, 152, 154, 159 en 160 van de Grondwet.¹⁵⁶⁴ Terecht wordt immers opgemerkt dat de misbruiken in de III^{de} Franse Republiek en in de Weimarrepubliek, waarin grondwetswijzigingen zonder tussenkomst van het kiezerskorps mogelijk waren, voor de democratie en vooral voor de rechtsstaat noodlottige gevolgen hebben gehad.¹⁵⁶⁵ Een beperking van de democratie – dit is een beperking op de mogelijkheid om de Grondwet te wijzigen – is immers noodzakelijk voor het behoud van

¹⁵⁶¹ Zie *supra*, randnummer 461.

¹⁵⁶² Meer hierover *supra*, randnummers 453 e.v.

¹⁵⁶³ Zie H. DUMONT, X. DELGRANGE en S. VAN DROOGHENBROECK, "La procédure de révision de la Constitution: suggestions", 144-145.

¹⁵⁶⁴ Zie ook *supra*, randnummer 504.

¹⁵⁶⁵ Onder meer A. ALEN, "Commentaar", in F. DELPÉRIÉ (ed.), *La procédure de révision de la Constitution*, Brussel, Bruylant, 2003, 48, met verwijzing naar A. MAST.

twee wezenskenmerken van de rechtsstaat: de bescherming van de grondrechten en de (rechterlijke) afdwingbaarheid ervan.¹⁵⁶⁶

Artikel 142 van de Grondwet, waarin het bestaan en de bevoegdheid van en de *locus standi*-regels voor het Grondwettelijk Hof worden bepaald, zou dan een grondwetsbepaling moeten zijn die onveranderbaar is of waarvoor minimaal een *standstill*-verplichting geldt.¹⁵⁶⁷

2. AUTONOME INSTELLING

527. *Organieke onafhankelijkheid* – Om zijn opdrachten te vervullen heeft een grondwettelijk hof niet veel nodig: plaats, bekwaam personeel en een goede bibliotheek. Voor zijn organieke onafhankelijkheid is het van wezenlijk belang dat een hof daarover zelf beslissingen kan nemen: indien het aanwerven en het betalen van het personeel, de bestelling van boeken... afhankelijk zou zijn van de goedkeuring van een ander orgaan, zou dit andere orgaan de goede werking van het hof kunnen beïnvloeden en dus zijn onafhankelijkheid in het gedrang kunnen brengen.¹⁵⁶⁸ Daarom wordt in deze tweede afdeling onderzocht over welke vormen van autonomie de grondwettelijk hoven beschikken: een normatieve (B), organisatorische (C) en financiële autonomie (D). Voorafgaand hieraan wordt nagegaan of de grondwettelijke hoven onafhankelijk van (dan wel ondergeschikt aan) de (andere) staatsmachten zijn (A)?

A. ONAFHANKELIJK VAN EEN STAATSMACHT?

528. *Staatsmacht* – Hieronder wordt onderzocht of het Grondwettelijk Hof (1) en het *Bundesverfassungsgericht*, de *Conseil constitutionnel* en het *Supreme Court* (2) tot een staatsmacht behoren.

(1) HET GRONDWETTELIJK HOF

529. *Geen deel van de staatsmachten* – Het Grondwettelijk Hof is een autonome instelling; het heeft een aparte plaats in de Grondwet (Hoofdstuk V in Titel III over het Grondwettelijk Hof, de voorkoming en de regeling van conflicten). In tegenstelling tot in Duitsland, hebben de Belgische rechtsleer en het Grondwettelijk Hof niet de behoefte (gehad) om het Grondwettelijk Hof als “iets” te kwalificeren. Het behoort tot geen van de

¹⁵⁶⁶ Over de juridische draagwijdte van zo’n “onveranderbare grondwetsbepalingen”, zie *supra*, randnummer 477.

¹⁵⁶⁷ Zie ook *supra*, randnummer 504.

¹⁵⁶⁸ Zie ook J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, Parijs, Fondation Varenne, 2010, 88.

drie staatsmachten en is onafhankelijk ervan.¹⁵⁶⁹ Sommigen suggereren dat het Grondwettelijk Hof misschien wel tot de “grondwettelijke macht” behoort, samen met de grondwetgever, doch dit is geen wijdverspreid gebruik (geworden).¹⁵⁷⁰

Dat het Grondwettelijk Hof een rechtscollege is, staat buiten kijf: volgens de afdeling wetgeving van de Raad van State zelfs “s lands hoogste rechtscollege”, “het college wiens beslissingen zelfs het Hof van Cassatie en de Raad van State zullen binden”^{1571 1572}.

(2) BUITENBLIK

530. *Bundesverfassungsgericht* – Krachtens artikel 92 van de *Grundgesetz* is het *Bundesverfassungsgericht* een rechtscollege; krachtens artikel 1 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* is het een “*Verfassungsorgan*”, dit is een orgaan dat niet slechts door de *Grundgesetz* wordt vernoemd, maar wiens bestaan, statuut en essentiële bevoegdheden door de *Grundgesetz* worden bepaald, wiens bestaan en functie op specifieke wijze gestalte aan de staat geven en dat door zijn werking aan de hoogste staatsleiding deelneemt.¹⁵⁷³ Bovendien is het *Bundesverfassungsgericht* niet onder- maar nevensgeschikt aan de andere *Verfassungsorgane*: het behoort niet tot de bevoegdheid of de verantwoordelijkheid van een minister en op het hof kan geen toezicht worden gehouden.¹⁵⁷⁴ Het *Bundesverfassungsgericht* benadrukt zijn statuut van *Verfassungsorgan*:

“Das BVerfG als der oberste Hüter der Verfassung ist nach Wortlaut und Sinn des Grundgesetzes und des Gesetzes über das BVerfG zugleich ein mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan.”¹⁵⁷⁵

Na enige weerstand heeft ook de rechtsleer deze kwalificatie erkend.¹⁵⁷⁶

¹⁵⁶⁹ A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht* (2011), 486.

¹⁵⁷⁰ F. DELPÉRIÉ en A. RASSON-ROLAND, *Recueil d'études sur la Cour d'Arbitrage 1980-1990*, 1990, 21-23; J. DELVA, “Staatsrechtelijk profiel van het Belgisch Arbitragehof”, *TBP* 1991, (69) 78 en J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 97.

¹⁵⁷¹ Ontwerp van wet “houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof”, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/1, 52. Zie o.m. A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2008, 252.

¹⁵⁷² Sinds het Koninklijk besluit van 10 november 2009 “houdende regeling betreffende de eer- en voorrangsbewijzen ten aanzien van het Grondwettelijk Hof”, *BS* 26 november 2009, nemen de voorzitters van het Grondwettelijk Hof “rang onmiddellijk voor de eerste voorzitter en de procureur-generaal van het Hof van Cassatie”.

¹⁵⁷³ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 56 (§ 4 nr. 106) en K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II*, II, München, C.H.Beck'sche Verlag, 1980, 344.

¹⁵⁷⁴ Volgens het protocol staat de voorzitter van het *Bundesverfassungsgericht* op de vijfde plaats, na de Bondspresident, de voorzitter van de *Bundesrat*, de voorzitter van de *Bundestag* en de Bondskanselier. K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, München, Verlag C.H. Beck, 2004, 6^{de} ed., 23.

¹⁵⁷⁵ “*Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts*” van 27 juni 1952, geciteerd door E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 57 (§ 4 nr. 107) en K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht* (2012), 19.

¹⁵⁷⁶ K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II*, 345 en D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 180-181 (§ 1, nr. 32).

531. *Conseil constitutionnel* – Zoals het Grondwettelijk Hof behoort de *Conseil constitutionnel* niet tot één van de drie staatsmachten¹⁵⁷⁷: voor de enen behoort hij tot de grondwetgevende macht en is hij een grondwettelijk orgaan¹⁵⁷⁸, voor de anderen is hij de derde kamer van het Parlement¹⁵⁷⁹. Omdat hij, zeker sinds zijn bevoegdheid om op prioritaire vragen te antwoorden, een rechtscollege is, voldoet deze laatste uitdrukking niet. Vandaag is er eensgezindheid dat de *Conseil* een rechtscollege is.¹⁵⁸⁰

532. *Supreme Court* – Kenmerkend voor het Amerikaanse model van (diffuse) grondwettigheidstoetsing is dat het *Supreme Court* wel tot de rechterlijke macht behoort. Als hoogste rechterlijke instantie beslecht het *Supreme Court* op definitieve wijze rechtsgeschillen, waarvoor het hof soms – maar niet steeds – tot grondwettigheidstoetsing van wetten moet overgaan. Als hoogste rechtscollege van de rechterlijke macht is het *Supreme Court* onafhankelijk van de wetgevende en van de uitvoerende macht.

533. *Besluit* – Het is eigen aan de Europese traditie dat het grondwettelijk hof geen deel van de drie traditionele staatsmachten uitmaakt: het is een rechtscollege dat onafhankelijk is van alle machten, ook van de rechterlijke macht.¹⁵⁸¹ Volgens de voormelde definitie van *Verfassungsorgan* kan ook het Grondwettelijk Hof een grondwetsorgaan worden genoemd. In de vier onderzochte landen maakt het grondwettelijk hof geen deel uit van de wetgevende en van de uitvoerende macht, wat essentieel is voor de onafhankelijkheid van het hof. Daarenboven worden deze hoven ook als rechtscolleges beschouwd.

B. DE NORMATIEVE AUTONOMIE

534. *Autonomie* – Hierboven is vastgesteld dat de grondwettelijke hoven niet tot de wetgevende en de uitvoerende macht behoren. Hieronder wordt onderzocht welke autonomie deze hoven genieten, waarbij eerst de normatieve autonomie aan bod komt. De normatieve autonomie houdt in dat een grondwettelijk hof meewerkt aan de uitvaardiging van de normen die op het hof betrekking hebben¹⁵⁸² en dat het hof in beperkte mate zelf

¹⁵⁷⁷ F. JACQUELOT, "L'autonomie financière des Cours constitutionnelles: l'expérience du Conseil constitutionnel français", *Le budget de la Cour constitutionnelle: un facteur déterminant de son indépendance*, Sarajevo, 14-15 oktober 2004, 4 en J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 114.

¹⁵⁷⁸ L. FAVOREU, "Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français", 70. "Un pouvoir constitutionnelle à part entière" bij F. JACQUELOT, "L'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel", 5 e.v.

¹⁵⁷⁹ A. STONE, *The Birth of Judicial Politics in France*, 108-109.

¹⁵⁸⁰ De *Conseil* heeft zelf stappen ondernomen om zijn toetsing te jurisdictionaliseren en de tegensprekelijkheid en transparantie van deze procedure te waarborgen: de verzoekschriften en de opmerkingen van de regering worden gepubliceerd, *amici curiae* ("porte étroite") worden toegelaten... Pro de kwalificatie als rechtscollege zijn onder meer, ook voor meer verwijzingen, L. FAVOREU, "Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français", 67-69 en J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", 1754. Naast STONE, was ook BALAT (in 1983) van mening dat de *Conseil constitutionnel* deel uitmaakt van de wetgevende macht. Zie J.-C. BALAT, *La nature juridique du contrôle de constitutionnalité des lois dans le cadre de l'article 61 de la Constitution de 1958*, 80-81.

¹⁵⁸¹ M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 13.

¹⁵⁸² J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 97.

zijn werking in reglementen kan bepalen. FAVOREU noemt deze autonomie essentieel voor de "justice constitutionnelle"¹⁵⁸³.

(1) HET GRONDWETTELIJK HOF

535. *Reglementen van orde en richtlijnen* – Het Grondwettelijk Hof geniet een zekere normatieve autonomie. Hoewel dit niet uitdrukkelijk wordt voorgeschreven, wordt het hof, vertegenwoordigd door zijn voorzitters, doorgaans betrokken bij de totstandkoming van de regelgeving die op het Grondwettelijk Hof toepasselijk is.¹⁵⁸⁴ Het hof kan ook toezicht houden op de wetgeving die op het hof toepasselijk is: het is bevoegd om de Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof – zoals elke (bijzondere) wet – te toetsen aan de bevoegdheidverdelende regels en aan de andere referentienormen.¹⁵⁸⁵ Ten slotte vaardigt het hof eigen reglementen van orde uit, die krachtens artikel 122 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof in het *Belgisch Staatsblad* moeten worden bekendgemaakt.¹⁵⁸⁶

(2) BUITENBLIK

536. *Bundesverfassungsgericht* – Uit de aard van het *Bundesverfassungsgericht* als *Verfassungsorgan* volgt dat het hof normatieve autonomie geniet: het is bevoegd om een eigen huishoudelijk reglement op te stellen.¹⁵⁸⁷ Het *Bundesverfassungsgericht* kan ook in plenaire samenstelling beslissen om de taakverdeling tussen de eerste en tweede *Senat* te wijzigen.¹⁵⁸⁸ Het hof is ook bevoegd om de *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* te toetsen.

¹⁵⁸³ Geciteerd door J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 97.

¹⁵⁸⁴ Zie onder meer Verslag namens de Commissie voor Institutionele Aangelegenheden bij Ontwerp van bijzondere wet tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St. Senaat* 2002-03, nr. 2-897/6, 169 e.v. Voor nog meer verwijzingen, zie J. T. DEBRY, "La désignation et les attributions des présidents de la Cour constitutionnelle", in P. MARTENS (ed.), *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l'homme. Liber Amicorum Michel Melchior*, Brussel, Anthemis, 2010, 65 (voetnoot 100).

¹⁵⁸⁵ GwH 28 maart 2002, nr. 62/2002; 19 januari 2000, nr. 1/2000 en 26 mei 1999, nr. 55/99 (drie prejudiciële vragen over de grondwettigheid van artikel 26 Bijz. Wet GwH).

¹⁵⁸⁶ In het reglement van orde van 15 december 1987, *BS* 29 december 1987, bevestigd bij beslissing van het Grondwettelijk Hof van 14 februari 1989, *BS* 23 februari 1989, wordt de vertegenwoordiging van het hof geregeld, alsook zijn bevoegdheid om procedureregels uit te leggen of toe te lichten, zijn bevoegdheid inzake het administratief beheer en controle (verbintenissen en betalingsopdrachten, controle van de rekeningen en ontlastingen en het personeel). Ook regelt het hof de mogelijkheid om het ambt van griffier door een referendaris te laten uitoefenen (beslissing van het Grondwettelijk Hof van 24 november 1994 betreffende de uitvoering van het ambt van griffier door een referendaris, *BS* 2 december 1994) en de rechtspleging inzake laattijdig ingediende memories (richtlijn van het Grondwettelijk Hof van 20 juni 1996 betreffende laattijdige memories, *BS* 23 juli 1996).

¹⁵⁸⁷ Thans is deze bevoegdheid gecodificeerd in artikel 1, § 3 *BVerfGG*. Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 15 (§ 1, nr. 31) en K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht* (2012), 20. Deze reglementen worden door de voorzitter van het *Bundesverfassungsgericht* in het *Bundesgesetzblatt* bekendgemaakt.

¹⁵⁸⁸ Artikel 14, § 4 *BVerfGG*.

537. *Conseil constitutionnel* – Krachtens artikel 56 van de organieke wet op de *Conseil constitutionnel* vult de *Conseil* de voor de *Conseil* toepasselijke procedureregels¹⁵⁸⁹ aan met reglementen van orde: deze hebben dezelfde rechtskracht als de Organieke Wet *Conseil constitutionnel*.¹⁵⁹⁰ De normatieve autonomie van de *Conseil* houdt aldus in dat deze zelf in belangrijke mate zijn organisatie en werking bepaalt en de wetgever daaromtrent een zekere terughoudendheid aan de dag moet leggen.¹⁵⁹¹ Tot op heden heeft de *Conseil* vier reglementen uitgevaardigd.¹⁵⁹² Het leeuwendeel van de organisatie en de werking van de *Conseil* is niet geformaliseerd, maar wordt door de praktijk bepaald.¹⁵⁹³ De *Conseil* is tevens bevoegd om de organieke wet op de *Conseil constitutionnel* te toetsen en hij toetst deze ook aan de onafhankelijkheid en het beginsel van de scheiding der machten, dit zijn de twee beginselen waarop de normatieve autonomie van de *Conseil* wordt gesteund.¹⁵⁹⁴ Ten slotte wordt de *Conseil constitutionnel* op voorhand betrokken bij de totstandkoming van bepaalde regelgeving die op hem toepasselijk is: deze regelgeving kan slechts op voorstel van of na overleg met de *Conseil* worden uitgevaardigd.¹⁵⁹⁵

538. *Supreme Court* – Ook het *Supreme Court* heeft een aanzienlijke normatieve autonomie. De procedure voor het aanhangig maken van zaken wordt volledig geregeld door de door de *Supreme Court* genomen en zeer gedetailleerde¹⁵⁹⁶ *Rules of the Court*.¹⁵⁹⁷ Het *Supreme Court* is bevoegd om de op het hof (en de lagere rechtbanken) toepasselijke regels inzake procedure, bewijs... aan de *US Constitution* te toetsen.

¹⁵⁸⁹ De beperking tot “procedureregels” houdt in wezen geen beperking in op de normatieve bevoegdheid van de *Conseil constitutionnel*. De *Conseil* acht zich daartoe ook niet echt gebonden, gelet op zijn reglement van orde van 27 juni 2001 over zijn archieven. Voor meer, zie J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 99.

¹⁵⁹⁰ Alleen een organieke wet kan aldus wijzigingen aanbrengen aan de procedureregels die de *Conseil* in zijn reglement heeft bepaald, zoals is gebeurd bij de Organieke wet nr. 2008-695 van 15 juli 2008 betreffende de archieven van de *Conseil constitutionnel*. Zie ook F. JACQUELOT, “L'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel”, II.B en J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 101.

¹⁵⁹¹ F. JACQUELOT, “L'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel”, II.B. Dit verklaart dat de procedureregels in verband met de wraking en de onthouding in de procedure met betrekking tot de prioritaire vraag ook in een reglement, en dus niet bij wet, worden geregeld. Zie *infra*, randnummer 698.

¹⁵⁹² Reglement van 15 december 1986 over de procedure bij het verkiezingscontentieux van volksvertegenwoordigers en senatoren, *JO* van 31 mei 1959, p. 5505; van 5 oktober 1998 over het contentieux met betrekking tot de bezwaren naar aanleiding van een referendum, *JO* van 6 oktober 1988, p. 12607; van 27 juni 2001 over de archieven van de *Conseil*, *JO* van 1 juli 2001, p. 10590 en van 4 februari 2010 over de procedure van de *question prioritaire*, *JO* 18 februari 2010 en gewijzigd op 24 juni 2010 en 21 juni 2011.

¹⁵⁹³ F. JACQUELOT, “L'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel”, II.B.

¹⁵⁹⁴ Cons. const. 9 juli 2008, nr. 2008-566 DC, nrs. 7-8. Zie ook L. FAVOREU, “Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français”, 81.

¹⁵⁹⁵ Bijvoorbeeld de in de Ministerraad genomen decreten waarin de verplichtingen van de rechters worden bepaald, waarin de organisatie van de *Secrétaire général* wordt geregeld en waarin de modaliteiten van de toepassing van de Organieke Wet worden bepaald (artikelen 7, 15 en 55 van de Organieke Wet *Conseil constitutionnel*). Zie ook J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 98.

¹⁵⁹⁶ Zo is het aantal woorden die de procedurestukken mogen bevatten, begrensd en moet het voorblad de juiste kleur dragen (*Rule 33*).

¹⁵⁹⁷ Deze *Rules* moeten verenigbaar zijn met de wetten en met de voorschriften in artikel 2072 van Titel 28 van de *United States Code* (28 U.S.C. 2071).

C. DE ORGANISATORISCHE AUTONOMIE

539. *Organisatorische autonomie* – Naast een normatieve autonomie, die voor de drie grondwettelijke hoven vergelijkbaar is, moet een grondwettelijk hof ook een organisatorische autonomie genieten. Opdat een instelling ten volle onafhankelijk zou zijn, moet zij zelf kunnen beslissen over haar organisatie en moet zij over eigen personeel beschikken, waarvan zij de verloning zelf kan bepalen.¹⁵⁹⁸

(1) HET GRONDWETTELIJK HOF

540. *Organisatorische autonomie* – Het Grondwettelijk Hof stelt de personeelsformatie en het taalkader van het personeel vast.¹⁵⁹⁹ Het benoemt en ontslaat de leden van het personeel en beslist over zijn opdrachten, zijn verhindering en zijn vervanging, zijn afwezigheid, zijn verlof en zijn vakantie.¹⁶⁰⁰ Het (maximaal) aantal referendarissen wordt in de bijzondere wet bepaald, doch het Grondwettelijk Hof beslist hoe zij worden ingezet.¹⁶⁰¹ Eén van de belangrijkste organisatorische beslissingen van het Grondwettelijk Hof houdt in dat het hof beslist op welke wijze zijn voorzitters worden gekozen: omwille van het belang van de rol van de voorzitter, wordt dit verder uitgebreid besproken.

¹⁵⁹⁸ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et al.*, *Droit constitutionnel* 2012, 258; J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 94 en C. ZURN, *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*, 278.

¹⁵⁹⁹ Artikel 42 Bijz.Wet GwH. De personeelsformatie en het taalkader worden door de Koning goedgekeurd. De recentste zijn de koninklijk besluiten van 23 augustus 2014 "tot verlenging van de taalkaders voor het personeel van het Grondwettelijk Hof", *BS* 18 september 2014; van 25 februari 2007 "tot goedkeuring van de personeelsformatie van het Arbitragehof", en "tot vaststelling, met het oog op de toepassing van artikel 43 van de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, gecoördineerd op 18 juli 1966, van de betrekkingen van het personeel van het Arbitragehof die eenzelfde trap van de hiërarchie vormen en tot goedkeuring van de taalkaders voor het personeel van het Arbitragehof", *BS* 27 februari 2007, en van 30 september 1994 "tot goedkeuring van het reglement houdende tuchtrechtelijk statuut van het administratief personeel van het Arbitragehof", *BS* 28 oktober 1994. M. BOSSUYT, R. LEYSEN en B. RENAULD, "Séparation des pouvoirs et indépendance des cours constitutionnelles et instances équivalentes - Rapport de la Cour constitutionnelle de Belgique", *Séparation des pouvoirs et indépendance des cours constitutionnelles et instances équivalentes*, Rio de Janeiro, 16-18 januari 2011, 6. Het personeel is in beginsel onderworpen aan de wettelijke en statutaire regelen die van toepassing zijn op de in vast verband benoemde ambtenaren. De beslissingen van het Grondwettelijk Hof ten aanzien van zijn personeel zijn vatbaar voor beroep bij de Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak (art. 14, § 1, 2° RvS-wet).

¹⁶⁰⁰ Artikelen 42 en 43 Bijz.Wet GwH.

¹⁶⁰¹ De bijzondere wetgever heeft zich afgevraagd of hij dit zelf dan wel het hof moest beslissen en heeft deze bevoegdheid, ook op vraag van het hof, aan het hof gelaten. Zie onder meer Verslag namens de Commissie voor Institutionele Aangelegenheden bij Ontwerp van bijzondere wet tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-897/6, 175. Zie ook A ALEN, "Toespraak ter gelegenheid van de installatie op 19 maart 2014 van Mevr. Riet Leysen als rechter in het Grondwettelijk Hof", *vindplaats terug te vinden in de bibliografie*, 4.

(2) BUITENBLIK

541. *Bundesverfassungsgericht* – Uit de aard van het *Bundesverfassungsgericht* als *Verfassungsorgan* volgt dat het hof organisatorische autonomie geniet: het is bevoegd om zelf de regelingen inzake het personeel te bepalen en de voorzitter van het hof is diensthoofd van het personeel.¹⁶⁰² De kwalificatie als *Verfassungsorgan* houdt niet in dat het hof onbelemmerd zijn rechtsprekende bevoegdheid kan uitbreiden.¹⁶⁰³

542. *Conseil constitutionnel* – De *Conseil constitutionnel* bepaalt zijn werking en beslist over de aanwerving van personeel. Slechts twee functies moeten krachtens de wet worden ingevuld: deze van *Secrétaire général* en van *trésorier*, beiden benoemd door de voorzitter.¹⁶⁰⁴

543. *Supreme Court* – Het *Supreme Court* bepaalt in grote mate zelf welk personeel het nodig heeft en bepaalt de wedden ervan: slechts enkele functies zijn door de wet bepaald, zoals deze van de *law clerks*, de *Marshal*...¹⁶⁰⁵

D. DE FINANCIËLE AUTONOMIE

544. *Financiële autonomie* – Voor de onafhankelijkheid van een grondwettelijk hof is het essentieel dat het hof een ruime financiële autonomie geniet: alleen op deze wijze kan het zijn organisatorische autonomie uitoefenen en de goede werking van zijn instelling waarborgen.¹⁶⁰⁶ Het houdt in dat een grondwettelijk hof zelf zijn werkingsbudget mag bepalen, de nodige middelen ontvangt en zijn werkingsbudget vrij kan besteden.¹⁶⁰⁷

(1) HET GRONDWETTELIJK HOF

545. *Dotatie* – Krachtens artikel 123, § 1 van de Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof worden de kredieten die voor de werking van het Grondwettelijk Hof nodig zijn op de

¹⁶⁰² E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 59 (§ 4, nr. 110) en K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 20 (nr. 29).

¹⁶⁰³ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 58 (§ 4, nr. 110) en K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht (2004)*, 23-27 (nrs. 34-36).

¹⁶⁰⁴ Zie, uitgebreid, J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 95 e.v.

¹⁶⁰⁵ 28 U.S.C. 671 of Titel 28, Deel III, Hoofdstuk 45 *United States Code*.

¹⁶⁰⁶ A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht (2011)*, 487; R. HENNEUSE en G. ROSOUX, "L'indépendance des juges constitutionnels en Belgique: aspects institutionnels, aspects individuels", *Séminaire international sur les "garanties pour l'indépendance des juges constitutionnels"*, Boekarest, 23-24 november 2006, 10 (databank Grondwettelijk Hof) en C. ZURN, *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*, 277.

¹⁶⁰⁷ T. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Parijs, Economica, 1994, 53 en 60; J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 89 en X, "Rapport national français - Séparation des pouvoirs et indépendance des cours constitutionnelles et instances équivalentes", 4.

begroting van de dotaties uitgetrokken.¹⁶⁰⁸ Een dotatie is een krediet dat is opgenomen in de algemene uitgavenbegroting maar waarvan de besteding vrij door de dotatiegerechtigde instelling wordt bepaald.¹⁶⁰⁹ Naar aanleiding van een akkoord tussen de Kamer van volksvertegenwoordigers en het Grondwettelijk Hof is de gewoonte ontstaan dat het hof een begroting¹⁶¹⁰ opmaakt op grond waarvan de gevraagde dotatie aan de voorzitter van de Kamer wordt voorgelegd en aan de minister van Begroting wordt meegedeeld.¹⁶¹¹ Elk jaar wordt het hof, vertegenwoordigd door de voorzitter(s) of door de griffiers, uitgenodigd om de dotatie te bespreken in de Commissie voor Comptabiliteit.¹⁶¹² Het Grondwettelijk Hof keurt zelf zijn rekeningen goed, nadat deze aan het Rekenhof werden voorgelegd.¹⁶¹³

546. *In de greep van de wetgever* – Sinds 2000 proberen de parlementsleden het Grondwettelijk Hof aan een strenger financieel toezicht te onderwerpen en dit uit te oefenen op de begrotingsvoorstellen, op de uitvoering van de begroting en op de rekeningen. Dit gebeurde eerst bij een beslissing van de Commissie voor de Comptabiliteit¹⁶¹⁴, in juni 2002 bij een protocol tussen de Kamervoorzitter en de voorzitters van het Grondwettelijk Hof¹⁶¹⁵ en vervolgens bij wetgevende initiatieven¹⁶¹⁶. De Kamer en de Senaat waren het evenwel oneens over de reikwijdte van het parlementaire toezicht. “[Om

¹⁶⁰⁸ Over de uitdaging om deze bevoegdheid voor het eerst uit te voeren in 1984-1985, zie *Parl.St.* Kamer 1999-2000, “Arbitragehof – begroting van het begrotingsjaar 2000- aanpassing van de dotatie van het begrotingsjaar 2000”, nr. 50-693/1, 7.

¹⁶⁰⁹ Adv. RvS nr. 31.626/4 bij het wetsvoorstel tot wijziging van een aantal wetten betreffende de dotaties aan het Rekenhof, de vaste comités van toezicht op de politie- en inlichtingendiensten, de federale ombudsmannen en de benoemingscommissies voor het notariaat, *Parl.St.* Kamer 2000-01, nr. 50-986/6. Zie ook A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht (2011)*, 487.

¹⁶¹⁰ Bij beslissing van 24 maart 2000 van de Commissie voor de Comptabiliteit moet deze in een begrotingsschema worden gegoten dat vergelijkbaar is met dat van de Kamer en van het Rekenhof. Of het Grondwettelijk Hof deze beslissing zou volgen, was niet zeker. De voorzitters van het Grondwettelijk Hof zouden aan het hof, in voltallige zitting, het verzoek voorleggen hun eigen begrotingsschema verder te detailleren, in afwijking van de tot op dat moment geldende praktijk. Daartoe achtten zij het vereist de draagwijdte te kennen van het detailleren van die begroting, in het licht van de thans bestaande en verder gewenste beheersautonomie. *Parl.St.* Kamer 1999-2000, “Arbitragehof – begroting van het begrotingsjaar 2000- aanpassing van de dotatie van het begrotingsjaar 2000”, nr. 50-693/1, 13-14 en 16.

¹⁶¹¹ Er wordt doorgaans een dotatie gevraagd die onder het bedrag ligt van de uitgewerkte ontwerpbegroting. *Parl.St.* Kamer 1999-2000, “Arbitragehof – begroting van het begrotingsjaar 2000- aanpassing van de dotatie van het begrotingsjaar 2000”, nr. 50-693/1, 9.

¹⁶¹² Zie ook J. T. DEBRY, “La désignation et les attributions des présidents de la Cour constitutionnelle”, 66.

¹⁶¹³ Op 24 maart 2000 besliste de Commissie voor de Comptabiliteit dat het Rekenhof de uitvoering van de begroting en de rekeningen zal controleren en daarover schriftelijk zal rapporteren aan de commissie. *Parl.St.* Kamer 1999-2000, “Arbitragehof – begroting van het begrotingsjaar 2000- aanpassing van de dotatie van het begrotingsjaar 2000”, nr. 50-693/1, 5. In een protocol dd. 20 juni 2002, gesloten tussen het Grondwettelijk Hof en de Kamer, engageerde het hof zich daartoe. J. T. DEBRY, “La désignation et les attributions des présidents de la Cour constitutionnelle”, 57.

¹⁶¹⁴ *Parl.St.* Kamer 1999-2000, “Arbitragehof – begroting van het begrotingsjaar 2000- aanpassing van de dotatie van het begrotingsjaar 2000”, nr. 50-693/1, 4-5.

¹⁶¹⁵ Verslag namens de Commissie voor de Comptabiliteit, *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 51-552/1, 15. De voorzitters van het Rekenhof sturen jaarlijks een verslag aan de Kamer betreffende de door de (binnen het Grondwettelijk Hof zelf aangeduide) rechters-commissarissen vastgestelde jaarrekeningen.

¹⁶¹⁶ Zie voorstel van bijzondere wet tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, betreffende de dotatie aan dit hof, *Parl.St.* Kamer 2000-2001, nr. 50-987/1, dat in een volgende legislatuur een wetsontwerp is geworden, zie Ontwerp van bijzondere wet tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, betreffende de dotatie aan dit hof, *Parl.St.* Kamer 2008-2009, nr. 52-1937/1.

het Hof te beschermen] tegen eventuele weerpraak die de Kamer van volksvertegenwoordigers zou kunnen nemen omdat deze of gene wettelijke bepaling door het hof nietig zou zijn verklaard”¹⁶¹⁷, wilde de Senaat de bevoegdheid van de Kamer beperkt houden tot de bevoegdheid om de rekeningen van het hof op hun regelmatigheid te verifiëren en goed te keuren.¹⁶¹⁸ De Kamer nam evenwel aan dat zij de bevoegdheid zou hebben om de begrotingsvoorstellen van het hof te onderzoeken, zijn begroting goed te keuren en de regelmatigheid van de tenuitvoerlegging ervan te verifiëren, alsmede de regelmatigheid van de rekeningen na te gaan en ze goed te keuren.¹⁶¹⁹ Door de regeringsval in 2010, is dit wetsontwerp vervallen, wellicht niet tot spijt van het Grondwettelijk Hof dat, naar aanleiding van de poging van de Commissie voor de Comptabiliteit, eerder al had verklaard:

“Onder de staatsinstellingen is het Arbitragehof geroepen om op te treden als scheidsrechter tussen de verschillende wetgevers van het federale België en als mogelijke constitutionele censor van hun wetgevende handelingen. Het zou met de constitutionele orde wellicht niet helemaal verzoenbaar zijn dat het Arbitragehof onder een al te rigied toezicht zou komen van (slechts) één van die wetgevende vergaderingen of een orgaan dat er een emanatie van is.”¹⁶²⁰

547. Voorzichtige begrotingen – Uit een analyse van de algemene uitgavenbegrotingen en hun verantwoordingsstukken van de laatste tien jaar blijkt dat de begroting van het Grondwettelijk Hof steeds voorzichtig is opgemaakt: elk jaar geeft het Grondwettelijk Hof iets minder uit dan begroot. Het laatste decennium werden zelden begrotingsartikelen overschreden. De gevraagde dotatie stijgt evenwel elk jaar, omdat de grootste uitgavenpost (85%) personeelsuitgaven is: de wedden van de leden van het Grondwettelijk Hof, van de referendarissen en griffiers en van het personeel.

548. Financiële autonomie? – Om de financiële autonomie van het Grondwettelijk Hof te bepalen, is het belangrijk na te gaan of de Kamer van volksvertegenwoordigers aan het hof de dotatie toekent die het hof vraagt. Aanvankelijk was dit het geval en het hof kreeg omwille van (heel) bijzondere redenen soms een bijkrediet.¹⁶²¹ Sinds meer dan tien jaar krijgt het hof niet altijd – zeg maar eerder zelden – de gevraagde dotatie. Niet alleen wordt de gevraagde dotatie voor het eerstvolgende begrotingsjaar elk jaar verminderd met het

¹⁶¹⁷ *Parl.St. Kamer 2008-2009*, nr. 50-1936/2, 3 (bij de bespreking van een wetsontwerp met een vergelijkbare inhoud met betrekking tot de Hoge Raad voor de Justitie).

¹⁶¹⁸ Ontwerp van bijzondere wet tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, betreffende de dotatie aan dit hof, *Parl.St. Kamer 2008-2009*, nr. 52-1937/1.

¹⁶¹⁹ Ontwerp van bijzondere wet tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, betreffende de dotatie aan dit hof, *Parl. St. Kamer 2008-2009*, nr. 52-1937/4 en nr. 52-1937/5.

¹⁶²⁰ *Parl.St.Kamer 1999-2000*, “Arbitragehof – begroting van het begrotingsjaar 2000- aanpassing van de dotatie van het begrotingsjaar 2000”, nr. 50-693/1, 10.

¹⁶²¹ In 2003 krijgt het hof een bijkrediet omwille van zijn bevoegdheidsuitbreiding. In 2000 krijgt het hof 7.800.000 frank (cc. 194.352 euro) bovenop de begrote dotatie, voor de financiering van het XII^{de} Conferentie van Europese grondwettelijke hoven te Brussel in mei 2002. *Parl.St. Kamer 1999-2000*, “Arbitragehof – begroting van het begrotingsjaar 2000- aanpassing van de dotatie van het begrotingsjaar 2000”, nr. 50-693/1, 3.

boni van het aan het lopende begrotingsjaar voorafgaande werkingsjaar¹⁶²², maar ook met de reserve die het Grondwettelijk Hof vóór 2000 heeft opgebouwd of wordt het bedrag van de gevraagde dotatie slechts bereikt dankzij dotatie-overschotten van andere dotatiegerechtigde instellingen¹⁶²³.

Daarenboven krijgt het Grondwettelijk Hof soms een lagere dotatie dan het jaar tevoren en moet het hof dus besparen. Dit gebeurde voor het eerst in 2009: de federale regering stelde een lager dotatiebedrag voor dan dat het hof in 2008 had gekregen. Ook voor de begroting van 2010 werd op het begrotingsconclaf beslist dat het Grondwettelijk Hof minder moest uitgeven dan het het jaar tevoren had uitgegeven en als dotatie had gekregen.¹⁶²⁴ Voor de begroting van 2013 heeft de Commissie voor de Comptabiliteit bovendien beslist om niet alleen het boni van het voorafgaande werkingsjaar maar de volledige reserve van het Grondwettelijk Hof (2.008.000 euro – samen met de geraamde financiële opbrengst) in rekening te brengen voor het bepalen van de dotatie: de reserve moet aldus volledig worden opgenomen om de werking van het Grondwettelijk Hof te financieren.¹⁶²⁵ Ten slotte moet het Grondwettelijk Hof, zoals alle instellingen, vanaf 2014 jaarlijks twee procent besparen.¹⁶²⁶

Tweemaal, telkens bij aanzienlijke opgelegde besparingen, hebben de voorzitters van het Grondwettelijk Hof de gevraagde dotatie in de Commissie voor de Comptabiliteit verantwoord. Hoewel het Grondwettelijk Hof inziet dat elke instelling een inspanning moet doen wanneer het budgettaire moeilijke tijden zijn, uiten de voorzitters sterke bezwaren bij grote besparingsinspanningen. In 2009 legde de voorzitter uit dat de door het Grondwettelijk Hof gevraagde verhoging van de dotatie de hogere personeelsuitgaven, veroorzaakt door drie indexsprongen in 2008, een eventuele indexsprong in 2009 en de weddenaanpassingen en de verhoging van de verplaatsingskosten moest financieren: dit zijn uitgaven waarop het Grondwettelijk Hof geen of weinig invloed heeft. Bovendien laakte de voorzitter – terecht – dat geen enkel voorafgaand overleg is uitgegaan van de Eerste minister of van de staatssecretaris van Begroting. Ten slotte benadrukte hij dat een verlaging van de dotatie niet anders dan nadelig kon zijn voor de goede werking van het hof en achtte hij het noodzakelijk voor de autonomie en de goede werking van zijn diensten dat

¹⁶²² Een beginsel dat de Commissie voor de comptabiliteit voor elke dotatie-instelling hanteert, zie onder meer Verslag namens de Commissie voor de Comptabiliteit, *Parl.St.* Kamer 2009-2010, nr. 52-2295/1, 4.

¹⁶²³ De dotaties van de federale instellingen worden samen genomen en moeten gelijk blijven (worden bevroren). Wanneer één instelling bespaart, kan een andere instelling een grotere dotatie krijgen.

¹⁶²⁴ In de verantwoordingsstukken is alleen terug te vinden "(begrotingsconclaf)". *Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 53-2224/2, 6. Het is nochtans niet alleen de regering die vindt dat het Grondwettelijk Hof moet besparen: soms kent de Kamer, op initiatief van de Commissie voor Comptabiliteit, een lager bedrag van dotatie goed dan de regering had voorgesteld (zie tabel).

¹⁶²⁵ Amendementen op het wetsontwerp houdende de algemene uitgavenbegroting voor het begrotingsjaar 2013, *Parl.St.* Kamer 2012-2013, nr. 53-2521/8, 5 en Verslag namens de Commissie voor de Comptabiliteit, *Parl.St.* Kamer 2012-2013, nr. 53-2578/1, 14. Om zijn autonomie te waarborgen, wenst het Grondwettelijk Hof nochtans over een reserve te beschikken, die zes maanden werking zou toelaten. Deze reserve zou dan vijf miljoen euro moeten bedragen. Verslag namens de Commissie voor de Comptabiliteit, *Parl.St.* Kamer 2012-2013, nr. 53-2578/1, 13. R. HENNEUSE en G. ROSOUX, "L'indépendance des juges constitutionnels en Belgique: aspects institutionnels, aspects individuels", 11 (databank Grondwettelijk Hof).

¹⁶²⁶ *Parl.St.* Kamer 2014-2015, nr. 54-68/1, 10.

er zo min mogelijk beroep op de reserves wordt gedaan: deze dienen immers om betalingen te doen alvorens de dotatie beschikbaar is en om dringende vernieuwings- en restauratiewerken te laten uitvoeren die de Regie der Gebouwen niet kan financieren.¹⁶²⁷ Omwille van deze bezwaren heeft de Commissie voor de Comptabiliteit een extra inspanning gedaan om een hogere dotatie voor te stellen dan de regering had gedaan.

In 2014 benadrukte de voorzitter dat voor de lineaire besparing van twee procent moet worden uitgegaan van de (aangepaste) begrotingen, en niet van de dotaties. Daarnaast legde hij de gevolgen van specifieke aspecten van de organisatie en werking van het Grondwettelijk Hof op zijn begroting uit. Vooreerst heeft het Grondwettelijk Hof weinig invloed op de personeelskost: het aantal referendarissen wordt door de bijzondere wet bepaald en is gedaald sinds 2010. Door een verwachte toename van de werklast door de Zesde Staatshervorming kan niet meer op personeel worden bespaard. Bovendien zijn er aanzienlijke werkingskosten ten gevolge van wettelijke verplichtingen. Het Grondwettelijk Hof heeft voorgesteld een aantal hiervan te verminderen door wetgevend ingrijpen. Verder komen er steeds meer kosten aan het gebouw dat al meer dan twintig jaar in gebruik is. Ten slotte benadrukte de voorzitter dat het Grondwettelijk Hof slechts kan voldoen aan de in hem gestelde verwachtingen als behoeder van de fundamentele rechten en vrijheden en van de bevoegdheidsverdeling, wanneer het over voldoende middelen beschikt.¹⁶²⁸

Een overzicht van de cijfers is terug te vinden in de volgende tabel.

¹⁶²⁷ Verslag namens de Commissie voor de Comptabiliteit, *Parl.St.* Kamer 2008-2009, nr. 52-1636/1, 18-19.
¹⁶²⁸ *Parl.St.* Kamer 2014-2015, nr. 54-68/1, 11-12.

Tabel: Begroting en dotatie Grondwettelijk Hof 2002-2015

| | BEGROTING VAN HET HOF | DOOR HET HOF GEVRAAGDE DOTATIE ¹⁶²⁹ | DOOR DE REGERING VOORGESTELDE DOTATIE | DOOR HET PARLEMENT TOEGEKENDE DOTATIE | RESERVE | DOTATIE-OVERSCHOT | BONI | GEREALISEERD |
|------|-----------------------|--|---------------------------------------|---|-----------|-------------------|---|--------------|
| 2015 | 10.566.000 | 10.146.000 | 9.873.000 | 9.951.000 | 418.000 | | | |
| 2014 | 10.459.000 | 10.242.000 | 10.258.000 | 9.951.000 | | | 204.000 boni 2012 | |
| 2013 | 10.300.000 | 10.300.000 | 10.300.000 | 8.279.000 | 2.008.000 | | | 9.962.092,47 |
| 2012 | 10.213.000 | 10.200.000 | 9.474.000 | 9.700.000 | 303.853 | 210.147 | | 9.547.524 |
| 2011 | 9.880.000 | 9.880.000 | 9.357.500 | 9.490.000 | 357.500 | 132.00 | | 9.483.020 |
| 2010 | 9.880.000 | 9.500.000 | 9.246.000 | 9.357.500 | | | 142.500 (hypothetische boni 2009) en besparing van 1.5% | 9.168.128 |
| 2009 | 9.770.700 | 9.770.700 (akkoord 300.000 reserve) | 8.830.000 | 9.464.000 | 300.000 | | 7190 boni 2007 | 8.974.312,17 |
| 2008 | 9.205.000 | 9.205.000 | 8.915.000 | 8.915.000 | | | Boni 2006 | 8.834.842 |
| 2007 | 8.420.000 | 8.420.000 | 8.235.000 | 8.235.000 | 185.000 | | | 8.249.806 |
| 2006 | 7.798.000 | 7.798.000 | 7.623.000 | 7.623.000 | 175.000 | | | 7.350.135 |
| 2005 | 7.623.000 | 7.623.000 | 6.861.000 | 6.861.000 | 593.502 | | 168.498 van boni 2003 | 7.228.574 |
| 2004 | 7.406.000 | 7.406.000 | 7.406.000 | 6.717.000 | 688.500 | | | 6.953.518 |
| 2003 | 9.717.000 | 9.717.000 | 6.459.000 | 6.477.500 240.000¹⁶³⁰ | | | | 6.612.569 |
| 2002 | 6.392.000 | 6.392.000 | 6.392.000 | 5.894.908 | 497.092 | | | 6.336.928 |

¹⁶²⁹ Dit is niet altijd hetzelfde bedrag als de begroting, omdat het Grondwettelijk Hof al rekening houdt met de boni of voorstelt een deel van de reserve aan te wenden.

¹⁶³⁰ Bijkrediet omwille van de uitbreiding van de bevoegdheden van het Grondwettelijk Hof, wat extra personeel noodzaakte.

549. *Bundesverfassungsgericht* – Het *Bundesverfassungsgericht* beheert zelf zijn geld¹⁶³¹ en maakt een begroting aan de minister van Financiën over.¹⁶³² Om de onafhankelijkheid van het *Bundesverfassungsgericht* te waarborgen, mag de minister deze begroting niet wijzigen, tenzij het hof met de wijzigingen heeft ingestemd¹⁶³³: hij mag wel zijn afkeuring in het wetsontwerp van de begroting vermelden¹⁶³⁴ en hij deelt dit mee aan de regering. De begroting wordt tegelijk in de *Bundestag* en in de *Bundesrat* ingediend.¹⁶³⁵ Uit het overzicht op de website van het *Bundesministerium der Finanzen* kan worden afgeleid dat het *Bundesverfassungsgericht* een gedetailleerd begrotingsontwerp opmaakt.¹⁶³⁶

550. *Conseil constitutionnel* – Zonder een uitdrukkelijke wettelijke grondslag daarvoor, geniet de *Conseil constitutionnel* een algemeen erkende financiële autonomie, die even ver reikt als de financiële autonomie van het Parlement of van de President van de Franse Republiek. Deze financiële autonomie zou op de grondwet steunen, zodat deze slechts door een grondwetswijziging kan worden beperkt.¹⁶³⁷ De *Conseil* stelt zelf dat deze autonomie haar grondslag in het beginsel van de scheiding der machten vindt.¹⁶³⁸ De financiële autonomie moet immers de voor de scheiding der machten noodzakelijke onafhankelijkheid van de *Conseil* waarborgen.¹⁶³⁹ De scheiding der machten verbiedt tevens dat de begroting van de *Conseil* onder een rubriek van een andere instelling in de algemene begroting zou worden ingeschreven.¹⁶⁴⁰

¹⁶³¹ 24,9 miljoen euro in 2011, te vinden op <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/organisation.html>, en 39,8 miljoen euro in 2013, te vinden op <http://www.bundeshaushalt-info.de/startseite/#/2013/soll/ausgaben/einzelplan/1901.html>.

¹⁶³² E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 58 (§ 4, nr. 110) en D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 175 (§ 1, nr. 9).

¹⁶³³ Artikel 28, derde lid *Bundeshaushaltsordnung*. Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 59 (§4, nr. 110) en K. SCHLAICH en S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 20 (nr. 29) en K. VON LEWINSKI en D. BURBAR, *Bundeshaushaltsordnung, Nomos*, 2013, nr. 10.

¹⁶³⁴ Artikel 28, derde lid *Bundeshaushaltsordnung*. Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 59 (§ 4, nr. 110) en F. JACQUELOT, "L'autonomie financière des Cours constitutionnelles: l'expérience du Conseil constitutionnel français", 8.

¹⁶³⁵ Artikel 110, derde lid GG.

¹⁶³⁶ De begroting voor 2013 is te vinden op http://www.bundeshaushalt-info.de/fileadmin/de.bundeshaushalt/content_de/dokumente/2013/soll/epl19.pdf#page=11.

¹⁶³⁷ F. JACQUELOT, "L'autonomie financière des Cours constitutionnelles: l'expérience du Conseil constitutionnel français", 5. THOMAS noemt het een grondwettelijke gewoonte, zie J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 89.

¹⁶³⁸ Cons. const. 25 juli 2001, nr. 2001-448 DC, nr. 25.

¹⁶³⁹ F. JACQUELOT, "L'autonomie financière des Cours constitutionnelles: l'expérience du Conseil constitutionnel français", 4.

¹⁶⁴⁰ F. JACQUELOT, "L'autonomie financière des Cours constitutionnelles: l'expérience du Conseil constitutionnel français", 5.

De *Trésorier* maakt, eventueel in samenspraak met de voorzitter van de *Conseil* en de *Secrétaire général*, een begroting van de uitgaven. Na toezicht van de *Secrétaire général* en de financiële raadgever¹⁶⁴¹ keurt de voorzitter van de *Conseil* deze goed en stuurt de begroting naar de minister van Financiën, die ze – ongewijzigd – opneemt in de begrotingswet onder de rubriek “*pouvoirs publics*” (waarin ook deze van het Parlement en van de President van de Republiek worden opgenomen).¹⁶⁴² De verzendingsbrief aan de minister van Financiën is, op initiatief van de *Conseil*, aanzienlijk uitgebreid en kan een verantwoording of uitleg bevatten. De *Conseil* moet zijn begroting evenwel niet rechtvaardigen. Daarom heeft de *Conseil* in 2001 ook een interpretatievoorbehoud gemaakt bij artikel 115 van de *Loi de finances pour 2002*, dat de grondwettelijke organen verplichtte een “verklarend rapport” (“*rapport explicatif*”) aan hun begroting toe te voegen. De *Conseil* oordeelde dat deze verplichting geen afbreuk mag doen aan de regel dat de grondwettelijke organen zelf de voor hun werking noodzakelijke begroting bepalen.¹⁶⁴³

De *Conseil* mag zelf bepalen waaraan het werkingsbudget wordt besteed, wat tot een gewaardeerde flexibiliteit leidt.¹⁶⁴⁴ Intern worden de uitgaven bijgehouden: een driemaandelijks nazicht gebeurt door de *trésorier*, de financiële raadgever van het Rekenhof en de *Secrétaire général*.¹⁶⁴⁵ Toezicht op de besteding van de uitgaven kan worden uitgeoefend door het Rekenhof, op bevel van het Parlement of de regering, en door het Parlement zelf.¹⁶⁴⁶ In 2007 heeft een speciale verslaggever van de *Sénat*, ter voorbereiding van de wet op de financiën voor 2007, bij de *Conseil constitutionnel* een toezicht gehouden. Een toezicht op de besteding van publieke middelen is vanzelfsprekend een basisbeginsel van de Franse Republiek, doch door de transparantie die de *Conseil constitutionnel* toont, werd zulk toezicht als overbodig en kwetsend beschouwd.¹⁶⁴⁷

¹⁶⁴¹ Kamerpresident van het Rekenhof. De *Conseil constitutionnel* verwelkomt het advies van de financiële raadgever bij de verscheidene stappen van de opmaking van de begroting en de begrotingscontrole. Dit impliceert evenwel niet dat de *Conseil* onder het financiële toezicht van het Rekenhof staat en evenmin van de Inspectie van Financiën. F. JACQUELOT, "L'autonomie financière des Cours constitutionnelles: l'expérience du Conseil constitutionnel français", 7 en 11 en X, "Rapport national français - Séparation des pouvoirs et indépendance des cours constitutionnelles et instances équivalentes", 5.

¹⁶⁴² F. JACQUELOT, "L'autonomie financière des Cours constitutionnelles: l'expérience du Conseil constitutionnel français", 7 en X, "Rapport national français - Séparation des pouvoirs et indépendance des cours constitutionnelles et instances équivalentes", 4. Uitgebreider, zie J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 90 e.v.

¹⁶⁴³ Cons. const. 27 december 2001, nr. 2001-456 DC, nrs. 46-47.

¹⁶⁴⁴ X, "Rapport national français - Séparation des pouvoirs et indépendance des cours constitutionnelles et instances équivalentes", 4 en B. GENEVOIS, "Secrétaire général du Conseil constitutionnel: un témoignage", *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2009, 25^{ste} alinea.

¹⁶⁴⁵ F. JACQUELOT, "L'autonomie financière des Cours constitutionnelles: l'expérience du Conseil constitutionnel français", 11. Drie financiële beginselen zijn niet toepasselijk op de *Conseil*. Er is geen scheiding tussen de ordonnateur en de rekenplichtige (de ordonnateur is de voorzitter van de *Conseil*, de rekenplichtige is de *Trésorier*, doch die wordt door de voorzitter benoemd). Voorts gelden noch het specialiteitsbeginsel noch het annualiteitsbeginsel, zodat de *Conseil*, in uitzonderlijke gevallen, een niet-besteemd werkingsbudget in een reserve kan opsparen. Zie X, "Rapport national français - Séparation des pouvoirs et indépendance des cours constitutionnelles et instances équivalentes", 4 en J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 89 e.v.

¹⁶⁴⁶ J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 91.

¹⁶⁴⁷ J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 91-92.

551. *Supreme Court* – Krachtens de wet bepaalt het *Supreme Court* zelf de wedden van het leeuwendeel van zijn personeelsleden.¹⁶⁴⁸ De *Marshal* van het *Supreme Court* maakt de begroting van het hof (en van de federale rechterlijke macht) op, waarin het hof de uitgaven voor de wedden van de rechters en van de meer dan 400 personeelsleden en van de werkingskosten raamt. Hij verstuurt deze begroting naar de *Office of Management and Budget*. Deze dienst maakt de begroting ongewijzigd over aan de parlementaire subcomités die bevoegd zijn voor de rechterlijke macht. In het Parlement wordt deze begroting behandeld zoals de begroting van andere overheidsinstellingen en tijdens een publieke hoorzitting legt een *Justice* van het *Supreme Court* de begroting uit.¹⁶⁴⁹ Het *Supreme Court* zou zo voldoende financiële autonomie genieten, waardoor de werking en bijgevolg de onafhankelijkheid van het hof zijn gewaarborgd.¹⁶⁵⁰ Niettemin is, door de bevoegdheid van het *Congress* om de begroting te wijzigen en goed te keuren, deze autonomie niet onbeperkt.¹⁶⁵¹ Uit onderzoek zou blijken dat het *Congress* deze bevoegdheid als instrument gebruikt om aan het hof te signaleren of het met de rechtspraak van het Hof instemt. Hoe minder het akkoord is met de rechtspraak van het hof, hoe minder het *Congress* ingaat op de begrotingsvragen van het hof. Omgekeerd zou wel niet blijken dat het *Supreme Court* zijn rechtspraak aan het door het *Congress* gegeven signaal aanpast.¹⁶⁵²

(3) BESLUIT

552. *Gemeenschappelijke kenmerken en kritiek* – In de vier onderzochte landen geniet het grondwettelijk hof de autonomie om te bepalen hoeveel financiering het voor zijn werking nodig heeft. Een (federale) wetgevende vergadering moet evenwel met de begroting instemmen. Dit wordt als een *check* op het grondwettelijk hof beschouwd: een middel tot politieke verantwoording van een grondwettelijk hof.¹⁶⁵³ In België en de Verenigde Staten kent de wetgevende vergadering alvast niet steeds de gevraagde financiering toe. Daarnaast kunnen de bevoegde organen toezicht op de besteding van de uitgaven houden.

De wijze waarop de Kamer van volksvertegenwoordigers toezicht uitoefent op de begroting en de rekeningen van het Grondwettelijk Hof en de dotatie toekent, kan sterk worden bekritiseerd: de exclusieve bevoegdheid van de Kamer om de begroting goed te keuren en haar praktijk om de rekeningen na te zien roepen principiële bezwaren op en haar werkwijze roept praktische bezwaren op.

553. *Bevoegdheid van de Kamer* – De bevoegdheid van de Kamer van volksvertegenwoordigers om de dotatie van het Grondwettelijk Hof goed te keuren, doet vragen rijzen in het licht van de scheiding der machten en van het federale karakter van

¹⁶⁴⁸ 28 U.S.C. 671-677 of artikelen 671-677 van Titel 28, Deel III, Hoofdstuk 45 *United States Code*.

¹⁶⁴⁹ E. FROEDGE TOMA, "Congressional Influence and the Supreme Court", 134.

¹⁶⁵⁰ S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice*, Arlington, Bloomberg BNA, 2013, 10^{de} ed., 11.

¹⁶⁵¹ E. FROEDGE TOMA, "Congressional Influence and the Supreme Court", 146.

¹⁶⁵² E. FROEDGE TOMA, "Congressional Influence and the Supreme Court", 140-142.

¹⁶⁵³ J. H. CHOPER, "The Supreme Court and the Political Branches", 849.

België. De goedkeuring van een begroting van een federale instelling behoort in het licht van de grondwettelijke takenverdeling tussen de Kamer en de Senaat tot de bevoegdheid van de Kamer. Niettemin moet omwille van de eigenheid van het Grondwettelijk Hof worden heroverwogen of de Kamer inderdaad het meest geëigende orgaan is om alleen de dotatie van het Grondwettelijk Hof goed te keuren. Het hof toetst immers de grondwettigheid van wetgevende normen, goedgekeurd door het federale Parlement maar ook door de andere wetgevende vergaderingen. Misschien is het, in het licht van de scheiding der machten en van het federale karakter van België, niet gepast dat alléén de Kamer de dotatie goedkeurt: zoals in Duitsland, moet deze bevoegdheid wellicht eerder in samenspraak met de Senaat gebeuren. In de Senaat zijn immers de gemeenschappen en de gewesten vertegenwoordigd. Op deze manier wordt de dotatie toegekend, al dan niet onrechtstreeks, door alle wetgevers die aan het rechterlijk toezicht van het Grondwettelijk Hof zijn onderworpen.

554. *Toetsing van de rekening* – In de Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof wordt bepaald dat het Grondwettelijk Hof een dotatie krijgt. Het is eigen aan een dotatie dat dit een krediet is dat is opgenomen in de algemene uitgavenbegroting maar waarvan de besteding vrij door de dotatiegerechtigde instelling wordt bepaald.¹⁶⁵⁴ Het is vanzelfsprekend aanbevelingswaardig, in het licht van de transparantie en de goede besteding van overheidsmiddelen, dat het Grondwettelijk Hof een gedetailleerde begroting opmaakt en dat de parlementaire verslagen van de rekeningen openbaar zijn. Dit transparantievereiste houdt evenwel niet in dat de Kamer bevoegd zou zijn om na te gaan of het Grondwettelijk Hof bepaalde begrotingsartikelen heeft overschreden, indien de dotatie niet in haar geheel is overschreden, wat zij nochtans doet.

555. *Praktische bezwaren* – De werkwijze van de Kamer roept ook praktische bezwaren op. Wanneer een lagere dotatie wordt goedgekeurd dan door het Grondwettelijk Hof gevraagd, wordt niet nagegaan welke gevolgen dit voor de werking van het hof heeft. Uit de parlementaire verslagen blijkt niet dat de parlementsleden zich voldoende informeren over de draagwijdte van de besparingsmaatregelen. Ter zake is er echter ook een verantwoordelijkheid voor het Grondwettelijk Hof. Doorgaans vertegenwoordigt een griffier het hof in de Commissie voor de Comptabiliteit. Sinds 2002 vertegenwoordigden nog slechts twee maal de voorzitters het Grondwettelijk Hof. Telkens legden zij uitgebreid uit waarom een lagere dotatie werkingsproblemen bij het hof zou veroorzaken. In navolging van deze uitleg, heeft de commissie in 2009 haar uiterste best gedaan om een hogere dotatie goed te keuren dan de regering had voorgesteld. Naar het voorbeeld van de andere onderzochte landen, behoort het dan ook tot de taak van de beide voorzitters van het Grondwettelijk Hof om de begroting en de gevraagde dotatie in de commissie te bespreken en uit te leggen welke gevolgen eventuele besparingen zouden hebben. Dat zou overigens getuigen van een wederzijds respect voor de instellingen en van een bereidwilligheid tot dialoog. Zo gebeurde het in 2014 en hopelijk wordt dit in de toekomst jaarlijks herhaald.

556. *Grondwettigheidstoetsing* – Een grondige wijziging van de financiële autonomie kan alleen bij bijzondere wet: indien, zonder medewerking van het Grondwettelijk Hof, het

¹⁶⁵⁴ Zie *supra*, voetnoot 1609.

toezicht op de begrotingsvoorstellen, op de uitvoering van de begroting en op de rekeningen van het hof moet worden uitgebreid, moet de Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof worden gewijzigd. Het hof kan deze wijzigingen zelf op hun grondwettigheid toetsen: bijvoorbeeld op onrechtstreekse wijze via het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie aan de algemene rechtsbeginselen van de onafhankelijkheid van de rechter en van het evenwicht der machten. Het is vanzelfsprekend niet de bedoeling dat het tot zo'n ramkoers tussen de bijzondere wetgever en het Grondwettelijk Hof zou komen. Indien de bijzondere wetgever evenwel op aanzienlijke wijze de financiële autonomie van het Grondwettelijk Hof beperkt, valt niet uit te sluiten dat het Grondwettelijk Hof zich genoodzaakt kan voelen om de onafhankelijke werking van de instelling te waarborgen.

3. BESLUIT

557. *Onafhankelijkheid en evenwicht der machten* – De onafhankelijkheid van de rechter is een kernelement van het beginsel van het evenwicht der machten en van het recht op een eerlijk proces. Beide beginselen behoren tot de fundamenteën van de rechtsstaat. In dit eerste hoofdstuk worden het onafhankelijkheidsbeginsel en het beginsel van het evenwicht der machten als normatieve rechtsstaats-elementen gebruikt: hierin wordt immers de onafhankelijkheid van de grondwettelijke hoven in de vier landen onderzocht. Dit wordt bepaald door de starheid van de wetgeving die het bestaan van een grondwettelijk hof erkent en zijn bevoegdheid en inrichting regelt. Daarnaast genieten de grondwettelijke hoven bepaalde vormen van autonomie: een normatieve, organisatorische en financiële autonomie. Omdat deze vormen van autonomie niet onbeperkt zijn, is er een evenwicht der machten.

558. *Starre organieke wetgeving* – De wetgever en de President van de Verenigde Staten van Amerika hebben getracht de rechtspraak van het *Supreme Court* te beïnvloeden. Uit deze voorbeelden blijkt dat, voor de onafhankelijkheid van een grondwettelijk hof en dus voor de rechtsstaat, het van wezenlijk belang is dat de organieke wetgeving, die de bevoegdheid en inrichting van het hof bepaalt, sterk zijn verankerd: in de grondwet of in wetten die alleen bij een bijzondere meerderheidsvereiste kunnen worden gewijzigd. Uit de analyse blijkt dat het *Bundesverfassungsgericht* de stevigste fundamenteën heeft: zijn bestaan en bevoegdheden worden door de eeuwigheidsclausule beschermd. Daarna volgt het Grondwettelijk Hof: zijn bestaan en bevoegdheden worden in een starre Grondwet bepaald en zijn inrichting en werking in een bijzondere meerderheidswet. In de rechtsleer wordt de logge grondwetsherzieningsprocedure evenwel bekritiseerd en de politici hebben reeds aangegeven dat zij de verplichting tot het houden van grondwetgevende verkiezingen willen afschaffen.¹⁶⁵⁵ Indien dat zou gebeuren, moet artikel 142 van de Grondwet, waarin het bestaan en de bevoegdheid van en de *locus standi*-regels voor het

¹⁶⁵⁵ Zie *supra*, randnummer 453.

Grondwettelijk Hof worden bepaald, een grondwetsbepaling worden die onveranderbaar is of waarvoor minimaal een *standstill*-verplichting geldt.¹⁶⁵⁶

559. *Autonomie* – Daarnaast is onderzocht welke autonomie de grondwettelijke hoven genieten. Zij zijn alle onafhankelijk van de wetgevende en van de uitvoerende macht. Daarenboven hebben zij een vergelijkbare normatieve, organisatorische en financiële autonomie, die waarborgen dat de instelling onafhankelijk kan werken. De normatieve autonomie houdt in dat een grondwettelijk hof meewerkt aan de uitvaardiging van de normen die op het hof betrekking hebben en dat het hof in beperkte mate zelf zijn werking in reglementen kan bepalen. Die normatieve autonomie houdt niet in dat het hof zelf zijn eigen bevoegdheden kan bepalen. De organisatorische autonomie waarborgt dat het grondwettelijk hof over zijn organisatie beslist en over eigen personeel beschikt, waarvan het de verloning zelf kan bepalen. Door de financiële autonomie kan een grondwettelijk hof zelf zijn werkingsbudget bepalen, ontvangt het de nodige middelen en kan het zijn werkingsbudget vrij besteden. Dit is noodzakelijk om de organisatorische autonomie uit te oefenen en de goede werking van de instelling te waarborgen. Deze drie vormen van autonomie zijn wezenlijk om de onafhankelijkheid van een grondwettelijk hof te waarborgen.

560. *Evenwicht der machten* – De onafhankelijkheid van een grondwettelijk hof mag niet ertoe leiden dat het grondwettelijk hof een overwicht in de rechtsstaat verkrijgt: het evenwicht der machten moet worden gewaarborgd. Om die reden is de financiële autonomie niet onbeperkt: in alle landen moet de wetgever de begroting van het grondwettelijk hof goedkeuren. Opnieuw blijkt uit de Amerikaanse praktijk dat deze *check* wordt gebruikt om de rechtspraak van het *Supreme Court* te beïnvloeden. Het toezichtsinstrument mag daarom niet dienen om de werking van het grondwettelijk hof te fnuiken. Dat betekent dat de rechtsleer toezicht moet houden op de wijze waarop de wetgevende vergadering dit toezichtsinstrument gebruikt: dit gebeurt al in de Verenigde Staten van Amerika en in Frankrijk.

In België tracht de Kamer van volksvertegenwoordigers een grotere greep op de begroting van het Grondwettelijk Hof te krijgen. Haar praktijk inzake het toekennen van de dotatie en het goedkeuren van de rekeningen doet vragen rijzen, doch fnuikt de onafhankelijkheid van de instelling nog niet. Voor de toekomst moet dit evenwel een aandachtspunt worden, ook in de rechtsleer.

561. *Rechtsstaat* – In dit tweede deel van het proefschrift wordt het rechtsstaatsbegrip, of zijn vereisten, uit het eerste deel als normatief kader gebruikt. In dit hoofdstuk blijkt dat in de vier onderzochte landen *dezelfde rechtsstaatselementen* de aard van de organieke wetgeving van de grondwettelijke hoven en hun autonomie bepalen: dit zijn de onafhankelijkheid van de rechter en het evenwicht der machten.

Uit het onderzoek blijkt bovendien dat de onafhankelijkheid van een grondwettelijk hof in de vier onderzochte landen *op dezelfde wijze* wordt ingevuld. Ten eerste steunt het grondwettelijk hof op (al dan niet in de praktijk) vergelijkbare vergrendelde organieke

¹⁶⁵⁶ Zie ook *supra*, randnummer 504.

wetgeving. Ten tweede genieten de grondwettelijke hoven van dezelfde vormen van autonomie die op een gelijkaardige wijze worden ingevuld. Ten slotte dient in de vier onderzochte landen dezelfde beperking op de financiële autonomie als *check* op het grondwettelijk hof: op die manier wordt het evenwicht der machten behouden.

562. *Instelling is haar leden* – De onafhankelijkheid van een instelling wordt niet alleen door een bestaanszekerheid en door normatieve, organisatorische en financiële autonomie bepaald, maar ook – en voornamelijk – door de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van elk van haar leden. Gelet op het belang en de omvang ervan, wordt het geheel van waarborgen voor de onafhankelijkheid van de rechters hieronder in het tweede hoofdstuk besproken.

II. DE RECHTERS VAN EEN GRONDWETTELIJK HOF

INLEIDING

563. *Structuur* – Met een uitgebreide autonomie en onafhankelijkheid van de andere staatsmachten kan een grondwettelijk hof op stevige (grond)wettelijke fundamenten bouwen. Maar er moet ook met sterke bouwstenen kunnen worden gebouwd. De instelling is slechts zo onafhankelijk als haar rechters.¹⁶⁵⁷ Daarom wordt in dit tweede hoofdstuk nagegaan welke factoren daarvoor noodzakelijk zijn of daartoe bijdragen. In **de eerste afdeling** wordt voor de vier onderzochte landen nagegaan op welke wijze de grondwettelijke rechters worden benoemd. Omwille van het belang van de voorzitter wordt in een **tweede afdeling** onderzocht op welke wijze de voorzitter van een grondwettelijk hof wordt aangeduid en welke rol hij in de instelling opneemt. In de **derde afdeling** wordt uiteengezet aan welke benoemingsvoorwaarden de grondwettelijke rechters (al dan niet in de praktijk) moeten voldoen. Daarnaast wordt onderzocht welke waarborgen het rechterlijk ambt omringen die de rechter in staat moeten stellen zijn ambt onafhankelijk te vervullen: de mandaatvoorwaarden en onverenigbaarheden (**afdeling 4**), de eventuele immuniteiten en voorrang van rechtsmacht (**afdeling 5**), de verloning (**afdeling 6**) en de tuchtregeling en het ontslag (**afdeling 7**). Ten slotte zijn er twee elementen die de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een grondwettelijk hof in de praktijk zouden waarborgen. Om hun onpartijdigheid niet in het gedrang te brengen, mogen de rechters geen contacten hebben met de partijen in de zaken en moeten zij terughoudend zijn in hun contacten met politici (**afdeling 8**). Bovendien wordt in de rechtsleer bepleit dat het mogen uiten van afwijkende motiveringen bij arresten de onafhankelijkheid van de rechter versterkt (**afdeling 9**). Deze laatste twee elementen zullen in dit hoofdstuk slechts kort of niet worden besproken daar deze verder in het proefschrift aan bod komen.

1. DE BENOEMINGSPROCEDURE

564. *Een nieuwe rechter* – In deze eerste afdeling wordt nagegaan aan welke voorwaarden een benoemingsprocedure moet voldoen: daarbij moet aandacht worden besteed aan het onafhankelijkheidsvereiste, aan de democratische legitimiteit en aan de eerbied en waardigheid van het ambt van grondwettelijk rechter. Daarom wordt onder titel **A** onderzocht welk type van benoemingsprocedure voor grondwettelijke rechters in de vier

¹⁶⁵⁷ Zie ook J. RAZ, "The Rule of Law and its Virtue", 201.

onderzochte landen wordt gehanteerd. Onder titel **B** wordt nagegaan of daarbij hoorzittingen worden georganiseerd. Vervolgens wordt onder titel **C** naar de rol van de Belgische media gekeken: dragen zij ertoe bij dat de rechter door de samenleving wordt gedragen en aldus tot zijn democratische legitimiteit en tot zijn onafhankelijkheid? Daarnaast wordt onder titel **D** nagegaan op welke wijze de opvolgingsregels voor grondwettelijke rechters de continuïteit van de werking van een grondwettelijk hof kunnen en moeten waarborgen. Afrondend wordt, onder titel **E**, de benoemingsprocedure in een rechtsstatelijk perspectief geplaatst.

A. EEN TYPOLOGIE VAN BENOEMINGSPROCEDURES

565. *Commissie van Venetië* – In het merendeel van de lidstaten van de Raad van Europa is de benoeming van grondwettelijke rechters “een samenspel van het juridische en de politiek”: de politici benoemen de grondwettelijke rechters.¹⁶⁵⁸ In een onderzoek naar de benoemingsprocedures bij grondwettelijke hoven in veertig landen, heeft de Commissie van Venetië drie soorten onderscheiden: de rechtstreekse benoeming, de benoeming bij verkiezing en ten slotte een hybride systeem dat twee typevoorbeelden kent, dit zijn een parlementaire bekrachtiging van de door het staatshoofd voorgedragen kandidaat en een keuze door het staatshoofd tussen de door het parlement voorgedragen kandidaten.¹⁶⁵⁹ Tot 2008 waren de vier onderzochte landen elk een typevoorbeeld van één van deze drie procedures.

Om de logische structuur van de drie soorten benoemingsprocedures te behouden, wordt hieronder afgeweken van de klassieke structuur in dit proefschrift en komen de grondwettelijke hoven per soort benoemingsprocedure aan bod: voor rechtstreekse benoeming en hybride systeem, de *Conseil constitutionnel* (**1**); voor een verkiezing, het *Bundesverfassungsgericht* (**2**) en voor de hybride systemen, het *Supreme Court* en het Grondwettelijk Hof (**3**).

(1) DE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

566. *Rechtstreekse benoeming* – Tot 2008 was Frankrijk een typevoorbeeld van de directe benoeming. Om “*marchandages politiques*”¹⁶⁶⁰ te vermijden, had de Franse grondwetgever niet de wetgevende vergaderingen, maar wel de Franse President, de voorzitter van de *Assemblée nationale* en de voorzitter van de Senaat de bevoegdheid toegekend om driejaarlijks elk één rechter van de *Conseil constitutionnel* te benoemen.¹⁶⁶¹

¹⁶⁵⁸ D. SZYMCZAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Brussel, Bruylant, 2006, 426.

¹⁶⁵⁹ Commissie van Venetië, "Report on the composition of constitutional courts", CDL-JU (97) 34 rev2, 4-6. Zie ook D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Parijs, Montchrestien, 1998, 49 e.v.

¹⁶⁶⁰ J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 139.

¹⁶⁶¹ Artikel 56 van de *Constitution*.

De President en de voorzitters deden dit op een discretionaire en onafhankelijke wijze, doch overlegden soms om hun benoemingen te harmoniseren.¹⁶⁶²

567. Hybride systeem – Sinds de grondwetswijziging van 23 juli 2008 is Frankrijk een voorbeeld van een hybride systeem: het Parlement kan zijn veto uitspreken over een door het staatshoofd of door de “wetgever” voorgedragen kandidaat. De keuze voor de kandidaat-rechter ligt nog steeds bij de Franse President, de voorzitter van de *Assemblée nationale* en de voorzitter van de Senaat, doch zij kunnen hun voorgedragen kandidaat niet benoemen wanneer deze met een drievijfdemeerderheid een negatief advies heeft gekregen van één of meerdere daartoe bevoegde parlementaire commissies.¹⁶⁶³ De macht van de parlementaire commissies is dus beperkt: de kandidaat-rechters moeten niet de goedkeuring van drie vijfde van de leden genieten, maar omgekeerd, de kandidaat-rechter wordt géén rechter wanneer drie vijfde van de leden een negatief advies geeft.¹⁶⁶⁴

Daarnaast zijn de voormalige Presidenten van de Franse Republiek van rechtswege rechter van de *Conseil constitutionnel*.¹⁶⁶⁵ De *Conseil* bestaat aldus uit negen benoemde rechters en enkele leden van rechtswege.

(2) HET BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

568. Verkiezing – De President van de Bondsrepubliek Duitsland benoemt de door de *Bundestag* en de *Bundesrat*¹⁶⁶⁶ met een tweederdemeerderheid gekozen rechter.¹⁶⁶⁷ De

¹⁶⁶² J. ROBERT, *La garde de la République*, Parijs, Plon, 2000, 21 en J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 139 e.v. Voor een kritiek op deze discretionaire bevoegdheid, die op autoritaire wijze werd uitgeoefend, zie G. DRAGO, "Réformer le Conseil constitutionnel?", *Pouvoirs* 2003, (73) 76 en P. WACHSMANN, "Sur la composition du Conseil constitutionnel", *Jus Politicum* 2010, (1) 3 e.v. Omdat deze benoemingsprocedure niet waarborgt dat juridische en juridisch-politieke evenwichten worden gewaarborgd, bekritiseert ook ROUSSEAU deze benoemingsprocedure. D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 50.

¹⁶⁶³ Krachtens artikel 56 van de *Constitution* is immers artikel 13, vijfde lid van de *Constitution* toepasselijk, dat als volgt luidt: «*Une loi organique détermine les emplois ou fonctions, autres que ceux mentionnés au troisième alinéa, pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation, le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. La loi détermine les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés.*» Dit is vervolgens gebeurd in artikel 3 van de *Loi n° 2010-838 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution* (wet nr. 2010-838 van 23 juli 2010 met betrekking tot de toepassing van het vijfde lid van artikel 13 van de Grondwet). De *Conseil constitutionnel* heeft deze wet, zonder motivering, grondwetsconform verklaard. Cons. const. 12 juli 2010, nr. 2010-610 DC. Zie ook M. VERPEAUX en L. SPONCHIADO, "Le contrôle de nominations présidentielles devant le Conseil constitutionnel - Deux décisions a minima pour une réforme importante", *La Semaine Juridique* 2010, (834) 834 e.v.

¹⁶⁶⁴ P. WACHSMANN, "Sur la composition du Conseil constitutionnel", 8.

¹⁶⁶⁵ Artikel 56 *Constitution*. Zie *infra*, randnummer 619.

¹⁶⁶⁶ Dat de wetgevende vergaderingen de rechter zouden kiezen, werd nooit in twijfel getrokken. Met betrekking tot de aanduiding van de voorzitter van het *Bundesverfassungsgericht* en van de twee

helpt van de rechters wordt door de *Bundestag* verkozen, de andere helft door de *Bundesrat*. In theorie verplicht deze tweederdemeerderheid de meerderheid en de oppositie om het eens te zijn over een bepaalde kandidaat, doch in de praktijk worden de zetels van de rechters min of meer verdeeld tussen de twee grote partijen (de christen-democratische partij CDU/CSU en de sociaal-democratische partij SPD). Sinds 1975 is het gebruikelijk dat de CDU/CSU een voorstel mag doen voor drie rechterzetels per *Senat*, de SPD voor drie andere rechterzetels. De overige twee rechterzetels zijn “neutraal”, met dien verstande dat voor de ene zetel de ene partij, en voor de andere zetel de andere partij een voorstel mag doen. Het onderscheid bestaat erin dat voor de “neutrale zetels” het akkoord van de andere partij noodzakelijk is, terwijl dit niet nodig is voor de “eigen zetels”: wanneer het de beurt is aan de ene partij om een kandidaat voor de eigen drie zetels voor te dragen, zal de andere partij geen weerstand bij de keuze bieden.¹⁶⁶⁸ Aan de FDP en de Groenen komt elk één rechterzetel toe.¹⁶⁶⁹

De verkiezingsprocedure wordt voorbereid door de minister van Justitie: hij maakt een lijst op van de magistraten die aan de benoemingsvoorwaarden voldoen, en van de personen die door de *Bundestag*, de Bonds- of Landsregering worden voorgedragen. Deze bijstand is louter administratief.¹⁶⁷⁰

569. “Coöptatie” – Als enig onderzocht grondwettelijk hof, kan het *Bundesverfassungsgericht* een beperkte rol in de benoemingsprocedure vervullen. Indien twee maanden na het einde van een mandaat, geen rechter met een tweederdemeerderheid door de *Bundestag* kan worden gekozen, draagt het *Bundesverfassungsgericht* met een gewone meerderheid kandidaten voor. Het hof draagt drie personen voor indien één mandaat is vrijgekomen en dubbel zoveel rechters als mandaten wanneer er meer dan één mandaat is vrijgekomen.¹⁶⁷¹ Het is geen coöptatierecht: de *Bundestag* kan nog steeds een rechter benoemen, die niet door het *Bundesverfassungsgericht* werd voorgedragen.¹⁶⁷²

570. Grondwettig? – In de *Bundesrat* kiest de plenaire vergadering op directe wijze. In de *Bundestag* kiest een volgens het systeem D’Hondt samengestelde commissie van twaalf personen de grondwettelijke rechters: omwille van de tweederdemeerderheid moet de kandidaat-rechter acht stemmen behalen. Dit houdt in dat 586 volksvertegenwoordigers

kamers werden wel alternatieve voorstellen ingediend. Zie K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II*, 359.

¹⁶⁶⁷ Voor de gevallen waarin de President kan weigeren, zie E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 69 (§ 5, nr. 138).

¹⁶⁶⁸ U. WESEL, *Der Gang nach Karlsruhe*, München, Karl Blessing Verlag, 2004, 206. Voor een uitzonderlijk geval waarin dit wel gebeurde (bij DREIER), zie U. KISCHEL, "Party, Pope, and Politics? The Election of German Constitutional Court Justices in comparative perspective", *Int. J. Const. L.* 2013, (962) 965.

¹⁶⁶⁹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, "Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation", *NJW* 1999, (9) voetnoot 31; R. LAMPRECHT, "Karlsruher Befangenheits-Logik", *NJW* 1999, (2791) 284-285 en D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 214 (§ 6, nr. 23).

¹⁶⁷⁰ Zie K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II*, 365.

¹⁶⁷¹ Artikel 7a *BVerfGG*. Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 69 (§ 5, nr. 137); U. KISCHEL, "Party, Pope, and Politics? The Election of German Constitutional Court Justices in comparative perspective", 964 en K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II*, 364.

¹⁶⁷² Voor een voorbeeld, zie U. KISCHEL, "Party, Pope, and Politics? The Election of German Constitutional Court Justices in comparative perspective", 966-967.

geen inbreng in de keuze hebben. Bovendien zijn de leden van de commissie tot discretie verplicht omtrent de hen in deze functie verkregen informatie en over de stemverrichtingen binnen de commissie.¹⁶⁷³ Het verbaast dan ook niet dat er ongenoegen over deze procedure en onenigheid over haar grondwettigheid bestaat: zij wordt besloten, niet-transparant en “minder democratisch dan de pauselijke verkiezingen”¹⁶⁷⁴ genoemd.¹⁶⁷⁵ De rechtsleer, met inbegrip van de huidige voorzitter van het *Bundesverfassungsgericht*, heeft deze procedure ongrondwettelijk genoemd.¹⁶⁷⁶

Het *Bundesverfassungsgericht* volgt deze rechtsleer niet en heeft in 2012 de verkiezingsprocedure door de commissie van de *Bundestag* in overeenstemming met de *Grundgesetz* verklaard.¹⁶⁷⁷ Krachtens artikel 101, eerste lid, tweede zin *Grundgesetz*¹⁶⁷⁸, acht het *Bundesverfassungsgericht* zich – zoals elke andere rechter en zelfs ambtshalve – bevoegd om zijn samenstelling op zijn (grond)wettigheid te toetsen.¹⁶⁷⁹ Het *Bundesverfassungsgericht* meent dat de indirecte verkiezingsprocedure geen afbreuk doet aan de vertegenwoordigingsfunctie van de *Bundestag*, doch wel aan de participatierechten van de niet-betrokken leden van de *Bundestag*. Deze beperking is slechts toelaatbaar, indien deze evenredig is met een te beschermen doel van grondwettige aard. Het hof

¹⁶⁷³ Artikel 6, vierde lid *BVerfGG*. Zie ook D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 212-213 (§ 6, nr. 19).

¹⁶⁷⁴ U. KISCHEL, "Party, Pope, and Politics? The Election of German Constitutional Court Justices in comparative perspective", 963.

¹⁶⁷⁵ Zie K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht (2004)*, 32-33; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II*, 363; D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 214 (§ 6, nr. 25) en U. WESEL, *Der Gang nach Karlsruhe*, 205. HÄBERLE schrijft: *The election procedure for the judges at the German Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht, BVerfG) should not be taken as a model. Their membership of or proximity to political parties is ever more decisive in a procedure which is strictly applied but remote from public opinion.*" P. HÄBERLE, "Role and impact of constitutional courts in a comparative perspective", *vindplaats terug te vinden in de bibliografie*, 68.

¹⁶⁷⁶ „Von nicht unerheblichen Teilen der Literatur wird diese Regelung zu Recht für verfassungswidrig gehalten“ zou VORKUHLE hebben geschreven in *Kommentar zum Grundgesetz*, von Mangoldt/Klein/Starck 2010 (geciteerd in *Der Spiegel* en op <http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/bundesverfassungsgericht-erste-wahl-11929376.html>). Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 67-68 (§5, nrs. 132-134) en, genuanceerder, U. KISCHEL, "Party, Pope, and Politics? The Election of German Constitutional Court Justices in comparative perspective", 975-976.

¹⁶⁷⁷ BVerfG 19 juni 2012, 2 BvC 2/10. In deze *Senat* zetelde de voorzitter VORKUHLE (zie voetnoot 1676).

¹⁶⁷⁸ "Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden." Het *Bundesverfassungsgericht* kent de volgende inhoud aan dit artikel toe: „Das Verfassungsgebot des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG - "Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden" - begründet nicht nur ein subjektives Recht, einen "Anspruch" des Bürgers auf den ihm gesetzlich zustehenden Richter, das geltend zu machen im Einzelfall seine Sache wäre (...). Es verbietet ferner nicht nur den anderen Staatsgewalten, dem Bürger "seinen" Richter durch unbefugte Eingriffe wegzunehmen (...). Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG enthält auch das Gebot an den Gesetzgeber, die richterliche Zuständigkeit so eindeutig wie möglich durch allgemeine Normen zu regeln (...). Aus dem Sinn dieser Vorschrift ergibt sich, daß von Verfassungen wegen allgemeine Regelungen darüber bestehen müssen, welches Gericht, welcher Spruchkörper und welche Richter zur Entscheidung des Einzelfalles berufen sind. An diese Regelungen sind auch die Gerichte gebunden. Sie dürfen sich nicht über sie hinwegsetzen, sondern haben von sich aus über deren Einhaltung zu wachen (...). Denn der Grundsatz des gesetzlichen Richters dient der Sicherung der Rechtsstaatlichkeit im gerichtlichen Verfahren schlechthin; er enthält objektives Verfassungsrecht.“ BVerfG 3 december 1975, *BVerfGE* 40, 356.

¹⁶⁷⁹ BVerfG 3 december 1975, *BVerfGE* 40, 356.

meent dat de wetgever terecht van mening kan zijn dat het aanzien van het hof en het vertrouwen in zijn onafhankelijkheid, en daarmee zijn werking, het best gediend zijn wanneer de verkiezing van de grondwettelijke rechters in vertrouwelijkheid gebeurt. Niettemin mag dit de wetgever niet verhinderen om andere modaliteiten van de verkiezing van de rechter te bepalen. Het doel, de goede werking van het *Bundesverfassungsgericht* vrijwaren, is van voldoende grondwettelijke aard om de verkiezingsprocedure door de commissie van de *Bundestag*, met inbegrip van de discretieplicht, te rechtvaardigen. Ten slotte oordeelt het *Bundesverfassungsgericht* dat de regel dat de commissie – volgens het systeem D'Hondt – een weerspiegeling van de *Bundestag* moet zijn, grondwettig is.¹⁶⁸⁰

(3) HET SUPREME COURT EN HET GRONDWETTELIJK HOF

(a) Het Supreme Court

571. *Goedkeuring door de Senaat van een presidentiële voordracht* – In de Verenigde Staten van Amerika kent de benoemingsprocedure twee fases. Na overleg en bijstand draagt de President een kandidaat-rechter voor het *Supreme Court* voor.¹⁶⁸¹ Vervolgens moet voor de benoeming het advies en de goedkeuring van de Senaat worden ingewonnen en verkregen¹⁶⁸², zodat de kandidaat de meerderheid van de senatoren achter zich moet krijgen. Op dat moment ontstaat er een (soms hevige) strijd tussen de voor- en tegenstanders van de kandidaat, waarbij alle mogelijke argumenten worden gebruikt om de benoeming te steunen dan wel te bekampen.¹⁶⁸³ Tussen 1789 en 1996 heeft de Senaat 28 keer zijn advies en goedkeuring geweigerd: het gaat derhalve om meer dan een loutere formaliteit.¹⁶⁸⁴ Nadat de Senaat zijn advies en goedkeuring heeft gegeven, kan de President de kandidaat tot (*Chief*) *Justice* bij het *Supreme Court* benoemen.

572. *Kritiek* – Deze benoemingsprocedure ligt onder vuur.¹⁶⁸⁵ Wanneer het advies en de goedkeuring worden gevraagd, ontstaat een proces dat eerder vergelijkbaar is met een presidentiële verkiezingscampagne, dan met de benoeming van een hoge magistraat. Elk aspect van het leven van de kandidaat-rechter – zijn huwelijksleven, zijn vroegere partners, zijn vriendengroep, zijn carrière, zijn meningsuitingen – wordt uitgeplozen, op zoek naar

¹⁶⁸⁰ Zie, kritisch, U. KISCHEL, "Party, Pope, and Politics? The Election of German Constitutional Court Justices in comparative perspective", 976.

¹⁶⁸¹ Vanwege het strenge toezicht door de Senaat en de media zal de President reeds op voorhand zich bij zijn selectie laten bijstaan door de procureur-generaal en soms zelfs de FBI. Tegenstanders kammen immers het leven van de kandidaat-rechter uit in de hoop een benoeming te kunnen blokkeren. Zie ook R. DAVIS, *Electing Justice. Fixing the Supreme Court Nomination Process*, New York, Oxford University Press, 2005, 132; P. HÄBERLE, "Das Bundesverfassungsgericht in der Krise?", *vindplaats terug te vinden in de bibliografie*, 32 en W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 225.

¹⁶⁸² Artikel II, *Section 2 US Constitution*.

¹⁶⁸³ Zie randnummer 583.

¹⁶⁸⁴ W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 225. In 1987 bekampten driehonderd lobbygroepen met advertenties, evenementen,... succesvol de benoeming van Robert BORK. Sindsdien bestaat het werkwoord "to bork". Zie o.m. J.D. ABERBACH en M.A. PETERSON, *The Executive Branch*, Oxford University Press, 2006, 470.

¹⁶⁸⁵ R. DAVIS, *Electing Justice*, 129 e.v.

fouten of in de hoop hem tot een of ander ideologisch kamp te kunnen rekenen. Niet de verdiensten van de kandidaat zouden belangrijk zijn, maar wel zijn imago, of hij

“pro-choice or pro-life [is], sympathetic to the gay rights movement or hostile to its agenda, ideologically liberal or clearly conservative.”¹⁶⁸⁶

Vooraf de door de televisie rechtstreeks uitgezonden hoorzittingen in de senaatscommissie, waarin kandidaat-rechters op uitgebreide vragenlijsten van de senatoren moeten antwoorden en soms al worden uitgenodigd om uiteen te zetten hoe ze in een bepaalde zaak zouden stemmen, dragen bij tot een mediatisering van deze benoemingsprocedure. Dit gezegd zijnde is er – de laatste tijd – weinig reden om aan de verdiensten van de kandidaat-rechter te twijfelen. Presidenten spelen op zeker en dragen doorgaans eminente juristen voor.

573. Spijt – Republikeinse presidenten trachten doorgaans conservatieve rechters te benoemen, democratische presidenten eerder progressieve. Zij slagen evenwel niet steeds in dit doel: menig (doorgaans conservatief) president heeft zijn spijt over een bepaalde benoeming reeds uitgesproken. Zo zei President TRUMAN:

“Packing the Supreme Court simply can’t be done... I’ve tried it and it won’t work... Whenever you put a man on the Supreme Court, he ceases to be your friend.”¹⁶⁸⁷

Ook President EISENHOUWER zou de benoemingen van *Justices* BRENNAN en WARREN “*the biggest mistakes I ever made*” genoemd hebben.¹⁶⁸⁸

574. Invloed Supreme Court – In theorie hebben de *Justices* van het *Supreme Court* geen invloed op de benoemingsprocedure. In de praktijk echter wel en dit op twee wijzen. Vooreerst kiezen de rechters een gepast ogenblik om hun mandaat bij het hof te beëindigen, bij voorkeur wanneer een president van hun strekking is verkozen.¹⁶⁸⁹ Daarnaast durven *Justices* – al dan niet in het openbaar – kandidaat-rechters aan te bevelen, dan wel over een bepaalde kandidaat hun veto uit te spreken.¹⁶⁹⁰

(b) Het Grondwettelijk Hof

575. Keuze uit voordracht – In België benoemt de Koning – lees de Ministerraad die hierover beraadslagt – de rechters bij het Grondwettelijk Hof uit een lijst met twee kandidaten, die beurtelings door de Kamer van volksvertegenwoordigers en door de Senaat wordt voorgedragen.¹⁶⁹¹ Op grond van het *curriculum vitae* stemmen de senatoren of de

¹⁶⁸⁶ R. DAVIS, *Electing Justice*, 4.

¹⁶⁸⁷ President TRUMAN, lezing aan de Columbia University, New York, 28 april 1959, geciteerd in *New York Herald Tribune*, 29 april 1959.

¹⁶⁸⁸ Doorgaans wordt geciteerd dat hij op de vraag of hij als President fouten heeft gemaakt, antwoordde: “Yes, two, and they are both sitting on the Supreme Court.” Er is evenwel twijfel of hij deze woorden letterlijk zo heeft uitgesproken.

¹⁶⁸⁹ R. DAVIS, *Electing Justice*, 22 e.v.

¹⁶⁹⁰ Voor voorbeelden, zie R. DAVIS, *Electing Justice*, 58-59.

¹⁶⁹¹ Tot 1993 was de voordracht een exclusieve bevoegdheid van de Senaat, wiens taalgroepen de emanatie van de gemeenschappen waren; op die manier werd het evenwicht tussen deze

volksvertegenwoordigers over de kandidaten, die elk een tweederdemeerderheid moeten behalen.¹⁶⁹² De Koning, die in theorie de keuze tussen twee kandidaten heeft, benoemt in de praktijk steeds de eerst voorgedragen kandidaat-rechter op de lijst.¹⁶⁹³

576. Evenredige vertegenwoordiging – Zoals Duitsland kent België de praktijk dat de zetels van de rechters tussen de politieke partijen worden verdeeld: (in beginsel) volgens het systeem D'Hondt wordt bepaald aan welke politieke partij, met uitzondering van de niet-democratisch geachte partijen¹⁶⁹⁴, een vrijgekomen zetel toekomt.¹⁶⁹⁵ In beginsel scharen de partijen zich achter de kandidaten die worden voorgedragen door de (voorzitter van de)¹⁶⁹⁶ politieke partij waaraan de zetel toekomt.¹⁶⁹⁷ Een kandidaat heeft aldus slechts kans, indien hij de steun van deze (voorzitter van de) politieke partij geniet.¹⁶⁹⁸

gemeenschappen beter gewaarborgd. Reeds in 1982 ging men ervan uit dat de Senaat de vergadering van de gemeenschappen en van de gewesten zou worden. Zie oud artikel 32 Bijz. Wet. GwH en Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 140 e.v. Dit werd gewijzigd bij Bijz. Wet van 16 juli 1993 "tot vervollediging van de federale staatsstructuur", *BS* 20 juli 1993, zonder oog te hebben voor deze gemeenschapsbetrokkenheid. Zie Voorstel van bijzondere wet tot vervollediging van de federale Staatsstructuur, *Parl.St.* Senaat, 1992-93, nr. 558/1, 62-63. Zie C. COURTOY, "La formation et le renouvellement de la Cour d'Arbitrage de Belgique", *CDPK* 2000, (538) 539; F. DELPÉRÉE en A. RASSON-ROLAND, *Recueil d'études sur la Cour d'Arbitrage 1980-1990*, 29 en F. DELPÉRÉE, "Les juges constitutionnels. Belgique", in X (ed.), *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Paris, Economica, 1988, 104.

¹⁶⁹² Artikel 32 Bijz. Wet. GwH. In 2007 behaalde één van de twee kandidaat-rechters niet de noodzakelijke tweederdemeerderheid en diende een nieuwe vacature te worden bekendgemaakt. *Hand.* Senaat 2007-08, 9 oktober 2007, 18 e.v. Dit is ook noodzakelijk indien één van de kandidaten zich terugtrekt, zodat er onvoldoende kandidaten overblijven. A. RASSON-ROLAND, "Le renouvellement des juges de la Cour d'Arbitrage", in A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS *et al.* (eds.), *La Cour d'Arbitrage vingt ans après*, Brussel, Bruylant, 2004, 26.

¹⁶⁹³ M. VERDUSSEN, "Le mode de composition de la Cour constitutionnelle est-il légitime?", *RBDC* 2013, (67) 69. In de stemronden wordt gestemd tussen de verschillende kandidaten. Hij die als eerste een tweederdemeerderheid behaalt, is de eerste kandidaat en wordt uitgesloten van de verdere stemmingsronden. Zie onder meer *Hand.* Senaat 2007-08, 9 oktober 2007, 18 e.v., *Hand.* Senaat 2000-01, 12 juli 2001, 42 en 68, *Hand.* Senaat, 2000-2001, 7 december 2000, 30 en 32 en *Hand.* Kamer, 2000-2001, 15 februari 2001, 34 en 40. Zie A. RASSON-ROLAND, "Le renouvellement des juges de la Cour d'Arbitrage", 26.

¹⁶⁹⁴ C. COURTOY, "La formation et le renouvellement de la Cour d'Arbitrage de Belgique", 540 en A. RASSON-ROLAND, "Le renouvellement des juges de la Cour d'Arbitrage", 25. Het Vlaams Blok werd éénmaal overgeslagen.

¹⁶⁹⁵ *Hand.* Senaat 2007-08, 9 oktober 2007, 18 e.v. A. RASSON-ROLAND, "Le renouvellement des juges de la Cour d'Arbitrage", 25 en C. COURTOY, "La formation et le renouvellement de la Cour d'Arbitrage de Belgique", 540.

¹⁶⁹⁶ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Brussel, Larcier, 2012, 150.

¹⁶⁹⁷ Dit gebeurde evenwel niet altijd. In 2007 behaalde een candidate voor een vacature van rechter-politicus, Mia DE SCHAMPHELAERE, geen tweederdemeerderheid. Dit was des te opmerkelijker daar de andere candidate, Trees MERCKX-VAN GOEY, als eerste de tweederdemeerderheid verkreeg, zodat de Koning zonder twijfel MERCKX-VAN GOEY zou benoemen. Dat de andere politieke partijen deze CD&V-candidate ook niet als tweede (schijn)kandidaat wilden steunen, wijdde de pers aan de conservatieve standpunten van DE SCHAMPHELAERE inzake de abortus- en euthanasiewetgeving. Zie *Hand.* Senaat 2007-08, 9 oktober 2007, 18 e.v en "'Majeur politiek incident' in Senaat", *De Standaard*, 11 oktober 2007 en "Cinema II", *De Morgen*, 11 oktober 2007. In 2001 volgden de politieke partijen wel het beginsel dat de partij waaraan de zetel toekomt, niet moet worden tegengewerkt. Er moesten twee vacatures van rechters-juristen worden ingevuld: eerst mocht Agalev een kandidaat voordragen (Luc LAVRYSEN), en enkele maanden later zou de CVP-kandidaat (thans CD&V) André ALEN de nodige stemmen behalen. *Hand.* Senaat 2000-01, 7 december 2000, 23 en "Senaat benoemt lid Arbitragehof", *De Standaard*, 7

577. Geen coöptatie – In tegenstelling tot de Raad van State en het Hof van Cassatie, kan het Grondwettelijk Hof niet meewerken aan de benoemingsprocedure: het mag niet zelf kandidaat-rechters voordragen, waaruit de Koning zou kunnen kiezen.¹⁶⁹⁹ De voordracht gebeurt aldus steeds en exclusief door een politiek orgaan.¹⁷⁰⁰ De afdeling wetgeving van de Raad van State heeft opgeworpen dat de wetgever inderdaad mag afwijken van de regels voor de andere hoogste rechtscolleges, doch was van mening dat de wetgever hierdoor het politieke en niet het rechtsprekende karakter van het Grondwettelijk Hof beklemtoont.¹⁷⁰¹ De Franstalige minister van Institutionele Hervormingen, GOL, zag hierin geen graten, daar het Grondwettelijk Hof weliswaar een rechtscollege is, maar niettemin een politiek karakter heeft.¹⁷⁰² Bovendien zou de onafhankelijkheid van de rechters bij het Grondwettelijk Hof in het gedrang komen, indien deze rechters ook de rechters-politici zouden moeten voordragen. Ten slotte, door het kleine aantal rechters in het Grondwettelijk Hof en het grote aantal kandidaat-rechters, zou het beter zijn dat een wetgevende vergadering de kandidaat-rechters zou voordragen. Hoewel de regering bereid was een amendement te aanvaarden waarin aan het Grondwettelijk Hof een voordrachtsbevoegdheid zou worden toegekend, heeft het parlement dit verworpen.¹⁷⁰³

B. HOORZITTINGEN

578. Parlementsleden – In elk van de vier landen kunnen de parlementsleden vandaag een beslissende rol in de benoemingsprocedure van de grondwettelijke rechters spelen. Hoe vullen deze parlementsleden deze rol in? Organiseren zij hoorzittingen waarin zij de kandidaat-rechters aan de tand voelen en/of worden zij hiertoe bij wet verplicht? Dit wordt hieronder voor de vier landen onderzocht.

december 2000 en "Politieke stoelendans in Arbitragehof", *Financieel Economische Tijd*, 6 december 2000.

¹⁶⁹⁸ A. RASSON-ROLAND, "Le renouvellement des juges de la Cour d'Arbitrage", 25.

¹⁶⁹⁹ Zie Voorstel van bijzondere wet tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Kamer 1999-2000, nr. 50-200/1, 4, waarin twee parlementsleden voorstellen om onder meer het Grondwettelijk Hof kandidaat-rechters te laten voorstellen.

¹⁷⁰⁰ Zie Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 142 e.v. Zie ook C. COURTOY, "La formation et le renouvellement de la Cour d'Arbitrage de Belgique", 539-540; F. DELPÉRIÉE en A. RASSON-ROLAND, *Recueil d'études sur la Cour d'Arbitrage 1980-1990*, 28; A. RASSON-ROLAND, "Le renouvellement des juges de la Cour d'Arbitrage", 23 en J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 420.

¹⁷⁰¹ ADV.RVS bij het wetsontwerp houdende de organisatie, de bevoegdheid en de inrichting van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1980-81, nr. 704/1, 61 en Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-1982, nr. 246/1, 51.

¹⁷⁰² Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 142.

¹⁷⁰³ Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 161-162.

579. Grondwettelijk Hof – In België bestaat er geen wettelijke verplichting voor de parlementsleden om hoorzittingen voor de benoeming van grondwettelijke rechters te organiseren. Vóór 1996 ging de voordracht van de kandidaat-rechters nooit met een hoorzitting gepaard. Op 24 oktober 1996, enkele dagen na de Witte Mars, achtte de Senaat het niet opportuun om over te gaan tot de politieke voordracht van twee kandidaat-rechters voor het Grondwettelijk Hof en legde hij zichzelf een bezinningsperiode op.¹⁷⁰⁴ Vervolgens werd beslist om voor deze benoemingen hoorzittingen te organiseren, waarop de kandidaat-rechters zich aan de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden konden voorstellen. De modaliteiten van deze hoorzittingen werden *ad hoc* bepaald: zij waren niet openbaar.¹⁷⁰⁵ Het voorstel om het advies van een Raad van Wijzen te vragen werd verworpen.¹⁷⁰⁶

Dit voorbeeld werd een precedent zonder wettelijke basis en met een zeer beperkte draagwijdte.¹⁷⁰⁷ Alleen indien de Senaat twee kandidaat-rechters als rechters-juristen moet voordragen, organiseert de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden *in beginsel* niet-openbare hoorzittingen: sinds 1996 driemaal.¹⁷⁰⁸ Indien de Senaat parlementsleden als rechters voordraagt of indien de Kamer van volksvertegenwoordigers kandidaat-rechters voordraagt, worden er geen hoorzittingen georganiseerd.¹⁷⁰⁹ Na 1996 gebeurde het een tweede maal in november 2000: wegens het gebrek aan een groot aantal kandidaten, aan

¹⁷⁰⁴ Naar aanleiding van het overlijden van rechter SUETENS in september 1996 moest in volle post-DUTROUX-periode een kandidaat-rechter worden voorgedragen. Op 20 oktober 1996 vroeg het volk bij monde van de witte mars een onafhankelijke en onpartijdige magistratuur en beloofde de regering een hervorming van de rechterlijke macht, met onafhankelijkheid en onpartijdigheid als leidraad. Evenwel raakte in die periode bekend dat er zowel een politiek akkoord was voor de benoeming van de opvolger van SUETENS als voor zes benoemingen bij de Raad van State. Gelet op de storm van kritiek, werden deze benoemingen uitgesteld en werd de benoeming van de rechter bij het Grondwettelijk Hof naar de Commissie voor Institutionele Hervormingen verwezen. *Hand. Senaat, 1996-97, 24 oktober 1996, 1812* en "Kandidaat-rechters Arbitragehof verschijnen voor senaatscommissie", *Financieel Economische Tijd*, 29 november 1996.

¹⁷⁰⁵ *Hand. Senaat 1996-97, 20 december 1996, 2186.*

¹⁷⁰⁶ Verslag van de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden over de problematiek van de benoemingen in de rechterlijke macht, alsook in het Arbitragehof en in de Raad van State, *Parl.St. Senaat 1996-97, nr. 1-491/1, 20.*

¹⁷⁰⁷ Het Reglement van de Senaat voorziet hierin (nog steeds) niet, hoewel de noodzaak hiervan duidelijk was voor de Commissie. Zie Verslag van de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden over de problematiek van de benoemingen in de rechterlijke macht, alsook in het Arbitragehof en in de Raad van State, *Parl.St. Senaat 1996-97, nr. 1-491/1, 9.* Het lijkt ons dat het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie *minimaal* eenzelfde voordrachtprocedure in de Kamer en in de Senaat voor dezelfde categorie van rechters (dit is rechters-juristen en rechters-politici) vereist, ja zelfs voor alle rechters van het Grondwettelijk Hof.

¹⁷⁰⁸ *Hand. Senaat 2013-14, 19 december 2013, 29; Hand. Senaat 2000-01, 7 december 2000, 23* en *Hand. Senaat 1996-97, 20 december 1996, 2186.* Hierin zouden de kandidaten op informele wijze worden getest op hun kennis van de andere landstalen en zou naar hun neutraliteit in verband met de Belgische taalkwesties worden gepeild. C. COURTOY, "La formation et le renouvellement de la Cour d'Arbitrage de Belgique", 540.

¹⁷⁰⁹ Zie onder meer *Hand. Senaat 2007-08, 9 oktober 2007, 18; Hand. Kamer, 2009-2010, 11 maart 2010, 34 e.v.; Hand. Kamer 2003-04, 4 maart 2004; Hand. Kamer 2000-2001, 15 februari 2001, 34 en 40* en *Hand. Kamer 1999-2000, 10 november 1999, 14.*

aanwezige commissieleden, aan een formeel kader waarin de hoorzitting geschiedde en aan objectieve beoordelingscriteria werd aan het nut van deze hoorzitting getwijfeld.¹⁷¹⁰ Of in de woorden van VERDUSSEN:

“[...] c’était pour une visite de courtoisie qui ressemblait plus à un *five o’clock* dans un salon de thé qu’à une audition digne de ce nom.”¹⁷¹¹

In 2010 heeft de Senaat evenwel geen hoorzitting georganiseerd wanneer een kandidaat-rechter-jurist moest worden voorgedragen.¹⁷¹² Geen senator heeft om een hoorzitting gevraagd: reikte hun geheugen niet ver genoeg of hadden ze geen nood eraan? De senatoren hebben op grond van het *curriculum vitae* van de kandidaten gestemd. In 2013 organiseerde de Senaat dan weer wél een hoorzitting voor de voordracht van een kandidaat-rechter-jurist: vermoedelijk wilden de meerderheidspartijen dit omdat een niet-meerderheidspartij, de NV-A, aan zet was om een kandidaat voor te dragen.

580. *Willekeur* – Omdat in 2010 geen en in 2013 wel een hoorzitting werd gehouden, is het precedent van 1996 niet alleen een precedent zonder wettelijke grondslag en een beperkte draagwijdte, maar ook met een willekeurige toepassing. Dat de benoemingsprocedure voor een rechter bij het Grondwettelijk Hof aan zo’n willekeur onderhevig is, draagt niet bij tot het vertrouwen in de instellingen en tot de eerbied dat het ambt van een rechter bij het Grondwettelijk Hof vereist, zodat het afbreuk aan de onafhankelijkheid van dit ambt kan doen.

(2) BUITENBLIK

581. *Bundesverfassungsgericht* – In Duitsland worden er geen hoorzittingen met de kandidaat-rechters georganiseerd. Alleen bij de kiescommissie van de *Bundestag* vindt een beperkte, informele “hoorzitting” of kennismaking plaats.¹⁷¹³ In de rechtsleer bestaat geen eensgezindheid over de vraag of deze noodzakelijk zijn.¹⁷¹⁴ Niettemin worden er regelmatig wetsvoorstellen in die zin ingediend.¹⁷¹⁵

¹⁷¹⁰ A. RASSON-ROLAND, "Le renouvellement des juges de la Cour d'Arbitrage", 26.

¹⁷¹¹ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, 150. Zie ook A. RASSON-ROLAND, "Le renouvellement des juges de la Cour d'Arbitrage", 26-27.

¹⁷¹² François DAOUT (en Pierre VANDERNOOT). *Hand.* Senaat 2010-2011, 9 december 2010, 20.

¹⁷¹³ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 68 (§ 5, nr. 133) en U. KISCHEL, "Party, Pope, and Politics? The Election of German Constitutional Court Justices in comparative perspective", 968.

¹⁷¹⁴ HÄBERLE pleit hiervoor in P. HÄBERLE, "Das Bundesverfassungsgericht in der Krise?", 31-32. RUPPERT meent dat voor Duitsland hoorzittingen niet nodig zijn, daar deze in de Verenigde Staten van Amerika vooral dienen als tegenwicht voor de macht van de President. Hij meent dat bij hoorzittingen andere types van rechters zouden worden benoemd. D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 215 (§ 6, nr. 26). Voor verdere verwijzingen naar rechtsleer voor of tegen hoorzittingen, zie U. KISCHEL, "Party, Pope, and Politics? The Election of German Constitutional Court Justices in comparative perspective", 968.

¹⁷¹⁵ U. KISCHEL, "Party, Pope, and Politics? The Election of German Constitutional Court Justices in comparative perspective", 968, voetnoot 27.

582. *Conseil constitutionnel* – Nadat hiervoor door meerdere grondwetspecialisten werd geijverd, is het sinds 2010 bij wet verplicht hoorzittingen te organiseren voor de benoeming van de leden van de *Conseil constitutionnel*.¹⁷¹⁶ De hoorzittingen vinden plaats ten vroegste acht dagen nadat de kandidaat-benoeming is bekendgemaakt. De hoorzittingen zijn publiek, tenzij het beroepsgeheim of de nationale veiligheid geheimhouding vereist.

583. *Supreme Court* – In de Verenigde Staten van Amerika wordt de door de President voorgedragen kandidaat-rechter door een Senaatscommissie gehoord. Deze hoorzittingen zijn openbaar¹⁷¹⁷ – sinds 1981 worden ze rechtstreeks op televisie uitgezonden – en uitgebreid: de kandidaat-rechter wordt gepolst naar zijn mening over de rol van het *Supreme Court*, over de interpretatie van de *US Constitution*, over bepaalde thema's zoals abortus, euthanasie, positieve discriminatie, vrijheid van meningsuiting... Naar aanleiding van deze debatten, geven ook belangengroepen hun mening over de kandidaat, in de hoop het stemgedrag van de senatoren te beïnvloeden. Eén van de bekendste is de *American Bar Association*, die aangeeft of de kandidaat “*well-qualified*”, “*qualified*” of “*unqualified*” is voor de functie van *Justice* bij het *Supreme Court*.¹⁷¹⁸

C. INTERMEZZO: MEDIA-AANDACHT

584. *Gedragen door de samenleving* – Door de tweederdemeerderheid in de wetgevende kamer wordt de kandidaat-rechter gedragen door de parlementsleden en verkrijgt de rechter democratische legitimiteit. Wordt hij evenwel ook gedragen door de samenleving? In België zijn de rechters van het Grondwettelijk Hof wellicht eerder onbekend bij de burger. En wellicht kan zelfs een meerderheid van de juristen eerder een *Justice* van het *Supreme Court* bij naam noemen, dan een rechter uit het Grondwettelijk Hof. Daarom is het interessant om na te gaan welke aandacht de schrijvende pers aan de benoemingen van de rechters van het Grondwettelijk Hof en van het *Supreme Court* besteedt. De cijfers zijn als volgt:

¹⁷¹⁶ Artikelen 1 en 3 van de Loi n° 2010-838 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution (wet nr. 2010-838 van 23 juli 2010 met betrekking tot de toepassing van het vijfde lid van artikel 13 van de Grondwet). De *Conseil constitutionnel* heeft deze wet, zonder motivering, grondwetsconform verklaard. *Cons. const.* 12 juli 2010, nr. 2010-610 DC. Zie ook M. VERPEAUX en L. SPONCHIADO, "Le contrôle de nominations présidentielles devant le Conseil constitutionnel", 834 e.v.

¹⁷¹⁷ Tot 1930 waren de hoorzittingen niet openbaar, op enkele uitzonderingen na. R. DAVIS, *Electing Justice*, 29-30.

¹⁷¹⁸ M. KAU, *United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht*, Berlijn, Springer, 2007, 159.

| | BENOEMDE RECHTER | VLAAMSE PERS ¹⁷¹⁹ | FRANSTALIGE PERS ¹⁷²⁰ |
|------|-----------------------|------------------------------|----------------------------------|
| 2013 | Riet LEYSEN | 9 | 10 |
| | Thierry GIET | 10 | 12 |
| 2011 | François DAOUT | 0 | 0 |
| 2010 | Pierre NIHOUL | 2 ¹⁷²¹ | 4 |
| | Elena KAGAN | 13 | 13 |
| 2009 | Sonia SOTOMAYOR | 29 | 22 |
| 2007 | Trees MERCKX-VAN GOEY | 19 | 3 |
| 2006 | Samuel ALITO | 41 | 18 |
| 2005 | John ROBERTS | 35 | 12 |
| 2004 | Jean SPREUTELS | 1 | 2 |
| 2001 | Erik DERYCKE | 12 | 4 |
| | Jean-Paul MOERMAN | 6 | 7 |
| | Jean-Paul SNAPPE | 11 | 6 |
| | André ALEN | 6 | 4 |
| | Luc LAVRYSEN | 7 | 2 |

Uit deze cijfers blijkt de juistheid van ons vermoeden: de benoeming van de rechters van het Grondwettelijk Hof krijgt in België weinig media-aandacht en in elk geval minder dan de benoeming van de rechters van het Amerikaanse *Supreme Court*. Voor de Vlaamse en Franstalige pers gelden dezelfde tendensen: er is meer aandacht voor de benoeming van de rechter-politicus dan voor de benoeming van de rechter-jurist en voor een benoeming in de eigen taalgroep.

585. *Kwalitatieve analyse* – Voor zover de cijfers al niet voor zich spreken, ook uit een kwalitatieve analyse blijkt dat de Vlaamse en Franstalige media veel meer oog hebben voor de benoemingen van de *Supreme Court Justices* dan voor de rechters van het Belgische Grondwettelijk Hof. In deze artikelen wordt onder meer de loopbaan van de kandidaat-rechter besproken, zijn voor- en tegenstanders worden aan het woord gelaten en er wordt over de hoorzittingen verslag gegeven. De artikelen over de Belgische benoemingen zijn eerder beperkt tot het politieke stratego achter de benoemingen.

Dankzij de hoorzittingen in de Amerikaanse Senaat is er veel meer informatie over de Amerikaanse kandidaat-rechters beschikbaar, zodat het voor Belgische journalisten wellicht gemakkelijker is om een artikel over deze benoemingen te schrijven, dan over de Belgische benoemingen. Doch niet het gemak, maar wel de relevantie voor de Belgische lezer zou de drijfveer voor de journalistiek moeten zijn, zodat journalisten het aan de lezer verplicht zijn

¹⁷¹⁹ Alle Vlaamse pers is verenigd in Mediargus, dat de inhoud van de belangrijkste kranten (De Morgen, De Standaard, De Tijd) vanaf 1998 op digitale wijze verzamelt. Daarom beperkt deze analyse zich tot de benoemingen na 1998.

¹⁷²⁰ Bij gebrek aan een Franstalige evenknie van Mediargus had ik alleen toegang tot de elektronische archieven van *Le Soir* en van de nummers behorend tot Mediagora. Daarom zijn de aantallen in absolute cijfers steeds minder, in vergelijking met de Vlaamse pers, doch ook in de cijfers van de Franstalige pers zien we dezelfde tendensen, zodat de conclusies uit de kwantitatieve analyse wellicht overeind kunnen blijven.

¹⁷²¹ En dan nog fout: er werd geschreven dat hij tot voorzitter van de Franse taalgroep van het Grondwettelijk Hof werd verkozen. Hij werd verkozen als opvolger van Paul MARTENS, die op dat moment voorzitter was, doch alleen de rechters van het Grondwettelijk Hof kiezen per taalgroep zelf hun voorzitter.

om kwaliteitsvolle artikelen over de benoemingen van de Belgische grondwettelijke rechters te schrijven. Daarbij moeten de media nagaan of de kandidaat-rechters geschikt zijn om als grondwettelijk rechter te worden benoemd.

D. DE OPVOLGING VAN RECHTERS

586. *Benoemingsprocedure in het slop* – In het verleden verliepen niet alle benoemingsprocedures voor de rechters van het Grondwettelijk Hof vlot. Dat had een invloed op de werking van het hof. Daarom is het noodzakelijk dat de opvolging van de rechters goed wordt geregeld, zodat de goede werking en dus de onafhankelijkheid van het hof niet worden gefnuikt. Hieronder wordt onderzocht op welke wijze de opvolging voor de rechters bij het Grondwettelijk Hof (1) en bij het *Bundesverfassungsgericht*, de *Conseil constitutionnel* en het *Supreme Court* (2) wordt geregeld.

(1) HET GRONDWETTELIJK HOF

587. *Continuïteit van de werking* – Gelet op de regels inzake inruststelling¹⁷²², kan doorgaans worden voorspeld wanneer een nieuwe rechter zal moeten worden benoemd. Vóór 2001 gold de regel dat de rechter die de datum van zijn inruststelling naderde, zich intussen onthield van de zaken waarvan de beraadslaging na die datum dreigde voort te duren. Vermits in 2001 vier rechters de leeftijd voor de inruststelling bereikten, dreigde deze regel de werking van het hof danig te verlammen. Dit laatste gebeurt ook omdat nieuwe benoemingen soms lang uitblijven¹⁷²³: soms heeft de wetgevende kamer enige tijd nodig om een nieuwe kandidaat voor te stellen. Het spel tussen de politieke partijen wordt gespeeld en dan “lijkt het alsof het Parlement niet beseft welke ongemakken dit voor het Grondwettelijk Hof met zich meebrengt”¹⁷²⁴. Gelet op de taalparitaire samenstelling, kan, bij afwezigheid van een rechter in de ene taalgroep, de rechter met de jongste anciënniteit in de andere taalgroep immers niet zetelen in de zaak. Bij afwezigheid van twee rechters uit dezelfde taalgroep, zouden de voltallige zittingen aldus niet kunnen plaatsvinden, daar niet aan de minimale aanwezigheid van tien rechters is voldaan.

588. *Beperkte oplossing* – Om aan deze euvels (deels) te verhelpen, werd een nieuw artikel 60bis in de Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof ingevoegd:

“De voorzitters en de rechters die wegens hun leeftijd in ruste worden gesteld, blijven hun ambt uitoefenen in de zaken waarin zij zitting hadden ter terechtzitting en die in beraad

¹⁷²² Artikel 4 van de Wet van 6 januari 1989 “betreffende de wedden en pensioenen van de rechters, de referendarissen en de griffiers van het Arbitragehof”, BS 7 januari 1989, *err.* BS 1 februari 1989.

¹⁷²³ Bij de Nederlandstalige taalgroep was de kortste duur één dag, en de langste bijna vijf maanden (1996). Bij de Franstalige taalgroep was de kortste duur zeven dagen en de langste bijna zeven maanden (1993).

¹⁷²⁴ C. COURTOY, “La formation et le renouvellement de la Cour d'Arbitrage de Belgique”, 541. Doorgaans is dit te wijten aan een meningsverschil tussen de politieke partijen over de vraag aan welke partij de zetel toekomt.

zijn genomen vóór de datum van inruststelling en nog niet tot een beslissing hebben geleid, behalve indien de voorzitter in functie hen op hun verzoek daarvan vrijstelt.

De verlenging van de ambtsuitoefening kan de termijn van zes maanden niet overschrijden.

Voor de toepassing van artikel 56, eerste lid, nemen de voorzitters en de rechters die wegens hun leeftijd in ruste worden gesteld, zitting tot op het ogenblik waarop hun opvolger de eed heeft afgelegd.”¹⁷²⁵

Dit artikel is geen volmaakte opvolgingsregel: slechts in zaken die in beraad zijn genomen vóór de datum van inruststelling en voor beslissingen in toepassing van artikel 56, eerste lid Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof, dit zijn administratieve aangelegenheden, kunnen de in ruste gestelde voorzitters en rechters hun ambt verder uitoefenen. Deze opvolgingsregel geldt aldus niet voor zaken die krachtens artikel 56, tweede lid Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof in voltallige zitting moeten worden besloten. Indien twee rechters uit eenzelfde taalgroep in ruste zijn gesteld vóór de zaak in beraad werd genomen en hun opvolgers de eed nog niet hebben afgelegd, kunnen deze zaken aldus niet in voltallige zitting worden behandeld.

(2) BUITENBLIK

589. *Bundesverfassungsgericht* – Voor het *Bundesverfassungsgericht* heeft de Duitse wetgever voorzien in een opvolgingsregel: de uittreedende rechter blijft zijn functie vervullen, tot wanneer zijn opvolger hem kan vervangen.¹⁷²⁶ Indien twee maanden nadat een zetel is opengevallen, nog geen opvolger door de *Bundestag* of de *Bundesrat* is voorgesteld, kan het *Bundesverfassungsgericht* kandidaat-rechters voorstellen.

590. *Conseil constitutionnel* – Ook in Frankrijk is het einde van het mandaat van een rechter voorzienbaar, zodat alleen bij overlijden of ontslag, het probleem van de opvolging zich stelt. Voor de *Conseil constitutionnel* bepaalt de organieke wet dat de leden minstens acht dagen voor het einde van hun functie, worden vervangen.¹⁷²⁷

591. *Supreme Court* – In de Verenigde Staten van Amerika is niet in een wettelijke opvolgingsregeling voorzien. De Amerikaanse rechters laten doorgaans tijdig weten wanneer zij op rust willen worden gesteld en blijven doorgaans in functie tot de nieuwe rechter zijn eed heeft afgelegd. Na het overlijden van een *Justice* in functie, wordt meestal snel een opvolger aangeduid.

¹⁷²⁵ Ingevoegd bij Bijz. Wet 2 april 2001, BS 13 april 2001.

¹⁷²⁶ Artikel 4, § 4 *BVerfGG*. D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 198 (§ 6, nr. 11).

¹⁷²⁷ Artikel 8 van de Organieke Wet *Conseil constitutionnel*.

E. DE BENOEMINGSPROCEDURE IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

592. *Onafhankelijkheid en waardigheid* – De benoemingsprocedure van een grondwettelijke rechter dient de onafhankelijkheid van de instelling te waarborgen maar tevens democratische legitimiteit aan de rechter te geven. Deze benoemingsprocedure moet ook bijdragen tot de waardigheid¹⁷²⁸ van de instelling en van de rechters, evenals de betrokkenheid van de deelstaten waarborgen¹⁷²⁹.

593. *Democratische legitimiteit* – De voordracht en/of de benoeming van de rechters van de vier onderzochte grondwettelijke hoven gebeurt telkens door een democratisch verkozen orgaan of persoon: zo verwerven de rechters democratische legitimiteit.¹⁷³⁰ Tenzij rechtstreekse verkiezing door het volk, is er moeilijk een benoemingsprocedure te bedenken waarin de politieke partijen of politici geen rol spelen. De rol van de verkozenen hoeft niet problematisch te zijn.¹⁷³¹ De ECRM heeft geoordeeld dat, hoewel de grondwettelijke rechters zowel ten aanzien van de regering als ten aanzien van de wetgever, onafhankelijk moeten zijn, een politieke benoeming door de wetgever *in se* geen reden is om aan de onafhankelijkheid van deze rechters te twijfelen.¹⁷³² De Commissie bevestigt dit in de beslissing *Ruiz-Mateos*.¹⁷³³ Het EHRM hecht belang aan de door de magistraten bij hun inauguratie uitgesproken eed, waarin de onafhankelijkheid van de rechterlijke functie wordt beklemtoond¹⁷³⁴ en aan de duur van het mandaat en de door de wet en de grondwet bepaalde onverenigbaarheden.¹⁷³⁵

Het EHRM heeft zich nog niet moeten uitspreken over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van grondwettelijke rechters die door de regering worden benoemd. Er is geen reden om te veronderstellen dat het EHRM strenger zou zijn voor benoemingen van grondwettelijke rechters dan voor benoemingen van andere rechters¹⁷³⁶, zodat lering kan worden getrokken uit de rechtspraak over deze laatsten: ook hierin stelt het EHRM dat een benoeming door de regering én het feit dat ook politieke voorkeuren in de

¹⁷²⁸ Door de mediatisering van de benoemingsprocedure in de Verenigde Staten van Amerika wordt de waardigheid in het gedrang gebracht. R. DAVIS, *Electing Justice*, 23.

¹⁷²⁹ Commissie van Venetië, "Report on the composition of constitutional courts", CDL-JU (97) 34 rev2, 6.

¹⁷³⁰ Onder meer E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 65 (§ 5, nr. 127); M. CAPPELLETTI, "Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of "constitutional justice"", 26 en L. FAVOREU, "Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français", 68.

¹⁷³¹ D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 215 (§ 6, nr. 27).

¹⁷³² ECRM 18 december 1980, beslissing *Crociani/Italië*.

¹⁷³³ ECRM 6 november 1990, *Ruiz-Mateos/Spanje* (onontvankelijkheidsbeslissing).

¹⁷³⁴ EHRM 15 juni 2000, beslissing, *Salaman/Verenigd Koninkrijk*.

¹⁷³⁵ Voor verkiezingen door het parlement van toegevoegde rechters bij het Italiaanse Grondwettelijk Hof inzake verkiezingsprocedures, zie ECRM 18 december 1980, beslissing *Crociani/Italië*. Voor andere rechters, zie EHRM 18 mei 1999, beslissing *Ninn-Hansen/Denemarken*; 26 augustus 2003, beslissing *Filippini/San-Marino* (benoeming door de wetgever) en EHRM 2 juni 2005, *Zolotas/Griekenland*, nrs. 24 en 26 en 28 juni 1984, *Campbell en Fell/Verenigd Koninkrijk*, nr. 79 (benoeming door de regering). Zie ook D. SZYMCAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, 428.

¹⁷³⁶ Zie ook D. SZYMCAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, 427.

benoemingsprocedure mogen meespelen op zich geen redenen zijn om aan de onafhankelijkheid van de rechter te twijfelen.¹⁷³⁷

594. *Parlement* – Het is zeker aan te bevelen dat het parlement en niet zozeer de regering zijn inbreng in de benoemingsprocedure van de grondwettelijke rechters heeft.¹⁷³⁸ In 1929 werd in Oostenrijk de benoemingsprocedure van de grondwettelijke rechters veranderd, zodat deze niet langer door het Oostenrijkse Parlement, maar door de regering werden benoemd. De regering benoemde vervolgens alleen rechters die de regering volgden. Voor KELSEN was dit het begin van een politieke evolutie, die onvermijdelijk tot het fascisme leidde en verantwoordelijk was voor het feit dat de annexatie van Oostenrijk door de Nazi's op weinig weerstand stuitte.¹⁷³⁹

Bovendien is het in het licht van het beginsel van het evenwicht der machten ook aanbevelenswaardig dat de wetgevende vergaderingen bij de benoeming van de grondwettelijke rechters worden betrokken. De grondwettigheidstoetsing die deze rechters zullen uitoefenen, is immers een toezicht op deze wetgevende vergaderingen (of op de wetgever).

Hoewel in de onderzochte landen ook onder de parlementsleden en meerderheidspartijen doorgaans afspraken bestaan en dus aan de parlementsleden niet echt een vrije keuze wordt gelaten, zijn er toch voldoende voorbeelden waarin de parlementsleden het verschil hebben gemaakt.¹⁷⁴⁰ Alleen het parlement kan een voldoende democratische legitimiteit aan de benoemingsprocedure geven. De verplichting om een parlementaire meerderheid voor een benoeming te vinden¹⁷⁴¹, verplicht de benoemende instantie om alleen waardige kandidaten voor te dragen.

595. *Evenredige vertegenwoordiging* – In Duitsland en België zorgt de politieke benoemingsprocedure, zoals deze in de praktijk wordt toegepast, voor een evenredige vertegenwoordiging van de politieke partijen in het grondwettelijk hof. Deze praktijk verhoogt de onafhankelijkheid van een grondwettelijk hof, daar dit hof niet het instrument van het parlement of van de regering mag zijn.¹⁷⁴² De evenredige vertegenwoordiging bevordert tevens de legitimiteit van het grondwettelijk hof en dus het gezag van zijn arresten.¹⁷⁴³ Nadelig daarentegen is het feit dat deze praktijk ertoe leidt dat rechters die politiek neutraal zijn, geen kans op benoeming maken.¹⁷⁴⁴

¹⁷³⁷ EHRM 2 juni 2005, *Zolotas/Griekenland*, §§ 24 en 26 en *Campbell en Fell/Verenigd Koninkrijk*, 28 juni 1984, nr. 79.

¹⁷³⁸ Zie ook Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 155. *Pro*, M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 53. *Contra*, J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", 1.

¹⁷³⁹ H. KELSEN, "Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", *JOP* 1942, (183) 188.

¹⁷⁴⁰ Zie ook J. CHEVALLIER, "Le juge constitutionnel et l'effect Becket", 84.

¹⁷⁴¹ En dus niet zozeer het parlementaire veto-recht, zoals in Frankrijk, zie *supra*, randnummer 567.

¹⁷⁴² Zie ook *infra*, randnummer 638.

¹⁷⁴³ A ALEN, "Toespraak van André Alen ter gelegenheid van zijn installatie tot Voorzitter van het Grondwettelijk Hof", *vindplaats terug te vinden in de bibliografie*, nr. 4.

¹⁷⁴⁴ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 70 (§ 5, nr. 139).

In geen van de vier onderzochte landen wordt deze evenredige vertegenwoordiging bekritiseerd. Het Comité van Ministers van de Raad van Europa raadt evenwel in zijn aanbeveling over de onafhankelijkheid, efficiëntie en verantwoordelijkheden van de rechters – die ook op rechters van een grondwettelijk hof toepasselijk is¹⁷⁴⁵ – aan dat:

“[...]where the constitutional or other legal provisions prescribe that the head of state, the government or the legislative power take decisions concerning the selection and career of judges, an independent and competent authority drawn in substantial part from the judiciary (without prejudice to the rules applicable to councils for the judiciary contained in Chapter IV) should be authorised to make recommendations or express opinions which the relevant appointing authority follows in practice.”¹⁷⁴⁶

In navolging van deze aanbeveling kan in België aan de Hoge Raad voor de Justitie (en aan andere *stakeholders*) worden gevraagd om een advies of aanbeveling over de kandidaat-rechters te geven, waarmee de parlementsleden bij hun stemgedrag al dan niet kunnen rekening houden.¹⁷⁴⁷ Momenteel speelt de Hoge Raad voor de Justitie geen rol bij de benoeming van de rechters van het Grondwettelijk Hof. Een verregaandere optie houdt in dat aan deze Hoge Raad de bevoegdheid wordt toegekend om, met toepassing van de evenredige vertegenwoordiging, een lijst van mogelijke kandidaten op te stellen, waaruit de Kamer of de Senaat twee personen tot kandidaat-rechter kan voordragen.¹⁷⁴⁸

596. Ideologische vertegenwoordiging – Tegen de evenredige vertegenwoordiging kan worden aangevoerd dat niet zozeer de politieke partijen, maar wel de verscheidenheid aan ideeën en ideologieën in onze samenleving in het hof evenredig moeten worden vertegenwoordigd.¹⁷⁴⁹ Doch het ene sluit het andere niet uit. Dat de politieke partijen een kandidaat mogen voorstellen, verhindert niet dat de leden van de benoemende wetgevende vergadering de kwaliteit en de ideologie van de kandidaat-rechter kunnen aftoetsen, zodat zij ervoor kunnen zorgen dat een verscheidenheid aan ideeën en ideologieën in het hof aanwezig is.

597. Hoorzittingen – Dat de grondwettelijke rechters een werkelijke democratische legitimiteit moeten genieten en de verscheidenheid aan ideeën en ideologieën in onze samenleving moeten vertegenwoordigen, vereist dat de betrokkenheid van het parlement uit meer moet bestaan dan het louter stemmen voor de kandidaat die door een partij(voorzitter) wordt aangeduid. De parlementsleden moeten hun taak naar behoren en transparant¹⁷⁵⁰ uitoefenen: op onafhankelijke wijze en geïnformeerd oordelen of de

¹⁷⁴⁵ "Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities", artikel 1.

¹⁷⁴⁶ "Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities", artikel 47.

¹⁷⁴⁷ "Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities", artikel 47.

¹⁷⁴⁸ Dit gebeurt in Zuid-Afrika. De President van Zuid-Afrika benoemt gewone rechters op advies van de *Judicial Service Commission*: vermits de JSC één kandidaat voorstelt, heeft de President geen discretionaire bevoegdheid. Voor de benoeming van de rechters bij het Grondwettelijk Hof stelt de JSC een lijst van kandidaten voor, waaruit de President één kandidaat benoemt. CH. MURRAY, "Who Chooses Constitutional Court Judges?", *S. African L.J.* 1999, (865)

¹⁷⁴⁹ Zie ook *infra*, randnummer 640.

¹⁷⁵⁰ U. KISCHEL, "Party, Pope, and Politics? The Election of German Constitutional Court Justices in comparative perspective", 972-973.

kandidaat-rechter een geschikte grondwettelijke rechter zou zijn. Dat houdt in dat de parlementsleden een grotere ambitie moeten hebben dan het slaafs volgen van de gewoonte van de politieke benoeming: met eerbied voor de gewoonte of de rechtsregel dat het aan een bepaalde partij of persoon toekomt om de kandidaat-rechter voor te dragen, moeten zij zich van de bekwaamheid van de kandidaat-rechters vergewissen. In Duitsland en in België doen de parlementsleden dit niet. De meest geëigende en transparante manier daartoe is het houden van openbare hoorzittingen, zoals de (grond)wetgever van Frankrijk en van de Verenigde Staten van Amerika hebben geoordeeld.

598. *Risiko's* – In de Duitse rechtsleer wordt evenwel op de risico's van hoorzittingen gewezen. Uit vrees voor de hoorzitting, zouden potentieel goede grondwettelijke rechters zich niet kandidaat stellen; goede kandidaten zouden in een hoorzitting niet tot hun recht komen en dus niet worden verkozen; partijen zouden de kans niet onbenut laten om ongepaste vragen te stellen en er zouden vragen worden gesteld over materies waarover het *Bundesverfassungsgericht* ooit zou moeten oordelen.¹⁷⁵¹ Vertrouwelijkheid zou dan ook belangrijker zijn dan de wens voor transparantie.¹⁷⁵²

Deze risico's veronderstellen dat de hoorzittingen tot de Amerikaanse praktijken zouden ontaarden. Kwaliteitsvolle hoorzittingen en debatten zouden de politieke partijen verplichten om alleen waardige en geschikte kandidaten voor te dragen. Zij kunnen een geschikt kandidaat-rechter voor een grondwettelijk hof immers moeilijk afschrikken.¹⁷⁵³ Een parlementaire commissie kan de kandidaat-rechter ondervragen over zijn standpunten over de rol van een grondwettelijk hof, over de interpretatie van de grondwet, over de verhouding tussen het internationale en het nationale recht en over bepaalde thema's (vrijheid van onderwijs, vrijheid van meningsuiting...), zonder evenwel van de kandidaat-rechter te willen horen wat de rechter in bepaalde zaken zelf zou beslissen.¹⁷⁵⁴ Deze hoorzittingen moeten publiek zijn, zodat niet alleen de parlementsleden, maar ook experts, de media en belangengroepen zich een gedegen mening over de kwaliteiten van de kandidaat-rechter kunnen vormen.¹⁷⁵⁵ Een hoorzitting moet de professionele kwaliteiten van de kandidaat-rechter blootleggen, niet zijn persoonlijk leven. Met hun vragen moeten de leden van de commissie en de media waarborgen dat de waardigheid van de benoemingsprocedure niet wordt aangetast.

¹⁷⁵¹ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 68 (§ 5, nr. 134) en U. KISCHEL, "Party, Pope, and Politics? The Election of German Constitutional Court Justices in comparative perspective", 974-975.

¹⁷⁵² E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 68 (§ 5, nr. 134).

¹⁷⁵³ Zie G. CARCASSONNE, "Les membres du Conseil constitutionnel: 1958-2008", *Colloque du Cinquantenaire du Conseil constitutionnel*, Parijs, 3 november 2008, 5 en P. HÄBERLE, "Das Bundesverfassungsgericht in der Krise?", 32. Hiervoor wordt ook in het Verenigd Koninkrijk gepleit, zie M. L. CLARK, "Introducing a parliamentary confirmation process for new Supreme Court justices: its pros and cons, and lessons learned from the US experience", *Public Law* 2010, (464) 466 en 477.

¹⁷⁵⁴ Voor richtlijnen hoe de kandidaten vragen moeten beantwoorden, zie R. ALLEMAN en J. MAZZONE, "The Case for Returning Politicians to the Supreme Court", *Hastings L.J.* 2010, (1353) 1378-1381. Voor het soort vragen dat wel of niet mag worden gesteld, zie U. KISCHEL, "Party, Pope, and Politics? The Election of German Constitutional Court Justices in comparative perspective", 973 e.v.

¹⁷⁵⁵ Zie ook M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, 150.

599. Politiek orgaan – Tegenstanders van hoorzittingen voeren aan dat er een verband zou zijn zijn tussen het pleidooi voor hoorzittingen en de kwalificatie van een grondwettelijk hof: wie een grondwettelijk hof eerder als een politiek orgaan beschouwt, pleit voor hoorzittingen. Wie een grondwettelijk hof eerder als een rechtscollege beschouwt, heeft geen nood aan hoorzittingen.¹⁷⁵⁶

In dit proefschrift wordt deze stelling niet bijgetreden. Integendeel, er wordt gepleit voor openbare hoorzittingen als een instrument om de parlementsleden te verplichten op onafhankelijke wijze en geïnformeerd hun plicht te vervullen: een tweederdemeerderheid aan de verkiezing van een rechter te verlenen. Dit kan alleen wanneer de parlementsleden zich van de bekwaamheid en ideologie van de kandidaat-rechter vergewissen en niet wanneer zij louter als marionetten van de politieke partij aan zet stemmen. Alleen dan verwerven de rechters van een grondwettelijk hof échte democratische legitimiteit.

Door de organisatie van openbare hoorzittingen, zouden de media ook meer aandacht besteden aan de benoeming van een nieuwe grondwettelijke rechter: dit zou bijdragen tot een grotere kennis bij het publiek over de rol van het Grondwettelijk Hof en over de grondwettelijke rechters.¹⁷⁵⁷ Dit draagt bij tot de democratische legitimiteit van de rechter, omdat hij dan ook door de samenleving wordt gedragen.

600. Geen coöptatie – Dat het Grondwettelijk Hof zelf geen kandidaat mag voordragen, heeft het gemeen met de andere onderzochte grondwettelijke hoven: in geen land mag het grondwettelijk hof zelf kandidaat-rechters voordragen. Alleen het *Bundesverfassungsgericht* kan in een bepaald geval rechters voorstellen. In de vier landen wordt geoordeeld dat de onafhankelijkheid van de instelling het best wordt gewaarborgd wanneer zij niet in de benoemingsprocedure wordt betrokken. Nochtans pleitte KELSEN voor een coöptatierecht van een grondwettelijk hof, omdat het hof het meeste belang heeft om zijn samenstelling met goede rechters te versterken.¹⁷⁵⁸

601. Opvolging – Vanaf 2018 tot 2022 bereiken acht rechters van het Grondwettelijk Hof, van wie vier in 2021, de leeftijd waarop zij in ruste kunnen worden gesteld. De wetgevende vergaderingen staan aldus voor de uitdaging om in die periode de continuïteit van de werking van het Grondwettelijk Hof te waarborgen. Er moet worden vermeden dat er een te grote tijdsperiode is tussen het tijdstip waarop een rechter in ruste wordt gesteld en het tijdstip waarop zijn opvolger de eed heeft afgelegd. Daarnaast zou, naar het voorbeeld van het *Bundesverfassungsgericht*, de opvolgingsregel moeten waarborgen dat het Grondwettelijk Hof twaalf rechters telt. De voorzitters en de rechters die wegens hun leeftijd in ruste worden gesteld, zouden hun ambt moeten blijven uitoefenen in de zaken die in beraad zijn genomen vóór het ogenblik waarop hun opvolger de eed heeft afgelegd en nog niet tot een beslissing hebben geleid. Vanaf zijn eedaflegging kan de opvolger dan zetelen in de zaken die na zijn eedaflegging in beraad zijn genomen.

¹⁷⁵⁶ U. KISCHEL, "Party, Pope, and Politics? The Election of German Constitutional Court Justices in comparative perspective", 977-978.

¹⁷⁵⁷ M. L. CLARK, "Introducing a parliamentary confirmation process for new Supreme Court justices", 467.

¹⁷⁵⁸ H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", 227. *Contra*, RUPPERT in D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 215 (§ 6, nr. 27).

2. DE VOORZITTER(S) VAN EEN GRONDWETTELIJK HOF

602. *Presidentieel of collegiaal grondwettelijk hof?* – Men spreekt over het “*Warren court*”, het “*Burger court*”, het “*Rehnquist court*”, over de “*Conseil Badinter*”¹⁷⁵⁹, maar niet over het “*Martens-Hof*”, of het “*Bossuyt-Martens-Hof*” of het “*Bossuyt-Melchior-Hof*”. De organisatie van een grondwettelijk hof bepaalt, samen met zijn persoonlijkheid, of de voorzitter zijn stempel op een grondwettelijk hof kan drukken. Er zijn “*presidentieële en collegiale*” grondwettelijke hoven: hoewel niet één van de volgende criteria doorslaggevend is, lijkt het dat de wijze van benoeming van de voorzitter, de duur van zijn mandaat, de aanwezigheid van vice-presidenten, maar ook de mogelijkheid om afwijkende motiveringen bekend te maken en de draagwijdte van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de voorzitter, bepalen of een grondwettelijk hof eerder presidentieel dan wel collegiaal functioneert.¹⁷⁶⁰

603. *Aanduiding van de voorzitter* – Uit de studie van de Commissie van Venetië blijkt dat de voorzitter van een grondwettelijk hof doorgaans door de grondwettelijke rechters zelf of door een politiek orgaan wordt gekozen.¹⁷⁶¹ In het licht van de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van de rechter is de aanduiding door een politiek orgaan niet zonder risico. Wanneer de voorzitter van het grondwettelijk hof wordt gekozen door een politiek orgaan, onder meer uit het midden van de grondwettelijke rechters, zijn deze laatsten – althans diegene die graag voorzitter willen worden – in een afhankelijke positie.¹⁷⁶²

604. *Rol van de voorzitter* – De voorzitter van een grondwettelijk hof heeft doorgaans specifieke taken met betrekking tot de organisatie en de administratie van het hof, de vertegenwoordiging ervan en protocollaire opdrachten. Daarnaast kan het ook zijn dat hij een belangrijke rol in de behandeling van de zaken heeft. Hieronder bespreken we alleen de taken van de voorzitter in het kader van de behandeling van de zaken en de rechtspleging.

605. *Structuur* – Aansluitend bij het onderzoek op welke wijze de rechters van een grondwettelijk hof worden benoemd, wordt hieronder nagegaan op welke wijze de voorzitter(s) van de vier grondwettelijk hoven worden aangeduid en wat hun rol is (onder titels **A** en **B**). Onder titel **C** wordt een bondig besluit in het licht van de rechtsstaat geformuleerd.

¹⁷⁵⁹ Onder meer J. ROBERT, *La garde de la République*, 119 en D. ROUSSEAU, “Le Conseil constitutionnel (1986-1991). Vie de l’institution et politiques jurisprudentielles”, *Pouvoirs* 1991, 207.

¹⁷⁶⁰ P. PASSAGLIA, “*Présidentialisme versus collégialité? À la recherche des modèles d’organisation des cours constitutionnels*”, in X (ed.), *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Parijs, Dalloz, 2007, 875-885.

¹⁷⁶¹ Commissie van Venetië, “Report on the composition of constitutional courts”, CDL-JU (97) 34 rev2, 11.

¹⁷⁶² D.J. HUTCHINSON, “The Black-Jackson Feud”, *The Supreme Court Review* 1988, (203) 204-205 en D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 59.

A. HET GRONDWETTELIJK HOF

606. Door de “eigen” rechters – Anders dan bij de drie onderzochte landen, kiest geen politiek orgaan, doch kiezen de grondwettelijke rechters zelf hun twee voorzitters.¹⁷⁶³ Het Grondwettelijk Hof heeft immers twee voorzitters: een Nederlandstalige en een Franstalige voorzitter, gekozen door de rechters van de eigen taalgroep.¹⁷⁶⁴ Beurtelings is één voorzitter voor een jaar “voorzitter in functie”.¹⁷⁶⁵ Terwijl het vroeger een gewoonte was dat de rechter in de taalgroep met de meeste anciënniteit tot voorzitter werd gekozen¹⁷⁶⁶, lijkt dit de laatste jaren niet meer het geval te zijn. In 2013 werd Jean SPREUTELS tot voorzitter van de Franstalige rechters verkozen, hoewel Jean-Paul SNAPPE en Jean-Paul MOERMAN een langere anciënniteit bij het hof hebben. SPREUTELS is evenwel enkele maanden ouder dan SNAPPE en ook voorzitter MARTENS was even de oudste rechter zonder evenwel de langste anciënniteit te hebben, zodat volgens sommige auteurs misschien niet de meeste anciënniteit, maar wel de leeftijd het nieuwe kiescriterium lijkt te zijn.¹⁷⁶⁷ De aanduiding van André ALEN als voorzitter doet hieraan evenwel twijfelen: hij is noch de oudste Nederlandstalige rechter noch diegene met de meeste anciënniteit.

¹⁷⁶³ Tot 1993 werd de nieuwe voorzitter, die de in ruste gestelde of overleden voorzitter moet vervangen, pas door de taalgroep verkozen, wanneer deze opnieuw voltallig was en werd ondertussen het voorzitterschap *ad interim* waargenomen door de eerste in de volgorde van de hoorzittingen (en dus de rechter van de taalgroep met de meeste anciënniteit). Omdat het ernaar uitzag dat de vervanging van twee rechters – die tevens voorzitter waren – in 1993 enige tijd zou duren, hebben de vijf rechters van de twee taalgroepen reeds een voorzitter gekozen: DE GRÈVE, en MELCHIOR voor een beperkte periode (tot 31 juli 1999), waarna deze laatste tweemaal herverkozen werd (opnieuw voor een beperkte duur, tot 31 juli 2006, respectievelijk tot 17 augustus 2009) Sindsdien zijn alle mandaten van voorzitter van bepaalde duur. Sinds 1999 wordt de nieuwe voorzitter verkozen vooraleer de oude voorzitter in ruste is gesteld. Zie ook C. COURTOY, "La formation et le renouvellement de la Cour d'Arbitrage de Belgique", 541 en J. T. DEBRY, "La désignation et les attributions des présidents de la Cour constitutionnelle", 52.

¹⁷⁶⁴ Artikel 33 Bijz.Wet GwH. Enkele parlamentsleden verkozen dat, om het vertrouwen van elke rechter te hebben, alle rechters bij de verkiezing van beide voorzitters betrokken zouden zijn. Zie Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 197.

¹⁷⁶⁵ Artikel 54 Bijz.Wet GwH. Een termijn van twee jaar werd overwogen: Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 18.

¹⁷⁶⁶ J. T. DEBRY, "La désignation et les attributions des présidents de la Cour constitutionnelle", 53; A. RASSON-ROLAND, "Le renouvellement des juges de la Cour d'Arbitrage", 27 en M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, 155. Dit leek ook het beste criterium voor enkele parlamentsleden, opdat concurrentie en spanningen in het hof zouden worden vermeden. Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 230.

¹⁷⁶⁷ J. T. DEBRY, "La désignation et les attributions des présidents de la Cour constitutionnelle", 53. RIGAUX betreurt in elk geval dat het de gewoonte is geworden dat het criterium van anciënniteit – of van leeftijd – doorslaggevend is, omdat dit doorgaans leidt tot korte periodes van voorzitterschap, zodat één van de doelen – het bewaken van de eenheid van de rechtspraak – minder goed wordt bereikt. M.-F. RIGAUX, ""Les présidents siègent dans toutes les affaires"", in P. MARTENS (ed.), *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l'homme. Liber Amicorum Michel Melchior*, Brussel, Anthemis, 2010, 76.

607. Rol – De voorzitters hebben specifieke taken met betrekking tot de organisatie van het hof, de behandeling van de op de rol ingeschreven zaken en de vertegenwoordiging van het hof, waarover zij regelmatig met elkaar overleggen.¹⁷⁶⁸

Voor de burger en de rechtsstaat is vooral de rol van de voorzitter inzake de rechtspleging belangrijk.¹⁷⁶⁹ Beide voorzitters zetelen in alle zaken: dit is, volgens de parlementaire voorbereiding, om de eenheid en coherentie van de rechtspraak te bewaken.¹⁷⁷⁰ Deze opdracht komt evenwel ook en (misschien wel) vooral aan de referendarissen en de rechters-verslaggevers toe, die bij de voorbereiding van een ontwerp-arrest de precedenten moeten opzoeken en, in voorkomend geval, een voorstel tot wijziging van de rechtspraak grondig moeten motiveren. RIGAUX stelt daarom dat de opdracht om de eenheid van de rechtspraak te bewaken misschien vooral moet worden gelezen als “de eenheid tussen de rechters te bewaken”.¹⁷⁷¹

De voorzitter in functie leidt de beraadslaging, doch delegeert deze bevoegdheid aan de andere voorzitter indien het een zaak betreft die moet worden behandeld in de taal die niet de taal is van de taalgroep waartoe de voorzitter in functie behoort.¹⁷⁷²

608. Doorslaggevende stem – Het krachtigste instrument van de voorzitter in functie is zijn doorslaggevende stem: bij staking van stemmen (in voltallige zitting) is de stem van de voorzitter in functie doorslaggevend.¹⁷⁷³ Hiermee beoogde de wetgever een blokkering door staking van stemmen te vermijden.¹⁷⁷⁴

Een voorzitter die eerder presidentieel te werk gaat, zal veeleer zijn doorslaggevende stem gebruiken, terwijl een voorzitter die de collegialiteit het belangrijkste vindt, zo veel als mogelijk eensgezindheid zal zoeken. De zekerheid van de wissel op de wacht – dat het voorzitterschap om beurten door elke voorzitter voor een termijn van één jaar wordt waargenomen – maakt dat de voorzitters van het Grondwettelijk Hof wellicht eerder een collegiale stijl aannemen: hun presidentiële hegemonie zou immers maar één jaar duren. *Today's majority is tomorrow's opposition.*

Of de Belgische voorzitters zich te dezen presidentieel dan wel collegiaal gedragen, is even geheim als de inhoud van de beraadslagingen. Naar verluidt wordt de doorslaggevende stem slechts uiterst uitzonderlijk gebruikt en is het nog nooit in communautaire zaken

¹⁷⁶⁸ Voor meer hierover, zie J. T. DEBRY, "La désignation et les attributions des présidents de la Cour constitutionnelle", 54 e.v.

¹⁷⁶⁹ Zie ook M.-F. RIGAUX, ""Les présidents siègent dans toutes les affaires"", 90.

¹⁷⁷⁰ Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 198; Verslag namens de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Kamer 1982-83, nr. 647/4, 11 en 43; *Hand. Senaat* 1982-83, 27 april 1983, 1813 en Verslag van de Commissie op het ontwerp van Bijzondere Wet op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1988-89, nr. 47-483/2, 54. Zie ook J. T. DEBRY, "La désignation et les attributions des présidents de la Cour constitutionnelle", 59. Over het unieke karakter van deze regel, in vergelijking met het Hof van Cassatie en de Raad van State, zie M.-F. RIGAUX, ""Les présidents siègent dans toutes les affaires"", 75.

¹⁷⁷¹ M.-F. RIGAUX, ""Les présidents siègent dans toutes les affaires"", 76-77.

¹⁷⁷² Artikel 55 Bijz. Wet GwH.

¹⁷⁷³ Artikel 56 Bijz. Wet GwH.

¹⁷⁷⁴ *Hand. Senaat.* 1982-83, 26 april 1983, 1792 en 5 mei 1983, 1914.

gebruikt.¹⁷⁷⁵ Het is veeleer de rol van de voorzitter om op zoek te gaan naar het compromis tussen tegengestelde visies.¹⁷⁷⁶ Eensgezindheid is te verkiezen, daar een al te vaak gebruik van de doorslaggevende stem niet alleen tot spanningen binnen het hof zou leiden, maar ook tot een uiteenlopende taalgevoelige rechtspraak, wat het gezag van een instelling dat juist was opgericht om de communautaire spanningen te pacificeren, zou ondermijnen.¹⁷⁷⁷

609. *Analyse rechtspraak* – Voor het Grondwettelijk Hof is de doorslaggevende stem voor de voorzitter in functie *inuncto* de jaarlijkse wissel wellicht de beste oplossing. Toch moet worden nagegaan of deze doorslaggevende stem niet ertoe leidt dat de uitkomst van een zaak (mede) wordt bepaald door de taalaanhorigheid van de voorzitter. Het is immers mogelijk dat rechters, zelfs en vooral onbewust, omwille van de doorslaggevende stem een bepaalde meerderheid gaan vormen. Dan zou er wel een taalgevoelige rechtspraak zijn.

Dit op een methodologisch verantwoorde wijze onderzoeken, is evenwel zeer moeilijk. Een louter kwantitatieve analyse van de rechtspraak is in elk geval niet afdoende: dit zou slechts verantwoord zijn indien andere factoren die het succes van een zaak beïnvloeden, kunnen worden geneutraliseerd. De belangrijkste factor is zonder twijfel de inhoud van het dossier (is de grondwetsschending klaarblijkelijk?), maar ook de kwaliteit van de procesvoering en de strategische keuzes van de partijen bepalen de uitkomst van een grondwettelijk geschil. Deze factoren kunnen in een kwantitatieve analyse onmogelijk worden geneutraliseerd. Slechts indien een kwantitatieve analyse significant zou aantonen dat een partij meer kans heeft om een zaak te winnen wanneer de voorzitter in functie van haar eigen taalaanhorigheid is, zou een daaropvolgende kwalitatieve analyse eventueel een betekenisvolle conclusie mogelijk maken.

De kwantitatieve analyse kan op twee wijzen. De eerste wijze houdt in dat wordt nagegaan of er in functie van de uitkomst van de procedure een verband is tussen de taalaanhorigheid¹⁷⁷⁸ van de verzoekende partij en de taalaanhorigheid van de voorzitter in functie. De tweede wijze is nagaan of er een verband is tussen het lot van een Nederlandstalige, respectievelijk, Franstalige toetsingsnorm en de taalaanhorigheid van de voorzitter: worden Vlaamse decreten minder ongrondwettig verklaard of vernietigd wanneer de Nederlandstalige voorzitter in functie is en vice versa? Om een begin van deze oefening te doen, werd de eerste onderzoekswijze toegepast, doch op beperkte wijze: er is nagegaan of er een verband is, in functie van de uitkomst van de procedure, tussen de taalaanhorigheid van de institutionele verzoekers en de taalaanhorigheid van de voorzitter in functie bij beroepen tot vernietiging.¹⁷⁷⁹ Het resultaat is als volgt:

¹⁷⁷⁵ A ALEN, "Toespraak van André Alen ter gelegenheid van zijn installatie tot Voorzitter van het Grondwettelijk Hof", nr. 4.

¹⁷⁷⁶ A. ARTS, "Achter de schermen van het Arbitragehof", in X (ed.), *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Brussel, Larcier, 743.

¹⁷⁷⁷ J. T. DEBRY, "La désignation et les attributions des présidents de la Cour constitutionnelle", 64. Zie ook P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", in J. ENGLEBERT (ed.), *Questions de droit judiciaire inspirées de l'affaire Fortis*, Brussel, Larcier, 2011, 15.

¹⁷⁷⁸ Woonplaats of maatschappelijke zetel van de belanghebbende of van de institutionele verzoekers.

¹⁷⁷⁹ Alle zaken van de institutionele verzoekers met een bepaalde taalaanhorigheid tot eind juli 2014.

| Beroep tot vernietiging | | is gegrond | wordt verworpen | is gegrond met handhaving van de gevolgen | is gedeeltelijk gegrond | wordt verworpen onder voorbehoud van interpretatie | TOTAAL |
|--|--|---------------|--------------------|---|-------------------------------|---|-----------|
| Taal van de institutionele verzoeker | Taal van de in functie zijnde voorzitter | | | | | | |
| Nederlands | Nederlands | 8 | 6 | 2 | 3 | 3 | 22 |
| | Frans | 4 | 8 | 9 | 2 | 2 | 25 |
| | Totaal | 12 | 14 | 11 | 5 | 5 | 47 |
| Frans | Frans | 3 | 3 | 2 | 7 | 0 | 15 |
| | Nederlands | 8 | 1 | 2 | 6 | 0 | 17 |
| | Totaal | 11 | 4 | 4 | 13 | 0 | 32 |

Uit deze beperkte cijfers lijken de Nederlandstalige institutionele verzoekers een voordeel bij een Nederlandstalige voorzitter te hebben: bij een Nederlandstalige voorzitter in functie werden er in verhouding met het aantal ingestelde beroepen meer beroepen gegrond verklaard, terwijl bij een Franstalige voorzitter er meer beroepen werden verworpen. Voor de Franstalige institutionele verzoekers is het beeld omgekeerd: in verhouding met het aantal ingestelde beroepen werden meer beroepen gegrond verklaard bij een Nederlandstalige voorzitter in functie dan bij een Franstalige voorzitter in functie.¹⁷⁸⁰ Bij de Nederlandstalige institutionele verzoekers zijn negen (op elf) zaken gegrond verklaard met handhaving van de gevolgen (winnen in theorie, maar verliezen in de praktijk) wanneer de Franstalige voorzitter in functie was. Voor de Franstalige institutionele verzoekers maakt dit bijna geen verschil.

Bij deze cijfers moet een grote caveat worden geplaatst. Het hier beperkt gevoerde kwantitatieve onderzoek zou alleen een argument kunnen zijn om een kwalitatief onderzoek te beginnen, indien uit een kwantitatieve analyse significant zou blijken dat een partij meer kans heeft om een zaak te winnen wanneer de voorzitter in functie van zijn eigen taalaanhorigheid is. Omwille van de beperkte cijfers, is het methodologisch niet verantwoord om sterke uitspraken te doen over de mogelijke rol van de voorzitter in functie in het resultaat van een beroep tot vernietiging.

¹⁷⁸⁰ Moet dit tot het besluit leiden dat er bij een Nederlandstalige voorzitter in functie meer beroepen gegrond worden verklaard en aldus het Grondwettelijk Hof “activistischer” zou zijn? In de Verenigde Staten van Amerika doen politieke wetenschappers hierover uitgebreid onderzoek. Zulk onderzoek ontbreekt helaas in België.

B. BUITENBLIK

610. *Bundesverfassungsgericht* – De *Bundestag* en de *Bundesrat* kiezen beurtelings de voorzitter en de vicevoorzitter van het *Bundesverfassungsgericht* onder de rechters van het hof. Ook hiervoor zijn er afspraken tussen CDU/CSU en SPD: sinds 1983 heeft de voorzitter afwisselend een CDU- of SPD-aanhorigheid.¹⁷⁸¹

Zij zetelen in verscheidene *Senaten* en leiden de behandeling van de zaken in deze kamers. Bij staking van stemmen is hun stem niet beslissend: een schending van de *Grundgesetz* kan slechts bij een meerderheid van stemmen worden vastgesteld, zodat een staking van stemmen tot gevolg heeft dat geen schending kan worden vastgesteld.¹⁷⁸²

611. *Conseil constitutionnel* – De President van de Franse Republiek benoemt de voorzitter van de *Conseil constitutionnel*¹⁷⁸³: gewoonlijk een vriend die een belangrijke politieke verantwoordelijkheid heeft gedragen en iemand met wie hij een nauwe band heeft. Zo brengt hij “een deel van zichzelf, van zijn overtuigingen en van zijn filosofie”¹⁷⁸⁴ in de *Conseil*.¹⁷⁸⁵ Het mandaat van de voorzitter duurt niet langer dan dat van een rechter: negen jaar.

De voorzitter van de *Conseil constitutionnel* bepaalt onder meer welke rechter verslaggever in een zaak is. Hij verdeelt de dossiers onder de rechters, waardoor hij een zekere invloed op de uitkomst van de zaak heeft.¹⁷⁸⁶ In beginsel hebben de rechters geen specialiteit: alleen de financiële wetten worden meestal aan dezelfde verslaggever toegekend. De voorzitter leidt ook de debatten: hij laat de rechters aan het woord en zou ook op die manier de wijze waarop een dossier wordt besproken, kunnen beïnvloeden.¹⁷⁸⁷ Ten slotte is, indien nodig, zijn stem doorslaggevend.¹⁷⁸⁸

612. *Supreme Court* – Ook in de Verenigde Staten van Amerika duidt de President de *Chief Justice* van het *Supreme Court* aan: soms is deze een reeds zetelende *Justice*, soms niet. Afhankelijk van de leeftijd van de *Chief Justice* en van de benoemingsstrategie en –

¹⁷⁸¹ D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 250 (§ 9, nr. 10).

¹⁷⁸² Artikelen 9 en 15 *BVerfGG*.

¹⁷⁸³ VEDEL stelt dat de verkiezing door de *Conseil constitutionnel* van de eigen voorzitter de *Conseil constitutionnel* in het ongeluk zou storten. G. VEDEL, Voorwoord bij D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel (2013)*, 9. Pro, D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel (2013)*, nr. 61. Een amendement in die zin werd nooit aangenomen, zie G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 503 (voetnoot 92), die tevens schrijft dat de benoeming van de voorzitter van de *Conseil* door de President van de Franse Republiek onder vuur ligt.

¹⁷⁸⁴ D. ROUSSEAU, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, 1997, 15, geciteerd door J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 145.

¹⁷⁸⁵ J. CHEVALLIER, "Le juge constitutionnel et l'effect Becket", 84.

¹⁷⁸⁶ J. ROBERT, *La garde de la République*, 100. Tenzij er wordt gelect, blijft de naam van de verslaggever geheim. De verslaggever wordt bijgestaan door de juridische dienst, onder leiding van de *Secrétaire général*: de juridische medewerkers worden dus niet aan een rechter toegewezen, maar maken deel uit van deze juridische dienst.

¹⁷⁸⁷ J. ROBERT, *La garde de la République*, 96.

¹⁷⁸⁸ P. PASSAGLIA, "Présidentialisme versus collégialité?", 884 en J. ROBERT, *La garde de la République*, 96-100. Voor de verwijzing naar een amendement die deze bevoegdheid wil afschaffen, zie G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 503.

mogelijkheden, kunnen deze voorzitters een langdurig mandaat uitoefenen. Sommige *Chief Justices* hebben sterk hun stempel op het hof gedrukt¹⁷⁸⁹: Marshall¹⁷⁹⁰, Warren, Burger, Rehnquist.

De *Chief Justice* leidt de debatten en duidt, indien hij in een zaak tot de meerderheid behoort, de rechter aan, die namens het hof het arrest mag schrijven.¹⁷⁹¹ Op deze wijze kan hij de rechtspraak van het hof beïnvloeden.¹⁷⁹²

C. IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

613. *Onafhankelijkheid* – Alleen in het Grondwettelijk Hof beslissen de rechters wie de voorzitters van het hof zijn. In de drie onderzochte landen is het een politiek orgaan. Voor de onafhankelijkheid van de rechters is het beter dat niet een politiek orgaan dit doet. De beslissing aan de rechters van het grondwettelijk hof overlaten, bevordert evenwel misschien niet optimaal de goede werking van de instelling. In geen van de vier onderzochte landen wordt in de rechtsleer eensgezind bezwaren geuit tegen de wijze waarop de voorzitter van het grondwettelijk hof wordt aangeduid.

614. *Collegiaal grondwettelijk hof* – De belangrijkste waarborg voor de legitimiteit en de onafhankelijkheid van een instelling is dat een grondwettelijk hof collegiaal en niet presidentieel wordt bestuurd. Een doorslaggevende stem aan de voorzitter toekennen zal eerder tot een presidentieel bestuur leiden: dat in het Grondwettelijk Hof de voorzitter slechts één jaar in functie is en een doorslaggevende stem heeft, beperkt het gevaar op een presidentieel bestuur en op taatgevoelige rechtspraak. Daarenboven komt het de overige grondwettelijke rechters toe om een sterk tegenwicht tegen een presidentiële voorzitter te bieden: hoe sterker de overige rechters zijn, hoe meer de voorzitter wordt verplicht om collegiaal te handelen. Eén van de factoren die de sterkte van de grondwettelijke rechters bepalen, zijn de benoemingsvoorwaarden: welke personen kunnen geschikte grondwettelijke rechters zijn? Dat wordt hieronder onderzocht.

3. DE BENOEMINGSVOORWAARDEN

615. *Geschikte rechters* – Dat in de vier onderzochte landen verkozen politici van de wetgevende macht bij de benoemingsprocedure van de grondwettelijke rechters worden betrokken, draagt bij tot de democratische legitimiteit van deze rechters. Daarnaast

¹⁷⁸⁹ R. DAVIS, *Electing Justice*, 22.

¹⁷⁹⁰ 1801-1835.

¹⁷⁹¹ Indien de voorzitter tot de minderheid behoort, duidt van de meerderheid de rechter met de langste anciënniteit de rechter aan, die het arrest mag schrijven.

¹⁷⁹² R. DAVIS, *Electing Justice*, 22.

moeten deze grondwettelijke rechters ook een meritocratische legitimiteit hebben: zij moeten geschikt zijn. Zoals de waarborgen in artikel 6 EVRM een recht op toegang tot de rechter vooronderstellen, vooronderstelt dat laatste misschien wel een recht op toegang tot de *geschikte* rechter. Welk nut heeft een grondwettelijk hof immers, wanneer het niet in staat is om zijn opdracht te vervullen? Eén van de elementen die daarbij relevant zijn, zijn de benoemingsvoorwaarden voor de rechter.¹⁷⁹³ Op deze wijze draagt de geschiktheid van het grondwettelijk hof bij tot zijn legitimiteit.

Daarom wordt hieronder onderzocht welke benoemingsvoorwaarden – wettelijk of in de praktijk – aan de grondwettelijke rechters worden opgelegd. Er wordt onderzocht of zij jurist moeten zijn (**A**), politieke ervaring moeten hebben (**B**), of zij met politieke partijen moeten verbonden zijn (**C**), of er aandacht is voor sociale groepen (**D**) en of er leeftijdsvereisten zijn (**E**). Ten slotte wordt onder titel **F** nagegaan welke vereisten de rechtsstaat als benoemingsvoorwaarden stelt.

A. EEN JURIDISCHE OPLEIDING

616. *Juristen* – In haar onderzoek naar de samenstelling van grondwettelijke hoven besluit de Commissie van Venetië dat de grondwettelijke hoven naar Amerikaans model doorgaans alleen uit juristen bestaan, en de grondwettelijke hoven naar Oostenrijks model voornamelijk uit juristen, doch soms ook uit niet-juristen.¹⁷⁹⁴ Hieronder wordt voor de vier onderzochte hoven nagegaan of zij uit juristen (moeten) bestaan (**1** en **2**). Vervolgens zal worden beoordeeld of de rechtsstaat vereist dat alle grondwettelijke rechters een juridische opleiding hebben genoten (**3**).

(1) HET GRONDWETTELIJK HOF

617. *Grondwettelijk Hof* – In het Grondwettelijk Hof zijn niet alle rechters juristen: zes rechters worden omwille van juridische bekwaamheid gekozen en zes rechters omwille van hun politieke ervaring. Op deze manier zou het hof “de politiek en het recht” verenigen. Voor de juristen gelden er strenge bekwaamheidsvereisten. Zij kunnen slechts tot rechter in het Grondwettelijk Hof worden benoemd indien zij minstens vijf jaar één van de volgende ambten hebben bekleed: raadsheer, procureur-generaal, eerste advocaat-generaal of advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie; Staatsraad, auditeur-generaal, adjunct-auditeur-generaal, eerste auditeur of eerste referendaris bij de Raad van State; referendaris bij het Grondwettelijk Hof; gewoon hoogleraar, buitengewoon hoogleraar, geassocieerd hoogleraar in de rechten aan een Belgische universiteit.¹⁷⁹⁵ Het Grondwettelijk

¹⁷⁹³ E.-W. BÖCKENFÖRDE, "Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation", 15-16.

¹⁷⁹⁴ Commissie van Venetië, "Report on the composition of constitutional courts", CDL-JU (97) 34 rev2, 8.

¹⁷⁹⁵ Artikel 34 Bijz.Wet GwH. Zoals de commissieleden opmerkten, vereist de geest van de wet dat de universiteitsprofessor en de raadsheer bij het Hof van Cassatie zich veeleer bekwaamd hebben in het grondwettelijk en het publiek recht, eventueel ook het internationaal privaatrecht, dan in het Romeins

Hof moet samengesteld zijn uit minstens één gewezen magistraat bij het Hof van Cassatie of de Raad van State (om ervaring in het rechtspreken bij te brengen)¹⁷⁹⁶, minstens één voormalig referendaris bij het Grondwettelijk Hof en minstens één hoogleraar.

In tegenstelling tot de rechters (ook de rechters-politici) van de meerderheid van de Europese grondwettelijke hoven¹⁷⁹⁷, moeten niet alle rechters van het Grondwettelijk Hof juridisch geschoold zijn: méér zelfs, slechts van zes rechters wordt een juridische vorming verwacht.¹⁷⁹⁸ De meerderheid van de parlementaire commissie (tien tegen zeven) achtte dit niet noodzakelijk en vond zelfs dat dit een discriminatie zou inhouden ten aanzien van de parlamentsleden die geen juridische vorming hebben gehad: met de minister vertrouwden zij erop dat de wetgevende vergaderingen bekwame personen zouden voordragen. Bovendien zouden deze rechters-politici vooral hun politieke ervaring inbrengen: juridische kennis is daarom niet vereist, of, zou na minstens acht jaar (thans vijf jaar) parlementaire ervaring voldoende aanwezig zijn.¹⁷⁹⁹

(2) BUITENBLIK

618. *Bundesverfassungsgericht* – In het *Bundesverfassungsgericht* kunnen daarentegen alleen juristen zetelen.¹⁸⁰⁰ Méér zelfs: de zestien rechters moeten voldoen aan de (strengere) voorwaarden om *Bundesrichter* te worden.¹⁸⁰¹ Dit is niet vanzelfsprekend: de *Grundgesetz* laat de mogelijkheid voor lekenrechters open en het merendeel van de grondwettelijke hoven van de Duitse *Länder* bestaan tevens uit lekenrechters.¹⁸⁰² Toch legt de

of privaatrecht. Advocaten bij het Hof van Cassatie komen evenmin in aanmerking. Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 146 en 163-164. Eenzame stemmen pleitten ook voor economische deskundigheid in het Hof, zie D. HEREMANS en F. KEULENAER, "Pleidooi voor een inbreng van economische deskundigheid in het Arbitragehof", *RW* 1980-81, 1866 e.v.

¹⁷⁹⁶ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-1982, nr. 246/1, 16.

¹⁷⁹⁷ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, 143-144 en P. WACHSMANN, "Sur la composition du Conseil constitutionnel", 14-15.

¹⁷⁹⁸ J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 413-417 en Verslag van de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden over de problematiek van de benoemingen in de rechterlijke macht, alsook in het Arbitragehof en in de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 1996-97, nr. 1-491/1, 15. De laatste benoeming van een niet-jurist gebeurde in 2001.

¹⁷⁹⁹ Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 144-145. Zie ook J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 413-415, ook voor verwijzingen naar kritische rechtsleer hierover.

¹⁸⁰⁰ Vóór 1970 legde de *Grundgesetz* twee aanvullende voorwaarden op, namelijk de rechters van het *Bundesverfassungsgericht* moesten een bijzondere kennis van het publiek recht of ervaring in het "öffentliche Leben" hebben. E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 64 (§ 5, nr. 124); M. KAU, *United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht*, 163 en K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II*, 361.

¹⁸⁰¹ Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 64 (§ 5, nr. 123).

¹⁸⁰² Artikel 94, eerste lid GG. Alleen in Beieren en in Saarland kunnen alleen juristen rechter van het deelstatelijke grondwettelijk hof zijn. M. KAU, *United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht*, 161-162 en R. WASSERMANN, "Nichtjuristen als Verfassungsrichter", *NJW* 1999, (471) 471.

Bundesverfassungsgerichtgesetz het voormelde vereiste – terecht – op.¹⁸⁰³ De meeste rechters komen uit de magistratuur (de Bondsrechtscolleges). Minstens drie rechters per kamer moeten worden gekozen uit degenen die – in beginsel minstens drie jaar – rechter in één van de hoogste rechtscolleges zijn.¹⁸⁰⁴ Voor het overige zijn de rechters professoren, gewezen leden van de *Bundestag*, gewezen leden van de (Bonds- of Lands-)regering of – administratie en gewezen advocaten.¹⁸⁰⁵ Algemeen wordt erkend dat altijd uiterst geschikte personen tot rechter werden benoemd.¹⁸⁰⁶

619. *Conseil constitutionnel* – In tegenstelling tot de Belgische en de Duitse wetgeving, legt de *Constitution* noch de Organieke Wet *Conseil constitutionnel* bekwaamheidsvoorwaarden voor benoeming tot rechter van de *Conseil constitutionnel* op.¹⁸⁰⁷ De enige regel – die bovendien sterk wordt bekritiseerd¹⁸⁰⁸ – is dat gewezen presidenten van de Republiek van rechtswege rechter zijn ("*membre de droit*").¹⁸⁰⁹ In 2008 was een rechter gemiddeld een mannelijke jurist van 64 jaar en 9 maanden.¹⁸¹⁰ Op Lionel

¹⁸⁰³ K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II*, 360.

¹⁸⁰⁴ Artikel 2 *BVerfGG*. Zie K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II*, 365.

¹⁸⁰⁵ K. SCHLAICH en S. KORIOETH, *Das Bundesverfassungsgericht (2004)*, 31-32 en B.-O. BRYDE, *Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 1982, 465.

¹⁸⁰⁶ D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 215 (§ 6, nr. 26).

¹⁸⁰⁷ ROBERT, professor en emeritus *Conseiller*, meent te kunnen vaststellen dat drie eigenschappen belangrijke voordelen zijn om tot grondwettelijk rechter te worden benoemd: discretie, deugd en bekwaamheid. Wie indiscreet is en officieus campagne voor een zetel voert en/of wiens gedrag, deugdelijkheid of bekwaamheid zou kunnen worden betwist, zal niet vlug worden benoemd. Maar bovenal speelt een goede portie geluk in de benoeming: de goede man of vrouw op het juiste moment zijn. J. ROBERT, *La garde de la République*, 28-31.

¹⁸⁰⁸ De meerderheid van de rechtsgeleerden en ook sommige leden van de *Conseil* beschouwen dit als een anomalie en ijveren voor de afschaffing van deze regel. Zie onder meer R. BADINTER, "Une exception française: les anciens Présidents de la République au Conseil constitutionnel", in X (ed.), *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Parijs, Dalloz, 2007, 513-522; G. CARCASSONNE, "Les membres du Conseil constitutionnel: 1958-2008", 5. Zie ook J.-C. COLLIARD, "Un nouveau Conseil Constitutionnel?", *Pouvoirs* 2011, (155) 7; P. DEUMIER, "Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante?", *RTD Civ.* 2012, (481) 1; G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 502; S. DE LA ROSA, "L'article 6 § 1 de la Convention européenne, le Conseil constitutionnel et la question préjudicielle de constitutionnalité", 834 en P. WACHSMANN, "Sur la composition du Conseil constitutionnel", 26 e.v. Voor verwijzingen naar kritiek van de parlementsleden op de samenstelling van de *Conseil* en wetsvoorstellen daaromtrent, zie G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 502-503. Ook het *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République* raadt de afschaffing van deze regel aan en schrijft in zijn rapport "*Une V^e République plus démocratique*": "*Les [anciens présidents de la République] tiennent généralement à continuer à prendre part à la vie publique et cette volonté entre parfois en contradiction avec les obligations de discrétion et de réserve qui s'imposent aux membres du Conseil. Aussi n'y aurait-il que des avantages à ce que les anciens présidents de la République soient dotés d'une retraite leur assurant des conditions de vie dignes des fonctions qu'ils ont exercées, sans qu'ils aient à remplir un rôle juridictionnel*". Te vinden op <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/074000697/0000.pdf>, 90.

¹⁸⁰⁹ Artikel 56 van de *Constitution*.

¹⁸¹⁰ G. CARCASSONNE, "Les membres du Conseil constitutionnel: 1958-2008", 1. Of nog « *Le Conseil constitutionnel est, plus que jamais, un vieux club de mâles en fin de carrière politique.* » geschreven door M.-L. BASILIEN-GAINCHE, P. BLACHER, F. CHALTIEL, B. FRANÇOIS en J.-P. HEURTIN in *Le Monde*, 1 maart 2010, ook geciteerd door E. CARTIER, "La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel", voetnoot 12. Met de benoemingen in 2010 steeg de gemiddelde leeftijd van de op dit moment in functie zijnde rechters immers tot 68 jaar (en 70, met inbegrip van de rechters van rechtswege).

JOSPIN na, zijn de thans zetelende *Conseillers* allen jurist. De meerderheid van de rechters zijn eveneens gewezen politici: ministers, parlementsleden, kabinetsmedewerkers.¹⁸¹¹ Op de tweede plaats komen de leden van de *Conseil d'État* en vervolgens hoge parlementaire ambtenaren. Verbazingwekkend is dat slechts vijf leden van de rechterlijke macht en enkele professoren tot rechter in de *Conseil constitutionnel* zijn benoemd. CARCASSONNE meent dat deze samenstelling kenmerkend is voor een *Conseil constitutionnel*, die immers geen rechtscollege zou zijn maar "een raad, die de soevereine grondwetgever bijstaat".¹⁸¹² Voor zover dit argument vroeger al zou hebben gegolden¹⁸¹³, sinds de invoering van de *a posteriori*-toetsing via de prioritaire vraag is de *Conseil constitutionnel* zonder twijfel een rechtscollege, een grondwettelijk hof, en geldt de voorgaande bewering niet meer. De meerderheid van de rechtsleer bekritiseert dan ook de samenstelling van de *Conseil constitutionnel*.¹⁸¹⁴ THOMAS raadt aan om een evenwicht te vinden tussen de juristen: professoren, parlementsleden, ministers, magistraten of advocaten:

"C'est là le moyen de rassembler à la fois les détenteurs de savoirs théoriques et pratiques, de faire face à la multitude des domaines abordés par les textes déferés, mais aussi de limiter les tentations corporatistes d'une institution qui rassemblerait essentiellement des membres d'origine commune."¹⁸¹⁵

620. *Supreme Court* – Hét grondwettelijk hof naar Amerikaans model, het *Supreme Court* van de Verenigde Staten van Amerika, vormt in theorie een uitzondering op het besluit van het bovenvermelde onderzoek van de Commissie van Venetië: in het *Supreme Court* kunnen ook niet-juristen zetelen. Krachtens de *US Constitution* kan de President van de Verenigde Staten eenieder tot *Justice* benoemen die de steun van de Senaat verkrijgt. In de praktijk blijkt dat voor het *Supreme Court* steeds zéér vooraanstaande juristen worden voorgedragen, die indrukwekkende *curricula vitae* hebben en niet zelden zelf *clerk* bij het *Supreme Court* zijn geweest.

¹⁸¹¹ Zie ook J. CHEVALLIER, "Le juge constitutionnel et l'effect Becket", 84.

¹⁸¹² Hij pleit dan ook voor de aanwezigheid van gewezen politici, die moeten verhinderen dat de beroepsjuristen wereldvreemde beslissingen zouden nemen. Dat enkelen van hen geen juridische achtergrond hebben, zou geen probleem vormen, daar voldoende rechters een – soms excellente – juridische kennis hebben en de *Conseil constitutionnel* zich kan beroepen op de diensten van de *Secrétaire général*. Bovendien zouden deze gewezen politici tijdens hun mandaat evolueren en in het vel van een rechter kruipen. G. CARCASSONNE, "Les membres du Conseil constitutionnel: 1958-2008", 2-4. Zie ook A. LANCELOT, "La légitimité du juge constitutionnel", *La Légitimité des Juges*, Toulouse, 28-29 oktober 2003, 4 en J. ROBERT, *La garde de la République*, 24-25. Over de rol van de *Secrétaire général*, zie B. GENEVOIS, "Secrétaire général du Conseil constitutionnel: un témoignage", 25; J. ROBERT, *La garde de la République*, 61; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel (2013)*, nr. 77 en P. WACHSMANN, "Sur la composition du Conseil constitutionnel", 23-24.

¹⁸¹³ Zie onder meer P. DEUMIER, "Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante?", 81 en P. WACHSMANN, "Sur la composition du Conseil constitutionnel", 3 e.v.

¹⁸¹⁴ Zie onder meer G. DRAGO, "Réformer le Conseil constitutionnel?", 76. Vooral de uitermate politieke benoemingen van 2010 en het gebrek aan vereiste van juridische kennis worden sterk bekritiseerd. Zie ook M. FROMONT, "La notion de justice constitutionnelle et le droit français", 153. In het algemeen schrijft WACHSMANN over de benoemingen: "Pourtant, les trains de nominations voyaient invariablement se succéder hommes politiques en fin de carrière et sénateurs à récompenser (les deux catégories pouvant se rejoindre), quelques juristes incontestables venant opportunément saupoudrer l'ensemble pour lui donner un minimum de crédibilité, de même que quelques figures féminines devaient entretenir l'illusion que notre pays pratiquait la parité." P. WACHSMANN, "Sur la composition du Conseil constitutionnel", 8.

¹⁸¹⁵ J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 153 e.v.

In de laatste decennia hebben de benoemde *Justices* veelal een gelijkaardige studie- en loopbaan: zij waren al rechter toen zij als *Justice* werden benoemd. Geen advocaat, professor, parlementslid of minister¹⁸¹⁶ is recent nog tot *Justice* benoemd. In de rechtsleer wordt dit gebrek aan diversiteit onder de *Justices* sterk bekritiseerd.¹⁸¹⁷ De auteurs voeren daarvoor verscheidene redenen aan: uit onderzoek blijkt dat de loopbaan een belangrijke factor is in het verklaren van rechterlijke beslissingen, zowel hoe de *Justices* stemmen als in welke mate zij de precedenten eerbiedigen. Een rechtscollege dat diverser is samengesteld zou dan ook een betere rechtspraak hebben. Omdat vrouwen en minderheden ondervertegenwoordigd zijn in de (federale) rechtbanken, beperkt de norm van rechterlijke ervaring ook de geslachts- en minderhedendiversiteit in het *Supreme Court*.¹⁸¹⁸

(3) ONAFHANKELIJKHEID, ONPARTIJDIGHEID EN MERITOCRATISCHE LEGITIMITEIT IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

621. *EHRM* – Met hun samenstelling schenden het Grondwettelijk Hof en de *Conseil constitutionnel* artikel 6 EVRM niet. Het EHRM vereist immers niet dat een (grondwettelijk) rechtscollege alleen uit beroepsrechters of juristen bestaat¹⁸¹⁹, doch wel minstens uit één of een paar jurist(en) van beroep of van opleiding. De aanwezigheid van juristen zou wél een waarborg voor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid zijn, omdat beroepsrechters *a priori* blinder voor externe druk zouden zijn.¹⁸²⁰

622. *Rechtsleer* – De rechtsleer én de grondwettelijke rechters van België en Frankrijk verdedigen met dezelfde argumenten de aanwezigheid van politici die geen juristen zijn, in

¹⁸¹⁶ M. KAU, *United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht*, 158-159. In 1985 schreef MILLGRAMM dat 29% van de rechters van het *Supreme Court* een politieke achtergrond had. zie K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum*, 16. Dit percentage is sindsdien evenwel verminderd, daar thans eerder rechters, procureurs en professoren tot rechter worden benoemd. Zie *infra*, randnummer 632. Na het *Brown*-arrest werd gepleit voor de benoeming van *Justices* die hun beslissingen op het recht en niet op sociologie zouden steunen: daarom werden wetsvoorstellen ingediend om vijf jaar rechterlijke ervaring op te leggen. L. EPSTEIN, J. KNIGHT en A.D. MARTIN, "The Norm of Prior Judicial Experience and Its Consequences for Career Diversity on the U.S. Supreme Court", *Cal.L.Rev.* 2003, 910 en 937-941.

¹⁸¹⁷ R. ALLEMAN en J. MAZZONE, "The Case for Returning Politicians to the Supreme Court", 1357; L. EPSTEIN, J. KNIGHT en A.D. MARTIN, "The Norm of Prior Judicial Experience and Its Consequences for Career Diversity on the U.S. Supreme Court", 960; T.P. O'NEILL, "'The stepford justices': the need for experiential diversity on the Roberts Court", *Oklahoma Law Review* 2007, 705; X, "Scalia: Varied job experience needed on high court", *Huffington Post*, vindplaats terug te vinden in de bibliografie, 4 januari 2010.

¹⁸¹⁸ L. EPSTEIN, J. KNIGHT en A.D. MARTIN, "The Norm of Prior Judicial Experience and Its Consequences for Career Diversity on the U.S. Supreme Court", 942-960. Voor de argumenten *pro* meer politici in het *Supreme Court*, zie *infra*, randnummer 632.

¹⁸¹⁹ EHRM 29 juni 1994, *Zarouali/ België*, § 5 (hof van assisen). Zie ook V. BERGER, "Les Cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2011, (7) 11 en F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK, "La double vie du juge est-elle compatible avec son impartialité?", in X (ed.), *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Brussel, Bruylant, 2007, 487.

¹⁸²⁰ EHRM 5 december 2002, *Craxi (nr.1)/Italië*, § 104. Zie ook F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK, "La double vie du juge est-elle compatible avec son impartialité?", 488.

het Grondwettelijk Hof¹⁸²¹ en de *Conseil constitutionnel*¹⁸²². Deze gewezen politici zouden hun waardevolle politieke ervaring meebrengen. Dat zij geen juridische vorming hebben, zou geen probleem vormen, daar voldoende rechters een – (soms) excellente – juridische kennis hebben en de *Conseil constitutionnel*, respectievelijk het Grondwettelijk Hof, zich kan beroepen op de diensten van de *Secrétaire général*, respectievelijk de referendarissen.¹⁸²³ Bovendien zouden deze gewezen politici tijdens hun mandaat evolueren en in het vel van een rechter kruipen.¹⁸²⁴

623. *Rechtsgeschillen* – Geen van de voornoemde argumenten overtuigt evenwel. Laat ons beginnen met het uitgangspunt: een grondwettelijk hof is een rechtscollege, dat juridische uitspraken doet over grondwettelijke geschillen. Een grondwettelijk hof is géén verlengde van de wetgevende macht: de beoordeling die een grondwettelijke rechter maakt, verschilt van deze van een parlementslid. Het Grondwettelijk Hof heeft dit overigens zelf treffend verwoord:

“Het standpunt waarop een vertegenwoordiger van de Natie zich heeft geplaatst om stelling te nemen ten aanzien van een beleid en de wetgevende handelingen waardoor het ten uitvoer wordt gelegd, is immers niet vergelijkbaar met dat van de rechter die gespecialiseerd is in de juridische beoordeling van de grondwettigheid van dergelijke handelingen.”¹⁸²⁵

Het Grondwettelijk Hof stelt dus zelf dat de grondwettelijke rechter gespecialiseerd is in de juridische beoordeling van de grondwettigheid van een wetgevende norm en onderscheidt deze vaardigheid van die van parlementslid, om stelling te nemen over het beleid. Een grondwettelijke rechter moet de vaardigheid van het juridische denken dan ook onder de knie hebben en kennis van het recht hebben¹⁸²⁶: hij moet tot een juridisch oordeel kunnen komen en dit – op grond van een juridische redenering – kunnen motiveren.¹⁸²⁷ De politieke ervaring is op zich onvoldoende om zijn geschiktheid als grondwettelijke rechter te verantwoorden. Om dezelfde reden overtuigt het argument van het gelijkheidsbeginsel niet. De zaken voor het Grondwettelijk Hof zijn misschien niet steeds zuiver juridisch, maar ze zijn dat steeds wel minstens ten dele: “Wetgevende normen toetsen aan grondwetsbepalingen, dat is rechtspreken.”¹⁸²⁸

"La tâche du juge constitutionnel consistant à confronter les lois à la Constitution afin d'assurer le respect de celle-ci, on peut espérer à la fois qu'il dispose de connaissances

¹⁸²¹ R. ANDERSEN, F. DELPÉRÉE, B. JADOT *et al.*, *La Cour d'Arbitrage: actualité et perspectives*, Brussel, Bruylant, 1988, 69-71 en F. DELPÉRÉE en A. RASSON-ROLAND, *Recueil d'études sur la Cour d'Arbitrage 1980-1990*, 33-35 (genuanceerd) en P. MARTENS in *La Libre Belgique* op 5 oktober 2010. *Contra*, J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 415-417 en M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 54.

¹⁸²² L. FAVOREU, "La légitimité du juge constitutionnel", 574 en J. ROBERT, *La garde de la République*, 78.

¹⁸²³ G. CARCASSONNE, "Les membres du Conseil constitutionnel: 1958-2008", 2-4 en P. MARTENS in « Une Belgique qui trouve encore des accords », *La Libre*, 5 oktober 2010.

¹⁸²⁴ G. CARCASSONNE, "Les membres du Conseil constitutionnel: 1958-2008", 2-4.

¹⁸²⁵ GwH 10 mei 1994, nrs. 35 en 36/94.

¹⁸²⁶ Zie ook R. ALLEMAN en J. MAZZONE, "The Case for Returning Politicians to the Supreme Court", 1355.

¹⁸²⁷ Zo niet worden ook de ondersteunende diensten, de referendarissen of de *Secrétaire général*, te sterk belast. J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", 1765.

¹⁸²⁸ P. WACHSMANN, "Sur la composition du Conseil constitutionnel", 12. Zie ook J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", 1765.

juridiques suffisantes pour lire ces textes et agir en logique avec l'ordonnement juridique auquel ils appartiennent."¹⁸²⁹

Bovendien zijn de geschillen voor het Grondwettelijk Hof zelden eenvoudig; zij vergen veelal complexe juridische redeneringen¹⁸³⁰, wat in 1985 minder het geval was. In 1985 was de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof beperkt: op vraag van de institutionele partijen wetgeving toetsen aan de bevoegdheidverdelende regels, die louter internrechtelijke bepalingen zijn. De wetgevende normen die aanleiding konden geven tot een schending van de bevoegdheidverdelende regels, waren dan ook beperkt. Sinds de oprichting van het Grondwettelijk Hof is het grondwettelijk contentieux veel complexer geworden, zowel omwille van de getoetste normen als vooral wegens de referentienormen. Door de opeenvolgende staatshervormingen en overdrachten van bevoegdheden is het bevoegdheidscontentieux ingewikkelder geworden, met nog minder homogene bevoegdheidspakketten. Door de uitbreiding van de referentienormen tot de grondrechten (eerst beperkt in 1989 en vervolgens ruimer in 2003) is ook deze toetsing complexer. Vooreerst kunnen veel meer wetgevende normen, met een moeilijke of technische inhoud, de grondrechten schenden. Daarnaast zijn ook de referentienormen sterk uitgebreid: door de samenlezing met de in de internationale verdragen gewaarborgde mensenrechten en met het recht van de Europese Unie, zijn de referentienormen immers niet louter internrechtelijke bepalingen, maar ook het EVRM, de EU-verdragen, het Handvest van de Grondrechten en andere verdragen, en het secundaire recht van de Europese Unie, met inbegrip van de wijze waarop zij door het EHRM en het Hof van Justitie worden geïnterpreteerd.

Het is noodzakelijk dat de rechter zelf deze complexe juridische redeneringen kan maken en hij daarvoor niet uitsluitend beroep moet doen op referendarissen of andere ondersteunende diensten die niet aan het beraad deelnemen: (alleen) dan is de onafhankelijkheid van de rechter en dus van de instelling gewaarborgd.¹⁸³¹ Elke rechter van het Grondwettelijk Hof moet dan ook jurist zijn.¹⁸³²

¹⁸²⁹ J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 147.

¹⁸³⁰ Verslag namens de Commissie voor de herziening van de Grondwet en de hervorming der instellingen, *Parl.St.* Senaat 1992-93, nr. 558/5, 333, waarin wordt gesteld dat de voorwaarde van vijf jaar parlementaire ervaring onvoldoende is voor het begrijpen van de complexe rechtsgeschillen die aan het Grondwettelijk Hof worden voorgelegd.

¹⁸³¹ B. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, 124 en J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 147. Een emerita-*Conseiller*, D. SCHNAPPER, heeft een boek geschreven over haar tijd in de *Conseil*. Zij geeft toe dat ze, als sociologe zonder juridische kennis, heel hard heeft moeten werken om zich de in de *Conseil* gebruikte terminologie eigen te maken. P. WACHSMANN, "Sur la composition du Conseil constitutionnel", 12. Omwille van de samenstelling, meent WACHSMANN dat slechts enkele *Sages* de bekwaamheid hebben om recht te spreken. P. WACHSMANN, "Sur la composition du Conseil constitutionnel", 20.

¹⁸³² Zie ook Verslag van de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden over de problematiek van de benoemingen in de rechterlijke macht, alsook in het Arbitragehof en in de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 1996-97, nr. 1-491/1, 15 en 18. Voor rechtsleer in Frankrijk, zie EISENMANN, "Palindromes ou stupeur", *Le monde* 5 maart 1959, p. 7, geciteerd door J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 148; P. WACHSMANN, "Sur la composition du Conseil constitutionnel", 4. Voor rechtsleer in België, zie onder meer J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 415-417 en M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, 146-147. Voor de VS, zie R. ALLEMAN en J. MAZZONE, "The Case for Returning Politicians to the Supreme Court", 1389-1390, die alleen een uitzondering maakt voor gewezen presidenten en vice-presidenten. Zie ook CH. L. EISGRUBER, *Constitutional Self-Government*, 67.

624. Democratische legitimiteit – De aanwezigheid van politici zou de legitimiteit van een grondwettelijk hof versterken.¹⁸³³ Elke rechter van een grondwettelijk hof moet een democratische en meritocratische legitimiteit hebben. Doordat hij wordt voorgedragen door de Kamer van volksvertegenwoordigers of de Senaat geniet hij deze democratische legitimiteit. Wordt deze legitimiteit versterkt omdat de rechter politicus is geweest? Dat lijkt ons niet, want zijn democratische legitimiteit berust niet op het feit dat hij ooit door de kiezer verkozen is, maar wel op het feit dat hij door het parlement is voorgedragen om een rechterlijk ambt uit te oefenen. Het Grondwettelijk Hof moet geen vertegenwoordigende instelling zijn; het feit dat zijn leden ooit democratisch zijn verkozen, is derhalve niet relevant.¹⁸³⁴ En zelfs indien wel wordt gemeend dat dit de democratische legitimiteit van de rechter of van de instelling zou bevorderen, dan nog mag dit niet ten koste gaan van de meritocratische legitimiteit, die de rechter óók moet genieten.

Ook het argument dat deze gewezen politici het recht en de politiek zouden verenigen, is niet pertinent om van hen geen juridische vorming te vereisen. Vereisen dat alleen juristen rechters van het Grondwettelijk Hof kunnen worden, sluit immers hoegenaamd niet uit dat gewezen politici tot rechter van het Grondwettelijk Hof worden benoemd, zoals de inrichting van de Amerikaanse en Duitse grondwettelijke hoven aantonen. Integendeel: de juristen vormen doorgaans de grootste beroeps categorie onder de parlementsleden, zodat het zeker niet ondoenbaar is om een jurist voor te dragen.

Bovendien is het ook aan te raden dat eminente gewezen politici tot rechter van een grondwettelijk hof worden benoemd: hun politieke ervaring is van onschatbare waarde. In het verleden was dat helaas niet steeds het geval:

“Mais l'on sait aussi que les partis politiques se sont parfois montrés peu soucieux d'envoyer à la Cour leurs meilleurs éléments. La Cour constitutionnelle n'est pas un refuge pour des parlementaires encombrants au désabusés.”¹⁸³⁵

Ook de geschiktheid van deze eminente gewezen politici om grondwettelijk rechter te zijn, kan slechts ten volle tot uiting komen wanneer zij hun (politieke en juridische) kennis onafhankelijk kunnen gebruiken, wanneer zij in het beraad even sterk als een jurist staan, wanneer zij op eigen benen, als jurist, de politiek met het recht kunnen verenigen. Slechts door hun meritocratische legitimiteit kunnen zij ten volle het rechterlijk ambt uitoefenen.

625. Aanzien – Terwijl de benoeming tot rechter van een grondwettelijk hof van een magistraat of van een hoogleraar als een topbenoeming wordt beschouwd, lijkt dit toch minder te zijn voor gewezen politici. Omdat zij hun (private en publieke) bestuursmandaten moeten opgeven en de bezoldiging als grondwettelijk rechter veelal aanzienlijk minder is dan een bestuursmandaat, worden politici minder verleid door het voorstel om tot grondwettelijk rechter te worden benoemd.

626. Meer diversiteit – Momenteel moeten de zes rechters-juristen een hoge functie bekleden bij het Hof van Cassatie, de Raad van State of het Grondwettelijk Hof of hoogleraar zijn. Dit zijn strenge vereisten en waarborgt misschien onvoldoende dat deze

¹⁸³³ R. ALLEMAN en J. MAZZONE, "The Case for Returning Politicians to the Supreme Court", 1384-1386.

¹⁸³⁴ Zie ook M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 52.

¹⁸³⁵ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, 147.

rechters-juristen voeling hebben met de praktijk waarover zij oordelen.¹⁸³⁶ Niet alleen hoge magistraten of professoren kunnen goede grondwettelijke rechters zijn. Ook juristen die een andere beroepservaring hebben opgedaan en op een andere wijze de rechtspraktijk hebben beoefend kunnen geschikt zijn: bijvoorbeeld advocaten¹⁸³⁷, juristen in de federale of regionale administraties, in een ngo, in een belangengroep, of in een onderneming, indien zij ervaring in het (internationaal) publiekrecht¹⁸³⁸ hebben.¹⁸³⁹ Daarom moet, al dan niet bij behoud van de zes gewezen parlementsleden, worden overwogen om het gewaarborgd aantal van hoge magistraten en professoren van zes naar drie te verlagen. Dit zou een grotere diversiteit onder de rechters toelaten.

B. POLITIEKE ERVARING

627. *Politieke ervaring* – Een grondwettelijk hof verzoent het recht en de politiek, wordt gezegd. Hierboven is vastgesteld dat alleen in Frankrijk en België rechters van het Grondwettelijk Hof geen juristen hoeven te zijn, zodat niet alle rechters ervaring in en kennis van het recht hebben. In beide landen wordt dit bekritiseerd. Hieronder wordt nagegaan op welke wijze de ervaring en de kennis van het politieke leven in een grondwettelijk hof worden gewaarborgd: eerst in België **(1)** en vervolgens in de buitenlandse hoven **(2)**. Afrondend zal worden onderzocht of het vereiste dat zes gewezen parlementsleden in een grondwettelijk hof zetelen verenigbaar is met de rechtsstatelijke vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de grondwettelijke rechter **(3)**.

(1) HET GRONDWETTELIJK HOF

628. *België* – In het Belgische Grondwettelijk Hof hebben minstens zes rechters politieke ervaring. De meeste parlementsleden hebben steeds verdedigd dat ook gewezen politici, “eminente specialisten in de wetgevende procedures en praktijk”¹⁸⁴⁰, in het Grondwettelijk Hof moeten zetelen: de aanwezigheid van gewezen politici in het hof zou immers drie aanzienlijke voordelen hebben. *Primo*, rechters-politici zouden uitermate geschikt zijn omdat het Grondwettelijk Hof problemen moet oplossen die niet zuiver

¹⁸³⁶ “des magistrats professionnels qui courent toujours le danger de vivre dans une tour d’ivoire”, stelt P. MARTENS in *La Libre Belgique* op 5 oktober 2010.

¹⁸³⁷ Cf. de *Justices* BRANDEIS, HARLAN en WHITE die sterke *Justices* bij het *Supreme Court* waren. L. EPSTEIN, J. KNIGHT en A.D. MARTIN, “The Norm of Prior Judicial Experience and Its Consequences for Career Diversity on the U.S. Supreme Court”, voetnoot 15 en pagina 926 voor de evolutie in het benoemen van advocaten als *Justices*.

¹⁸³⁸ Omdat de beoefening van het publiekrecht toch anders is dan deze van het privaat recht. Zie ook P. WACHSMANN, “Sur la composition du Conseil constitutionnel”, 13.

¹⁸³⁹ Zoals ook aanbevolen door Commissie van Venetië, “Avis sur les deux projets de loi portant amendement de la loi n° 47/1992 sur l’organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle de Roumanie”, CDL-AD(2006)006, 4. Zie ook L. FAVOREU, “La légitimité du juge constitutionnel”, 578 en M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, 145 en M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 55.

¹⁸⁴⁰ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-1982, nr. 246/1, 16.

juridisch zijn, maar ook een uitgesproken politieke inslag hebben; *secundo*, de rechters-politici zouden de juristen inzicht kunnen geven in de manier van werken in de wetgevende vergaderingen en hen voor al te formalistische interpretaties behoeden; *tertio*, de arresten van het Grondwettelijk Hof zouden beter worden onthaald door de politieke krachten van het land, wanneer ze gevelde zouden zijn door rechters die niet wereldvreemd en onwetend omtrent de politieke realiteit zijn.¹⁸⁴¹

Terecht stelt VELAERS dat de wetgever wellicht het spookbeeld van het “bewind van rechters” (“*gouvernement des juges*”) heeft willen vermijden en daarom rechters-politici in het Grondwettelijk Hof wou opnemen: de samenstelling van het hof getuigt van het wantrouwen van de wetgever tegenover een louter “rechterlijke” toetsing en bewijst hoe node het Parlement een zelfs beperkte grondwettigheidstoetsing uit handen gaf.¹⁸⁴²

De meerderheid van de rechtsleer aanvaardt dat het Belgische Grondwettelijk Hof ook uit gewezen parlementsleden bestaat en dit wordt ook door bepaalde rechters van het Grondwettelijk Hof als een voordeel beschouwd. Toch zijn er ook kritische stemmen. Zo hebben parlementsleden, vanaf de oprichting van het Grondwettelijk Hof tot op heden, zich gekant tegen de aanwezigheid van gewezen parlementsleden in het Grondwettelijk Hof, om de volgende redenen: *primo*, het Grondwettelijk Hof evolueert naar een volwaardig grondwettelijk hof; *secundo*, de aanwezigheid van gewezen parlementsleden bevordert de onafhankelijkheid van het Grondwettelijk Hof niet maximaal; *tertio*, het hof doet niet alleen uitspraak over ingewikkelde juridische problemen, maar moet ook de individuele rechten van de burger tegen de staatsmacht vrijwaren, wat bezwaarlijk aan gewezen parlementsleden kan worden toevertrouwd.¹⁸⁴³

¹⁸⁴¹ Verslag van de Commissie bij het ontwerp van Bijzondere Wet op het Arbitragehof en bij het ontwerp van gewone Wet betreffende de wedden en pensioenen van de rechters, de referendarissen en de griffiers van het Arbitragehof, *Parl.St.* Kamer 1988-89, nr. 47-633/4, 10; Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 144 en *Parl. Hand.* Senaat, 1982-83, 26 april 1983, 1789, deze laatste geciteerd door J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 412.

¹⁸⁴² J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 412-413, met citaat van minister van Institutionele Hervormingen DEHAENE: “Als antwoord op die vrees voor “*le gouvernement des juges*” heeft men besloten binnen het Arbitragehof een dosering te maken tussen enerzijds mensen met een voldoende politieke ervaring en anderzijds mensen met een voldoende rechtservaring.”, en Verslag van de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden over de problematiek van de benoemingen in de rechterlijke macht, alsook in het Arbitragehof en in de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 1996-97, nr. 1-491/1, 16, opnieuw, Eerste minister, DEHAENE: “De aanwezigheid van gewezen parlementsleden moest de oprichting van het Hof verteerbaar maken voor diegenen die vreesden voor « *le gouvernement des juges* ».”

¹⁸⁴³ Verslag van de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden over de problematiek van de benoemingen in de rechterlijke macht, alsook in het Arbitragehof en in de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 1996-97, nr. 1-491/1, 14; Verslag van de Commissie bij het ontwerp van Bijzondere Wet op het Arbitragehof en bij het ontwerp van gewone Wet betreffende de wedden en pensioenen van de rechters, de referendarissen en de griffiers van het Arbitragehof, *Parl.St.* Kamer 1988-89, nr. 47-633/4, 10-11 en Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 143. Zie ook de ingediende, maar verworpen, amendementen gesteund op dezelfde bekommernis: *Parl.St.* Senaat, 1981-82, nr. 246/3, 3; *Parl.St.* Kamer, 1982-83, nr. 647/8, 3.

629. *Duitsland, Frankrijk en Verenigde Staten van Amerika* – In geen van de voormelde drie landen vereist een (grond)wetsbepaling dat de rechters van het grondwettelijk hof politieke ervaring hebben.¹⁸⁴⁴ In elk van de drie landen worden evenwel vaak – eminente – politici tot rechter in het grondwettelijk hof benoemd.¹⁸⁴⁵

630. *Bundesverfassungsgericht* – In het *Bundesverfassungsgericht* zetelt thans één gewezen politicus: een gewezen minister-president van Saarland. Zijn benoeming was omstreden, omdat hij het ambt van minister-president nog niet lang had beëindigd, alvorens hij tot rechter werd benoemd en omdat hij te weinig juridische ervaring zou hebben. Bovendien rees de vraag of zijn politiek verleden niet ertoe zou leiden dat hij vaak als partijdig zou worden beoordeeld.¹⁸⁴⁶

631. *Conseil constitutionnel* – In Frankrijk hebben zo goed als alle grondwettelijke rechters een politiek verleden of kunnen zij – gelet op hun activiteiten of adviesverstrekking – tot een politieke strekking worden gerekend. Hoewel bij de benoeming hun bekwaamheid als grondwettelijke rechter wordt benadrukt, is hun politieke aanhorigheid doorslaggevend¹⁸⁴⁷: de President en de voorzitters van de wetgevende vergaderingen benoemen iemand die ze goed kennen. De oorsprong van hun relatie ligt doorgaans in de politieke sfeer.¹⁸⁴⁸ Doordat aan de rechters een politieke kleur kan worden toegekend, wordt ook aan de *Conseil* een politieke kleur toegekend¹⁸⁴⁹ Deze benoemingspraktijk en de daaruitvolgende samenstelling

¹⁸⁴⁴ In Duitsland werd dergelijke wettelijke vereiste in 1970 afgeschaft. Zie voetnoot 1800.

¹⁸⁴⁵ In de Verenigde Staten zijn dit bijvoorbeeld een president (Howard TAFT), meerdere vroegere gouverneurs (E. WARREN, C.E. HUGHES en J. JAY), senatoren (S. D. O'CONNOR, H.H. BURTON, J.F. BYRNES, H.L. BLACK, E.D. WHITE) en kabinetsmedewerkers (W.H. REHNQUIST, T. MARSHALL, A.J. GOLDBERG; F.M. VINSON, T.C. CLARK, S. REED, R.H. JACKSON, F. MURPHY, H.F. STONE, J.C. MCREYNOLDS, J. MCKENNA, R.B. TANEY). Hoe politieker (ideologisch) de benoemingsprocedure is geworden, hoe minder politici tot het *Supreme Court* worden benoemd. Vóór 1900 bestond de meerderheid van het *Supreme Court* uit gewezen politici, vanaf 1980 is dit slechts 27 procent. R. DAVIS, *Electing Justice*, 39. In Duitsland zijn dit een vroegere minister-president (G. MÜLLER en P. MÜLLER), verscheidene minsters van de Bond en van de *Länder* (R. KATZ, E. STEIN, E. BENDA, R. HERZOG, E.-G. MARHENHOLZ, C. HOHMANN-DENNHART, H.-J. JENTSCH, J. LIMBACH, W. HOFFMANN-RIEM), parlamentsleden (H. HÖPKER-ASCHOFF, W. SEUFFERT, M. HIRSCH, H.-H. KLEIN, H.-J. JENTSCH) en politieke medewerkers (T. RITTERSPACH, C. LEUSSER, R. BRÜNNECK, J. ROTTMANN, E. NIEBLER, K. KRUIS, H. SELBERT, H. LANDAU). Zie ook M. KAU, *United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht*, 171-1712. Vanaf 2006 tot 2010 zetelt er geen *Justice* met politieke ervaring meer, waardoor wordt gepleit voor een benoeming van een rechter met politieke ervaring (KAGAN wordt niet beschouwd als iemand met politieke ervaring). R. ALLEMAN en J. MAZZONE, "The Case for Returning Politicians to the Supreme Court", 1353 en 1391.

¹⁸⁴⁶ In 2012, één jaar na zijn benoeming, oordeelde het *Bundesverfassungsgericht* dat MÜLLER niet kon zetelen in een zaak waarin de ongrondwettige samenstelling van het parlement dat Christian WULFF tot president verkoos werd aangevoerd, daar hij lid van dit parlement was. MÜLLER had zich niet op eigen initiatief verschoond. BVerfG 12 april 2012, 2 BvE 2/09 en BvE 2/10.

¹⁸⁴⁷ THOMAS schrijft dat, hoewel objectieve criteria meespelen, subjectieve criteria doorslaggevend zijn en zeker de benoeming van de voorzitter van de *Conseil* in elk geval overwegend met het oog op persoonlijke doelen gebeurt. Ook in Frankrijk komt de benoemende instantie evenwel bedrogen uit en blijken rechters onverhoopt anders te oordelen (bv. R. BADINTER). J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 149 e.v.

¹⁸⁴⁸ J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 141.

¹⁸⁴⁹ J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 114 e.v., 142 en 144.

worden dan ook sterk bekritiseerd.¹⁸⁵⁰ Zij brengen immers twee rechtsstatelijke vereisten van de grondwettelijke justitie in gevaar: de onpartijdigheid van de instelling en het evenwicht der machten. Is de *Conseil* immers in staat om oppositie aan de parlementaire meerderheid te bieden en een echt toezicht op de wetgever te houden?¹⁸⁵¹

632. *Supreme Court* – Het thans zetelende *Supreme Court* bevat geen enkele rechter die ooit voor een publiek mandaat werd verkozen: alle rechters waren eerder magistraten en geen van hen heeft ervaring met de uitvoerende en de wetgevende macht.¹⁸⁵² Nochtans hebben voordien steeds eminente gewezen politici in het *Supreme Court* gezeteld en ook sterk aan de rechtspraak en aan de ontwikkeling van het rechtcollege bijgedragen.¹⁸⁵³ De rechtsleer en enkele *Justices* betreuren deze evolutie en roepen op om opnieuw eminente politici als *Justice* te benoemen en ervoor te zorgen dat het *Supreme Court* een meer diverse samenstelling kent.¹⁸⁵⁴ Wanneer alleen personen met rechterlijke ervaring als *Justice* worden benoemd, wordt het *Supreme Court* een bureaucratische instelling: omdat deze niet onder de verantwoordelijkheid van een democratisch verkozen orgaan valt, mist deze instelling "accountability".¹⁸⁵⁵ Daarenboven weigeren de kandidaat-rechters in de hoorzittingen te erkennen dat de arresten van het *Supreme Court* niet alleen het resultaat (kunnen) zijn van loutere juridische redeneringen: zij bevestigen dat alleen het recht hun oordeel zal leiden, terwijl toch algemeen erkend wordt dat ook rechtspreken, zeker in het grondwettelijk recht, meer is dan het louter toepassen van de grondwet.¹⁸⁵⁶

(3) GEWEZEN PARLEMENTSLEDEN IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF: TROP IS TE VEEL

633. *Parlementsleden* – Het is niet zo dat gewezen politici geen rechter van een grondwettelijk hof mogen zijn, zoals enkele Belgische parlementsleden verdedigden: hun politiek verleden maakt hen niet onbekwaam om de burger tegen de staatsmacht te vrijwaren. Integendeel, politici brengen ervaring en vaardigheden met zich mee, die tot de werking van het hof bijdragen.¹⁸⁵⁷ Bovendien kunnen deze gewezen politici beter inschatten wat de (politieke) gevolgen van de arresten van een grondwettelijk hof zijn en hoe deze door de andere machten, de media en de burgers zullen worden onthaald.¹⁸⁵⁸ Daarom

¹⁸⁵⁰ Zie ook E. CARTIER, "La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel", en F. JACQUELOT, "Regards comparés sur l'abstention et les récusations au sein du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle italienne: histoire d'une impartialité reprogrammée", *Constitutions* 2011, (347) 353.

¹⁸⁵¹ J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 142.

¹⁸⁵² Zie *infra*, randnummer 620.

¹⁸⁵³ R. ALLEMAN en J. MAZZONE, "The Case for Returning Politicians to the Supreme Court", 1356.

¹⁸⁵⁴ R. ALLEMAN en J. MAZZONE, "The Case for Returning Politicians to the Supreme Court", 1364 e.v.; L. EPSTEIN, J. KNIGHT en A.D. MARTIN, "The Norm of Prior Judicial Experience and Its Consequences for Career Diversity on the U.S. Supreme Court", 960; T.P. O'NEILL, "'The stepford justices': the need for experiential diversity on the Roberts Court", 705; X, "Scalia: Varied job experience needed on high court", . Zie ook *supra*, randnummer 620.

¹⁸⁵⁵ R. ALLEMAN en J. MAZZONE, "The Case for Returning Politicians to the Supreme Court", 1374.

¹⁸⁵⁶ R. ALLEMAN en J. MAZZONE, "The Case for Returning Politicians to the Supreme Court", 1377.

¹⁸⁵⁷ Zie ook P. MARTENS in *La Libre Belgique* op 5 oktober 2010.

¹⁸⁵⁸ A. ALLEN, "Toespraak van André Alen ter gelegenheid van zijn installatie tot Voorzitter van het Grondwettelijk Hof", nrs. 3-4; R. ALLEMAN en J. MAZZONE, "The Case for Returning Politicians to the Supreme Court", 1356 en 1388 en M. DE VISSER, *Constitutional review in Europe*, 217.

versterkt hun aanwezigheid de “legitimiteit” van een grondwettelijk hof.¹⁸⁵⁹ De peetvader van de Europese grondwettelijke hoven, KELSEN, meende dat een grondwettelijk hof grotendeels juristen moest tellen, doch ook enkele gewezen politici: deze politici zouden dan de politieke belangen behartigen, zodat de juristen meer met de juridische overwegingen rekening zouden kunnen houden.¹⁸⁶⁰

634. Onafhankelijkheid – Wél is het problematisch dat zo’n groot aantal van de rechters van het Belgische Grondwettelijk Hof gewezen parlementsleden moeten zijn¹⁸⁶¹ (én dat zij geen jurist moeten zijn¹⁸⁶²). Parlementsleden stellen terecht dat zo’n grote aanwezigheid van gewezen parlementsleden de onafhankelijkheid van het Grondwettelijk Hof niet bevordert. Zijn deze voormalige politici in staat om voldoende afstand te nemen van (de belangen en standpunten van) hun politieke partij om de rechten van de – vaak “politiek en cultureel minoritaire en de kansarme”¹⁸⁶³ – burger te beschermen, juist in het besef dat zij omwille van hun politieke ervaring en met het oog op het “verzoenen van het recht en de politiek” dit ambt hebben gekregen? Voelen zij zich niet het verlengde van de wetgevende macht of van de politieke partij die hen heeft benoemd?

Hiertegen wordt inderdaad vaak ingebracht dat deze gewezen parlementsleden wel degelijk goed afstand kunnen nemen van de standpunten van hun politieke partijen. Meer dan één benoemende instantie heeft reeds haar spijt van een benoeming betuigd, omdat de grondwettelijke rechter in het hof andere standpunten innam dan zij had gedacht of gehoopt: eens benoemd, zou de rechter onafhankelijk en onpartijdig oordelen. MARTENS spreekt over het “*miracle de la transfiguration*”¹⁸⁶⁴, waarbij de gewezen politicus in het vel van de rechter kruipt. Maar is elke rechter in staat om de partij, waaraan hij misschien zo veel te danken heeft, de rug toe te keren?¹⁸⁶⁵ Hiervan zijn voorbeelden in Duitsland¹⁸⁶⁶, de Verenigde Staten en Frankrijk. In België weten we dit niet, onder meer omdat er geen afwijkende motiveringen zijn.

635. Onpartijdigheid – Niet alleen de onafhankelijkheid, maar ook de onpartijdigheid van de rechter wordt bedreigd door zo’n grote groep van gewezen politici in een grondwettelijk hof. De kans is groter dat een rechter moet oordelen over een wetgevende norm die hij zelf heeft goed- of afgekeurd.¹⁸⁶⁷ Bovendien heeft hij wellicht nog nauwe, vriendschappelijke, banden met gezagsdragers die verantwoordelijk zijn voor de inhoud van de in het geding zijnde wetgevende norm, waardoor, bewust of onbewust, de emotionele band in zijn oordeelsvorming een rol speelt.

¹⁸⁵⁹ R. ALLEMAN en J. MAZZONE, "The Case for Returning Politicians to the Supreme Court", 1386-1389.

¹⁸⁶⁰ H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", 227.

¹⁸⁶¹ P. DE VISSCHER, "La sauvegarde de la suprématie de la Constitution", *APT* 1977, (93) 98, die slechts tot beloop van maximum een vierde van de rechters-politici zou toelaten en P. WACHSMANN, "Sur la composition du Conseil constitutionnel", 29.

¹⁸⁶² Over de vereiste van juridische vorming, zie *supra*, randnummer 623 e.v.

¹⁸⁶³ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, 149.

¹⁸⁶⁴ P. MARTENS, "Le métier de juge constitutionnel", in F. DELPÉRÉE en P. FOUCHER (eds.), *La saisine du juge constitutionnel - Aspects de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1998, 149. Zie ook M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, 149.

¹⁸⁶⁵ M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 53.

¹⁸⁶⁶ R. LAMPRECHT, "Karlsruher Befangenheits-Logik", 285.

¹⁸⁶⁷ Over of dit zijn onpartijdigheid in het gedrang brengt, zie *infra*, randnummer 726 e.v.

636. *Werklast* – Naar aanleiding van de bezinningsperiode voor de benoeming in oktober 1996, werd de vraag gesteld of de rechters-politici *de facto* een gelijke bijdrage als de rechters-juristen in de rechtspraak van het Belgische Grondwettelijk Hof hebben.¹⁸⁶⁸ Het antwoord is vanzelfsprekend alleen door de rechters van het hof gekend. Indien er een onderscheid zou zijn, bevordert het de goede werking van een grondwettelijk hof niet indien de helft van de rechters minder tot de rechtspraak van het hof zouden bijdragen.

C. POLITIEKE VERTEGENWOORDIGING OF BEHARTIGING

637. *Elke rechter zijn kleur* – Zoals in Duitsland, Frankrijk en de Verenigde Staten¹⁸⁶⁹ is de partijpolitieke voorkeur van een kandidaat-rechter de doorslaggevende factor bij de benoeming voor het Belgische Grondwettelijk Hof. Bij de totstandkoming van de wet op het Grondwettelijk Hof vroeg een commissielid met aandrang dat bij de samenstelling van het hof een juiste politieke vertegenwoordiging in acht zou worden genomen. Het Grondwettelijk Hof zou de emanatie moeten zijn van de politieke vertegenwoordiging, zoals deze in de Kamer van volksvertegenwoordigers bestaat. Uit vrees voor reacties bij de magistraten van het Hof van Cassatie en de Raad van State, die – om benoembaar te zijn – zich tot een politieke kleur zouden moeten bekennen en omdat de evolutie in de politieke vertegenwoordiging niet voorzienbaar is, zag de commissie in dat deze wens niet wettelijk kon worden ingebed en slechts in de praktijk zou kunnen bestaan.¹⁸⁷⁰

Deze praktijk bestaat inderdaad. Op grond van eerdere professionele activiteiten of medewerking aan partijstandpunten wordt aan de rechters-juristen doorgaans een partijpolitieke aanhorigheid toegemeten. Opdat het Grondwettelijk Hof een juiste afspiegeling van de politieke stromingen zou zijn, wordt ook bij de benoeming van de rechters-juristen met deze aanhorigheid rekening gehouden.¹⁸⁷¹ Samen met de benoemingen van de gewezen parlementsleden betekent dit dus dat elke Belgische grondwettelijke rechter een politieke kleur draagt.

638. *Geen meerderheidsinstrument* – De partijpolitieke benoemingen mogen in elk geval niet ertoe leiden dat het Grondwettelijk Hof een instrument van de regering en van het Parlement wordt.¹⁸⁷² De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het hof moeten worden gewaarborgd.

¹⁸⁶⁸ Verslag van de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden over de problematiek van de benoemingen in de rechterlijke macht, alsook in het Arbitragehof en in de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 1996-97, nr. 1-491/1, 17.

¹⁸⁶⁹ Andere criteria zijn de objectieve verdiensten van de kandidaat, persoonlijke vriendschap en “*representativeness*” in het Amerikaanse benoemingsproces. R. DAVIS, *Electing Justice*, 43.

¹⁸⁷⁰ Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 146.

¹⁸⁷¹ Verslag van de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden over de problematiek van de benoemingen in de rechterlijke macht, alsook in het Arbitragehof en in de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 1996-97, nr. 1-491/1, 5.

¹⁸⁷² L. FAVOREU, “La légitimité du juge constitutionnel”, 575.

“Das Verfassungsgericht darf in einem gewaltenteilenden Rechtsstaat kein Instrument der Regierung sein – in einer repräsentativen Demokratie kein Instrument der Parlamentsmehrheit;“¹⁸⁷³

Door de verdeling van de zetels over de politieke partijen volgens het systeem D’Hondt kan aan het Grondwettelijk Hof in zijn geheel weliswaar geen “kleur” worden toegekend, doch hoe groter de politieke partij in het Parlement, hoe meer rechters van die strekking in het hof zetelen.

639. *Politieke vertegenwoordiging?* – Moet een Grondwettelijk Hof de emanatie van de politieke vertegenwoordiging zijn?¹⁸⁷⁴ Het *Bundesverfassungsgericht* vindt van wel:

„Das Grundgesetz und das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht setzen voraus, dass die Richter des Bundesverfassungsgerichts politische Auffassungen nicht nur haben, sondern auch vertreten und gleichwohl ihr Amt im Bemühen um Objektivität wahrnehmen (...).“¹⁸⁷⁵

Doch laat de rechtsstaat toe dat grondwettelijke rechters een partijpolitieke kleur hebben? Sommige auteurs zijn van mening dat de vereisten van de rechtsstaat en van de democratie te dezen met elkaar in conflict treden. De rechtsstaat vereist dat de rechter neutraal is¹⁸⁷⁶, dat grondwettelijke rechters alleen voor hun objectieve kwaliteiten en niet voor hun partijpolitieke kleur worden benoemd. De democratie vereist daarentegen dat elk openbaar ambt democratisch gelegitimeerd is, zodat de steun van een politieke partij voor een benoeming noodzakelijk is.¹⁸⁷⁷ Een oplossing om deze rechtsstatelijke en democratische vereisten te verzoenen ligt voor hen in de medewerking van de oppositie in de keuze van de grondwettelijke rechter: een bijzondere meerderheidsvereiste of een evenredige vertegenwoordiging in het hof.

België heeft beide instrumenten, maar past ze niet (helemaal) toe. De waarborg van de tweederdemeerderheid is slechts schijn: bij de stemming scharen de parlamentsleden zich – zelden met kritische blik en eerder als “marionetten” – achter de kandidaat die door de aan zet zijnde politieke partij wordt gesteund. De evenredige vertegenwoordiging (het systeem D’Hondt) wordt ook niet steeds toegepast. Eenmaal werd een partij overgeslagen: het Vlaams Belang, omdat deze als ondemocratisch werd beschouwd.¹⁸⁷⁸ Maar ook de kleinere partijen kunnen niet steeds op de medewerking van de grote partijen rekenen. In 2001 zijn er drie benoemingen gebeurd: twee rechters-juristen en één rechter-politicus. Bij de laatste benoeming, stelde, naast E. DERYCKE (SP), senator LOZIE (Agalev) zich ook kandidaat om aan te kaarten dat, volgens het systeem D’Hondt, aan Agalev ook een rechterszetel toekwam en dus een SP’er in het Grondwettelijk Hof niet noodzakelijk zomaar

¹⁸⁷³ K.A. BETTERMANN, "Opposition und Verfassungsrichterwahl", in H. BERNSTEIN, U. DROBNIG *et al.* (eds.), *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1981, 47.

¹⁸⁷⁴ *Pro*, L. FAVOREU, "La légitimité du juge constitutionnel", 573. *Contra*, J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", 1751 en M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 52.

¹⁸⁷⁵ BVerfG 11 oktober 2011, NJW 2011, 3637 (DI FABIO).

¹⁸⁷⁶ Ook BINGHAM stelt dat "In Britain, the rule of law is held to require the strictest political neutrality oft he judges". T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 95.

¹⁸⁷⁷ K.A. BETTERMANN, "Opposition und Verfassungsrichterwahl", 724. Zie ook E.-W. BÖCKENFÖRDE, "Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation", 15.

¹⁸⁷⁸ A. RASSON-ROLAND, "Le renouvellement des juges de la Cour d'Arbitrage", 25.

door een SP'er moest worden vervangen. Hij wilde de benoeming van DERYCKE evenwel niet dwarsbomen en trok zijn kandidaatstelling in.¹⁸⁷⁹

640. *Ideologische vertegenwoordiging* – Voor zijn opdracht zijn niet zozeer de politieke, maar wel de ideologische standpunten van de grondwettelijke rechter belangrijk.¹⁸⁸⁰ Nog meer dan de gewone rechter, past hij niet louter het recht toe: hij beslecht geschillen. In “hard cases” zal zijn mening over de functie van de overheid en de bescherming van de burger een rol spelen. Een (grondwettelijk) rechter heeft een ideologie, een rechtstheorie, een politieke theorie. Een grondwettelijk hof moet pluralistisch zijn: de verschillende maatschappelijke meningen over de invulling van de verhouding burger-overheid, over de bescherming van de grondrechten, over verzuiling, over maatschappelijke kwesties (gender, homohuwelijk en samenwoning, hoofddoekenverbod...) moeten ook in een grondwettelijk hof aanwezig zijn. Hoe meer deze vertegenwoordigd zijn, hoe groter de legitimiteit van het hof, stelt de Commissie van Venetië.¹⁸⁸¹ Maar pluralisme in ideologieën staat niet gelijk met vertegenwoordiging van de belangrijkste politieke partijen.¹⁸⁸² Binnen de verschillende afdelingen van een politieke partij is er onenigheid over bepaalde, fundamentele vragen die aan het Grondwettelijk Hof worden voorgelegd. Vandaag is partij-aanhorigheid evenwel de doorslaggevende factor voor een benoeming. De doorslaggevende factoren zouden evenwel kwaliteit en ideologie moeten zijn. De parlementsleden zouden slechts mogen stemmen over een kandidaat-rechter, indien zij op de hoogte zijn van zijn kwaliteiten als jurist en van zijn ideologie. Naar deze kwaliteiten moet dan ook worden gepeild in de parlementaire hoorzittingen bij de voordracht van de kandidaat-rechters.

641. *Duur ambt* – Het *Bundesverfassungsgericht* is van mening dat zijn rechters de politieke partijen mogen vertegenwoordigen. Maar in dit hof heeft de rechter een ambt van slechts twaalf jaar, dat niet hernieuwbaar is. Is dit nog steeds verantwoord, indien het mandaat van de rechter veel langer duurt (zoals thans bij het Grondwettelijk Hof)? Past het om in een grondwettelijk hof waarin de rechters gemiddeld 16,5 jaar zetelen de partijpolitieke aanhorigheid als doorslaggevende factor voor de benoeming te gebruiken? De keuze van de Belgische kiezer is sinds een dertigtal jaren zeer volatiel: er zijn weinig politieke partijen die gedurende een zestiental jaar dezelfde verkiezingsresultaten kunnen voorleggen.

¹⁸⁷⁹ Onder meer *De Standaard*, 5 juli 2001 en *De Tijd*, 6 juli 2001. De kranten van die tijd zijn het oneens of de benoeming van Luc LAVRYSEN een Agalev- dan wel een SP-benoeming was. LAVRYSEN wordt als een SP'er beschouwd, maar zou wel door Agalev aangeduid zijn. Agalev vond wellicht geen kandidaat-rechter-jurist met Agalev-aanhorigheid. Misschien dat daarom Agalev een zetel voor een rechter-politicus opeiste.

¹⁸⁸⁰ M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 52.

¹⁸⁸¹ Commissie van Venetië, "Avis sur les deux projets de loi portant amendement de la loi n° 47/1992 sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle de Roumanie", CDL-AD(2006)006, 4.

¹⁸⁸² Zo ook J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", 1752.

D. SOCIALE VERTEGENWOORDIGING

642. *Minderheden* – Vermits van de onderzochte landen alleen België meerdere officiële talen kent, houdt alleen de samenstelling van het Grondwettelijk Hof rekening met de taalgemeenschappen: het hof bestaat uit zes Nederlandstalige en zes Franstalige rechters, van wie minstens één een voldoende kennis van de Duitse taal moet hebben. Tot welke taalgemeenschap zij behoren, wordt voor de rechters-juristen door hun diploma in de rechten bepaald en voor de rechters-politici door de parlementaire taalgroep waartoe zij het laatst behoorden.¹⁸⁸³

Voor het overige gelden voor de vier onderzochte grondwettelijke hoven geen wettelijke regelingen, die moeten waarborgen dat personen uit bepaalde regio's, van een bepaalde religie of van een bepaalde etnie in het hof zetelen. In Duitsland zou rekening worden gehouden met de regionale afkomst (het noorden, het midden en het zuiden van Duitsland en niet zozeer oost en west).¹⁸⁸⁴ In de Verenigde Staten van Amerika werden eerst regionale evenwichten beoogd¹⁸⁸⁵, vervolgens religieuze en etnische, maar thans moet het *Supreme Court* vooral de diversiteit in de Amerikaanse samenleving weerspiegelen, zodat doorgaans – maar niet steeds – één Afro-Amerikaan, één vrouw, één katholiek en één jood in het Hof zetelen.¹⁸⁸⁶

643. *Vrouwen* – In de vier grondwettelijke hoven zijn de vrouwen (sterk) ondervertegenwoordigd.¹⁸⁸⁷ Het *Bundesverfassungsgericht* doet het het best. Bij de oprichting van het *Bundesverfassungsgericht* zetelde onmiddellijk een vrouw (Erna SCHEFFLER, 1951) en op dit moment zetelen er vijf *Richterinnen* (op zestien). De eerste vrouwelijke *Justice* in het *Supreme Court*, Sandra Day O'CONNOR, werd pas in 1981 benoemd, de eerste vrouwelijke rechter in de *Conseil constitutionnel* nog later in 1992¹⁸⁸⁸. Op dit moment zetelen er twee vrouwen in het *Supreme Court*. Hoewel er in 2000 drie vrouwen in de *Conseil constitutionnel* tegelijk zetelden, hebben de Franse benoemende instanties dit niet als een verworven minimum beschouwd, zodat hun aanwezigheid opnieuw taande.¹⁸⁸⁹ Sinds de benoemingen in 2013 zetelen er opnieuw drie vrouwen in de *Conseil*.

644. *Grondwettelijk Hof* – De samenstelling van het Grondwettelijk Hof blinkt helemaal niet uit in evenwicht tussen mannen en vrouwen: van de 35 rechters waren er tot nu toe nog maar vier vrouwen.¹⁸⁹⁰ Op dit moment zetelen er twee vrouwen en één ervan, Riet

¹⁸⁸³ Artikel 31 Bijz. Wet GwH.

¹⁸⁸⁴ R. LAMPRECHT, "Karlsruher Befangenheits-Logik", 285 en U. WESEL, *Der Gang nach Karlsruhe*, 208.

¹⁸⁸⁵ Noord-Zuid, zeker zolang slavernij en rassendiscriminatie zeer belangrijke grondwettelijke thema's waren. R. DAVIS, *Electing Justice*, 46.

¹⁸⁸⁶ W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 227. De eerste jood (Louis BRANDEIS) werd in 1916 benoemd, de eerste Afro-Amerikaan in 1967 (Thurgood MARSHALL), de eerste vrouw in 1981 (Sandra Day O'CONNOR). Tot op heden heeft nog geen *Justice* zich als homoseksueel geuit.

¹⁸⁸⁷ Zie ook D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 56.

¹⁸⁸⁸ Zie ook J. ROBERT, *La garde de la République*, 86 e.v.

¹⁸⁸⁹ J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 156.

¹⁸⁹⁰ Irène PÉTRY (10 september 1984 – 19 juni 1992), Janine DELRUELLE-GHOBERT (21 december 1992 – 24 maart 2001), Trees MERCKX-VAN GOEY (17 december 2007) en Riet LEYSEN (23 januari 2014).

LEYSEN, is de eerste vrouwelijke rechter die geen gewezen parlements lid is. De uiterst beperkte aanwezigheid van vrouwen is wellicht deels te verklaren door de uiterst beperkte aanwezigheid van vrouwen in de milieus waaruit de grondwettelijke rechters-juristen worden gerekruteerd: de hoogleraren aan de Belgische universiteiten en de hoge magistraten bij de drie hoogste rechtscolleges.¹⁸⁹¹ Voor de gewezen parlementsleden kan deze verklaring niet volstaan: dankzij quota op de kiezerslijsten, zetelen de laatste decennia meer vrouwen in de parlementen, doch dit heeft nog niet geleid tot een groter aandeel van vrouwen bij de rechters die gewezen parlementsleden zijn.

645. *Wettelijk quotum* – Zoals voor de vertegenwoordiging van de taalgroepen, geldt alleen in België een wettelijk geslachtsquotum. Al langer streeft de overheid ernaar om meer vrouwen te hebben in de politieke besluitvormingsorganen, in overheidsbedrijven, in raden van bestuur van de beursgenoteerde bedrijven...¹⁸⁹² Geïnspireerd door de in 2002 ingevoegde artikelen 10, tweede lid en 11bis van de Grondwet, werd in 2003 het vereiste in de Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof ingevoegd dat het Grondwettelijk Hof uit rechters van verschillend geslacht moet zijn samengesteld.¹⁸⁹³ Doch het aantal vrouwelijke rechters bleef beschamend laag. Het is paradoxaal dat in het enige land dat een minimumaantal oplegt, het laagste aantal vrouwen in het grondwettelijk hof zetelt (en heeft gezeteld).

Om dit aantal op te drijven, hebben verscheidene parlementsleden voorstellen ingediend om de bijzondere wet te wijzigen in die zin dat in het hof steeds een minimum van vier vrouwen – al dan niet evenredig verdeeld over de taalgroepen en over de rechters-juristen en de rechters-politici – zetelen.¹⁸⁹⁴ Met de bijzondere wet van 4 april 2014 wordt de knoop doorgemaakt: het Grondwettelijk Hof moet minstens één derde (hierna “vier”)¹⁸⁹⁵ rechters van elk geslacht tellen en deze moeten zijn verdeeld over de zes rechters-juristen en de zes

¹⁸⁹¹ S. Weerts, "La présence obligatoire des femmes parmi les juges de la Cour d'Arbitrage", in A. Rasson-Roland, D. Renders et al. (eds.), *La Cour d'Arbitrage vingt ans après*, Brussel, Bruylant, 2004, 55. 14% in het Hof van Cassatie en 7,6% bij de Raad van State. E. Schandevyl, A.E. Woodward, E. Valgaeren et al., "Genderquota in de wetenschap, het bedrijfsleven en de rechterlijke macht in België", *Res Publica* 2013, (359) 367 e.v.

¹⁸⁹² Voor een overzicht, zie P. POPELIER, "Geslachtsquota in de besluitvormingsorganen van publieke instellingen vanuit juridisch perspectief", in E. BREMS en L. STEVENS (eds.), *Recht en gender in België*, Brugge, die Keure, 2011, 147-151.

¹⁸⁹³ Artikel 34, § 5 Bijz. Wet GwH, ingevoegd bij Bijz. Wet van 9 maart 2003, *BS* 11 april 2003. Deze bepaling trad in werking uiterlijk vanaf de derde benoeming volgend op de inwerkingtreding van de Bijz. Wet van van 9 maart 2003. De wetgever heeft gelukkig niet zo lang gewacht en heeft bij de tweede opportuniteit een vrouw tot rechter benoemd. Zie M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, 148-149 en S. WEERTS, "La présence obligatoire des femmes parmi les juges de la Cour d'Arbitrage", 57 e.v.

¹⁸⁹⁴ Voorstel van bijzondere wet tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, om een evenwichtige aanwezigheid van beide geslachten onder de leden van het Grondwettelijk Hof te waarborgen, *Parl.St.* Kamer 2011-2012, nr. 53-2420/1; Voorstel van bijzondere wet tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, om een evenwichtige aanwezigheid van beide geslachten onder de leden van het Grondwettelijk Hof te waarborgen, *Parl.St.* Senaat 2011-2012, nr. 5-1843/1 en Voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 34 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, om een evenwichtige aanwezigheid van vrouwen en mannen in dat Hof te waarborgen, *Parl.St.* Senaat 2010-2011, nr. 5-660/1. *Pro quota in het Grondwettelijk Hof*, S. WEERTS, "La présence obligatoire des femmes parmi les juges de la Cour d'Arbitrage", 55.

¹⁸⁹⁵ Omdat het Grondwettelijk Hof uit twaalf rechters bestaat, wordt in dit proefschrift “één derde” aan vier gelijk gesteld. Indien het aantal rechters zou verhogen of verlagen, moet dit getal worden herleid.

rechters-politici.¹⁸⁹⁶ In artikel 34, § 5 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof wordt niet opgelegd dat de vertegenwoordiging van mannen en vrouwen ook binnen een taalgroep moet worden gewaarborgd.

Zoals iedere keer wanneer de overheid geslachtsquota wil invoeren, botste een voorstel voor een geslachtsquotum bij het Grondwettelijk Hof op weerstand: is het nuttig en/of noodzakelijk?¹⁸⁹⁷ Beide kanten, voor of tegen quota, benadrukken evenwel dat bekwaamheid het voornaamste criterium voor de benoeming moet zijn.¹⁸⁹⁸ Ook de praktische haalbaarheid van het quotum wordt in vraag gesteld.¹⁸⁹⁹

646. *2019 of 2021* – De bijzondere wet van 4 april 2014 voorziet in een inwerkingtredings- en overgangsbepaling.¹⁹⁰⁰ Het vereiste dat het Grondwettelijk Hof rechters van elk geslacht onder de rechters-juristen en de rechters-politici telt, is al in werking getreden: het hof voldoet op dit moment hieraan. Het vereiste dat het Grondwettelijk Hof minstens vier rechters van elk geslacht telt, treedt pas in werking op de dag waarop het hof vier rechters van elk geslacht telt. Tot die datum benoemt de Koning een rechter van het minst vertegenwoordigde geslacht wanneer de twee vorige benoemingen het aantal rechters van dat geslacht niet hebben verhoogd.¹⁹⁰¹ De twee volgende benoemingen gebeuren in beginsel in 2018 en 2019: over vijf jaar kan het geslachtsquotum dus worden behaald. In de hypothese dat slechts één vrouw wordt benoemd wanneer daartoe een wettelijke verplichting bestaat, wordt het quotum pas in 2021 behaald.

E. LEEFTIJDVEREISTE

647. *Veertig jaar* – Om tot rechter van het *Bundesverfassungsgericht* of van het Grondwettelijk Hof te kunnen worden benoemd, moet men veertig jaar zijn. In Frankrijk en in de Verenigde

¹⁸⁹⁶ Artikel 34, § 5 Bijz. Wet GwH. In België kan niet ervoor worden gekozen om (juridisch) geslachtsloos te zijn, wat in Duitsland wel wordt toegestaan. Zie ook P. POPELIER en J. VRIELINK, "Alle mensen zijn gelijk, maar sommige mensen zijn meer gelijk dan anderen. Over mannen, vrouwen, paritaire democratie en geslachtsdiscriminaties", *TBP* 2003, (682) 690.

¹⁸⁹⁷ *Parl. St.* Senaat 2013-14, nr. 5-2438/3, 12-21 en Verslag van de Commissie bij het ontwerp van bijzondere wet tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof en het voorstel van bijzondere wet tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, om een evenwichtige aanwezigheid van beide geslachten onder de leden van het Grondwettelijk Hof te waarborgen, *Parl. St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3346/3, 6-10.

¹⁸⁹⁸ In het debat over de samenstelling van het Grondwettelijk Hof wordt met twee maten en gewichten gewogen. Het debat over de bekwaamheid is immers totaal afwezig met betrekking tot het ideologische quotum. Zie hierover meer in E. MAES, "Borrelnootjes voor het Grondwettelijk Hof: een beperkte uitbreiding van wie, wat en hoe", in A. ALEN, B. DALLE *et al.* (eds.), *Het federale België na de Zesde Staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2014, 228-230.

¹⁸⁹⁹ Toespraak van André ALEN, Voorzitter van het Grondwettelijk Hof, ter gelegenheid van de installatie op 19 maart 2014 van Mevr. Riet Leysen als rechter in het Grondwettelijk Hof.

¹⁹⁰⁰ Artikel 38 Bijz. Wet 4 april 2014.

¹⁹⁰¹ Voor de discussie over de betekenis van deze overgangsbepaling, zie Verslag van de Commissie over de voorstellen van bijzondere wet tot wijziging van de Bijz. Wet GwH, *Parl. St.* Senaat 2013-14, nr. 5-2438/3, 14 en 19.

Staten worden geen leeftijdsvereisten opgelegd. Dit leidt tot het paradoxale gevolg dat de gemiddelde leeftijd bij benoeming van de rechters van het *Supreme Court*, respectievelijk, van de *Conseil constitutionnel* ietwat, respectievelijk, aanzienlijk hoger ligt (54 jaar, respectievelijk, 64 jaar en negen maanden) dan deze van het Grondwettelijk Hof (52,5 jaar) en van het *Bundesverfassungsgericht* (52 jaar).¹⁹⁰²

4. HET MANDAAT EN ZIJN ONVERENIGBAARHEDEN

648. *Onafhankelijkheid* – De duur van het mandaat, de mogelijke hernieuwing ervan en met welke functies het mandaat tegelijk kan worden uitgeoefend, zijn drie belangrijke factoren die de onafhankelijkheid van de rechter en van de instelling bepalen. Hieronder wordt onderzocht hoelang de mandaten in de vier onderzochte grondwettelijke hoven duren (**A**). Vervolgens wordt nagegaan met welke functies het rechterlijk ambt onverenigbaar is (**B**).

A. DE DUUR VAN HET MANDAAT

649. *Algemeen* – De duur van een mandaat en de mogelijke hernieuwing ervan bepalen de werking van een grondwettelijk hof: zij hebben invloed op mogelijke snelle (politieke) verschuivingen in het hof, op de onafhankelijkheid van de rechters en op de stabiliteit van de instelling.¹⁹⁰³

650. *Onafhankelijkheid* – De *conditio sine qua non* voor de onafhankelijkheid van de instelling is dat het mandaat van de rechter niet hernieuwbaar is.¹⁹⁰⁴ Voor de vier onderzochte grondwettelijke hoven is deze voorwaarde vervuld.

651. *Duur van de mandaten* – In Duitsland en Frankrijk is het mandaat bovendien in de tijd beperkt. Het mandaat van rechter in het *Bundesverfassungsgericht* duurt twaalf jaar (of tot het einde van de maand waarin de rechter 68 wordt).¹⁹⁰⁵ De mandaten van de rechters

¹⁹⁰² Zie voor Frankrijk G. CARCASSONNE, "Les membres du Conseil constitutionnel: 1958-2008", 1, en D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 56. Voor de Verenigde Staten werd het gemiddelde van alle rechters genomen, het gemiddelde van de thans benoemde rechters is 52 jaar, zie hiervoor meer op http://blog.lib.umn.edu/cspg/smarpolitics/2009/06/are_supreme_court_justices_liv.php. Voor België en voor Duitsland is het het gemiddelde van de thans benoemde rechters genomen.

¹⁹⁰³ Commissie van Venetië, "Report on the composition of constitutional courts", CDL-JU (97) 34 rev2, 14.

¹⁹⁰⁴ Commissie van Venetië, "Report on the composition of constitutional courts", CDL-JU (97) 34 rev2, 15. Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 62 (§ 5, nr. 119); J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", 1753; D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 58 en D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 198 (§ 4, nr. 8).

¹⁹⁰⁵ Artikel 4, § 1 *BVerfGG*. Over de verzoenbaarheid van een verbod van herverkiezing en de duur van het mandaat met de onafhankelijkheid van de rechter, zie *BVerfG* 3 december 1975, *BVerfGE* 40, 356. Over

van de *Conseil constitutionnel* duren negen jaar.¹⁹⁰⁶ In de *Conseil constitutionnel* wordt elke drie jaar één derde van de rechters vervangen. De rechters van het *Supreme Court* worden “*during good Behavior*” benoemd, dit is een benoeming voor het leven: hun mandaat duurt gemiddeld 16 jaar.¹⁹⁰⁷

652. Grondwettelijk Hof – Ook de rechters van het Grondwettelijk Hof worden voor het leven benoemd, doch in de gewone wet van 6 januari 1989 wordt bepaald dat zij in ruste worden gesteld wanneer zij wegens zware en blijvende gebrekkigheid niet meer in staat zijn hun ambt naar behoren te vervullen of wanneer zij de leeftijd van zeventig jaar hebben bereikt.¹⁹⁰⁸ Een amendement dat beoogde om het mandaat een bepaalde duur van vijftien jaar te geven, werd niet aangenomen.¹⁹⁰⁹ Het gemiddelde van alle mandaten van de rechters van het Grondwettelijk Hof sinds 1984 is 10,5 jaar met als kortste duur 2 jaar en 1 maand en als langste 19 jaar en 4 maanden.¹⁹¹⁰ De laatste tijd duren de mandaten evenwel aanzienlijk langer dan het gemiddelde. Indien rekening wordt gehouden met de (potentiële) duur van de huidige mandaten, komt men tot een heel ander beeld. In de hypothese dat elke thans benoemde rechter tot 70 jaar haar of zijn ambt uitoefent, is de gemiddelde duur van het mandaat 15,75 jaar en de mediaan 17,6 jaar.

653. Institutionele stabiliteit – Voor het waarborgen van de institutionele stabiliteit is het aanbevelenswaardig dat de samenstelling van een grondwettelijk hof slechts stapsgewijs verandert. Alleen voor de *Conseil constitutionnel* is dit wettelijk geregeld: deze wordt driejaarlijks voor een derde vernieuwd. Bij het *Bundesverfassungsgericht* zorgt het twaalfjarige mandaat voor hetzelfde resultaat. Voor het *Supreme Court* en het Grondwettelijk Hof kan dit, gelet op de benoemingen voor het leven, moeilijk wettelijk worden geregeld. In het verleden heeft dit ertoe geleid dat een groot aantal benoemingen op korte tijd gebeurden,

de verschillende meningen met betrekking tot de duur van het ambt, zie E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 62-63 (§ 5, nr. 120).

¹⁹⁰⁶ Artikel 56 *Constitution*. Uitzonderlijk duurt het mandaat van een rechter langer dan negen jaar, indien zijn mandaat heeft aangevangen met een vervanging van een lid, wiens mandaat voortijdig werd beëindigd. Zie artikel 12 Organieke Wet *Conseil constitutionnel*. Voor kritiek hierop vanuit het onafhankelijkheidsbeginsel, zie M. FROMONT, "La notion de justice constitutionnelle et le droit français", 152. Het mandaat van de rechters van rechtswege, de presidenten, is niet beperkt tot negen jaar, maar is voor het leven. In beginsel kunnen zij hun ontslag niet indienen. R. BADINTER, "Une exception française: les anciens Présidents de la République au Conseil constitutionnel", 516. Negen jaar zou niet te kort zijn, zegt ROBERT in J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", 1753 en is ideaal volgens G. DRAGO, "Réformer le Conseil constitutionnel?", 76.

¹⁹⁰⁷ http://www.supremecourt.gov/faq_justices.aspx#faqjustice2. Het langste mandaat was vierendertig jaar en vijf maanden, het kortste mandaat was vijf maanden. Ter verdediging van de benoeming voor het leven, zie A. HAMILTON, "The Federalist N° 78", 6^{de} al.

¹⁹⁰⁸ Artikel 4 van de Wet van 6 januari 1989 "betreffende de wedden en pensioenen van de rechters, de referendarissen en de griffiers van het Grondwettelijk Hof", *BS* 7 januari 1989, *err. BS* 1 februari 1989. Het voorstel om de rechters een niet-hernieuwbaar mandaat van vijftien jaar toe te kennen werd door een grote meerderheid verworpen. Zie Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 156-157 en C. COURTOY, "La formation et le renouvellement de la Cour d'Arbitrage de Belgique", 539

¹⁹⁰⁹ Evenmin een amendement om het mandaat zes jaar te laten duren en het hernieuwbaar te maken. Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 156 e.v.

¹⁹¹⁰ De mediaan is bij de Nederlandstalige rechters 10 jaar en bij de Franstalige rechters 8,125 jaar.

wat de werking van het Grondwettelijk Hof (1999-2001) en van het *Supreme Court* (1970-1972) bezwaarde.

654. “*Gerontocratie de la robe*”¹⁹¹¹ en *legitimiteit* – Eén van de instrumenten die tot een politieke verantwoording en dus tot de “*legitimiteit*” van een grondwettelijk hof zou bijdragen, is een beperkte mandaatsduur.¹⁹¹² Mandaten voor het leven kunnen het nadeel met zich meebrengen dat zij zeer lang kunnen duren, zodat de macht te lang in handen van enkele grondwettelijke rechters ligt.¹⁹¹³ Indien het bovendien de bedoeling is dat de samenstelling van een grondwettelijk hof enigszins de partijpolitieke verhoudingen in de maatschappij weerspiegelt, mogen de mandaten niet te lang duren, opdat politieke verschuivingen in het parlement zich niet (te laat) in een gewijzigde verhouding in het grondwettelijk hof zouden vertalen.¹⁹¹⁴ Bovendien moet een oligarchie van rechters, die een eerder strikte of verouderde interpretatie aan de grondwet geven¹⁹¹⁵ worden vermeden en is het aanbevelenswaardig om in de verplichte inruststelling te voorzien, indien de rechter een bepaalde leeftijd heeft bereikt.¹⁹¹⁶

Indien de huidige rechters van het Grondwettelijk Hof tot hun zeventigste jaar in het hof zetelen, zullen tien van de twaalf mandaten meer dan 15 jaar duren, waarvan drie meer dan twintig jaar. In deze tijdsgeest is dat zeer lang. Niet alleen voor de rechters, die misschien na een tiental jaren een andere uitdaging verkiezen, maar ook voor de instelling. Zo is het verkieslijker dat, gelet op de snel evoluerende samenleving, elke instelling op tijd vers bloed krijgt¹⁹¹⁷ en dus dat de duur van het mandaat wordt beperkt tot, bijvoorbeeld, 12 jaar.

655. *Onafhankelijkheid* – De vraag rijst dan natuurlijk: wat doen de grondwettelijke rechters na dit ambt? Indien zij ambten willen vervullen, waarvoor zij door politici moeten

¹⁹¹¹ F. DELPÉRIÉ, "Les juges constitutionnels. Belgique", 102.

¹⁹¹² E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 9 (§ 1, nr. 20); M. CAPPELLETTI, "Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of "constitutional justice"", 26; CH. L. EISGRUBER, *Constitutional Self-Government*, 67; M. SCHOR, "Mapping comparative judicial review", 273. Ook bij een beperkte mandaatsduur blijven de vragen over de legitimiteit van het bestaan van een grondwettelijk hof overeind. Wel kan een beperkte mandaatsduur bijdragen tot het institutionele evenwicht tussen wetgever en grondwettelijk hof. Dit institutionele evenwicht is wel een grondslag voor rechterlijke grondwettigheidstoetsing. Zie ook S. FREEMAN, "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", 333.

¹⁹¹³ Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 63 (§ 5, nr. 121) en M. DE VISSER, *Constitutional review in Europe*, 219.

¹⁹¹⁴ L. FAVOREU, "La légitimité du juge constitutionnel", 576. Over de *cohabitations* en de invloed van de *Conseil constitutionnel* op de wetgeving, zie L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, Parijs, Economica, 1988, 155p.

¹⁹¹⁵ F. DELPÉRIÉ, "Les juges constitutionnels. Belgique", 102 en D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 57. Sommige parlementsleden wilden de mandaatsduur beperken opdat de leden van het Grondwettelijk Hof zouden openstaan voor de niet altijd in de wetteksten neergelegde evolutie en aanpassing van de bevoegdheidsverdeling binnen het staatsbestel. Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St. Senaat 1981-82*, nr. 246/2, 156.

¹⁹¹⁶ Cf. onder meer John P. STEVENS nam in 2010 ontslag op negentigjarige leeftijd.

¹⁹¹⁷ J. ROBERT, *La garde de la République*, 23. Ook enkele Belgische parlementsleden stelden de benoeming voor het leven in vraag. Zie Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St. Senaat 1981-82*, nr. 246/2, 156.

worden benoemd, staat hun onafhankelijkheid op het spel.¹⁹¹⁸ Dit geldt evenwel ook voor de voor het leven benoemde grondwettelijke rechter die, al dan niet voor zijn inruststelling, tot een ander ambt wil worden benoemd. Een terugkeer naar het politieke leven zou de onafhankelijkheid van de rechter in het gedrang brengen. Ook (opnieuw) advocaat worden is niet vanzelfsprekend. Voor de onafhankelijkheid van de instelling is een mandaat voor het leven het best.

B. DE ONVERENIGBAARHEDEN

656. *Strenge onverenigbaarheden* – Voor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een rechterlijke instelling, is het noodzakelijk dat de rechter van de andere staatsmachten is afgescheiden en hij dus niet gelijktijdig ook een wetgevende of uitvoerende functie uitoefent.¹⁹¹⁹ Ook het uitoefenen van private bestuursmandaten wordt soms uitgesloten.

Rechter zijn van het *Supreme Court*, van het *Bundesverfassungsgericht* of van het Grondwettelijk Hof is onverenigbaar met elke andere functie: het evenwicht der machten verbiedt dat de rechterlijke functie gelijktijdig met een verkozen of uitvoerend mandaat wordt uitgeoefend.¹⁹²⁰ Duitsland en België laten wel toe dat de rechters hoogleraar aan de universiteit blijven en laten een (beperkte) lesopdracht toe.¹⁹²¹ In de Verenigde Staten is het ambt van *Justice* ook met een (beperkt) lesgeven aan de universiteit verenigbaar.¹⁹²²

657. *Conseil constitutionnel* – Een rechter bij de *Conseil constitutionnel* kan tijdens zijn rechterlijk ambt geen verkozen mandaat uitoefenen noch lid van de regering of van Economische en Sociale Raad zijn, noch tot ambtenaar worden benoemd of worden bevorderd.¹⁹²³ Deelname aan verkiezingen is wel verenigbaar met het mandaat van lid van

¹⁹¹⁸ Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 63 (§ 5, nr. 122). Over de afhankelijkheid van een lid van de Raad van State, die tot secretaris-generaal van een minister werd benoemd, zie EHRM 9 november 2009, *Sacilor Lormines/Frankrijk*, § 69. Zie ook F. DELPÉRIÉE en A. RASSON-ROLAND, *Recueil d'études sur la Cour d'Arbitrage 1980-1990*, 37.

¹⁹¹⁹ EHRM 22 juni 2004, *Pabla Ky/Finland*, nr. 29 en 28 mei 2002 *Stafford/Verenigd Koninkrijk*, nr. 78. Zie ook D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 60.

¹⁹²⁰ Voor het *Supreme Court* volgt dit uit het feit dat deze rechters tot de rechterlijke macht behoren. In Duitsland en België heeft dit beginsel een positiefrechtelijke basis: artikel 3 *BVerfGG*, respectievelijk, artikel 44 *Bijz. Wet GwH* (waarin ook een examiner- of adviesfunctie wordt toegelaten). Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 64 (§ 5, nr. 125); M. KAU, *United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht*, 170, D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 195 (§ 3, nr. 18) en F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK, "La double vie du juge est-elle compatible avec son impartialité?", 505.

¹⁹²¹ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 64-65 (§ 5, nr. 125); M. KAU, *United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht*, 164 en K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II*, 368.

¹⁹²² John ROBERTS, Samuel ALITO, Elena KAGAN, e.a.

¹⁹²³ Artikel 4 van de Organieke Wet *Conseil constitutionnel*. Zie ook G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 503. Indien hij, bij een onverenigbaarheid, zelf geen ontslag neemt, stelt de *Conseil constitutionnel* ambtshalve vast dat de rechter ontslagnemend is. C. Const. 11 januari 1995, nr. 94-354. R. GHEVONTIAN, "Conformité à la Constitution de la loi organique relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement et aux incompatibilités applicables aux membres du Parlement et à ceux du Conseil", *Recueil Dalloz* 1997, (131) 131.

de *Conseil*, doch daarvoor neemt de *Conseiller* verlof voor de duur van de verkiezingscampagne.¹⁹²⁴ In deze periode kan hij zich dus uitspreken over wetten (bijvoorbeeld naar aanleiding van referendum over een wet), waarover de *Conseil constitutionnel* naar aanleiding van de *a priori*-toetsing al uitspraak heeft gedaan.¹⁹²⁵

Voor het overige gelden dezelfde onverenigbaarheden als deze voor de parlementsleden.¹⁹²⁶ Concreet houdt dit in dat de *Conseil constitutionnel* "niet een instelling van gepensioneerden [is]: advocaten blijven pleiten, professoren blijven lesgeven".¹⁹²⁷ Dat rechters niet minstens tijdelijk moeten stoppen met het uitoefenen van de advocatuur verbaast en is betreuenswaardig¹⁹²⁸: het moet worden begrepen in het licht van de ontstaansgeschiedenis van de *Conseil constitutionnel*, die aanvankelijk niet als een rechtscollège werd beschouwd. Er is vandaag echter geen reden meer om dit anachronisme niet zo snel mogelijk weg te werken.¹⁹²⁹

5. DE IMMUNITEIT VAN DE RECHTER EN DE VOORRANG VAN RECHTSMACHT

658. *Immunité* – In de Verenigde Staten genieten de rechters van het *Supreme Court* "judicial immunity". Zij kunnen niet worden vervolgd voor handelingen in verband met hun ambt.¹⁹³⁰ Zoals de *Conseillers* van de *Conseil constitutionnel*¹⁹³¹ genieten de rechters van het Grondwettelijk Hof geen enkele vorm van immunité. Ook de rechters van het *Bundesverfassungsgericht* kunnen tijdens hun mandaat worden veroordeeld.¹⁹³²

¹⁹²⁴ Bijvoorbeeld Simone VEIL, die wou deelnemen aan de campagne over het referendum van 29 mei 2005. Een rechter van rechtswege (een President van de Franse Republiek) kan dit ook en blijft, vermits hij niet kan worden vervangen, lid van de *Conseil* doch zetelt niet. C. Const. 11 januari 1995, nr. 94-354. R. GHEVONTIAN, "Conformité à la Constitution de la loi organique relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement et aux incompatibilités applicables aux membres du Parlement et à ceux du Conseil", 131 en M. VERPEAUX, "Les avatars récents de l'indépendance des membres du Conseil constitutionnel", in X (ed.), *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Parijs, Dalloz, 2007, 669-672.

¹⁹²⁵ M. VERPEAUX, "Les avatars récents de l'indépendance des membres du Conseil constitutionnel", 971.

¹⁹²⁶ Artikel 4, vierde lid Organieke wet *Conseil constitutionnel* (ingevoegd bij Organieke wet van 19 januari 1995 houdende de vermogensverklaring van parlementsleden en de voor de parlementsleden en leden van de *Conseil constitutionnel* toepasselijke onverenigbaarheden ("Loi organique relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement et aux incompatibilités applicables aux membres du Parlement et à ceux du Conseil constitutionnel"), JO 20 januari 1995, en grondwetsconform verklaard door *Cons. const.* 11 januari 1995, nr. 94-354.)

¹⁹²⁷ W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 176.

¹⁹²⁸ Zie ook J.-C. COLLIARD, "Un nouveau Conseil Constitutionnel?", 158; M. FROMONT, "La notion de justice constitutionnelle et le droit français", 152 en J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 113. De regeling van de onverenigbaarheden voor leden van de *Conseil* wordt in het algemeen bekritiseerd, omdat zij te beperkt is. Het *Comité Vedel* stelde dan ook een uitgebreidere regeling voor. G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 503.

¹⁹²⁹ P. DEUMIER, "Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante?", 481.

¹⁹³⁰ SC 28 maart 1978, *Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978).

¹⁹³¹ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et al.*, *Droit constitutionnel 2012*, 259. Vanaf 1997 werd rechter bij de *Conseil constitutionnel*, Roland DUMAS, vervolgd en ten slotte veroordeeld. Vanaf 24 maart 1999 zetelde hij niet meer in de *Conseil* en op 1 maart 2000 nam hij ontslag.

¹⁹³² Artikel 105, eerste lid *BVerfGG*.

659. *Voorrang van rechtsmacht* – De rechters (en de referendarissen) van het Grondwettelijk Hof genieten voorrang van rechtsmacht. Wanneer een rechter (of referendaris) ervan wordt beschuldigd, buiten of in verband met zijn ambt, een wanbedrijf of misdaad te hebben gepleegd, wordt de rechter voor het hof van beroep gedagvaard.¹⁹³³

6. DE VERLONING

660. *Verloning* – In België ligt het gevoelig om over verloning te spreken.¹⁹³⁴ Maar ook dit aspect van het rechterlijk ambt bepaalt de onafhankelijkheid van de rechter en de aantrekkingskracht van het mandaat. Gelet op de voltijdse dagtaak die het ambt vraagt en de vereisten van onpartijdigheid en onafhankelijkheid, moet de verloning de rechter in staat stellen om niet door andere, lucratievere activiteiten te worden verleid. Bovendien moet de verloning van die aard zijn dat zij de geschikte personen om grondwettelijk rechter te worden, kan bekoren, zodat deze niet om financiële redenen andere functies verkiezen. Om deze redenen moet de verloning in dit onderzoek worden betrokken.

661. *Referentiekaders* – De verschillen in belastingregimes en in sociale zekerheidsstelsels en de verschillen in bijkomende (onkosten)vergoedingen maken het moeilijk om lonen uit verschillende landen te vergelijken. Een vergelijking van de referentiekaders die in de wetgeving worden gebruikt, is daarom interessanter: is de verloning van een grondwettelijk rechter een aparte categorie of worden andere lonen als ijkpunt gebruikt? Op grond van deze referentiekaders kan immers worden afgeleid wat de inschatting in een land is over de opdracht van een rechter bij een grondwettelijk hof.

In België zijn de wedden van de voorzitters, respectievelijk, van de rechters van het Grondwettelijk Hof geijkt op deze van de voorzitter, respectievelijk, van de advocaten-generaal van het Hof van Cassatie.¹⁹³⁵ Uit de absolute bedragen blijkt dat de wedde van een rechter minder dan de helft van de wedden van de politiek verantwoordelijken (eerste minister en minister) bedraagt.

De wedden van de voorzitter, respectievelijk, de vicevoorzitter van het *Bundesverfassungsgericht* zijn daarentegen wel dezelfde als de wedden van een minister, respectievelijk, een staatssecretaris van de Bond. De wedde van een rechter is dezelfde als deze van een voorzitter van een hoog bondsrechtcollege.¹⁹³⁶

¹⁹³³ Artikelen 479 en 483 Sv.

¹⁹³⁴ Dit werd al meteen bevestigd in het onderzoek. Alleen voor de Belgische wedden was het niet mogelijk om op grond van een (digitaal) bronnenonderzoek geactualiseerde cijfers te krijgen over de wedden van de rechters, van de ministers en van de parlementsleden. De wedden van deze gezagsdragers in de Verenigde Staten van Amerika, Duitsland en Frankrijk zijn nochtans wel gemakkelijk (digitaal) te vinden.

¹⁹³⁵ Artikel 1 van de wet van 6 januari 1989 “betreffende de wedden en pensioenen van de rechters, de referendarissen en de griffiers van het Grondwettelijk Hof” *in* uncto artikel 355 Ger.W.

¹⁹³⁶ *Gesetz über das Amtsgehalt der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts*, 28 februari 1964.

In Frankrijk zijn de wedden van de *Conseillers "traitements afférents aux deux catégories supérieures des emplois de l'État classés hors échelle"*¹⁹³⁷; zij worden niet gelinkt aan de wedden van politiek verantwoordelijken noch aan deze van andere rechters.¹⁹³⁸ *Conseillers* die een andere – verenigbare – activiteit uitoefenen, krijgen de helft van het loon.¹⁹³⁹ Ook de wedden van de rechters van het *Supreme Court* worden bepaald aan de hand van de wedden van een wetgevend of uitvoerend mandaat.

De cijfers zijn als volgt:

| (afgeronde cijfers) | SUPREME COURT | BUNDESVERFAS- SUNGSGERICHT | CONSEIL CONSTITUTIONNEL | GRONDWETTELIJK HOF |
|-----------------------------|---------------------------------|-------------------------------|----------------------------|--------------------------|
| VOORZITTER(S) | 203.490€ ¹⁹⁴⁰ | 165.540€ | 83.401€ | 122.449€ ¹⁹⁴¹ |
| VICEVOORZITTER | / | 165.518€ | / | / |
| RECHTER | 194.712€ ¹⁹⁴² | 150.699€ | 76.066€ | 105.396€ ¹⁹⁴³ |
| (afgeronde cijfers) | VERENIGDE STATEN VAN AMERIKA | DUITSLAND | FRANKRIJK | BELGIË |
| PRESIDENT | 319.200€ ¹⁹⁴⁴ | 262.748€ ¹⁹⁴⁵ | 178.920€ ¹⁹⁴⁶ | |
| EERSTE MINISTER | | 236.473€ ¹⁹⁴⁷ | 178.924€ ¹⁹⁴⁸ | 209.592€ |
| MINISTER | 159.360 ¹⁹⁴⁹ | 165.540€ | | 209.592€ |
| STAATSSECRETARIS | | 165.518€ | | 198.962€ |
| (FEDERAAL) PARLEMENTSLID | 138.852€ ¹⁹⁵⁰ | 99.024€ | 85.202€ | 79.854€ tot 88.385€ |

662. *Financiële aantrekkingskracht* – Voor de rechters-juristen betekent deze wedde doorgaans een verhoging of een *status quo* in vergelijking met de verloning in het eerdere beroep.

¹⁹³⁷ Artikel 6 van de Organieke wet op de *Conseil constitutionnel*. De bedragen zijn te vinden op <http://www.fo-fonctionnaires.fr/remuneration-hors-echelle-pdf.html>.

¹⁹³⁸ Sinds 2001 is het fiscaal regime voor de rechters hetzelfde als het gemeenrechtelijk fiscaal regime. J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 114.

¹⁹³⁹ Artikel 6, tweede lid van de Organieke Wet *Conseil constitutionnel*.

¹⁹⁴⁰ \$255.000. (1\$=0,798€ op 1 november 2014). Bedragen van de wedden zijn te vinden op <http://www.uscourts.gov/JudgesAndJudgeships/JudicialCompensation/judicial-salaries-since-1968.aspx>.

¹⁹⁴¹ Uitgaande van 21 jaar geldelijke anciënniteit en na inhouding van de ziekteverzekering en de bijdrage tot het pensioenfonds. Zonder deze inhoudingen is het jaarlijks bruto-inkomen 137.661€.

¹⁹⁴² \$244.000.

¹⁹⁴³ Uitgaande van 21 jaar geldelijke anciënniteit en na inhouding van de ziekteverzekering en de bijdrage tot het pensioenfonds. Zonder deze inhoudingen is het jaarlijks bruto-inkomen 118.489€.

¹⁹⁴⁴ \$400.000. Artikel 102, van Hoofdstuk 2 van Titel 3 van de *United States Code* (3 USC § 102).

¹⁹⁴⁵ 10/9 van de wedde van de *Bundeskanzler*. Daarnaast ook (hoge) onkostenvergoedingen.

¹⁹⁴⁶ Wedde, maar daarnaast ook vergoedingen. Artikel 1 van het Decreet van 23 augustus 2012 betreffende de wedden van de President van de Republiek en van de leden van de regering (*Décret n° 2012-983 du 23 août 2012 relatif au traitement du Président de la République et des membres du Gouvernement*) JO 24 augustus 2012.

¹⁹⁴⁷ Artikel 11 van de wet van 17 juni 1953 (*Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Bundesregierung (Bundesministergesetz)*).

¹⁹⁴⁸ Artikel 2 van het Decreet van 23 augustus 2012 betreffende de wedden van de President van de Republiek en van de leden van de regering (*Décret n° 2012-983 du 23 août 2012 relatif au traitement du Président de la République et des membres du Gouvernement*) JO 24 augustus 2012.

¹⁹⁴⁹ \$199.700

¹⁹⁵⁰ \$174.000.

Voor de rechters-politici is dit in België evenwel meestal anders: niet alleen is de wedde aanzienlijk lager dan deze van een minister, maar doorgaans oefenen politici verscheidene (bestuurs)mandaten uit, naast hun wetgevend of uitvoerend mandaat. Omdat deze (bestuurs)mandaten moeten worden opgezegd, is de wedde van een rechter lager dan deze van een parlamentslid dat bijkomende (bestuurs)mandaten had. Daarmee verliest het ambt van grondwettelijk rechter voor een politicus enige financiële aantrekkingskracht.

Dit is anders in Duitsland. Daar de wedde van een rechter bij het *Bundesverfassungsgericht* niet veel minder is dan de wedde van een minister of een staatssecretaris, is de – overigens tijdelijke – functie van rechter bij het *Bundesverfassungsgericht* wel financieel aantrekkelijk. In de Verenigde Staten is de wedde van een rechter aanzienlijk hoger dan deze van een minister.

7. DE TUCHT EN HET ONTSLAG

663. *Onafhankelijkheid* – Het EHRM heeft reeds meerdere malen geoordeeld dat de onmogelijkheid voor de uitvoerende macht om rechters uit hun ambt te ontzetten, een corollarium van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht is.¹⁹⁵¹ Voor de onafhankelijkheid van een grondwettelijk hof is het noodzakelijk dat het hof zelf de rechtsstatelijke vereisten van de grondwettelijke rechters kan afdwingen.¹⁹⁵²

In drie van de vier onderzochte landen beslist het grondwettelijk hof zelf om een rechter uit het ambt te ontzetten. Het Grondwettelijk Hof bepaalt het disciplinaire regime dat op de rechters toepasselijk is en beslist bij een in voltallige zitting uitgesproken arrest over de ontzetting uit het ambt.¹⁹⁵³ Bij geheime stemming en bij gewone meerderheid beslist de *Conseil constitutionnel* of de rechter aan de verplichtingen van het mandaat heeft voldaan.¹⁹⁵⁴ Het voltallige *Bundesverfassungsgericht* kan bij gewone meerderheid de Bondspresident machtigen om een rechter uit zijn ambt te ontzetten, wanneer hij een ontorende handeling heeft gepleegd, veroordeeld is tot een vrijheidsberovende straf van minimaal zes maanden of wanneer hij niet aan zijn ambtsverplichtingen heeft voldaan.¹⁹⁵⁵

¹⁹⁵¹ Onder meer EHRM 28 juni 1984, *Campbell en Fell/Verenigd Koninkrijk*, nr. 80.

¹⁹⁵² R. BADINTER, "Une exception française: les anciens Présidents de la République au Conseil constitutionnel", 520.

¹⁹⁵³ Artikel 49 *iuncto* 56 Bijz.Wet GwH. Zie F. DELPÉRIÉ en A. RASSON-ROLAND, *Recueil d'études sur la Cour d'Arbitrage 1980-1990*, 37.

¹⁹⁵⁴ Decreet nr. 59-1292 van 13 november 1959 "houdende de verplichtingen van de *Conseil constitutionnel*" (*Décret n°59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations du Conseil constitutionnel*) en artikel 10 van de Organieke Wet *Conseil constitutionnel*. Zie ook J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 113 en W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 175. Het is onduidelijk of de *Conseil* hiertoe ook bevoegd is ten aanzien van de rechters van rechtswege, daar zij – naar de letter van de *Constitution* – niet uit hun ambt kunnen worden gezet. R. BADINTER, "Une exception française: les anciens Présidents de la République au Conseil constitutionnel", 516 en 520.

¹⁹⁵⁵ Artikel 105, eerste lid, 2° *BVerfGG*. D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 176 (§ 1, nr. 14) en 1356-1357 (§ 105, nrs. 1-7).

Rechters van het *Supreme Court* worden uit hun ambt ontzet na een *impeachment*procedure in de "*House of Representatives*" en een bekrachtiging ervan door twee derde van de leden van de Senaat. Omwille van de zwaarte van deze procedure wordt zij nauwelijks toegepast.¹⁹⁵⁶

8. GEEN CONTACTEN EENS OP HET HOF

664. *Geen beïnvloeding* – Voor de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid is het van groot belang dat de rechters van de grondwettelijke hoven geen contacten meer met de wetgevende en de uitvoerende macht hebben die van die aard zijn dat zij de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de rechter in vraag kunnen stellen. Zij moeten zich terughoudend opstellen. Het is algemeen geweten dat sommige rechters van het *Supreme Court* juridisch advies geven aan de president of parlementsleden met wie zij een sterke vriendschap of nauwe banden hebben.¹⁹⁵⁷ Dit advies gaat dan niet van het hof, maar van de rechter uit, zodat niet zeker is dat het gehele hof hetzelfde als die ene rechter oordeelt. Anderzijds zijn er ook voorbeelden bekend van presidenten of politici die hebben getracht de rechters van het *Supreme Court* te beïnvloeden.¹⁹⁵⁸ Emeritus *Conseiller* ROBERT getuigt dat hij nooit is gecontacteerd met betrekking tot een aanhangige zaak.¹⁹⁵⁹ Emeritus rechter BENDA getuigt dat sommige rechters van het *Bundesverfassungsgericht* zich niet ervan kunnen weerhouden om contacten te onderhouden met de regering, het parlement of de politieke fracties.¹⁹⁶⁰ Deze praktijken brengen voornamelijk de onpartijdigheid van deze rechter in het gedrang, wat verder in dit proefschrift wordt besproken.

9. DE DISSENTING OPINIONS

665. Het recht op afwijkende motiveringen zou de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechters waarborgen. Of dit zo is, wordt besproken bij de rechtspleging, in de laatste titel van dit proefschrift.

¹⁹⁵⁶ Slechts één *Justice* van het *Supreme Court* werd door het *House of Representatives* "*impeached*", maar dit werd niet door een tweederdemeerderheid in de Senaat bevestigd, zodat de rechter niet uit het ambt werd ontzet. Deze rechter was Samuel CHASE in 1808. In de Amerikaanse geschiedenis zijn slechts acht rechters ontslaan via de *impeachment*-procedure. Zie M.P. SENG, "What do we mean by an independent judiciary?", voetnoot 53. Zie ook M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 77.

¹⁹⁵⁷ CH. M. LAMB, "Judicial Restraint on the Supreme Court", 21.

¹⁹⁵⁸ T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 95.

¹⁹⁵⁹ J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", 1749.

¹⁹⁶⁰ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 4 (§ 1, nr. 11).

666. *Onafhankelijke, onpartijdige en geschikte rechter* – Opdat een grondwettelijk hof rechtsstatelijk zou functioneren, moeten zijn rechters een democratische en meritocratische legitimiteit genieten en onafhankelijk en onpartijdig zijn. De benoemingsprocedure, de benoemingsvoorwaarden en de kenmerken van het rechterlijk ambt moeten dit waarborgen.¹⁹⁶¹

667. *Democratische legitimiteit* – Elke uitoefening van de staatsmacht in een democratie heeft een democratische legitimiteit nodig. Een grondwettelijk hof geniet deze democratische legitimiteit, daar de grondwetgever doorgaans het bestaan van een grondwettelijk hof bevestigt en zijn bevoegdheid bepaalt. In de vier onderzochte landen zijn de (grond)wetgever en de rechtsleer terecht van oordeel dat het evenwicht der machten vereist dat ook de rechters zelf een democratische legitimiteit hebben: zij moeten door verkozenen worden aangeduid. In het licht van het evenwicht der machten moet de wetgevende vergadering daartoe (mede-) bevoegd zijn: het zijn immers haar handelingen die aan het toezicht van het grondwettelijk hof worden onderworpen.¹⁹⁶² In de vier onderzochte landen gebeurt dit: de grondwettelijke rechters worden benoemd door een samenspel van 's lands verkozenen en het staatshoofd.

De gehanteerde benoemingsprocedures in de vier onderzochte landen zorgen doorgaans voor een evenredige vertegenwoordiging van de (grootste) politieke partijen in het grondwettelijk hof. Dat draagt bij tot de legitimiteit van het hof.

668. *Échte democratische legitimiteit* – Dankzij deze democratische legitimiteit die het evenwicht der machten waarborgt, worden in de vier onderzochte landen de benoemingsprocedures (de verkiezing door de kiescommissie van de *Bundestag* buiten beschouwing gelaten) in een rechtsstatelijk perspectief niet bekritiseerd. Wel wordt ervoor gepleit dat de parlementsleden hun opdracht ter harte zouden nemen. Zij moeten hun taak naar behoren en transparant uitoefenen: op onafhankelijke wijze en geïnformeerd beoordelen of de kandidaat-rechter een geschikt grondwettelijk rechter zou zijn. Dat houdt in dat de parlementsleden een grotere ambitie moeten hebben dan het slaafs volgen van de gewoonte van de politieke benoeming: met eerbied voor de gewoonte, respectievelijk, de rechtsregel dat het aan een bepaalde partij of een benoemende instantie toekomt om de kandidaat-rechter voor te dragen, moeten zij zich van de bekwaamheid van de kandidaat-rechters vergewissen. Alleen dan genieten de grondwettelijke rechters een werkelijke democratische legitimiteit. Bovendien kunnen de parlementsleden dan ook ervoor zorgen dat, naast een evenredige vertegenwoordiging van de partijen, ook de verscheidenheid aan ideeën en ideologieën in onze samenleving in het grondwettelijk hof zijn vertegenwoordigd.

669. *Hoorzittingen* – Om die reden wordt in dit proefschrift ervoor gepleit dat voor elke verkiezing van een grondwettelijke rechter een hoorzitting wordt georganiseerd. Een

¹⁹⁶¹ Zie ook J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 158.

¹⁹⁶² Zie, *supra*, randnummer 594.

parlementaire commissie kan de kandidaat-rechter ondervragen over zijn standpunten inzake de rol van een grondwettelijk hof, de interpretatie van de grondwet, de verhouding tussen het internationale en het nationale recht en bepaalde thema's (vrijheid van onderwijs, vrijheid van meningsuiting...), zonder evenwel van de kandidaat-rechter te willen horen wat hij als rechter in bepaalde zaken zelf zou beslissen. Deze hoorzittingen moeten publiek zijn, zodat niet alleen de parlementsleden, maar ook experts, de media en belangengroepen zich een gedegen mening over de kwaliteiten van de kandidaat-rechter kunnen vormen.¹⁹⁶³ Een hoorzitting moet de professionele kwaliteiten van de kandidaat-rechter blootleggen, niet zijn persoonlijk leven. De leden van de commissie (met hun vragen) en de media (met hun verslaggeving) moeten waarborgen dat de waardigheid van de benoemingsprocedure niet wordt aangetast: zij mag niet tot een politieke verkiezingscampagne ontaarden.

670. Meritocratische legitimiteit – Een democratische legitimiteit van de leden van een grondwettelijk hof volstaat evenwel niet: zij moeten ook een meritocratische legitimiteit hebben. In de rechtsstaat moeten geschikte personen tot rechter worden benoemd. Bovendien is het EHRM van oordeel dat beroepsrechters *a priori* blinder voor externe druk zouden zijn, zodat dit de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een grondwettelijk hof versterkt. Daarom worden in dit proefschrift de benoemingsvoorwaarden onderzocht. In België wordt aan de rechters-juristen hoge kwalificaties gesteld: zij moeten een hoge magistraat of hoogleraar zijn. In de Verenigde Staten hebben de recent benoemde rechters telkens eenzelfde carrièrepad bewandeld: zij hebben een hoge rechterlijke functie uitgeoefend. Omdat de professionele ervaringen van een rechter in zijn oordeelsvorming meespelen, wordt in de rechtsleer en in dit proefschrift gepleit voor meer diversiteit onder de rechters van het *Supreme Court* en onder de rechters-juristen van het Grondwettelijk Hof: ook advocaten, juristen van de administratie, van bedrijven of ngo's moeten, wanneer zij een uitgebreide ervaring in en een grondige kennis van het publiekrecht (en ook in andere rechtstakken) hebben, tot grondwettelijk rechter kunnen worden benoemd.

671. Niet-juristen – Alleen in België en Frankrijk worden niet-juristen tot grondwettelijk rechter benoemd. In beide landen wordt dit door (een deel van) de rechtsleer bekritiseerd. In dit proefschrift wordt bij deze kritiek aangesloten: elke rechter van het Grondwettelijk Hof moet jurist zijn. De voornaamste reden is dat het grondwettelijk contentieux een juridisch complex contentieux is. Het is soms politiek, waarvoor politieke ervaring nuttig kan zijn, maar het is altijd minstens juridisch, zodat juridische kennis onontbeerlijk is. Rechters die alleen hun waardevolle politieke ervaring meebrengen, spreken het recht met gebonden handen: zij moeten steunen op referendarissen of andere ondersteunende diensten die niet aan het beraad deelnemen.

672. Politieke ervaring – Dat alle rechters jurist moeten zijn, sluit niet uit dat enkele van deze juristen politieke ervaring zouden hebben. Integendeel, de aanwezigheid van (eminente) gewezen politici versterkt zonder twijfel de legitimiteit van een grondwettelijk hof. Zij brengen ervaring en vaardigheden met zich mee, die tot de werking van het hof bijdragen. Bovendien kunnen zij beter inschatten wat de (politieke) gevolgen van de

¹⁹⁶³ Zie ook M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, 150.

arresten van een grondwettelijk hof zijn en hoe deze door de andere machten, de media en de burgers zullen worden onthaald.

673. *Doch niet te veel* – In België en Frankrijk is het grote aantal gewezen politici in de grondwettelijke hoven evenwel een bedreiging voor de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van het grondwettelijk hof. Het is niet zeker dat zij voldoende afstand kunnen nemen van (de belangen en standpunten van) hun politieke partij om de rechten van de – vaak politiek en cultureel minoritaire en de kansarme – burger te beschermen. Dit geldt des te meer omdat zij omwille van hun politieke ervaring en met het oog op het “verzoenen van het recht en de politiek” dit ambt hebben gekregen. Bovendien is de kans op partijdigheid groter. In het derde hoofdstuk van deze titel zal worden uiteengezet waarom dit zo is.

674. *Politieke vertegenwoordiging* – Door de benoemingsprocedure vertegenwoordigen alle rechters van de vier onderzochte landen een politieke partij. Deze politieke vertegenwoordiging, indien zij ervoor zorgt dat de politieke partijen evenredig worden vertegenwoordigd en het grondwettelijk hof geen speelbal van de regering of van het parlement is, draagt bij tot de legitimiteit van een grondwettelijk hof. Een grondwettelijk hof moet evenwel niet alleen de politieke partijen vertegenwoordigen, doch ook en vooral de verscheidenheid aan ideeën en ideologieën in de samenleving. Pluralisme in ideologieën staat niet gelijk met vertegenwoordiging van de belangrijkste politieke partijen. Vandaag is partij-aanhorigheid evenwel de doorslaggevende factor voor een benoeming. De doorslaggevende factoren zouden evenwel kwaliteit en ideologie moeten zijn. De parlementsleden zouden daarom slechts mogen stemmen over een kandidaat-rechter, indien zij op de hoogte zijn van zijn kwaliteiten als jurist en van zijn ideologie. Naar deze kwaliteiten moet dan ook worden gepeild in de parlementaire hoorzittingen bij de voordracht van de kandidaat-rechters.

675. *Sociale vertegenwoordiging* – Ten slotte moet een grondwettelijk hof ook de maatschappij vertegenwoordigen. Dit wordt niet door het rechtsstaatsbegrip of één van zijn elementen vereist. Dit draagt evenwel bij tot de legitimiteit van een grondwettelijk hof. Een grondwettelijk hof dat alleen of voornamelijk bestaat uit heteroseksuele, getrouwde, blanke mannen die magistraat, hoogleraar of parlements lid zijn (geweest), zal worden bekritiseerd wanneer het arresten velt die ongunstig zijn voor homoseksuelen, samenwonenden, niet-blanken, vrouwen... De benoemende instanties moeten erover waken dat zij tot een betere vertegenwoordiging van alle groepen in de samenleving in het grondwettelijk hof komen.

676. *Diversiteit* – Al deze elementen pleiten voor een grotere diversiteit in het Grondwettelijk Hof: een grotere diversiteit onder de juristen; een grotere diversiteit onder de rechters; een kleiner aantal gewezen parlementsleden... Dit bevordert niet alleen de kwaliteit van de rechtspraak.¹⁹⁶⁴ Hoe groter de diversiteit, hoe groter ook de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de instelling: er is immers minder kans dat verscheidene rechters om dezelfde reden kunnen worden gewraakt.¹⁹⁶⁵

¹⁹⁶⁴ Zie *supra*, randnummer 620.

¹⁹⁶⁵ Zie *infra*, randnummer 772.

677. *Onafhankelijkheid* – In dit tweede hoofdstuk zijn ook andere elementen van het ambt onderzocht. De rol en de aanduiding van de voorzitter, de regels met betrekking tot de immuniteit of voorrang van rechtsmacht, het tucht en het ontslag zijn in de onderzochte landen grotendeels vergelijkbaar. Zij waarborgen telkens op voldoende wijze de onafhankelijkheid van de rechter.

De verloning van de rechters is evenwel niet vergelijkbaar. Nochtans is dit aspect niet onbelangrijk voor de onafhankelijkheid van de rechter en de aantrekkingskracht van het mandaat. De verloning moet de rechter in staat stellen om niet door andere, lucratievere activiteiten te worden verleid. Bovendien moet zij van die aard zijn dat zij de geschikte personen om grondwettelijk rechter te worden, kan bekoren. In Duitsland en in de Verenigde Staten, waar het ambt van grondwettelijk rechter een hoger aanzien heeft, is, wellicht niet toevallig, de wedde ervan ook aanzienlijk hoger: zij komt in de buurt van de wedde van een minister of is veel hoger dan deze van een minister. In België is de wedde van een grondwettelijk rechter de helft van deze van de minister en niet aanzienlijk meer dan deze van een parlementslid.

678. *Onafhankelijkheid en institutionele frisheid* – De duur van het mandaat in een grondwettelijk hof in de vier onderzochte landen verschilt evenwel aanzienlijk: negen en twaalf jaar in de *Conseil constitutionnel* en door de “benoeming voor het leven” gemiddeld zestien jaar voor de rechters van het Grondwettelijk Hof en van het *Supreme Court*. Gemiddeld zestien jaar, waarbij een heel aantal mandaten langer dan twintig jaar duren, is een zeer lange mandaatsduur. Ligt de macht niet te lang in handen van enkele grondwettelijke rechters, waardoor politieke verschuivingen in het parlement zich (te laat) in een gewijzigde verhouding in het grondwettelijk hof vertalen? Is er geen gevaar dat een rechter, gelet op zijn leeftijd, een eerder strikte of verouderde interpretatie aan de grondwet geeft? Om beide redenen versterkt een beperkte mandaatsduur de legitimiteit van een grondwettelijk hof. Het beperkt daarentegen de onafhankelijkheid van de rechter: wat moet de rechter immers na zijn mandaat doen? Wanneer hij naar een functie dingt waarvoor hij politici nodig heeft, komt zijn onafhankelijkheid in het gedrang. De keuze tussen institutionele frisheid en onafhankelijkheid is daarom niet eenvoudig.

679. *Continuïteit van de werking* – In het licht van de onafhankelijkheid van een grondwettelijk hof moet ook de opvolgingsregel voor het Grondwettelijk Hof worden aangepast. Zij moet waarborgen dat steeds voldoende rechters zetelen, zodat het Grondwettelijk hof zijn opdracht kan vervullen. De voorzitters en de rechters die wegens hun leeftijd in ruste worden gesteld, zouden hun ambt moeten blijven uitoefenen in de zaken waarin zij zitting hadden en die in beraad zijn genomen vóór het ogenblik waarop hun opvolger de eed heeft afgelegd en nog niet tot een beslissing hebben geleid. Vanaf zijn eedaflegging, kan de opvolger dan zetelen in de zaken waarvan de beraadslagingen na zijn eedaflegging zijn aangevangen.

680. *Rechtsstaat* – In dit tweede deel van het proefschrift wordt het rechtsstaatsbegrip, of zijn vereisten, uit het eerste deel als normatief kader gebruikt. In dit hoofdstuk blijkt dat in de vier onderzochte landen *dezelfde rechtsstaatselementen* vereisten aan de inrichting van een grondwettelijk hof stellen. In dit hoofdstuk zijn deze rechtsstaatselementen: de onafhankelijke en onpartijdige rechter en het evenwicht der machten. Deze

rechtsstaats-elementen vereisen dat een geschikt, namelijk een democratisch en meritocratisch gelegitimeerd persoon, tot rechter wordt benoemd en dat hij zijn ambt onafhankelijk en onpartijdig kan uitoefenen.

Uit het onderzoek blijkt bovendien dat deze rechtsstaats-elementen in de vier onderzochte landen *op dezelfde wijze* worden ingevuld. In de vier onderzochte landen wordt op dezelfde wijze belang gehecht aan de democratische legitimiteit: om die reden wordt het parlement bij de benoeming van grondwettelijke rechters betrokken. Waar geen hoorzittingen worden gehouden, wordt hiervoor, ook in het licht van de rechtsstaat, gepleit. In de vier onderzochte landen wordt ook op dezelfde wijze belang aan de meritocratische legitimiteit gehecht: om die reden worden in Duitsland en in de Verenigde Staten alleen juristen tot grondwettelijke rechters benoemd en wordt in België en in Frankrijk bekritiseerd dat grondwettelijke rechters geen juristen moeten zijn. In deze laatste landen wordt in het licht van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het grondwettelijk hof bekritiseerd dat zo'n groot aantal grondwettelijke rechters gewezen politici (moeten) zijn. De overige kenmerken van het ambt die de onafhankelijkheid waarborgen (duur, onverenigbaarheden, tucht en ontslag...) worden op vergelijkbare wijze ingevuld, waarbij steeds met rechtsstaats-elementen wordt rekening gehouden.

681. *De lege ferenda* – De hierboven verdedigde stellingen worden hieronder in ontwerpen van wetsbepalingen omgezet. Om een actievere inbreng van de parlementsleden en een transparantere benoemingsprocedure te verkrijgen, moeten openbare hoorzittingen worden verplicht. Het eerste lid van artikel 32 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof moet dan ook worden gewijzigd en bij voorkeur als volgt luiden:

“De rechters worden voor het leven door de Koning benoemd uit een lijst met twee kandidaten, beurtelings door de Kamer van volksvertegenwoordigers en door de Senaat voorgedragen. ~~Het wordt aangenomen met een meerderheid van twee derde der stemmen van de aanwezige leden.~~” De daartoe bevoegde commissie van de Kamer van volksvertegenwoordigers of van de Senaat houdt een openbare hoorzitting, waarin alle personen die zich rechtsgeldig kandidaat voor het ambt hebben gesteld en aan de benoemingsvoorwaarden in artikel 34 voldoen, worden gehoord. De lijst wordt aangenomen met een meerderheid van twee derde der stemmen van de aanwezige leden van de commissie en met een meerderheid van twee derde der stemmen van de aanwezige leden van de Kamer van volksvertegenwoordigers of de Senaat.”

Wat de benoemingsvoorwaarden betreft, wordt in dit proefschrift voorgesteld om artikel 34 van de Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof als volgt te wijzigen:

“§ 1. Om tot rechter van het Grondwettelijk Hof te worden benoemd, moet men volle veertig jaar oud zijn en licentiaat, doctor of master in de rechten zijn.

Het Hof telt, onder zijn Nederlandstalige, respectievelijk Franstalige rechters, drie rechters die in België ten minste vijf jaar het ambt hebben bekleed:

- a) hetzij van raadsheer, van procureur-generaal, van eerste advocaat-generaal of van advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie;
- b) hetzij van Staatsraad of van auditeur-generaal, van adjunct-auditeur-generaal, van eerste auditeur of van eerste referendaris bij de Raad van State;
- c) hetzij van referendaris bij het Grondwettelijk Hof;

d) hetzij van gewoon hoogleraar, buitengewoon hoogleraar, hoogleraar, geassocieerd hoogleraar in de rechten aan een Belgische universiteit¹⁹⁶⁶.

§ 2. Onder de rechters die voldoen aan de in § 1, tweede lid, bepaalde voorwaarden moet ten minste één rechter voldoen aan de voorwaarde bedoeld onder a) of aan de voorwaarde bedoeld onder b), ten minste één rechter voldoen aan de voorwaarde bedoeld onder c) en ten minste één rechter voldoen aan voorwaarde bedoeld onder d). Maximaal één vierde van de rechters was lid van de Senaat, de Kamer van Volksvertegenwoordigers of een gemeenschaps- of gewestparlement.

§ 3. Ten minste één rechter van het Hof, behorend tot de rechters die voldoen aan de voorwaarden bedoeld in § 1, moet het bewijs leveren van een voldoende kennis van de Duitse taal. De Koning bepaalt de wijze waarop het bewijs van de kennis van het Duits wordt geleverd.

§ 4. Het Hof telt rechters van verschillend geslacht.

Het Hof telt ten minste één derde rechters van elk geslacht.”

Dit artikel waarborgt dat elke rechter jurist moet zijn en schrapt de gewaarborgde aanwezigheid van zes gewezen parlementsleden. Het verlaagt ook het aantal juristen die magistraat, hoogleraar, auditeur of referendaris moet zijn geweest. Op deze wijze kan uit een diverser publiek juristen tot grondwettelijk rechter worden benoemd. Omdat dit laatste niet ertoe zou leiden dat meer in plaats van minder gewezen parlementsleden tot rechter worden benoemd, moet worden bepaald dat dat hooguit een vierde van de rechters gewezen parlementsleden kunnen zijn.

Ten slotte moet een betere opvolgingsregel de continuïteit van de werking van het Grondwettelijk Hof waarborgen. Artikel 60bis Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof zou daartoe als volgt moeten luiden:

“De voorzitters en de rechters die wegens hun leeftijd in ruste worden gesteld, blijven hun ambt uitoefenen in de zaken die in beraad zijn genomen vóór het ogenblik waarop hun opvolger de eed heeft afgelegd en nog niet tot een beslissing hebben geleid, behalve indien de voorzitter in functie hen op hun verzoek daarvan vrijstelt.

De verlenging van de ambtsuitoefening kan de termijn van zes maanden niet overschrijden.

¹⁹⁶⁶ De voorwaarde dat de rechter hoogleraar aan een *Belgische universiteit* moet zijn, schendt wellicht het recht van de Europese Unie. Omdat zij evenwel niet rechtstreeks een rechtsstaatsvereiste schendt, wordt hierop in de proefschrift niet ingegaan. De hiërarchie der normen vereist vanzelfsprekend wel dat deze voorwaarde wordt geschrapt.

III. DE WRAKING EN DE VERSCHONING VAN EEN RECHTER



INLEIDING

682. *Onafhankelijkheid en onpartijdigheid...* – De algemene rechtsbeginselen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid zijn zo nauw met elkaar verbonden, dat zij, zoals in dit onderzoek, vaak samen worden besproken.¹⁹⁶⁷ De onafhankelijkheid van de rechter waarborgt dat de rechter, zonder druk van wie of wat dan ook, zijn ambt kan uitoefenen. De onpartijdigheid van de rechter vereist dat de rechter in een concrete zaak, zonder druk van wie of wat dan ook, kan oordelen. De institutionele elementen die hierboven werden onderzocht omdat zij de onafhankelijkheid van de rechter of van de instelling bepalen, kunnen ook de onpartijdigheid van de rechter beïnvloeden: de benoemingsvoorwaarden en -procedure, de verenigbaarheden¹⁹⁶⁸, de kenmerken van het mandaat. Hierna wordt nagegaan op welke wijze de onpartijdigheid van de grondwettelijke rechters wordt gewaarborgd.

683. *... ook voor een grondwettelijk hof* – Het Grondwettelijk Hof erkent dat het algemeen rechtsbeginsel van de onpartijdigheid moet eerbiedigen.¹⁹⁶⁹ Geïnspireerd door de

¹⁹⁶⁷ Zie ook N. PERLO, "Les premières récusations au Conseil constitutionnel: réponses et nouveaux questionnements sur un instrument à double tranchant", *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2011, 62 en A. OOMS, "De rechterlijke onpartijdigheid is niet steeds wat ze lijkt. Een historische en prospectieve analyse over de grens tussen objectieve en subjectieve onpartijdigheid", *CDPK* 2010, (499) 500.

¹⁹⁶⁸ Hieronder wordt de mogelijke partijdigheid door een opeenvolging van verschillende functies behandeld. De mogelijke partijdigheid door het gelijktijdig uitoefenen van verschillende functies, wordt hierboven onder de titel "onverenigbaarheden" behandeld, zie vanaf randnummer 656.

¹⁹⁶⁹ GwH 10 mei 1994, nrs. 35 en 36/94. Zie ook P. MARTENS, "La tyrannie de l'apparence", *RTDH* 1996, (640) 643-644.

rechtspraak van het EHRM¹⁹⁷⁰, meent het hof dat de subjectieve en de objectieve onpartijdigheid van een rechter moet worden gewaarborgd. “De subjectieve onpartijdigheid, die wordt vermoed tot het bewijs van het tegendeel, vereist dat de rechter in een zaak waarover hij dient te oordelen, niet vooringenomen is, noch vooroordelen heeft, en dat hij geen belang heeft bij de uitkomst ervan. De objectieve onpartijdigheid vereist dat er voldoende waarborgen zijn om ook een gerechtvaardigde vrees op die punten uit te sluiten. Wat de objectieve onpartijdigheid betreft, moet worden nagegaan of er, los van het gedrag van de rechters, aantoonbare feiten bestaan die twijfel doen ontstaan omtrent die onpartijdigheid. In dat opzicht kan zelfs een gewekte schijn van partijdigheid belangrijk zijn.”¹⁹⁷¹

Hieronder wordt in de **eerste afdeling** voor de vier grondwettelijke hoven uiteengezet hoe zij het onpartijdigheidsbeginsel invullen: de wetgeving inzake wraking en onthouding wordt uitgelegd en de toepassing ervan door de vier grondwettelijke hoven wordt besproken. Omdat deze rechtspraktijk van de vier grondwettelijke hoven niet onbesproken is, worden in de **tweede afdeling** de kritieken gebundeld en wordt onderzocht hoe deze rechtspraktijk, getoetst aan de vereisten van de rechtsstaat, zou moeten zijn: daarbij worden de wrakings- en verschoningsprocedure en de gronden kritisch onderzocht en wordt tot slot bondig een alternatief voor de huidige wrakings- en verschoningspraktijk voor het Grondwettelijk Hof voorgesteld.

1. DE WRAKING- EN VERSCHONINGSPRAKTIJK¹⁹⁷²

684. *Wetgeving en rechtspraak* – In deze eerste afdeling wordt onderzocht op welke wijze het Grondwettelijk Hof (**A**) en de overige onderzochte grondwettelijke hoven (**B**) de onpartijdigheid van de rechters waarborgen. Daartoe wordt de regelgeving inzake de wraking en verschoning besproken en de rechtspraak geanalyseerd. Dit zal toelaten te besluiten of de grondwettelijke hoven op dezelfde wijze en op rechtsstatelijke wijze met het onpartijdigheidsbeginsel omgaan.

¹⁹⁷⁰ Al geeft dat hof zelf toe dat de tweedeling tussen subjectieve en objectieve onpartijdigheid niet gemakkelijk te maken is in EHRM 6 oktober 2005, *Hirst/Verenigd Koninkrijk*.

¹⁹⁷¹ GwH 13 oktober 2009, nr. 157/2009.

¹⁹⁷² De wraking is het recht dat bij de wet wordt toegekend aan een partij om te weigeren te worden berecht door een van de leden van het rechtscollege waarbij de zaak aanhangig is gemaakt. Cass. 10 december 2003, *JT* 2003, 883. De verschoning is de verplichte handeling van de rechter die, voorafgaand aan een wraking door partijen of door één van hen, verklaart zich van de zaak te onthouden, omdat hij een grond tot wraking tegenover zich aanwezig vindt. S. DE COSTER, "Commentaar bij art. 828-847 Ger.W. (algemeen)", in X. (ed.), *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer* Mechelen, Kluwer, 2010, 2-3. Over deze Nederlandse terminologie, zie H. BROUCKAERT, "Wraking en verschoning", *TvW* 2009, (335) 335.

A. HET GRONDWETTELIJK HOF

685. *Wrakings- en verschoningsregels* – Het Grondwettelijk Hof beslist of een rechter kan worden gewraakt dan wel zich moet verschonen om in een zaak te zetelen. Bij wraking worden de wrakende partij en de gewraakte rechter gehoord en vervolgens beslist het hof bij uitspraak.¹⁹⁷³ Indien de wraking wordt ingewilligd, wordt de gewraakte rechter door een andere vervangen.¹⁹⁷⁴ Over de verschoning beslist het hof niet bij uitspraak.

In artikel 101 van de Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof wordt bepaald welke gronden tot wraking of verschoning leiden. Deze bepaling sluit uit dat een rechter kan worden gewraakt voor het loutere feit dat hij aan de totstandkoming van de wetgevende norm heeft deelgenomen. Daarnaast maakt deze bepaling op de grondwettelijke rechters de gemeenschappelijke wrakings- en verschoningsgronden toepasselijk, die in artikel 828 van het Gerechtelijk Wetboek – volgens het Grondwettelijk Hof¹⁹⁷⁵ en het Hof van Cassatie¹⁹⁷⁶ op exhaustieve wijze – worden opgesomd. Deze zijn:

“Iedere rechter kan worden gewraakt om de volgende redenen:

1° wegens wettige verdenking;¹⁹⁷⁷

2° indien de rechter of zijn echtgenoot persoonlijk belang bij het geschil heeft;

3° indien de rechter of zijn echtgenoot bloed- of aanverwant van de partijen of van een hunner in de rechte lijn is of in de zijlijn tot in de vierde graad, of indien de rechter bloed- of aanverwant in de voormelde graad is van de echtgenoot van een der partijen;

4° indien de rechter, zijn echtgenoot, hun bloed- of aanverwanten in de opgaande en de nederdalende lijn, een geschil hebben over een gelijksoortige aangelegenheid als waarover de partijen in geschil zijn;

5° indien in hun naam een geding aanhangig is voor een rechtbank waarin een van de partijen rechter is; indien zij schuldeiser of schuldenaar van een der partijen zijn;

¹⁹⁷³ Artikel 102 Bijz. Wet GwH.

¹⁹⁷⁴ Zoals is bepaald in artikel 55, eerste lid, artikel 56 en 60, al naar het geval. Artikel 102 Bijz. Wet GwH.

¹⁹⁷⁵ GwH 29 januari 1987, nr. 32. De vraag rees of artikel 828 Ger.W. in de zin van een exhaustieve opsomming verenigbaar was met artikel 6, § 1 EVRM. Door de invoering van de wrakingsgrond “wettige verdenking” in dat artikel is getracht een begrip in de wet in te voegen dat artikel 6, § 1 EVRM en artikel 14 IVBPR dekt. Zie hierover uitgebreid, S. DE COSTER, “828 Ger.W.”, 19. Het Hof van Cassatie oordeelt nog steeds dat, opdat een wrakingsverzoek ontvankelijk zou zijn, een in artikel 828 Ger.W. vermelde wrakingsgrond moet worden ingeroepen (in voorkomend geval, de algemene wrakingsgrond “wettige verdenking”) en dus niet de schending van artikel 6, § 1 EVRM of van het algemeen rechtsbeginsel van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter. De rechtsleer aanvaardt quasi-unaniem dat de opsomming van de wrakingsgronden limitatief is, doch hij bekritiseert dit terecht. S. DE COSTER, “828 Ger.W.”, 16 en 28.

¹⁹⁷⁶ Cass. 23 juli 2002, AR P.02.1083.F; 4 februari 1997, AR P.96.1322.N, en 24 november 1994, AR D.94.23.F.

¹⁹⁷⁷ Het Grondwettelijk Hof definieert dit begrip als volgt: “Het begrip « wettige verdenking » in artikel 828, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek doelt op de vereisten van de onafhankelijkheid en van de subjectieve en de objectieve onpartijdigheid van de rechter, die worden gewaarborgd door artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en door artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (Parl. St., Kamer, 1999-2000, DOC 50-0886/001, pp. 6 en 7).”, GwH 13 oktober 2009, nr. 157/2009.

6° indien een crimineel geding is gevoerd tussen hen en een van de partijen, of hun echtgenoten, bloed- of aanverwanten in de rechte lijn;

7° indien er een burgerlijk geding hangende is tussen de rechter, zijn echtgenoot, hun bloedverwanten in de opgaande en de nederdalende lijn of hun aanverwanten in dezelfde lijn, en een van de partijen, en dat geding, indien het door de partij is ingesteld, begonnen is vóór het geding waarin de wraking wordt voorgedragen; indien dat geding, ingeval het afgehandeld is, binnen zes maanden vóór de wraking afgedaan is;

8° indien de rechter voogd, toezienende voogd of curator, bewindvoerder, begiftigde of vermoedelijk erfgenaam, meester of vennoot van een der partijen is; indien hij beheerder of commissaris is van enigerlei instelling, vennootschap of vereniging die partij is in het geding; indien een der partijen zijn begiftigde of vermoedelijke erfgenaam is;

9° indien de rechter raad gegeven, gepleit of geschreven heeft over het geschil; indien hij daarvan vroeger kennis heeft genomen als rechter of als scheidsrechter, behalve indien hij in dezelfde aanleg:

1. heeft medegewerkt aan een vonnis of een uitspraak alvorens recht te doen;
2. na uitspraak te hebben gedaan bij verstek, van de zaak kennis neemt op verzet;
3. na uitspraak te hebben gedaan op een voorziening, later van dezelfde zaak kennis neemt in verenigde kamers;

10° indien de rechter heeft deelgenomen aan een vonnis in eerste aanleg en hij van het geschil kennis neemt in hoger beroep;

11° indien hij als getuige is opgetreden; indien hij, sedert de aanvang van het geding, door een partij op haar kosten ontvangen is of geschenken van haar heeft aangenomen;

12° indien er tussen hem en een van de partijen een hoge graad van vijandschap bestaat; indien er zijnerzijds aanrandingen, mondelinge of schriftelijke beledigingen of bedreigingen hebben plaatsgehad sinds de aanleg van het geding of binnen zes maanden vóór de voordracht van de wraking.”

Artikel 830 van het Gerechtelijk Wetboek luidt als volgt:

“Er is geen reden tot wraking in de gevallen waarin de rechter verwant is aan de voogd, de curator, de bewindvoerder van een van beide partijen, of aan de beheerders of commissarissen van een instelling, vennootschap of vereniging die partij is in de zaak, tenzij de bedoelde voogden, beheerders of betrokkenen een afzonderlijk of persoonlijk belang hebben.”

686. *Wraking* – In bijna dertig jaar hebben partijen achtmaal getracht om een rechter bij het Grondwettelijk Hof te wraken. Geen enkele poging was succesvol. Meermaals is getracht een rechter te wraken, omdat hij vóór zijn benoeming als rechter (al dan niet als parlamentslid) bij de totstandkoming van de in het geding zijnde wetgevende norm betrokken was.¹⁹⁷⁸ Tweemaal is de rechters verweten academische banden te hebben met een advocaat van één van de procespartijen.¹⁹⁷⁹ Eenmaal is getwijfeld aan de onpartijdigheid van de rechters-verslaggevers die deel uitmaken van de zetel, omdat zij aan het hof hadden voorgesteld de procedure met een arrest van onmiddellijk antwoord af te

¹⁹⁷⁸ GwH 14 februari 2013, nr. 10/2013; 29 januari 1987, nr. 32 en 10 mei 1994, nrs. 35-36/1994.

¹⁹⁷⁹ GwH 13 oktober 2009, nr. 157/2009 en 13 oktober 2011, nr. 155/2011.

doen.¹⁹⁸⁰ Eenmaal zijn alle magistraten die in de zaak zitting zouden hebben, wegens wettige verdenking, gewraakt.¹⁹⁸¹

687. *Verschoning* – Iedere rechter van het hof die weet dat er een reden van wraking tegen hem bestaat, moet daarvan kennis geven aan het hof, dat beslist of hij zich van de zaak moet onthouden.¹⁹⁸² Over de samenstelling van de zetel wordt in de arresten van vóór 2003 regelmatig, maar sinds 2003 slechts af en toe alleen het volgende vermeld:

“Bij beschikkingen van 3, 6 en 7 februari 2012 heeft de voorzitter in functie de rechters van de zetel aangewezen conform de artikelen 58 en 59 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.”¹⁹⁸³

Hieruit kon eventueel¹⁹⁸⁴ worden afgeleid dat artikel 101, derde lid Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof niet was toegepast. Sinds 2003 kan zelfs dat niet meer, aangezien meestal het volgende nietszeggende refrein wordt gebruikt:

“De bepalingen van voormelde bijzondere wet met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.”¹⁹⁸⁵

Af en toe kan men lezen dat een rechter werd vervangen omdat hij (wettig) was verhinderd¹⁹⁸⁶, doch hieruit kan niet worden afgeleid dat hij zich van de zaak heeft onthouden, dan wel andere redenen – ziekte, overmacht... – hem verhinderden te zetelen. Slechts in één arrest wordt vermeld dat “naar aanleiding van het verzoek van rechter R. HENNEUSE om geen zitting meer te nemen in een zaak, het Hof [heeft] beslist, bij beschikking van 18 november 2009, de beraadslaging ab ovo te hervatten met een zetel van tien rechters”¹⁹⁸⁷. In deze zaak was tweemaal een wrakingsverzoek tegen rechter HENNEUSE ingediend, doch dit werd tweemaal afgewezen.¹⁹⁸⁸ Verklaart dit waarom het hof niet vermeldt dat rechter HENNEUSE zich verschoont?

Uit de arresten van het Grondwettelijk Hof blijkt aldus niet dat één rechter – in een tijdspanne van dertig jaar – zich van een zaak heeft onthouden.¹⁹⁸⁹ Moet daaruit worden

¹⁹⁸⁰ GwH 14 juli 1997, nr. 49/97. (thans een arrest "gewezen op voorafgaande rechtspleging" genoemd).

¹⁹⁸¹ GwH 20 april 2005, nr. 71/2005. Het Grondwettelijk Hof heeft dit verzoekschrift tot wraking verworpen, daar het hof, krachtens de bijzondere wet, geen andere zetel van zeven leden kan samenstellen om de wrakende partij en de gewraakten te horen, het arrest over wraking uit te spreken en, in voorkomend geval, in een andere samenstelling zitting te houden en te beraadslagen over de grond van de zaak.

¹⁹⁸² Artikel 101, derde lid Bijz. Wet GwH.

¹⁹⁸³ GwH 14 februari 2013, nr. 10/2013 (wrakingsarrest). Doorgaans is er evenwel slechts één beschikking, zie onder meer 13 oktober 2011, nr. 155/2011 (wrakingsarrest) en 12 maart 2003, nr. 33/2003.

¹⁹⁸⁴ Al zou dat wellicht een voorbarige conclusie geweest zijn, daar in geen enkel arrest wordt aangegeven dat artikel 101 Bijz. Wet GwH is toegepast.

¹⁹⁸⁵ Uit een analyse van de rechtspraak blijkt niet in welke gevallen het hof meent het eerste citaat, dan wel het tweede citaat te moeten gebruiken. Het enige dat opvalt is dat het eerste citaat sinds 2003 veel minder vaak wordt gebruikt.

¹⁹⁸⁶ Onder meer GwH 13 december 2012, nr. 152/2012; 13 oktober 2011, nr. 155/2011; 5 oktober 2011, nr. 149/2011; 27 juli 2011, nr. 142/2011; 27 juli 2011, nr. 137/2011; 26 september 2000, nr. 98/2000; 17 mei 2000, nr. 60/2000; 1 december 1994, nr. 84/1994 en 13 oktober 1994, nr. 75/1994. Zie ook 6 oktober 1992, nr. 61/1992, omwille van de nabijheid van de ambtsbeëindiging.

¹⁹⁸⁷ GwH 3 december 2009, nr. 195/2009.

¹⁹⁸⁸ GwH 13 oktober 2009, nr. 157/2009 en 3 december 2009, nr. 195/2009.

¹⁹⁸⁹ Tenzij in GwH 3 december 2009, nr. 195/2009, zie randnummer 687.

afgeleid dat nog geen enkele rechter heeft gemeend dat er een reden van wraking tegen hem bestond, zodat het hof nog nooit heeft moeten beslissen of de rechter zich van de zaak moest onthouden? Dit lijkt hoogst onwaarschijnlijk. Het lijkt waarschijnlijker dat het Grondwettelijk Hof meent dat het een onthouding van een rechter niet kenbaar moet maken, omdat deze beslissing tot de interne werking van het hof behoort, of, erger nog, tot het geheim van de beraadslaging.¹⁹⁹⁰

688. *Kritiek* – Er is weinig rechtsleer over de wrakings- en verschoningspraktijk van het Grondwettelijk Hof en deze is doorgaans beschrijvend.¹⁹⁹¹ Toch zijn er ook kritische geluiden te horen: over artikel 101, tweede lid Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof¹⁹⁹² en over de onpartijdigheid van rechters-verslaggevers die deel uitmaken van de zetel, nadat zij aan het hof hadden voorgesteld de procedure met een arrest van onmiddellijk antwoord af te doen¹⁹⁹³.

B. BUITENBLIK

689. *Rechtsstaten* – Om na een rechtsvergelijkende analyse te kunnen besluiten welke wrakings- en verschoningspraktijk (het onpartijdigheidsbeginsel van) de rechtsstaat vereist, wordt hieronder onderzocht op welke wijze het *Bundesverfassungsgericht* (1), de *Conseil constitutionnel* (2) en het *Supreme Court* (3) de onpartijdigheid van hun rechters waarborgen. De wetgeving inzake wraking en verschoning wordt uiteengezet en de rechtspraak van de hoven worden bondig besproken. In de bespreking zal bondig aan bod komen of de rechtsleer deze wetgeving en/of rechtspraak bekritisieren.

(1) HET *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*

690. *Uitsluiting en vrees voor vooringenomenheid* – In de *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* bieden twee artikelen de grondslag voor wraking of verschoning van de rechter: in het ene artikel worden objectieve onpartijdigheidsgronden opgesomd, die feitelijk vast te stellen zijn; in het tweede artikel wordt bepaald dat rechters zich van een zaak moeten onthouden wanneer één van de partijen op rechtmatige wijze

¹⁹⁹⁰ En dit in tegenstelling tot Duitsland, waar de verschoningspraktijk uitdrukkelijk geen deel uitmaakt van de interne werking van het hof. K. ZÄHLE, "Die Ausschließung und Ablehnung eines Richters nach §§ 18, 19 BVerfGG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", 175.

¹⁹⁹¹ Onder meer J. SMETS, "Artikel 101-102 Bijzondere Wet Arbitragehof", in X (ed.), *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 1 e.v.

¹⁹⁹² J.-P. MASSON, "Cour d'Arbitrage et récusations: suite", *Journal des procès* 1996, (16) 16 e.v.; J.-P. MASSON, "Faut-il récuser la Cour d'Arbitrage?", *Journal des procès* 1994, (29) 29 e.v. en P. VAN ORSHOVEN, "Er zijn grenzen", *TRD&I* 1994, (585) 585 e.v.

¹⁹⁹³ J. SMETS, "Artikel 101-102 Bijzondere Wet Arbitragehof", titel II. D. en P. VAN ORSHOVEN, "De objectieve onpartijdigheid van de rechter die opnieuw recht spreekt of *non bis in idem*", *Echtscheidingsjournaal* 2004, (117) 121.

kan vrezen dat een rechter vooringenomen is. De rechtspleging verschilt voor beide onpartijdigheidsgrondslagen.

691. *Iudex inhabilis*¹⁹⁹⁴ – In artikel 18 van de *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* worden – op exhaustieve wijze¹⁹⁹⁵ – de gronden opgesomd op grond waarvan een rechter niet kan deelnemen aan een zaak: is één van de gronden aanwezig, kan een rechter worden gewraakt of moet hij zich verschonen. Deze gronden zijn feitelijk vast te stellen. Het zijn er minder dan in artikel 455 van Titel 28 van de *United States Code* of dan in artikel 828 Ger.W. Met artikel 18 beoogt de Duitse wetgever de subjectieve onafhankelijkheid van de rechter te waarborgen, opdat de rechter onpartijdig zou kunnen oordelen.¹⁹⁹⁶ Het luidt als volgt:

„(1) Ein Richter des Bundesverfassungsgerichts ist von der Ausübung seines Richteramtes ausgeschlossen, wenn er

1. an der Sache beteiligt oder mit einem Beteiligten verheiratet ist oder war, eine Lebenspartnerschaft führt oder führte, in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist oder

2. in derselben Sache bereits von Amts oder Berufs wegen tätig gewesen ist.

(2) Beteiligt ist nicht, wer auf Grund seines Familienstandes, seines Berufs, seiner Abstammung, seiner Zugehörigkeit zu einer politischen Partei oder aus einem ähnlich allgemeinen Gesichtspunkt am Ausgang des Verfahrens interessiert ist.

(3) Als Tätigkeit im Sinne des Absatzes 1 Nr. 2 gilt nicht

1. die Mitwirkung im Gesetzgebungsverfahren,

2. die Äußerung einer wissenschaftlichen Meinung zu einer Rechtsfrage, die für das Verfahren bedeutsam sein kann.¹⁹⁹⁷

Zoals bij het Grondwettelijk Hof¹⁹⁹⁸ en de *Conseil constitutionnel*¹⁹⁹⁹ leidt de deelname aan de totstandkoming van de wet op zich niet tot partijdigheid in hoofde van de Duitse grondwettelijke rechter die over de grondwettigheid van de wet moet oordelen.²⁰⁰⁰ Ook wanneer een rechter zich reeds als wetenschapper heeft uitgesproken over een voor de procedure relevante rechtsvraag, mag niet aan zijn onpartijdigheid worden getwijfeld.²⁰⁰¹

¹⁹⁹⁴ D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 384 (§ 18, nr. 2).

¹⁹⁹⁵ BVerfG 5 oktober 1977, *BVerfGE* 46, 34 (9) (Hirsch). Zie ook TH. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN *et al.*, "Artikel 18 Bundesverfassungsgerichtsgesetz", in X (ed.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München, Verlag C.H. Beck, 1998, 4 en D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 387 (§ 18, nr. 11).

¹⁹⁹⁶ K. ZÄHLE, "Die Ausschließung und Ablehnung eines Richters nach §§ 18, 19 BVerfGG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", 176.

¹⁹⁹⁷ Voor een uiteenzetting van deze wrakingsgronden, zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 109-112 (§ 11, nrs. 234-237).

¹⁹⁹⁸ Zie randnummer 685.

¹⁹⁹⁹ Zie randnummer 698.

²⁰⁰⁰ Instemmend, E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 111 (§ 11, nr. 237), die naar gelijk- en andersluidende rechtsleer verwijst. Dit geldt zowel voor politici als voor wetenschappers. Zie BVerfG 26 februari 2014, 1 BvR 471/10 en 1 BvR 1181/10, nrs. 20-21.

²⁰⁰¹ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 111 (§ 11, nr. 237).

Dat een rechter zich moet onthouden, wordt door de *Senat* of de *Kammer* ambtshalve vastgesteld: de verplichting volgt bovendien uit de wet. De beslissing van de *Senat* of van de *Kammer* heeft slechts een declaratoir karakter.²⁰⁰² Deze beslissing kan op elk moment van de procedure worden genomen.²⁰⁰³ Opvallend is dat de rechter niet wordt vervangen (en dit in tegenstelling tot de procedure op grond van artikel 19 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*).²⁰⁰⁴

692. *Iudex suspectus*²⁰⁰⁵ – In artikel 19 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* wordt aan de burger een instrument gegeven om de schijn van partijdigheid van een rechter aan de kaak te stellen. Krachtens dit artikel moet het *Bundesverfassungsgericht* beslissen over de wraking van een rechter wanneer een partij vooringenomenheid vreest, of over de verschoning wanneer de rechter zichzelf als partijdig beschouwt. De maatstaf is dus niet of de rechter partijdig is, maar wel of een partij rechtmatig aan de onpartijdigheid kan twijfelen.²⁰⁰⁶ Het luidt als volgt:

„(1) Wird ein Richter des Bundesverfassungsgerichts wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt, so entscheidet das Gericht unter Ausschluß des Abgelehnten; bei Stimmgleichheit gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.

(2) Die Ablehnung ist zu begründen. Der Abgelehnte hat sich dazu zu äußern. Die Ablehnung ist unbeachtlich, wenn sie nicht spätestens zu Beginn der mündlichen Verhandlung erklärt wird.

(3) Erklärt sich ein Richter, der nicht abgelehnt ist, selbst für befangen, so gilt Absatz 1 entsprechend.

(4) Hat das Bundesverfassungsgericht die Ablehnung oder Selbstablehnung eines Richters für begründet erklärt, wird durch Los ein Richter des anderen Senats als Vertreter bestimmt. Die Vorsitzenden der Senate können nicht als Vertreter bestimmt werden. Das Nähere regelt die Geschäftsordnung.”

Behoudens wanneer het wrakingsverzoek klaarblijkelijk ontoelaatbaar is, moet de gewraakte rechter antwoorden op het grondig gemotiveerde wrakingsverzoek: de rechtspleging is tegensprekelijk en transparant. Zoals bij artikel 18, beslist de *Senat* of de *Kammer* bij gewone meerderheid over het wrakings- of onthoudingsverzoek, zonder dat de betrokken rechter aan de beslissing deelneemt, bij tussenarrest of in het arrest ten

²⁰⁰² BVerfG 5 oktober 1977, BVerfGE 46, 34 (Hirsch). „Der Unterschied liegt zunächst darin, daß im einen Fall der Ausschluß eines Richters von der Mitwirkung bei einer Entscheidung kraft Gesetzes eintritt; im Streitfall stellt das Gericht nur deklaratorisch fest, daß der Richter ausgeschlossen ist. Im Falle der Befangenheit ist die Entscheidung des Gerichts konstitutiv; erst die Entscheidung führt zum Ausschluß des Richters von der Mitwirkung bei einer Entscheidung.“ Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 112 (§ 11, nr. 238); D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 385 (§ 18, nr. 6).

²⁰⁰³ K. ZÄHLE, "Die Ausschließung und Ablehnung eines Richters nach §§ 18, 19 BVerfGG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", 177.

²⁰⁰⁴ Indien drie rechters worden uitgesloten, dan kan de *Senat* niet beslissen (quorum van zes). Alleen bij bijzondere hoogdringendheid kan de *Senat* worden aangevuld met rechters uit de andere *Senat*. E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 111 (§ 11, nr. 239) en D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 385 (§ 18, nr. 7).

²⁰⁰⁵ D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 396 (§ 19, nr. 2).

²⁰⁰⁶ D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 397 (§ 19, nr. 7).

gronde.²⁰⁰⁷ Anders dan bij artikel 18, kan dit niet ambtshalve. Indien de *Senat* of de *Kammer* de vrees voor partijdigheid terecht vindt, wordt de betrokken rechter vervangen en wordt bij lot een andere rechter aangeduid.

Het is mogelijk dat een situatie geen aanleiding geeft tot wraking op grond van artikel 18, doch wel op grond van artikel 19 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. Wanneer een rechter, vóór hij rechter werd, als expert een verslag heeft uitgebracht over rechtsvragen, die thans aan het hof worden voorgelegd, moet hij zich krachtens artikel 18 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* niet van de zaak onthouden, maar is het mogelijk dat, omwille van bijkomende omstandigheden, de vrees voor partijdigheid in de zin van artikel 19 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* gegrond is.²⁰⁰⁸

693. *Wraking niet bij prejudiciële vragen* – Alleen formele procespartijen kunnen een rechter wraken. Daar er bij prejudiciële vragen geen formele procespartijen zijn, laat het *Bundesverfassungsgericht* geen wrakingsverzoeken in deze procedure toe.²⁰⁰⁹ Sommigen menen dat, om dezelfde reden, geen rechter zou kunnen worden gewraakt in de procedure van de abstracte normencontrole.²⁰¹⁰

694. *Verschoning* – Zoals bij het Grondwettelijk Hof, komt het oordeel of een Duitse grondwettelijke rechter zich van een zaak dient te onthouden, niet aan de rechter zelf, maar aan het *Bundesverfassungsgericht (Senat)* toe.²⁰¹¹ Anders dan bij het Grondwettelijk Hof, wordt de beslissing van de rechter aan de procespartijen meegedeeld, opdat zij stelling erover zouden kunnen innemen.²⁰¹²

De verplichting om het voornemen van een rechter om zich van een zaak te onthouden aan de procespartijen mee te delen, steunt op twee grondwetsbepalingen: het recht op een wettelijk gehoor voor het gerecht (artikel 103, eerste lid *Grundgesetz*) en het verbod om aan de wettelijke rechter te worden onttrokken (artikel 101, eerste lid *Grundgesetz*). De partijen moeten de kans krijgen om hierover stelling te nemen. De beslissing mag niet worden beschouwd als deel uitmakend van de interne werking van het hof.²⁰¹³ Deze beslissing kan immers raken aan het recht op de door de wet toegekende rechter, omdat de samenstelling van het rechtscollege wordt gewijzigd.

²⁰⁰⁷ H. LECHNER en R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, München, Verlag C.H. Beck, 2006, 124; D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 409 (§ 19, nr. 38) en K. ZÄHLE, "Die Ausschließung und Ablehnung eines Richters nach §§ 18, 19 BVerfGG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", 183.

²⁰⁰⁸ BVerfG 26 februari 2014, 1 BvR 471/10 en 1 BvR 1181/10. Zie ook H. LECHNER en R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 124 en K. ZÄHLE, "Die Ausschließung und Ablehnung eines Richters nach §§ 18, 19 BVerfGG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", 176.

²⁰⁰⁹ BVerfG 5 oktober 1977, *BVerfGE* 46, 34 (3-5). Zie ook K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 48.

²⁰¹⁰ Voor verwijzingen, zie K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 48. In BVerfG 8 december 1952, *BVerfGE* 2, 79 (91) oordeelt het hof dat er in de abstracte normencontrole geen recht op een "gesetzliche Richter" is, maar alleen een inbreuk op de objectieve procedure.

²⁰¹¹ BVerfG 23 maart 1966, *BVerfGE* 20, 26 (Leibholz).

²⁰¹² D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 410-411 (§ 19, nr. 42). En K. ZÄHLE, "Die Ausschließung und Ablehnung eines Richters nach §§ 18, 19 BVerfGG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", 186.

²⁰¹³ K. ZÄHLE, "Die Ausschließung und Ablehnung eines Richters nach §§ 18, 19 BVerfGG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", 175.

695. *Ambtsverplichting* – Indien de rechter nalaat de *Senat* in te lichten dat er een grond bestaat voor uitsluiting (*iudex inhabilis*) of waardoor aan zijn onpartijdigheid zou kunnen worden getwijfeld (*iudex suspectus*), is dit een tekortkoming in zijn ambtsverplichtingen, op grond waarvan hij uit zijn ambt kan worden gezet.²⁰¹⁴

696. *Praktijk* – Bij de beoordeling van de wrakingsverzoeken en van de verschoningsmededelingen is het *Bundesverfassungsgericht* uitermate streng, strenger dan andere Duitse rechtscolleges.²⁰¹⁵ Voor de werkingssfeer van artikel 18 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* acht het hof een nauwe, concrete band met één van de procespartijen of met het voorwerp van de procedure onvoldoende en vereist het – in weerwil van de wet – bijkomende omstandigheden die rechtvaardigen dat er aan de onpartijdigheid van de rechter wordt getwijfeld.²⁰¹⁶ Ook acht het hof een vrees voor partijdigheid op grond van artikel 19 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* zelden gerechtvaardigd: het hof meent dat, gelet op de rang van het hof en de bij bijzondere meerderheid door de *Bundestag* en de *Bundesrat* gekozen grondwettelijke rechters, er niet licht aan hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid mag worden getwijfeld. Bovendien kan van de partijen in de procedure voor het *Bundesverfassungsgericht* worden verwacht dat ze vertrouwen in het hof en in de rechters stellen en niet al te vlug voor de partijdigheid van een rechter vrezen.²⁰¹⁷ Een wrakingsverzoek ten aanzien van de gehele *Senat* is ongeoorloofd.²⁰¹⁸

697. *Kritiek* – De rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht* leidt tot veel kritiek: niet alleen in de rechtsleer²⁰¹⁹ overigens, maar ook in de afwijkende motiveringen die rechters aan de beslissingen van het *Bundesverfassungsgericht* toevoegen.²⁰²⁰ Deze kritiek wordt ook in bijzonder scherpe bewoordingen gesteld: LAMPRECHT stelt onomwonden dat het hof met deze rechtspraak het recht op een eerlijk proces schendt en dat zijn rechtspraktijk niet

²⁰¹⁴ BVerfG 5 oktober 1977, *BVerfGE* 46, 34 (14-15) (Hirsch). Zie ook D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 395 en 411 (§ 18, nr. 42 en § 19, nr. 45).

²⁰¹⁵ Deze strengere toetsing wordt bekritiseerd, onder meer door rechters van het *Bundesverfassungsgericht* zelf, zie de afwijkende motivering bij BVerfG 25 mei 1973, *BVerfGE* 35, 171. Zie ook D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 399 (§ 19, nr. 12). Voor een overzicht van beslissingen met betrekking tot de wrakingsverzoeken, zie R. ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde* (2013), nrs. 1040-1051.

²⁰¹⁶ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 113-114 (§ 11, nrs. 241-242); K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht* (2012), 49 en K. ZÄHLE, "Die Ausschließung und Ablehnung eines Richters nach §§ 18, 19 BVerfGG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", 177.

²⁰¹⁷ BVerfG 29 mei 1973, *BVerfGE* 35, 171 (7-10).

²⁰¹⁸ BVerfG 19 oktober 1977, *BVerfGE* 46, 200. Zie ook K. ZÄHLE, "Die Ausschließung und Ablehnung eines Richters nach §§ 18, 19 BVerfGG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", 185.

²⁰¹⁹ Zie ook emeritus voorzitter van het *Bundesverfassungsgericht* E. BENDA, "Befangenes zur Befangenheit", *NJW* 2000, (3620) 3621 e.v. en E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 115 (§ 11, nr. 244) en R. WASSERMANN, "Richterlicher Selbstschutz bei der Ablehnung von Richtern des BVerfG? Zur Befangenheitsbesorgnis im verfassungsgerichtlichen Verfahren", *NJW* 1987, (418) 419.

²⁰²⁰ Onder meer BVerfG 25 mei 1973, *BVerfGE* 35, 171. Zie ook K. ZÄHLE, "Die Ausschließung und Ablehnung eines Richters nach §§ 18, 19 BVerfGG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", 189.

rechtsstatelijk is.²⁰²¹ Emeritus voorzitter van het *Bundesverfassungsgericht* BENDA kan hem daarin geen ongelijk geven.²⁰²²

(2) DE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

698. *A posteriori* – Tot 2009 was de wraking en verschoning van de *Conseillers* niet geregeld. Slechts sinds de *Conseil constitutionnel* bevoegd is geworden om uitspraak te doen op prioritaire vragen, is er een regeling gekomen omtrent de wraking en de verschoning van zijn leden.²⁰²³ In artikel 4 van het *Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité* (hierna "Intern Reglement over de prioritaire vraag 2010" te noemen) wordt het volgende bepaald :

"Tout membre du Conseil constitutionnel qui estime devoir s'abstenir de siéger en informe le président.

Une partie ou son représentant muni à cette fin d'un pouvoir spécial peut demander la récusation d'un membre du Conseil constitutionnel par un écrit spécialement motivé accompagné des pièces propres à la justifier. La demande n'est recevable que si elle est enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel avant la date fixée pour la réception des premières observations.

La demande est communiquée au membre du Conseil constitutionnel qui en fait l'objet. Ce dernier fait connaître s'il acquiesce à la récusation. Dans le cas contraire, la demande est examinée sans la participation de celui des membres dont la récusation est demandée.

Le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation.²⁰²⁴

Vier zaken vallen op. Op grond van zijn normatieve bevoegdheid²⁰²⁵, regelt de *Conseil constitutionnel* zelf – en dus niet de wetgever, zoals in België, Duitsland en de Verenigde Staten van Amerika – de wrakings- en onthoudingsprocedure.²⁰²⁶ Bovendien, door deze regeling op te nemen in het Intern Reglement over de prioritaire vraag 2010, is deze procedure niet toepasselijk op de andere procedures voor de *Conseil*, zoals de *a priori*-toetsing en de bevoegdheid inzake kiesverrichtingen.²⁰²⁷ Daarnaast worden in deze bepaling

²⁰²¹ R. LAMPRECHT, "Karlsruher Befangenheits-Logik", 2792. Zo ook D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 400-401 (§ 19, nr. 16).

²⁰²² E. BENDA, "Befangenes zur Befangenheit", 3621-3622.

²⁰²³ Voordien werden er geen wrakingsverzoeken ingediend. Of rechters zich verschoonden, dan wel om andere redenen niet aan de beraadslaging deelnamen, was niet geweten.

²⁰²⁴ Van 4 februari 2010, JO 18 februari 2010 en gewijzigd op 24 juni 2010 en 21 juni 2011.

²⁰²⁵ Zie *infra*, randnummer 537.

²⁰²⁶ Tot spijt van F. JACQUELOT, "Regards comparés sur l'abstention et les récusations au sein du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle italienne", 347 en N. FRICERO en S. ANTIPOLIS, "Récusation et abstention des juges: analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2013, (37) 39. Zie ook E. CARTIER, "La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel", II, A., derde alinea.

²⁰²⁷ Dit is betreurenswaardig, daar dit ertoe leidt dat – ten aanzien van dezelfde bepaling – de partijen de samenstelling van de *Conseil* in de *a priori*-toetsing niet kunnen betwisten, doch wel in de *a posteriori*-

geen gronden opgesomd op grond waarvan een rechter zich zou moeten onthouden of kan worden gewraakt: er zijn dus geen objectieve wrakings- of verschoningsgronden.²⁰²⁸ Ten slotte is de gelijkenis met artikel 101, tweede lid Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof, niet toevallig: de *Conseil constitutionnel* heeft zich laten inspireren door de Belgische bepaling.²⁰²⁹ Of dit wijs was van *les Sages* wordt hier in het midden gelaten, doch wordt verder in dit proefschrift onderzocht.²⁰³⁰

699. *Wraking* – De *Conseil constitutionnel* oordeelt – zonder de betrokken rechter – over de wraking.²⁰³¹ Zijn beslissing wordt door de *Secrétaire général* per brief aan de partijen meegedeeld. In de beslissing in de zaak 2011-142 QPC is deze brief²⁰³² een loutere mededeling, waarbij de beslissingen van de betrokken rechters en van de *Conseil constitutionnel* niet worden gemotiveerd.²⁰³³ Het komt voor dat rechters beslissen zich van een zaak te onthouden, nadat een wrakingsverzoek ten aanzien van hen werd ingediend.²⁰³⁴

-
- toetsing. F. JACQUELOT, "Regards comparés sur l'abstention et les récusations au sein du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle italienne", 350.
- ²⁰²⁸ Dit hoeft niet problematisch te zijn, daar, gelet op de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM op de *a posteriori*-toetsing door de *Conseil constitutionnel*, de rechtspraak van het EHRM voldoende inspiratie daartoe biedt. Zie ook E. CARTIER, "La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel", II, A., derde alinea.
- ²⁰²⁹ E. CARTIER, "La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel", II, A., vijfde alinea; M. GUILLAUME, "Le règlement intérieur sur la procédure devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité", *Petites Affiches* 2010, Article 4, laatste alinea; F. JACQUELOT, "Regards comparés sur l'abstention et les récusations au sein du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle italienne", 350.
- ²⁰³⁰ Zie randnummer 724 e.v. (voor politici) en randnummer 732 e.v. (voor rechters-juristen). De *Secrétaire général* beroept zich op het arrest EHRM 6 juni 2000, *Morel/Frankrijk*, om artikel 4 Intern Reglement over de prioritaire vraag 2010 te verdedigen. Dit arrest dateert niet alleen van vóór het arrest *McGonnell*, maar de feiten zijn dermate verschillend dat een analogieredenering niet aangewezen lijkt (*in casu* een rechter die zich over het faillissement heeft uitgesproken nadat hij bepaalde beslissingen in de observatieperiode, voorafgaand aan het faillissement heeft genomen). In dit arrest stelde het EHRM dat het loutere feit dat de rechter voor de procedure beslissingen heeft genomen, zijn onpartijdigheid niet in het gevaar brengt. Bepalend is de draagwijdte van de beslissingen. Zie ook N. PERLO, "Les premières récusations au Conseil constitutionnel", 66 en 68.
- ²⁰³¹ Artikel 4, derde lid Intern Reglement over de prioritaire vraag 2010. Zie ook M. GUILLAUME, "Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme", 78 en N. FRICERO en S. ANTIPOLIS, "Récusation et abstention des juges", 43.
- ²⁰³² Te vinden op <http://libertes.blog.lemonde.fr/2011/05/31/premieres-demandes-de-recusation-au-conseil-constitutionnel/>. De brief luidt als volgt: "À la suite de la demande de récusation présentée par le département de la Saône-et-Loire en date du 17 mai dernier, je vous informe que Messieurs Jacques BARROT et Michel CHARASSE ne participeront pas à la décision du Conseil constitutionnel sur les questions prioritaires de constitutionnalité n° 2011-142 à 2011-145. S'agissant de Messieurs Jean-Louis DEBRÉ, Hubert HAENEZ et Pierre STEINMETZ, le Conseil constitutionnel, statuant conformément à l'article 4 du règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant lui pour les questions prioritaires de constitutionnalité, a estimé que les motifs invoqués à l'appui de la demande de récusation n'étaient pas de nature à faire obstacle à leur participation à la décision du Conseil. Enfin, je vous indique que Monsieur Jacques CHIRAC ne participe pas aux travaux du Conseil constitutionnel depuis mars 2011."
- ²⁰³³ De procedure voldoet niet aan de voorwaarden van artikel 6 EVRM, doch dit is volgens FRICERO en ANTIPOLIS niet problematisch, aangezien de wrakingsprocedure niet over een recht of verplichting gaat. N. FRICERO en S. ANTIPOLIS, "Récusation et abstention des juges", 43.
- ²⁰³⁴ Onder meer Cons. const. 21 september 2012, 2012-271 QPC en 13 januari 2013, nr. 2011-208 QPC. N. FRICERO en S. ANTIPOLIS, "Récusation et abstention des juges", 42 en C. LAGRAVE, "Décentralisation sociale et récusation des juges constitutionnels: une réserve attendue du Conseil constitutionnel", *Rev. Fr. Dr. Const.* 2012, (149) 153.

700. *Onthouding* – De rechters die zich vrijwillig van een zaak onthouden, moeten hiervoor geen reden geven. In tegenstelling tot bij het Grondwettelijk Hof en het *Bundesverfassungsgericht*, maar zoals bij het *Supreme Court*, kan de *Conseil* geen oordeel vormen over hun beslissing. In het Intern Reglement over de prioritaire vraag 2010 worden ook geen gronden opgesomd op grond waarvan de rechter zich zou moeten onthouden: dit reglement doet beroep op het geweten van de rechter.²⁰³⁵

Zoals bij het Grondwettelijk Hof, blijkt uit de arresten van de *Conseil constitutionnel* niet of de rechters gewoon afwezig waren, dan wel zich onthouden hebben.²⁰³⁶ Uit de commentaar op de arresten in de *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* kan deze informatie wel blijken, doch dan weer niet wat de draagwijdte is van “zich onthouden van een zaak”. Doorgaans wordt vermeld:

“M. X a informé le président du Conseil constitutionnel qu’il estimait devoir s’abstenir de siéger. Il n’a donc ni assisté à l’audience publique ni participé au délibéré de cette affaire.”²⁰³⁷

In andere zaken is de formulering slechts dat “M. X. a estimé devoir s’abstenir de siéger”, omdat M. X. in dat geval heeft deelgenomen aan de terechtzitting. Maar moet “zich onthouden van een zaak” niet ook inhouden dat men niet aan de terechtzitting deelneemt?²⁰³⁸

(3) HET SUPREME COURT

701. *De wrakings- en onthoudingsregels ...* – Reeds op het einde van de achttiende eeuw rees twijfel over de onpartijdigheid van bepaalde *Justices* in enkele zaken²⁰³⁹, doch de omgang van de thans zetelende *Justices* Samuel ALITO, Stephen BREYER, Ruth Bader GINSBURG, Antonin SCALIA, Sonia SOTOMAYOR en Clarence THOMAS met politieke belangengroepen en/of politici, heeft het *recusal and disqualification*-thema²⁰⁴⁰ sinds 2010 tot het onderwerp van één van de hevigste debatten in de grondwettelijke rechtsleer gemaakt.²⁰⁴¹ Tot 1948 bestond er geen regelgeving waarin werd bepaald in welke gevallen de rechters van het *Supreme Court* zich van een zaak moesten onthouden of op grond waarvan zij konden worden gewraakt. Vanaf 1948 is artikel 455 van Titel 28 van de *United States Code* ook op hen toepasselijk, waarmee de wetgever niet alleen de onpartijdigheid

²⁰³⁵ E. CARTIER, "La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel", I, A., eerste alinea.

²⁰³⁶ Ook dit is conform artikel 6 EVRM, achten FRICERO en ANTIPOLIS. N. FRICERO en S. ANTIPOLIS, "Récusation et abstention des juges", 47. Voor verwijzingen naar zaken waarin rechters zich hebben onthouden, zie M. GUILLAUME, "Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme", 78.

²⁰³⁷ E. CARTIER, "La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel", I, B, 6^{de} alinea.

²⁰³⁸ E. CARTIER, "La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel", I, B., 6^{de} alinea, (zoals bij de *Conseil d'Etat* gebeurt).

²⁰³⁹ J.W. STEMPEL, "Rehnquist, Recusal and Reform", *Brook. L. Rev.* 1987, (589) 621-627.

²⁰⁴⁰ *Recusal en disqualification* worden tegenwoordig als synoniemen behandeld, hoewel het eerste duidt op het vrijwillig terugtrekken uit een zaak, en het tweede op de wraking. *Recusal* wordt ook vaak gebruikt om beide hypothesen aan te duiden. Zie L.J. VIRELLI III, "The (Un)Constitutionality of Supreme Court Recusal Standards", *Wisc.L.Rev.* 2011, (1181) 1182.

²⁰⁴¹ L.J. VIRELLI III, "The (Un)Constitutionality of Supreme Court Recusal Standards", 1182.

van de rechter wou waarborgen, maar ook de schijn van partijdigheid wou uitsluiten.²⁰⁴² Het luidt sinds 1974 als volgt:

“(a) Any justice, judge, or magistrate judge of the United States shall disqualify himself in any proceeding in which his impartiality might reasonably be questioned.

(b) He shall also disqualify himself in the following circumstances:

(1) Where he has a personal bias or prejudice concerning a party, or personal knowledge of disputed evidentiary facts concerning the proceeding;

(2) Where in private practice he served as lawyer in the matter in controversy, or a lawyer with whom he previously practiced law served during such association as a lawyer concerning the matter, or the judge or such lawyer has been a material witness concerning it;

(3) Where he has served in governmental employment and in such capacity participated as counsel, adviser or material witness concerning the proceeding or expressed an opinion concerning the merits of the particular case in controversy;

(4) He knows that he, individually or as a fiduciary, or his spouse or minor child residing in his household, has a financial interest in the subject matter in controversy or in a party to the proceeding, or any other interest that could be substantially affected by the outcome of the proceeding;

(5) He or his spouse, or a person within the third degree of relationship to either of them, or the spouse of such a person:

(i) Is a party to the proceeding, or an officer, director, or trustee of a party;

(ii) Is acting as a lawyer in the proceeding;

(iii) Is known by the judge to have an interest that could be substantially affected by the outcome of the proceeding;

(iv) Is to the judge's knowledge likely to be a material witness in the proceeding.

(c) A judge should inform himself about his personal and fiduciary financial interests, and make a reasonable effort to inform himself about the personal financial interests of his spouse and minor children residing in his household.”²⁰⁴³

Opvallend is dat de beslissing om zich van een zaak te onthouden, aan de betrokken rechter toekomt en niet aan het *Supreme Court* in zijn geheel.²⁰⁴⁴ Wanneer alle partijen ermee instemmen, kan in bepaalde gevallen afstand worden gedaan van een verschoning.²⁰⁴⁵ Deze afstand geldt voor de gehele procedure.²⁰⁴⁶

²⁰⁴² R. SAIDMAN-KRAUSS, "A Second Sitting: Assessing the Constitutionality and Desirability of Allowing Retired Supreme Court Justices to Fill Recusal-based Vacancies on the Bench", *Penn.State L.Rev.* 2011, (253) 258. VIRELLI III meent dat, op grond van de lang gevestigde wetgeving en gerechtelijke gewoonten, de beslissing van een *Justice* om zich van een zaak te onthouden een rechterlijke beslissing is, die, krachtens de Grondwet, tegen wetgevende inmenging is beschermd. L.J. VIRELLI III, "The (Un)Constitutionality of Supreme Court Recusal Standards", 1200 en 1202.

²⁰⁴³ 28 U.S.C. § 455 of artikel 455 van Titel 28 van de *United States Code*.

²⁰⁴⁴ STEMPEL stelt voor om het *Supreme Court* de bevoegdheid te geven om een *recusal*-beslissing van een *Justice* te hervormen. Zie J.W. STEMPEL, "Rehnquist, Recusal and Reform", 644.

²⁰⁴⁵ 28 U.S.C. 455(e) of artikel 455(e) van Titel 28 van de *United States Code*.

²⁰⁴⁶ Dit beginsel geldt ook voor de wraking en onthouding: eens gewraakt of beslist om zich te onthouden, neemt de rechter niet deel aan de gehele procedure. Het is dan ook niet mogelijk voor een *Justice* om te zetelen om een *certiorari* toe te kennen en vervolgens zich van de zaak ten gronde te onthouden.

702. ... past het Supreme Court niet toe. – Hoewel in 2004 toenmalig *Chief Justice* REHNQUIST stelde dat elke *Justice* ernaar streeft om de regels in artikel 455(a) van Titel 28 van de *United States Code* na te leven, blijkt uit de praktijk dat de *Justices* niet geneigd zijn om zich van een zaak te onthouden.²⁰⁴⁷ Daar zij hun beslissing zelden motiveren, is bovendien niet bekend op welke grond zij beslissen zich al dan niet te onthouden.²⁰⁴⁸

Het *Statement of Recusal Policy* dd. 1993²⁰⁴⁹ en de *memoranda* over wrakingsverzoeken van bepaalde rechters²⁰⁵⁰ laten blijken dat de rechters van het *Supreme Court* zich onder meer op de unieke aard van het hof beroepen om een minder streng wrakings- en verschoningsbeleid te voeren dan wettelijk is vereist.²⁰⁵¹ Andere gronden om een wrakingsverzoek te weigeren, zijn de *common law* beginselen van *duty to sit*²⁰⁵², *the rule of necessity*²⁰⁵³, of het risico op een staking van stemmen.²⁰⁵⁴ Daarnaast wijzen ze ook op de paradox van de "*certiorari conundrum*"²⁰⁵⁵: opdat het *Supreme Court* de zaak zou

Daarom stelt LUBET "*certiorari-only waiver of disqualification*" voor. Zie S. LUBET, "Disqualification of Supreme Court Justices: the Certiorari Conundrum", *Minnesota Law Review* 1996, (657) 667 e.v.

²⁰⁴⁷ R. SAIDMAN-KRAUSS, "A Second Sitting: Assessing the Constitutionality and Desirability of Allowing Retired Supreme Court Justices to Fill Recusal-based Vacancies on the Bench", 265 die verwijst naar de *Memorandum* van Justice SCALIA in *Supreme Court*, 18 maart 2004, *Cheney v. U.S. Dist. Court*, 541 U.S. 913, 926-27 (2004) en de *statement* van Justice REHNQUIST in *Supreme Court*, *Microsoft Corp. v. United States*, 530 U.S. 1301, 1301-03 (2002). Zij onthouden zich wel vaker wanneer over de *certiorari* moet worden beslist: in 198 *certiorari petitions* tussen 1992 en 30 mei 1995. Zie S. LUBET, "Disqualification of Supreme Court Justices", 659.

²⁰⁴⁸ S. LUBET, "Disqualification of Supreme Court Justices", 659. Recent in SC 12 juni 2014, *POM Wonderful LLC v. Coca-Cola Co.*, verschoonden Justices BREYER en ALITO zich voor de *writ of certiorari*. Justice BREYER verschoonde zich ook in de zaak ten gronde, doch Justice ALITO niet. Er werd vermoed dat financiële belangen de verschoningsgrond bij Justice Alito waren. Zie ook SC 25 maart 2014, *United States v. Quality Stores*, Justice KAGAN verschoond.

²⁰⁴⁹ Ondertekend door zeven van de toen zittende rechters en waarin wordt bepaald op welke wijze wordt gehandeld wanneer een familielid van een *Justice* bij een zaak betrokken is. L.J. VIRELLI III, "The (Un)Constitutionality of Supreme Court Recusal Standards", 1188 en 1206.

²⁰⁵⁰ *Memorandum* van Justice Scalia in *Supreme Court*, 18 maart 2004, *Cheney v. U.S. Dist. Court*, 541 U.S. 913, 926-27 (2004), nr. 4.

²⁰⁵¹ R. SAIDMAN-KRAUSS, "A Second Sitting: Assessing the Constitutionality and Desirability of Allowing Retired Supreme Court Justices to Fill Recusal-based Vacancies on the Bench", 265.

²⁰⁵² De *duty to sit* verplicht de rechter om een geschil te beslechten tenzij en in zoverre op ondubbelzinnige wijze een "*extrajudicial bias or prejudice*" is aangetoond. R. SAIDMAN-KRAUSS, "A Second Sitting: Assessing the Constitutionality and Desirability of Allowing Retired Supreme Court Justices to Fill Recusal-based Vacancies on the Bench", 259.

²⁰⁵³ De *rule of necessity* verplicht de rechter om zich niet uit een zaak terug te trekken, terwijl de omstandigheden dit in beginsel zouden vereisen. De bedoeling was dat deze regel slechts zou worden toegepast wanneer geen andere rechter beschikbaar was. Het *Supreme Court* past deze regel nog steeds toe, opdat verzoekers toegang tot de rechter zouden hebben. R. SAIDMAN-KRAUSS, "A Second Sitting: Assessing the Constitutionality and Desirability of Allowing Retired Supreme Court Justices to Fill Recusal-based Vacancies on the Bench", 259-260.

²⁰⁵⁴ Zie *Memorandum* van Justice Scalia in *Supreme Court*, 18 maart 2004, *Cheney v. U.S. Dist. Court*, 541 U.S. 913, 926-27 (2004) en *statement* van Justice Rehnquist in *Supreme Court*, *Microsoft Corp. v. United States*, 530 U.S. 1301, 1301-03 (2002). Zie ook *Memorandum* van Justice REHNQUIST, die weigert zichzelf te onthouden in de zaak *Supreme Court*, 10 oktober 1972, *Laird v. Tatum*, 409 U.S. 824 (1972) (doch dit vóór de wetwijziging in 1974, die de schijn van onpartijdigheid heeft ingevoerd).

²⁰⁵⁵ S. LUBET, "Disqualification of Supreme Court Justices", 658 en R. SAIDMAN-KRAUSS, "A Second Sitting: Assessing the Constitutionality and Desirability of Allowing Retired Supreme Court Justices to Fill Recusal-based Vacancies on the Bench", 266.

behandelen (*to grant certiorari*) zijn vier stemmen nodig.²⁰⁵⁶ LUBET heeft met een statistische analyse aangetoond dat, indien zelfs maar één rechter zich uit de zaak terugtrekt, de kans om *certiorari* te verkrijgen, reeds aanzienlijk vermindert.²⁰⁵⁷ Wanneer de *Justice* partijdig zou kunnen worden geacht ten nadele van de verzoekende partij, is het terugtrekken uit die zaak juist nadelig voor de verzoekende partij, omdat het risico groter is dat het hof haar zaak niet zal behandelen.²⁰⁵⁸ Of in de woorden van SCALIA: “*The petitioner needs five votes to overturn the judgment below, and it makes no difference whether the needed fifth vote is missing because it has been cast for the other side, or because it has not been cast at all.*”²⁰⁵⁹ Ten slotte meent SCALIA ook dat te strenge wrakingsregels mensen (en zeker de media) ertoe zouden aanzetten om bepaalde *Justices* in diskrediet te brengen, in de hoop hen te dwingen zich van een zaak te onthouden.²⁰⁶⁰

703. Kritiek en wetsvoorstellen – De wrakings- en verschoningspraktijk van de *Justices* van het *Supreme Court* leidt tot veel kritiek: de rechters hebben lak aan “*public accountability, statutory requirements, or procedural consistency*”²⁰⁶¹. Er is bovendien geen procedure die de wrakingsregels ten aanzien van de rechters van het *Supreme Court* kan afdwingen.²⁰⁶² Om deze praktijken bij te sturen, meer bepaald opdat de *Justices* zich alvast niet meer zouden kunnen beroepen op het risico van staking van stemmen en op het feit dat een gewraakte rechter niet kan worden vervangen, heeft een senator in 2010 een wetsvoorstel ingediend dat mogelijk maakt dat een gewraakte rechter of een rechter die zich uit de zaak heeft teruggetrokken, door een emeritus rechter zou worden vervangen.²⁰⁶³

²⁰⁵⁶ Dit is een gewoonterechtelijke regel van het *Supreme Court*, waarvan het dus afstand zou kunnen doen indien een rechter zich van een zaak onthoudt. Zie S. LUBET, “Disqualification of Supreme Court Justices”, 670 e.v.

²⁰⁵⁷ S. LUBET, “Disqualification of Supreme Court Justices”, 658 en 663 e.v.

²⁰⁵⁸ S. LUBET, “Disqualification of Supreme Court Justices”, 658.

²⁰⁵⁹ *Memorandum van Justice SCALIA in Supreme Court, Cheney v. U.S. Dist. Court*, 541 U.S. 913 (2004), nr. 4.

²⁰⁶⁰ *Memorandum van Justice SCALIA in Supreme Court, Cheney v. U.S. Dist. Court*, 541 U.S. 913 (2004), nr. 34. Zie ook L.J. VIRELLI III, “The (Un)Constitutionality of Supreme Court Recusal Standards”, 1190.

²⁰⁶¹ L.J. VIRELLI III, “The (Un)Constitutionality of Supreme Court Recusal Standards”, 1230.

²⁰⁶² L.J. VIRELLI III, “The (Un)Constitutionality of Supreme Court Recusal Standards”, 1202.

²⁰⁶³ Patrick LEAHY, na een voorzet van *Justice* John Paul STEVENS, zie R. SAIDMAN-KRAUSS, “A Second Sitting: Assessing the Constitutionality and Desirability of Allowing Retired Supreme Court Justices to Fill Recusal-based Vacancies on the Bench”, 253, maar ook reeds – voor de *certiorari petitions* – voorgesteld door S. LUBET, “Disqualification of Supreme Court Justices”, 675. Het wetsvoorstel luidt als volgt: “(...) *Any retired Chief Justice of the United States or any retired Associate Justice of the Supreme Court may be designated and assigned to serve as a justice on the Supreme Court of the United States in a particular case if--(A) any active justice is recused from that case; and (B) a majority of active justices vote to designate and assign that retired Chief Justice or Associate Justice.*(...) Het is te vinden op <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c111:S.3871>: Emeriti rechters van het *Supreme Court* mogen reeds ter vervanging zetelen in lagere federale rechtbanken, maar vooralsnog niet in het *Supreme Court* (28 U.S.C. § 294(d) of artikel 294(d) van Titel 28 van de *United States Code*). SAIDMANN-KRAUSS toetst dit wetsvoorstel op zijn grondwettigheid, waarbij onder meer de vraag rijst of de *Justices* wel bevoegd zijn om een emeritus rechter als plaatsvervangend rechter aan te duiden. R. SAIDMAN-KRAUSS, “A Second Sitting: Assessing the Constitutionality and Desirability of Allowing Retired Supreme Court Justices to Fill Recusal-based Vacancies on the Bench”, 268 e.v.

Daarnaast werd ook een wetsvoorstel ingediend, de *Supreme Court Transparency and Disclosure Act* dd. 2011²⁰⁶⁴, waarin aan de rechters wordt opgelegd om te motiveren waarom zij een wrakingsverzoek verwerpen én waarin een procedure voor toetsing van de beslissing van de rechter wordt voorzien. Dit wetsvoorstel verwoordt de eisen van 138 eminente rechtsprofessoren, die als volgt luiden:

- “1. Apply the Code of Conduct for United States Judges to Supreme Court justices;
2. Establish a set of procedures to enforce the Code’s standards as applied to Supreme Court justices;
3. Require a written opinion when a Supreme Court justice denies a motion to recuse; and
4. Determine a procedure, or require the Court to do so, that provides for review of a decision by a Supreme Court justice not to recuse himself or herself from a case pending before the Court.”²⁰⁶⁵

2. DE WRAKINGS- EN VERSCHONINGSPRAKTIJK IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

704. Rechtsvergelijking – De bovenstaande analyse van de wrakings- en verschoningspraktijk van de vier onderzochte grondwettelijke hoven leert ons dat zij wel wat gemeenschappelijk hebben: de regelgeving over de wrakingsgronden in Duitsland, Frankrijk en België is zeer vergelijkend en de vier grondwettelijke hoven passen allemaal node de wrakingsregels toe. De kritiek op de rechtspraak van deze hoven is dan ook vergelijkbaar en wordt geuit in het licht van rechtsstatelijke vereisten.

705. Polemiek – Daarenboven blijkt uit de arresten van het *Bundesverfassungsgericht* en van het Grondwettelijk Hof en uit de beslissingen van de *Justices* van het *Supreme Court* hoe gevoelig wrakingsverzoeken zijn en hoe verkrampt deze grondwettelijke hoven en rechters soms erop reageren. Het wrakingsverzoek wordt al te vaak gepolemiseerd, waarbij het rechtcollege de wrakende partij lichtsinnigheid of een “kwaadwillig vooroordeel tegenover de instellingen”²⁰⁶⁶ toedicht. Een wrakingsverzoek wordt als een motie van

²⁰⁶⁴ Te vinden op <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c112:H.R.862>: Justice Kennedy heeft voor een subcommissie van de *House of Representatives* uiteengezet dat de *Justices* hebben ingestemd om door de *Code of Conduct* gebonden te zijn, maar acht het afdwingbaar maken ervan ongrondwettig. Justice Breyer heeft, voor dezelfde commissie, uiteengezet dat de complexe en unieke aard van *Supreme Court* rechtvaardigt dat zijn rechters anders dan de lagere rechters worden behandeld. L.J. VIRELLI III, "The (Un)Constitutionality of Supreme Court Recusal Standards", 1188-11889.

²⁰⁶⁵ Te vinden op http://www.afj.org/judicial_ethics_sign_on_letter.pdf. VIRELLI toetst elke eis aan de *US Constitution* en besluit dat, in het licht van het evenwicht der machten, alleen het *Supreme Court* de gevallen kan bepalen waarin een rechter zich van een zaak moet onthouden en meent dat, indien het hof dit zou doen, dit tot een betere waarborg voor de integriteit en de werking van het hof zou leiden, dan door een tussenkomst van de wetgever. L.J. VIRELLI III, "The (Un)Constitutionality of Supreme Court Recusal Standards", 1191.

²⁰⁶⁶ GwH 10 december 2003, nr. 163/2003 (niet ten aanzien van partijen voor het Grondwettelijk Hof, maar ten aanzien van partijen die twijfelen aan de onpartijdigheid van de politierechter omdat deze, na de strafuitspraak, over de burgerrechtelijke gevolgen van verkeersovertredingen oordeelt). “In de ogen van personen die geen kwaadwillig vooroordeel hebben tegenover de instellingen, komt een

wantrouwen tegen de rechter beschouwd.²⁰⁶⁷ Omdat de rechter zich niet heeft verschoond, zal hij deze motie niet begrijpen en zal hij zich misschien in zijn eer gekrenkt voelen. Het zou ook een motie van wantrouwen tegen de rechterlijke instelling zijn. Een auteur schrijft dat de collega's van de gewraakte rechter misschien een gevoel van "aantasting van de onaantastbaarheid van de rechter" hebben.²⁰⁶⁸ Het is daar dat het schoentje knelt. Een basisbeginsel van de rechtsstaat is vertrouwen in de instellingen en dus ook in de rechter en de wetgever wil, terecht, de waardigheid van de magistraat vrijwaren. Daarom mag een rechter niet om een drogreden worden gewraakt. Maar geen enkele instelling in de rechtsstaat is onaantastbaar. Elke instelling bestaat uit mensen en niemand is onfeilbaar. Er mag geen gevoel van "aantasting van de onaantastbaarheid van de rechter" zijn, daar er geen onaantastbaarheid van de rechter is of mag zijn, doch alleen onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

706. *Schijn van partijdigheid* – Vroeger kon het vermoeden van onpartijdigheid van de rechter alleen worden weerlegd wanneer één van de feitelijk vaststelbare wrakingsgronden van artikel 828, 2° tot 12°, Ger.W. kon worden aangetoond. Het EHRM heeft, onder het motto "*Justice must not only be done, it must also be seen to be done*", de wrakingsgronden uitgebreid door te vereisen dat er voldoende waarborgen zijn om ook een *gerechtvaardigde* vrees uit te sluiten dat de rechter in een zaak waarover hij dient te oordelen, vooringenomen is, vooroordelen heeft, of dat hij een belang heeft bij de uitkomst ervan. Door deze uitbreiding – in artikel 828, 1, 1° Ger.W. omvat in de allesomvattende wrakingsgrond "wettige verdenking" – is ook een deel van de bewijslast verschoven naar de rechter en het rechtscollege: er moet worden aangetoond dat er geen aantoonbare feiten zijn die twijfel doen ontstaan omtrent de onpartijdigheid. Deze uitbreiding van wrakingsgronden en de verschuiving van bewijslast nemen het eerrovende karakter van de vordering weg omdat aan de rechter niet de partijdigheid, maar de *schijn* van partijdigheid wordt verweten.

Toch lijkt niet iedereen dit zo aan te voelen.²⁰⁶⁹ Door het beperkte gebruik van het wrakingsverzoek, is het eerrovende karakter ervan in hoofde van de rechters wellicht nog niet verdwenen. Het is een vicieuze cirkel. Het wordt niet vaak gebruikt, omdat de wrakende partij (én haar advocaat) haar verhouding met de betrokken rechter en het rechtscollege niet op het spel wil zetten: men is immers niet zeker dat het wrakingsverzoek wordt ingewilligd en dan moet de gewraakte rechter alsnog zijn oordeel vellen. Daarom, de enkele keren dat het wordt gebruikt, voelt de rechter zich misschien nog meer in zijn eer gekrenkt.

707. *Objectiveren* – Het recht op een onpartijdige rechter moet daarom uit de polemieken worden gehaald: van een eerrovende motie van wantrouwen moet het verworden tot een

magistraat niet over als zijnde verdacht van partijdigheid enkel door het feit dat hij een kwestie die hem wordt voorgelegd reeds heeft moeten behandelen."

²⁰⁶⁷ Zie ook N. PERLO, "Les premières récusations au Conseil constitutionnel", 64.

²⁰⁶⁸ S. DE COSTER, "Commentaar bij art. 828-847 Ger.W. (algemeen)", 13.

²⁰⁶⁹ MARTENS' titel van een bijdrage spreekt boekdelen: P. MARTENS, "La tyrannie de l'apparence", 640, weliswaar in een periode waarin het EHRM nog strenger was en elke schijn van partijdigheid afstrafte en niet naging of de vrees voor partijdigheid gerechtvaardigd was. Zie ook A. OOMS, "De rechterlijke onpartijdigheid is niet steeds wat ze lijkt", 507.

loutere vordering van een burger die zijn recht op onpartijdigheid wil gewaarborgd zien: met zijn verzoek geeft hij louter aan dat hij niet volledig op de onpartijdigheid van de rechter vertrouwt.²⁰⁷⁰ Hij verwijt de rechter niet de partijdigheid, maar de *schijn* van partijdigheid. De wrakings- en verschoningspraktijk uit de polemieken halen is alleen mogelijk wanneer de wrakings- en verschoningspraktijk uiterst plichtsbewust wordt toegepast en transparant verloopt: de grondwettelijke hoven moeten zelf, door een plichtsgetrouwe onthoudingspraktijk en een transparante en tegensprekelijke rechtspleging, de burger tonen dat zij het recht op een onpartijdige rechter ter harte nemen en zij moeten hun beslissingen over de wrakingsverzoeken zorgvuldig en uitgebreid motiveren.

708. Rechtsstaat – Hieronder wordt onderzocht welke vereisten de rechtsstaat, onder meer het onpartijdigheidsbeginsel, stelt ten aanzien van de rechtspleging (A) en de wrakings- en verschoningsgronden (B). Ten slotte wordt nagegaan of de aard, de bevoegdheid en de werking van het Grondwettelijk Hof een minder strenge wrakings- en verschoningspraktijk rechtvaardigen (C).

A. DE RECHTSPLEGING

709. Rechtsstaat – Twee factoren bepalen het rechtsstatelijk karakter van de wrakings- en verschoningsprocedure: de beslissingsbevoegdheid (1) en de transparantie en tegensprekelijkheid van de procedure (2).

(1) DE BESLISSINGSBEVOEGDHEID

710. Onthouding – In tegenstelling tot de gemeenrechtelijke regeling²⁰⁷¹ en de regeling in het *Supreme Court* en in de *Conseil constitutionnel* mogen de rechters van het Grondwettelijk Hof niet zelf beslissen om zich te verschonen. Deze beslissing komt alleen het hof toe. In artikel 101, derde lid Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof wordt echter niet uitgesloten dat de betrokken rechter aan de verschoningsbeslissing deelneemt. Omdat over de verschoning geen melding in de arresten wordt gemaakt, weten we niet of de betrokken rechter aan de beslissing over de verschoning deelneemt. De betrokkenheid van deze rechter vormt op zich geen probleem voor de onpartijdigheid van de rechter: vermits hij zelf heeft aangekaart dat er mogelijk een grond tot wraking tegen hem bestaat, staat zijn betrokkenheid in de verschoningsbeslissing een eerlijk proces in beginsel niet in de weg.²⁰⁷²

Maar toch een voorbehoud: BENDA, emeritus voorzitter van het *Bundesverfassungsgericht*, waar de beslissingen over de verschoning zonder de betrokken rechter worden genomen, schrijft dat een rechter niet zozeer aan zijn collega's laat weten dat er mogelijk een grond tot wraking tegen hem bestaat, omdat hij denkt dat hij partijdig is, maar wel omdat hij hoopt dat zijn collega's zullen vaststellen dat, ondanks het bestaan van een grond tot

²⁰⁷⁰ Zie ook R. WASSERMANN, "Richterlicher Selbstschutz bei der Ablehnung von Richtern des BVerfG?", 420.

²⁰⁷¹ Artikel 831 Ger.W.

²⁰⁷² J. SMETS, "Artikel 101-102 Bijzondere Wet Arbitragehof", Titel III.A.

wraking, de rechter in staat is om onpartijdig te oordelen.²⁰⁷³ Indien dezelfde dynamiek in het Grondwettelijk Hof speelt, moet het hof, na het horen van, maar zonder, de betrokken rechter, over de verschoning beslissen. Ten slotte is moeilijk te bedenken waarom de betrokken rechter aan de beslissing zou moeten deelnemen, zodat evengoed kan worden verduidelijkt dat de betrokken rechter niet aan de verschoningsbeslissing mag deelnemen.

711. *Wraking* – *A fortiori* mag een gewraakte rechter niet – alleen of samen met zijn collega's – beslissen of hij aan een wrakingsverzoek gevolg geeft. De onpartijdigheid van de rechter is in elk geval geschonden wanneer een rechter, zoals in het *Supreme Court*, alleen en in laatste instantie²⁰⁷⁴ beslist over het wrakingsverzoek. *Nemo iudex in causa sua*: het geldt ook voor een rechter van een grondwettelijk hof.²⁰⁷⁵ In het *Bundesverfassungsgericht* beslist de gewraakte rechter in beginsel²⁰⁷⁶ niet mee over het wrakingsverzoek: de *Senat* of de *Kammer* beslist bij gewone meerderheid.²⁰⁷⁷

In het Grondwettelijk Hof oordelen gewraakte rechters soms mee over het wrakingsverzoek, en soms niet. Het lijkt erop dat, aanvankelijk, de gewraakte rechters meebeslisten wanneer het hof voor het eerst moest beslissen of een ingeroepen grond de onpartijdigheid in het gedrang brengt²⁰⁷⁸ of wanneer de regels over de samenstelling van de zetel dit noodzakten²⁰⁷⁹. In de recentste arresten over de wrakingsverzoeken nemen de gewraakte rechters niet deel aan de uitspraak over het wrakingsverzoek, ook al werd voor het eerst een nieuwe grond voor twijfel aan de onpartijdigheid ingeroepen: sindsdien doet het hof ook telkens met een zetel van zeven rechters uitspraak.²⁰⁸⁰

²⁰⁷³ E. BENDA, "Befangenes zur Befangenheit", 3621.

²⁰⁷⁴ In het Belgische gemene recht geldt dat de gewraakte rechter binnen de twee dagen, gemotiveerd, verklaart of hij in de wraking berust dan wel weigert zich van de zaak te onthouden. Daarop zendt de griffier (en dus niet de wrakende partij), binnen drie dagen na het antwoord van de rechter die weigert zich van een zaak te onthouden of bij gebreke van antwoord binnen die termijn, de akte van wraking en, in voorkomend geval, de verklaring van de rechter, aan de procureur des Konings wanneer het een vrederechter of een rechter van de politierechtbank betreft, aan de procureur-generaal bij het hof van beroep wanneer het een lid van de rechtbank van eerste aanleg, van de arbeidsrechtbank of van de rechtbank van koophandel betreft, aan de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie wanneer het een lid van het hof van beroep of van het arbeidshof betreft of wanneer het een lid van het Hof van Cassatie betreft. Over de wraking wordt binnen acht dagen in laatste aanleg uitspraak gedaan door de bevoegde rechtbank, nadat de partijen behoorlijk zijn opgeroepen om hun opmerkingen te horen. Artikelen 836 en 838 Ger.W.

²⁰⁷⁵ Zie ook M.P. SENG, "What do we mean by an independent judiciary?", 190.

²⁰⁷⁶ Tenzij het wrakingsverzoek klaarblijkelijk onontvankelijk is. Een wrakingsverzoek is klaarblijkelijk onontvankelijk, wanneer het slechts argumenten aanhaalt die niet geschikt zijn om de bekommernis inzake partijdigheid te motiveren. BVerfG 3 juli 2013, 1 BvR 782/12, nr. 3; 7 mei 2013, 2 BvR 909/06, 2 BvR 1981/06 en 2 BvR 288/07, nr. 69; 19 juni 2012, 2 BvR 1397/09, nr. 43 en 28 februari 2012, 2 BvC 10/11, nr. 3. In dat geval moet de gewraakte rechter ook geen stelling over de wraking innemen.

²⁰⁷⁷ D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 394 (§ 18, nr. 38). Bij staking van stemmen is de stem van de voorzitter doorslaggevend.

²⁰⁷⁸ GwH 29 januari 1987, nr. 32 en 14 juli 1997, nr. 49/97.

²⁰⁷⁹ In nr. 71/2005 werden alle rechters van het Grondwettelijk Hof gewraakt, zodat minimaal een zetel van zeven rechters over het verzoek uitspraak moest doen.

²⁰⁸⁰ Sinds GwH 13 oktober 2009, nr. 157/2009. In deze zaak hebben de wrakende partijen bovendien aan het hof gevraagd dat de rechters ten aanzien van wie de wraking wordt gevorderd, geen deel zouden uitmaken van de zetel die over die wrakingsverzoeken uitspraak doet. In ondergeschikte orde vorderen zij dat het hof een prejudiciële vraag opwerpt en meteen beantwoordt betreffende de vergelijking tussen de artikelen 101 en 102 Bijz. Wet GwH, die niet verbieden dat de gewraakte rechters deel

Indien hieruit kan worden afgeleid dat het Grondwettelijk Hof thans bewust tracht te vermijden dat een gewraakte rechter bij de uitspraak over het wrakingsverzoek is betrokken, is dit een welgekomen evolutie in de rechtspraak, want zij is noodzakelijk in een rechtsstatelijk perspectief. Ook voor collegiaal te nemen beslissingen geldt immers *nemo iudex in causa sua*. Indien met zeven rechters over het wrakingsverzoek wordt beslist, moet het doenbaar zijn om de zetel zo samen te stellen dat de gewraakte rechters niet meebeslissen. Indien in voltallige zitting over het wrakingsverzoek wordt beslist, kan zeker één, en eventueel twee, gewraakte rechter(s) van de beraadslaging worden uitgesloten.²⁰⁸¹ Niets sluit bovendien uit dat elk wrakingsverzoek afzonderlijk wordt behandeld, zodat steeds een zetel van tien – gelet op de taalpariteit – rechters mogelijk is.²⁰⁸² In artikel 102, tweede en derde lid Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof wordt slechts bepaald:

“De wraking wordt gevraagd bij een met redenen omkleed verzoekschrift aan het Hof gericht.

Nadat de wrakende partij en de gewraakte rechter zijn gehoord, wordt zonder verwijl over de wraking uitspraak gedaan.”

Indien nodig, kan de wetgever verduidelijken dat er per gewraakte rechter een verzoekschrift moet worden ingediend. Slechts indien in meerdere wrakingsverzoeken identiek dezelfde grond (feitelijk en juridisch) ten aanzien van meerdere rechters wordt opgeworpen, kan geen van deze rechters zetelen in de uitspraken van het hof ten aanzien van deze wrakingsverzoeken. Indien het hof eigenlijk in voltallige zitting zou willen beslissen, maar de wrakingsverzoeken niet afzonderlijk kunnen worden behandeld omdat identiek dezelfde grond wordt opgeworpen, moet, nadat de wrakende partijen hierover standpunt hebben kunnen innemen, worden afgewogen wat het belangrijkste is: een uitspraak in voltallige zitting dan wel een uitspraak zonder de betrokken rechters.

712. *Intrinsieke partijdigheid* – Sommigen, en niet van de minsten²⁰⁸³, betwijfelen of grondwettelijke rechters wel een oordeel kunnen vellen over de onpartijdigheid van een collega-rechter. De grondwettelijke rechters hebben immers een persoonlijke band, die hen partijdig in de onpartijdigheidsbeslissing over een collega maakt:

“Entscheiden müssen seine Kollegen. Sie sind wegen der alltäglichen Zusammenarbeit, des Klimas der Kollegialität und oft enger persönlicher Verbundenheit in einer heiklen Lage. Es besteht eine persönliche Beziehung, die sie selbst befangen macht. Würde eine

uitmaken van de zetel die het wrakingsverzoek behandelt, en artikel 838 Ger.W., dat erin voorziet dat de gewraakte rechters geen deel uitmaken van de zetel die het wrakingsverzoek behandelt.

²⁰⁸¹ Gelet op de regels inzake taalpariteit en het minimum van tien rechters bij voltallige zitting. Artikel 56 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

²⁰⁸² Zo handelt ook het *Bundesverfassungsgericht*. D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 409 (§ 19, nr. 38).

²⁰⁸³ R. LAMPRECHT, "Karlsruher Befangenheits-Logik", 2791 ("Es kann nicht sein, was nicht sein darf! Diese Selbstbeschwörung, frei nach Morgenstern, könnte gut und gern einen höchstrichterlichen Leitsatz abgeben - etwa, wenn es um Befangenheit geht, wenn also das BVerfG in eigener Sache urteilt. Jeweils sieben Mitglieder eines Senats erläutern dann wortreich, warum der achte über jeden Verdacht erhaben ist") en instemmend een emeritus voorzitter van het *Bundesverfassungsgericht*, E. BENDA, "Befangenes zur Befangenheit", 3621.

vergleichbar enge persönliche Beziehung des Richters zu einem der Verfahrensbeteiligten bestehen, so würde ein Fall der Befangenheit vorliegen."²⁰⁸⁴

Volgens deze auteurs is een grondwettelijk hof zelf partijdig wanneer het beslist over de onpartijdigheid van één van zijn rechters. Dat grondwettelijke rechters moeten oordelen over de onpartijdigheid van een collega, is inderdaad niet de beste oplossing, maar wel de minst slechte. Er zijn immers slechts drie opties: over het wrakingsverzoek beslist (i) de gewraakte rechter, wat zeker af te keuren is²⁰⁸⁵; (ii) het rechtscollege waarvan de gewraakte rechter deel uitmaakt, of (iii) een ander rechtscollege. Terwijl dit laatste in het gemene recht mogelijk is voor zover er een hoger rechtscollege bestaat, is dit niet mogelijk voor het Grondwettelijk Hof: er is geen hoger rechtscollege dat ten aanzien van de gewraakte rechter uitspraak zou kunnen doen. Het is ook niet verkieslijk om deze bevoegdheid aan het Hof van Cassatie of de Raad van State toe te vertrouwen, daar dit de onafhankelijkheid van het Grondwettelijk Hof in het gedrang zou brengen. Het is dus kiezen tussen de mogelijke partijdigheid (of schijn van partijdigheid) van de collega-grondwettelijke rechters en de onafhankelijkheid van de instelling.

713. *Waarborgen* – Daarom moet de minst slechte oplossing, namelijk dat een (mogelijk partijdig) grondwettelijk hof over de onpartijdigheid van de eigen rechters beslist, zodanig worden omringd met waarborgen die het vertrouwen in de onpartijdigheid van het grondwettelijk hof moeten verzekeren. Bovendien moeten de beslissingen van het grondwettelijk hof over de wrakings- en onthoudingsverzoeken bijzonder doordacht en onberispelijk zijn.²⁰⁸⁶ Een belangrijke waarborg is volstreekte transparantie en tegensprekelijkheid: een wrakingsarrest moet uiterst grondig worden gemotiveerd (met inbegrip van afwijkende motiveringen) en de rechtspraktijk inzake verschoning moet transparanter en met tegenspraak. Deze vereiste van transparantie en tegenspraak wordt hieronder verder uiteengezet.

(2) TRANSPARANTIE EN TEGENSPRAAK

714. *Artikel 13 Grondwet* – Dat de wrakings- en verschoningsprocedures transparante en tegensprekelijke procedures²⁰⁸⁷ moeten zijn, volgt niet alleen uit de moeilijke, want door een schijn van partijdigheid gekleurde, context waarin collega-rechters over de onpartijdigheid van een collega-rechter moeten oordelen. Hieronder wordt nagegaan welk transparantievereiste de rechtsstaat oplegt en of artikel 13 van de Grondwet door de wrakings- en verschoningspraktijk wordt geschonden. Krachtens artikel 13 van de

²⁰⁸⁴ E. BENDA, "Befangenes zur Befangenheit", 3621 (emeritus voorzitter van het *Bundesverfassungsgericht*).

²⁰⁸⁵ In de Verenigde Staten van Amerika pleiten rechtsgeleerden ervoor dat de wrakings- en verschoningsbeslissingen van de rechters van het *Supreme Court* kunnen worden herzien. In het *Supreme Court* zou zo'n *review* door alle rechters op de beslissing van één rechter inderdaad mogelijk zijn.

²⁰⁸⁶ R. LAMPRECHT, "Karlsruher Befangenheits-Logik", 2792.

²⁰⁸⁷ E. CARTIER, "La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel", II, B., 2^{de} alinea en N. PERLO, "Les premières récusations au Conseil constitutionnel", 76.

Grondwet heeft de burger immers het recht om niet tegen zijn wil van de wettelijk toegekende rechter te worden afgetrokken.

715. *Transparantie als rechtsstatelijke vereiste* – In een rechtsstaat moet elke uitoefening van de staatsmacht die vrijheden beperkt, op transparante wijze gebeuren, oordeelt het *Bundesverfassungsgericht*: transparantie is de norm, geheimhouding de uitzondering.²⁰⁸⁸ Dit transparantierecht is ook de grondslag van het recht op openbare rechtspraak (artikelen 148-149 van de Grondwet) en op kenbaarheid van de wetgeving (in materiële zin). De verschoningspraktijk van het Grondwettelijk Hof is geheim en zou aldus het rechtsstatelijk beginsel van de transparantie schenden. Maar is dit beginsel toepasselijk op de (wrakings- en) verschoningspraktijk? Beperken de rechters van een grondwettelijk hof een vrijheid, wanneer zij zonder enige transparantie zich van een zaak onthouden?

716. *Het grondrecht op de wettelijke rechter.* – In Duitsland menen de rechtspraak en de rechtsleer in elk geval van wel. Samen met artikel 103, eerste lid *Grundgesetz*²⁰⁸⁹ waarborgt artikel 101, eerste lid *Grundgesetz* een transparante (en tegensprekelijke) wrakings- en verschoningsprocedure.²⁰⁹⁰ Artikel 101, eerste lid *Grundgesetz* vereist dat een rechtscollege op grond van de toepasselijke wetgeving wordt ingericht, zodat omwille van particuliere redenen wetgeving niet zomaar buiten toepassing mag worden gelaten, en dat in elk concreet geval een onpartijdige en onbelanghebbende rechter zijn ambt uitoefent.²⁰⁹¹ Dit artikel luidt als volgt:

"(1) Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden."

Artikel 101, eerste lid *Grundgesetz* lijkt zeer sterk op artikel 13 van de (Belgische) Grondwet:

"Niemand kan tegen zijn wil worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent."

De woorden "tegen zijn wil" zouden bovendien dezelfde betekenis kunnen hebben als artikel 103, eerste lid *Grundgesetz*, waarin wordt bepaald dat elke partij moet worden gehoord door de rechter. Slechts mits toestemming kan iemand worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent. Kunnen we aldus besluiten dat artikel 13 van de Grondwet tot een transparantere en tegensprekelijke wrakings- en verschoningsprocedure noopt?

717. *Artikel 13 Grondwet* – De draagwijdte van artikel 13 van de Grondwet is op dit moment beperkter dan zijn Duitse evenknie²⁰⁹²: geen rechtscollege heeft al uitdrukkelijk

²⁰⁸⁸ BVerfG, 3 maart 2009, 2 BvC 3/07 en 2 BvC 4/07 en BVerfG, 13 juni 2007, 1 BvR 1550/03, 1 BvR 2357/04 en 1 BvR 603/05.

²⁰⁸⁹ "(1) Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör."

²⁰⁹⁰ Hoewel de uitsluiting van de rechter op grond van artikel 18 *BVerfGG* uit de wet voortvloeit, vereist artikel 101 (1) *GG* toch een uitspraak van het hof, opdat de uitsluitingsgrond kenbaar zou zijn. D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 394 (§ 18, nr. 39).

²⁰⁹¹ H. LECHNER en R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 113.

²⁰⁹² En dat was ook al zo toen THONISSEN het besprak. J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, Brussel, 1879, nr. 46. Ook uit de besprekingen van de Volksraad kan de draagwijdte niet worden afgeleid, daar het artikel zonder bespreking werd aangenomen. E. HUYTENS, *Discussions du Congrès National de Belgique*, 576.

geoordeeld dat dit recht inhoudt dat de samenstelling van een rechtscollège wettig, met inbegrip van de naleving van het onpartijdigheidsbeginsel, moet zijn. Het waarborgt, aldus de algemene vergadering van de Raad van State, tegen ingrijpen van de uitvoerende macht in het uitoefenen van de rechtsprekende functie en dat alle personen die zich in dezelfde toestand bevinden het recht hebben om volgens dezelfde regels inzake bevoegdheid en rechtspleging te worden berecht.²⁰⁹³ Anderzijds, meent de Raad van State, heeft dit artikel als corollarium dat de partijen bij een geschil hun rechter niet kunnen kiezen, noch de samenstelling kunnen beïnvloeden van de kamer die van de zaak kennis moet nemen, behalve door de wraking van een lid van de zetel te vragen, op basis van één van de gronden die op beperkende wijze zijn opgesomd in de wet.²⁰⁹⁴ Dit artikel maakt dat een procedure zoals de wraking uitzonderlijk moet zijn.²⁰⁹⁵

Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof kan mogelijk wel worden afgeleid dat artikel 13 van de Grondwet het recht op een wettelijk aangeduide én onpartijdige rechter inhoudt. Het Grondwettelijk Hof heeft immers geoordeeld dat dit grondwetsartikel een recht op toegang tot de bevoegde rechter inhoudt en dat dit recht op toegang tot de rechter inhoudsloos zou zijn indien niet voldaan is aan het recht op een eerlijk proces, zoals gewaarborgd bij artikel 6, § 1 EVRM, bij artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en bij een algemeen rechtsbeginsel. Bijgevolg dienen bij een toetsing aan artikel 13 van de Grondwet die waarborgen te worden betrokken.²⁰⁹⁶ Dit artikel omvat, aldus het Grondwettelijk Hof, zoals artikel 6, § 1 EVRM, een recht op toegang tot de bevoegde rechter *die voldoet aan de vereisten van een eerlijk proces*.²⁰⁹⁷

Artikel 13 Grondwet houdt aldus in dat partijen hun rechter niet mogen kiezen, maar de bijzondere wetgever heeft ook niet gewild dat de voorzitters of rechters van het Grondwettelijk Hof konden beslissen wie in welke zaak zetelt. De samenstelling van de zetel in een zaak wordt immers bij wet bepaald: het is een toepassing van de artikelen 58, 59 en 67 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof, waarbij alleen de concrete namen van de rechters moeten worden ingevuld.²⁰⁹⁸ Waarborgt dit grondwetsartikel dan ook niet dat het niet aan de rechters van het Grondwettelijk Hof toekomt, om zonder inspraak van de partijen, de samenstelling van de zetel – door verschoning – te wijzigen en aldus een partij af te trekken van de rechter die de wet hem toekent?

718. Transparantie – In artikel 101, derde lid Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof wordt bepaald dat het hof beslist of een rechter zich moet onthouden. Die beslissing moet minstens worden bekendgemaakt aan de procespartijen, maar bij voorkeur aan iedereen.²⁰⁹⁹ De procespartijen hebben het recht om te weten of in hun zaak de samenstelling van de zetel afweek van de gemeenrechtelijke samenstelling. Het publiek moet bovendien op de onthoudingspraktijk kunnen toezien. *A fortiori*, indien in bepaalde

²⁰⁹³ RvS, 6 februari 2001, nr. 93.104.

²⁰⁹⁴ RvS, 28 november 1997, nr. 69.893.

²⁰⁹⁵ S. DE COSTER, "Commentaar bij art. 828-847 Ger.W. (algemeen)", 13.

²⁰⁹⁶ GwH 3 december 2009, nr. 195/2009, B.7.-8.

²⁰⁹⁷ GwH 31 mei 2011, nr. 90/2011.

²⁰⁹⁸ J. T. DEBRY, "La désignation et les attributions des présidents de la Cour constitutionnelle", 58-59.

²⁰⁹⁹ Zo vindt ook, voor de *Conseil constitutionnel*, N. PERLO, "Les premières récusations au Conseil constitutionnel", 78.

arresten wordt vermeld dat de voorzitter in functie de rechters van de zetel heeft aangewezen in overeenstemming met de artikelen 58 en 59 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof, dan moet in de arresten ook worden vermeld dat de samenstelling van de zetel, ten gevolge van een beslissing van het hof op grond van artikel 101, derde lid Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof, is gewijzigd.

Méér zelfs, het Grondwettelijk Hof moet ook bekendmaken op grond waarvan de rechter zich van de zaak heeft onthouden, opdat kan worden nagegaan of artikel 101, derde lid Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof op wettige wijze wordt toegepast: onthouden de rechters zich van alle zaken waarvan ze zich zouden moeten onthouden?²¹⁰⁰

719. *Recht op een tegensprekelijke procedure* – De verschoningsprocedure moet, naar het voorbeeld van het *Bundesverfassungsgericht*, bovendien een tegensprekelijke procedure zijn, die de rechten van verdediging waarborgt. De praktijk van de *Conseillers* om per brief over het wrakingsverzoek aan de wrakende partijen mededelingen te doen zou artikel 6, § 1 EVRM niet schenden, daar de wrakingsprocedure niet over een recht of verplichting gaat.²¹⁰¹ In elk geval is het algemeen rechtsbeginsel van het recht op tegenspraak dat deel uitmaakt van het (rechtsstatelijk) algemeen rechtsbeginsel van het recht op verdediging²¹⁰² wel toepasselijk: ook de rechtspleging van het Grondwettelijk Hof moet aan deze vereisten voldoen, *a fortiori* wanneer zij aan artikel 13 van de Grondwet raakt.

720. *De rechtsstaat en artikel 6 EVRM* – In de zaak *Janyr* is het EHRM nagegaan of de regelgeving om een rechter bij het Tsjechische Grondwettelijk Hof wegens ziekte te vervangen, een algemene regel was, die duidelijk, toegankelijk en op voorhand kenbaar was en niet *in casu* was gewijzigd. Het in artikel 6, § 1 EVRM vervatte vereiste dat een rechtscollege bij wet moet zijn ingesteld – wat een uitdrukking van de rechtsstaat is – houdt immers niet alleen in dat het rechtscollege op grond van een wet moet worden opgericht, maar ook dat de samenstelling van de zetel in elke zaak “bij wet” dient te gebeuren: de bepalingen die het mandaat, de onverenigbaarheden en de wraking en verschoning van de rechters regelen, moeten ook voorzien zijn bij wet en dus voorzienbaar zijn. Wanneer een rechtscollege zo’n bepaling schendt, is er in beginsel een schending van artikel 6, § 1 EVRM. Het EHRM is aldus bevoegd om op de naleving ervan toe te zien, doch zal slechts een marginaal toezicht uitoefenen, omdat het aan de interne rechtsordes toekomt om de rechterlijke macht te organiseren en het in de eerste plaats aan de interne rechter toekomt om de bepalingen die de rechterlijke macht organiseren, te interpreteren.²¹⁰³

721. *Besluit* – De wrakings- en verschoningspraktijk en –procedure moeten aldus veel transparanter en tegensprekelijker verlopen dan nu het geval is. Het Grondwettelijk Hof en de *Conseil constitutionnel* moeten meer openheid vertonen en minstens in de arresten

²¹⁰⁰ Voor de *Conseil constitutionnel* ijveren hiervoor E. CARTIER, "La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel", I, B; 6^{de} alinea en F. JACQUELOT, "Regards comparés sur l'abstention et les récusations au sein du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle italienne", 354.

²¹⁰¹ N. FRICERO en S. ANTIPOLIS, "Récusation et abstention des juges", 43. CARTIER pleit daarentegen wel uitdrukkelijk voor een tegensprekelijke procedure. E. CARTIER, "La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel", II, B., 2^{de} alinea.

²¹⁰² A. SMETS, *Het recht op tegenspraak in civiele geschillen*, Brugge, die Keure, 2009, 474.

²¹⁰³ EHRM 31 oktober 2013, *Janyr/Tsjechië*, nr. 89.

vermelden wanneer een rechter zich heeft verschoond. Maar zij handelen slechts in overeenstemming met de rechtsstatelijke vereisten indien zij, naar het voorbeeld van het *Bundesverfassungsgericht*, de partijen bij de verschoningspraktijk betrekken: de partijen moeten hun mening kunnen geven over de ingeroepen verschoningsgrond. Deze rechtspleging voor de verschoning moet op tegensprekelijke wijze verlopen. Op deze wijze zullen de partijen en de burgers ervan overtuigd worden dat de grondwettelijke hoven het recht op een onpartijdige rechter ter harte nemen, wat het vertrouwen in de instelling bevordert. Daarnaast moeten de grondwettelijke hoven de ingeroepen wrakingsgronden ernstig nemen en niet al te vlug verwerpen. Dit wordt hieronder onderzocht.

B. DE WRAKINGS- EN VERSCHONINGSGRONDEN

722. *Geen onderscheid* – Zoals het EHRM zelf heeft erkend, kunnen de subjectieve en de objectieve onpartijdigheid moeilijk worden onderscheiden.²¹⁰⁴ Subjectieve partijdigheid duidt op het gedrag van de rechter: hij heeft zijn mening al geuit. Objectieve partijdigheid staat in beginsel los van het gedrag van de rechter, en wordt veroorzaakt door omstandigheden die rechtvaardigen dat kan worden getwijfeld of de rechter, zonder druk van iemand of iets, kan oordelen. Deze omstandigheden kunnen zijn: een (eigen) belang bij de zaak, een nauwe band met één van de procespartijen waardoor de rechter niet kan waarborgen dat bewust of onbewust die emotionele band niet meespeelt, of omdat hij, omwille van eerdere functies met de zaak al in aanraking is gekomen en zich al een oordeel erover heeft gevormd. In dat opzicht kan zelfs een gewekte schijn van partijdigheid belangrijk zijn.²¹⁰⁵ Indien dient te worden onderzocht of een rechter in een concreet geval aanleiding heeft gegeven tot een dergelijke vrees, wordt het standpunt van de rechtzoekende in aanmerking genomen, maar speelt het geen doorslaggevende rol. Wat wel doorslaggevend is, is of de vrees van de betrokkene als objectief verantwoord kan worden beschouwd.²¹⁰⁶ Subjectieve en objectieve onpartijdigheid kunnen aldus met elkaar verstrengeld zijn: in een vorige functie kan de rechter al een mening hebben geuit.²¹⁰⁷ Daarom wordt het onderscheid hieronder niet gemaakt.²¹⁰⁸ Hieronder zal voor de vaakst voorkomende wrakingsgronden worden nagegaan of de ingeroepen grond inderdaad aan de onpartijdigheid van de rechter doet twijfelen: deze zijn voorafgaand werk of functies (**1**), persoonlijk belang (**2**), een band (**3**), meningsuitingen over het geschil of los van het geschil (**4** en **5**).

²¹⁰⁴ Zie *infra*, voetnoot 1970.

²¹⁰⁵ EHRM, 6 juni 2000, *Morel/Frankrijk*, § 42.

²¹⁰⁶ EHRM, *Pescador Valero/ Spanje*, 17 juni 2003, nr. 21-23 en 21 december 2000, *Wettstein/ Zwitserland*, nr. 44.

²¹⁰⁷ Zie ook A. Ooms, "De rechterlijke onpartijdigheid is niet steeds wat ze lijkt", 516.

²¹⁰⁸ De gronden "voorafgaand werk of functies, geen persoonlijk belang in de zaak en banden" worden doorgaans tot de objectieve onpartijdigheidsgronden gerekend en "meningsuitingen" tot de subjectieve onpartijdigheidsgronden.

723. *Vijf wrakingsgronden* – Hieronder worden vijf wrakinggronden onderzocht, die alle inhouden dat de rechter wordt verweten dat hij door de uitoefening van een voorafgaande functie zich al een mening over de te beslechten rechtsvragen in het geschil heeft gevormd, zodat hij niet onpartijdig kan oordelen. Deze zijn deelname aan de totstandkoming van de wet als politicus (a) of als jurist (b), een eerder optreden in dezelfde zaak (c) en een uitspraak over de vordering tot schorsing (d).

(a) De deelname aan de totstandkoming van de wet - politici

724. *België* – In artikel 101, tweede lid Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof wordt bepaald dat het feit dat een rechter van het Grondwettelijk Hof heeft deelgenomen aan de totstandkoming van een wetgevende norm die het onderwerp van een beroep tot vernietiging of van een verwijzingsbeslissing uitmaakt, *op zich* geen reden tot wraking uitmaakt.²¹¹⁰ Hiermee codificeerde de bijzondere wetgever een arrest van het Grondwettelijk Hof, dat een verzoek tot wraking om deze reden had verworpen.²¹¹¹

Met dit artikel waarborgt de bijzondere wetgever het in artikel 6, § 1 EVRM vervatte algemeen rechtsbeginsel van de subjectieve en objectieve onpartijdigheid van de rechter, daar hij – met de woorden “*op zich*” – de mogelijkheid tot wraking niet geheel heeft uitgesloten: de rechter kan alsnog worden gewraakt indien het parlementslid dat rechter is geworden *dermate* bij het wetgevingsproces was betrokken dat diens objectieve onpartijdigheid in het geding zou kunnen worden gebracht.²¹¹² *In casu* was dit niet nodig daar de betrokkenheid bij de totstandkoming van de wet van de vroegere senator die ondertussen rechter bij het Grondwettelijk Hof was, uit niets méér had bestaan dan samen met de meerderheid waarvan zijn fractie deel uitmaakte de wet goed te keuren en amendementen van de oppositie te verwerpen.²¹¹³

²¹⁰⁹ “*Service-après-vente*”, zijn de woorden van X. DELGRANGE en S. VAN DROOGHENBROECK, “Est-ce toujours dans les vieilles casseroles que l'on fait les meilleures soupes?”, 13.

²¹¹⁰ Nadruk toegevoegd.

²¹¹¹ GwH 29 januari 1987, nr. 32, B.b. 1. “Het feit van als parlementslid te hebben deelgenomen aan de besluitvorming die tot de afkondiging van een decreet heeft geleid, en vervolgens, als gewezen parlementslid, in de hoedanigheid van grondwettelijk rechter te moeten oordelen over de overeenstemming van dat decreet met de bevoegdheidsregels, is geenszins te vergelijken of gelijk te stellen met het feit tweemaal als magistraat, in een verschillende hoedanigheid, in de behandeling van een zelfde zaak te zijn tussengekomen.” MASSON meent evenwel terecht dat er evenwel geen verschil is tussen tweemaal als magistraat optreden en éénmaal als politicus en éénmaal als rechter. J.-P. MASSON, “Faut-il récuser la Cour d'Arbitrage?”, 31.

²¹¹² GwH 10 mei 1994, nr. 35/94 en nr. 36/94, B.3.3.

²¹¹³ MASSON en VAN ORSHOVEN leiden uit deze arresten (en uit deze wetgeving) af dat het Grondwettelijk Hof geen al te hoge dunk van de taak van het parlement heeft. J.-P. MASSON, “Faut-il récuser la Cour d'Arbitrage?”, 30 en P. VAN ORSHOVEN, “Er zijn grenzen”, 586.

725. Buitenblik – In Duitsland en in Frankrijk gelden gelijkaardige bepalingen.²¹¹⁴ In Duitsland mag de rechter krachtens artikel 18, derde lid *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* over de grondwettigheid van een wet oordelen, wanneer hij als volksvertegenwoordiger de wet mee heeft aangenomen, doch niet, aldus het *Bundesverfassungsgericht*, indien hij als minister of verantwoordelijke van de administratie verantwoordelijk was voor de in het geding zijnde norm.²¹¹⁵ Het hof benadrukt in deze rechtspraak de bijzondere aard van het wetgevingsproces, dat niet vergelijkbaar zou zijn met een gerechtelijke procedure, zodat de rechter zich nog niet “in dezelfde zaak” heeft uitgesproken.²¹¹⁶

Artikel 4, vierde lid van het Intern Reglement over de prioritaire vraag 2010 – de analoge bepaling van en voor de *Conseil constitutionnel* – heeft een aanzienlijke draagwijdte, daar de meerderheid van de rechters van de *Conseil constitutionnel* politiek actief zijn geweest: “[L]e *Conseil constitutionnel* a presque vidé de sa substance l’hypothèse de récuser un juge constitutionnel (...)” wordt aan de *Conseil* verweten.²¹¹⁷ Bovendien wordt ook de strikte toepassing ervan door de *Conseil constitutionnel* in de beslissing 2011-142/145 QPC van 30 juni 2011 in de rechtsleer afgekeurd²¹¹⁸: deelname aan de stemming van het wetsvoorstel, voorzitter zijn van de *Assemblée nationale* tijdens de totstandkoming van de wet, en kabinetschef van de Eerste minister zijn tijdens de totstandkoming van de wet, houdt volgens de *Conseil constitutionnel* niets meer in dan een loutere deelname aan de totstandkoming van de wet, zodat de rechters op grond van deze feiten niet kunnen worden gewraakt.

In de Verenigde Staten van Amerika luidt dezelfde kritiek, wanneer *Justices* de grondwettigheid van wetten waaraan zij als parlements lid²¹¹⁹ op aanzienlijke wijze hebben

²¹¹⁴ Zie *supra*, randnummers 691 (Duitsland) en 698 (Frankrijk).

²¹¹⁵ BVerfG 14 mei 1986, *BVerfGE* 72, 278 (24-27) (Mahrenholz).

²¹¹⁶ BVerfG 5 april 1990, *BVerfGE* 82, 30 (36) (Kirchhof). Voor de volledigheid : de bijdrage van KIRCHHOF tot de totstandkoming van de wet was als expert, die over de grondwettigheid van de wet een advies moest geven.

²¹¹⁷ F. JACQUELOT, "Regards comparés sur l'abstention et les récusations au sein du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle italienne", 351. Hoewel CARTIER meent dat de bepaling *a priori* verdragsconform is, meent hij dat, in het licht van *McGonnell/Verenigd Koninkrijk*, toch een onderscheid moet worden gemaakt op grond van de draagwijdte van de deelname aan de totstandkoming van de wet. E. CARTIER, "La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel", II, A., 8^{ste} en 9^{de} alinea. Hij meent eveneens dat, met deze bepaling, de fundamentele wrakingsgronden m.b.t. de objectieve onpartijdigheid onmogelijk worden gemaakt, zodat alleen wrakingsgronden m.b.t. de subjectieve onpartijdigheid overblijven.

²¹¹⁸ C. LAGRAVE, "Décentralisation sociale et récusation des juges constitutionnels", 152 e.v. en N. PERLO, "Les premières récusations au Conseil constitutionnel", 74. Wellicht ook door S. DE LA ROSA, "L'article 6 § 1 de la Convention européenne, le Conseil constitutionnel et la question préjudicielle de constitutionnalité", II.B.1.

²¹¹⁹ Onder meer *Justice* BLACK was lid van de *Senate* en mede-auteur van de *Fair Labor Standards Act*. Zie *Memorandum* van *Justice* REHNQUIST, die weigert zichzelf te onthouden in de zaak *Supreme Court*, 10 oktober 1972, *Laird v. Tatum*, 409 U.S. 824 (1972), omdat hij als expert van het *Department of Justice* in de senaatscommissie en op andere gelegenheden standpunten over de wet had ingenomen, die niet in overeenstemming waren met de zienswijze over de wet van één van de partijen in de zaak voor het *Supreme Court*. Deze zaak heeft aanleiding gegeven tot de wijziging in 1974 aan 28 U.S.C. 455 (a), opdat ook de schijn van onpartijdigheid wordt gegarandeerd. R. SAIDMAN-KRAUSS, "A Second Sitting: Assessing the Constitutionality and Desirability of Allowing Retired Supreme Court Justices to Fill Recusal-based Vacancies on the Bench", 262. Voor meer voorbeelden, zie M.P. SENG, "What do we

meegewerkt, beoordelen. De *Justices* wordt verweten dat zij in dat geval niet de zekerheid van onpartijdigheid kunnen waarborgen waarop de burgers recht hebben.²¹²⁰

726. *EHRM* – In zijn advies heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, een voorbehoud gemaakt bij het tweede lid van artikel 101 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof en gewezen “op het risico van afkeuring door het Europees Hof voor de rechten van de mens”.²¹²¹ Terecht, lijkt dit. In een eerste arrest in 1995 (*Procola*) heeft het EHRM immers geoordeeld dat indien dezelfde persoon ten aanzien van dezelfde norm of beslissing een adviserende en vervolgens een rechterlijke functie heeft vervuld, de onpartijdigheid van de instelling (de Franse *Conseil d’État*) in het gedrang wordt gebracht.²¹²² Een parlamentslid heeft geen adviserende functie, zullen sommigen opwerpen. Inderdaad, maar het EHRM heeft in 2000 in de zaak *McGonnell* geoordeeld dat een wetgevend orgaan een directere betrokkenheid heeft met betrekking tot de in het geding zijnde normen dan de afdeling wetgeving van de *Conseil d’État* in de *Procola*-zaak.

“Moreover, the States of Deliberation in Guernsey was the body which passed the regulations at issue. It can thus be seen to have had a more direct involvement with them than had the advisory panel of the Conseil d’Etat with the regulations at issue in the Procola case (judgment cited above, p. 12, § 25).”²¹²³

Het EHRM meende dan ook dat de *Bailiff*, als lid van de *Royal Court*, niet als onpartijdig rechter kon oordelen over een zaak, waarin wetgeving moest worden toegepast die was tot stand gekomen toen hij als *Deputy Bailiff* de wetgevende vergadering voorzat. Het EHRM verwierp daarbij het argument dat het voorzitterschap van de wetgevende vergadering slechts een ceremoniële rol was en geen functie zou zijn en ging na wat de inhoud van de functie precies was.²¹²⁴ Daarbij oordeelt het dat *elke directe betrokkenheid bij de*

mean by an independent judiciary?”, 173 en L.J. VIRELLI III, “The (Un)Constitutionality of Supreme Court Recusal Standards”, 1203.

²¹²⁰ M.P. SENG, “What do we mean by an independent judiciary?”, 173; R. SAIDMAN-KRAUSS, “A Second Sitting: Assessing the Constitutionality and Desirability of Allowing Retired Supreme Court Justices to Fill Recusal-based Vacancies on the Bench”, 264 en X., “Justice Rehnquist’s Decision to Participate in Laird v. Tatum”, *Colum.L.Rev.* 1973, (106) 124.

²¹²¹ Memorie van Toelichting bij het ontwerp van Bijzondere Wet op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1988-1989, nr. 47-483/1, 106. De Raad van State had reeds bij de redactie van de wet van 28 juni 1983 “houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof” gewezen op het risico dat een rechter die deel uitmaakte van de wetgevende vergadering op het ogenblik dat de wetgevende norm tot stand kwam, waarschijnlijk zou worden gewraakt. Adv.RvS, *Parl.St.* Senaat 1980-81, nr. 704/1, 63. In een door verenigde kamers van de afdeling wetgeving van de Raad van State op verzoek van de Eerste Minister opgesteld voorontwerp van wet luidde het zelfs als volgt: “De leden van het Hof mogen geen kennis nemen van de zaken met betrekking tot wetten of decreten aan de voorbereiding, bekrachtiging of afkondiging waarvan zij hebben deelgenomen of waarover zij hun advies hebben uitgebracht als lid van de afdeling wetgeving van de Raad van State.” Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 283.

²¹²² EHRM 28 september 1995; *Procola/Luxemburg*, nr. 45; 6 mei 2003, *Kleyn/Nederland*, nr. 196 en 9 november 2006, *Sacilor Lormines/Frankrijk*, nr. 72. Zie ook J.-P. MASSON, “Cour d’Arbitrage et récusations: suite”, 16 en J. SMETS, “Artikel 101-102 Bijzondere Wet Arbitragehof”,

²¹²³ EHRM 8 februari 2000, *McGonnell/Verenigd Koninkrijk*, nr. 52.

²¹²⁴ EHRM 8 februari 2000, *McGonnell/Verenigd Koninkrijk*, nr. 52. Onder meer de mogelijkheid om een doorslaggevende stem uit te brengen (wat te dezen evenwel niet was gebeurd).

totstandkoming van wetgeving voldoende kan zijn om aan de objectieve onpartijdigheid van een rechter te twijfelen:

“With particular respect to his presiding, as Deputy Bailiff, over the States of Deliberation in 1990, the Court considers that any direct involvement in the passage of legislation, or of executive rules, is likely to be sufficient to cast doubt on the judicial impartiality of a person subsequently called on to determine a dispute over whether reasons exist to permit a variation from the wording of the legislation or rules at issue.”²¹²⁵

Het EHRM besluit dan ook dat artikel 6, § 1 EVRM geschonden is omdat de *Bailiff* voorzitter van de wetgevende vergadering was wanneer een norm werd aangenomen en hij vervolgens over de toepassing van deze norm, *as the sole judge of the law in the case*²¹²⁶, moest oordelen.

Sinds het arrest van de Grote Kamer in *Kleyn*, gaat het EHRM uitdrukkelijk na of de adviserende en rechterlijke functie betrekking hebben op “dezelfde zaak”: indien de rechter als staatsraad eerst een advies over de grondwettigheid van een norm heeft gegeven en vervolgens als rechter moet oordelen over de wettigheid van een uitvoeringsbesluit van deze norm, behandelt de rechter niet “dezelfde zaak”.²¹²⁷ Deze redenering kan evenwel niet worden toegepast op de situatie waarin de rechter voordien als parlementslid aan de totstandkoming van de wet heeft deelgenomen. Dat blijft dezelfde zaak. Ook na het arrest *Kleyn* heeft het EHRM aldus laten uitschijnen dat de onpartijdigheid van een rechter in het gedrang wordt gebracht, indien hij aan de totstandkoming van de norm waarop de zaak betrekking heeft, heeft deelgenomen.²¹²⁸

727. Besluit – Het is dan ook geenszins zeker dat het EHRM het Grondwettelijk Hof een onpartijdige rechter acht, indien een rechter van het Grondwettelijk Hof de grondwettigheid van een wet beoordeelt, wanneer hij als politicus bij de totstandkoming ervan was betrokken.²¹²⁹ Met zo’n oordeel zou het EHRM ook niet te streng zijn.²¹³⁰

²¹²⁵ EHRM 8 februari 2000, *McGonnell/Verenigd Koninkrijk*, nr. 55.

²¹²⁶ Uit deze woorden in italiek kan niet worden afgeleid dat niet aan de objectieve onpartijdigheid van een grondwettelijk hof kan worden getwijfeld wanneer de rechter, die als parlementslid direct bij de totstandkoming van de wet betrokken was, door andere rechters wordt omringd. De *Bailiff* zetelde in deze zaak immers ook niet alleen, maar samen met zeven *Jurats*. De woorden in italiek verwijzen m.i. naar de takenverdeling tussen de *Bailiff* en de *Jurats*. De *Jurats* zetelen als lekenrechters en hun oordeel is beperkt tot het vaststellen van de feiten die naar de *Royal Court* worden verwezen en het oordelen of het beroep wordt toegelaten. In deze zaak heeft de *Royal Court* – d.i. de *Bailiff* en zeven *Jurats* – het beroep niet toegelaten, zodat de *Bailiff* niet ten gronde als enige beroepsrechter over het recht moest oordelen.

²¹²⁷ EHRM 6 mei 2003, *Kleyn/Nederland*, nr. 196. Zie ook D. KOSAŘ, "Policing Separation of Powers: A New Role for the European Court of Human Rights?", 43.

²¹²⁸ EHRM 22 juni 2004, *Pabla Ky/Finland*, nr. 33.

²¹²⁹ Tot deze vaststelling zijn overigens ook al enkele parlementsliden gekomen. In 1996 heeft een parlementslid geopperd dat een rechter, die aan de totstandkoming van de wetgevende norm heeft deelgenomen, niet over diens geldigheid mag oordelen, en in 1999 is een wetsvoorstel ingediend, om dit in de toekomst te vermijden. Verslag van de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden over de problematiek van de benoemingen in de rechterlijke macht, alsook in het Arbitragehof en in de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 1996-97, nr. 1-491/1, 19. Zie ook Voorstel van bijzondere wet tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Kamer 1999-2000, nr. 50-200/1, waarin onder meer wordt voorgesteld dat voormalige parlementsliden slechts kandidaat-rechter kunnen zijn, indien zij gedurende reeds tien jaar geen parlementair mandaat meer hebben

Ofschoon ook de rechters van een grondwettelijk hof recht hebben op een vermoeden van onpartijdigheid, kan dit vermoeden niet tweemaal worden gebruikt. Het uitgangspunt is: een rechter is onpartijdig. Vervolgens rijst de vraag of de rechter door de uitoefening van een eerdere functie zich reeds een oordeel heeft gevormd over de rechtsvragen die hij als rechter moet beslechten, zodat aan zijn onpartijdigheid kan worden getwijfeld. Op dat ogenblik kan niet nogmaals het vermoeden van onpartijdigheid gelden, wat in artikel 101, tweede lid Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof wel wordt gedaan. Met deze bepaling suggereert de bijzondere wetgever dat een parlamentslid stemt zonder een mening te hebben over de grondwettigheid van de wettekst, en in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof wordt het niet meer gesuggereerd, maar wel geschreven:

“B.4. Ten deze heeft de deelneming van senator Cerexhe aan de totstandkoming van de bestreden wet erin bestaan samen met de meerderheid waarvan zijn fractie deel uitmaakte, een jastem uit te brengen over die wet, en amendementen van de oppositie te verwerpen. Een dergelijke deelneming volstaat niet om een objectieve verantwoording te bieden voor de bezorgdheid van de verzoekende partijen ten aanzien van de geschiktheid van rechter Cerexhe om in onpartijdigheid de grondwettigheid van de bestreden norm na te gaan.”²¹³¹

De grondwettelijke hoven – zowel het Grondwettelijk Hof als het *Bundesverfassungsgericht* – overschatten de invloed van het onderscheid tussen de wetgevingsprocedure en de gerechtelijke procedure van grondwettigheidstoetsing op het vermoeden van de onpartijdige rechter. De doorslaggevende vragen zijn of het parlamentslid, bij het stemmen van de wet, voor zichzelf een oordeel over de grondwettigheid van de wet heeft gevormd én of hij in staat is om vervolgens, als rechter, afstand te doen van dit oordeel en onbevangen opnieuw te oordelen. Het is wel zo dat, sinds de oprichting van het Grondwettelijk Hof, de discussie over de grondwettigheid van wetten niet steeds in het parlement wordt gevoerd, maar vaker naar het Grondwettelijk Hof wordt doorgeschoven. Toch lijkt het tot de basistaken van een parlamentslid te behoren dat het zich een oordeel over de grondwettigheid van een wet vormt. Anders erover oordelen houdt minstens in dat men “een courant aspect van onze parlementaire democratie – het loutere knopjes drukken”²¹³² als uitgangspunt neemt of, nog erger, dat men aanvaardt dat parlamentsleden

uitgeoefend. Zie ook X. DELGRANGE en S. VAN DROOGHENBROECK, "Est-ce toujours dans les vieilles casseroles que l'on fait les meilleures soupes?", 14; P. DEUMIER, "Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante?", 483; N. PERLO, "Les premières récusations au Conseil constitutionnel", 68 en F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK, "La double vie du juge est-elle compatible avec son impartialité?", 507-508.

²¹³⁰ Zie ook N. PERLO, "Les premières récusations au Conseil constitutionnel", 72.

²¹³¹ GwH 10 mei 1994, nrs. 35/94 en 36/1994, B.3.3.

²¹³² P. VAN ORSHOVEN, "Er zijn grenzen", 586. Franse rechtsgeleerden vinden dat er vormen van gradaties zijn in "auteurschap van de wet": auteur van het wetsvoorstel, of mee met de politieke partij stemmen. Zie P. DEUMIER, "Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante?", 483. GUILLAUME verdedigt dat het eenvoudige stemmen voor een wet geen verschonings- of wrakingsgrond is, terwijl het actief tussenkomen in de debatten wel. M. GUILLAUME, "Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme", 78. Voor DELPÉRIÉ en RASSON-ROLLAND is het relevant of in het parlementaire debat de grondwettigheid van de wetgevende norm aan bod is gekomen. F. DELPÉRIÉ en A. RASSON-ROLLAND, *Recueil d'études sur la Cour d'Arbitrage 1980-1990*, 38.

bewust ongrondwettige wetten stemmen²¹³³. Bovendien is de vraag of de rechter, zelfs indien hij alleen een politiek en geen juridisch oordeel over de wet had toen hij voor of tegen de wet stemde, in staat is om van dit politieke oordeel afstand te doen. Kan de rechter de politicus tegenspreken?

728. Weerlegbaar vermoeden? – De Belgische, Duitse en Franse wetgever en de Amerikaanse rechtspraak gaan weliswaar uit van een weerlegbaar vermoeden: *op zich* is de deelname geen wrakingsgrond, doch indien een grotere betrokkenheid bij de totstandkoming van de wet blijkt dan het louter stemmen, zou de rechter kunnen worden gewraakt of zou de rechter zich moeten verschonen. In dat laatste geval knelt het schoentje. Uit de rechtspraak van deze landen blijkt dat de grondwettelijke rechters zich nooit om die reden verschonen en, althans in Frankrijk en België, daarover weinig transparantie en tegenspraak bieden. Er kan van de partijen dan ook niet worden verwacht dat zij ervan uitgaan dat de grondwettelijke rechters zelf plichtsbewust en op transparante wijze het recht op de onpartijdige rechter waarborgen. Evenmin kan de volledige bewijslast, met een weerlegbaar vermoeden, bij de partijen worden gelegd. Zo lang deze rechtspraak bestaat, kan met reden worden bepleit dat elke deelname aan de totstandkoming van de wet *in beginsel* verhindert dat de rechter uitspraak doet over de grondwettigheid van de wet.

729. Verschoning – Hierboven staat bewust "*in beginsel*", daar ervoor wordt gepleit dat het Grondwettelijk Hof en zijn rechters een transparantere verschoningspraktijk hanteren. Zodra een rechter merkt dat hij moet oordelen over een norm waarvan hij bij de totstandkoming betrokken was, moet hij het hof en de partijen inlichten. Nadat de partijen hierover zijn gehoord – zodat zij in voorkomend geval kunnen meedelen aan het hof dat zij de betrokkenheid bij de totstandkoming van de wet niet van die aard beschouwen dat zij de onpartijdigheid van de rechter in het gedrang brengt – beslist het hof, zonder de betrokken rechter, over de verschoning.

730. Aansprakelijkheid – Ten slotte is het vraagstuk over de aansprakelijkheid van de wetgevende macht na een arrest waarin het Grondwettelijk Hof een wetgevende norm vernietigt of ongrondwettig verklaart, nog niet in al zijn aspecten uitgeklaard. Het is niet uitgesloten dat in de toekomst zo'n arrest inhoudt dat de fout van de wetgevende macht vaststaat en dus, mits schade en oorzakelijk verband, de aansprakelijkheid in hoofde van de staat, de gemeenschap of het gewest vaststaat. Een rechter van het Grondwettelijk Hof zou dan worden gevraagd om uitspraak te doen over de grondwettigheid van een norm, wetende dat daarmee de fout van de wetgevende macht – waarvan hij deel uitmaakte – komt vast te staan. Hoewel deze aansprakelijkheid – gelet op de parlementaire onverantwoordelijkheid – nooit op hem kan worden verhaald, lijkt het toch erop dat aan een rechter wordt gevraagd om over zijn eigen (collegiaal) handelen te oordelen: *nemo iudex in sua causa*.

²¹³³ Wat dan weer andere beschermingsmechanismen voor de burger zou noodzaken, bijvoorbeeld een ambtshalve toetsing door het Grondwettelijk Hof van alle wetgevende normen.

(b) De deelname aan de totstandkoming van de wet - juristen

731. *Rechters-juristen* – Ook de rechters-juristen van het Grondwettelijk Hof moeten soms uitspraak doen over wetgevende normen waarvan zij bij de totstandkoming betrokken waren: als staatsraad van de Raad van state (i) of als expert (ii) .

(i) *Staatsraad van de Raad van State*

732. *Procola* – Dit vraagstuk is door het EHRM uitgeklaard. Indien een grondwettelijke rechter eerder als staatsraad bij de Raad van State, afdeling wetgeving advies heeft uitgebracht over (een bepaling van) de wet, kan hij vervolgens niet over de grondwettigheid van deze (bepaling van de) wet oordelen. In het voormelde *Procola*-arrest heeft het EHRM immers geoordeeld dat indien dezelfde persoon ten aanzien van dezelfde norm of beslissing een adviserende en vervolgens rechterlijke functie heeft vervuld, de onpartijdigheid van de instelling in het gedrang wordt gebracht.²¹³⁴

(ii) *Expert*

733. *Als expert* – Mag degene die als expert aan de totstandkoming van een wet heeft deelgenomen, vervolgens als rechter over de grondwettigheid van de wet oordelen?²¹³⁵ Deze vraag heeft het Grondwettelijk Hof nog niet moeten beantwoorden, maar artikel 101 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof is ruim genoeg geformuleerd om ook deze hypothese te omvatten.

Zoals de vraag of rechters wetten mogen beoordelen die ze als parlementslid hebben goedgekeurd, leidt in de Verenigde Staten van Amerika en in Duitsland ook de vraag of rechters wetten mogen beoordelen waarover ze als expert hun mening hebben gegeven, tot andersluidende antwoorden in de rechtspraak en in de rechtsleer. De *Justices* doen dit: zij beoordelen de grondwettigheid van wetten, waaraan zij als expert²¹³⁶ op aanzienlijke wijze hebben meegewerkt en de rechtsleer bekritiseert dit: de rechters kunnen daarmee niet de schijn van onpartijdigheid waarborgen waarop de burgers recht hebben.²¹³⁷ Ook het *Bundesverfassungsgericht* vindt dat eerder ingenomen standpunten over de

²¹³⁴ EHRM 28 september 1995, *Procola/Luxemburg*; nr. 45. Bevestigd in EHRM 6 mei 2003, *Kleyn/Nederland*, nr. 196 (niet dezelfde zaak) en 9 november 2006, *Sacilor Lormines/Frankrijk*, nr. 72. Zie ook J.-P. MASSON, "Cour d'Arbitrage et récusations: suite", 16. *Kleyn* is overigens geen verzachting van de rechtspraak van het EHRM, daar in deze zaak het EHRM terecht oordeelde dat het niet om dezelfde zaak ging: er was advies gegeven over een wet en de staatsraad moest vervolgens oordelen over een besluit, waarmee de wet werd uitgevoerd. Zie ook A. OOMS, "De rechterlijke onpartijdigheid is niet steeds wat ze lijkt", 511.

²¹³⁵ Bijvoorbeeld: medewerking aan het opstellen van het wetsontwerp of –voorstel; getuige als expert in een commissie...

²¹³⁶ Onder meer *Justice* FRANKFURTER had als professor in grote mate meegewerkt aan het opstellen van de *Norris-LaGuardia-Act*. Zie *Memorandum* van *Justice* REHNQUIST in SC 10 oktober 1972, *Laird v. Tatum*, 409 U.S. 824 (1972). Voor meer voorbeelden, zie M.P. SENG, "What do we mean by an independent judiciary?", 173.

²¹³⁷ Zie M.P. SENG, "What do we mean by an independent judiciary?", 173; R. SAIDMAN-KRAUSS, "A Second Sitting: Assessing the Constitutionality and Desirability of Allowing Retired Supreme Court Justices to Fill Recusal-based Vacancies on the Bench", 264 en X., "Justice Rehnquist's Decision to Participate in *Laird v. Tatum*", 124.

grondwettigheid van een wet als expert (of als academicus) *op zich* geen afbreuk aan de onpartijdigheid van de rechters doen: om aan zijn onpartijdigheid te kunnen twijfelen, moeten er bijkomende omstandigheden zijn.²¹³⁸ Zo mag een rechter oordelen over de grondwettigheid van een norm, ook al is hij bij de totstandkoming van die norm als expert voor het bevoegde ministerie opgetreden, heeft hij dit ministerie vertegenwoordigd voor de bevoegde commissie van de Duitse *Bundestag* en heeft hij in wetenschappelijke artikelen stelling over de norm ingenomen.²¹³⁹ Van een rechter wordt immers verwacht dat hij niet vooringenomen oordeelt, ook al heeft hij eerder een standpunt ingenomen over een voor de bij het *Bundesverfassungsgericht* aanhangige zaak doorslaggevende rechtsvraag.²¹⁴⁰

LAMPRECHT heeft deze rechtspraak sterk veroordeeld. Indien een rechter – als expert namens de bevoegde minister – zich heeft uitgesproken over rechtsvragen die hij vervolgens als rechter moet beslechten, heeft hij zich reeds een mening gevormd, zodat de partijen terecht eraan kunnen twijfelen of de rechter nog onbevangen over de zaak kan oordelen. LAMPRECHT gelooft dan ook niet dat een rechter in staat is om van zijn mening afstand te doen:

"Im konkreten Fall sollen die Adressaten des Spruchs also glauben, daß der Richter Kirchhof den Gutachter Kirchhof auf Distanz hält und sein zweites Ich, wenn nötig, auf überzeugende Weise widerlegt."²¹⁴¹

In 2014 heeft het *Bundesverfassungsgericht* wel geoordeeld dat er bijkomende omstandigheden waren om aan de onpartijdigheid van rechter KIRCHHOF te twijfelen. Zijn betrokkenheid bij de zaak omvatte meer dan een loutere medewerking aan de totstandkoming of het uiten van een wetenschappelijke mening. Hij heeft een analoge bepaling als de in het geding zijnde bepaling ontworpen, de totstandkoming ervan als wetenschapper begeleid en de bepaling in gerechtelijke procedures verdedigd.²¹⁴²

734. *EHRM* – Het EHRM heeft nog niet in uitdrukkelijke bewoordingen geoordeeld dat een rechter bij een grondwettelijk hof niet kan oordelen over de geldigheid van een wet wanneer hij als expert aan de totstandkoming van de wet heeft deelgenomen. TULKENS en VAN DROOGHENBROECK leiden uit de zaak *Adam*²¹⁴³ af dat het EHRM dit wel zou doen, indien de rechtsvraag zou rijzen.²¹⁴⁴ In deze zaak moest het EHRM oordelen over de onpartijdigheid van rechter PAPIER van het *Bundesverfassungsgericht*. Die had zich in de zaak over de grondwettigheid van de Transferwet in 1999 teruggetrokken, omdat hij als expert daarover een advies had gegeven. Toen het *Bundesverfassungsgericht* in een andere zaak verwees naar de Transferwet (maar niet erover oordeelde), had rechter PAPIER zich

²¹³⁸ Vaste rechtspraak, onder meer BVerfG 26 februari 2014, 1 BvR 471/10 en 1 BvR 1181/10, nr. 25 (Kirchhof) en 11 oktober 2011, NJW 2011, 3637 (Di Fabio). Zie ook K. ZÄHLE, "Die Ausschließung und Ablehnung eines Richters nach §§ 18, 19 BVerfGG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", 192.

²¹³⁹ BVerfG 18 januari 2001, 1 BvR 2216/96 (Papier).

²¹⁴⁰ BVerfG 11 oktober 2011, NJW 2011, 3637 (Di Fabio).

²¹⁴¹ R. LAMPRECHT, "Karlsruher Befangenheits-Logik", 2793.

²¹⁴² BVerfG 26 februari 2014, 1 BvR 471/10 en 1 BvR 1181/10, nrs. 25-28.

²¹⁴³ EHRM 1 september 2005, beslissing *Adam/Duitsland*.

²¹⁴⁴ Zie F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK, "La double vie du juge est-elle compatible avec son impartialité?", 493.

niet uit de zaak teruggetrokken. Het EHRM zag hierin geen schending van artikel 6 EVRM, omdat de grondwettelijke vraag waarover PAPIER advies had gegeven, niet doorslaggevend in het geschil was.

735. *Onpartijdige of partijdige expert* – Of een academicus die als expert bij de totstandkoming van een wet is opgetreden, nog als rechter onbevangen over de grondwettigheid van de wet kan oordelen, hangt af van de omstandigheden waarin de expert heeft gehandeld. Heeft de expert in volledige onafhankelijkheid zijn analyse uitgevoerd en was zijn onderzoek “resultaatsopen”, dan lijkt er geen probleem te zijn. Soms worden academici als getuigen uitgenodigd in een parlementaire commissie, om over het wetsontwerp wetenschappelijke analyses te geven. Zulke experts zijn onafhankelijk. Anders is het wanneer een expert door de regering, door een meerderheidspartij of door een oppositiepartij wordt gevraagd om een wetsontwerp wetenschappelijk te onderbouwen dan wel te ondergraven. Deze wetenschappelijke bijstand is niet onafhankelijk en “resultaatsopen”.²¹⁴⁵ Ook wanneer de wetenschappelijke analyse onafhankelijk en “resultaatsopen” is gevoerd, maar de expert vervolgens door de regering, door een regeringspartij of door de oppositiepartij wordt gevraagd om te getuigen, kan ook rechtmatig aan zijn onpartijdigheid worden getwijfeld.²¹⁴⁶

(c) Eerder optreden in hetzelfde of een gelijkaardig geschil

736. *Hetzelfde geschil* – In de Verenigde Staten van Amerika heeft Justice KAGAN zich recent van een heel aantal zaken moeten onthouden, omdat zij eerder als procespartij in het geschil was betrokken. Voor zij tot rechter bij het *Supreme Court* werd benoemd²¹⁴⁷, was zij immers *Solicitor General of the United States* en dus de vertegenwoordiger van de regering voor het *Supreme Court*. In veel bij het hof aanhangige zaken had zij de memories voor de regering opgesteld of was zij minstens actief erbij betrokken geweest.²¹⁴⁸

Voor zover bekend is, heeft nog nooit een rechter van het Grondwettelijk Hof moeten oordelen over een wetgevende norm in een geschil, waarin hij eerder als advocaat of als procespartij was betrokken. Krachtens artikel 101 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof *iuncto* artikel 828, eerste lid, 9°, Ger. W. zou een rechter van het Belgische Grondwettelijk Hof zich dan ook moeten verschonen.²¹⁴⁹ In dat artikel staat dat een rechter kan worden gewraakt wanneer hij “raad gegeven, gepleit of geschreven heeft over het geschil”.

²¹⁴⁵ Zie ook D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 406-407 (§ 19, nr. 28).

²¹⁴⁶ X., "Justice Rehnquist's Decision to Participate in Laird v. Tatum", 118 en 123.

²¹⁴⁷ Op 7 augustus 2010.

²¹⁴⁸ M.P. SENG, "What do we mean by an independent judiciary?", 173-174. Omdat haar terugtrekking in vele zaken tot een moeilijke werkbaarheid van het *Supreme Court* kon leiden, heeft senator Patrick LEAHY een wetsvoorstel ingediend dat zou toelaten dat een gewraakte rechter of een rechter die zich uit de zaak heeft teruggetrokken, zou worden vervangen door een emeritus rechter. Zie *supra*, randnummer 703.

²¹⁴⁹ Deze wrakingsgrond is van openbare orde, stelt S. DE COSTER, "Commentaar bij art. 828-847 Ger.W. (algemeen)", 22. Zie ook A. OOMS, "De rechterlijke onpartijdigheid is niet steeds wat ze lijkt", 502.

Het is evident dat de rechter, die eerder als advocaat of als procespartij in het geschil was betrokken, zich reeds een oordeel over de zaak heeft gevormd en het is legitiem voor de procespartijen (zeker zijn aanvankelijke tegenstanders) om eraan te twijfelen of de rechter in staat is om onbevangen de argumenten van de procespartijen te horen en te oordelen. Zo oordeelde het EHRM dat een rechter van het Kroatische Grondwettelijk Hof niet onpartijdig kon oordelen, omdat hij eerder als advocaat voor een partij in het geschil was opgetreden en vervolgens zijn dochter de partij in hetzelfde geschil had bijgestaan. Hoewel de bijstand van de rechter, als advocaat, zeer beperkt was geweest en ook zijn dochter haar bijstand had beëindigd lang voor het geschil bij het grondwettelijk hof aanhangig was, doet het (loutere) feit dat de rechter *in hetzelfde geschil* werkzaam is geweest, aan zijn onpartijdigheid twijfelen.²¹⁵⁰

737. *Hetzelfde geschil of een gelijkaardig geschil?* – De draagwijdte van deze wrakings- en verschoningsgrond is beperkt tot een enge definitie van het geschil: dezelfde rolnummer(s) en dezelfde procespartijen.²¹⁵¹ Doch onder de wrakingsgrond “wettige verdenking” kan wel worden aangevoerd dat een rechter zich moet onthouden om te zetelen in “een gelijkaardige zaak”: dit is een zaak over een wetgevende norm, die hij eerder als advocaat of procespartij heeft bestreden of verdedigd en waarin dezelfde rechtsvragen moeten worden beantwoord.

Ook het *Bundesverfassungsgericht* interpreteert “dezelfde zaak” in enge, procesrechtelijke zin²¹⁵²: één van de meest bekritiseerde arresten vanuit het oogpunt van de onpartijdigheid van de rechter ging over de betrokkenheid van een rechter bij een gelijkaardig geschil. De feiten zijn als volgt. Aangaande de wettelijke financiële compensatieregeling tussen de Duitse deelstaten had rechter KIRCHHOF in het verleden als expert (1981) én als advocaat voor een deelstaat bij het *Bundesverfassungsgericht* (1983) opgetreden. In 1999 werd de – ondertussen gewijzigde – wettelijke financiële compensatieregeling tussen de Duitse deelstaten opnieuw ter toetsing aan het *Bundesverfassungsgericht* voorgelegd. Eén van de procespartijen beriep zich in zijn schriftelijke stukken voortdurend op de expertiseverslagen van KIRCHHOF. Nadat in het openbaar aan zijn onpartijdigheid in deze zaak werd getwijfeld, heeft KIRCHHOF het volgende aan het hof meegedeeld en gevraagd om over zijn onpartijdigheid te oordelen:

"Meine Begutachtung liegt 18 Jahre, meine Prozeßvertretung 13 Jahre zurück. Seit mehr als 11 Jahren übe ich das Amt eines Verfassungsrichters aus. Während dieser Zeit haben die Entwicklung des FAG, die Rechtsprechung, die Wiedervereinigung Deutschlands und eine umfangreiche neuere Literatur, insbesondere mehrere nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Juni 1986 erschienene Habilitationsschriften zum Finanzausgleich Anlaß gegeben, die Fragen des horizontalen und vertikalen

²¹⁵⁰ EHRM 15 juli 2005, *Mezmaric/Kroatië*. Zie ook F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK, "La double vie du juge est-elle compatible avec son impartialité?", 490.

²¹⁵¹ S. DE COSTER, "828 Ger.W.", 47. Een soortgelijke zaak zou niet volstaan, zelfs indien het gaat om een zaak tussen dezelfde partijen omtrent identieke feiten of rechtskwesties, doch de rechtspraak van het Hof van Cassatie is niet zo duidelijk.

²¹⁵² Onder meer in BVerfG 26 februari 2014, 1 BvR 471/10 en 1 BvR 1181/10, nr. 19. Zie ook D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 387 (§ 18, nr. 11).

Finanzausgleichs immer wieder finanzwirtschaftlich und verfassungsrechtlich zu durchdenken.“²¹⁵³

Het hof volgde KIRCHHOF en oordeelde dat, omdat er zo'n lange tijd overheen is gegaan en de financiële compensatieregeling ondertussen is gewijzigd, artikel 18, eerste lid, 2 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* niet toepasselijk was.²¹⁵⁴ Dit leidde tot scherpe kritiek van LAMPRECHT, waarvan het merendeel hierboven al is vermeld.²¹⁵⁵

738. *Gelijkaardig onderwerp en zelfde voorwerp* – De kritiek van LAMPRECHT moet worden bijgetreden. De doorslaggevende vraag is of deze “nieuwe” zaak hetzelfde voorwerp (de getoetste norm) en hetzelfde onderwerp (de referentienormen en/of gronden) heeft als de oude zaak²¹⁵⁶: worden dezelfde wetgevende bepalingen om dezelfde redenen aan dezelfde referentienormen getoetst? Slechts indien de inhoud van de wetgevende bepalingen (en dus het voorwerp) of van de referentienormen ondertussen zodanig is gewijzigd, dat onbetwistbaar geldt dat de door de rechter indertijd ingenomen mening over de vroegere wetgevende bepalingen niet meer relevant is voor het beslechten van het huidige geschil, kan niet redelijk aan de onpartijdigheid van de rechter worden getwijfeld. Vermits in de Duitse zaak één van de procespartijen nog een beroep deed op het expertenverslag van de rechter en diens mening voor het huidige geschil dus niet irrelevant was geworden, lijkt het dat de rechter zich ervan had moeten onthouden in deze zaak te zetelen.

(d) De vordering tot schorsing en het beroep tot vernietiging

739. *Schorsing* – Bij het Grondwettelijk Hof oordelen dezelfde rechters over de vordering tot schorsing en het beroep tot vernietiging. Het hof ziet daarin wellicht geen partijdigheidsprobleem, daar het zelf deze werkwijze voor de Raad van State heeft goedgekeurd:

“B.6.3. De beslissing tot schorsing, genomen tijdens een spoedbehandeling en met inachtneming van de waarborgen van een contradictoir debat voorgeschreven bij artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, is een voorlopige beslissing die de eerste fase vormt van een eenmalige procedure waarvan de continuïteit moet worden verzekerd. Die beslissing kan evenwel opnieuw in het geding worden gebracht door de definitieve beslissing waarbij uitspraak wordt gedaan over het beroep tot vernietiging. Bijgevolg houdt zij geen vooroordeel in ten aanzien van de beslissing ten gronde door de Raad van State wanneer hij definitief oordeelt over de wettigheid van de administratieve akte.”²¹⁵⁷

Indien het Grondwettelijk Hof de vordering tot schorsing afwijst omdat geen middel ernstig is, oordeelt het hof alleen dat op het eerste gezicht het middel niet gegrond is. Omgekeerd, wanneer de vordering wordt ingewilligd en dus een middel ernstig is bevonden, hebben de

²¹⁵³ BVerfG 6 juli 1999, 2 BvF 2/98 (Kirchhof).

²¹⁵⁴ BVerfG 6 juli 1999, 2 BvF 2/98 (Kirchhof).

²¹⁵⁵ R. LAMPRECHT, "Karlsruher Befangenheits-Logik", 2793. Zie randnummer 733.

²¹⁵⁶ Zie ook P. VAN ORSHOVEN, "De objectieve onpartijdigheid van de rechter die opnieuw recht spreekt of *non bis in idem*", 120.

²¹⁵⁷ GwH 10 februari 1999, nr. 17/99 en 20 april 1999, nr. 49/99.

rechters, ook al zijn ze niet gebonden door het schorsingsarrest en mogen zij bij nader onderzoek van mening veranderen, aangegeven dat zij het middel op het eerste gezicht gegrond vinden. Een twijfel aan de onpartijdigheid van deze rechters is dan ook niet geheel ongerechtvaardigd, zodat het aangewezen zou zijn om deze rechters niet meer over het beroep tot vernietiging te laten oordelen.²¹⁵⁸

Behoudens wijziging aan de rechtspleging inzake de schorsing tot vordering, is het materieel onmogelijk om voor het beroep tot vernietiging in een volledig andere samenstelling te voorzien. Het Grondwettelijk Hof bestaat uit twaalf rechters en een zetel bestaat uit minimaal zeven rechters. Bovendien heeft het argument dat de schorsing een "voorlopige beslissing is die de eerste fase vormt van een eenmalige procedure waarvan de continuïteit moet worden verzekerd" ook zijn verdienste. Dat houdt in dat de vordering tot schorsing en het beroep tot vernietiging niet als afzonderlijke zaken moeten worden beschouwd, maar wel als één en dezelfde zaak, waarin de schorsing van de tenuitvoerlegging van de norm wordt gevraagd, omwille van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel door de onmiddellijke uitvoering van de norm, maar ook de vernietiging.

(2) PERSOONLIJK BELANG IN DE ZAAK

740. *Geen persoonlijk belang* – Krachtens artikel 828, eerste lid, 2° Ger.W. kan de rechter worden gewraakt wanneer hij een persoonlijk belang in de zaak heeft: dit is een belang dat een zeker direct voor- of nadeel voor de rechter (of zijn echtgenoot) oplevert, ongeacht of het van materiële of morele aard is.²¹⁵⁹

(a) Een algemeen belang

741. *Algemeen belang* – In Duitsland wordt uitdrukkelijk in de *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* uitgesloten dat een rechter partijdig zou zijn, omdat hij op grond van zijn familiesituatie, zijn beroep, zijn afstamming, zijn lidmaatschap van een politieke partij of op grond van een gelijkaardig algemeen oogpunt belanghebbende in de zaak is.²¹⁶⁰ Wetgeving die op iedereen of op grote groepen toepasselijk is – kieswetgeving, belastingwetgeving, afstammingsrecht, huwelijksrecht... – moet ook door een grondwettelijk hof kunnen worden getoetst. In de Verenigde Staten van Amerika wordt in dat kader de vraag gesteld of een homoseksuele rechter mag oordelen over de grondwettigheid van het verbod op homohuwelijken. Wel, de homoseksuele rechter is op dat vlak even onpartijdig als de heteroseksuele rechter.²¹⁶¹

²¹⁵⁸ P. VAN ORSHOVEN, "De objectieve onpartijdigheid van de rechter die opnieuw recht spreekt of *non bis in idem*", 120-121.

²¹⁵⁹ S. DE COSTER, "828 Ger.W.", 32.

²¹⁶⁰ Zie ook D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 389 (§ 18, nr. 18).

²¹⁶¹ M.P. SENG, "What do we mean by an independent judiciary?", 175.

(b) Een financieel belang

742. *Vermogensaangifte* – In de Verenigde Staten van Amerika onthoudt een rechter zich het vaakst wanneer hij, zijn echtgenoot of zijn minderjarig inwonend kind, financiële belangen in een zaak heeft.²¹⁶² Daarop is bovendien toezicht mogelijk, daar de *Justices* van het *Supreme Court*, zoals andere belangrijke Amerikaanse gezagsdragers, jaarlijks hun persoonlijk inkomen openbaar moeten maken: alle inkomsten, dus ook uit investeringen.²¹⁶³ Onlangs lag Clarence THOMAS daaromtrent onder vuur: zijn vrouw is openlijk verdedigster van de *Tea Party* en was betrokken in stichtingen die misschien voordeel hebben genoten van de beslissing van het *Supreme Court* inzake verkiezingscampagnefinanciering door ondernemingen, waarin THOMAS een doorslaggevende stem heeft uitgebracht.²¹⁶⁴

Krachtens artikel 101 *inuncto* artikel 828, eerste lid, 2° Ger.W. is een financieel belang in de zaak een wrakings- en verschoningsgrond voor de rechters van het Grondwettelijk Hof. Anders dan in de Verenigde Staten van Amerika, kan hierop evenwel niemand een toezicht houden: de rechters van het Grondwettelijk Hof zijn, in tegenstelling tot andere belangrijke gezagsdragers²¹⁶⁵, niet verplicht om een vermogensaangifte aan het Rekenhof te doen.²¹⁶⁶

²¹⁶² 28 U.S.C. 455, (b), 4 of artikel 455, (b), 4, van Titel 28 van de *United States Code* Het is de oudste wrakingsgrond, met wortels in de Engelse *common law*. L.J. VIRELLI III, "The (Un)Constitutionality of Supreme Court Recusal Standards", 1186. *Justice* BREYER onthield zich in alle zaken waarin *Lloyd's of London* direct of indirect bij betrokken was, omdat hij als een *name* (een hoofdelijke aansprakelijke voor aangegane verzekeringen) erin participeerde. Zie, ook voor meer voorbeelden, S. LUBET, "Disqualification of Supreme Court Justices", 659.

²¹⁶³ Al bij de voordracht van hun kandidaat voor *Justice* moeten zij deze informatie bekendmaken en vervolgens elk jaar dat zij gedurende minstens zestig dagen hun ambt vervullen. Artikel 101 van Titel I (Financial disclosure requirements of federal personnel). *Ethics in Government Act* van 1978, behoren tot Titel 5 App van de U.S. Code, te vinden op http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode05a/usc_sup_05_5_10_sq3.html. De financiële gegevens van de *Justices* zijn te vinden op <http://www.opensecrets.org/news/2011/02/supreme-court-justices-personal-finances.html>.

²¹⁶⁴ M.P. SENG, "What do we mean by an independent judiciary?", 134.

²¹⁶⁵ Dit zijn de (federale, gemeenschaps- en gewest-) ministers, staatssecretarissen en regeringscommissarissen; de leden van de federale en de gemeenschaps- en gewest) parlementen; de Belgische leden van het Europees Parlement; kabinetschefs en adjunct-kabinetschefs van de ministeriële kabinetten van de (federale, gewest- en gemeenschaps-)regeringen en de hoofden van de beleidsorganen van de leden van de federale regering; de provinciegouverneurs; de leden van de bestendige deputaties; de burgemeesters, de schepenen en de voorzitters van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn; de leden van de raden van bestuur en de directiecomités van de intercommunale (en interprovinciale) verenigingen; de leidinggevendenden van de (federale, gemeenschaps- en gewest-) ministeries, de federale overheidsdiensten, de instellingen van openbaar nut waarop de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut van toepassing is of waarover de Duitstalige Gemeenschap het toezicht uitoefent en de openbare instellingen van sociale zekerheid bedoeld in artikel 3, § 2, van het koninklijk besluit van 3 april 1997; de ambtenaren-generaal van de gemeenschaps- en gewestministeries en de administrateurs-generaal van de instellingen van openbaar nut waarover de gemeenschappen of de gewesten voogdij uitoefenen; de leden van de regentenraad en van het college van censoren van de Nationale Bank van België, alsmede de leden van het beheerscomité van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, en de leden van het Algemeen comité van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering. Artikel 1 van de Bijzondere Wet en en van de Wet van 2 mei 1995 "betreffende de verplichting om een lijst van mandaten, ambten en beroepen, alsmede een vermogensaangifte in te dienen", BS 26 juli 1995.

²¹⁶⁶ Deze vermogensaangifte vermeldt alle schuldvorderingen (zoals bankrekeningen, aandelen en obligaties), alle onroerende goederen, alsmede alle waardevolle roerende goederen zoals antiquiteiten

En zelfs indien zij dit zouden moeten doen, zou een toezicht niet mogelijk zijn, daar het Rekenhof de absolute vertrouwelijkheid van deze vermogensaangiften, die het Rekenhof onder (gesloten) omslag moet bewaren, moet waarborgen.²¹⁶⁷

Gelet op de discretie die de Belg over zijn vermogen heeft en wil hebben, is de kans klein dat in de nabije toekomst aan de rechters van het Grondwettelijk Hof wordt opgelegd om open over hun vermogen te zijn.²¹⁶⁸ Het komt dus erop aan te vertrouwen op de goede inborst van de rechters om zich in voorkomend geval te verschonen. Vanzelfsprekend zal een schending van dat vertrouwen ertoe leiden dat wordt gepleit voor een (openbare) inkomensaangifte door (grondwettelijke) rechters.

743. *Geschenken van een partij* – In artikel 828, eerste lid, 11° Ger.W. is bepaald dat een rechter kan worden gewraakt wanneer hij, sinds de aanvang van het geding, door een partij op haar kosten is ontvangen of schenken van haar heeft aangenomen. Dit is één van de bekendste wrakingsgronden omwille van het “Spaghetti-arrest” van het Hof van Cassatie.²¹⁶⁹

(3) BANDEN

744. *Banden* – Soms twijfelen procespartijen aan de onpartijdigheid van een rechter, wanneer deze een band met één van de andere procespartijen heeft. Hieronder wordt nagegaan of hiërarchische, familiale, vriendschappelijke, (voormalige) collegiale banden de onpartijdigheid van een rechter in het gedrang kunnen brengen. Ten slotte wordt ook nagegaan of een rechter mag oordelen in een zaak waarin een vereniging waarvan hij deel uitmaakte, één van de procespartijen is.

(a) Hiërarchische banden

745. *Pescador Valero* – Rechters van het Grondwettelijk Hof die werknemer zijn van een universiteit, oordelen in zaken waarin die universiteit een partij is.²¹⁷⁰ Het EHRM heeft nochtans (unaniem) geoordeeld dat rechtmatig aan de onpartijdigheid van een rechter kan worden getwijfeld, wanneer hij zetelt in rechtszaken, waarin de universiteit waaraan hij als hoogleraar is verbonden en waarvan hij een regelmatig inkomen verkrijgt, partij is. *In casu*

en kunstwerken. Artikel 3, § 1, vierde lid Wet van 2 mei 1995 “betreffende de verplichting om een lijst van mandaten, ambten en beroepen, alsmede een vermogensaangifte in te dienen”, BS 26 juli 1995.

²¹⁶⁷ Alleen een onderzoeksrechter is gemachtigd de vermogensaangifte in te zien in het kader van een strafrechtelijk onderzoek dat tegen die persoon wordt gevoerd uit hoofde van zijn mandaat of van zijn ambt. Artikel 3, § 3 en artikel 4 van de Wet van 2 mei 1995 “betreffende de verplichting om een lijst van mandaten, ambten en beroepen, alsmede een vermogensaangifte in te dienen”, BS 26 juli 1995.

²¹⁶⁸ Andere landen, met name Schotland en Nieuw-Zeeland, overwegen wel om deze verplichting aan hun rechters op te leggen.

²¹⁶⁹ Cass. 14 oktober 1996, AR P.96.1267.F. Zie ook W. VAN GERVEN, “Creatieve rechtspraak”, RW 1997-98, (209) 215.

²¹⁷⁰ GwH 3 april 2014, nr. 60/2014 (twee rechters) en 21 juni 2006, nr. 103/2006 (één rechter).

werd de rechter gevraagd om, samen met twee andere rechters, over een beslissing van zijn universiteit te oordelen.²¹⁷¹

Twaalf of zeven rechters in het Grondwettelijk Hof, dan wel drie rechters in het hof waarvan sprake in het voormelde arrest van het EHRM: het zou een betekenisvol verschil voor de beoordeling door het EHRM kunnen zijn. Maar het EHRM houdt in beginsel geen rekening met het aantal rechters dat over een zaak beslist om te oordelen over de onpartijdigheid van één rechter. Met andere woorden, de partijdigheid van één rechter kan niet door de vingers worden gezien, omdat de zetel van het hof omvangrijk is.

(b) Familiale banden

746. *Bloed- of aanverwantschap met één van de partijen...* – In artikel 828, eerste lid, 3°, Ger.W. wordt bepaald welke bloed- en aanverwantschappen tot de wraking van een rechter leiden. Er wordt niet uitdrukkelijk vermeld dat een rechter niet mag zetelen in een zaak waarin zijn echtgenoot partij is, doch dit spreekt voor zich.²¹⁷²

747. *...of met de advocaat?* – In de Verenigde Staten van Amerika hebben zeven *Justices* een procedure uitgewerkt, waarbij advocatenkantoren die kinderen van de *Justices* als advocaat te werk stellen, aan het *Supreme Court* kunnen meedelen of één van de kinderen aan de zaak heeft meegewerkt. In dat geval kunnen de *Justices* zich zo vroeg mogelijk in de procedure van de zaak onthouden.²¹⁷³ In België is er geen uitdrukkelijke wetsbepaling die de grondwettelijke rechter verplicht zich te onthouden indien hij echtgenoot, bloed- of aanverwant in de rechte lijn of in de tweede graad in de zijlijn is van de advocaat of van de gemachtigde van een der partijen. Krachtens artikel 304 Ger.W. moet een (gewone) rechter, op straffe van tuchtsanctie als naar recht, dit doen²¹⁷⁴, maar deze bepaling is niet toepasselijk op het Grondwettelijk Hof. Het spreekt evenwel voor zich dat de rechters van het Grondwettelijk Hof hiertoe ook gehouden zijn, en desnoods daartoe op grond van de allesomvattende wrakingsgrond van “wettige verdenking” door één van de partijen kunnen worden opgeroepen.

²¹⁷¹ EHRM 17 juni 2003, *Pescador Valero/ Spanje*, nr. 27. Indien het Grondwettelijk Hof deze rechtspraak zou volgen, is het door het hoge aantal academici in het Grondwettelijk Hof mogelijk dat geen wettelijke zetel kan worden samengesteld. Dit is een aanvullend argument om te pleiten voor meer diversiteit in het hof, ook onder de rechters-juristen. Zie randnummers 626 en 763.

²¹⁷² “Krachtens een interpretatie *a fortiori* spreekt het echter vanzelf dat de rechter/raadsheer wraakbaar is in de zaak van zijn echtgenoot: het was onnodig om dit in de wettekst te verduidelijken.”, schrijft S. DE COSTER, “Commentaar bij art. 828-847 Ger.W. (algemeen)”, 33.

²¹⁷³ S. LUBET, “Disqualification of Supreme Court Justices”, 660.

²¹⁷⁴ Over de onduidelijke rechtspraak van het Hof van Cassatie daaromtrent, zie A. OOMS, “De rechterlijke onpartijdigheid is niet steeds wat ze lijkt”, 502. Naar aanleiding van een incident in een belangrijke en complexe strafzaak voor de correctionele rechtbank te Brussel, wordt een wijziging aan artikel 304 Ger.W. voorgesteld. Het incident hield in dat één van de beklaagden van advocaat veranderde en daarbij koos voor de schoonbroer van de voorzitter van de betrokken kamer. Die raadsman zag hierin deontologisch geen bezwaar en was van oordeel dat de voorzitter zich diende terug te trekken op grond van artikel 304 Ger.W. Zie *Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 53-1491/1 en *Parl.St.* Senaat 2011-2012, nr. 5-1291/1.

Minder vanzelfsprekend en daarom des te interessanter is dat de wetgever heeft gemeend dat ook de referendaris bij het Hof van Cassatie zich moet onthouden indien hij echtgenoot, bloed- of aanverwant in de rechte lijn of in de tweede graad in de zijlijn is van de advocaat of van de gemachtigde van een der partijen.²¹⁷⁵ De wetgever verantwoordde dit als volgt:

“Het ambt van referendaris wordt uitgeoefend in nauwe samenwerking met de magistraten en de griffie; zij zijn derhalve onderworpen aan de regels van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de onverenigbaarheden, de bloed- en aanverwantschap, de verblijfplaats, de afwezigheden en de verloven.”²¹⁷⁶

De referendarissen van het Grondwettelijk Hof werken minstens even nauw met de rechters samen als deze van het Hof van Cassatie²¹⁷⁷, zodat naar analogie ook de referendarissen van het Grondwettelijk Hof zich deze deontologische plicht eigen moeten maken.

(c) Vriendschappelijke banden

748. *Supreme Court – SCALIA, Justice* bij het *Supreme Court*, is niet ingegaan op een wrakingsverzoek in een zaak waarin CHENEY, *Vicepresident*, één van de procesrechtelijke partijen was. Hem werd verweten met CHENEY samen te hebben gevlogen (in een regeringsvliegtuig) en op jachttrip te zijn geweest: deze trip was al gepland voor de aanvang van de procedure bij het *Supreme Court*, maar vond erna plaats.²¹⁷⁸ SCALIA argumenteert dat vriendschap weliswaar een wrakingsgrond is wanneer het persoonlijk vermogen of de persoonlijke vrijheid van een vriend in het geding is, doch niet wanneer een handeling die de vriend in het kader van zijn ambt heeft uitgeoefend, ter discussie staat.²¹⁷⁹ Hij meent dat zulke ruime interpretatie van deze wrakingsgrond onhoudbaar zou zijn, aangezien de meeste *Justices* bij het *Supreme Court* zijn benoemd, omdat zij vriend waren van de president of van andere belangrijke gezagsdragers. Dat *Scalia* niet op het wrakingsverzoek inging, werd sterk bekritiseerd.²¹⁸⁰

749. *Grondwettelijk Hof* – Zelfs indien SCALIA zich had onthouden omwille van zijn vriendschap met één van de partijen, zorgen de verschillen tussen het Amerikaanse en het Belgische systeem in de benoeming van de rechters en in de procedure voor het Grondwettelijk Hof ervoor dat bovenstaand voorbeeld niet zomaar transposeerbaar is.

²¹⁷⁵ Artikel 304 Ger. W., ingevoegd bij artikel 13 van de wet van 6 mei 1997, BS 25 juni 1997. Zo ook de griffier, overigens.

²¹⁷⁶ *Parl. St.* Senaat BZ 1995, nr. 1-52/1, 10.

²¹⁷⁷ Zie ook TH. ERNIQUIN en M. DE TEMMERMAN, "Les référendaires attachés aux juridictions supérieures", *JT* 2003, (717) 721-723.

²¹⁷⁸ Voor een uitgebreid feitenrelaas en de politieke context, zie J. TOOBIN, *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*, New York, Doubleday, 2007, 201-203.

²¹⁷⁹ "no matter how important the official action was to the ambitions or the reputation of the Government officer", Memorandum van Justice Scalia in *Supreme Court*, 18 maart 2004, *Cheney v. U.S. Dist. Court*, 541 U.S. 913, 926-27 (2004). Te vinden op <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/US/541/541.US.913.03-475.html>.

²¹⁸⁰ Onder meer M.H. FREEDMAN, "Duck-blind justice: Justice Scalia's memorandum in the Cheney case", *Georgetown Journal of Legal Ethics* 2004, (229) 234-235 en L.J. VIRELLI III, "The (Un)Constitutionality of Supreme Court Recusal Standards", 1205.

Vooreerst worden de rechters van het Grondwettelijk Hof niet voornamelijk benoemd omwille van hun vriendschap met de president of een andere gezagsdrager, maar eerder op grond van hun partijpolitieke aanhorigheid (en eventueel hun vriendschap met de voorzitter van de partij die hen voordraagt): eerder hun partijpolitieke, dan wel de vriendschappelijke banden, zullen doorslaggevend zijn. Al is het natuurlijk mogelijk dat een persoonlijke, goede vriend van een minister, een parlements lid, een burgemeester... tot rechter wordt benoemd. Daarnaast toetst het Grondwettelijk Hof alleen wetgevende normen: deze worden door een parlement goedgekeurd, waardoor het auteurschap van deze norm verdeeld is. Een rechter kan partijdig worden geacht wanneer zijn vriendschapsband met de verzoekende partij of met de partij die een duidelijk auteurschap (de minister of het parlements lid als auteur van (amendementen op) het wetsontwerp of wetsvoorstel) ten aanzien van de in het geding zijnde wetgevende bepalingen heeft, zo nauw is dat hij niet kan worden geacht om onbevangen te kunnen oordelen. Bij een prejudiciële vraag is het mogelijk dat een vriend van een rechter in eigen naam²¹⁸¹ partij is in het bodemgeschil en vervolgens ook in de procedure bij het Grondwettelijk Hof. Het hof meent weliswaar dat het bij prejudiciële vragen geen uitspraak doet betreffende de aanspraken van de procespartijen, maar enkel *in abstracto* oordeelt of de toepasselijke wetsbepalingen verenigbaar zijn met de regels waaraan het vermag te toetsen.²¹⁸² Dat argument overtuigt niet. Het Grondwettelijk Hof heeft kennis over de relevante feiten van het geding en kan de gevolgen van zijn arrest op de rechten en plichten van deze partij inschatten. De rechter die een nauwe vriendschapsband met één van de partijen heeft, moet zich dan ook van de zaak onthouden.

(d) (Voormalige) collegiale of professionele banden

750. *Eerder opgetreden voor één van de partijen* – Een rechter verplichten zich van een zaak te onthouden omdat hij, eerder als advocaat, voor één van de partijen is opgetreden²¹⁸³, zou, in het kleine België, ofwel tot veel verschoningen leiden, ofwel de instroom van advocaten in de magistratuur quasi onmogelijk maken. Dit geldt *a fortiori* voor het grondwettelijk contentieux, dat grotendeels door een kleine groep van advocaten wordt uitgeoefend. In Duitsland, Frankrijk en de Verenigde Staten van Amerika wordt dit feit op zich ook niet als een wrakingsgrond beschouwd.

Maar kunnen bijzondere omstandigheden rechtvaardigen dat er een wettige verdenking bestaat over de onpartijdigheid van een rechter, die eerder voor een partij als advocaat is opgetreden? Sommige advocaten zijn als het ware “huisadvocaten” van grote ondernemingen of institutionele verzoekers. Kan een advocaat, die (bijvoorbeeld) meer dan honderd procedures voor een partij heeft gevoerd, volledig onpartijdig ten aanzien van deze partij worden geacht? Een advocaat moet weliswaar afstand bewaren ten aanzien van zijn cliënt: hij vertegenwoordigt de cliënt, maar hij mag zich niet met hem vereenzelvigen.

²¹⁸¹ Dit is niet als vertegenwoordiger van een instelling.

²¹⁸² GwH 13 oktober 2009, nr. 157/2009.

²¹⁸³ Zonder dat het huidige geschil gelijkaardig is aan het geschil waarin hij als advocaat was opgetreden, in welk geval volgens ons op grond van “wettige verdenking” een wrakingsgrond kan worden ingeroepen. Zie *supra*, randnummer 738.

Toch is de vraag stellen geen blijk van een “kwaadwillig vooroordeel”²¹⁸⁴. In deze situatie geldt in elk geval dat de waarborgen waarmee het ambt van een rechter wordt bekleed – onafhankelijkheid, mandaat voor het leven,.. – de rechter in staat moeten stellen om afstand te nemen van een partij die hij zo goed heeft gekend, maar met wie hij, in beginsel, geen emotionele band heeft. Indien hij zich daartoe niet in staat acht, moet hij zich verschonen.

751. *Op het advocatenkantoor – Justice JACKSON* van het *Supreme Court* bekritiseerde openlijk de beslissing van zijn collega *Justice BLACK* om te zetelen in een zaak, waarin één van de procespartijen werd bijgestaan door een advocaat, die eerder samen met *Justice BLACK* een advocatenkantoor had en diens persoonlijke advocaat was.²¹⁸⁵ In België kan een rechter gewraakt worden indien hij schuldenaar is van één van de partijen²¹⁸⁶: een rechter moet zich inderdaad van een zaak onthouden wanneer de advocaat van één van de partijen ook zijn persoonlijke advocaat is die de rechter vertegenwoordigt.

752. *Aan de universiteit* – In het publiekrechtelijk contentieux komt veeleer voor dat de rechter en de advocaat van één van de partijen collega’s op de universiteit zijn. Zowel de Raad van State als het Grondwettelijk Hof hebben zich al moeten uitspreken over een wrakingsverzoek waarin de collegiale band als wrakingsgrond werd ingeroepen. Het Grondwettelijk Hof heeft al tweemaal geoordeeld dat collegiale, academische banden niet aan de onpartijdigheid van de rechter doen twijfelen.²¹⁸⁷ De Raad van State kwam tot een andere conclusie, doch rekening houdend met nog andere elementen.

In het bodemgeskil (de procedure tot intrekking van de dotatie van het Vlaams Belang voor de Raad van State.) en in de daaropvolgende procedure voor het Grondwettelijk Hof werd op identieke gronden aan de onpartijdigheid van bepaalde Staatsraden en van een grondwettelijke rechter getwijfeld. Hen werd verweten deel uit te maken, respectievelijk, deel uitgemaakt te hebben, van een (universitair) centrum dat zowel theoretici als practici van het publiek recht wil verenigen en zich onder meer bezig houdt met het onderzoek²¹⁸⁸ “– niet gewoon van extreemrechts, maar – van de strijd tegen extreemrechts”²¹⁸⁹, en in de schoot waarvan zij onder meer de directrice van het centrum, Annemie SCHAUS, ontmoeten, die als advocate één van de procespartijen bijstaat.

De Raad van State oordeelde dat, “tezamen genomen en in hun onderling samenhang”, deze feiten van aard zijn dat zij gewettigde twijfels kunnen doen rijzen omtrent de

²¹⁸⁴ GwH 8 oktober 2003, nr. 132/2003, B.6.

²¹⁸⁵ *Concurring opinion* van Justice JACKSON in *Supreme Court*, 18 juni 1945, 325 U.S. 897, *Jewell Ridge Coal Corp. v. United Mine Workers of America*. Zie ook D.J. HUTCHINSON, "The Black-Jackson Feud", 206 en L.J. VIRELLI III, "The (Un)Constitutionality of Supreme Court Recusal Standards", 1203.

²¹⁸⁶ Artikel 828, eerste lid, 5°, Ger.W.

²¹⁸⁷ Grondwettelijk Hof 13 oktober 2009, nr. 157/2009 en 13 oktober 2011, nr. 155/2011. Wie meent dat collega’s aan de universiteit *ipso facto* een emotionele band hebben die hen verhindert, bewust of onbewust, onpartijdig te oordelen, wordt aanbevolen het boek “*Onder professoren*” te lezen. Willem Frederik HERMANS, *Onder professoren*, De Bezige Bij, Amsterdam, 1975.

²¹⁸⁸ De Staatsraden (noch de rechter van het Grondwettelijk Hof) hebben nochtans publicaties die een band hebben met het onderzoeksthema “de strijd tegen het extreem-rechts”. RvS 22 maart 2007, nr. 169.314, § 26, CDPK 2007, 370, noot S. BOULLART.

²¹⁸⁹ *Sic* RvS 22 maart 2007, nr. 169.314.

geschiktheid van de Staatsraden om de ingestelde vordering tot intrekking van de dotatie, met de vereiste strikte objectiviteit en onpartijdigheid te oordelen.²¹⁹⁰

Het Grondwettelijk Hof was het oneens met de Raad van State: krachtens artikel 44 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof mogen rechters hun ambt gelijktijdig met een academische activiteit uitoefenen en de universiteit is een bevoorrechte plaats van de academische vrijheid, die het beginsel inhoudt dat de lesgevers en de onderzoekers in het belang zelf van de ontwikkeling van de kennis en van de verscheidenheid van de meningen een zeer grote vrijheid moeten genieten om onderzoek te verrichten en om in de uitoefening van hun functies hun mening te uiten.²¹⁹¹

Een auteur meent dat het onderscheid tussen het arrest van de Raad van State en van het Grondwettelijk Hof te verklaren is doordat het Grondwettelijk Hof bij een prejudiciële vraag geen uitspraak over een concreet geschil doet.²¹⁹² Dat is inderdaad één van de vele overwegingen in het arrest. Deze overweging wordt evenwel niet uitdrukkelijk vermeld in de specifieke overwegingen die verantwoorden dat deze wrakingsgrond ongegrond wordt verklaard. Deze overweging maakt slechts deel uit van de andere overwegingen die – in het begin van het arrest – worden vermeld om het kader van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (en van het ERHM) inzake wrakingsverzoeken te schetsen.

Het komt ons eerder voor dat de Raad van State uiterst (té?) voorzichtig is geweest en het Grondwettelijk Hof minder. Onderzoek over “de strijd tegen extreemrechts” als onderzoeksthema brengt geen partijdigheid in hoofde van de rechter met zich mee: het is immers het *onderzoek over* de strijd tegen extreemrechts en niet de strijd zelf dat de staatsraden en rechters voeren. Mogen rechters die onderzoek doen over witteboordcriminaliteit, niet deelnemen aan zaken waarin wetgeving met betrekking tot witteboordcriminaliteit in het geding is en waarin één van de partijen van witteboordcriminaliteit wordt verdacht? Of buiten het grondwettelijk contentieux: mag een rechter, die onderzoek doet over witteboordcriminaliteit, niemand op grond van witteboordcriminaliteit strafrechtelijk veroordelen? Rechters worden bij een grondwettelijk hof benoemd omwille van hun bekwaamheid: dan kan van de rechters-juristen moeilijk worden verwacht dat zij geen expertise inzake grondwettelijke kwesties hebben. Dit gebrek aan expertise zou immers het bewijs van een gebrek aan bekwaamheid zijn, en niet het bewijs van een gebrek aan onpartijdigheid.²¹⁹³

²¹⁹⁰ Misschien ook het feit dat de voorzitter van het onderzoekscentrum de raadsman van één van de partijen was, stellen X. DELGRANGE en N. LAGASSE, "La liberté d'expression du juge: Comment descendre de sa tour d'ivoire et demeurer au-dessus de la mêlée?", in J. ENGLEBERT (ed.), *Questions de droit judiciaire inspirées de l'affaire Fortis*, Brussel, Bruylant, 2011, 202.

²¹⁹¹ GwH 13 oktober 2009; nr. 157/2009. In 2011 bevestigde het Grondwettelijk Hof zijn zienswijze en oordeelde het dat de omstandigheid dat rechter en advocaat op de universiteit collega's zijn, niet volstaat om een objectieve verantwoording te bieden voor de bezorgdheid van de wrakende partij t.a.v. de onpartijdigheid van een rechter. GwH 13 oktober 2011, nr. 155/2011, B.10.

²¹⁹² F. JUDO, "Onafhankelijkheid rechters Grondwettelijk Hof", *NJW* 2009, (811) 812.

²¹⁹³ *Memorandum van Justice REHNQUIST van 10 oktober 1972 in in SC 26 juni 1972, Laird/Tatum, 409 U.S. 824 (1972).*

(e) Het lidmaatschap van een vereniging

753. *Lidmaatschap van verenigingen die geen partij zijn* – In een wrakingsverzoek hebben partijen het Grondwettelijk Hof gevraagd om te onderzoeken of rechters die zetelen in een zaak, lid van de loge zijn en hebben zij rechter DERYCKE omwille van zijn vermeend lidmaatschap van de loge gewraakt. Zich beroepend op een beslissing van het EHRM²¹⁹⁴, oordeelt het Grondwettelijk Hof dat een rechter sympathieën mag hebben voor een vereniging die geen politieke partij is en ervan zelfs lid mag zijn. De loutere omstandigheid dat een rechter vrijmetselaar is, is geen reden om hem te wraken: men mag ervan uitgaan dat de magistraat zijn eed zal doen primeren boven om het even welke sociale verplichting. Terecht oordeelt het Grondwettelijk Hof immers dat uit het lidmaatschap van een vereniging die geen politieke partij is, niet automatisch mag worden afgeleid dat de rechter het eens is met ieder antwoord van die vereniging op de veelheid aan vraagstukken die in de samenleving bestaan.

Is het dan anders indien de vereniging slechts voor een beperkt, bepaalbaar doel zou staan? Kan een rechter onbevangen oordelen over de grondwettigheid van een wet die wordt bestreden door (leden van) een vereniging waarvan hij lid was of is en waarbij het doel van de vereniging beperkt is tot het ijveren voor een bepaald doel, dat in zijn geheel of grotendeels door de wetgevende norm wordt gefnuikt? Zo kreeg de deelname van rechter HUBER aan het *ESM-Urteil* van het *Bundesverfassungsgericht* veel kriebel. Rechter HUBER was tot mei 2012 lid van de raad van beheer van de vereniging *Mehr Demokratie*: deze vereniging is europasceptisch en ijverde in een campagne voor een volksraadpleging over de eurobeschermingsmaatregelen en voor een *Konvent* over de toekomst van Europa. De rechter had sinds vijf jaar niet meer deelgenomen aan de bijeenkomsten van de vereniging en vernam uit de media dat leden van de vereniging een *Verfassungsbeschwerde* tegen de *ESM-Finanzierungsgesetz* zouden indienen. Op 12 september 2012 deed het *Bundesverfassungsgericht* uitspraak in deze zaak: rechter HUBER maakte niet alleen deel uit van de zetel, maar was ook rechter-verslaggever.²¹⁹⁵ Het is dan ook rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht* dat rechters lid mogen zijn van verenigingen, zelfs als die een bepaald rechtspolitek doel beogen. Alleen wanneer de vereniging zich over het hangend geding heeft uitgesproken én de rechter deze meningsuiting heeft ondersteund op een wijze dat hij niet meer toegankelijk lijkt voor tegenspraak ten aanzien van zijn standpunt, komt de onpartijdigheid van de rechter in het gedrang.²¹⁹⁶ Zo mocht ook rechter BÖCKENFÖRDE oordelen over de grondwettigheid van de abortuswet, hoewel hij tot twee jaar voordien lid van de juristenvereniging *Lebensrecht* was geweest.²¹⁹⁷

²¹⁹⁴ EHRM, *Salaman/Verenigd Koninkrijk*, 15 juni 2000.

²¹⁹⁵ BVerfG 12 september 2012, 2 BvR 1824/12.

²¹⁹⁶ BVerfG 2 december 1992, 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, *BVerfGE* 88, 17 (BÖCKENFÖRDE).

²¹⁹⁷ Hij had zijn lidmaatschap opgezegd op het moment dat hij vernam dat de vereniging juridische procedures tegen abortuswetten zou instellen, met de motivering dat hij als rechter mogelijk over de grondwettigheid van deze wetten zou moeten oordelen en hij daarom elke schijn van partijdigheid wou vermijden.

754. *Lidmaatschap politieke partij* – Grondwettelijke rechters in Frankrijk, België en Duitsland zijn lid van politieke partijen.²¹⁹⁸ Gelet op de politieke benoemingsprocedure is het weinig relevant om de rechter te verbieden om lid van een politieke partij te zijn.²¹⁹⁹ Dit neemt niet weg dat zij terughoudend moeten zijn om politieke standpunten in te nemen.²²⁰⁰ Uit het lidmaatschap van een politieke partij kan bovendien niet worden afgeleid dat de rechter het eens zou zijn met alle standpunten van deze politieke partij.²²⁰¹

(4) UITINGEN OVER DE IN HET GEDING ZIJNDE WETGEVENDE NORM

755. *Eerdere meningsuitingen* – In welke mate kan aan de onpartijdigheid van een rechter worden getwijfeld wanneer hij zijn mening over de in het geding zijnde norm heeft uitgesproken, als academicus (a) of als rechter (b)?

(a) Academicus

756. *Vóór de aanhangigmaking* – In het Gerechtelijk Wetboek wordt bepaald dat de rechter kan worden gewraakt, indien hij met betrekking tot het geschil raad gegeven, gepleit of geschreven heeft.²²⁰² TULKENS en VAN DROOGHENBROECK raden rechters aan om in wetenschappelijke publicaties terughoudend te zijn om stelling in te nemen over kwesties of zaken die voor het Grondwettelijk Hof *kunnen* komen, om elke schijn van partijdigheid in hun rechterlijke functie te vermijden.²²⁰³ Het Grondwettelijk Hof is minder streng en stelt dat een

“magistraat niet kan worden gewraakt louter op grond van meningen die hij heeft uitgedrukt in werken die hij als rechtsgeleerde heeft gepubliceerd (...). Meer algemeen tast het feit dat in het openbaar – in welke hoedanigheid dan ook, maar zonder enig verband met de feiten of de beoogde procedure – *voordien* stelling werd ingenomen over een rechtsvraag die in deze procedure opnieuw rijst, de onafhankelijkheid of de onpartijdigheid van de rechter niet aan.”²²⁰⁴

²¹⁹⁸ Dit is op zich geen wrakings- of verschoningsgrond. Zie BVerfG 28 februari 2012, nr. 2 BvC 10/11, nr. 4. Zie ook M. VERPEAUX, "Les avatars récents de l'indépendance des membres du Conseil constitutionnel", 973.

²¹⁹⁹ Door een politieke partij tot rechter zijn voorgedragen is op zich geen wrakings- of verschoningsgrond. BVerfG 28 februari 2012, nr. 2 BvC 10/11, nr. 4.

²²⁰⁰ M. VERPEAUX, "Les avatars récents de l'indépendance des membres du Conseil constitutionnel", 973.

²²⁰¹ Evenwel is hierboven in het kader van de onafhankelijkheid de vraag gerezen in welke mate een rechter afstand kan nemen van zijn politieke partij, waaraan hij misschien veel te danken heeft en in elk geval zijn rechterszetel. Zie *infra*, randnummer 634.

²²⁰² Artikel 828, 9°, Ger. W. Zie voor Frankrijk, artikel 2 van het Decreet nr. 59-1292 van 13 november 1959 "houdende de verplichtingen van de *Conseil constitutionnel*" (*Décret n°59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations du Conseil constitutionnel*).

²²⁰³ F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK, "La double vie du juge est-elle compatible avec son impartialité?", 493.

²²⁰⁴ GwH 13 oktober 2009, nr. 157/2009 (eigen nadruk).

Het Grondwettelijk Hof vereist iets bijkomends om de subjectieve onpartijdigheid in vraag te stellen: de betrokken rechter moet openlijk en op een wijze die zou getuigen van een laakbare negatieve vooringenomenheid ten opzichte van één der procespartijen, een standpunt hebben ingenomen over de grondwettigheidsvragen die aan het Hof zijn voorgelegd.²²⁰⁵ Rechters bij het Grondwettelijk Hof mogen hun ambt immers gelijktijdig met wetenschappelijke activiteiten uitoefenen, zodat hun meningsuitingen in het kader van hun wetenschappelijke activiteiten op zich geen grond mogen zijn om aan hun onpartijdigheid te twifelen. Deze rechtspraak ligt in het verlengde van deze van het EHRM: zelfs indien hun wetenschappelijke meningsuitingen politieke gevolgen hebben. Meningsuitingen over grondwettelijke rechtsvragen hebben door hun aard immers politieke gevolgen.²²⁰⁶

Deze rechtspraak moet worden bijgetreden. Rechters die nooit standpunt in grondwettelijke kwesties hebben ingenomen, zouden misschien onpartijdige rechters zijn, maar zij zouden vooral onbekwame grondwettelijke rechters kunnen zijn.²²⁰⁷

757. *Eens aanhangig* – Zodra het geding aanhangig is, mag de Belgische rechter, ook niet als academicus, zich over de grondwettigheidsvragen die aan het hof worden voorgelegd, uitspreken.²²⁰⁸ Krachtens artikel 18, eerste lid, 2, *Bundesverfassungsgesetz* en de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht* mag een rechter dit in Duitsland wel: zowel voor als tijdens de procedure. Standpunten (als academicus maar ook politieke standpunten) doen *op zich* geen afbreuk aan zijn onpartijdigheid. Daarvoor moeten er bijkomende omstandigheden zijn: de wrakende partijen moeten aantonen dat de rechter niet meer in staat is om onbevangen over de argumenten van de partijen te oordelen.²²⁰⁹

(b) Rechter

758. *Alleen als academicus* – SCALIA heeft, in overeenstemming met de *Model Code of Judicial Conduct*, zichzelf verschoond om in een zaak te zetelen, nadat hij zijn mening had gegeven over een uitspraak, waartegen bij het *Supreme Court* beroep was ingesteld.²²¹⁰

²²⁰⁵ GwH oktober 2009, 157/2009, en 13 oktober 2011, nr. 155/2011, B.9.

²²⁰⁶ EHRM 28 oktober 1999, *Wille/Liechtenstein*, nrs. 66-67 e.v. Zie ook Cass. 15 oktober 2010, C.10.0580.N., waarin wordt geoordeeld dat de rechters wel met gematigdheid en genuanceerdheid, die het optreden van een magistraat steeds dient te kenmerken, stellingen mogen afkeuren of bijvallen.

²²⁰⁷ "Since most Justices come to this bench no earlier than their middle years, it would be unusual if they had not by that time formulated at least some tentative notions which would influence them in their interpretation of the sweeping clauses of the Constitution and their interaction with one another. ... Proof that a Justice's mind at the time he joined the Court was a complete tabula rasa in the area of constitutional adjudication would be evidence of lack of qualification, not lack of bias." Memorandum van Justice REHNQUIST van 10 oktober 1972 in in SC 26 juni 1972, *Laird/Tatum*, 409 U.S. 824 (1972).

²²⁰⁸ Zie ook P. MARTENS, "La tyrannie de l'apparence", 651. Sommige auteurs menen dat geen enkele academicus dat mag, opdat de rechters onbevangen zouden kunnen oordelen. P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen. Gerechtig recht voor bachelors*, Leuven, Acco, 2013, 47.

²²⁰⁹ Vaste rechtspraak, onder meer BVerfG 11 oktober 2011, 2 BvR 1010/10 (Di Fabio). Zie ook K. ZÄHLE, "Die Ausschließung und Ablehnung eines Richters nach §§ 18, 19 BVerfGG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", 192.

²²¹⁰ M.P. SENG, "What do we mean by an independent judiciary?", 179.

Een grondwettelijke rechter, die geen academische nevenfunctie heeft, heeft geen reden om zich uit te spreken over de grondwettigheidsvragen die aan het grondwettelijk hof zouden kunnen worden voorgelegd. Zodra hij tot rechter is benoemd, moet hij zich onthouden van uitspraken die zijn onpartijdigheid in het gedrang kunnen brengen.²²¹¹ Hij wordt dan ook geacht dit niet te doen: niet voor en zeker niet tijdens de procedure.

(5) MENINGSUITINGEN LOS VAN EEN GESCHIL

759. Vrijheid van meningsuiting – In Duitsland behoudt de rechter van het *Bundesverfassungsgericht* het vrije woord om politieke gebeurtenissen te becommentariëren. Hij mag politieke standpunten innemen. Alleen wanneer er duidelijk een innerlijke samenhang zou bestaan tussen de politieke mening en de rechtsopvatting of wanneer de rechter op polemische wijze zijn mening zou hebben geuit, zou eventueel aan de onpartijdigheid van de rechter kunnen worden getwijfeld.²²¹² Emeritus voorzitter BENDA raadt de rechters evenwel aan om terughoudend te zijn om te spreken over actuele kwesties:

“(…) sollten gerade die Richter des BVerfG – wie nicht anders alle sonstigen Richter – sich zu aktuellen Tagesfragen möglichst wenig äußern und **strenge Zurückhaltung** üben. Die vorgreifliche Beeinflussung der Diskussion sollte den Richtern kein Ziel sein; sie sind Richter, nicht *praeceptores Germaniae* – oder gar der Welt. Es muss nicht alles, vor allem nicht alles von Richtern des BVerfG gesagt werden.”²²¹³

In de Verenigde Staten van Amerika wordt aanvaard dat de rechters (ten volle) hun vrijheid van meningsuiting behouden en in het uiten van (politieke) standpunten niet terughoudend moeten zijn.²²¹⁴ Deze meningsuitingen vormen geen probleem voor de onpartijdigheid van de rechter, zelfs integendeel: door ze te uiten in plaats van te verbergen, is de rechtzoekende in staat om de rechter te wraken.²²¹⁵

“Judges are thinking human beings. It is not expected for them to be without their own opinions. Therefore, it may be the better policy to let everyone know where they stand

²²¹¹ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 116 (§ 11, nr. 246) en D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 401-402.

²²¹² BVerfG 11 oktober 2011, 2 BvR 1010/10 (Di Fabio). Zie ook D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 404-405 (§ 19, nr. 23) en R. WASSERMANN, "Richterlicher Selbstschutz bei der Ablehnung von Richtern des BVerfG?", 419.

²²¹³ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 116 (§ 11, nr. 246).

²²¹⁴ Zo oordeelde het *Supreme Court of Mississippi* dat een rechter in een brief naar kranten en de radio mocht stellen dat hij vond dat homoseksuelen in inrichtingen voor psychisch gestoorden moeten worden opgenomen. M.P. SENG, "What do we mean by an independent judiciary?", 180. Zie ook *Supreme Court*, *Republican Party of Minnesota v. White*, 27 juni 2002, 536 U.S. 765 (2002), waarin de "announce clause" strijdig met het Eerste Amendement (vrijheid van meningsuiting) werd geacht. De *announce clause* verbiedt rechters van Minnesota die kandidaat zijn voor een rechterlijk ambt zich uit te spreken over betwiste wettelijke en politieke kwesties.

²²¹⁵ M.P. SENG, "What do we mean by an independent judiciary?", 180.

with a particular judge so that if the judge's bias really does impede the fairness of the judgment the parties can take appropriate action before the damage is done.”²²¹⁶

In België wordt elke rechter geacht terughoudend te zijn en geen politieke standpunten in te nemen.²²¹⁷ Zolang de meningsuiting los van een (mogelijk) geschil gebeurt, heeft zij geen invloed op de onpartijdigheid van de rechter.

C. DE AARD, DE BEVOEGDHEID, DE WERKING EN DE CONTINUÏTEIT VAN HET RECHTSCOLLEGE

760. *Vertrouwen en “kwaadwillig vooroordeel”* – In Duitsland, de Verenigde Staten van Amerika en België wordt (al dan niet uitdrukkelijk) aan wrakende partijen verweten geen vertrouwen in de instellingen en in de rechters te hebben en bij het minste aan de onpartijdigheid van de rechters te twijfelen. Partijen mogen geen “kwaadwillig vooroordeel tegenover de instellingen” hebben.²²¹⁸ SCALIA verwoordt het als volgt:

“[t]he people must have confidence in the integrity of the Justices, and that cannot exist in a system that assumes them to be corruptible by the slightest friendship or favor, and in an atmosphere where the press will be eager to find foot-faults”.²²¹⁹

In de vier onderzochte landen argumenteren de grondwettelijke hoven of de *Justices* bovendien dat de burgers (nog meer) vertrouwen moeten hebben in het grondwettelijk hof: zij menen dat de specifieke aard, bevoegdheid en werking van het grondwettelijk hof een minder strenge wrakings- en verschoningspraktijk rechtvaardigen. Hieronder worden deze argumenten uiteengezet en kritisch getoetst.

761. *Aard van het grondwettelijk hof* – Het *Bundesverfassungsgericht* meent dat de aard van het grondwettelijk hof en de wijze van selectie van de rechters de partijen vertrouwen moeten inboezemen: gelet op de rang van het hof in de grondwettelijke orde en het feit dat de grondwettelijke rechters bij bijzondere meerderheid door de *Bundestag* en de *Bundesrat* worden verkozen, mogen partijen niet licht aan de onpartijdigheid van de rechters twijfelen.²²²⁰

De verkiezing met een bijzondere meerderheid door de Duitse wetgevende vergaderingen tot rechter bij het *Bundesverfassungsgericht* bepaalt de onafhankelijkheid van deze instelling, doch heeft geen uitstaans met de onpartijdigheid van een rechter in een bepaalde zaak. De onpartijdigheid van een rechter houdt in dat de rechter onbevangen kan

²²¹⁶ M.P. SENG, "What do we mean by an independent judiciary?", 180. Zie ook *Supreme Court, Republican Party of Minnesota v. White*, 27 juni 2002, 536 U.S. 765 (2002).

²²¹⁷ Behoren tot een politieke partij is voor het *Bundesverfassungsgericht* geen grond om aan de onpartijdigheid te twijfelen. D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 402 (§ 19, nr. 18). ZUCK moedigt de rechters van het *Bundesverfassungsgericht* aan om niet alles te zeggen wat ze zouden kunnen zeggen en om discreet en tactvol te zijn. R. ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde (2013)*, nr. 1050.

²²¹⁸ Zie *supra*, voetnoot 2066.

²²¹⁹ Memorandum van Justice SCALIA in *Supreme Court, Cheney v. U.S. Dist. Court*, 541 U.S. 913 (2004), nr. 34. Zie ook L.J. VIRELLI III, "The (Un)Constitutionality of Supreme Court Recusal Standards", 1190.

²²²⁰ BVerfG 29 mei 1973, *BVerfGE* 35, 171 (7-10).

oordelen over de argumenten van de partijen, omdat hij zich niet eerder een mening over de rechtsvragen heeft gevormd of omdat hij geen band heeft met de partijen die hem, bewust of onbewust, onbekwaam zou maken om alle argumenten onpartijdig te beoordelen.²²²¹ Aan de partijen verwijten geen vertrouwen te hebben in de instellingen komt vreemd over van een instelling die juist is opgericht omdat het vertrouwen van het volk in een andere instelling soms werd beschaamd. Bovendien vraagt het *Bundesverfassungsgericht* vertrouwen te krijgen, hoewel het wrakingsverzoeken afwijst die door andere rechtscolleges zouden worden aanvaard: het hof zal dan ook slechts meer vertrouwen krijgen door een meer diligente wrakings- en onthoudingspraktijk: door een grotere voorzichtigheid, terughoudendheid en bescheidenheid.²²²²

762. Bevoegdheid – Het Grondwettelijk Hof meent dat de bijzondere aard van het grondwettelijk contentieux een grondwettelijk hof van de gewone hoven en rechtbanken en van de administratieve rechtscolleges onderscheidt. Een grondwettelijk hof doet immers geen uitspraak betreffende de aanspraken van de procespartijen, maar beoordeelt enkel *in abstracto* of de toepasselijke wetsbepalingen verenigbaar zijn met de regels waaraan het vermag te toetsen.²²²³ Deze bewering is niet geheel juist. Bij een prejudiciële vraag kan de uitspraak van het Grondwettelijk Hof minstens doorslaggevend zijn voor een geschil over een burgerlijk recht of voor een strafrechtelijke procedure (waardoor artikel 6, § 1 EVRM toepasselijk is)²²²⁴, of voor een geschil over een politiek recht. En zelfs in het kader van het “objectief contentieux”, zoals een beroep tot nietigverklaring voor de Raad van State, die een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof stelt of bij een beroep tot vernietiging bij het Grondwettelijk Hof is het betwist of de partijen geen subjectief recht hebben.

Bovenal is deze bewering irrelevant. Zoals het Grondwettelijk Hof zelf heeft erkend, zijn de vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid algemene rechtsbeginselen, waaraan elke rechterlijke instelling, ook het Grondwettelijk Hof, moet voldoen, ongeacht zijn bevoegdheid. Uit de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof kan dan ook geen beperking op het onpartijdigheidsvereiste worden afgeleid.

Dit geldt des te meer omdat een grondwettelijk hof het hoogste rechtscollege is. Tegen zijn oordeel is geen beroep mogelijk.²²²⁵

763. Werking – In de Verenigde Staten van Amerika, in Frankrijk, in België²²²⁶ en in Duitsland²²²⁷ worden de werking en de continuïteit van het grondwettelijk hof als excuus gebruikt om niet te moeten ingaan op wrakingsverzoeken. Zo worden wrakingsverzoeken ten aanzien van het gehele rechtscollege steeds afgewezen, omdat deze, gelet op de exclusieve bevoegdheid van de grondwettelijke hoven, het rechtspreken onmogelijk maken en aldus het recht op toegang tot de rechter fnuiken.²²²⁸ Maar ook wanneer niet het gehele

²²²¹ Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 113 (§ 11, nr. 240).

²²²² E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 115 (§11, nr. 244) en R. WASSERMANN, "Richterlicher Selbstschutz bei der Ablehnung von Richtern des BVerfG?", 420.

²²²³ Grondwettelijk Hof 13 oktober 2009, nr. 157/2009.

²²²⁴ Vaste rechtspraak EHRM sinds EHRM, 26 juni 1993, *Ruiz Mateos/Spanje*.

²²²⁵ Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 108-109 (§ 11, nr. 233).

²²²⁶ Grondwettelijk Hof 13 oktober 2009, nr. 157/2009.

²²²⁷ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 114 (§11, nr. 243).

²²²⁸ Grondwettelijk Hof 20 april 2005, nr. 71/2005; BVerfG 19 oktober 1977, *BVerfGE* 46, 200.

rechtscollege wordt gewraakt, beroepen de grondwettelijke rechters of het grondwettelijk hof zich op quorumvereisten of andere vereisten om een minder diligente wrakings- en verschoningspraktijk te rechtvaardigen.²²²⁹

Ook het Grondwettelijk Hof beroept zich op de rechtspraak van het EHRM om de mogelijkheid open te laten om wrakingsverzoeken te weigeren, indien zij de werking van het hof zouden bemoeilijken of onmogelijk maken. Daarbij benadrukt het hof dat de bijzondere wetgever heeft gewild dat het hof op evenwichtige wijze zou zijn samengesteld, rekening houdend met de evenwichten op taal-, politiek en professioneel vlak.²²³⁰ Of deze evenwichten een voldoende reden zijn om gegronde wrakingsverzoeken af te wijzen, is evenwel twijfelachtig.

Daarbij moeten immers twee beginselen met elkaar worden afgewogen: de onpartijdigheid en de collegialiteit. Een keuze tussen een beperkte zetel, wiens onpartijdigheid vaststaat maar waarbij de beraadslaging moet voortvloeien uit een beperkt “*marketplace of ideas*”, of een uitgebreidere zetel, met collega’s wier onpartijdigheid niet helemaal vaststaat, doch met een rijker aanbod aan verschillende standpunten?²²³¹ De Commissie van Venetië kiest in eerste instantie voor onpartijdigheid. Indien zelfs niet de helft van de rechters omwille van schijn van partijdigheid aan de zaak zou kunnen deelnemen, verkiest ze dat alle rechters deelnemen, op voorwaarde dat dit voldoende in het arrest tot uiting komt, samen met uitdrukkelijke verklaringen van de gewraakte rechters dat zij elke mogelijke inspanning hebben geleverd om te voorkomen dat hun persoonlijk belang invloed op hun juridische mening had.²²³²

In het licht van de onpartijdigheid, verhindert de inrichting van de *Conseil constitutionnel* en van het Grondwettelijk Hof juist de goede werking. Gelet op het grote aantal rechters die ofwel banden met politici hebben ofwel zelf politicus zijn geweest, is het risico groter – bij een meer diligente wrakings- en verschoningspraktijk – dat een zaak niet kan worden behandeld met het quorum van zeven (tien of twaalf) rechters.²²³³ Bij de *Conseil constitutionnel* kan bij overmacht van dit quorum worden afgeweken²²³⁴, maar het is niet zeker dat de *Conseil constitutionnel* dit *in casu* zal toepassen, dan wel de wrakingsverzoeken zal weigeren om een goede werking van de *Conseil* te waarborgen.²²³⁵ Bij het Grondwettelijk Hof kan niet van het quorum van zeven worden afgeweken. Juist omwille van dit dilemma moet de samenstelling van het grondwettelijk hof in vraag worden gesteld: minder gewezen parlementsleden of politici moeten tot grondwettelijk rechter

²²²⁹ Reeds vermeld is de memorandum van SCALIA, waarin hij duidt op de paradox van de “*certiorari conundrum*”. Zie *supra*, randnummer 702.

²²³⁰ Grondwettelijk Hof 13 oktober 2009, nr. 157/2009.

²²³¹ P. DEUMIER, “Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante?”, 486-487.

²²³² Commissie van Venetië, “Opinion on the two draft laws amending law N° 47/1992 on the organisation and functioning of the Constitutional Court of Romania”, CDL-AD(2006)006, nrs. 8-9. Zie ook P. DEUMIER, “Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante?”, 486-487.

²²³³ Zie ook E. CARTIER, “La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel”, II, B., 4^{de} alinea.

²²³⁴ Artikel 14 *Ordonnantie Conseil constitutionnel* van 7 november 1958.

²²³⁵ De *Conseil constitutionnel* heeft reeds twee arresten met zes *Sages* uitgesproken, waarbij telkens werd vermeld dat één rechter zich had onthouden. Over de afwezigheid van de andere rechters werd geen woord gerept. P. DEUMIER, “Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante?”, 486. De arresten zijn 2010-90 QPC en 2010-100 van 11 februari 2011.

worden benoemd. De oplossing van het dilemma ligt dus niet in de bepalingen die regelen dat het loutere feit dat een rechter aan de totstandkoming van de wet heeft deelgenomen geen wrakingsgrond is, maar wel in een minder politiek samengesteld grondwettelijk hof.²²³⁶

Voor de rechters-juristen in het Grondwettelijk hof geldt hetzelfde. Een groot aantal academici in een grondwettelijk hof bemoeilijkt dat een grondwettelijk hof uitspraak doet in zaken waarin de werkgevers van deze academici partij zijn.²²³⁷ Ook dit probleem is een uitnodiging om kritisch naar de samenstelling van het Grondwettelijk Hof te kijken: een grotere diversiteit onder de juristen in een grondwettelijk hof verkleint de kans dat geen wettelijke zetel kan worden samengesteld.

BESLUIT

764. *Rechtsstatelijke kritiek op de wrakings- en verschoningspraktijk* – Hierboven is voor de vier grondwettelijke hoven uiteengezet hoe zij het onpartijdigheidsbeginsel invullen: de wetgeving inzake verschoning en wraking is uitgelegd en de toepassing ervan door de vier grondwettelijke hoven is besproken. Daaruit blijkt dat de rechtspraktijk inzake het onpartijdigheidsbeginsel van de vier grondwettelijke hoven sterk wordt bekritiseerd: relevant voor dit proefschrift is dat dit eveneens in het licht van de rechtsstatelijke vereisten gebeurt. De rechtsstaat stelt vereisten ten aanzien van de beslissingsbevoegdheid, de procedure en de toepassing van de wrakingsgronden.

765. *Beslissingsbevoegdheid* – De rechtsstaat vereist dat een grondwettelijk hof zelf oordeelt over de verschoning of de wraking van een grondwettelijke rechter: om zijn onafhankelijkheid te waarborgen, kan deze taak niet aan een andere instelling worden toegekend. Een ander rechtsstaatselement, het onpartijdigheidsbeginsel (*nemo iudex in sua causa*) vereist op zijn beurt dat de grondwettelijke rechter die zich zou verschonen of wordt gewraakt, niet aan de beslissing van het grondwettelijk hof deelneemt. *A fortiori* is het strijdig met het onpartijdigheidsbeginsel dat de gewraakte rechter zelf over de wraking oordeelt, zoals in de Verenigde Staten gebeurt.

766. *Een transparante en tegensprekelijke verschoningsprocedure* – De rechtsstaat vereist dat de verschoningsprocedure bij een grondwettelijk hof transparant en tegensprekelijk is. Aan de partijen moet worden meegedeeld dat een rechter meent dat hij zich moet verschonen. De partijen moeten hierover standpunt kunnen innemen. Deze procedure en de uitkomst ervan moeten ook in het arrest worden vermeld: het publiek moet kunnen nagaan dat een grondwettelijk hof de verschoningsregeling op onberispelijke wijze toepast.

²²³⁶ Zie ook F. JACQUELOT, "Regards comparés sur l'abstention et les récusations au sein du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle italienne", 353 en P. WACHSMANN, "Sur la composition du Conseil constitutionnel", 33-34.

²²³⁷ Zie *supra*, randnummer 745.

Dat de rechtsstaat een transparante en tegensprekelijke verschoningsprocedure vereist, steunt op twee gronden. Vooreerst rust er op een grondwettelijk hof zelf een schijn van partijdigheid wanneer het oordeelt over de onpartijdigheid van één van zijn rechters. Hierboven is reeds vermeld dat er geen andere oplossing is: de onafhankelijkheid van het grondwettelijk hof staat niet toe dat deze bevoegdheid aan een ander rechtscollege wordt toevertrouwd. Om deze schijn van partijdigheid op te heffen, moet een grondwettelijk hof een onberispelijke, transparante en tegensprekelijke verschonings- en wrakingspraktijk hebben.

Ten tweede waarborgt artikel 13 van de Grondwet het grondrecht op de wettelijke rechter. In dit proefschrift is verdedigd dat, naar het voorbeeld van een analoge bepaling in de *Grundgesetz*, dit grondrecht inhoudt dat elke beperking erop, door de toepassing van de verschonings- of wrakingsprocedure, op transparante en tegensprekelijke wijze moet gebeuren. De rechtsstaat vereist immers dat beperkingen op de uitoefening van een grondrecht op transparante en (bij de rechter) op tegensprekelijke wijze gebeuren.

767. Onberispelijke wrakings- en verschoningspraktijk – Omdat op de rechters van een grondwettelijk hof een schijn van partijdigheid berust wanneer zij over de onpartijdigheid van een collega beslissen, moeten de wrakings- en verschoningsprocedure en de toepassing ervan door de rechters onberispelijk zijn. Daarnaast moet de gezindheid ten aanzien van de wraking worden bijgesteld: een grondwettelijk hof moet aantonen dat het wrakingsverzoeken ter harte neemt en ze niet als eerrovend beschouwt: het zijn vorderingen om het recht op een onpartijdige rechter te waarborgen. Indien een grondwettelijk hof dat doet, komt het versterkt uit een wrakings- of verschoningskwestie:

"En conclusion, un organe juridictionnel qui est capable d'admettre la partialité de l'un de ses juges dans une affaire donnée ne ressort pas affaibli de cette procédure, mais renforcé. Aux yeux des citoyens, il garantit en effet l'impartialité de l'exercice de la fonction juridictionnelle, au-delà de tout intérêt de protection corporative."²²³⁸

Vandaag is er (veel) kritiek op de toepassing van de wrakingsgronden door de vier grondwettelijke hoven. Zij moeten deze strikter toepassen. Hun beslissingen over de wrakings- en onthoudingsverzoeken moeten bovendien bijzonder doordacht en goed gemotiveerd zijn.²²³⁹ In dit besluit worden alleen de wrakingsgronden opgesomd die door de grondwettelijke hoven strikter moeten worden toegepast.

768. Voorafgaande functie – Wanneer omwille van een voorafgaande functie op de rechter een schijn van partijdigheid berust, moeten de grondwettelijke hoven vlugger toestaan dat de rechter zich verschoont of wordt gewraakt. De doorslaggevende vragen om deze partijdigheidskwesties te beoordelen zijn of de rechter in zijn vorige functie al dan niet op onafhankelijke wijze een mening over de grondwettigheid van de wet heeft gevormd én of hij in staat is om vervolgens, als rechter, afstand te doen van dit oordeel en onbevangen opnieuw te oordelen.

"Die Erfahrung lehrt: Richter geben für gewöhnlich, falls überhaupt, ihren Standpunkt nur dann auf, wenn er partout nicht mehr zu halten ist. Zumeist sagen sie das noch nicht mal

²²³⁸ N. PERLO, "Les premières récusations au Conseil constitutionnel", 79.

²²³⁹ R. LAMPRECHT, "Karlsruher Befangenheits-Logik", 2792.

expressis verbis, sondern überlassen es der Findigkeit ihrer Leser, den Meinungswechsel herauszufinden. Nur wenn es sich überhaupt nicht vermeiden läßt, steht, zumeist an versteckter Stelle, der Hinweis: Aufgabe der früheren Rechtsprechung.²²⁴⁰

Wanneer de grondwettelijke rechter als politicus bij de totstandkoming van de wetten was betrokken, kan hij slechts als onpartijdig worden beschouwd wanneer ook alle partijen van oordeel zijn dat zijn betrokkenheid van zo'n minieme aard was dat zijn onpartijdigheid niet in het geding is. Of een academicus die als expert bij de totstandkoming van een wet is opgetreden, nog als rechter onbevangen over de grondwettigheid van de wet kan oordelen, hangt af van de omstandigheden. Heeft hij in volledige onafhankelijkheid zijn analyse uitgevoerd, was zijn onderzoek "resultaatsopen", en heeft hij nooit namens de ene dan wel de andere zijde als getuige opgetreden, dan lijkt er geen probleem te zijn. Is de rechter eerder opgetreden in hetzelfde *of een gelijkaardig* geschil, dan kan de rechter niet meer als onpartijdig worden beschouwd.

769. Banden – Bij hiërarchische banden kan de rechter niet als onpartijdig worden beschouwd: rechters die aan een universiteit zijn verbonden, kunnen niet optreden in zaken waarin de universiteit partij is. Evenmin is een rechter onpartijdig wanneer hij lid was van een vereniging met een beperkt (politek) doel en de vereniging partij is in een zaak dat op dat doel betrekking heeft. Bij vriendschappelijke banden met één van de partijen, moet de rechter zich terugtrekken.

770. Meningsuitingen los van en over het in het geding zijnde geschil – Rechters die academicus zijn, kunnen niet worden gewraakt voor meningsuitingen die zij als academicus hebben geuit voordat het geschil aanhangig was: hun meningsuiting is geen bewijs van partijdigheid. Niettemin zijn zij best terughoudend over materies die voor het grondwettelijk hof zouden kunnen komen of over actuele kwesties die los van een geschil staan.

771. Aard, bevoegdheid en werking – De vier onderzochte grondwettelijke hoven zijn zich bewust van de kritiek op hun wrakings- en verschoningspraktijk en willen deze rechtvaardigen: zij beroepen zich op hun bijzondere aard (door het parlement verkozen rechters), hun bevoegdheid (abstracte en geen concrete normencontrole) en hun werking (quorumvereiste). Dat de rechters door het parlement worden verkozen betekent noch dat deze rechters niet partijdig kunnen zijn noch dat burgers niet aan hun onpartijdigheid mogen twijfelen. Ook de (betwistbare) aanname dat het Grondwettelijk Hof slechts een abstracte toetsing zou uitoefenen en niet over concrete rechten en plichten zou oordelen, ontslaat het hof niet ervan om onpartijdig te zijn: elk rechtscollege moet onpartijdig zijn, ongeacht zijn bevoegdheid. Ten slotte kan ook de werking van het grondwettelijk hof of het quorumvereiste geen geldig excuus zijn: de werking en het quorumvereiste zijn ondergeschikt aan het onpartijdigheidsbeginsel, daar zij in functie van dit beginsel en het onafhankelijkheidsbeginsel staan. Geen van deze argumenten overtuigt aldus: integendeel, de bijzondere aard van een grondwettelijk hof als hoogste rechtscollege waarvan de beslissingen niet voor beroep vatbaar zijn, vereist dat een grondwettelijk hof een onberispelijke wrakings- en verschoningspraktijk hanteert.

²²⁴⁰ R. LAMPRECHT, "Karlsruher Befangenheits-Logik", 2793.

772. *Diverser hof* – De oplossing van een dilemma tussen de goede werking van het hof en de onpartijdigheid ligt dan ook niet in een minder diligente wrakings- of verschoningspraktijk, maar wel in een meer diverse samenstelling van het grondwettelijk hof: minder gewezen parlementsleden, politici of universiteitsprofessoren dienen tot grondwettelijk rechter te worden benoemd. Hoe diverser het grondwettelijk hof is samengesteld, hoe kleiner de kans dat in eenzelfde zaak meerdere rechters kunnen worden gewraakt.

773. *Rechtsstaat* – In dit tweede deel van het proefschrift wordt het rechtsstaatsbegrip, of zijn vereisten, uit het eerste deel als normatief kader gebruikt. In dit hoofdstuk blijkt dat in de vier onderzochte landen *hetzelfde rechtsstaatslement* de wrakings- en verschoningspraktijk bepaalt: de onpartijdigheid van de rechter.

Uit het onderzoek blijkt dat de wrakings- en verschoningspraktijk in de vier onderzochte landen gemeenschappelijkheden hebben, doch ook op enkele punten van elkaar afwijken (met name de beslissingsbevoegdheid, de procedure...). Wel gemeenschappelijk hebben zij dat de rechtsleer van de vier onderzochte landen de onpartijdigheid van een grondwettelijk hof *op dezelfde wijze* invult. Op grond van het onpartijdigheidsbeginsel en de rechtsstaat worden dezelfde gebreken in de wrakings- en verschoningspraktijk sterk bekritiseerd.

774. *De lege ferenda* – Enkele van de hierboven verdedigde stellingen worden hieronder in ontwerpen van wetsbepalingen omgezet. Artikel 102 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof dient als volgt te worden gewijzigd:

“Hij die wil wraken, moet dit doen zodra hij van de wrakingsgrond kennis heeft.

De wraking wordt gevraagd bij een met redenen omkleed verzoekschrift aan het Hof gericht.

Nadat de wrakende partij en de gewraakte rechter zijn gehoord, wordt zonder verwijl en zonder de gewraakte rechter over de wraking uitspraak gedaan.

De gewraakte rechter wordt vervangen door een andere rechter, zoals bepaald is in artikel 55, eerste lid, artikel 56 en artikel 60, al naar het geval.”

Daarnaast moet artikel 101, tweede lid Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof worden opgeheven en moet een tegensprekelijke en transparante verschoningsprocedure worden opgelegd:

“De rechters van het Hof kunnen worden gewraakt om de redenen die luidens de artikelen 828 en 830 van het Gerechtelijk Wetboek tot wraking aanleiding geven.

~~Het feit dat een rechter van het Hof heeft deelgenomen aan de totstandkoming van de wet, het decreet of de in ³[artikel 134 van de Grondwet]³ bedoelde regel die het onderwerp van een beroep tot vernietiging of van een verwijzingsbeslissing uitmaakt, vormt op zich geen reden tot wraking.~~

Iedere rechter van het Hof die weet dat er een reden van wraking tegen hem bestaat, moet daarvan kennis geven aan het Hof. Nadat de partijen en deze rechter zijn gehoord, wordt zonder verwijl en zonder deze rechter over de onthouding bij arrest uitspraak gedaan.

De rechter die zich van de zaak onthoudt, wordt vervangen door een andere rechter, zoals bepaald is in artikel 55, eerste lid, artikel 56 en artikel 60, al naar het geval.”

De overige stellingen hebben betrekking op de praktijk: het Grondwettelijk Hof moet een onberispelijke verschonings- en wrakingspraktijk hanteren, waarbij de wrakingsgronden strikt worden toegepast.

775. Legitimiteit en bevoegdheid – In het eerste deel van dit proefschrift is besloten dat de rechtsstaat een grondwettelijk hof vereist, omdat het als tegenwicht voor de wetgever of het parlement het evenwicht der machten en daarmee de gematigdheid, de vrijheid en het pluralisme waarborgt. Vervolgens moet worden onderzocht welk soort grondwettelijk hof de rechtsstaat vereist: er moet immers worden geoordeeld hoe het tegenwichtsorgaan het best wordt samengesteld. Wie is geschikt om als rechter in een grondwettelijk hof te zetelen? Daarenboven wordt in het eerste titel van dit tweede deel vastgesteld dat de politieke samenstelling van het Grondwettelijk Hof wellicht verhindert dat het Grondwettelijk Hof, in bepaalde geschillen waartoe de bevoegdheid van het hof moet worden uitgebreid, als onafhankelijk en onpartijdig rechter zou worden beschouwd. Om beide redenen wordt in deze titel onderzocht aan welke rechtsstatelijke vereisten de inrichting van een grondwettelijk hof moet voldoen.

776. Rechtsstaatselementen – In dit besluit zal niet worden ingegaan op de concrete vereisten die de rechtsstaat stelt aan de instelling (hoofdstuk I), aan de rechter (hoofdstuk II) en aan de wrakings- en verschoningspraktijk (hoofdstuk III). Dit kan in deze hoofdstukken en in de besluiten ervan worden gelezen. In deze titel kunnen enkele concrete vereisten uit de drie hoofdstukken onder een gemeenschappelijke noemer worden geplaatst. Dat gebeurt in dit besluit. Het zijn er twee: het evenwicht der machten en een diverser grondwettelijk hof.

777. Evenwicht der machten – Een grondwettelijk Hof moet juist voldoende onafhankelijk zijn: niet te veel, opdat het geen alleenheerser in de rechtsstaat zou worden. Daarom moet een gepast evenwicht worden gevonden tussen de onafhankelijkheid van het grondwettelijk hof en het evenwicht der machten: dit gebeurt door *checks* vanwege de wetgevende vergadering op het grondwettelijk hof. De wetgevende vergadering moet deze toezichtsinstrumenten op onberispelijke en ernstige wijze uitoefenen. Dat houdt in dat zij de werking van het grondwettelijk hof niet mag fnuiken: door zijn bevoegdheden of inrichting te wijzigen, door zijn financiële autonomie uit te hollen, door te laat of ongeïnteresseerd nieuwe grondwettelijke rechters te verkiezen, door onbekwame rechters te verkiezen...

Wanneer in het verleden de wetgevende vergadering een gebrek aan ernst heeft vertoond, wordt in dit proefschrift voor een meer diligente praktijk gepleit: de wetgevende vergadering moet nagaan welke weerslag besparingsmaatregelen op de werking van een grondwettelijk hof kunnen hebben en zij moet in een hoorzitting peilen naar de bekwaamheid (en ideologie) van de kandidaat-rechter. Dat laatste verhindert evenwel niet dat zij eerbied moet hebben voor de gewoonte of rechtsregel dat het aan een partij of persoon toekomt om een kandidaat voor te dragen.

778. *Een diverser Grondwettelijk Hof* – In dit proefschrift wordt gepleit voor een diverser Grondwettelijk Hof. Dat houdt vooreerst in dat niet de helft (of meer) van de grondwettelijke rechters gewezen parlementsleden of politici moeten zijn. Politieke ervaring is nuttig, doch een teveel aan gewezen politici brengt de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van een grondwettelijk hof in gevaar. Ten tweede moet er ook meer diversiteit zijn tussen de rechters-juristen: zij mogen niet allen een hoge magistraat zijn (zoals in het *Supreme Court*) of een hoge magistraat of hoogleraar (zoals in het Grondwettelijk Hof). Een grotere variatie in de loopbanen van de grondwettelijke rechters leidt tot een betere rechtspraak. Bovendien is het risico kleiner dat op succesvolle wijze meerdere rechters kunnen worden gewraakt. Ten slotte moet een grondwettelijk hof ook de groepen in de samenleving vertegenwoordigen: dat draagt bij tot de legitimiteit van een grondwettelijk hof.

TITEL III – DE RECHTSPLEGING VOOR EEN GRONDWETTELIJK HOF IN DE RECHTSSTAAT

INLEIDING

779. In dit proefschrift wordt onderzocht wat de rol van een grondwettelijk hof in de rechtsstaat is. Eén van de bepalende elementen hierin is de rechtspleging voor een grondwettelijk hof. De aard van de rechtspleging bepaalt immers de rol van de rechter: in het bepalen van het (voort)bestaan van het geding, wie de partijen zijn, op welke wijze het onderzoek gebeurt... In deze titel wordt in een **eerste hoofdstuk** deze rol van het grondwettelijk hof onderzocht. In een **tweede hoofdstuk** wordt onderzocht hoe transparant en openbaar een grondwettelijk hof zijn rechterlijke functie moet uitoefenen.

I. DE RECHTSSTATELIJKE RECHTER

*“Le juge est un protecteur auquel on fait appel,
et deviendrait un tyran s’il s’imposait.”*²²⁴¹

INLEIDING

780. *Rechtsstaat* – De titel van dit hoofdstuk ‘De rechtsstatelijke rechter’²²⁴² omvat de bekommernis dat ook de rechter rechtsstatelijk moet handelen. Geen rechtsstaatdenker heeft de tirannie van de monarch en vervolgens van de wetgever bestreden om onder een tirannie bewind van de rechter te eindigen. Men wou en wil geen “*gouvernement des juges*”. Eén van de elementen om te oordelen of rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetgeving of van parlementaire handelingen tot een “*gouvernement des juges*” leidt, is de rol van een grondwettelijk hof in de rechtspleging.²²⁴³ In welke mate beslist een hof welke zaken het beslecht, over welke normen het uitspraak doet en aan welke normen het toetst? Dringt het zich op? Hoe “lijdelijk” of “actief” moet een grondwettelijk hof zich in een rechtsstaat gedragen?

781. *Niet-lijdelijk noch inquisitoriaal* – Al te vlug wordt beweerd dat het lijdelijkheidsbeginsel “niet voor het publieke procesrecht geldt”, of er “een andere betekenis dan in het private procesrecht” heeft, waaruit wordt afgeleid dat de grondwettelijke rechter niet lijdelijk zou (moeten) zijn.²²⁴⁴ Het is best om deze terminologie niet (meer) te gebruiken: niet alleen is het “beginsel van de lijdelijkheid van de rechter” geen algemeen beginsel van behoorlijke procesvoering, ook niet in het burgerlijk procesrecht²²⁴⁵, maar ook wordt dit kenmerk veelal toegekend aan de rol van de rechter op

²²⁴¹ R. MARTIN, “La saisine d’office du juge. Essai sur la signification”, *Jurisclasseur périodique*, 1973, IV. nr. 6316, 231, geciteerd door W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 185.

²²⁴² In dit hoofdstuk wordt alleen onderzocht hoe een grondwettelijk hof moet handelen in de rechtsstaat. Omwille van de alliteratie werd het woord ‘grondwettelijk’ evenwel weggelaten.

²²⁴³ Een ander, nog belangrijker element, is de inhoud van de rechtspraak van een grondwettelijk hof: hoe een grondwettelijk hof de grondwet interpreteert, op welke wijze het de wetgeving aan de grondwet toetst en welke argumenten het daarbij gebruikt. Dit onderzoek vergt echter op zich een bijkomend proefschrift.

²²⁴⁴ H. LEMAHIEU, “De lijdelijkheid van de rechter”, *Jura Falconis* 1981-82, 219.

²²⁴⁵ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 70 en M.L. STORME, “Algemene beginselen van behoorlijke procesvoering”, in X (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 2000, 180. Wel bestaat het beschikkingsbeginsel, dat een

grond van de aard van de procedure: inquisitoriaal of accusatoir. De lijdelijkheid zou een beginsel of een element zijn van de accusatoire, maar niet van de inquisitoriale procedure.²²⁴⁶ Accusatoire en inquisitoriale procedures zijn evenwel ideële types van procedures, die in geen rechtsstelsel ten volle uitwerking hebben gekregen.²²⁴⁷ In het Belgische private procesrecht, dat een eerder accusatoire procedure wordt genoemd, bepalen de partijen de omvang en, in beperktere mate, de inhoud van het geschil en de ingereedheidbrenging.²²⁴⁸ Het publieke procesrecht wordt daarentegen eerder inquisitoriaal genoemd, omdat de leiding van de procesvoering bij het rechtscollege zou berusten: deze rechter zou niet lijdelijk zijn.²²⁴⁹ ALLEMEERSCH heeft aangetoond dat de begrippen “inquisitoriaal” en “accusatoir” voor de privaatrechtelijke procedures misleidend zijn.²²⁵⁰ Geldt dit ook voor het publieke procesrecht? Uit de uiteenzetting van de rol van het Grondwettelijk Hof in het verloop van de rechtspleging zal moeten blijken of de leiding van de publieke procesvoering eerder bij de wet dan bij het hof berust en of het Belgische Grondwettelijk Hof zijn rol anders dan de gewone rechter invult.

782. Structuur – In dit eerste hoofdstuk wordt nagegaan wat de rol van het grondwettelijk hof in de rechtspleging is. In een **eerste afdeling** wordt nagegaan of een grondwettelijk hof over het bestaan van het geding oordeelt. Vervolgens wordt in de **tweede afdeling** onderzocht of een grondwettelijk hof bepaalt wat de inhoud en het voorwerp van het geschil zijn. In de **derde en vierde afdeling** wordt nagegaan wie de partijen zijn en of *amici curiae* worden toegelaten. Ten slotte wordt aandacht besteed aan de wijze waarop het bewijs wordt geleverd en de zaak in gereedheid wordt gebracht (**vijfde en zesde afdeling**).

783. Methode en gemeenschappelijke rechtsstatelijke grondslagen? – De methode is opnieuw rechtsvergelijkend. Voor elk van deze vragen wordt er over de grenzen heen gekeken: hoe gebeurt dit bij het *Bundesverfassungsgericht*, de *Conseil constitutionnel* en het *Supreme Court* in deze fase? Elk land heeft zijn eigenaardigheden. Zo heeft de Duitse wetgever bewust ervoor gekozen om in de *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* de rechtspleging voor het *Bundesverfassungsgericht* niet op volledige wijze te regelen, maar

algemeen rechtsbeginsel is en aan de partijen de beschikkingsmacht over de rechtsovereenkomst toekent, zodat alleen de partijen oordelen of zij een geding inleiden en voor welk geschil zij dat doen. De rechter wordt aldus verboden meer of iets anders toe te kennen dan wat door de partijen wordt gevorderd. Vaste rechtspraak, Onder meer Cass. 13 september 1984 (J./D.), *Arr. Cass.* 1984-85, 84. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 20 en 575 en P. VAN ORSHOVEN, "Algemene rechtsbeginselen in alle rechtstakken. Over de grondwettelijke waarde van de publiek- en privaatrechtelijke rechtsbeginselen", in X (ed.), *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 7. Zo ook in Duitsland, zie E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 126 (§ 13, nr. 275) en 148 (§ 15, nr. 327).

²²⁴⁶ H. LEMAHIEU, "De lijdelijkheid van de rechter", 220.

²²⁴⁷ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 4 e.v.

²²⁴⁸ Ook in de private procesvoering, waarvoor aanvankelijk de lijdelijkheid en de neutraliteit van de rechter werden beklemtoond, wordt, sinds de invoering van het Gerechtelijk Wetboek gesteld dat de “partijen de leiding van het geding hebben” en wordt geijverd voor een actievare rol van de rechter in het geding, waarbij de partijen slechts het geschil bepalen en de rechter het geding. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 11; M.L. STORME, "Algemene beginselen van behoorlijke procesvoering", 181 en M. STORME, "Fundamentele beginselen van procesrecht en hun nut voor de harmonisering in Europa", in C.H. VAN RHEE, F. STEVENS *et al.* (eds.), *Voortschrijdend procesrecht. Een historische verkenning*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2001, 210.

²²⁴⁹ S. DE TAEYE, *Procedure voor de Raad van State*, Mechelen, Kluwer, 2003, 40.

²²⁵⁰ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 3-6.

daartoe een ruime bevoegdheid aan het *Bundesverfassungsgericht* toe te kennen. Dit heeft het hof ertoe verleid zichzelf "*Herr seiner Verfahren*" te noemen²²⁵¹, maar het gebruikt zijn bevoegdheid op beperkte wijze en laat zich voornamelijk door het bestaande Duitse procesrecht inspireren.²²⁵² Omdat de *a priori*-toetsing, een waarlijk objectief contentieux²²⁵³, een ander doel heeft, is de rechtspleging en de rol van de *Conseil constitutionnel* erin vanzelfsprekend sterk verschillend van deze van het Belgische en Duitse grondwettelijk hof. De invoering van de *question prioritaire*-procedure heeft dan wel tot meer vergelijkingspunten geleid.²²⁵⁴ Ook de procedure voor het *Supreme Court* verschilt danig van deze voor het Grondwettelijk Hof. De verschillen vinden grotendeels hun oorzaak in het gerechtelijk systeem: de *common law* en het feit dat het *Supreme Court* een hoogste rechtscollege is, dat in laatste aanleg rechtsgeschillen beslecht en waarvoor ook grondwettigheidsvragen kunnen worden opgeworpen. Eveneens wordt onderzocht of de rechtsleer van de vier onderzochte landen bepaalde elementen van de rechtspleging in een rechtsstatelijk perspectief bekritiseert.

1. HET LOT VAN HET GEDING

784. *Het lot van het geding* – Voor België (A) en voor Duitsland, Frankrijk en de Verenigde Staten van Amerika (B) wordt hieronder onderzocht of het grondwettelijk hof uit eigen beweging een zaak kan beslechten, of het kan weigeren om een zaak te beslechten, dan wel of het de rechtspleging kan voortzetten nadat de partijen afstand van geding hebben gedaan.

A. HET GRONDWETTELIJK HOF

785. *Geding aanhangig maken* – Op eigen initiatief kan het Grondwettelijk Hof niet een wet vernietigen of ongrondwettig verklaren: alleen indien op ontvankelijke wijze een beroep tot vernietiging wordt ingediend of een prejudiciële vraag wordt gesteld, is het hof bevoegd om uitspraak te doen.²²⁵⁵ Deze regel geldt op absolute wijze.²²⁵⁶

²²⁵¹ BVerfG 29 januari 1974, *BVerfGE*, 36, 342 (357) en 11 juli 1961, *BVerfGE*, 13, 54 (94).

²²⁵² Voor een opsomming van wat het *Bundesverfassungsgericht* in zijn eerste werkingsjaar heeft beslist, zie BVerfG 8 december 1952, *BVerfGE* 2, 79.

²²⁵³ Voor de verdediging van het afschaffen van het gebruik van de termen "objectief en subjectief contentieux", zie onder meer S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2000, 215.

²²⁵⁴ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 347 en T. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, 41.

²²⁵⁵ GwH 18 juni 1992, nr. 48/1992, 1.B.

²²⁵⁶ Bij het ontwerp van wet "houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof" heeft de Raad van State voorgesteld om het Grondwettelijk Hof een ambtshalve saisine toe te kennen: indien het Grondwettelijk Hof een wetgevende norm vernietigt, zou het, zelfs ambtshalve, uitspraak kunnen doen over andere wetgevende normen die hetzelfde voorwerp als de vernietigde wetgevende norm hebben. Zie Adv.RvS bij het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-1982, nr. 246/1, 45. De wetgever heeft dit voorstel niet

786. *Afstand bij beroep tot vernietiging* – In beginsel beslissen de verzoekende partijen over het voortbestaan van het geding voor het Grondwettelijk Hof.²²⁵⁷ Krachtens het oude artikel 98 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof konden alleen de institutionele verzoekers afstand van een beroep tot vernietiging doen. Daar het recht om afstand te doen nauw samenhangt met het recht een beroep tot vernietiging in te stellen, heeft het hof dit recht ook aan de niet-institutionele partijen toegekend.²²⁵⁸ Deze rechtspraak werd in 2014 in het gewijzigde artikel 98 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof gecodificeerd.

Omdat “een beroep tot vernietiging een materie betreft die van openbare orde is en het Grondwettelijk Hof ambtshalve middelen kan opwerpen”, heeft de wetgever aan het Grondwettelijk Hof de bevoegdheid toegekend om over een afstand van het geding²²⁵⁹ te oordelen.²²⁶⁰ Het hof mag een afstand weigeren, bijvoorbeeld wanneer het over een bevoegdheidsgeschil gaat. VELAERS en MOERENHOUT geven aan dat het hof bij zijn oordeelsvorming ermeê rekening moet houden dat er regels van openbare orde in het geding kunnen zijn.²²⁶¹ Het hof wijst evenwel doorgaans de afstand toe, doch steeds eraan toevoegend dat niets zich ertegen verzet.²²⁶² De zeldzame weigeringen worden door procedurele redenen ingegeven: de afstand heeft geen voorwerp, omdat het beroep onontvankelijk is²²⁶³ of het staat niet vast dat het bevoegde orgaan tot de afstand heeft beslist²²⁶⁴. Het Grondwettelijk Hof heeft nog nooit om substantiële redenen geweigerd, ook niet wanneer (wellicht²²⁶⁵) de schending van bevoegdheidverdelende regels of van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie²²⁶⁶ in het geding was.²²⁶⁷

aanvaard, maar heeft de institutionele verzoeker – en in 2003 elke belanghebbende – de mogelijkheid toegekend om in voorkomend geval binnen de (heropende) termijn van zes maanden een beroep tot vernietiging in te stellen (art. 4, eerste lid Bijz. Wet GwH). Zie onder meer C. NYSSENS en M.-F. RIGAUX, "Législateur et juge constitutionnel: complices ou rivaux?", in X (ed.), *La responsabilité professionnelle des magistrats*, Brussel, Bruylant, 2007, 207. Ook de gewone en administratieve rechter mogen niet zelf een zaak aanhangig maken, zie B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 67 e.v. en A. VAN STEENBERGE, "De uitbreiding van het voorwerp van het beroep bij de Raad van State tijdens de procedure", *TBP* 2008-09, (523) 525.

²²⁵⁷ Ook een gedeeltelijke afstand is mogelijk, zie GwH 14 september 2006, nr. 137/2006, B.1. Partijen kunnen ook afstand doen van een middel, zie GwH 24 mei 1988, nr. 54/1988, 5.B.1. en 7.B.

²²⁵⁸ Onder meer GwH 9 november 1999, nr. 77/95 en GwH 30 maart 1999, nr. 40/99, B.2.

²²⁵⁹ Met een afstand van geding, doet men afstand van het beroep tot vernietiging, maar niet van de rechtsvordering. Afstand van rechtsvordering is slechts mogelijk met betrekking tot een recht dat mag worden prijsgegeven en waarover de partij kan beschikken. Artikel 823 Ger.W. De grondrechten en de bevoegdheidverdelende regels zijn niet zulke rechten of rechtsregels. Het staat eenieder vrij om, in een concreet geschil, alsnog de rechter trachten te overtuigen om een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen.

²²⁶⁰ Artikel 98, derde lid Bijz. Wet GwH. Zie Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl. St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 217.

²²⁶¹ R. MOERENHOUT, "Commentaar bij art. 98-99 Bijz. W. 6 januari 1989", in X (ed.), *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer* Mechelen, Kluwer, 1995, 3 en J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 511.

²²⁶² Onder meer GwH 30 oktober 2013, nr. 142/2013 en 20 maart 2013, nr. 41/2013.

²²⁶³ GwH 9 februari 1995, nr. 15/1995, B.5. en 22 juni 1994, nr. 49/1994, B.3.2.

²²⁶⁴ GwH 4 juli 1995, nr. 54/1995, B.7.

²²⁶⁵ In de arresten waarin afstand wordt toegekend, wordt immers niet uiteengezet welke middelen de verzoekende partij had ingeroepen, doch één en ander valt wel te vermoeden. Zo werd wellicht de schending van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie opgeworpen in GwH 30 oktober 2013, nr. 142/2013 en 17 maart 2010, nr. 24/2010 (gelet op het schorsingarrest van 23 april 2009, nr. 69/2009) en de schending van de bevoegdheidverdelende regels in GwH 17 maart 2010, nr. 28/2010, 2 (het arrest verwijst naar het protocolakkoord van 14 december 2009 “betreffende de relatie tussen

In één zaak heeft het Grondwettelijk Hof zelfs de afstand van geding aanvaard, nadat het ambtshalve een middel over de schending van een bevoegdheidverdelende regel (de economische en monetaire unie) had opgeworpen.²²⁶⁸ Hieruit blijkt hoe sterk het Grondwettelijk Hof vasthoudt aan het beginsel dat de partijen het bestaan van het geding bepalen. Dit arrest werd bekritiseerd.²²⁶⁹ Aan het hof kan worden verweten dat het in zijn arrest niet uitlegt waarom het de afstand aanvaardt. Dat ware wenselijk geweest, mede gelet op de rechtspraak van het Hof van Cassatie en van de Raad van State, die wel een met de openbare orde strijdige of onwettige schikking of afstand van geding weigeren.²²⁷⁰

787. *Afstand bij prejudiciële vraag* – Krachtens artikel 99 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof blijft het rechtscollege dat de prejudiciële vraag heeft gesteld meester van de procedure en oordeelt het of afstand van de prejudiciële vraag moet worden gedaan. Hierover heeft het Grondwettelijk Hof in beginsel geen beoordelingsbevoegdheid.

788. *Terugzenden of geen antwoord behoeven* – Toch durft het Grondwettelijk Hof te weigeren een prejudiciële vraag te beantwoorden. Gemiddeld tweemaal per jaar zendt het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag terug naar het verwijzende rechtscollege, met de vraag of het antwoord erop (nog) nuttig is, gelet op een evolutie in de wetgeving²²⁷¹, een nieuw element in de zaak²²⁷², een ommekeer in de zienswijze van de administratie, die voor het hof wordt bevestigd²²⁷³, de intrekking van de administratieve handeling die het voorwerp van de procedure bij de Raad van State uitmaakt²²⁷⁴, de twijfel over de pertinentie van de vraag²²⁷⁵ of een recent arrest van het Grondwettelijk Hof²²⁷⁶. Het staat

zorg- en bijstandsverleners van de erkende diensten voor thuishulp en beoefenaars van gezondheidszorgberoepen die werkzaam zijn in de thuiszorg”, dat op zijn beurt verwijst naar artikel 128 Gw. en de afspraak om afstand te doen).

²²⁶⁶ GwH 12 juni 2012, nr. 73/2012, B.2.2. (het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie in onderwijszaken, artikelen 10, 11 en 24 Gw.).

²²⁶⁷ Ook niet wanneer de gegrondheid van het beroep vaststond, gelet op eerdere rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Zie GwH 29 januari 2014, nr. 19/2014 (Decreet van het Waalse Gewest van 12 februari 2009 “ter bekrachtiging van de vergunning afgeleverd voor de aanleg van een weg van het type RGG (E420) tussen Frasnes-lez-Couvin en Brûly (singelweg Couvin en verkeersverbinding Couvin-Brûly) overeenkomstig het decreet betreffende enkele vergunningen waarvoor er dringende redenen van algemeen belang bestaan”: in deze procedure werden wellicht dezelfde middelen ingeroepen als deze die aanleiding hebben gegeven tot de arresten van 22 november 2012, nr. 144/2012 en van 21 februari 2013, nr. 11/2013), waarbij het decreet van 17 juli 2008 en een soortgelijk bekrachtigingsdecreet werden vernietigd.

²²⁶⁸ GwH 9 januari 1996, nr. 2/1996 (economische en monetaire unie).

²²⁶⁹ F. TULKENS, "Désistement et moyen d'office dans le contentieux constitutionnel", *Rev.B.Dr.Const.* 1996, 37-41.

²²⁷⁰ Voor het Hof van Cassatie, zie B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 535 e.v., die overigens verdedigt dat ook in zaken die de openbare orde raken afstand van geding in hoger beroep en berusting moeten worden toegestaan. Voor de Raad van State, zie onder meer RvS 4 december 2007, nr. 177.579, *Simogel/CREG* en 7 januari 1991, nr. 36.167, *Demulder*.

²²⁷¹ Onder meer GwH 4 juni 2013, nr. 77/2013, B.10.6.; 4 oktober 2007, nr. 125/2007, B.7.; 21 maart 2007, nr. 45/2007, B.8.; 29 november 2006, nr. 183/2006, B.3- B.4. en 26 mei 1999, nr. 57/1999, B.5.

²²⁷² Onder meer GwH 14 maart 2013, nr. 38/2013, B.4.3. en 22 april 2010, nr. 33/2010, B.5.

²²⁷³ Onder meer GwH 17 december 1997, nr. 79/1997, B.4.

²²⁷⁴ Onder meer GwH 22 mei 2013, nr. 69/2013, B.4. en 1 september 2008, nr. 133/2008, B.2-B.3.

²²⁷⁵ Onder meer GwH 16 december 1998, nr. 137/1998, B.2-B.3.

²²⁷⁶ Onder meer GwH 20 november 2008, nr. 162/2008, B.4.2.

het rechtscollege wel vrij opnieuw een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen.

Vaker oordeelt het Grondwettelijk Hof echter dat de prejudiciële vraag voor de oplossing van het bodemgeschil geen antwoord behoeft, omdat de vraag betrekking heeft op wetgeving die in het bodemgeschil niet moet worden toegepast²²⁷⁷, omdat de eventuele ongrondwettigheid haar grondslag niet in de in het geding zijnde bepalingen vindt²²⁷⁸, omdat de vraag uitgaat van een verkeerde lezing van de in het geding zijnde bepaling²²⁷⁹, omdat de prejudiciële vraag van een verkeerde stelling uitgaat²²⁸⁰, of omdat het antwoord niet nuttig is voor de oplossing van het geschil²²⁸¹...

B. BUITENBLIK

789. *Rechtsstaten* – In het bepalen van het bestaan van het geding is het Grondwettelijk Hof aldus niet actief: het is het hof verboden te beslissen een zaak naar zich toe te trekken. De Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof kent het hof daarentegen wel de bevoegdheid toe om een afstand van geding te weigeren, wat het hof evenwel nooit om inhoudelijke redenen doet. Hieronder wordt nagegaan of de andere onderzochte grondwettelijke hoven op dezelfde wijze met het bestaan van het geding omgaan.

(1) HET BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

790. *Geding inleiden* – Ook in Duitsland kan het *Bundesverfassungsgericht* niet beslissen over de inleiding van een geding. Het *Dispositionsmaxime* (beschikkingsbeginsel)²²⁸²

²²⁷⁷ Onder meer GwH 25 april 2013, nr. 61/2013, B.5.4; 20 oktober 2009, nr. 163/2009, B.14 en 14 mei 2009, nr. 80/2009, B.3.4.

²²⁷⁸ Onder meer GwH 31 juli 2013, nr. 109/2013, B.4; 14 mei 2009, nr. 82/2009, B.6 en 21 januari 2009, nr. 13/2009, B.12.

²²⁷⁹ Onder meer GwH 11 maart 2009, nr. 50/2008, B.9.

²²⁸⁰ Onder meer GwH 17 januari 2008, nr. 8/2008, B.4. Met dit arrest weigert het Grondwettelijk Hof uitspraak te doen in een sterk gemediatiseerde zaak, met name of artikel 759 Ger.W., dat toehoorders verplicht de zittingen in een rechtbank "met ongedekten hoofde, eerbiedig en stilzwijgend" bij te wonen, ook verbiedt dat toehoorders religieuze hoofddeksels dragen. Uit de motivering van het verwijzingsarrest blijkt immers dat de toehoorder niet omwille van religieuze, maar omwille van medische redenen weigerde zijn muts af te zetten. Zie ook T. SCHEIR, "De politie van de terechtzitting: "Contempt of court" naar Belgisch recht", *RW* 2009-10, (346) 348.

²²⁸¹ Onder meer GwH 26 september 2013, nr. 125/2013, B.14; 30 mei 2013, nr. 74/2013, B.18.5 en 18 april 2013, nr. 52/2013, B.3.5. Het Grondwettelijk Hof erkent dat deze beoordeling eigenlijk de verwijzende rechter toekomt, maar meent dat wanneer het antwoord op een prejudiciële vraag klaarblijkelijk niet nuttig is voor de oplossing van het geschil, het hof geen antwoord moet geven.

²²⁸² De Duitse rechtsleer maakt een onderscheid tussen het *Amtsbetrieb* (het recht en de plicht van het *Bundesverfassungsgericht* om ambtshalve over de voortgang en de inhoud van een aanhangig gemaakte zaak te beslissen) en het *Dispositionsmaxime* dat de vraag behelst of de partijen door afstand van hun vordering de rechtspleging kunnen beëindigen. E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 126 (§ 13, nr. 275). Voorts bestaat er ook nog het *Verhandlungsmaxime* (het beginsel dat de partijen de zeggenschap over de feitelijke beweringen en het bewijs hebben) en het *Parteibetrieb* of *Offizialbetrieb* (bij *Parteibetrieb* is de voortgang van de

verbiedt het hof een zaak naar zich toe te trekken: het hof is slechts bevoegd, nadat een zaak met een schriftelijk en gemotiveerd verzoekschrift aanhangig wordt gemaakt.²²⁸³

791. Filter – Niet alle verzoekschriften leiden evenwel tot een arrest van het *Bundesverfassungsgericht*. De toevloed van zaken heeft ertoe geleid dat voor de *Verfassungsbeschwerde* en voor de concrete normencontrole een commissie (*Kammer*) van drie rechters over de toelaatbaarheid van een zaak beslist.²²⁸⁴ De filter is streng: slechts één op de zesendertig *Verfassungsbeschwerden* wordt toegelaten en aldus door een *Senat* beoordeeld.²²⁸⁵ Wellicht worden af en toe ontvankelijke en soms zelfs gegronde verzoekschriften niet voor beslissing aangenomen.²²⁸⁶ Deze procedure kent het hof zulke ruime beoordelingsruimte toe, dat BÉGUIN de vraag stelt of achter de *Verfassungsbeschwerde* niet in wezen een soort van autosaisine zit, waarbij de grondwettelijke rechter beslist welke zaken hij behandelt.²²⁸⁷ SCHLAICH stelt dat het *Bundesverfassungsgericht* bepaalde zaken kiest, wanneer het oordeelt dat een evolutie in het grondwettelijk recht noodzakelijk is.²²⁸⁸ De filter mag evenwel niet als een "loterijspel" worden bestempeld: anders dan bij het *Supreme Court* zouden alleen juridische

procedure afhankelijk van partij-initiatief, bij *Offizialbetrieb* kan de rechter ambtshalve de termijnen vastleggen of de procedure schorsen). B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 7-8. Zie ook H. SCHOLLER en S. BROß, *Verfassungs- und Verwaltungsprozeßrecht*, Bonn, Stoffuß Verlag, 1980, 43.

²²⁸³ Artikel 23 *BVerfGG*. Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 149 (§ 15, nr. 331); O. KLEIN, "Der Streitgegenstand der Verfassungsbeschwerde", in H. RENSEN en S. BRINK (eds.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlijn, De Gruyter Recht, 2009, 91; H. LECHNER en R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 86 en H. SCHOLLER en S. BROß, *Verfassungs- und Verwaltungsprozeßrecht*, 43. Als uitzondering op dit beginsel, vermeldt DI MANNO de bevoegdheid van het *Bundesverfassungsgericht* om, naar aanleiding van de grondwettigheidstoetsing van een administratieve akte of een rechterlijke beslissing, ambtshalve de grondwettigheid te toetsen van de wetgevende norm waarop de administratieve akte of rechterlijke beslissing berust. Hij erkent dat het hier evenwel om een ambtshalve saisine gaat, en niet om een "autosaisine". T. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, 75.

²²⁸⁴ Artikel 81a *BVerfGG* (concrete normencontrole) en artikel 93a (*Verfassungsbeschwerde*). De beslissingen hierover moeten niet worden gemotiveerd. Dit gebeurt evenwel meer en meer, waardoor thans die beslissingen ook apart worden gepubliceerd. Duitse auteurs wijzen daarom op een dreigende "Verkammerung" van de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht*. Zie K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 185 (nr. 265). Van bij de invoering van de *Verfassungsbeschwerde* is er (terechte) bekommernis geweest om de toevloed van zaken beheersbaar te maken. Verscheidene technieken zijn geprobeerd (voorafgaande rechtspleging, aanvaardingsbeslissing, financiële drempels). E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 184-186 (§ 19, nr. 425-429) en K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 180-181 (nrs. 259-260).

²²⁸⁵ K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 185 (nr. 265) en D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 1285 (§ 93b nr. 31).

²²⁸⁶ J.-C. BÉGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Parijs, Economica, 1982, 120 en zijn verwijzingen naar de Duitse rechtsleer.

²²⁸⁷ BÉGUIN, op een colloquium, geciteerd door T. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, 77. Doch in ieder geval blijft het beginsel overeind dat de grondwettelijke rechter zichzelf niet kan adiëren.

²²⁸⁸ Mondeling op een colloquium, geciteerd door T. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, 77.

argumenten en geen opportuniteitsoverwegingen bepalen of een zaak door het hof wordt aangenomen.²²⁸⁹

Ook voor de ontvankelijkheid van de *konkrete Normenkontrolle* is het hof streng: in zijn verwijzingsbeslissing moet de rechter argumenteren waarom hij een norm ongrondwettig acht, waarbij hij rekening moet houden met de relevante in de rechtsleer en de rechtspraak ontwikkelde wetsinterpretaties.²²⁹⁰ Daarmee geeft het hof de indruk de procedure te willen bemoeilijken en de toegang te willen beperken.²²⁹¹

792. *Afstand* – Het *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* regelt niet de afstand van het geding bij normencontrole.²²⁹² Het *Bundesverfassungsgericht* heeft geoordeeld dat, eens het geding voor abstracte normencontrole bij het *Bundesverfassungsgericht* aanhangig is gemaakt, zijn voortbestaan niet van de wil van de verzoekende partij alleen afhankelijk is. Zelfs indien de verzoekers afstand doen, kan, indien het algemeen belang dit vereist, de rechtspleging worden verdergezet.²²⁹³ Doorgaans wordt de afstand wel aanvaard.²²⁹⁴ Bij concrete normencontrole is afstand mogelijk, indien de verwijzing naar het *Bundesverfassungsgericht* haar grondslag verliest: de rechtspleging wordt beëindigd.²²⁹⁵

Bij *Verfassungsbeschwerde* ligt het voortbestaan van het geding in beginsel in handen van de verzoeker.²²⁹⁶ Zoals bij de abstracte normencontrole, acht het hof zich bevoegd om, ondanks afstand door de verzoekende partij, toch een oordeel te vellen, indien de zaak van algemene betekenis²²⁹⁷ is, het objectieve grondwettelijk recht moet worden gehandhaafd

²²⁸⁹ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 191 (§ 19, nr. 444) en, voor de rechtspraak over de criteria op grond waarvan een zaak wordt aangenomen, 194 e.v. (§ 19, nrs. 451-452).

²²⁹⁰ Onder meer BVerfG 7 december 1988, *BVerfGE* 79, 240 (243).

²²⁹¹ K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 119 (nr. 146).

²²⁹² De *BVerfGG* regelt dit alleen voor vorderingen tegen de President of tegen rechters (art. 52 en 58, eerste lid *BVerfGG*). E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 149 (§ 15, nr. 333) en H. LECHNER en R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 87.

²²⁹³ BVerfG 30 juli 1952, *BVerfGE*, 1, 396 (414). ("Ist durch einen solchen Antrag das Verfahren in Gang gesetzt, so ist es in der Tat in seinem weiteren Verlauf der Verfügung des Antragstellers entzogen, so daß für die Gestaltung und Durchführung des Verfahrens nicht die Anträge und Anregungen des Antragstellers, sondern ausschließlich Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses maßgebend sind. Hieraus folgt z. B., daß die Zurücknahme eines zulässigen Antrages auf Durchführung eines Normenkontrollverfahrens nicht notwendigerweise zur Einstellung des Verfahrens führen müßte.")

²²⁹⁴ Onder meer in BVerfG 31 oktober 2002, 1 BvF 1/96 en 25 september 1992, *BVerfGE* 87, 152. Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 151 (§ 15, nr. 338); R. FLEURY, *Verfassungsprozessrecht*, Keulen/München, Carl Heymanns Verlag, 2008, 25; H. SCHOLLER en S. BROß, *Verfassungs- und Verwaltungsprozeßrecht*, 44 en D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 959 (§ 78, nr. 5). Doch niet in onder meer BVerfG 3 maart 2004, 1 BvF 3/92, nr. 81.

²²⁹⁵ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 151 (§ 15, nr. 339) en H. LECHNER en R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 88 en 446.

²²⁹⁶ O. KLEIN, "Der Streitgegenstand der Verfassungsbeschwerde", 91 en R. ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde (2013)*, nr. 1097. Het gebeurt in vijf tot zeven procent van de zaken. Het kan ook nog na de mondelinge terechtzitting.

²²⁹⁷ In de zin van artikel 90, tweede lid, 2 *BVerfGG*. Over de beoordeling wat van "algemene betekenis" is, valt te redetwisten. In BVerfG 12 mei 1998, *BVerfGE* 98, 218, oordeelt het hof dat het – ondanks de afstand – een oordeel moet vellen over de invoering van een nieuwe Duitse spelling (deze schendt het grondrecht op zorg en opvoeding van kinderen, de handelingsvrijheid, het beginsel van de rechtsstaat en het recht op gehoor niet). Voor principiële kritiek hierop, zie E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN,

en de uitlegging en de ontwikkeling van het grondwettelijk recht moeten worden gewaarborgd.²²⁹⁸ Opnieuw staat het hof doorgaans de afstand toe.²²⁹⁹

793. *Schikking* – Een moeilijke maar praktisch belangrijke vraag is of een grondwettelijk geschil met een schikking kan worden beëindigd. In elk geval is dit uit te sluiten bij geschillen waarin er geen twee of meerdere procespartijen zijn die over rechten en plichten strijden waarover zij kunnen beschikken: bij de normencontrole en de *Verfassungsbeschwerde* is dit dan ook uitgesloten.²³⁰⁰ In één zaak, een samenvoeging van een abstracte normencontrole en een *Verfassungsbeschwerde*, heeft het *Bundesverfassungsgericht* evenwel tussen de partijen bemiddeld. Het stelde voor dat de partijen in goed overleg tot een overeenkomst zouden komen: de ene partij zou de wet in een bepaalde zin aanpassen en de andere partijen zouden afstand doen. Het ging niet om een schikking in de ware zin van het woord, omdat de partijen geen beschikkingsrecht over deze rechten en plichten hadden. De partijen volgden het hof: de wet werd gewijzigd en de meeste partijen hebben afstand van geding gedaan.²³⁰¹

794. *Geen antwoord* – Het *Bundesverfassungsgericht* beëindigt de procedure van concrete normencontrole *proprio motu*, indien de verwijzingsbeslissing intussen is hervormd, indien er nieuwe feiten zijn, indien de in het geding zijnde norm intussen is opgeheven of indien het *Bundesverfassungsgericht* de in het geding zijnde norm in een andere procedure ongrondwettig heeft verklaard.²³⁰² In een zaak heeft het hof niet geantwoord aan de verwijzende rechter, omdat de vordering van de verzoekende partij in

Verfassungsprozessrecht (2012), 150 (§ 15, nr. 335) (voetnoot 18), die, alles in acht genomen, dit arrest toch goedkeuren, omdat de verzoekende partij slechts twee maanden na de terechtzitting en één week voor de aangekondigde uitspraak afstand heeft gedaan.

²²⁹⁸ Onder meer BVerfG 13 april 2010, 1 BvR 216/07 en 12 mei 1998, BVerfGE 98, 218 (242). (“*Zwar ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt, daß ein Beschwerdeführer die Verfassungsbeschwerde nachträglich zurücknehmen kann. Auch hat dies grundsätzlich zur Folge, daß das Beschwerdebegehren nicht mehr zur Entscheidung steht. Dieser Grundsatz gilt aber nicht ausnahmslos. Er kommt jedenfalls dann nicht zum Tragen, wenn das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde vor Abschluß des fachgerichtlichen Hauptsacheverfahrens nach § 93a BVerfGG im Hinblick darauf zur Entscheidung angenommen hat, daß die Beschwerde im Sinne des § 90 II 2 BVerfGG von allgemeiner Bedeutung ist, wenn deswegen über sie mündlich verhandelt worden ist und wenn die allgemeine Bedeutung auch in der Zeit bis zur Urteilsverkündung nicht entfallen ist. In einem solchen Fall liegt die Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens nicht mehr in der alleinigen Dispositionsbefugnis des Beschwerdeführers. Vielmehr steht unter diesen Umständen die Funktion der Verfassungsbeschwerde, das objektive Verfassungsrecht zu wahren sowie seiner Auslegung und Fortbildung zu dienen, gegenüber dem Interesse des Beschwerdeführers an verfassungsgerichtlichem Individualrechtsschutz derart im Vordergrund, daß es geboten ist, im öffentlichen Interesse trotz der Rücknahme der Verfassungsbeschwerde zur Sache zu entscheiden und den Ausgang des Verfahrens nicht von Verfahrenshandlungen des Beschwerdeführers abhängig zu machen.*”) Voor kritiek op dit laatste arrest, zie O. KLEIN, "Der Streitgegenstand der Verfassungsbeschwerde", 93. Dat in de *Verfassungsbeschwerde* zowel de subjectieve rechtsbescherming als de objectieve functie met betrekking tot de naleving van de *Grundgesetz* worden beoogd, blijkt ook uit de voorwaarden waaronder het *Bundesverfassungsgericht* een *Verfassungsbeschwerde* aanvaardt (art. 93a BVerfGG).

²²⁹⁹ Onder meer BVerfG 31 oktober 2002, 1 BvF 1/96.

²³⁰⁰ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 152 (§ 15, nr. 341) en H. LECHNER en R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, vor § 17, nr. 19.

²³⁰¹ BVerfG 11 december 2001, 1 BvF 1/96. Voor sterke kritiek hierop, zie E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 152 (§ 15, nr. 342), en meer verwijzingen aldaar.

²³⁰² E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 340 (§ 24, nr. 829).

het bodemgeskil onontvankelijk was.²³⁰³ Het antwoord van het *Bundesverfassungsgericht* moet immers onontbeerlijk zijn voor de oplossing van het bodemgeskil. De verwijzende rechter moet deze onontbeerlijkheid motiveren, maar deze wordt door het *Bundesverfassungsgericht* getoetst: als het hof meent dat de opvatting van de verwijzende rechter daaromtrent klaarblijkelijk onhoudbaar is ("*offensichtlich unhaltbar*"), aanvaardt het hof de zaak niet.²³⁰⁴

795. Evaluatie – In de Duitse rechtsleer verdedigt niemand een mogelijke autosaisine voor het *Bundesverfassungsgericht*. Wel is er kritiek op de rechtspraak van het hof over het voortbestaan van het geding. Bij afstand van de vordering door de verzoekende partij bij abstracte normencontrole of bij *Verfassungsbeschwerde*, zou het *Bundesverfassungsgericht* slechts alsnog een oordeel mogen vellen, indien de afstand "door wilsgebreken" is aangetast, of indien de afstand een misbruik van het procesrecht inhoudt, om een – op voorhand gelekt – negatief oordeel te vermijden, of indien men het reeds uitgevoerde werk van het hof teniet wil doen.²³⁰⁵

(2) DE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

796. Onderscheid – Omwille van het grote onderscheid in de rechtspleging bij de *a priori*-toetsing en bij de *a posteriori*-toetsing, wordt de vraag of de *Conseil* een rol in het bestaan van het geding heeft voor beide procedures afzonderlijk onderzocht.

(a) De *a priori*-toetsing

797. Van rechtswege saisine – Als enig (onderzocht) grondwettelijk hof toetst de *Conseil constitutionnel* bepaalde normen, zonder dat een partij de zaak aanhangig maakt. Hij geniet evenwel geen "autosaisine", maar wel een "saisine van rechtswege": de *Conseil* toetst van rechtswege alle organieke wetten, alle wetten die aan een referendum worden voorgelegd en alle reglementen van het Parlement.²³⁰⁶ De Eerste minister zendt deze normen aan de *Conseil constitutionnel*: de begeleidende brief kan de hoogdringendheid vermelden, doch geen middel van ongrondwettigheid.²³⁰⁷ Andere wetten moeten aanhangig worden gemaakt: door de President, door de Eerste minister, door de voorzitter van de *Assemblée nationale*, door de voorzitter van de Senaat, door zestig leden van de *Assemblée nationale* of door zestig senatoren.²³⁰⁸

²³⁰³ Deze rechtspraak is sterk omstreden. K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht* (2012), 124-125 (nrs. 154-156).

²³⁰⁴ BVerfG 12 januari 1983, *BVerfGE* 63, 1. K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht* (2012), 123-124 (nr. 153).

²³⁰⁵ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 149-150 (§ 15 nr. 335) en O. KLEIN, "Der Streitgegenstand der Verfassungsbeschwerde", 93.

²³⁰⁶ Artikel 46, vijfde lid en 61 *Constitution*.

²³⁰⁷ Artikel 17 Organieke Wet *Conseil constitutionnel*. T. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, 19.

²³⁰⁸ Artikel 61 *Constitution*.

In 1974 poogde de regering van President Valéry GISCARD D'ESTAING de grondwettigheidstoetsing te "depolitiseren"²³⁰⁹ door de *Conseil* een autosaisine toe te kennen. De discussie in het parlement en de rechtsleer duidt de inzet van het debat aan. Verwijzend naar het beginsel dat rechters geen zaken naar zich kunnen toetrekken²³¹⁰, stootte het voorstel op een (niet-unaniem) veto van de *Assemblée nationale* en van de Senaatscommissie: een autosaisine zou het beginsel van de scheiding der machten schenden, de *Conseil* zou tegelijk rechter en partij zijn en onvoldoende objectief kunnen zijn.²³¹¹ Nochtans was er ook discussie over de vraag of een autosaisine de *Conseil* meer of (nog) minder een rechtscollege zou maken. Op dat moment waren de meningen van de parlementsleden (en van de rechtsleer) daarover immers nog verdeeld.²³¹² De enen wilden geen autosaisine omdat de *Conseil* geen rechtscollege, maar een voornamelijk politiek orgaan is²³¹³; anderen meenden dat een autosaisine aan de *Conseil* toekennen, zou inhouden dat de *Conseil* niet langer een rechtscollege zou zijn, maar wel een orgaan dat een politieke voorgedij op de wetgevende vergaderingen zou uitoefenen²³¹⁴.

In de rechtsleer heerste dezelfde verdeeldheid. Degenen die de *Conseil* niet als een rechtscollege beschouwden²³¹⁵, voerden aan dat de autosaisine van de *Conseil* een rechtscollege zou maken, daar eraan een taak zou worden toebedeeld – de bescherming van de fundamentele rechten – die normalerwijze aan een rechter wordt toegekend. Het institutionele toezicht zou meer en meer op een juridictioneel toezicht lijken, waarvoor de Franse rechtsorde nog niet klaar was.²³¹⁶ Degenen die meenden dat de *Conseil* wel een rechtscollege was, verdedigden dat de autosaisine de grondwettigheidstoetsing juist tot een institutioneel toezicht zou herleiden. Het is immers een wezenlijk kenmerk van de rechterlijke functie dat een rechtscollege geen zaak naar zich kan toetrekken.²³¹⁷

798. *Geen afstand* – Noch in de Grondwet noch in de Organieke Wet *Conseil constitutionnel* wordt bepaald of afstand mogelijk is. De *Conseil* heeft in 1996 beslist dat eens een zaak bij de *Conseil constitutionnel* aanhangig is gemaakt, geen afstand kan

²³⁰⁹ *Hand. (Compte rendu Ass. nat.)* 8 oktober 1974, *Journal Officiel*, p. 4861, te vinden op <http://archives.assemblee-nationale.fr/5/cri/1974-1975-ordinaire1/006.pdf>

²³¹⁰ *Hand. (Compte rendu Ass. nat.)* 8 oktober 1974, *Journal Officiel*, p. 4859, te vinden op <http://archives.assemblee-nationale.fr/5/cri/1974-1975-ordinaire1/006.pdf>. Zie ook J.H. REESTMAN, *Constitutionele toetsing in Frankrijk*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1996, 84.

²³¹¹ *Hand. (Compte rendu Ass. nat.)* 8 oktober 1974, *Journal Officiel*, p. 4865, te vinden op <http://archives.assemblee-nationale.fr/5/cri/1974-1975-ordinaire1/006.pdf> en ook een verwijzing naar de procesrechtelijke regel in *Hand. (Compte rendu Ass. nat.)* 10 oktober 1974, p. 4954, te vinden op <http://archives.assemblee-nationale.fr/5/cri/1974-1975-ordinaire1/008.pdf>.

²³¹² Zie *supra*, randnummer 531. Zie ook G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 499-500.

²³¹³ *Hand. (Compte rendu Ass. nat.)* 8 oktober 1974, *Journal Officiel*, p. 4863, te vinden op <http://archives.assemblee-nationale.fr/5/cri/1974-1975-ordinaire1/006.pdf>

²³¹⁴ *Hand. (Compte rendu Ass. nat.)* 8 oktober 1974, *Journal Officiel*, p. 4865, te vinden op <http://archives.assemblee-nationale.fr/5/cri/1974-1975-ordinaire1/006.pdf>

²³¹⁵ Onder meer *Hand. (Compte rendu Ass. nat.)* 10 oktober 1974, p. 4955, te vinden op <http://archives.assemblee-nationale.fr/5/cri/1974-1975-ordinaire1/008.pdf>.

²³¹⁶ P. JUILLARD, "Difficulté du changement en matière constitutionnelle: Aménagement de l'article 64 de la Constitution", *RDV* 1974, (1705) 1758.

²³¹⁷ J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", 1754.

worden gedaan: alleen bij bewijs van materiële fout, bedrog of wilsgebrek kan de *Conseil constitutionnel* akte nemen van een afstand.²³¹⁸

In 1997 wordt gesteld dat de onmogelijkheid om afstand te doen van de *a priori*-toetsing van een wet²³¹⁹ bevestigt dat de *Conseil constitutionnel* geen rechtscollege is: de grondwettigheidstoetsing van wetten is een abstract en objectief contentieux.²³²⁰ Met deze rechtspraak zou de *Conseil* bevestigen dat hij de beschermer van de *Constitution* is, waarop hij ook zijn bevoegdheid steunt om het onderwerp en het voorwerp van het geding uit te breiden en om niet-gemotiveerde verzoekschriften ontvankelijk te achten.²³²¹ De *Conseil* oefent eerder een *institutioneel* dan een *jurisdictioneel* toezicht uit: de grondwettigheidstoetsing van de wet beoogt niet de rechtsbescherming van een individu, maar wel de bescherming van de hiërarchie der normen.²³²² Bovendien zou het toestaan van afstand tot praktische problemen voor de *Conseil* leiden: de *Conseil* moet binnen de maand uitspraak doen en omdat op geen moment “de debatten worden gesloten”, zou het oordeel van de *Conseil* steeds afhankelijk zijn van de wil van de verzoekende partij, die zelfs afstand zou kunnen doen ná de beraadslaging door de *Conseil*, waarvan de datum immers niet op voorhand kenbaar wordt gemaakt.²³²³ Deze overwegingen gelden evenwel ook in België en Duitsland.

Vandaag kan niet meer worden betwist dat de *Conseil*, ook in de *a priori*-toetsing, een rechtscollege is. Andere gronden moeten dan ook rechtvaardigen dat de *Conseil* mag weigeren een afstand in te willigen. Een voormalig *Conseiller* legt uit dat een wet niet zomaar bij de *Conseil* aanhangig mag worden gemaakt: zestig parlementsleden moeten een verzoekschrift ondertekenen. Afstand toestaan zou ertoe leiden dat (partiële) afstand het voorwerp van politieke onderhandelingen wordt, wat de aard van de grondwettigheidstoetsing in het gedrang zou brengen.²³²⁴

Door de invoering van de *question prioritaire* is een afstand van geding bij de *a priori*-toetsing evenwel niet meer het einde van het verhaal en verliest de onmogelijkheid om afstand te doen haar belangrijkste grondslag.²³²⁵ De grondwettigheid van een wet kan

²³¹⁸ Cons. const. 30 december 1996, nr. 96-386 DC, nr. 4. (“*qu'aucune disposition de la Constitution non plus que de la loi organique relative au Conseil constitutionnel ne permet aux autorités ou parlementaires habilités à déférer une loi au Conseil constitutionnel de le dessaisir en faisant obstacle à la mise en oeuvre du contrôle de constitutionnalité engagé; que dès lors, hormis les cas d'erreur matérielle, de fraude ou de vice du consentement, le Conseil constitutionnel ne saurait prendre en compte des déclarations exprimées en ce sens*”) en bevestigd in 16 december 1999, nr. 99-421 DC, nr. 3.

²³¹⁹ Afstand van geding is wel mogelijk in kieszaken, doch de rechtspleging in dit contentieux wordt in dit proefschrift niet besproken. Onder meer P. MAZEAUD, “La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité”, Erevan, 29 september - 2 oktober 2005, 6.

²³²⁰ J. BENETTI, “La saisine parlementaire (au titre de l'article 61 de la Constitution)”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2013, (85) 94 en J.-P. CAMBY, “La saisine du Conseil constitutionnel ou l'impossible retrait”, *RDP* 1997, (5) 7.

²³²¹ In tegenstelling tot het kiescontentieux, zie J.-P. CAMBY, “La saisine du Conseil constitutionnel ou l'impossible retrait”, 8.

²³²² J.-P. CAMBY, “La saisine du Conseil constitutionnel ou l'impossible retrait”, 10.

²³²³ J.-P. CAMBY, “La saisine du Conseil constitutionnel ou l'impossible retrait”, 7-8.

²³²⁴ J.-P. CAMBY, “La saisine du Conseil constitutionnel ou l'impossible retrait”, 7-8 en J. ROBERT en D. ROUSSEAU, “Neuf années au Conseil constitutionnel”, 1754-1755.

²³²⁵ TH. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé*, 2008, II.B.

alsnog worden getoetst. Laten we daarom bekijken welke rechtsregels het lot van de prioritaire vraag bepalen.

(b) De prioritaire vraag

799. *Aanhangig maken* – Zoals bij de *a priori*-toetsing en bij de andere onderzochte grondwettelijke hoven, kan de *Conseil* ook bij *a posteriori*-toetsing slechts een oordeel vellen wanneer een zaak aanhangig wordt gemaakt. Indien een partij in een procedure voor de gewone of administratieve rechter opwerpt dat de wet de grondwettelijke fundamentele rechten en vrijheden of de internationale verplichtingen van Frankrijk schendt, maakt de rechter deze prioritaire vraag onmiddellijk over aan het Hof van Cassatie of de Raad van State over, die beslist om de vraag bij de *Conseil constitutionnel* aanhangig te maken.²³²⁶

800. *Geen afstand* – Zoals bij de *a priori*-toetsing, en in tegenstelling tot de andere onderzochte grondwettelijke hoven, is deze aanhangigmaking definitief. Niet de *Conseil*, maar de wetgever heeft beslist dat het einde van het bodemgeschil, om welke reden dan ook, de procedure bij de *Conseil constitutionnel* niet beëindigt: de *Conseil* zal zijn onderzoek voortzetten en een arrest uitspreken.²³²⁷ Deze bepaling werd bij een door de commissie-verslaggever ingediend amendement²³²⁸ toegevoegd, die oordeelde dat de prioritaire vraag een objectieve vraag is en het algemeen belang en de rechtszekerheid vereisen dat deze wordt beantwoord.²³²⁹ In het rapport van de Commissie wordt benadrukt dat de prioritaire vraag geen prejudiciële vraag is en dus voor zijn voortbestaan niet van het geding afhankelijk is:

“Cette disposition, au même titre que celle relative à la priorité d’examen de la question de constitutionnalité ainsi que celle relative aux personnes compétentes pour soulever ce moyen, devrait permettre d’éviter toute assimilation de la question de constitutionnalité à une question préjudicielle — laquelle, à l’inverse, peut être soulevée d’office par le juge,

²³²⁶ Een schending van de grondwettelijke fundamentele rechten en vrijheden kan niet ambtshalve door de rechter worden opgeworpen, maar wel voor de eerste maal voor het Hof van Cassatie en de Raad van State. Artikelen 23-4 tot 23-5 Organieke Wet *Conseil constitutionnel*. Over de voorwaarden voor het aanhangig maken bij en de toetsing ervan door de *Conseil constitutionnel*, zie Cons. const. 26 juli 2013, nr. 2013-334/335 QPC, nr. 2.

²³²⁷ Artikel 23-9 Organieke Wet *Conseil constitutionnel*. In bepaalde gevallen heeft de *Conseil* toch geen uitspraak gedaan: omwille van onbevoegdheid, wanneer hij eerder al tot (on)grondwettigheid had besloten, wanneer de prioritaire vragen niet op ontvankelijke wijze aanhangig zijn gemaakt, wanneer aan de *Conseil* wordt gevraagd om zijn beslissing uit te breiden of wanneer de in het geding zijnde bepaling nooit in werking is getreden: zie onder meer Cons. const. 9 oktober 2014, nr. 2014-420/421 QPC, nr. 10; 18 oktober 2013, nr. 2013-349 QPC, nr. 3; 26 juli 2013, nr. 2013-334/335 QPC, nr. 2; 8 februari 2013, nr. 2012-293/294/295/296, nr. 2; 27 december 2012, nr. 2012-284R QPC, nr. 1; 4 mei 2012, nr. 2012-252 QPC, nr. 1; 15 februari 2012, nr. 2012-237 QPC, nr. 4; 10 februari 2012, nr. 2011-219 QPC, nr. 5; 30 september 2011, nr. 2011-168 QPC, nr. 8; 22 juli 2011, nr. 2011-152 QPC, nr. 4; 17 december 2010, nr. 2010-79 QPC, nr. 4; 12 november 2010, nr. 2010-63/64/65 QPC, nr. 8 en nr. 2010-61 QPC, nr. 1; 6 oktober 2010, nr. 2010-59 QPC, nr. en 2 juli 2010, nr. 2010-9 QPC, nr. 5.

²³²⁸ Voorgesteld artikel 23-8-1, dat later 23-9 Organieke Wet *Conseil constitutionnel* is geworden.

²³²⁹ Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République, zitting van 3 september 2009, 14u30, *Hand. (Compte rendu Ass. Nat.)* nr. 73, te vinden op http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-cloi/08-09/c0809073.asp#P3_409.

est examinée uniquement si aucun des autres moyens soulevés ne lui permet de régler le litige et ne prospère qu'en lien avec l'instance."²³³⁰

Hiermee bevestigt de wetgever het objectief contentieux-karakter van de grondwettigheidstoetsing door de *Conseil*: ook bij de prioritaire vraag beoogt de grondwettigheidstoetsing de afdwingbaarheid van de hiërarchie der normen en niet zozeer de rechtsbescherming van de burger.²³³¹ De wil van de wetgever indachtig, is het dan ook onwaarschijnlijk dat de *Conseil* zijn rechtspraak over afstand bij *a priori*-toetsing zal herzien.

(3) HET SUPREME COURT

801. *Writ of certiorari* – Evenmin als de andere onderzochte grondwettelijke hoven kan het *Supreme Court* zaken naar zich toe trekken: er moet een *case of controversy* bestaan.²³³² Kenmerkend voor de Angelsaksische rechtssystemen, is dat de rechter, te dezen het *Supreme Court*, wel zaken kan weigeren. Juister gesteld: sinds 1926²³³³ heeft het *Supreme Court* de wettelijke, discretionaire, bevoegdheid om een *writ of certiorari* te verlenen, waarbij het aanvaardt een rechterlijke beslissing te toetsen.²³³⁴ Daardoor bepaalt het *Supreme Court* zelf welke zaken het beslecht.²³³⁵

²³³⁰ Verslag van de Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, nr. 1898, 3 september 2009, te vinden op <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1898.asp>.

²³³¹ Zie ook M. GUILLAUME, "Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme", 72.

²³³² Artikel III, Section 2 *US Constitution*. CH. M. LAMB, "Judicial Restraint on the Supreme Court", 15.

²³³³ Tot 1925 was het *Supreme Court* verplicht om in alle aan hem voorgelegde zaken te beslissen. Om de werklast voor het *Supreme Court* te verminderen, breidde de *Judiciary Act* van 1925 het systeem van *certiorari* uit. Over de historiek van het verlenen van de *writ of certiorari* door het *Supreme Court*, zie M.M. CORDRAY en R. CORDRAY, "The Calendar of the Justices: How the Supreme Court's Timing Affects Its Decisionmaking", *Ariz. St. L.J.* 2004, (183) 5 e.v.; S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice* (10^{de} ed.), 235-238; E. HARTNETT, "Questioning Certiorari: Some Reflections on Seventy-Five Years after the Judges' Bill", *Colum.L.Rev.* 2000, (1643) 1643-1738 en T. WALKER, L. EPSTEIN en W. DIXON, "On the Mysterious Demise of Consensual Norms in the United States Supreme Court", *Journal of politics* 2001, (361) 364.

²³³⁴ Artikel 1254 (1) U.S Code ("Cases in the courts of appeals may be reviewed by the Supreme Court by the following methods: (1) By writ of certiorari granted upon the petition of any party to any civil or criminal case, before or after rendition of judgment or decree"); artikel 1257 U.S. Code ("(a) Final judgments or decrees rendered by the highest court of a State in which a decision could be had, may be reviewed by the Supreme Court by writ of certiorari where the validity of a treaty or statute of the United States is drawn in question or where the validity of a statute of any State is drawn in question on the ground of its being repugnant to the Constitution, treaties, or laws of the United States, or where any title, right, privilege, or immunity is specially set up or claimed under the Constitution or the treaties or statutes of, or any commission held or authority exercised under, the United States.") en artikel 1651 U.S. Code ("(a) The Supreme Court and all courts established by Act of Congress may issue all writs necessary or appropriate in aid of their respective jurisdictions and agreeable to the usages and principles of law.")

²³³⁵ Door het grote aantal aanvragen tot *writ of certiorari*, bestuderen niet langer de rechters deze aanvragen, maar de *law clerks* die zich in een *Cert Pool* hebben verenigd: zij maken een "*pool memo*" op, op grond waarvan de rechters kunnen beslissen of ze *writ of certiorari* zouden toestaan. De *Chief Justice* deelt een "*discuss list*" uit, waarover de rechters zich tijdens een beraadslaging beraden. In beginsel geldt de "*rule of four*": indien vier rechters de *writ of certiorari* willen verlenen, wordt ze

Anders dan het Belgische Hof van Cassatie, is de eerste opdracht van het *Supreme Court* niet om vergissingen in uitspraken van lagere rechtscolleges recht te zetten.²³³⁶ In zijn intern reglement "*Rules of the Supreme Court of the United States*" geeft het *Supreme Court* aan de *writ of certiorari* alleen om "dwingende redenen" ("*compelling reasons*") te verlenen: deze kunnen er zijn bij een "*circuit split*", dit is wanneer de beslissing van een hof²³³⁷ afwijkt van de rechtspraak van een ander hof, al dan niet inzake een belangrijke "*federal question*", of indien het *Supreme Court* meent dat het lagere rechtscollege over een belangrijke rechtsvraag met betrekking tot het federale recht heeft geoordeeld die (definitief) door het *Supreme Court* moet worden beslecht.²³³⁸ In minder dan vier procent van de zaken wordt *certiorari* verleend.²³³⁹

802. Afstand – Er kan op twee wijzen afstand van het geding worden gedaan. Alle partijen kunnen overeenkomen om de procedure te beëindigen: wanneer zij overeenkomen wie welke kosten zal dragen en de kosten aan het hof zijn betaald, zal de *Clerk* de afstand bevelen, zonder tussenkomst van de rechters. Wanneer één partij om afstand verzoekt, kan een andere partij haar bezwaren met betrekking tot de kostenverdeling kenbaar maken. Indien hierover een akkoord wordt bereikt, besluit de *Clerk* eveneens tot afstand van het geding. Wanneer een partij opwerpt dat de verzoekende partij die de afstand vraagt, niet alle verzoekende partijen vertegenwoordigt, zal het *Supreme Court* over de afstand oordelen.²³⁴⁰

verleend. Tenzij een rechter een zaak op de *discuss list* laat plaatsen, wordt voor alle andere zaken de *writ of certiorari* geweigerd. T.S. BISHOP, J.W. SARLES en S.J. KANE, "Tips on Petitioning for and Opposing Certiorari in the U.S. Supreme Court", *Litigation* 2006, (26) 29; M. KAU, *United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht*, 428. en J.P. STEVENS, "The Life Span of a Judge-Made-Rule", *N.Y. Univ. L. Rev.* 1983, (1) 10. Voor meer cijfermateriaal, zie S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice (10^{de} ed.)*, 59 e.v. en over de wenselijkheid van het behoud van de "*rule of four*", zie voormeld artikel van STEVENS. Voorbeelden van *pool memos* zijn te vinden bij L. EPSTEIN, J.A. SEGAL, en H. J. SPAETH, *The Digital Archive of the Papers of Justice Harry A. Blackmun (2007)*, <http://epstein.usc.edu/research/BlackmunArchive.html>.

²³³⁶ Chief Justice VINSON, geciteerd door T.S. BISHOP, J.W. SARLES en S.J. KANE, "Tips on Petitioning for and Opposing Certiorari in the U.S. Supreme Court", 26. Zie ook S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice (10^{de} ed.)*, 64.

²³³⁷ *U.S. appeal court* of een hoogste rechtscollege van een staat. Zie recent, SC 23 juni 2013, *Descamps v. United States*.

²³³⁸ Artikel 10 *Rules of the Supreme Court*. Zie ook T.S. BISHOP, J.W. SARLES en S.J. KANE, "Tips on Petitioning for and Opposing Certiorari in the U.S. Supreme Court", 26-27; S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice (10^{de} ed.)*, 63-65 en, uitgebreid, 238-312 en M. KAU, *United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht*, 431-432.

²³³⁹ T.S. BISHOP, J.W. SARLES en S.J. KANE, "Tips on Petitioning for and Opposing Certiorari in the U.S. Supreme Court", 26; S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice (10^{de} ed.)*, 62 en C.A. WRIGHT en M.K. KANE, *Law of Federal Courts*, St. Paul, Minn., West Group, 2002, 6^{de} ed., 801. Soms weigert het *Supreme Court* alsnog een zaak te beslechten, hoewel het *certiorari* heeft toegestaan. Dit gebeurt doorgaans wanneer uit blijkt dat de grondwettelijke rechtsvragen onvoldoende duidelijk zijn afgebakend en beter in een andere zaak deze rechtsvragen worden beslecht. Bijvoorbeeld, SC 15 oktober 2013, *Madigan v. Levin*. Deze beslissingen worden niet gemotiveerd.

²³⁴⁰ Artikel 46 *Rules of the Supreme Court*. Zie hierover meer bij S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice (10^{de} ed.)*, 866-867. Voor afstand bij een hoger beroep tegen een uitspraak van een *United States District Court*, zie artikel 18.5-6 *Rules of the Supreme Court*.

De verzoekende partij kan op elk ogenblik afstand doen.²³⁴¹ Normaal wordt de afstand steeds toegewezen. Slechts in één uitzonderlijke zaak heeft het *Supreme Court* geen afstand van geding aanvaard: omdat de in het geding zijnde rechterlijke uitspraak onverenigbaar was met een eerder bevelschrift dat het *Supreme Court* in dezelfde zaak had uitgevaardigd, weigerde het hof het verzoek tot afstand.²³⁴²

803. Mootness – Een partij kan aan het *Supreme Court* meedelen dat zij vindt dat een geding “moot”²³⁴³ is geworden: “A case is moot when the issues presented are no longer “live” or the parties lack a legally cognizable interest in the outcome.”²³⁴⁴ In beginsel heeft het hof dan niet langer de bevoegdheid om recht te spreken: er is geen *case of controversy* meer.²³⁴⁵ De *mootness*-doctrine vindt haar grondslag in het beginsel van de scheiding der machten.²³⁴⁶ Het *Supreme Court* zal evenwel oordelen of het geding inderdaad *moot* is geworden.²³⁴⁷

²³⁴¹ E. GRESSMAN, K.S. GELLER, S.M. SHAPIRO *et al.*, *Supreme Court Practice*, Arlington, BNA Books, 2008, 9^{de} ed., 484.

²³⁴² SC 16 juni 1969, *Utah Pub. Serv. Comm’n v. El Paso Natural Gas Co.*, 394 U.S. 970, 395 U.S. 464 (1969), met een sterke *dissenting opinion* van Justices HARLAN and STEWART (“All semblance of judicial procedure has been discarded in the headstrong effort to reach a result that four members of this Court believe desirable. In violation of the Court’s rules, the majority asserts the power to dispose of this case according to its own notions, despite the fact that all the parties participating in the lower court proceedings are satisfied that the District Court’s decree is in the public interest. (...) In handing down this ipse dixit, the Court not only overlooks the teachings of more than a century of judicial practice, but also undermines the basic policies which support Rule 60. The rule is not a mere technicality but is predicated upon the classical view that it is the function of this Court to decide controversies between parties only when they cannot be settled by the litigants in any other way. See *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 2 L.Ed. 60 (1803). On this view of the judicial process, it is difficult to perceive why the Court should feel constrained to enforce its mandate when the parties have subsequently agreed, in a completely voluntary and bona fide way, that a different solution will better accommodate their interests. We have labor enough in deciding those pressing disputes which the parties are unable to resolve; there is no need to ‘do justice’ when no litigant is complaining that a wrong has been committed. Nor will it do to say, as the Court seems to suggest, that antitrust decrees, being affected with a public interest, as they surely are, are always subject to sua sponte enforcement by the Court. ‘Enforcement’ of the laws of the United States is the province of the Executive Branch. It is no more a proper function of this Court to thwart the Department of Justice when it decides to terminate an antitrust litigation than it is to order this department of the Executive Branch to commence an antitrust case which some members of this Court may feel should be brought.”).

²³⁴³ “A case is moot when the issues presented are no longer “live” or “because neither party has a legally cognizable interest in the final determination of the underlying questions of fact and law.” SC 5 december 1978, *County of Los Angeles et al.*, 440 U.S. 625 (1978).

²³⁴⁴ Onder meer SC 29 maart 2000, *City of Erie*, 529 U.S. 277 (2000). Zie ook, recent, SC 26 juni 2013, *Hollingsworth v. Perry*, II (pagina’s 5-9). Hier oordeelde het *Supreme Court* dat de partijen niet langer “standing” hadden (geen belang meer). “Their only interest in having the District Court order reversed was to vindicate the constitutional validity of a generally applicable California law. We have repeatedly held that such a “generalized grievance,” no matter how sincere, is insufficient to confer standing. A litigant “raising only a generally available grievance about government—claiming only harm to his and every citizen’s interest in proper application of the Constitution and laws, and seeking relief that no more directly and tangibly benefits him than it does the public at large—does not state an Article III case or controversy.” *Defenders of Wildlife*, *supra*, at 573–574; see *Lance v. Coffman*, 549 U. S. 437, 439 (2007) (*per curiam*) (“Our refusal to serve as a forum for generalized grievances has a lengthy pedigree.”); *Allen v. Wright*, 468 U. S. 737, 754 (1984). (...)” Zie ook SC 16 april 2013, *Genesis HealthCare Corp. v. Symczyk* en 19 februari 2013, *Chafin v. Chafin*, 5-7.

²³⁴⁵ *Article III US Constitution*. CH. M. LAMB, “Judicial Restraint on the Supreme Court”, 15.

²³⁴⁶ SC 26 februari 2013, *Clapper v. Amnesty International USA*, 9, “serves to prevent the judicial process from being used to usurp the powers of the political branches.” Zie ook SC 26 juni 2013, *Hollingsworth*

804. *Geen verweerder* – Soms treedt er voor het *Supreme Court* geen verweerder op, omdat hij het niet de moeite waard vindt om de uitspraak van het lagere rechtscollege te verdedigen.²³⁴⁸ Om toch ten gronde te kunnen oordelen, vraagt het *Supreme Court* dan een *amicus curiae* om deze rol op zich te nemen²³⁴⁹ of biedt een *amicus* zich daartoe zelf aan. De vraag rijst of het hof daar niet buiten zijn bevoegdheid treedt, daar zijn bevoegdheid is beperkt tot het beslechten van een *case of controversy*. Waar er geen geschil is, moet het hof niet (ten gronde) beslechten.²³⁵⁰

805. *Evaluatie* – Omdat het *Supreme Court* sinds 1990 in steeds minder zaken uitspraak doet²³⁵¹, werd het laatste decennium nog meer dan anders onderzocht op grond van welke criteria het hof zijn zaken kiest, of de *certiorari*-praktijk consistent is²³⁵² en of het hof niet in té weinig zaken uitspraak doet²³⁵³. Over de rol van het *Supreme Court* in het bepalen van het lot van het geding, zijn weinig kritische geluiden te horen, tenzij bij de slechts enkele voorbeelden waarin het hof de afstand niet heeft aanvaard of meent dat een zaak niet *moot* is geworden.²³⁵⁴

v. Perry, II (pagina's 5-9) "In light of this "overriding and time-honored concern about keep ing the Judiciary's power within its proper constitutional sphere, we must put aside the natural urge to proceed directly to the merits of [an] important dispute and to 'settle' it for the sake of convenience and efficiency." *Raines v. Byrd*, 521 U. S. 811, 820 (1997)."

²³⁴⁷ Onder meer in *City of Erie* heeft het hof geoordeeld dat er geen *mootness* was. SC 29 maart 2000, *City of Erie*, 529 U.S. 277 (2000), *Justices SCALIA* en *THOMAS dissenting*. Hierover meer bij S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice* (10^{de} ed.), 953-972 en X, "The Mootness Doctrine in the Supreme Court", *Harvard Law Review* 1974, (373) 373-395. *Chief Justice REHNQUIST* verdedigde dat het *Supreme Court* de *mootness*-doctrine moet nuanceren, in die zin dat, eens het *Supreme Court certiorari* heeft verleend, het het geschil in elk geval moet beslechten. Het hof moet immers eerder controversiële kwesties beslechten, dan geschillen. SC 20 januari 1988, 484 U.S. 305, 329-330 (1988), *Justice SCALIA dissenting*.

²³⁴⁸ Onder meer SC 26 juni 2013, *United States v. Windsor*. Hier weigerde de *President* van de Verenigde Staten van Amerika om de *Defense of Marriage Act* (DOMA) voor het *Supreme Court* te verdedigen, doch evenmin werd het vonnis van de lagere rechtbank, waarin de Verenigde Staten in het ongelijk werden gesteld (ongrondwettigheid van artikel 3 DOMA) uitgevoerd. Het *Supreme Court* motiveerde uitgebreid waarom het toch bevoegd is om uitspraak te doen (pagina's 5-13) (onder meer de *rules of prudential standing* – de noodzaak om aanzienlijke kosten voor de overheid en voor particulieren inzake procesvoering te voorkomen). Eén van de overwegingen berust op het beginsel van de scheiding der machten. Het komt de rechter en niet alleen de *President* toe om over de grondwettigheid van een norm te oordelen.

²³⁴⁹ Onder meer SC 26 juni 2013, *United States v. Windsor*, 5 en 22 januari 2013, *Sebelius v. Auburn Regional Medical Center*, voetnoot 4.

²³⁵⁰ B.P. GOLDMAN, "Should the Supreme Court Stop Inviting Amici Curiae to Defend Abandoned Lower Court Decisions?", *Stanford Law Review* 2011, (907) 909, 941 en 950 e.v.

²³⁵¹ Van 150 zaken in de jaren 1980 tot 70 vandaag. F. SCHAUER, "Is it Important to be Important?: Evaluating the Supreme Court's Case-Selection Process", *Y.L.J. Online* 2009-2010, (77) 77.

²³⁵² E. HARTNETT, "Questioning Certiorari", 1722-1730 (die daarom betwijfelt of deze praktijk met de *rule of law* verzoenbaar is); S. LEVINSON, "Strategy, Jurisprudence, and Certiorari", *Va.L.Rev.* 1993, (717) 721 en R.J. OWENS en D.A. SIMON, "Explaining the Supreme Court's Shrinking Docket", *William and Mary Law Review* 2012, (1219) 1255.

²³⁵³ F. SCHAUER, "Is it Important to be Important?: Evaluating the Supreme Court's Case-Selection Process", 77 en de verwijzingen aldaar en R.J. OWENS en D.A. SIMON, "Explaining the Supreme Court's Shrinking Docket", 1252 e.v.

²³⁵⁴ Zie voetnoten 2342 en 2347.

C. HET LOT VAN HET GEDING IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

806. *Autosaisine* – In elk van de onderzochte landen kan het grondwettelijk hof geen zaak *proprio motu* aanhangig maken, maar kan het slechts uitspraak doen in een zaak die op ontvankelijke wijze aanhangig is gemaakt. Dat is eigen aan een rechtscollege.²³⁵⁵ Het is een evenwichtsoefening tussen de objectieve verplichting dat in een rechtsstaat een overheidsorgaan wettelijk moet handelen, enerzijds, en het beschikkingsbeginsel en het evenwicht der machten, anderzijds, waarbij, in elk van de onderzochte landen, terecht, de laatste beginselen doorwogen. De objectieve verplichting voor elke persoon of voor elk overheidsorgaan om wettelijk te handelen vindt een toepassing in het algemeen rechtsbeginsel van de normenhiërarchie. Dit algemeen rechtsbeginsel is volgens het Hof van Cassatie van grondwettelijke waarde²³⁵⁶, maar het houdt niet in dat de rechter op eigen initiatief de (grond)wettigheid van handelingen van burgers, bestuurders en wetgevers mag nagaan. Het beschikkingsbeginsel, dat ook een algemeen rechtsbeginsel is en een toepassing van het evenwicht der machten is²³⁵⁷, vereist dat de partijen beslissen of en voor welk geschil zij op de rechter beroep doen. De scheiding der machten en het beschikkingsbeginsel hebben, met betrekking tot de *saisine*, voorrang op het algemeen rechtsbeginsel van de normenhiërarchie en op het openbare orde-karakter van het grondwettelijk recht.²³⁵⁸ Dit kenmerk van de rechterlijke functie bevordert ook de welwillendheid van de (grond)wetgever om de grondwettigheidstoetsing aan rechters toe te kennen: het vermijdt dat de grondwettelijke rechters politieke actoren of luizen in de pels van de wetgever worden. Het vermijdt een “*gouvernement des juges*”.

807. *Afstand van geding* – Dat het beschikkingsbeginsel, als toepassing van het evenwicht der machten, als essentieel voor de rechterlijke functie wordt beschouwd, blijkt

²³⁵⁵ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 97 (§ 9, nrs. 202-203) (“*Wo kein Kläger, da kein Richter*”); M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 57 en J. WALDRON, “The Core of the Case Against Judicial Review”, 1363.

²³⁵⁶ HvC 21 april 2011, C.08.0452.F, 5.

²³⁵⁷ Zie *supra*, voetnoot 2245.

²³⁵⁸ Dat een autosaisine het evenwicht tussen de staatsmachten zou aantasten, wordt reeds lang aangevoeld. Oorspronkelijk werd de opdracht om de fundamentele publieke belangen van de overheid (*les de vorst*) en van de maatschappij bij zaken die de openbare orde raken te behartigen, aan de uitvoerende macht toebedeeld. De uitvoerende macht mag immers de opportuniteit van de uitvoering van de wet beoordelen en dit in tegenstelling tot de rechterlijke macht. Een autosaisine zou zulke opportuniteitsbeoordeling inhouden. Zie C.H. VAN RHEE, “Het openbaar ministerie in historisch perspectief: ‘*amicus curiae*’ of niet?”, in P. VAN ORSHOVEN en M. STORME (eds.), *Amice curiae, quo vadis?*, Antwerpen - Brussel, Kluwer - Bruylant, 2002, 1-17 en B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 26 en 71-73. Daarnaast stelt ALLEMEERSCH dat ook het recht op een onpartijdige rechter zou verbieden dat de gewone rechter een zaak naar zich toetrekt: een rechter die ambtshalve een geding inleidt, zal moeilijk kunnen overtuigen dat het recht op een onpartijdig proces, zoals vervat in het adagium “*justice must not only be done but also be seen to be done*”, wordt gewaarborgd. Zie de verwijzingen naar rechtsleer over het thans (quasi) afgeschafte ambtshalve faillissement bij B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 71, voetnoot 22. Nochtans zou hetzelfde kunnen worden gezegd van een rechtscollege dat ambtshalve middelen opwerpt. Elke Belgische, ook de grondwettelijke, rechter is verplicht dit te doen, als de openbare orde dit vereist. De afweging tussen het onpartijdigheidsbeginsel en de verplichting om de openbare orde te waarborgen, helt daar over in het voordeel van de openbare orde. Zie *infra*, randnummer 832.

uit de discussie of een grondwettelijk hof een afstand mag weigeren.²³⁵⁹ Meteen rijst dan immers de vraag of het grondwettelijk hof nog een rechtscollege is.²³⁶⁰ Het is inderdaad kenmerkend voor de rechterlijke functie dat de scheiding der machten en het beschikkingsbeginsel vereisen dat het lot van het geding bij de partijen ligt. Daartegenover ligt opnieuw het algemeen rechtsbeginsel van de normenhiërarchie in de weegschaal, dat, wanneer rechtsregels van openbare orde in het geding zijn, aan kracht wint.

Voor het *voortbestaan* van het geding houden de Belgische en de Franse wetgever niet zo sterk aan het beginsel van de scheiding der machten en het beschikkingsbeginsel. Omdat de grondwettelijke vragen van openbare orde (kunnen) zijn of de rechtszekerheid zou zijn gebaat met een antwoord op de abstracte grondwettigheidsvraag, kennen zij het grondwettelijk hof uitdrukkelijk de bevoegdheid toe om een verzoek tot afstand te weigeren. Daarmee tonen de wetgevers hun gevoeligheid voor de eerbied voor de rechtsstaat, waarin elk staatsorgaan (grond)wettig moet handelen, en voor het algemeen rechtsbeginsel van de normenhiërarchie.

In tegenstelling tot het Duitse, respectievelijk het Franse grondwettelijk hof, dat omwille van het algemeen belang, soms, respectievelijk steeds, weigert de afstand in te willigen, houdt het Grondwettelijk Hof, sterker dan de wetgever, het beschikkingsbeginsel (en de scheiding der machten) overeind: het weigert nooit om inhoudelijke redenen.

De Belgische praktijk verdient de voorkeur in een rechtssysteem, waarin grondwettelijke geschillen steeds²³⁶¹ via de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof kunnen worden voorgelegd. Zolang de toegang tot het hof, via prejudiciële vraag, open en ruim toegankelijk is, moet het hof zich slechts buigen over rechtsvragen wanneer zij worden voorgelegd. Wanneer een partij afstand doet, mag een grondwettelijk hof de rechtspleging slechts voortzetten wanneer deze afstand formele gebreken vertoont. Houdt dit in dat de partijen afstand mogen doen tot juist vóór de uitspraak van het hof, en dus eventueel nadat al het werk is verricht? Voor de afweging tussen het evenwicht der machten en het beschikkingsbeginsel enerzijds, en de hiërarchie der normen en het openbare orde-karakter van het grondwettelijk recht anderzijds, is het tijdstip van afstand irrelevant. Dat het hof zijn grondwettigheidstoetsing tevergeefs zou hebben uitgevoerd, is jammer, maar mag geen doorslaggevende reden zijn.²³⁶² Anders is het wanneer de afstand gebeurt omdat het de verzoekende partij ter ore is gekomen dat het arrest voor haar negatief zou zijn. Maar dat hebben de leden van een grondwettelijk hof vanzelfsprekend zelf in de hand.

²³⁵⁹ Cf. *Conseil constitutionnel*, *supra*, randnummers 798 en 800.

²³⁶⁰ J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", 1754.

²³⁶¹ Alleen de instemmingswetten met de constituerende verdragen betreffende de Europese Unie en met het EVRM en zijn Aanvullende Protocolen kunnen niet via prejudiciële vraag ter toetsing worden voorgelegd (artikel 26, §1 *bis* Bijz.Wet GWH). Dat betekent dat, voor deze instemmingswetten, het Grondwettelijk Hof wel om substantiële redenen de afstand zou kunnen weigeren. In het licht van het huidige beleid van het Grondwettelijk Hof inzake de toetsing van zulke instemmingswetten, lijkt het evenwel zeer onwaarschijnlijk dat het hof dat zou doen. Het hof tracht immers de vernietiging of ongrondwettigverklaring van instemmingswetten te vermijden, opdat de internationale betrekkingen van België niet in het gedrang zouden komen. Voor een voorbeeld, zie *infra*, randnummer 849.

²³⁶² Misschien was dit het geval bij de afstand van geding in GwH 17 maart 2010, nr. 28/2010, 2 (afstand gebeurt nadat de zaak in beraad is genomen en slechts één maand voordat de wettelijke beslissingstermijn van één jaar voor het Grondwettelijk Hof was verstreken).

808. *Recht op toegang tot de rechter* – Bij hun bevoegdheid om het lot van het geding te bepalen, moeten de grondwettelijke hoven het recht op toegang tot de rechter waarborgen. In Duitsland en de Verenigde Staten van Amerika worden vragen gesteld, niet bij het bestaan van de bevoegdheid van het grondwettelijk hof om zaken te weigeren, hetgeen omwille van de werkbelasting gerechtvaardigd is, maar wel bij de uitoefening ervan. Eén van de vragen is of de juiste zaken wel door de filter raken? Zo niet, zou dit het rechtsstatelijke vereiste van het recht op toegang tot de rechter schenden. Omdat het Belgische Grondwettelijk Hof geen vergelijkbare filter heeft, wordt hierop niet verder ingegaan.

Soms zendt het Grondwettelijk Hof weliswaar een prejudiciële vraag terug naar een rechter of oordeelt het dat zij geen antwoord behoeft. Het staat de verwijzende rechter vrij om de prejudiciële vraag opnieuw te stellen, zodat deze praktijk geen afbreuk aan het recht op toegang tot de rechter doet.

2. HET VOORWERP EN HET ONDERWERP VAN HET GEDING

809. *Recht op een eerlijk proces* – Het recht op een eerlijk proces – en derhalve ook de rechtsstaat – vereist dat het voorwerp en het onderwerp van het geding van bij de aanvang van de procedure duidelijk zijn: dat moet tegenspraak mogelijk maken en het recht van verdediging waarborgen.²³⁶³ In deze tweede afdeling wordt onderzocht welke rol een grondwettelijk hof heeft in het bepalen van het voorwerp en het onderwerp van het geding. Het voorwerp van de vordering is wat effectief wordt gevorderd: het materieel, moreel of psychologisch resultaat dat men via het geding hoopt te verkrijgen, de formulering van de aanspraak van de eiser.²³⁶⁴ Voor het Grondwettelijk Hof is het voorwerp van een geding de vernietiging of de ongrondwettigheidsverklaring van wetsbepalingen. Het onderwerp van het geding is de rechtsgrond van de vordering, dit is de rechtsregel waarvan de schending wordt ingeroepen en die in middelen of grieven wordt uiteengezet.²³⁶⁵ In een procedure voor het Grondwettelijk Hof blijkt het onderwerp van het geding uit de middelen of de prejudiciële vraag. Een geding voor een grondwettelijk hof kan dan ook op twee wijzen worden uitgebreid: enerzijds, het voorwerp, dit zijn de normen die door de rechter worden getoetst, en, anderzijds, het onderwerp, dit zijn de normen waaraan de rechter toetst. In het Belgische gerechtelijk privaatrecht belet het beschikkingsbeginsel in beginsel de rechter om het voorwerp uit te breiden, maar niet het onderwerp van het geding.²³⁶⁶ Hoe is dit in het grondwettelijk contentieus in de onderzochte landen? Dit wordt hieronder nagegaan voor het Grondwettelijk Hof (A) en vervolgens voor het *Bundesverfassungsgericht*, de *Conseil constitutionnel* en het *Supreme Court* (B).

A. HET GRONDWETTELIJK HOF

810. *Voorwerp en onderwerp* – Hieronder wordt onderzocht of en in welke mate het Grondwettelijk Hof het voorwerp (1) en het onderwerp (2) van het geding kan bepalen en bepaalt.

(1) HET VOORWERP

811. *Voorwerp van het geding* – Het Grondwettelijk Hof mag de grondwettigheidstoetsing niet uitbreiden tot wetsbepalingen²³⁶⁷ of verschillen in

²³⁶³ T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 100 e.v.

²³⁶⁴ J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS *et al.*, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 3^{de} ed., 91; J. VAN DONINCK, "Grenzen aan de taak van de rechter als hoeder van het algemeen belang", *RW* 2013, (897) 898 en P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, 204.

²³⁶⁵ P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, 208.

²³⁶⁶ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 180 en 260 en P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, 208 e.v.

²³⁶⁷ Onder meer GwH 29 januari 2004, nr. 16/2004, B.5.3. en B. 7 en 6 april 2000, nr. 40/2000, B.4.2.1.

behandeling²³⁶⁸ waarover het hof in het verzoekschrift of in de verwijzingsbeslissing niet is ondervraagd.²³⁶⁹ Het hof mag niet *ultra petita* gaan.²³⁷⁰ Zelfs indien een niet in het geding zijnde wetsbepaling met de openbare orde zou strijden, mag het Grondwettelijk Hof de vordering niet tot deze wetsbepaling uitbreiden en dus deze bepaling niet vernietigen of ongrondwettig verklaren. Hierop staat de wetgever alleen een uitzondering toe wanneer bepalingen impliciet worden aangehaald en/of rechtstreeks verband hebben met of inherent zijn aan het vernietigde onderdeel van dezelfde wet.²³⁷¹ In de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof heet dit dat deze bepalingen onlosmakelijk zijn verbonden met de bestreden of de in het geding zijnde bepalingen en dat deze moeten worden vernietigd of ongrondwettig verklaard om dezelfde redenen als de bestreden of de in het geding zijnde bepalingen.²³⁷²

Het Grondwettelijk Hof kan het voorwerp van het geding aldus niet zomaar uitbreiden, maar beperkt het wel regelmatig: het toetst alleen de bepalingen die werkelijk worden bestreden en alleen de hypothesen die voor de verzoekende partij of voor het bodemgeschil relevant zijn.²³⁷³

(2) HET ONDERWERP

812. *Onderwerp van het geding* – “Omdat de bevoegdheidverdelende regels van openbare orde zijn”, heeft de bijzondere wetgever het Grondwettelijk Hof de mogelijkheid – *en zelfs de verplichting* – toegekend om het onderwerp van het geding te bepalen.²³⁷⁴ Door een prejudiciële vraag uit te breiden of door ambtshalve een middel op te werpen bij een beroep tot vernietiging, kan en mag het hof de normen waaraan een wetgevende norm

²³⁶⁸ Onder meer GwH 17 juli 2003, nr. 101/2003, B.4.2. en 25 november 1999, nr. 126/99, B.5.5.

²³⁶⁹ Bij prejudiciële vraag kan het Grondwettelijk Hof evenmin ingaan op het verzoek van één van de partijen hiertoe. Onder meer GwH 3 november 2004, nr. 177/2004, B.2.3. Zie ook A. ALEN, “De prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof”, in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE *et al.* (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2005, 178-181.

²³⁷⁰ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-1982, nr. 246/1, 7.

²³⁷¹ Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 117.

²³⁷² Onder meer GwH 23 januari 2014, nr. 7/2014, B.-7.2.-3; 13 november 2013, nr. 154/2013, B.9. en nr. 152/2013, B.2. Een opmerkelijk voorbeeld hiervan is GwH 7 november 2011, nr. 145/2013. Dit arrest werd door het hof verbeterd, met het oog op een ruimere vernietiging.

²³⁷³ Onder meer GwH 30 oktober 2008, nr. 149/2008, B.2.; 28 oktober 2004, 171/2004, B.4.; 5 mei 2004, nr. 68/2004, B.1. (beroepen tot vernietiging) en GwH 9 juli 2013, nr. 103/2013, B.1.4.; 24 juli 2009, nr. 124/2009, B.3.; 16 november 2004, nr. 186/2004, B.1. en 13 maart 2002, nr. 46/2002, B.2.1. (prejudiciële vragen).

²³⁷⁴ Zie artikel 90, derde lid Bijz.Wet GwH. Memorie van Toelichting bij het ontwerp van Bijzondere Wet op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1988-1989, nr. 47-483/1, 22; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-1982, nr. 246/1, 7 en Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 222. Zie ook J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 397-398.

wordt getoetst, en dus het onderwerp van het geding, uitbreiden.²³⁷⁵ De wetgever oordeelde dat het Grondwettelijk Hof verplicht is om ambtshalve middelen van openbare orde op te werpen, zonder evenwel het begrip "openbare orde" te willen definiëren, daar dit tot de taak van de rechter zou behoren.²³⁷⁶ Volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie is een wet van openbare orde wanneer "deze de essentiële belangen van de staat of van de gemeenschap in het gedrang raakt, of in het privaatrecht de juridische grondslagen waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust"²³⁷⁷. Het is moeilijk om in het grondwettelijk recht het begrip "openbare orde" te definiëren: zijn niet alle vragen van grondwettigheidstoetsing van openbare orde?²³⁷⁸ Is een hiërarchie mogelijk binnen de fundamentele mensenrechten of tussen de mensenrechten en de bevoegdheidverdelende regels? Zijn er fundamentele mensenrechten die niet de juridische grondslag vormen waarop de morele orde van de maatschappij rust? Omgekeerd, zijn de bevoegdheidverdelende regels de juridische grondslagen waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust? Alvorens te onderzoeken welke middelen het Grondwettelijk Hof van openbare orde acht, wordt nagegaan hoe vaak het hof het onderwerp van het geding bepaalt.²³⁷⁹

813. *Zelden* – Zeer zelden breidt het Grondwettelijk Hof het onderwerp van het geding uit.²³⁸⁰ Slechts in enkele zaken heeft het hof de prejudiciële vraag uitgebreid of de vraag geherformuleerd.²³⁸¹

²³⁷⁵ Voor prejudiciële vragen, zie A. ALEN, "De prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof", 170. *Contra*, J. SMETS, "De verhouding van het Arbitragehof tot de verwijzende rechter in het prejudiciële contentieux", in A. ALEN (ed.), *20 Jaar Arbitragehof*, Mechelen, Kluwer, 2005, 22-23, zie evenwel voetnoot 50.

²³⁷⁶ In de binnen- en buitenlandse rechtsleer zijn reeds ontelbare pogingen ondernomen om dit begrip – in zijn verschillende contexten – te definiëren. Dit "onvatbaar" begrip wordt treffend als volgt omschreven: "*l'ordre public varie avec la longueur des pieds des magistrats*". P. MALAURIE, geciteerd door T. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, 55.

²³⁷⁷ Cass. 9 december 1948, *Arr. Verbr.* 1948, 615.

²³⁷⁸ M.-F. RIGAUX en B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Brussel, Bruylant, 2009, 179-180. Deze vraag wordt ook gesteld met betrekking tot de verplichting van de rechter om elke ongrondwettigheid ambtshalve op te werpen en in voorkomend geval een prejudiciële vraag aan het hof te stellen. Als dit wordt aanvaard, kan moeilijk redelijk worden beweerd dat het Grondwettelijk Hof niet verplicht is om ten aanzien van eenzelfde ongrondwettigheid, ambtshalve een middel op te werpen. Zie ook, ter vergelijking, het openbare orde-karakter van de wettigheidsexceptie. Zie A. ALEN, *Rechter en bestuur*, 832-834 en J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, Brugge, die Keure, 2011, 372-375.

²³⁷⁹ Voor een onderzoek hierover met betrekking tot de Raad van State, zie A. WIRTGEN, *Middelen en het ambtshalve aanvoeren van middelen in het bijzonder*, Brugge, die Keure, 2004, 281 e.v.

²³⁸⁰ Zie ook M.-F. RIGAUX, "La nécessité d'un contrôle global de constitutionnalité: l'extension des compétences de la Cour Constitutionnelle", 62, die daarmee het argument van het gevaar voor een *gouvernement des juges* wil weerleggen.

²³⁸¹ GwH 29 april 2010, nr. 41/2010 (om een nuttig antwoord aan de verwijzende rechter te kunnen geven); GwH 17 mei 2001, nr. 65/2001, B.3. (bevoegdheidverdelende regels inzake onteigening - herformulering) en 30 oktober 2001, nr. 133/2001, B.4. (artikel 144 G.W., in samenhang gelezen met het ingeroepen beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, evenwel niet met de techniek van de herformulering). Prejudiciële vragen worden doorgaans om praktische en procedurele overwegingen geherformuleerd. Artikel 27, § 2 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof. Onder meer GwH 2 april 2009, nr. 67/2009B.3.1.; 4 maart 2009, nr. 36/2009, B.3.3.; 8 januari 2009, nr. 1/2009, B.3.3.; 13 maart 2002, nr. 46/92, B.2.1. en 23 december 1992, nr. 80/92. Zie ook A. ALEN, "De prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof", 170-171.

Bij beroepen tot vernietiging heeft het hof tot op heden dertienmaal een middel ambtshalve opgeworpen.²³⁸² In drie zaken heeft dit niet tot de vaststelling van een schending geleid, in twee zaken was het onderzoek niet meer nodig en in één zaak werd afstand van geding gedaan; in de overige zaken leidde de ambtshalve toetsing wel tot de vaststelling van een schending.²³⁸³ Van deze dertien zaken moeten er evenwel drie buiten beschouwing worden gelaten: in twee werpt het Grondwettelijk Hof "ambtshalve" middelen op die in wezen op prejudiciële vragen uit een eerdere zaak met betrekking tot dezelfde getoetste normen zijn gesteund en waarbij deze prejudiciële vragen tot een ongrondwettigheidsverklaring hebben geleid²³⁸⁴ en in een derde zaak werpt het hof een middel op dat door een tussenkommende partij die geen nieuwe middelen mag invoeren, was ingeroepen²³⁸⁵. Zo blijven er aldus maar tien zaken over.

814. *Openbare orde* – Uit het tiental vernietigingsarresten waarin het Grondwettelijk Hof ambtshalve middelen heeft opgeworpen (of de enkele zaken waarin de prejudiciële vraag werd geherformuleerd), kan moeilijk een sluitende conceptuele of synthetische definitie van het begrip "openbare orde" worden afgeleid. Alleen een opsomming is mogelijk, maar hieruit valt toch iets af te leiden: "van openbare orde" zijn het recht van de Europese Unie²³⁸⁶, de bevoegdheidsverdelende regels²³⁸⁷ (onder meer de artikelen 41, 127 en

²³⁸² GwH 14 juli 2011, nr. 129/2011 (bevoegdheidsverdelende regels - gelijkwaardigheidserkenning van diploma's); 31 mei 2011, nr. 97/2011, B.7. (schending recht van de Europese Unie, weliswaar een overname van een middel dat door een tussenkommende partij werd ingeroepen); 22 december 2010, nr. 161/2010 (onderzoek naar eventuele schending van de bevoegdheidsverdelende regels niet meer nodig) en nr. 149/2010 (recht van de Europese Unie, vrij verkeer van goederen en diensten, en dus een prejudiciële vraag aan het HvJ, waarop geen schending wordt vastgesteld); 30 oktober 2008, nr. 140/2008 (schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6, § 1 EVRM); 19 januari 2005, nr. 14/2005 (schending van het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel en van het gelijkheidsbeginsel); 25 maart 2003, nr. 35/2003, B.12 (geen schending van de artikelen 41 en 162 van de Grondwet, bevoegdheidsverdelende regel); 15 mei 1996, nr. 34/96, (onderzoek niet meer nodig, wettigheidsbeginsel in artikel 184 van de Grondwet); 27 maart 1996, nr. 23/96 en 14 december 1995, nr. 81/95, (schending van het wettigheidsbeginsel in artikel 182 van de Grondwet); 9 januari 1996, nr. 2/96 (afstand van geding, bevoegdheidsverdelende regel, economische en monetaire unie); 19 mei 1994, nr. 40/94 (inschrijvingsgelden kunstonderwijs en geen schending van artikel 24, §3 Gw en artikel 13 IVSECR) en 20 januari 1988, nr. 45 (schending van een bevoegdheidsverdelende regel, benoeming gouverneur en vice-gouverneur).

²³⁸³ Het valt op dat pas vanaf 2008 in alle zaken waarin ambtshalve middelen werden opgeroepen, een voltallig hof zetelde. Zie GwH 19 januari 2005, nr. 14/2005; 15 mei 1996, nr. 34/96; 27 maart 1996, nr. 23/96; 14 december 1995, nr. 81/1995; 19 mei 1994, nr. 40/1994 en 20 januari 1988, nr. 45.

²³⁸⁴ In de eerste zaak wierp het Grondwettelijk Hof "ambtshalve" het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel en het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie op, in de tweede zaak het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, in samenhang gelezen met artikel 6, § 1 EVRM. GwH 19 januari 2005, nr. 14/2005 en 30 oktober 2008, nr. 140/2008. De verzoekende partijen konden deze middelen niet zelf opwerpen, daar het verzoekschrift dateerde van vóór het arrest gewezen op prejudiciële vraag, waarin de getoetste bepalingen ongrondwettig werden verklaard.

²³⁸⁵ GwH 31 mei 2011, nr. 97/2011, B.7. (CREG, schending recht van de Europese Unie). Dit is nochtans geen vaak voorkomende praktijk, zie randnummer 814.

²³⁸⁶ GwH 31 mei 2011, nr. 97/2011, B.7. (schending van het recht van de Europese Unie, van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, in samenhang gelezen met artikel 23, leden 2 en 3, van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn, weliswaar een overname van een middel dat door een tussenkommende partij werd ingeroepen) en 22 december 2010, nr. 149/2010 (recht van de Europese Unie, vrij verkeer van goederen en diensten, en dus een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie, waarop geen schending wordt vastgesteld). Dat het Grondwettelijk Hof het recht op vrij verkeer ambtshalve opwerpt is niet zo zeer omdat dit recht van openbare orde zou zijn, maar omdat de nationale rechter verplicht is om

162 van de Grondwet en de economische en monetaire unie), de in de Grondwet verankerde wettigheidsbeginselen²³⁸⁸ en artikel 24, § 3, tweede zin Grondwet.

Het fundamentele karakter van de materiële grondrechten vereist dat ook de middelen ontleend aan de schending van een grondrecht van openbare orde zijn.²³⁸⁹ Het hof heeft al wettigheidsbeginselen en het recht op kosteloos onderwijs ambtshalve opgeworpen.²³⁹⁰ Bovendien is het mogelijk dat het hof wordt verplicht – of zich verplicht zal achten – om op grond van het inter- of supranationale recht de schending van materiële grondrechten ambtshalve in te roepen (al dan niet wanneer deze door de inter- of supranationale rechtscolleges als van openbare orde en/of met rechtstreekse werking worden beschouwd).²³⁹¹ Omwille van de voorrang van het rechtstreeks toepasselijke recht van de Europese Unie, werpt het hof dwingende bepalingen van het recht van de Europese Unie ambtshalve op in zaken indien zij toepasselijk (kunnen) zijn: het hof heeft dit al gedaan voor het recht op vrij verkeer en het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. De in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie gewaarborgde grondrechten omvatten ook bepalingen met rechtstreekse werking, zodat het hof uit deze grondrechten ambtshalve middelen kan (of moet) putten, wanneer het recht van de Europese Unie toepasselijk is.

In twee arresten heeft het Grondwettelijk Hof het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, al dan niet in samenhang gelezen met een andere bepaling, ambtshalve opgeworpen.²³⁹² Men hoede zich ervoor om uit deze arresten af te leiden dat het hof het

onmiddellijk voorrang te geven aan de verdragsbepalingen en de rechtstreeks toepasselijke handelingen van de instellingen, die krachtens het beginsel van de voorrang van het recht van de Unie in hun verhouding tot het nationale recht van de lidstaten tot gevolg hebben dat zij door het loutere feit van hun inwerkingtreding elke strijdige bepaling van de nationale wetgeving van rechtswege buiten toepassing doen treden. HvJ, 9 maart 1978, *Simmenthal*, C-106/77, nr. 17 en 19 juni 1990, *Factortame e.a.*, C-213/89, nr. 18.

²³⁸⁷ Voor beroepen tot vernietiging, zie GwH 14 juli 2011, nr. 129/2011; 22 december 2010, nr. 161/2010 en 25 maart 2003, nr. 35/2003, B.12. In het laatste arrest was dit middel ingeroepen door partijen waarvan de beroepen (wegens gebrek aan belang) onontvankelijk waren en wordt het middel alsnog door het Grondwettelijk Hof ambtshalve opgeworpen. GwH 9 januari 1996, nr. 2/96. Voor prejudiciële vragen, zie GwH 17 mei 2001, nr. 65/2001, B.3. en 30 oktober 2001, nr. 133/2001, B.4. Zie A. ALÉN, "De prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof", 170; R. ANDERSEN, F. DELPÉRÉE, B. JADOT *et al.*, *La Cour d'Arbitrage: actualité et perspectives*, 106 en J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 397.

²³⁸⁸ Zie GwH 15 mei 1996, nr. 34/96 (wettigheidsbeginsel in artikel 184 van de Grondwet); 27 maart 1996, nr. 23/96 en 14 december 1995, nr. 81/1995 (schending van het wettigheidsbeginsel in artikel 182 van de Grondwet).

²³⁸⁹ P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 79.

²³⁹⁰ Ook heeft het Grondwettelijk Hof éénmaal een middel geïnterpreteerd in de zin dat de schending van het wettigheidsbeginsel vervat in artikel 23 van de Grondwet wordt aangevoerd, hoewel geen van de partijen zich op dat artikel had beroepen. Formeel werd het niet als een middel ambtshalve opgeworpen en het leidde ook niet tot de vernietiging. GwH 19 september 2007, nr. 114/2007, B.30.4.

²³⁹¹ Indien de rechter op grond van nationaal recht verplicht is om (bepaalde) middelen ambtshalve op te werpen, geldt diezelfde verplichting wanneer het dwingende regels van het recht van de Europese Unie betreft (gelijkwaardigheidsbeginsel). HvJ 14 december 1995, *Van Schijndel*, C-430 /93 en C-431/93, nr. 13.

²³⁹² GwH 19 januari 2005, nr. 14/2005 en 30 oktober 2008, nr. 140/2008.

beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie *pur sang*²³⁹³ (steeds) van openbare orde acht.²³⁹⁴ In beide zaken berustten de ambtshalve middelen immers op prejudiciële vragen met betrekking tot dezelfde normen uit een eerder arrest, die tot een ongrondwettigheidsverklaring hadden geleid: omdat ook deze middelen – al was het in een andere zaak – aan het Grondwettelijk Hof werden voorgelegd, zijn dit "onechte" ambtshalve middelen en kan hieruit niet worden afgeleid dat het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie (steeds) van openbare orde is.²³⁹⁵ VELAERS meent dat dit beginsel slechts van openbare orde is wanneer de ongelijke behandeling uitdrukkelijk in andere bepalingen van de Grondwet of in internationale verdragen wordt verboden. Het Grondwettelijk Hof moet volgens hem dan opwerpen: de schending van de gelijkheid inzake het genot van de fundamentele rechten en vrijheden en inzake het onderwijs, of de schending van de gelijkheid tussen mannen en vrouwen of van de ideologische en filosofische overtuigingen (cultuurpact).²³⁹⁶

Dat het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie en bepaalde materiële grondrechten niet steeds van openbare orde zijn, blijkt alvast uit de praktijk van het hof: het werpt deze rechten niet (steeds) ambtshalve op, ook niet wanneer één van de partijen in een onontvankelijk nieuw middel de schending ervan aanvoert.²³⁹⁷

²³⁹³ Dit is wanneer niet tegelijk de schending van een grondrecht, van een door een internationaal verdrag erkend recht en van een algemeen rechtsbeginsel wordt verdedigd, daar zo'n schending steeds ook een schending van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie inhoudt.

²³⁹⁴ Over het al dan niet openbare orde-karakter van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, zie L. DE GEYTER, "Artikel 142 van de Grondwet", in X (ed.), *Publiek Procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2007, voetnoot 140; J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 232-234; M. VAN DAMME, "Het stellen van prejudiciële vragen aan het Arbitragehof door het Hof van Cassatie en de Raad van State", in X (ed.), *Imperat Lex. Liber Amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 156-158 en J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 203.

²³⁹⁵ Integendeel, uit de opeenvolgende procedures blijkt dat het Grondwettelijk Hof deze "middelen" niet ambtshalve heeft opgeworpen op een ogenblik waarop dit mogelijk was. Hieruit moet worden afgeleid dat het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie volgens het Grondwettelijk Hof (minstens) niet steeds van openbare orde is. Bijvoorbeeld: in de zaak 165/2006 (prejudiciële vraag) heeft het hof geoordeeld dat artikel 39, eerste lid, van de wet van 10 juni 1997 "betreffende de algemene regeling voor accijnsproducten, het voorhanden hebben en het verkeer daarvan en de controles daarop" de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6, § 1 van het EVRM, schendt in zoverre het de strafrechter niet toestaat om, wanneer er verzachtende omstandigheden bestaan, de erin bepaalde geldboete te matigen. Dat ditzelfde artikel het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie ook schendt omdat het onevenredige gevolgen kan hebben door niet te voorzien in een minimum- en een maximumgeldboete, heeft het Grondwettelijk Hof in de zaak nr. 165/2006 niet "ambtshalve opgeworpen" (het Grondwettelijk Hof heeft de prejudiciële vraag niet uitgebreid of geherformuleerd). Het Grondwettelijk Hof kwam slechts in het arrest nr. 81/2007 tot dit besluit, nadat de verwijzende rechter dit probleem aan de hof had voorgelegd. Voor deze arresten zie (ditmaal chronologisch) GwH 8 november 2006, nr. 165/2006; 7 juni 2007, nr. 81/2007 en 30 oktober 2008, nr. 140/2008.

²³⁹⁶ J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 203-204.

²³⁹⁷ Voor de bevoegdheidverdelende regels, GwH 19 april 1994, nr. 32/1994, B.2. (in een onontvankelijke tussenkompst, ondertekend door de kabinetschef van wellicht de Minister van Onderwijs van de Vlaamse Gemeenschap). Voor het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, zie GwH 23 januari 2014, nr. 8/2014, B.8.1.; 7 augustus 2013, nr. 117/2013, B.50.6.; 25 november 1999, nr. 126/999, B.5.5. Voor schending van verdragen *iuncto* bevoegdheidverdelende regel, zie GwH 21 november 2013, 158/2013, A.9.2. en B.6.6. Voor het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie *iuncto* een materieel grondrecht, zie GwH 23 juni 2011, nr. 111/2011. B.3. (artikelen 10, 11 en 22 Gw.)

815. *Formulering en motivering* – Indien een middel in een verzoekschrift tot vernietiging of een prejudiciële vraag onduidelijk is geformuleerd, zal het Grondwettelijk Hof – doorgaans²³⁹⁸ – het middel of de vraag onontvankelijk achten: het middel of de prejudiciële vraag moet aangeven welke bepalingen worden bestreden en in welk opzicht welke grondwettelijke of bevoegdheidverdelende regels zouden zijn geschonden, zodat duidelijk blijkt welk grondwettigheids- of bevoegdheidsprobleem aan het hof wordt voorgelegd.²³⁹⁹

Volgens het Grondwettelijk Hof laten de rechten van verdediging niet toe om een onduidelijk geformuleerd(e) middel of prejudiciële vraag als ontvankelijk te beschouwen. Een verzoekschrift of een prejudiciële vraag, waarin niet wordt aangegeven welke bepalingen worden bestreden en evenmin (in welk opzicht) welke grondwettelijke regels zouden zijn geschonden, zou immers ertoe leiden dat het tegensprekelijk karakter van de rechtspleging in het gedrang wordt gebracht. De partij die zou opkomen voor de verdediging van de in het geding zijnde wetsbepalingen zou niet in de gelegenheid zijn gesteld een dienstig verweer te voeren.²⁴⁰⁰

B. BUITENBLIK

816. *Rechtsstaten* – Het Grondwettelijk Hof verruimt niet het voorwerp van het geding en zelden het onderwerp van het geding. Hieronder wordt nagegaan of de andere onderzochte hoven op dezelfde wijze handelen.

(1) HET BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

817. *Voorwerp van het geding* – Het *Bundesverfassungsgericht* heeft een gelijkaardige rol als het Grondwettelijk Hof in het bepalen van het voorwerp van het geding. Bij de abstracte en de concrete normencontrole kan het hof, krachtens de

²³⁹⁸ Het Grondwettelijk Hof acht evenwel niet alle onduidelijk geformuleerde vragen onontvankelijk: af en toe beantwoordt het hof toch een onduidelijk geformuleerde vraag (GwH 28 maart 2002, nr. 60/2002, B.4.1.-B.4.4. en 20 januari 1999, nr. 4/99, B.3.1.), of oordeelt het hof dat de vraag geen antwoord behoeft (GwH 8 mei 2001, nr. 62/2001, B.10. (deel van een prejudiciële vraag)), of dat de zaak naar de verwijzende rechter voor verduidelijking moet worden teruggezonden (GwH 3 november 2004, nr. 177/2004, B.2.1. en B.2.2 en 31 oktober 2000, nr. 107/2000, B.2. en B.4.). Zie ook A. ALEN, "De prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof", 171 en J. SMETS, "De verhouding van het Arbitragehof tot de verwijzende rechter in het prejudiciële contentieux", 20.

²³⁹⁹ Aanvankelijk was de verwijzende rechter niet verplicht de referentienorm te vermelden en herformuleerde het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag waarin de verwijzende rechter dit toch deed, tot een toetsing aan alle bevoegdheidverdelende regels. GwH 29 januari 1987, nr. 32; 31 mei 1989, nrs. 13/89 en 14/89; 29 juni 1989, nr. 18/89; 13 juli 1989, nr. 20/89 en 25 januari 1990, nr. 7/90. De bijzondere wetgever heeft in 1989 beslist dat de verwijzende rechter, "in voorkomend geval" toch de referentienorm moet vermelden, waarbij het hof de verplichting om de vraag te herformuleren, behoudt. Artikel 27, § 2 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof. Thans vereist het hof dit op straffe van onontvankelijkheid. J. SMETS, "De verhouding van het Arbitragehof tot de verwijzende rechter in het prejudiciële contentieux", 19-20 en J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 398.

²⁴⁰⁰ Onder meer GwH 23 juni 2011, nr. 111/2011, B.5. en 23 januari 2008, nr. 11/2008, B.1-B.5.

Bundesverfassungsgerichtsgesetz, naast de in het geding zijnde bepalingen, ook, indien de eerbied voor de rechtsorde dit vereist, de bepalingen van dezelfde wet die op dezelfde gronden met de *Grundgesetz* in strijd zijn, vernietigen: het is een “*systemwidrige*” afwijking van het beginsel “*ne ultra petita*”.²⁴⁰¹ Bij de *Verfassungsbeschwerde* heeft het hof deze bevoegdheid niet krachtens de wet, doch het hof past, om duidelijkheid en rechtszekerheid te bieden en ook om proceseconomische redenen²⁴⁰², deze regel naar analogie toe.²⁴⁰³ Het hof zal tevens de gehele wet vernietigen, indien de overblijvende bepalingen geen zelfstandige betekenis hebben of hun doel en draagwijdte door de gedeeltelijke vernietiging zouden verliezen.²⁴⁰⁴

818. *Onderwerp van het geding* – In de *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* wordt het *Bundesverfassungsgericht* niet de bevoegdheid toegekend om het onderwerp van het geding te bepalen: zij vermeldt niet dat het hof ambtshalve mag toetsen aan grondwetsbepalingen of bepalingen van het Bondsrecht. Het hof heeft zichzelf deze bevoegdheid toegekend, in één van zijn eerste arresten bij abstracte normencontrole.²⁴⁰⁵ Ook bij de concrete normencontrole²⁴⁰⁶ en de *Verfassungsbeschwerde* acht het *Bundesverfassungsgericht* zich daartoe bevoegd.²⁴⁰⁷ Niettegenstaande de overbelasting van

²⁴⁰¹ Artikel 78 *BVerfGG* voor de abstracte normencontrole; artikel 82 *BVerfGG iuncto* 78 *BVerfGG* voor de concrete normencontrole en artikel 67 *BVerfGG* voor de *Organstreit*. Zie onder meer BVerfG 10 maart 1958, *BVerfGE* 7, 320, (326) en 23 oktober 1951, *BVerfGE*, 1, 14 (41). Voor meer voorbeelden zie H. BETHGE, "Artikel 78 Bundesverfassungsgerichtsgesetz", in TH. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU *et al.* (eds.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München, Verlag C.H. Beck, 2013, nr. 2; S. DETTERBECK, *Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1995, 423 en H. LECHNER en R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 92, 397 (abstracte normencontrole) en 406 (concrete normencontrole).

²⁴⁰² D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 964 (§ 78, nr. 23).

²⁴⁰³ Onder meer BVerfG 21 juni 2011, 1 BvR 2035/07 of *BVerfGE* 129, 49 (75); 8 februari 2011, 2 BvR 2365/09 of *BVerfGE* 128, 326 (404); 21 november 2001, *BVerfGE* 104, 126 (150); 12 maart 1996, *BVerfGE* 94, 241 (265) en 11 januari 1995, *BVerfGE* 92, 53 (73). Kritisch hierover is H. BETHGE, "Artikel 78 Bundesverfassungsgerichtsgesetz", nr. 2, en zie aldaar voor verdere verwijzingen.

²⁴⁰⁴ T. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, 77 en H. LECHNER en R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 405-406.

²⁴⁰⁵ BVerfG 23 oktober 1951, *BVerfGE* 1, 14 (41) "2. Das Bundesverfassungsgericht hat, wo immer Streitgegenstand die Vereinbarkeit eines Bundesgesetzes mit dem Grundgesetz ist - sei es in einem Verfahren nach § 13 Nr. 6, sei es in einem Verfahren nach § 13 Nr. 7 *BVerfGG* - die Gültigkeit des ganzen Gesetzes und jeder einzelnen seiner Bestimmungen unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, auch soweit sie etwa von den Beteiligten nicht geltend gemacht worden sind. Das ergibt sich aus § 78 *BVerfGG*." (eigen nadruk). Zo ook BVerfG 27 mei 1992, *BVerfGE* 86, 148 (210-211). J.-C. BÉGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, 61; S. DETTERBECK, *Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht*, 423; H. LECHNER en R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 91-92 en K. SCHLAICH en S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 119 (nr. 146).

²⁴⁰⁶ Onder meer BVerfG 7 juli 1982, *BVerfGE* 61, 43 (62) en 3 juni 1969, *BVerfGE* 26, 44 (58). Zie ook T. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, 77 e.v.; R. FLEURY, *Verfassungsprozessrecht*, 45 en K. SCHLAICH en S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 128 (nr. 163).

²⁴⁰⁷ Onder meer BVerfG 4 juni 1985, *BVerfGE* 70, 138 (161); 25 maart 1980, *BVerfGE* 53, 366 (390) en 21 september 1976, *BVerfGE* 42, 312 (325) ("Im Rahmen der zulässigen Verfassungsbeschwerde ist das Bundesverfassungsgericht bei der materiellrechtlichen Prüfung nicht mehr darauf beschränkt zu untersuchen, ob eine der gerügten Grundrechtsverletzungen vorliegt. Es kann die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der angegriffenen Normen vielmehr unter jedem in Betracht kommenden verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt prüfen."). S. DETTERBECK, *Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht*, 306 en 516-517; E. FRIESENHAHN, *Die*

het hof door de *Verfassungsbeschwerde*, beperkt het hof zich niet tot de aangevoerde grondrechtsschendingen, maar toetst het doorgaans aan alle grondrechten.²⁴⁰⁸

819. Formulering en motivering – Bij de abstracte normencontrole, het objectief contentieux, is het *Bundesverfassungsgericht* niet al te streng bij het beoordelen van de geldigheid van de verzoekschriften. Zij mogen ongemotiveerd zijn en verwijzen naar een gemotiveerd verzoekschrift met betrekking tot dezelfde zaak.²⁴⁰⁹ Bij de concrete normencontrole is het hof wel streng. Tenzij de verwijzingsbeslissing verwijst naar een andere, gemotiveerde verwijzingsbeslissing, acht het *Bundesverfassungsgericht* de verwijzingsbeslissing ontoelaatbaar, indien erin niet wordt uiteengezet om welke redenen het rechtscollege de in het geding zijnde norm ongrondwettig acht: de rechter moet aangeven welke grondwetsbepalingen worden geschonden en waarom hij de norm ongrondwettig acht, waarbij hij rekening moet houden met de in de rechtsleer en de rechtspraak ontwikkelde relevante wetsinterpretaties.²⁴¹⁰ Bovendien moet de eindbeslissing van de rechter in het bodemgeschil van de geldigheid van de ongrondwettig geachte norm afhankelijk zijn: de bodemrechter moet aantonen dat het oordeel over de geldigheid van de norm zijn oordeel zal bepalen. Indien nodig, zal het *Bundesverfassungsgericht* de prejudiciële vraag herformuleren.²⁴¹¹ Bij de *Verfassungsbeschwerde* is het hof even streng: de verzoekende partij moet duidelijk en op gemotiveerde wijze uiteenzetten op welke wijze de overheidshandeling haar grondrecht(en) schendt.²⁴¹²

(2) DE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

820. Onderscheid – Omwille van het grote onderscheid in de rechtspleging bij de *a priori*-toetsing en bij de *a posteriori*-toetsing, wordt de vraag of de *Conseil* het voorwerp en het onderwerp van het geding bepaalt voor beide procedures afzonderlijk onderzocht.

(a) De *a priori*-toetsing

821. Uitbreiding van het geding – Bij de *a priori*-toetsing heeft de *Conseil constitutionnel* een veel ruimere bevoegdheid dan het Grondwettelijk Hof en het *Bundesverfassungsgericht* om het voorwerp en het onderwerp van het geding te bepalen.

Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, Keulen, Berlijn, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1963, 82 en H. LECHNER en R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 92.

²⁴⁰⁸ K. SCHLAICH en S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht* (2012), 147 (nr. 205).

²⁴⁰⁹ BVerfG 4 juli 1995, *BVerfGE*, 92, 365, (392).

²⁴¹⁰ Onder meer BVerfG 7 december 1988, *BVerfGE* 79, 240 (243) en 24 juli 1962, *BVerfGE*, 14, 221, (232-233). K. SCHLAICH en S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht* (2012), 119 (nr. 146).

²⁴¹¹ H. LECHNER en R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 446.

²⁴¹² K. SCHLAICH en S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht* (2012), 154 (nr 216). Volgens hen moet het verzoekschrift zo zijn opgesteld dat het hof, zonder naar de overheidshandeling te moeten gaan kijken, een grondwettigheidsbeoordeling kan doen.

Wanneer, van rechtswege dan wel bij verzoekschrift, een zaak aanhangig is gemaakt, kan hij het voorwerp en het onderwerp uitbreiden. Dit kadert in zijn rol in de *a priori*-procedure: hij moet de wet aan de grondwet toetsen, ongeacht welke bezwaren door de verzoekende partijen worden ingeroepen.²⁴¹³ In het objectief *a priori*-toezicht zijn alle middelen en vorderingen van openbare orde.²⁴¹⁴

822. *Voorwerp van het geding* – Bij een van rechtswege saisine spreekt het voor zich dat de *Conseil* de gehele wet aan alle hogere rechtsnormen toetst. Wanneer bij verzoekschrift een zaak bij de *Conseil* aanhangig is gemaakt, is dit minder vanzelfsprekend. Aanvankelijk werd dit dan ook betwist.²⁴¹⁵ Sinds het bekende arrest van 16 juli 1971²⁴¹⁶ bestaat hierover geen twijfel meer: ongeacht het verzoekschrift, kan de *Conseil* de gehele wet aan de in het verzoekschrift vermelde referentienormen toetsen.²⁴¹⁷ De *Conseil* zal daartoe "*conclusions d'office*" (ambtshalve vorderingen) opwerpen.²⁴¹⁸ Emeritus voorzitter MAZEAUD stelt in 2005 dat de *Conseil constitutionnel* beoogt regelmatig het voorwerp van de vordering uit te breiden en de gehele wet te toetsen, omdat deze praktijk de oppositie zou ontmoedigen om een zaak aanhangig te maken.²⁴¹⁹

Kunnen is niet moeten. De *Conseil constitutionnel* is niet verplicht om de ganse wet te toetsen. Enkele decennia heeft de *Conseil* in het dispositief geschreven dat de "wet niet met de *Constitution* strijdt": het arrest is een verklaring van niet-strijdigheid, niet een verklaring van grondwettigheid. Hiermee leek de *Conseil* de kracht van gewijsde van zijn arresten te willen beperken tot wat in het arrest wordt vermeld: uit het stilzwijgen over een

²⁴¹³ J. BENETTI, "La saisine parlementaire (au titre de l'article 61 de la Constitution)", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2013, (85) 95 en G. VEDEL, "L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite", 1.

²⁴¹⁴ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français (2011)*, 396.

²⁴¹⁵ Over het hevige debat hierover tussen de *Conseillers* bij de eerste beraadslaging over een gewone wet, zie R. FRAISSE, "La chose jugée par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de ses décisions et la QPC", 78.

²⁴¹⁶ Cons. const. 16 juli 1971, nr. 71-44 DC.

²⁴¹⁷ Cons. const. 30 december 1996, nr. 96-386 DC, nr. 4. ("*que l'effet de cette saisine est de mettre en oeuvre, avant la clôture de la procédure législative, la vérification par le Conseil constitutionnel de toutes les dispositions de la loi déférée y compris de celles qui n'ont fait l'objet d'aucune critique de la part des auteurs de la saisine;*"). Indien slechts bepaalde wetsbepalingen aan het toezicht van de *Conseil* worden onderworpen, hebben de *amici curiae* ("*porte étroite*") de kans om de *Conseil* te overtuigen dat ook andere bepalingen ongrondwettig zijn en dus ambtshalve het voorwerp uit te breiden. G. VEDEL, "L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite", 13-14. Zie *infra*, randnummer 881. Over de evolutie in de rechtspraak van de *Conseil constitutionnel*, zie R. FRAISSE, "La chose jugée par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de ses décisions et la QPC", 78-81.

²⁴¹⁸ T. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, 20 e.v. en 104; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français (2011)*, 394 en G. VEDEL, "L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite", 1. In de periode 1959-september 1993 heeft de *Conseil constitutionnel* 37 maal ambtshalve de vordering uitgebreid, waarbij dit in acht zaken niet tot een ruimere vernietiging heeft geleid. Zie ook J.-C. BÉGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, 62 en G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 523. Sindsdien breidt de *Conseil* de vordering vaker uit. G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français (2011)*, 397. Voor een voorbeeld van een uitbreiding van de vordering, over de "*Quotas par sexe*", zie G. GONDOUIN, "Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution", 515.

²⁴¹⁹ P. MAZEAUD, "La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité", 9.

bepaling mag niet de grondwettigheid van die bepaling worden afgeleid.²⁴²⁰ Sinds de invoering van de *question prioritaire* beslist de *Conseil*, bij de *a priori*-toetsing, of een artikel grondwettig is of niet. Dit heeft immers thans gevolgen voor de *a posteriori*-toetsing. Behoudens gewijzigde omstandigheden²⁴²¹, kan geen prioritaire vraag meer worden gesteld over een artikel dat door de *Conseil* uitdrukkelijk – dit is in de overwegingen en in het dispositief – grondwettig werd verklaard.²⁴²²

823. *Onderwerp van het geding* – Daarnaast toetst de *Conseil constitutionnel* de wet ook aan niet in het verzoekschrift ingeroepen referentienormen. Zonder wettelijke grondslag daartoe, werpt de *Conseil* “*moyens d’office*” (ambtshalve middelen) op.²⁴²³ Hij heeft nog niet uiteengezet in welke gevallen hij dit doet: soms zijn het procedurele elementen, dan weer manifeste ongrondwettigheden, of rechtsvragen die reeds tijdens het parlementaire debat aan bod waren gekomen.²⁴²⁴ Deze ambtshalve middelen leiden niet steeds tot een ongrondwettigheidsverklaring, soms alleen tot grondwetsconforme interpretaties.²⁴²⁵

824. *Onduidelijke “vordering”* – De aanhangigmaking van een zaak is aan weinig of geen formalisme onderworpen: dit kan bij eenvoudige brief. Doorgaans wordt deze vergezeld van een memorie (van toelichting): zij bevat evenwel geen formele vordering.²⁴²⁶ Het verzoekschrift moet niet aanduiden welke bepalingen ter toetsing worden voorgelegd noch worden gemotiveerd.²⁴²⁷ Bij gebrek aan een bepaalde grief tegen een wet (*saisine “blanche”*), zal de *Conseil constitutionnel* de ganse wet aan de referentienormen toetsen.²⁴²⁸ De *Conseil* verwerpt evenwel soms ook een middel, omdat het feitelijke grondslag mist of een foute, niet door de wetgever gewilde, interpretatie aan de wetsbepaling geeft (“*moyens inopérants*”).²⁴²⁹

²⁴²⁰ T. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d’office*, 36-37.

²⁴²¹ Zowel van juridische als van feitelijke aard, zie onder meer Cons. const. 30 juli 2010, nr. 2010-12/22 QPC, 18.

²⁴²² Zie *supra*, randnummer 312.

²⁴²³ T. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d’office*, 11; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français (2011)*, 393-397 en G. VEDEL, “L’accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite”, 1. In de periode 1959-september 1993 heeft de *Conseil constitutionnel* 27 maal ambtshalve een middel opgeworpen. Het gemiddelde was stabiel: in één op zes zaken wierp de *Conseil* ambtshalve een middel op.

²⁴²⁴ Zie commentaar bij arrest 2009-593 van 19 november 2009 in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, te vinden op http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009-593DC-ccc_593dc.pdf.

²⁴²⁵ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français (2011)*, 395.

²⁴²⁶ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 363-364. DRAGO schrijft dat in een aanvullende memorie geen bepalingen mogen worden aangevochten, die niet in het eerste verzoekschrift werden vermeld. Dat de *Conseil constitutionnel* de in de aanvullende memorie vervatte grief, op geen enkele wijze – al dan niet ambtshalve – in het onderzoek zou betrekken, lijkt evenwel onverenigbaar met de beginselen dat de *Conseil constitutionnel* de gehele wet aan alle referentienormen toetst en een verzoekschrift geen motivering vereist.

²⁴²⁷ Tot midden 1995 waren de verzoekschriften van de President en van de Eerste minister (op grond van artikel 54 *Constitution*) nooit gemotiveerd. Zie J.H. REESTMAN, *Constitutionele toetsing in Frankrijk*, 49. Dat geen motivering nodig is, laat toe dat parlementsleden van verscheidene groeperingen zich kunnen verenigen om een wet aanhangig te maken. J. BENETTI, “La saisine parlementaire”, 93.

²⁴²⁸ Onder meer Cons. const. 2 februari 1995, nr. 95-360 DC, nr. 2 en 26 augustus 1986, nr. 86-211 DC, nr. 1.

²⁴²⁹ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français (2011)*, 367-400.

(b) De prioritaire vraag

825. *Voorwerp van het geding* – In de *a posteriori*-toetsing breidt de *Conseil constitutionnel* het voorwerp niet uit. In zijn eerste arrest op prioritaire vraag heeft de *Conseil constitutionnel* geoordeeld dat hij niet de bevoegdheid heeft om de beslissing van het Hof van Cassatie of van de Raad van State over de toepasselijkheid van een bepaling in het bodemgeschil of over de grondslag van de vervolging in twijfel te trekken, zodat de *Conseil* niet kan ingaan op de vraag van een partij van het bodemgeschil om het voorwerp van de prioritaire vraag uit te breiden en evenmin op de vraag van de Eerste minister om een in de prioritaire vraag opgenomen artikel niet te toetsen.²⁴³⁰ De *Conseil constitutionnel* beperkt zijn onderzoek tot die (deel)artikelen die effectief door de prioritaire vraag in het geding zijn.²⁴³¹

826. *Onderwerp van het geding* – In de *a posteriori*-toetsing kan de *Conseil constitutionnel*, zoals het Belgische en het Duitse grondwettelijk hof, ambtshalve middelen opwerpen. De *Conseil* brengt alle partijen van het bodemgeschil en de institutionele partijen op de hoogte van deze mogelijkheid en tevens van de termijn waarbinnen zij hun opmerkingen over het ambtshalve ingeroepen middel kunnen indienen.²⁴³² De *Conseil* brengt de partijen alleen op de hoogte van het feit dat hij een middel ambtshalve *zou kunnen opwerpen*. Daarmee doet hij dat niet effectief: bijvoorbeeld in één zaak heeft de *Conseil* het middel uiteindelijk niet ambtshalve opgeworpen, omdat de prioritaire vraag niet op ontvankelijke wijze aanhangig was gemaakt.²⁴³³ Deze ambtshalve middelen leiden doorgaans niet tot een grondwettigheidsverklaring, maar wel tot een grondwetsconforme interpretatie.

(3) HET SUPREME COURT

827. *Voorwerp en onderwerp van het geding* – In *rule 14* van de *Rules of the Supreme Court* wordt op gedetailleerde wijze opgelegd op welke wijze de verzoekende partijen een verzoekschrift (voor een *writ of certiorari*) moeten opstellen. Het voorwerp van het geding is steeds de verbreking van een rechterlijke uitspraak; het onderwerp is de (grond)wettelijke bepalingen die door de rechterlijke uitspraak worden geschonden. Naar aanleiding van deze toetsing kan de grondwettigheid van een wet in het geding komen ("*constitutional issue*"). In het verzoekschrift moet de verzoekende partij – in de vorm van vragen – uitdrukkelijk aan het hof een bepaalde toetsing vragen: daarbij moet zij aangegeven welk (grond)wettigheidsbezwaar zij ziet en op welke gronden dit berust. Het

²⁴³⁰ Cons. const. 28 mei 2010, nr. 2010-1 QPC, nrs. 6-7. Zie ook Cons. const. 30 maart 2012, 2012-227 QPC, nr. 1 en 26 november 2010, nr. 2010-71 QPC, nrs. 11-12. Zie ook X., "Actes de la 2e journée d'études toulousaine sur la QPC", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2013, (205) 223-224.

²⁴³¹ Cons. const. 3 en 28 januari 2011, nr. 2010-92 QPC, nr. 3 en 17 december 2010, nr. 2010-81 QPC, nr. 3.

²⁴³² Artikel 7 Intern Reglement over de prioritaire vraag 2010. Onder meer Cons. const. 30 maart 2012, 2012-227 QPC (recht van verdediging); 25 november 2011, nr. 2011-199 QPC (onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter); 31 mei 2011, nr. 2011-126 QPC en 22 september 2010, nr. 2010-33 QPC.

²⁴³³ Cons. const. 26 juli 2013, nr. 2013-334/335 QPC, nr. 10.

louter inroepen van de *US Constitution* volstaat niet.²⁴³⁴ Deze vragen moeten ook voor het lagere rechtscollege zijn opgeworpen.²⁴³⁵ Op haar beurt moet de verwerende partij zich beperken tot de argumenten die zij voor het lagere rechtscollege heeft ingeroepen of diegene waarop ze zich uitdrukkelijk in de *brief of opposition* bij de *certiorari*-procedure beroept.²⁴³⁶

828. *Uitbreiding van het geding* – Eigen aan het “*adversarial*” karakter van de procedure breidt het hof het geding *in beginsel* niet uit²⁴³⁷: het *Supreme Court* zal alléén deze vragen, die door het lagere rechtscollege werden behandeld of opgeworpen en waarvoor het *certiorari* heeft toegestaan, beantwoorden.²⁴³⁸ Het is een vorm van *judicial self-restraint*.²⁴³⁹ Omdat deze praktijk van jurisprudentiële oorsprong is, wijkt het *Supreme Court* in bijzondere omstandigheden ervan af²⁴⁴⁰: soms beslecht het vragen op gronden die alleen

²⁴³⁴ C.A. WRIGHT en M.K. KANE, *Law of Federal Courts*, 789-790, met verwijzingen naar onder meer 16 mei 1988, *Bankers Life & Casualty Co v. Crenshaw*, 486 U.S. 71., II.

²⁴³⁵ Ten aanzien van de *federal courts* treedt het *Supreme Court* op als een volwaardig hoger beroep: het hof mag alle in de zaak opgeworpen rechtsvragen beslechten. Over zijn bevoegdheid om ook over de feiten te oordelen, zie C.A. WRIGHT en M.K. KANE, *Law of Federal Courts*, 804-805.

²⁴³⁶ Artikel 15.2 *Rules of the Supreme Court*. Zie ook recent in SC 18 juni 2015, *Brumfield v. Cain*, III.A en SC *United States v. Apel*, 26 februari 2014, III.

²⁴³⁷ Justice GINSBURG, geciteerd door B.P. GOLDMAN, "Should the Supreme Court Stop Inviting Amici Curiae to Defend Abandoned Lower Court Decisions?", 909 en 952.

²⁴³⁸ Na de *certiorari* kunnen er dus geen aanvullende vragen aan het hof over een zaak worden gesteld. SC 8 februari 1954, *Irvine v. California*, 347 U.S. 128 ("We granted *certiorari* 3 on a petition which tendered four questions. However, petitioner's counsel has now presented two additional questions, one concerning the application of an immunity statute of California and another attacking certain instructions given to the jury by the trial court. Neither of these was mentioned in the petition. We disapprove the practice of smuggling additional questions into a case after we grant *certiorari*. The issues here are fixed by the petition unless we limit the grant, as frequently we do to avoid settled, frivolous [347 U.S. 128, 130] or state law questions. We do not take up the questions numbered 3 and 6 of petitioner's brief because they are improperly presented."). Zie, ook voor meer verwijzingen, S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice* (10^{de} ed.), 464-465. Soms kent het hof slechts een beperkte *certiorari* toe, die is beperkt tot één of enkele van de in het verzoekschrift vermelde rechtsvragen. SC 14 mei 1962, *Beck v. Washington*, 369 U.S. 541. C.A. WRIGHT en M.K. KANE, *Law of Federal Courts*, 804.

²⁴³⁹ B.P. GOLDMAN, "Should the Supreme Court Stop Inviting Amici Curiae to Defend Abandoned Lower Court Decisions?", 952.

²⁴⁴⁰ In SC 30 november 1993, *Izumi Seimitsu Kogyo Kabushiki Kaisha v. U.S. Philips Corp.*, 510 U.S. 27 legt het uit in welke omstandigheden ("We have made exceptions to Rule 14.1(a) in cases where we have overruled one of our prior decisions even though neither party requested it. See, e. g., *Blonder-Tongue, supra*, at 319-321. We have also decided a case on nonconstitutional grounds even though the petition for *certiorari* presented only a constitutional question. See, e. g., *Boynton v. Virginia*, 364 U. S. 454, 457 (1960); *Neese v. Southern R. Co.*, 350 U. S. 77, 78 (1955). We must also notice the possible absence of jurisdiction because we are obligated to do so even when the issue is not raised by a party. See, e. g., *Lake Country Estates, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*, 440 U. S. 391, 398 (1979); *Liberty Mut. Ins. Co. v. Wetzel*, 424 U. S. 737, 740 (1976). And we may, pursuant to this Court's Rule 24.1(a), "consider a plain error not among the questions presented but evident from the record and otherwise within [our] jurisdiction to decide." See, e. g., *Wood v. Georgia*, 450 U. S. 261, 265, n. 5 (1981); see generally R. Stern, E. Gressman, & S. Shapiro, *Supreme Court Practice* § 6.26 (6th ed. 1986) (discussing Rule 14.1(a) and its exceptions).) Zie ook S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice* (10^{de} ed.), 467-468.

door een *amicus curiae* werden ingeroepen²⁴⁴¹, of die het hof zelf²⁴⁴² – al dan niet tegen van de wil van de partijen – opwerpt.²⁴⁴³

C. HET VOORWERP EN HET ONDERWERP VAN EEN GEDING IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

(1) HET VOORWERP

829. *Beschikkingsbeginsel* – In beginsel moet een grondwettelijk hof niet oordelen over wetsbepalingen, waarnaar geen haan kraait: een rechter beslecht *rechtsgeschillen*²⁴⁴⁴. Een op het Franse voorbeeld geïnspireerde ruime interpretatie van het grondwettelijke algemeen rechtsbeginsel van de hiërarchie der normen zou dit kunnen vereisen²⁴⁴⁵, maar concurrerende, evenals grondwettelijke of rechtsstatelijke, beginselen staan deze ruime

²⁴⁴¹ SC 1 juni 1998, *Federal Elections Commission v. James E. Akins e.al.*, 118 S.Ct. 1777; 18 juni 1984, *Capital Cities Cable, Inc v. Crisp*, 467 U.S. 691; 2 juli 1981, *Metromedia*, 453 U.S. 490 en 27 mei 1975, *Fry v. United States*, 421 U.S. 542 (voetnoot 5). Zie ook S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice (10^{de} ed.)*, 467 en O.S. SIMMONS, "Picking Friends From the Crowd: Amicus Participation as Political Symbolism", *Conn. L. Rev.* 2009-2010, (185) 204. Voor kritiek hierop zie, een uitspraak van het D.C. Circuit 7 augustus 1998, *James E. Akins, et al.*, 146 F.3d 1049: "I recognize that the Supreme Court has moved pretty far from traditional notions of judicial restraint that confine courts to issues presented by the parties, see *United States Nat'l Bank of Oregon v. Independent Ins. Agents of Am., Inc.*, 508 U.S. 439, 445-49, 113 S.Ct. 2173, 124 L.Ed.2d 402 (1993), but I think this decision represents another large step in that regrettable process insofar as it was an amicus--an amicus who had not appeared until the case reached the Supreme Court--who made the dispositive argument, one which was never once made before us."

²⁴⁴² SC 31 maart 1976, *Youakim v. Miller*, 425 U.S. 231 ("Ordinarily, this Court does not decide questions not raised or resolved in the lower court. *California v. Taylor (...)* (1957); *Lawn v. United States, (...)* (1958). *But as Pollard v. United States, (...)* (1957), and *Brotherhood of Carpenters v. United States, (...)* (1947), for example, demonstrate, the rule is not inflexible. Cf. *Boynton v. Virginia, (...)* (1960). Its usual formulation is: "It is only in exceptional cases coming here from the federal courts that questions not pressed or passed upon below are reviewed." *Duignan v. United States, (...)* (1927). Here, as we shall describe, the circumstances justify our dealing with the issue of conflict between state and federal statutes at least to the extent of vacating the judgment below and remanding the case for consideration of the claim that the Illinois foster care program is in conflict with the Social Security Act.") en 5 december 1960, *Boynton v. Virginia*, 364 U.S. 454 (om een *statutory issue* te beslechten eerder dan een *constitutional issue*), *Justices WHITTAKER* en *CLARK dissenting* op dit punt. Soms beslist het *Supreme Court* dat een lager rechtscollege een bepaalde rechtsvraag moet beslechten, hoewel de partijen deze rechtsvraag niet aan het lager rechtscollege hebben voorgelegd (en zelfs uitdrukkelijk hebben uitgesloten). SC 9 december 1957, *Barr v. Matteo*, 355 U.S. 171. Zie ook B.P. GOLDMAN, "Should the Supreme Court Stop Inviting Amici Curiae to Defend Abandoned Lower Court Decisions?", 912.

²⁴⁴³ Onder meer SC 18 juni 2007, *Powerex Corp. v. Reliant Energy Services, Inc.*, 551 U.S. 224, alinea voor I; 26 juni 2006, *Kansas v. Marsh*, 548 U.S. 163, II; 29 september 1997, *Feltner v. Columbia Pictures Television, Inc.*, 521 U.S. 1151, II. Voor meer verwijzingen, zie S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice (10^{de} ed.)*, 340-341 en B.P. GOLDMAN, "Should the Supreme Court Stop Inviting Amici Curiae to Defend Abandoned Lower Court Decisions?", 931-932. In dat geval deelt het hof de partijen mee dat het aanvullende vragen wil stellen en, in voorkomend geval, worden de debatten heropend.

²⁴⁴⁴ BVerfG 8 december 1952, *BVerfGE* 2, 79 (86).

²⁴⁴⁵ Aldus het Hof van Cassatie. Het houdt in dat de rechter een met een hogere norm strijdige norm, buiten toepassing moet laten. HvC 21 april 2011, C.08.0452.F, 5.

interpretatie moeilijk toe. In de eerste plaats verbiedt het beschikkingsbeginsel, als toepassing van de scheiding der machten, de grondwettelijke hoven om het voorwerp uit te breiden: de autonomie van de partijen staat niet toe dat de rechter *ultra petita* uitspraak doet. Indien hij dit wel zou doen, zou hij zaken waarover geen geschil bestaat, naar zich toe trekken. Dat is evenzeer een autosaisine, die niet met de rechterlijke functie verenigbaar is.

830. *Rechten van verdediging, proceseconomie en –loyaliteit* – Dat ook de verzoekende partij het voorwerp van het geding niet kan uitbreiden²⁴⁴⁶ kan niet met het beschikkingsbeginsel worden uitgelegd, zodat ook andere motieven verantwoord worden waarom het voorwerp van het geding niet mag worden gewijzigd. Deze motieven zijn de rechten van verdediging (recht op tegenspraak) en de beginselen van de proceseconomie en van procesloyaliteit: op grond van de verwijzingsbeslissing of van het verzoekschrift moeten belanghebbenden en institutionele partijen kunnen weten wat de inzet van het geding is, opdat zij zouden kunnen beslissen om in de procedure tussen te komen en, in voorkomend geval, in staat zouden zijn om op dienstige wijze het verweer van de in het geding zijnde bepaling op zich te nemen.²⁴⁴⁷ Indien het Grondwettelijk Hof of een partij het voorwerp van de toetsing zou kunnen verruimen, verandert de inzet van het geding. Degenen die op basis van het verzoekschrift of van de verwijzingsbeslissing het onnodig vonden om in het geding tussen te komen, zouden alsnog – gelet op de veranderde inzet – willen tussenkomen, maar dit – gelet op de wettelijke procedureregels – niet meer kunnen.²⁴⁴⁸

831. *Geen uitbreiding van het voorwerp* – De redenen van het Grondwettelijk Hof en van het *Bundesverfassungsgericht* om het voorwerp van het geding uit te breiden en dus van het beschikkingsbeginsel af te wijken, moeten dan ook in het licht van het beschikkingsbeginsel en van het recht van verdediging en van de beginselen van proceseconomie en procesloyaliteit te rechtvaardigen zijn. Voor het Belgische en het Duitse hof is dat het geval: zij breiden het voorwerp alleen uit wanneer niet in het geding zijnde wetsbepalingen een samenhang vormen met in het geding zijnde bepalingen en dus om *aangevoerde redenen* ongrondwettig zijn. Dat is juist een toepassing van proceseconomie, weliswaar in een andere betekenis: het vermijdt toekomstige rechtszaken die over hetzelfde gaan.

Twee verschillen met de Duitse en Belgische procedures van grondwettigheidstoetsing verantwoordden dat de *Conseil* het voorwerp bij de *a priori-toetsing*²⁴⁴⁹ uitbreidde. De

²⁴⁴⁶ Behoudens bij een tijdig ingediend verzoekschrift tot vernietiging.

²⁴⁴⁷ A. ALLEN, "De prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof", 171-172. Cfr. *privaat procesrecht*, B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 130 (libelleringsplicht) en de overwegingen van het Grondwettelijk Hof om onduidelijk geformuleerde verzoekschriften of prejudiciële vragen onontvankelijk te verklaren, voor verwijzingen, zie voetnoot 2400. Het beginsel van de proceseconomie vereist een goede informatiedoorstroming, zodat het debat sneller tot de kern van de zaak komt. Het beginsel van de procesloyaliteit impliceert onder meer dat partijen bereid zijn om mee te werken aan de behandeling en bespreking van het geschil. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 130.

²⁴⁴⁸ Zo kaart DIRIX aan dat het Grondwettelijk Hof een nogal diffuse vraagstelling uitlegt als de vraag naar de ongelijke behandeling bij een collectieve schuldenregeling tussen schuldeisers die op een nettingovereenkomst een beroep kunnen doen en deze die dat niet kunnen. E. DIRIX, "'Nettingovereenkomsten': niet voor broekjes", *NJW* 2008, (926) 926.

²⁴⁴⁹ De *Conseil* heeft deze bevoegdheid – terecht – niet bij de prioritaire vraag.

eerste, die nog steeds geldt, is dat de *a priori*-toetsing een andere finaliteit heeft: niet de rechtsbescherming, maar wel de naleving van de hiërarchie der normen. De *Conseil* moet, voorafgaand aan de afkondiging van de wet, nagaan of deze de grondwettelijke rechtsregels heeft geëerbiedigd. Daarom wordt vaak de gehele wet ter toetsing voorgelegd en moet het verzoekschrift niet gemotiveerd zijn. Daarnaast rechtvaardigde de beperkte toegang tot de *Conseil* dat hij zijn *a priori*-toetsing tot de gehele wet uitbreidde, ook indien in het verzoekschrift slechts enkele wetsbepalingen ongrondwettig werden genoemd. Omdat de invoering van de prioritaire vraag de toegang tot de *Conseil* voor de burger heeft geopend, moet worden heroverwogen of de aparte finaliteit van de *a-priori*-toetsing als verantwoording volstaat. Zo niet, kunnen alleen proceseconomische redenen een uitbreiding van het voorwerp toestaan, zodat de *Conseil constitutionnel* eenzelfde rechtspraak als het Grondwettelijk Hof zou moeten ontwikkelen.

(2) HET ONDERWERP

832. *Zelden* – Bij het bepalen van het onderwerp van het geding hecht het Grondwettelijk Hof opnieuw²⁴⁵⁰ meer belang aan de autonomie van de partijen dan dat de bijzondere wetgever heeft gedaan. In tegenstelling tot het *Bundesverfassungsgericht* en de *Conseil constitutionnel* vindt het hof het niet vanzelfsprekend dat het de voorgelegde norm aan alle referentienormen moet toetsen. Het werpt zeer zelden ambtshalve een middel op en de normen van “openbare orde” lijken duidelijk: het recht van de Europese Unie, de bevoegdheidverdelende regels, de grondwettelijke wettigheidsbeginselen (en de kosteloosheid van het leerplichtig onderwijs). De overige materiële grondrechten en het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie worden niet steeds ambtshalve opgeworpen, ook niet wanneer één van de partijen op onontvankelijke wijze de schending ervan aanvoert.

833. *Geen grondslag en verplichting op grond van openbare orde* – De beweegreden voor het Grondwettelijk Hof om een enge interpretatie aan “openbare orde” te geven en slechts in beperkte mate ambtshalve middelen op te werpen, is niet meteen duidelijk. Het beschikkingsbeginsel verplicht de rechter niet om het debat te beperken tot de ontvankelijk aangevoerde middelen: dit beginsel gaat alleen over het voorwerp van het geding.²⁴⁵¹ Zoals het *ius curia novit*-beginsel de gewone rechter verplicht om het toepasselijke recht op de feiten toe te passen – en hij zich dus niet kan beperken tot het ambtshalve opwerpen van middelen van openbare orde²⁴⁵² –, kan worden verdedigd dat dit algemeen rechtsbeginsel

²⁴⁵⁰ Te vergelijken met het aanvaarden van de afstand van het geding, zie *supra*, randnummer 786.

²⁴⁵¹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 233-234. Zie ook A. WIRTGEN, *Middelen en het ambtshalve aanvoeren van middelen in het bijzonder*, 353-355 (die een juridische invulling aan de “oorzaak van de vordering” geeft en stelt dat het ambtshalve opwerpen van de middelen de oorzaak van de vordering wijzigt). In dit onderzoek wordt de feitelijke invulling van de oorzaak van de vordering van ALLEMEERSCH en VAN ORSHOVEN gevolgd. Zie B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 208 en 219.

²⁴⁵² HvC 14 april 2005, AR C.03.0148.F. (“algemeen rechtsbeginsel krachtens hetwelk de rechter gehouden is om, mits hij het recht van verdediging eerbiedigt, de rechtsnorm te bepalen die van toepassing is op de bij hem ingestelde rechtsvordering en die regel, welke onder meer vervat ligt in artikel 774 van het Gerechtelijk Wetboek, toe te passen”). B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 195. Op

ook de grondwettelijke rechter verplicht de in het geding zijnde bepaling aan de passende grondwetsbepaling te toetsen.

In het gemeenrechtelijk procesrecht is het de rechter verboden om de oorzaak van de vordering te wijzigen.²⁴⁵³ Geldt dit ook voor het Grondwettelijk Hof en zou dit verbod kunnen verantwoorden waarom het hof niet uit eigen beweging aan alle referentienormen toetst? Hoewel het hof geen uitspraak doet in een concrete rechtszaak, houdt het zich aan de oorzaak van de prejudiciële vraag: dit is de feitelijke context die een antwoord op de grondwettigheidsvraag vereist, zodat het hof de ongrondwettigheid alleen onderzoekt in de hyptheses die voor het bodemgeschil relevant zijn.²⁴⁵⁴ Dit is noodzakelijk om het voorwerp van de prejudiciële vraag te eerbiedigen. Het verbod om de oorzaak van een geschil te wijzigen ligt in het verbod om het voorwerp van het geding te wijzigen. Het hof mag geen nieuw geschil aanbrengen.²⁴⁵⁵ De oorzaak van het geding voor het Grondwettelijk Hof (zowel bij beroep tot vernietiging als bij prejudiciële vraag) is evenwel niet meer of minder dan dat een partij wil dat een wetsbepaling (op haar) niet toepasselijk is: de reden waarom de wetsbepaling ongrondwettig is, maakt het onderwerp van het geschil uit en is voor de meeste partijen van ondergeschikt belang. Het Grondwettelijk Hof wijzigt de oorzaak van de vordering niet door een wetsbepaling ongrondwettig te verklaren om een andere reden dan die een partij heeft aangevoerd. Bovendien zijn er regels van openbare orde, die zich aan de rechter opdringen, zodat hij ze moet inroepen.²⁴⁵⁶ Daar moeilijk kan worden verdedigd dat het ene grondrecht wel van openbare orde is en het andere niet, toetst het Grondwettelijk Hof de in het geding zijnde bepaling best aan alle referentienormen.

834. *Uitbreiding gewenst* – Zolang het hof de tegensprekelijkheid waarborgt²⁴⁵⁷, verhinderen ook het recht van verdediging en het beginsel van procesloyaliteit niet dat middelen ambtshalve worden opgeworpen. Bovendien moet het hof erover waken dat het aan de burgers (al dan niet bij de schending van een in de Grondwet en in de internationale verdragen gewaarborgd recht) dezelfde rechtsbescherming biedt wanneer het recht op de Europese Unie toepasselijk is, dan wanneer het niet toepasselijk is. Dit geldt des te meer daar voor het bepalen van het onderwerp van het geding, méér dan bij het voorwerp, de bekwaamheid van de partij en haar raadsman doorslaggevend is:

25 maart 2013 besliste het Hof van Cassatie dat “de rechter is gehouden het geschil te beslechten overeenkomstig de daarop van toepassing zijnde rechtsregels. Hij moet de juridische aard van de door de partijen aangevoerde feiten en handelingen onderzoeken en mag, ongeacht de juridische omschrijving die de partijen daaraan hebben gegeven, de door hen aangevoerde redenen ambtshalve aanvullen, op voorwaarde dat hij geen betwisting opwerpt waarvan de partijen bij conclusie het bestaan hebben uitgesloten, dat hij zich enkel baseert op elementen die hem regelmatig zijn voorgelegd, dat hij het voorwerp van de vordering niet wijzigt en dat hij daarbij het recht van verdediging van de partijen niet miskent. Het feit dat de partijen de toepassing van een bepaalde wetsbepaling niet hebben opgeworpen, betekent niet dat zij die mogelijkheid bij conclusie hebben uitgesloten.” HvC 25 maart 2013, AR C.12.0037.N.

²⁴⁵³ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 197 e.v.

²⁴⁵⁴ GwH 9 juli 2013, nr. 103/2013, B.1.4.; 24 juli 2009, nr. 124/2009, B.3.; 16 november 2004, nr. 186/2004, B.1. en 13 maart 2002, nr. 46/2002, B.2.1. (prejudiciële vragen).

²⁴⁵⁵ Cf. *privaat procesrecht*, B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 222-223.

²⁴⁵⁶ A. WIRTGEN, *Middelen en het ambtshalve aanvoeren van middelen in het bijzonder*, 364. Daarom kunnen de partijen de betwisting over een bepaalde vorm van ongrondwettigheid niet uitsluiten. Cf. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 222.

²⁴⁵⁷ Cf. *privaat procesrecht*, B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 222.

“Het proces is [...] een hulpmiddel van de rechtsstaat, opdat wie gelijk heeft ook gelijk zou krijgen. Een rechter die zich respecteert en dus zijn zaak ernstig neemt kan dan ook niet lijdelijk toekijken hoe iemand dreigt ongelijk te krijgen alleen maar omdat hij of zijn raadsman de klus niet aankunnen”.²⁴⁵⁸

Het Grondwettelijk Hof moet dan ook niet te terughoudend zijn bij het bepalen van het onderwerp van het geding.

²⁴⁵⁸ P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, 212.

3. DE PARTIJEN

835. *Recht op toegang tot de rechter* – Omwille van overbelasting van het *Supreme Court* en het *Bundesverfassungsgericht* hebben de Amerikaanse en de Duitse wetgever het recht op toegang tot de grondwettelijke rechter beperkt. In Frankrijk en België is dit (nog) niet nodig.²⁴⁵⁹ Door te oordelen over de ontvankelijkheid van een vordering in hoofde van de verzoekende partij, heeft een grondwettelijk hof evenwel een instrument om zelf het recht op toegang tot de rechter te beperken. In deze derde afdeling wordt daarom onderzocht welke rol een grondwettelijk hof heeft in het bepalen welke partijen in een geding mogen optreden.

Hieronder wordt onderzocht wie de partijen zijn voor het Grondwettelijk Hof (A) en voor de buitenlandse onderzochte grondwettelijke hoven (B), welke rol de grondwettelijke hoven daarin hebben en welke overwegingen daarbij spelen. Vervolgens wordt aangeduid welke vereisten de rechtsstaat daaromtrent stelt (C).

A. HET GRONDWETTELIJK HOF

836. 1989 – Vóór 1989 hadden alleen de (grond)wettelijk bepaalde instanties rechtstreeks toegang tot het Grondwettelijk Hof: de Ministerraad en de regering van een gemeenschap of van een gewest (hierna “institutionele partijen” genoemd) en de voorzitter van een wetgevende vergadering op verzoek van twee derde van de leden. Dat in 1989 ook aan particulieren – de zogenaamde “niet-institutionele partijen” – de mogelijkheid wordt toegekend om een beroep tot vernietiging bij het hof in te dienen is één van de meest fundamentele wijzigingen aan de werking van het hof geweest. Deze toegang wordt grondwettelijk gewaarborgd (artikel 142, derde lid Grondwet)²⁴⁶⁰ en herbevestigd in de artikelen 2 en 85 van de Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof. Sindsdien

²⁴⁵⁹ Het Grondwettelijk Hof wordt nog niet door zaken overspoeld. Het spreekt zo’n tweehonderdtal arresten per jaar uit. Er zijn twee procedures waarin een verkorte rechtspleging wordt gevolgd. Indien het beroep tot vernietiging of de prejudiciële vraag klaarblijkelijk niet ontvankelijk lijkt of klaarblijkelijk niet tot de bevoegdheid van het hof behoort (artikel 71) of indien het beroep tot vernietiging klaarblijkelijk niet gegrond is, de prejudiciële vraag klaarblijkelijk negatief moet worden beantwoord of de zaak, wegens de aard ervan of de relatieve eenvoud van de erin opgeworpen problemen, kan worden afgedaan met een arrest gewezen op voorafgaande rechtspleging, wordt een verkorte rechtspleging gevolgd. Dit houdt in dat de rechters-verslaggevers hierover verslag uitbrengen aan de voorzitter en aan de partijen en dat, nadat de partijen hun standpunt hebben kunnen overmaken, de *beperkte kamer*, dan wel, *het hof*, kan beslissen dat de zaak zonder verdere rechtspleging wordt afgedaan met een arrest dat het beroep of de vraag niet ontvankelijk verklaart of waarin wordt vastgesteld dat het hof niet bevoegd is (artikel 71), dan wel, met een arrest waarin, naargelang van het geval, het beroep al dan niet gegrond wordt verklaard of de vraag positief of negatief wordt beantwoord (artikel 72). Wordt dergelijk voorstel van de rechters-verslaggevers niet gevolgd, dan stelt de *beperkte kamer* (artikel 71), dan wel, *het hof* (artikel 72) dit bij beschikking vast en wordt de verdere rechtspleging gevolgd. Artikelen 71-72 Bijz. Wet GwH. Zie hierover meer bij M. VAN OVERSTRAETEN, “Les modifications de la procédure préliminaire devant la Cour d'arbitrage”, in A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS *et al.* (eds.), *La Cour d'Arbitrage vingt ans après*, Brussel, Bruylant, 2004, 221-250.

²⁴⁶⁰ Herziening van de Grondwet, 15 juli 1988, BS 19 juli 1988.

heeft het Grondwettelijk Hof zeggenschap over welke partijen in een geding kunnen optreden, daar het een beroep tot vernietiging of een tussenkomst onontvankelijk kan verklaren, indien de niet-institutionele partij geen belang erbij heeft. Hieronder wordt nagegaan hoe het Grondwettelijk Hof het belangvereiste invult en of het daarbij het recht op toegang tot de rechter eerbiedigt.

837. *Onderscheid institutionele verzoekers en rest* – Krachtens de artikelen 2, 76, 77 en 85 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof kunnen de Ministerraad²⁴⁶¹, de regering van een gemeenschap of een gewest of de voorzitter van een wetgevende vergadering²⁴⁶² steeds partij zijn in een beroep tot vernietiging of in een procedure op prejudiciële vraag. Naast de Ministerraad en de voorzitters van Kamer van volksvertegenwoordigers en van de Senaat zijn dit de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, de Duitstalige Gemeenschapsregering, de Franse Gemeenschapsregering, de Vlaamse Regering, de Waalse Regering, het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, het College van de Franse Gemeenschapscommissie²⁴⁶³, de voorzitters van het Brussels Hoofdstedelijk Parlement, van het Duitstalig Gemeenschapsparlament, van het Frans Gemeenschapsparlament, van het Vlaams Parlement²⁴⁶⁴, van het Waals Parlement, van de Verenigde Vergadering van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Vergadering van de Franse Gemeenschapscommissie. Deze “institutionele partijen” moeten geen belang aantonen.²⁴⁶⁵

²⁴⁶¹ En dus niet de Koning of de federale regering, zie hiervoor P. VAN ORSHOVEN, "La Cour d'Arbitrage et les gouvernements", in F. DELPÉRÉE (ed.), *Regards croisés sur la Cour d'Arbitrage*, Brussel, Bruylant, 1995, 116-117.

²⁴⁶² De voorzitters van een wetgevende vergadering kunnen (en niet moeten) op verzoek van twee derde van hun leden een beroep tot vernietiging instellen. Zie J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 274 en Verslag van de Commissie bij het ontwerp van Bijzondere Wet op het Arbitragehof en bij het ontwerp van gewone Wet betreffende de wedden en pensioenen van de rechters, de referendarissen en de griffiers van het Arbitragehof, *Parl.St.* Kamer 1988-89, nr. 47-633/4, 23. Hiervoor worden geen andere bijzondere meerderheden (bijvoorbeeld de meerderheid in elke taalgroep) opgelegd. Voor de procedure daartoe, zie artikel 88 van het reglement van het Vlaams Parlement, artikel 86 van het Frans Gemeenschapsparlament, artikel 117 van het reglement van het Waals Parlement, artikelen 80-81 van het reglement van het Brussels Hoofdstedelijk Parlement (artikel 81 geldt voor de Verenigde Vergadering), artikel 44bis van het reglement van het Duitstalig Gemeenschapsparlament ("*Geschäftsordnung des Parlements der Deutschsprachigen Gemeinschaft*") en artikel 63 van het reglement van het "*Parlement francophone bruxellois*". In sommige reglementen wordt bepaald dat ook een tweederdemeerderheid nodig is om in een procedure tussen te komen, hoewel dit niet in artikel 85 Bijz. Wet GwH wordt opgelegd. Zie ook V. BARTHOLOMÉE en B. RENAULD, "La Cour d'arbitrage et les Conseils de communauté et de région", in F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND *et al.* (eds.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Brussel, Bruylant, 1995, 79 e.v.

²⁴⁶³ Artikel 2 Bijz. Wet GwH, ingevoegd bij bijzondere wet van 4 april 2014. Al eerder aanvaard in GwH 22 januari 2003, nr. 8/2003.

²⁴⁶⁴ Onder meer GwH 17 juni 1998, nr. 71/1998.

²⁴⁶⁵ In zijn oudste arrest stelt het Grondwettelijk Hof dat hun belang wordt verondersteld. GwH 5 april 1985, nr. 1, 3.4. ("Naar het inzicht van de wetgever is er een vermoeden dat de door hem aangewezen publiekrechtelijke organen een wettig belang hebben om voor het Arbitragehof in rechte te treden. Ieder van deze organen is immers rechtstreeks betrokken bij de bevoegdheidsverdeling onder de verschillende wetgevers.") Dit vermoed belang geldt evenwel ook voor de schending van de andere (grond)wetsbepalingen, waaraan het Grondwettelijk Hof kan toetsen. Daarom wellicht vermeldt het Grondwettelijk Hof niet langer dat de institutionele verzoekers een vermoed belang hebben, doch oordeelt het dat het de keuze van de grondwetgever was om van de institutionele verzoekers het belang niet als ontvankelijkheidsvereiste te eisen. Onder meer GwH 15 december 2004, nr. 201/2004, B.8. Zie B. GORS, "L'Intérêt à agir au sens de l'article 142 de la Constitution", *Rev.B.Dr.Const.* 2006, (135) 157.

Alle andere verzoekers moeten het grondwettelijk²⁴⁶⁶ vereiste belang hebben om een beroep tot vernietiging in te dienen (1) of in een procedure tussen te komen (2).

(1) HET BELANG ALS VERZOEKENDE PARTIJ

838. *Verbod van een actio popularis versus de verwezenlijking van het objectieve recht* – Het belangvereiste voor de niet-institutionele verzoekers is een toepassing van het in het Belgische procesrecht geldende verbod van de *actio popularis*²⁴⁶⁷: het belang van de verzoeker moet verschillen “van het belang dat iedere persoon erbij heeft dat de wet in alle aangelegenheden in acht wordt genomen”.²⁴⁶⁸ Een niet-institutionele verzoeker kan slechts de ongrondwettigheid van een wetgevende norm aanklagen, indien deze wetgevende norm op hem betrekking zou kunnen hebben. Dit verbod van een *actio popularis* zou zijn ingegeven door “overwegingen van doelmatigheid en rechtvaardigheid”²⁴⁶⁹: zonder dit vereiste loeren de gevaren van overbelasting van de rechter, van een te hoge kostenfactor en van roekeloze vorderingen. Bovendien moet worden vermeden dat de rechter een juridische deelnemer aan een maatschappelijk-politiek debat wordt.²⁴⁷⁰

Hieruit volgt dat de niet-institutionele verzoeker zich niet als dé verdediger van de Grondwet mag opwerpen.²⁴⁷¹ De handhaving van de hiërarchie der normen en van het objectieve recht is aldus geen doel op zich, maar gaat samen met de rechtsbescherming van de burger.²⁴⁷² De aard van het objectief contentieux, dat inhoudt dat wordt nagegaan of een wetsbepaling de hogere normen heeft nageleefd, belet evenwel dat het Grondwettelijk Hof het belangvereiste al te streng zou invullen en zeker niet in die mate dat het de particulieren het recht op toegang tot de rechter zou ontnemen en het via het belangvereiste al te gevoelige rechtsvragen zou ontwijken.²⁴⁷³

²⁴⁶⁶ GwH 15 december 2004, nr. 201/2004, B.8.

²⁴⁶⁷ E. BREWAEYS, "De actio popularis", *P&B* 2001, (191) 192.

²⁴⁶⁸ Onder meer GwH 16 mei 2007, nr. 80/2007, B.4.2.

²⁴⁶⁹ R. LEYSEN, "Het belang als ontvankelijkheidsvereiste in het beroep tot vernietiging voor het Arbitragehof", in X (ed.), *Présence du droit public et des droits de l'homme: mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant, 1992, 404.

²⁴⁷⁰ E. BREWAEYS, "De actio popularis", 192.

²⁴⁷¹ Over de invloed van het belangvereiste op het concept “burgerschap”, zie X. DELGRANGE, "La Cour d'Arbitrage et le citoyen", 242 e.v.

²⁴⁷² S. BEERNAERT, "Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof", *P&B* 2000, (155) 165; S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, 389 (voor de Raad van State) en B. MARTEL, "De belangvereiste in de rechtspleging voor het Grondwettelijk Hof. Actualia", in M. VAN DAMME (ed.), *Het belang in het publiekrechtelijk procesrecht*, 2011, 164. Bepaalde auteurs pleiten voor de afschaffing van het belangvereiste in het objectief contentieux. Voor verwijzingen, zie R. LEYSEN, "Het belang als ontvankelijkheidsvereiste in het beroep tot vernietiging voor het Arbitragehof", 404.

²⁴⁷³ X. DELGRANGE, "La Cour d'Arbitrage et le citoyen", 242 en 244; R. LEYSEN, "Het belang als ontvankelijkheidsvereiste in het beroep tot vernietiging voor het Arbitragehof", 405 en R. MOERENHOUT, "Artikel 2 Bijz. Wet GwH", in X (ed.), *Publiek Procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 1995, 22. DELGRANGE stelt zich deze vraag naar aanleiding van de – te – restrictieve invulling van het belangvereiste in GwH 18 oktober 1994, nr. 76/1994, B.9, zie *infra*, randnummer 849.

839. *Geen definitie* – Noch in de Grondwet noch in de Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof wordt bepaald wat het belangvereiste inhoudt. De grondwetsherziener en de bijzondere wetgever hebben bewust – “naar aloude rechterlijke traditie”²⁴⁷⁴ – het Grondwettelijk Hof de vrijheid toegekend om dit zelf in te vullen, waarbij het hof zich zou kunnen²⁴⁷⁵ laten inspireren door de rechtspraak van de Raad van State met betrekking tot het in artikel 19 van de Raad van State-wet opgelegde belangvereiste.²⁴⁷⁶

840. *Belang* – In een vast “refrein” omschrijft het Grondwettelijk Hof het belang als volgt:

“De Grondwet en de bijzondere wet van 6 januari 1989 vereisen dat elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die een beroep tot vernietiging instelt, doet blijken van een belang. Van het vereiste belang doen slechts blijken de personen wier situatie door de bestreden norm *rechtstreeks en ongunstig* zou kunnen worden geraakt.”²⁴⁷⁷

Dit standvastige refrein verbergt een overvloedige rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, die zich moeilijk in algemene regels laat samenvatten.²⁴⁷⁸ “*Het belang-begrip – uit zijn aard vaag en ongrijpbaar, kameleontisch ook – is een mozaïek-concept dat een veelheid van elementen in zich bergt*” stelt MOERENHOUT.²⁴⁷⁹ Hij stelt ook dat drie analytische vragen moeten worden gesteld: aan welke vereisten moet het belang van een particulier (burger of rechtspersoon) voldoen, welke voorwaarden gelden voor rechtspersonen die opkomen voor de verdediging van een collectief belang ter bescherming waarvan zij zijn opgericht en kan men zich op een zogenaamd “functioneel belang” beroepen?

²⁴⁷⁴ Verslag van de Commissie bij het ontwerp van Bijzondere Wet op het Arbitragehof en bij het ontwerp van gewone Wet betreffende de wedden en pensioenen van de rechters, de referendarissen en de griffiers van het Arbitragehof, *Parl.St.* Kamer 1988-89, nr. 47-633/4, 22. Zie ook *Parl.St.* Senaat 1988-89, nr. 483/2, 27, 30, 32 en 62-64; *Hand.* Senaat B.Z. 1988, 16 juni 1988, 630; *Hand.* Senaat 1988-89, 30 november 1988, 434; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 276 en G. VAN HAEGENDOREN, “Het toetsingsrecht van en het belang voor het Arbitragehof”, *RW* 1989-1990, (1397) 1398-1399.

²⁴⁷⁵ Volgens LEYSEN is de verwijzing naar de rechtspraak van de Raad van State niet bindend voor het Grondwettelijk Hof. R. LEYSEN, “Het belang als ontvankelijkheidsvereiste in het beroep tot vernietiging voor het Arbitragehof”, 405.

²⁴⁷⁶ Verslag van de Commissie bij het ontwerp van Bijzondere Wet op het Arbitragehof en bij het ontwerp van gewone Wet betreffende de wedden en pensioenen van de rechters, de referendarissen en de griffiers van het Arbitragehof, *Parl.St.* Kamer 1988-89, nr. 47-633/4, 13 en 21-22. Zie ook C. COURTOY, “Intérêt fonctionnel et intérêt statutaire devant la Cour d'Arbitrage”, 427; X. DELGRANGE, “La Cour d'Arbitrage et le citoyen”, 241; R. LEYSEN, “Het belang als ontvankelijkheidsvereiste in het beroep tot vernietiging voor het Arbitragehof”, 404; R. LEYSEN, B. PATY en A. RASSON-ROLAND, “Een kaap overschreden: het duizendste arrest van het Grondwettelijk Hof”, *RW* 1999-2000, (1385) 1389; B. MARTEL, “De belangvereiste in de rechtspleging voor het Grondwettelijk Hof. Actualia”, 234-235 en R. MOERENHOUT, “Artikel 2 Bijz.Wet GwH”, 23. In zijn advies bij artikel 2 van de het ontwerp van Bijz.Wet Arbitragehof raadde de Raad van State een definiëring van het belangvereiste aan, opdat dit artikel meer samenhang zou vertonen (daar het functionele belang van parlementsleden niet zou worden uitgesloten). Zie *Parl.St.* Senaat, 1988-89, nr. 483/1, 71. Zie ook C. COURTOY, “Intérêt fonctionnel et intérêt statutaire devant la Cour d'Arbitrage”, 428.

²⁴⁷⁷ Onder meer GwH 6 november 2008, nr. 158/2008, B.4.2 (eigen cursivering).

²⁴⁷⁸ S. BEERNAERT, “Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof”, 165 en R. MOERENHOUT, “Artikel 2 Bijz.Wet GwH”, 23-24.

²⁴⁷⁹ R. MOERENHOUT, “Artikel 2 Bijz.Wet GwH”, 24. Zie ook R. LEYSEN, “Het belang als ontvankelijkheidsvereiste in het beroep tot vernietiging voor het Arbitragehof”, 407, die voor het begrip “mozaïek-concept” verwijst naar J.-C. BÉGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, 145, die op zijn beurt naar LEIBHOLZ en RUPPRECHT verwijst.

841. *Belang van een particulier* – Een (rechts)persoon²⁴⁸⁰ heeft slechts een belang indien de bestreden norm rechtstreeks een ongunstige weerslag op de situatie²⁴⁸¹ van de (rechts)persoon kan hebben. Dit betekent dat de bestreden wetgevende norm een persoonlijk, rechtstreeks, zeker, wettig en actueel nadeel voor de verzoekende partij inhoudt.²⁴⁸²

842. *Nadeel* – Kan het nadeel materieel of moreel zijn? Hoewel de rechtsleer al langer stelt dat een belang in hoofde van een natuurlijke persoon ook moreel kan zijn²⁴⁸³, heeft het Grondwettelijk Hof dit nog nooit in zoveel woorden gesteld.²⁴⁸⁴ Het wordt eerder afgewezen, met onder meer de volgende motivering: *“Het feit dat de verzoeker een wet afkeurt op grond van een persoonlijke, subjectieve appreciatie of op grond van de gevoelens die deze wet bij hem oproepen, kan niet worden aangehouden ter verantwoording van het rechtens vereiste belang.”*²⁴⁸⁵ Voor rechtspersonen die opkomen ter bescherming van een

²⁴⁸⁰ Ook de grondrechten van ondernemingen kunnen worden geschonden. Onder meer GwH 19 september 2007, nr. 118/2007, B.6.2. Zie ook G. KEUTGEN en CH. DARVILLE-FINET, "La Cour d'Arbitrage et l'entreprise", in F. DELPÉRIÉ, A. RASSON-ROLAND *et al.* (eds.), *Regards croisés sur la Cour d'Arbitrage*, Brussel, Bruylant, 1995, 250 e.v.; R. LEYSEN, "Het belang als ontvankelijkheidsvereiste in het beroep tot vernietiging voor het Arbitragehof", 418-419 en R. MOERENHOUT, "Artikel 2 Bijz. Wet GwH", 25.

²⁴⁸¹ In oude rechtspraak vereiste het Grondwettelijk hof dat de bestreden norm een ongunstige weerslag op de *rechtssituatie* van de burger of van de rechtspersoon kon hebben. Onder meer GwH 23 mei 1990, nr. 18/90, B.2.1. Sinds enige tijd is deze voorwaarde verlaten en kan ook een ongunstige weerslag op de feitelijke situatie een belang uitmaken.

²⁴⁸² Een uitgebreide uiteenzetting van de rechtspraak met betrekking tot elk van de voorwaarden van het belang past niet in het kader van dit onderzoek. Daarvoor wordt verwezen naar R. LEYSEN, "Het belang als ontvankelijkheidsvereiste in het beroep tot vernietiging voor het Arbitragehof", 403-425; R. LEYSEN, B. PATY en A. RASSON-ROLAND, "Een kaap overschreden: het duizendste arrest van het Grondwettelijk Hof", 1385-1397; B. MARTEL, "De belangvereiste in de rechtspleging voor het Grondwettelijk Hof. Actualia", 231-290; R. MOERENHOUT, "Artikel 2 Bijz. Wet GwH", en zijn jaarlijkse rechtspraakoverzichten in het *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*; M.-F. RIGAUX en B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, 109 e.v.; R. RYCKEBOER, "De belangvereiste bij beroepen tot vernietiging bij het Arbitragehof inzonderheid wat betreft het collectief belang van verenigingen zonder winstoogmerk", *TBP* 2005, (361) 361-370 en J. SAROT, P. VANDERNOOT en E. PEREMANS, *Dix ans de jurisprudence de la Cour d'Arbitrage*, Brussel, Bruylant, 1995, 41 e.v.

²⁴⁸³ LEYSEN vermeldde het als eerste, weliswaar zonder verwijzing naar rechtspraak, zie R. LEYSEN, "Het belang als ontvankelijkheidsvereiste in het beroep tot vernietiging voor het Arbitragehof", 407. Ook volgens VELAERS moet het Grondwettelijk Hof, zoals de Raad van State, zowel het materieel als moreel nadeel in aanmerking nemen. J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 277.

²⁴⁸⁴ In 2010 heeft het Grondwettelijk Hof een belang aanvaard dat door sommigen als moreel zou kunnen worden beschouwd. GwH nr. 90/2010, 29 juli 2010, B.4.2. De – met name godsdienstige - overtuigingen van de verzoeker verzetten zich tegen het gebruik van biobrandstoffen. Daar de bestreden bepaling, in samenhang gelezen met artikel 5 van de wet van 22 juli 2009, tot gevolg heeft dat de verzoeker niet de zekerheid zal kunnen hebben dat hij de brandstoftank van zijn voertuig niet vult met een product dat biobrandstoffen bevat, wordt de situatie van de verzoeker rechtstreeks en ongunstig geraakt. Of dit een louter moreel nadeel is, kan worden betwist: niet alleen raakt de wet de situatie van de verzoeker op materiële wijze, ook het recht op godsdienstvrijheid waarborgt de bescherming van religieuze overtuigingen, zodat uit het recht op godsdienstvrijheid een belang kan worden geput om, omwille van religieuze overtuigingen, bepaalde op hem toepasselijke wetgeving te bestrijden. Daarmee is niet gezegd dat het recht op godsdienstvrijheid de in het geding zijnde maatregel zou verbieden, wat een beoordeling ten gronde vereist.

²⁴⁸⁵ Onder meer GwH 22 december 1999, nr. 133/1999, B.4.3.; 12 juli 1996, nr. 45/96, B.3.3.; 19 december 1991, nr. 39/911, 4.B.3. en 24 oktober 1990, nr. 32 en 33/90, 2.B.3.3. en respectievelijk 3.B.3.

collectief belang werd het moreel nadeel al eerder aanvaard, omdat het collectief belang dit morele belang kan omvatten.²⁴⁸⁶

843. *Persoonlijk en rechtstreeks* – Het nadeel moet persoonlijk en rechtstreeks zijn. Beide kenmerken zijn niet steeds makkelijk te onderscheiden²⁴⁸⁷, daar zij hetzelfde vereisen vanuit een verschillend standpunt. De vereiste is dat de situatie van de verzoekende partij door de bestreden wet ongunstig wordt geraakt. Het “persoonlijk” karakter vereist dan dat de situatie van de *verzoekende partij zelf* wordt geraakt en dat haar belang onderscheiden is van het belang dat eenieder bij de grondwettigheid van het wetgevend handelen heeft (*actio popularis*).²⁴⁸⁸ Het nadeel is niet persoonlijk indien de bestreden bepaling niet van toepassing is op de situatie van de verzoekende partij.²⁴⁸⁹ Het rechtstreeks karakter vereist dat de bestreden norm *zelf* de situatie van de verzoekende partij raakt. Deze heeft geen rechtstreeks nadeel, indien het nadeel niet het gevolg van de bestreden wet, maar van een andere norm is of indien de bestreden bepaling een indirect gevolg voor de situatie van de verzoekende partij kan hebben.²⁴⁹⁰

Wanneer de verzoeker een directe adressaat van de norm is, vormt het “persoonlijk en rechtstreeks belang”-vereiste geen probleem. Dit kan ertoe leiden dat, omwille van de draagwijdte van bepaalde wetten, iedereen of een heel aantal personen een directe adressaat van de norm is en dus een belang kan hebben. Zo heeft elke (rechts)persoon belang bij het bestrijden van de wet die de wijze regelt waarop normen die zijn situatie kunnen raken, moeten worden *bekendgemaakt*.²⁴⁹¹ Ook inzake de naleving van *strafrechtelijke waarborgen*, die zo fundamenteel zijn, heeft eenieder belang: dit belang wordt verondersteld, men moet niet het voorwerp uitmaken of hebben uitgemaakt van een strafrechtelijke procedure.²⁴⁹² Met betrekking tot het belang in het aanvechten van

²⁴⁸⁶ Onder meer GwH 13 juni 1991, nr. 16/91, 2.B.2. Zie ook B. MARTEL, "De belangvereiste in de rechtspleging voor het Grondwettelijk Hof. Actualia", 267.

²⁴⁸⁷ Voor een bespreking hiervan, zie B. MARTEL, "De belangvereiste in de rechtspleging voor het Grondwettelijk Hof. Actualia", 248 en 252-255. en R. MOERENHOUT, "Artikel 2 Bijz.Wet GwH", 26 en 29. Voor een poging tot definitie van het onderscheid en de toepassing ervan, zie R. LEYSEN, "Het belang als ontvankelijkheidsvereiste in het beroep tot vernietiging voor het Arbitragehof", 411-412.

²⁴⁸⁸ B. MARTEL, "De belangvereiste in de rechtspleging voor het Grondwettelijk Hof. Actualia", 252. Uit de parlementaire voorbereiding kan blijken dat de situatie van de verzoekende partij in aanmerking is genomen bij het aannemen van voormelde wet en dat de problematiek van de inwerkingtreding van die wet met haar zaak in rechtstreeks verband is gebracht, zodat zij een voldoende rechtstreeks en persoonlijk belang heeft. GwH 20 april 2005, nr. 73/2005, B.2.

²⁴⁸⁹ GwH 27 maart 1996, nr. 24/96, B.1.6. en 6 oktober 1994, nr. 70/94, B.1.2.

²⁴⁹⁰ GwH 3 mei 2009, nr. 69/2006, B.5.3.; 18 oktober 2006, nr. 158/2006, B.5.; 5 juli 2006, nr. 118/2006, B.4.; 15 februari 2006, nr. 23/2006, B.4.; 18 januari 2006, nr. 10/2006, B.4; 6 november 2001, nr. 143/2001, B.3.2.; 4 november 1998, nr. 109/1998, B.5. en 14 november 1995, nr. 78/95, B.3.3. In de systematische inhoudsopgave van de arresten van het Grondwettelijk Hof, te vinden op de website van het hof, worden deze laatste twee arresten, waarin de bestreden bepalingen slechts een indirect gevolg voor de verzoekers hebben, ook onder “persoonlijk belang” vermeld, wat de correcte afbakening van de begrippen “persoonlijk en rechtstreeks belang” niet vereenvoudigt.

²⁴⁹¹ GwH 16 juni 2004, nr. 106/2004, B.3.2.

²⁴⁹² GwH 5 februari 1992, nr. 5/1992, B.2. Dit gold tot het arrest van 6 december 2012, nr. 145/2012, alleen voor de strafrechtelijke waarborgen (voorlopige hechtenis, vermoeden van onschuld...) en niet voor (formele) strafwetgeving, waarin een grondwetsconforme praktijk wordt opgenomen, zonder ervan af te wijken. GwH 14 juli 1997, nr. 52/1997, 4.-7.; 14 juli 1997, nr. 53/1997, 1.-3. en 17 september 1997, nr. 55/1997, 4-7. R. RYCKEBOER, "De belangvereiste bij beroepen tot vernietiging bij het Arbitragehof

strafwetten, gaat het hof in het bekende boerkaverbod-arrest, nog verder: “Een wet die in een vrijheidsberovende straf voorziet, raakt een dermate essentieel aspect van de vrijheid van de burger, dat zij niet slechts die personen aanbelangt die het voorwerp uitmaken of hebben uitgemaakt van een strafrechtelijke procedure.”²⁴⁹³ Omdat het kiesrecht het fundamenteel politiek recht in de representatieve democratie is, doet elke kiezer of kandidaat blijken van het vereiste belang om de vernietiging te vorderen van bepalingen die zijn stem of zijn kandidatuur ongunstig zouden kunnen beïnvloeden.²⁴⁹⁴

Wanneer de verzoekende partij geen adessaat van de bestreden norm is, kan zij toch nog een “persoonlijk en rechtstreeks nadeel” hebben, onder meer indien haar situatie ongunstig wordt geraakt, juist omdat de bestreden wet niet op haar toepasselijk is. Dit kan indien de verzoekende partij niet of niet op dezelfde manier de begunstigde is van een voordeel dat door de bestreden wet aan een andere categorie van personen wordt verleend²⁴⁹⁵, of, omgekeerd, wanneer haar wordt ontzegd wat anderen niet wordt ontzegd.²⁴⁹⁶ Het is in deze context dat het persoonlijk en het rechtstreeks karakter van het nadeel moeilijk te onderscheiden zijn.

844. *Zeker belang* – Het nadeel moet zeker zijn. Daartoe moet de verzoeker aantonen dat de kans dat de bestreden bepalingen op hem kunnen worden toegepast, reëel is.²⁴⁹⁷

845. *Wettig belang* – Het belang zou ook wettig, dit is geoorloofd of rechtmatig moeten zijn, aldus volgens sommige rechtsleer.²⁴⁹⁸ In excepties wordt de onwettigheid van het belang aangevoerd omdat de verzoekende partijen het behoud van een onwettige toestand beogen²⁴⁹⁹ of een argumentatie gebruiken die in strijd zou zijn met beslissingen die in kracht van gewijsde zijn gegaan²⁵⁰⁰. Het Grondwettelijk Hof heeft evenwel nog nooit een belang als “onwettig” beschouwd, zodat terecht de vraag rijst of het Grondwettelijk Hof dit vereiste bij het belang wel stelt²⁵⁰¹ en hoe dit dan moet worden ingevuld.

inzonderheid wat betreft het collectief belang van verenigingen zonder winstoogmerk”, in A. ALEN (ed.), *20 Jaar Arbitragehof*, Mechelen Kluwer, 2005, 152.

²⁴⁹³ GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, B.2.4. Zie ook GwH 6 november 2013, nr. 146/2013, B.6.1. (voor de verzoekende en de tussenkomende partij).

²⁴⁹⁴ Onder meer GwH 5 december 2008, nr. 149/2007, B.6; 12 december 2007, nr. 151/2007, B.6.; 14 november 2007, nr. 138/2007, B.4- B.7; 27 april 2005, nr. 78/2005, B.3.1.; 9 juni 2004, nr. 103/2004, B.2.2 en 26 mei 2004, nr. 96/2004, B.3.2. Het eerste arrest is 27 april 1989, nr. 9/89, B.3.

²⁴⁹⁵ Onder meer GwH 11 maart 2009, nr. 41/2009, B.1.2.

²⁴⁹⁶ Onder meer GwH 22 december 2010, nr. 161/2010, B.3.

²⁴⁹⁷ GwH 16 december 2010, nr. 141/2010, B.5.3.; 16 mei 2007, nr. 80/2007, B.4.2.; 29 november 2006, nr. 179/2006, B.1.5.; 21 december 2005, nr. 201/2005, B.5.; 20 april 2005, nr. 71/2005, B.2.; 17 maart 2004, nr. 42/2004, B.4.3.; 23 april 2002, nr. 72/2002, B.5.; 30 januari 2002, nr. 28/2002, B.2.2.; 13 maart 2001, nr. 38/2001, B.3.2.; 13 december 2000, nr. 134/2000, B.1.3.; 22 december 1999, nr. 134/99, B.2.; 16 februari 1995, nr. 17/95, B.1.

²⁴⁹⁸ VELAERS spreekt van “rechtmatig”: het belang bij een beroep tot vernietiging mag niet strijdig zijn met een dwingende wet, met de openbare orde en met de goede zeden. J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 278. Zie ook R. MOERENHOUT, “Artikel 2 Bijz. Wet GwH”, 37.

²⁴⁹⁹ GwH 6 december 2000, nr. 127/2000, B.3.2. en, ietwat anders, 13 juli 2001, nr. 100/2001, B.6.1.

²⁵⁰⁰ GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.5 en 8 mei 2002, nr. 86/2002, B.2.

²⁵⁰¹ B. MARTEL, “De belangvereiste in de rechtspleging voor het Grondwettelijk Hof. Actualia”, 258 en R. RYCKEBOER, “De belangvereiste bij beroepen tot vernietiging bij het Arbitragehof inzonderheid wat betreft het collectief belang van verenigingen zonder winstoogmerk”, 363.

846. *Actueel belang* – Het belang moet bestaan op het ogenblik van de indiening van het verzoekschrift en dient te blijven bestaan tot de uitspraak van het arrest.²⁵⁰² Dit betekent evenwel niet dat het nadeel al moet zijn verwezenlijkt: de verzoeker moet aantonen dat de bestreden wet hem ongunstig *kan* raken.²⁵⁰³ Bovendien doet de omstandigheid dat de bestreden bepaling heeft opgehouden van kracht te zijn op een ogenblik waarop de procedure nog hangende is, het belang van de verzoekende partij niet verdwijnen.²⁵⁰⁴

847. *Collectief belang van een rechtspersoon* – Wanneer een vereniging zonder winstoogmerk die niet haar persoonlijk belang, maar wel een collectief belang aanvoert, voor het Grondwettelijk Hof optreedt, is vereist dat haar maatschappelijk doel van bijzondere aard is en, derhalve, onderscheiden van het algemeen belang; dat zij een collectief belang verdedigt; dat haar maatschappelijk doel door de bestreden norm kan worden geraakt; dat ten slotte niet blijkt dat dit maatschappelijk doel niet of niet meer werkelijk wordt nagestreefd.²⁵⁰⁵ Het hof vereist aldus niet langer dat een collectief belang niet beperkt kan zijn tot de individuele belangen van de leden van de vereniging.²⁵⁰⁶ Met deze vier voorwaarden lijkt het Grondwettelijk Hof op het eerste gezicht streng, maar, na onderzoek van de rechtspraak, blijkt dit niet zo te zijn.²⁵⁰⁷

848. *Functioneel belang* – Het uit de rechtspraak van de Raad van State voortgesproten begrip “functioneel belang” houdt in dat personen die een openbaar ambt of mandaat bekleden, belang erbij hebben de prerogatieven verbonden aan de uitoefening van dit ambt of mandaat te verdedigen.²⁵⁰⁸ Het Grondwettelijk Hof erkent dit type belang – in beginsel – ook.²⁵⁰⁹ Dit betekent niet dat deze personen een *actio popularis* kunnen instellen:

²⁵⁰² GwH 8 juli 2010, nr. 84/2010, B.2. De bijzondere wetgever liet het Grondwettelijk Hof vrij in het bepalen van de gevolgen van een verlies van belang tijdens de procedure. Zie *Parl.St.* Senaat 1988-89, nr. 483/2, 14-15 en 47-48. Zie ook B. MARTEL, "De belangvereiste in de rechtspleging voor het Grondwettelijk Hof. Actualia", 259 en J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 279.

²⁵⁰³ B. MARTEL, "De belangvereiste in de rechtspleging voor het Grondwettelijk Hof. Actualia", 260 en R. MOERENHOUT, "Artikel 2 Bijz. Wet GwH", 45. Er moet dus een onderscheid worden gemaakt tussen het belang en het nadeel: het belang moet actueel zijn, het nadeel niet.

²⁵⁰⁴ GwH 21 november 2006, nr. 171/2006, B.5.

²⁵⁰⁵ GwH 21 november 2006, nr. 171/2006, B.2. Over de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake het belang van de vzw's, zie X. DELGRANGE, "La Cour d'Arbitrage et le citoyen", 245; R. MOERENHOUT, "Artikel 2 Bijz. Wet GwH", 38 e.v.; R. LEYSEN, "Het belang als ontvankelijkheidsvereiste in het beroep tot vernietiging voor het Arbitragehof", 420-421; R. RYCKEBOER, "De belangvereiste bij beroepen tot vernietiging", , 151-160; J. THEUNIS, "Het optreden van een VZW voor het Arbitragehof na de wet van 2 mei 2002", in A. ALEN (ed.), *20 Jaar Arbitragehof*, Mechelen, Kluwer, 2005, 161-168 en J. THEUNIS en D. BIJNENS, "Rechtspersonen in het publiekrechtelijk contentieux: mandaat ad litem, Prokura en collectief belang", *Themis* 2014, (67) 94-96.

²⁵⁰⁶ R. MOERENHOUT, "Rechtspraakoverzicht Grondwettelijk Hof 2006", *TBP* 2007, (515) 521.

²⁵⁰⁷ R. RYCKEBOER, "De belangvereiste bij beroepen tot vernietiging", 160. DELGRANGE acht dit terecht, daar vaak mensenrechtenverenigingen de rechten (moeten) verdedigen van personen die – om verscheidene redenen – niet in staat zijn hun grondrechten af te dwingen. X. DELGRANGE, "La Cour d'Arbitrage et le citoyen", 247. In het gerechtelijk privaatrecht wordt het belangvereiste voor rechtspersonen strenger ingevuld, wat het Grondwettelijk Hof op zich niet ongrondwettig heeft geacht. GwH 10 oktober 2013, nr. 133/2013. Zie hierover meer bij J. THEUNIS en D. BIJNENS, "Rechtspersonen in het publiekrechtelijk contentieux: mandaat ad litem, Prokura en collectief belang", 101 e.v.

²⁵⁰⁸ F. DEBAEDTS, "Het "functionele" belang voor de Raad van State", *TBP* 1956, (24) 24.

²⁵⁰⁹ GwH 8 oktober 2003, nr. 131/2003, B.3.3. Zie C. COURTOY, "Intérêt fonctionnel et intérêt statutaire devant la Cour d'Arbitrage", 437; R. LEYSEN, "Het belang als ontvankelijkheidsvereiste in het beroep tot

hun belang moet verschillen van het belang dat iedere persoon heeft dat de wet in alle aangelegenheden in acht wordt genomen.²⁵¹⁰ Het Grondwettelijk Hof is geen beroepsinstantie voor parlementsleden, die zich tegen de totstandkoming van de wet hebben verzet, zodat de hoedanigheid van lid van een wetgevende vergadering op zich niet volstaat om van een functioneel belang te doen blijken.²⁵¹¹ Het Grondwettelijk Hof heeft evenwel nog maar zelden het functioneel belang van een verzoeker aanvaard.²⁵¹²

849. *Evaluatie* – Doorgaans vult het Grondwettelijk Hof het belangvereiste ruim in, zodat zijn rechtspraak, in een rechtsstatelijk perspectief, doorgaans instemming krijgt:

“La Cour d’Arbitrage mérite d’être approuvée en ce qu’elle interprète de manière large le concept d’intérêt, fondement de la recevabilité du recours en annulation. Pour les entreprises, comme pour tout citoyen, il s’agit là d’un élément important dans le cadre d’un État fédéral et de droit.”²⁵¹³

Toch sieren twee arresten het Grondwettelijk Hof hoegenaamd niet. Het eerste betreft het beroep tot vernietiging van de wet van 26 november 1992 “houdende goedkeuring van het Verdrag over de Europese Unie, van de 17 Protocollen en van de Slotakte met 33 Verklaringen, opgemaakt te Maastricht op 7 februari 1992” (het Maastrichtverdrag).²⁵¹⁴ Afwijkend van zijn vorige rechtspraak over het belangvereiste in kiesmateries, oordeelde het Grondwettelijk Hof als volgt:

B.7. Het kiesrecht is het fundamenteel politiek recht in de representatieve democratie. Elke kiezer of kandidaat laat blijken van het vereiste belang om de vernietiging te vorderen van bepalingen die zijn stem of zijn kandidatuur ongunstig kunnen beïnvloeden.

B.8. De door de verzoekers aangeklaagde verruiming van de kies- en verkiesbaarheidsvoorwaarden maakt evenwel geen inbreuk op het actieve, noch op het passieve kiesrecht. De vrijheid van elkeen om te stemmen voor de kandidaat van zijn keuze en om zich kandidaat te stellen bij de verkiezingen, is niet aangetast.

vernietiging voor het Arbitragehof”, 416-417 en K. MUYLLE, “L’intérêt fonctionnel d’un parlementaire et le (dés)équilibre des pouvoirs”, *CDPK* 2003, (493) 499.

²⁵¹⁰ GwH 22 december 1999, nr. 133/99, B.7.3.

²⁵¹¹ *Parl. St.* Senaat, 1988-1989, nr. 483/1, 5. Over de vraag van de Raad van State, afdeling wetgeving, bij het ontwerp van Bijz.Wet Arbitragehof over de eventuele toepassing van het functioneel belang en de coherentie van artikel 2 Bijz.Wet Arbitragehof, zie *Parl. St.* Senaat, 1988-89, 483/1, 71. Zie C. COURTOY, “Intérêt fonctionnel et intérêt statutaire devant la Cour d’Arbitrage”, 429 e.v.

²⁵¹² Aanvaard in de arresten van 25 maart 2003, nr. 35/2003, B.10.5. (de bepalingen wijzigen de politieke verhoudingen binnen de Brusselse Hoofdstedelijke Raad en de Gemeenschapscommissies zodat leden van de Brusselse Hoofdstedelijke Raad en kiesgerechtigden in het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest een functioneel belang hebben) en van 15 juli 1998, nr. 85/1998, B.1.6. maar niet (onder meer) in zijn arresten van 12 juli 2012, nr. 92/2012, B.3.; 1 maart 2012, nr. 32/2012, B.3; 8 oktober 2003, nr. 131/2003, B.3.3.; 6 april 2000, nr. 43/2000, B.1.5; 22 december 1999, nr. 133/99, B.7.1.; 1 april 1999, nr. 43/99, B.7.; 28 januari 1999, nr. 12/1999, B.3.4.; 12 juli 1995, nr. 58/95, B.6.; 18 juni 1992, nr. 48/92, 2.B.4.; 9 oktober 1990, nr. 30/1990, B.3.1. en 7 februari 1990, nr. 8/90, B.7-8. *Idem* voor een memorie van tussenkoms, GwH 3 mei 2006, nr. 65/2006, B.5. Kritisch, G. VAN HAEGENDOREN, “Het toetsingsrecht van en het belang voor het Arbitragehof”, 1399. Voor een bespreking van het functioneel belang, zie C. COURTOY, “Intérêt fonctionnel et intérêt statutaire devant la Cour d’Arbitrage”, 431 en K. MUYLLE, “L’intérêt fonctionnel d’un parlementaire et le (dés)équilibre des pouvoirs”, 499-500.

²⁵¹³ G. KEUTGEN en CH. DARVILLE-FINET, “La Cour d’Arbitrage et l’entreprise”, 253.

²⁵¹⁴ GwH 18 oktober 1994, nr. 76/94.

B.9. Weliswaar kan de aangeklaagde verruiming de uitslag van de gemeenteraadsverkiezingen beïnvloeden, aangezien de invoering ervan in het interne recht, een groter aantal personen de mogelijkheid zal bieden te stemmen en verkozen te worden, maar het belang dat de verzoekers hebben om een zodanige kritiek te uiten, onderscheidt zich niet van het belang dat iedere persoon kan hebben om de regels op grond waarvan de Europese integratie tot stand komt, te betwisten.” (eigen nadruk)

Het Grondwettelijk Hof herhaalt zijn sinds 1989²⁵¹⁵ vaststaande rechtspraak dat inzake het kiesrecht elke kiezer of kandidaat het vereiste belang heeft, maar stelt dat de bestreden bepalingen het kiesrecht niet raken (hoewel de bestreden bepalingen wel een invloed op de uitslag van de gemeenteraadsverkiezingen kunnen hebben), zodat de verzoeker een ander belang moet aantonen dan het belang dat iedere persoon kan hebben om de regels op grond waarvan de Europese integratie tot stand komt, te betwisten. Deze restrictievere invulling van de belangvereiste in het kiesrecht dan voorheen (en later) leidde tot – de wellicht beoogde – onontvankelijkheid van het beroep.²⁵¹⁶ In deze zaak bevond het Grondwettelijk Hof zich immers in een netelige situatie: het Maastricht-Verdrag was klaarblijkelijk ongrondwettig, daar dit het actief stemrecht voor gemeenteraadsverkiezingen voor de EU-burgers openstelde, terwijl artikel 8 van de Grondwet (huidig artikel) dat – op dat moment – niet toeliet. Het Grondwettelijk Hof zou moeten kiezen tussen de pest en de cholera – de instemmingswet vernietigen of de Grondwet opzij zetten – maar vond via de ontvankelijkheid een uitweg.

Maar ook een recent arrest doet de wenkbrauwen fronsen. Het Grondwettelijk Hof oordeelt *ambtshalve* dat de verzoekende partijen, drie belangenverenigingen van geneesheren²⁵¹⁷ en drie geneesheren, geen belang hebben bij het beroep tot vernietiging van artikel 50 van de wet van 19 december 2008 “houdende diverse bepalingen inzake gezondheidszorg”.²⁵¹⁸ Om praktijkverschillen bij standaardprocedures weg te werken strekt deze bepaling ertoe om het in 2002 ingevoerde maar nooit toegepaste systeem van “referentiebedragen” voor bepaalde vaak voorkomende verstrekkingen in ziekenhuizen te herzien met het oog op een grotere doeltreffendheid en het beperken of vermijden van bepaalde kunstgrepen die bij de initiële of gecorrigeerde methode zijn aangewend. Dit leidt ertoe dat de ziekenhuizen, onder bepaalde voorwaarden, bedragen aan het Riziv moeten terugstorten, indien de kost van de in het ziekenhuis uitgevoerde behandelingen afwijken van het referentiebedrag (dat gelijk is aan het gemiddelde van de jaarlijkse uitgaven per opname, vermeerderd met tien procent). Krachtens artikel 50, § 5, 2°, van dezelfde wet kunnen de door het ziekenhuis terug te storten bedragen worden verdeeld tussen de ziekenhuisbeheerder en de ziekenhuisgeneesheren.²⁵¹⁹ De belangenverenigingen en de drie

²⁵¹⁵ GwH 27 april 1989, nr. 9/89, B.3., zie *supra*, randnummer 843. (“Elke kiezer en kandidaat heeft er belang bij de vernietiging te vorderen van die bepalingen van de bedoelde kieswet die zijn stem of zijn kandidatuur ongunstig kunnen beïnvloeden.”)

²⁵¹⁶ Zie onder meer X. DELGRANGE, “La Cour d'Arbitrage et le citoyen”, 242.

²⁵¹⁷ Verbond der Belgische Beroepsverenigingen van Geneesheren-Specialisten, Belgische Vereniging van Artsensyndicaten en Chambre Syndicale des Médecins de l’Agglomération bruxelloise.

²⁵¹⁸ GwH 27 mei 2010, nr. 60/2010.

²⁵¹⁹ Het luidt als volgt: “2° De door het ziekenhuis terug te storten bedragen worden verdeeld tussen de ziekenhuisbeheerder en de ziekenhuisgeneesheren, conform het reglement zoals bedoeld in artikel 135, 1°, tweede lid, of in artikel 136, eerste lid, van de wet op de ziekenhuizen, gecoördineerd op 7 augustus 1987.”

geneesheren, waarvan één de voorzitter en één de directeur van een ziekenhuis is, beroepen zich op een financieel nadeel en de schending van hun therapeutische vrijheid. Het Grondwettelijk Hof wijst het mogelijke financiële nadeel als volgt af:

“B.8.3. Hoewel de door het ziekenhuis terug te storten bedragen zullen kunnen worden verdeeld tussen de beheerder van het ziekenhuis en de ziekenhuisgeneesheren, overeenkomstig hetgeen zal worden gepreciseerd in het reglement van het ziekenhuis betreffende de werking van de inningsdienst (reglement bedoeld in artikel 135, 1°, tweede lid, of in artikel 136, eerste lid, van de wet op de ziekenhuizen, gecoördineerd op 7 augustus 1987, die de artikelen 149, 2°, tweede lid, en 150 van de wet betreffende de ziekenhuizen, gecoördineerd op 10 juli 2008, zijn geworden), of, indien dat niet het geval is, overeenkomstig artikel 151, derde tot vijfde lid, van de wet betreffende de ziekenhuizen, gecoördineerd op 10 juli 2008 (artikel 56ter, § 5, 2°, zoals gewijzigd bij de voormelde wet van 10 december 2009), is het systeem van de referentiebedragen evenwel alleen rechtstreeks bestemd voor de ziekenhuisinstellingen en niet voor de geneesheren die werkzaam zijn in een ziekenhuismilieu.

Ook al voorziet de bestreden bepaling in een overeenkomst tussen de ziekenhuisbeheerder en de geneesheren over de wijze van terugvordering of, wanneer dat niet het geval is, in een vervangende verdeelsleutel, heeft de minister in verband met de wijze van terugvordering gepreciseerd dat het ziekenhuis rechtstreeks « contacten onderhoudt met het Riziv » (Parl. St., Senaat, 2008-2009, nr. 4-1010/2, p. 24).

Hoewel de bestreden bepaling indirect financiële gevolgen zou kunnen hebben voor de situatie van de verzoekers, zijn het de ziekenhuizen zelf die rechtstreeks door die bepaling worden getroffen en zijn mogelijke gevolgen voor de individuele geneesheren niet vastgesteld en kunnen zij niet worden vastgesteld op basis van de bestreden bepaling alleen.

B.8.4. In zoverre de verzoekers een aantasting aanvoeren van de belangen van de geneesheren door de bij de bestreden maatregel ingevoerde financiële sanctie, kunnen zij bijgevolg niet rechtstreeks en ongunstig worden geraakt door de bestreden bepaling.” (eigen nadruk)

Het Grondwettelijk Hof oordeelt dat de bestreden bepaling niet rechtstreeks de geneesheren raakt, doch alleen de ziekenhuizen, en dit in weerwil van de *uitdrukkelijke beleidskeuze* van de wetgever om – in artikel 50, § 5, 2° van de bestreden wet – *toe te staan* dat de terug te storten bedragen tussen het ziekenhuis en de ziekenhuisgeneesheren worden verdeeld. Hoe kan dan op ernstige wijze worden geoordeeld dat de bestreden bepaling niet de financiële situatie van de geneesheren raakt, doch alleen de ziekenhuizen, “omdat de *minister in verband met de wijze van terugvordering [heeft] gepreciseerd dat het ziekenhuis rechtstreeks “contacten onderhoudt met het Riziv”?*

Dit arrest ligt niet in de lijn van eerdere rechtspraak inzake het belangvereiste, waarin wijzigingen aan financiële regels wel het belang rechtvaardigen. Zo hebben de ziekenhuizen en geneesheren wel een belang bij het bestrijden van bepalingen “die in essentie ertoe strekken de honoraria en forfaits voor verstrekkingen te verminderen in het geval een apparaat wordt opgesteld of uitgebaat, of een ziekenhuisdienst, functie, afdeling of zorgprogramma wordt uitgebaat, zonder dat de regelen inzake erkenning of programmatie, zoals opgenomen in de wet op de ziekenhuizen of diens uitvoeringsbesluiten, zijn

nageleefd”²⁵²⁰, en hebben de verzoekers, die alle werkzaam zijn in laboratoria van klinische biologie van ziekenhuizen, belang bij de vernietiging van bepalingen die de financiële middelen die ter beschikking van die laboratoria worden gesteld, beperken en in voorkomend geval verminderen; de verzoekers moeten worden aangezien als direct getroffen in de uitoefening van hun beroep, vermits de eventuele begrotingsbeperkingen of -verminderingen in het beheer van het laboratorium waarin zij werken wijzigingen kunnen teweegbrengen²⁵²¹.

Bovendien wijst het Grondwettelijk Hof in datzelfde arrest (nr. 60/2010) ook het eventuele belang van de geneesheren in een aantasting van de therapeutische vrijheid en van de kwaliteit van de zorgverlening af, door (ten gronde) te oordelen dat er geen aantasting is, omdat de wetgever – geparafraseerd – redelijk is geweest:

“B.9.2. De referentiebedragen stemmen overeen met een gemiddelde van de jaarlijkse uitgaven per opname, vermeerderd met 10 pct. (artikel 56ter, § 3).

Door rekening te houden met een gemiddeld bedrag van de nationale uitgaven heeft de wetgever de voorkeur eraan gegeven geen systeem van theoretisch forfait *a priori* in te voeren, maar een systeem van gemiddelde *a posteriori*, dat aldus ertoe strekt de praktijk zoveel mogelijk te benaderen door uit te gaan van de bedragen die werkelijk aan de patiënten zijn aangerekend; het referentiebedrag wordt aldus beschouwd als een indicator voor de uitgaven die werkelijk noodzakelijk zijn geweest gedurende een jaar voor de behandeling van vaak voorkomende aandoeningen.

Door een einde trachten te maken aan medische overconsumptie en daarbij te verwijzen naar een nationaal gemiddelde van uitgaven, bovendien vermeerderd met 10 pct., doet de bestreden bepaling geen afbreuk aan de morele en professionele verplichtingen van de geneesheren of aan de kwaliteit van de gezondheidszorg. Elke andere conclusie zou erop neerkomen te beschouwen dat de therapeutische vrijheid en de kwaliteit van de gezondheidszorg op geen enkele wijze rekening zouden dienen te houden met budgettaire mogelijkheden.”

Met deze redenering spant het Grondwettelijk Hof de kar voor het paard. Soms valt het onderzoek naar de aanwezigheid van het belang inderdaad samen met de gegrondheid van de middelen, doch in dit arrest is het omgekeerd: het Grondwettelijk Hof beoordeelt de redelijkheid van de bestreden bepaling naar aanleiding van zijn onderzoek naar het belang van de verzoekende partijen.

Deze beoordeling van het belang inzake de aantasting van de therapeutische vrijheid smaakt ten slotte wrang, indien zij wordt vergeleken met een arrest van het Grondwettelijk Hof van 2010, waarin het hof heeft aanvaard dat de situatie van de verzoeker rechtstreeks en ongunstig wordt geraakt omdat *zijn godsdienstige overtuigingen* zich tegen het gebruik van biobrandstoffen verzetten en door de bestreden bepaling de verzoeker niet de zekerheid zal kunnen hebben dat hij de brandstoftank van zijn voertuig niet vult met een product dat biobrandstoffen bevat.²⁵²²

²⁵²⁰ GwH 14 september 2006, nr. 139/2006, B.2.3.

²⁵²¹ GwH 25 januari 1990, nr. 6/1990, B.3.

²⁵²² GwH 29 juli 2010, nr. 90/2010, B.4.2.

850. *Belang bij tussenkomst* – Dankzij het belangvereiste geniet het Grondwettelijk Hof ook een beoordelingsruimte bij het aanvaarden van een tussenkomst van een partij.²⁵²³ Krachtens artikel 87 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof heeft ieder die van een belang doet blijken het recht om tussen te komen.²⁵²⁴

851. *Beroep tot vernietiging* – Een tussenkomende partij moet aantonen dat haar situatie rechtstreeks²⁵²⁵ kan worden geraakt door het arrest dat het hof in verband met het beroep tot vernietiging zal wijzen. Haar belang kan samenvallen met dit van de verzoeker, doch dit is niet noodzakelijk:

“Het belang van een verzoeker tot tussenkomst onderscheidt zich van het belang van de verzoekende partij: het bestaat bij elke persoon die door de *beslissing* van het Hof met betrekking tot de bestreden norm in zijn situatie direct zou kunnen worden geraakt.”²⁵²⁶

Bovendien gaat het Grondwettelijk Hof na of de tussenkomst de rechten van verdediging niet schendt. De memorie van tussenkomst moet voldoende duidelijk laten blijken of de tussenkomende partij de bestreden wet wil verdedigen, dan wel zich schaaft achter het beroep tot vernietiging, opdat de andere partijen daarop op nuttige wijze zouden kunnen antwoorden.²⁵²⁷

852. *Prejudiciële vraag* – Voor de procedures op een prejudiciële vraag is het recht tot tussenkomst niet langer beperkt tot éénieder die belang heeft in de zaak voor de verwijzende rechter, zoals het oude artikel 87, § 1 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof vereiste. In 2014 werd dit artikel gewijzigd en is voor de tussenkomende partij bij een prejudiciële vraag alleen vereist dat zij een belang heeft.²⁵²⁸ Het Grondwettelijk Hof had dit

²⁵²³ Krachtens artikel 85 Bijz. Wet GwH kunnen alle institutionele verzoekers en personen aan wie de in de artikelen 76, 77 en 78 Bijz. Wet GwH gedane kennisgevingen zijn verricht, binnen 45 dagen na ontvangst van de kennisgeving, een memorie bij het Grondwettelijk Hof indienen. Deze personen zijn de partijen in het bodemgeschil bij een procedure op prejudiciële vraag. Zij worden ook ter kennis gebracht van een beroep tot vernietiging, indien deze is ingediend met betrekking tot dezelfde bepalingen als waarop de verwijzingsbeslissing betrekking heeft (artikel 78 Bijz. Wet GwH). Bij een beroep tot vernietiging mogen deze personen en institutionele partijen in hun memorie nieuwe middelen aanbrengen, die evenwel moeten zijn gericht tegen de bepalingen die in het verzoekschrift op ontvankelijke wijze worden bestreden. Onder meer GwH 23 februari 2005, nr. 42/2005, B.3. De partijen voor het hof mogen de draagwijdte van de prejudiciële vraag evenwel niet wijzigen of uitbreiden. Onder meer GwH 7 maart 2007, nr. 36/2006, B.8.2. en 5 december 2006, nr. 194/2006, B.3. GwH 3 mei 2006, nr. 65/2006, B.4.

²⁵²⁴

²⁵²⁵ Onder meer GwH 8 juli 2010, nr. 84/2010, B.10.3.; 23 november 2005, nr. 167/2005, B.13.3. (rechtstreeks en/of zeker); 2 april 1992, nr. 25/92, 3.B.2.; 12 maart 1992, nr. 16/92, B.1.5-6 en 13 juni 1991, nr. 16/91, 3.B.1.

²⁵²⁶ Onder meer GwH 21 december 1990, nr. 40/90, 2.B.1. Zie ook GwH 23 november 2005, nr. 167/2005, B.12.2.; 26 maart 1991, nr. 6/91, 2.B.3. en 23 mei 1990, nr. 18/90, B.6.2.

²⁵²⁷ GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, B.6.3.

²⁵²⁸ Zoals gevraagd door de rechtsleer, onder meer C. MOLITOR en R. BORN, "L'amélioration du caractère contradictoire de la procédure à la Cour d'arbitrage", in A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS *et al.* (eds.), *La Cour d'Arbitrage vingt ans après*, Brussel, Bruylant, 2004, 376.

belangvereiste immers soepeler geïnterpreteerd en de mogelijkheid tot tussenkomst uitgebreid.²⁵²⁹

853. *Amicus curiae* – Door te vereisen dat de beslissing van het hof de *situatie* van de tussenkomende partij *direct* raakt, staat het Grondwettelijk Hof niet open voor tussenkomsten van *amici curiae*. Nochtans kunnen zij, omdat zij belangeloos hun standpunt aan het hof meedelen, sterk bijdragen tot de kwaliteit van het debat. Of de andere onderzochte grondwettelijke hoven *amici curiae* hebben, wordt in de **vierde afdeling** nagegaan.

B. BUITENBLIK

854. *Rechtsstaten* – Het Grondwettelijk Hof vult het belangvereiste ruim in en gebruikt dit vereiste in beginsel niet om de toegang tot de rechter te beperken. Hierna wordt onderzocht wie partij mag zijn in de procedures voor het *Bundesverfassungsgericht*, de *Conseil constitutionnel* en het *Supreme Court*.

(1) HET BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

855. *Niet-institutionele verzoekers* – Alleen bij de *Verfassungsbeschwerde*²⁵³⁰ of de geschillen inzake de verkiezingen voor de *Bundestag* en over het verkrijgen en het verlies van een zetel in de *Bundestag*²⁵³¹ hebben “niet-institutionele verzoekers” rechtstreeks toegang tot het *Bundesverfassungsgericht*. Bij de abstracte normencontrole kunnen alleen institutionele verzoekers partij zijn: de Bondsregering, de regering van een *Land* of een derde van de leden van de *Bundestag*.²⁵³² Omdat het Grondwettelijk Hof vooralsnog en helaas onbevoegd is om te oordelen over het onderzoek van de geloofsbrieven, wordt verder alleen onderzocht welk belangvereiste het *Bundesverfassungsgericht* bij de *Verfassungsbeschwerde* stelt.

856. *Verfassungsbeschwerde* – Elkeen²⁵³³, wiens grondrecht of een in de artikelen 20, vierde lid, 33, 38, 101, 103 en 104 van de *Grundgesetz* gewaarborgd recht door de overheid wordt geschonden, kan een *Verfassungsbeschwerde* bij het *Bundesverfassungsgericht* indienen.²⁵³⁴ Daar de *Verfassungsbeschwerde* in eerste instantie de rechtsbescherming van

²⁵²⁹ Voor het overzicht van deze rechtspraak, zie GwH 4 maart 2008, nr. 44/2008, B.2. Zie ook GwH 19 juli 2012, nr. 96/2012, B.1.4.

²⁵³⁰ Artikel 90, eerste lid *BVerfGG*.

²⁵³¹ Artikel 48, eerste lid *BVerfGG*.

²⁵³² Artikel 76, eerste lid *BVerfGG*.

²⁵³³ Alleen de rechtspersonen van publiek recht zijn (doorgaans) uitgesloten, daar zij volgens het *Bundesverfassungsgericht* geen grondrechtenbescherming (onder meer recht op eigendom) kunnen genieten. Onder meer *BVerfG* 8 juli 1982, *BVerfGE* 61, 82 (100). Voor kritiek op deze rechtspraak, zie K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 149 (nr. 208). Goedkeurend, E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 221 (§ 19, nrs. 522-524).

²⁵³⁴ Artikel 90 *BVerfGG*.

het individu (maar toch ook de handhaving van het grondwettelijk recht²⁵³⁵) beoogt, is ook voor het *Bundesverfassungsgericht* in deze procedure een *actio popularis* (“*Popularklage*”) uitgesloten.²⁵³⁶ De verzoekende partij moet kunnen aantonen dat het overheidsoptreden (handelingen of akten van de wetgever, van de uitvoerende macht of rechtspraak) haarzelf, rechtstreeks²⁵³⁷ en op heden “bezwaart”.²⁵³⁸

“Die Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden setzt die Behauptung des Beschwerdeführers voraus, durch einen Akt der öffentlichen Gewalt in seinen Grundrechten verletzt zu sein. Das schließt ein, daß der Akt geeignet sein muß, den Beschwerdeführer *selbst, unmittelbar und gegenwärtig* in seiner grundrechtlich geschützten Rechtsposition zu beeinträchtigen.”²⁵³⁹

Wanneer de verzoeker geen adressaat van de overheidshandeling is, moet hij aantonen dat de overheidshandeling hem in zijn *grondrechtssituatie* raakt.²⁵⁴⁰

857. *Tussenkomst* – In de *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* wordt tevens bepaald in welke procedures een partij kan tussenkomen. Bij de *abstracte Normenkontrolle* hebben alleen de door de wet bepaalde verzoekers toegang: slechts de Bondsregering, de regering van een *Land* of een derde van de leden van de *Bundestag* kan de procedure van *abstrakte*

²⁵³⁵ BVerfG 28 juni 1972, *BVerfGE* 33, 247 (259). (“*Die Bedeutung der Verfassungsbeschwerde erschöpft sich jedoch nicht im individuellen Grundrechtsschutz des Bürgers. Neben dem "kasuistischen Kassationseffekt" hat sie einen "generellen Edukationseffekt" (Zweigert, JZ 1952, S. 321). Darüber hinaus hat sie die Funktion, das objektive Verfassungsrecht zu wahren und seiner Auslegung und Fortbildung zu dienen*”). Zie daarom de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht* in verband met het voortbestaan van de procedure van *Verfassungsbeschwerde* (*supra*, randnummer 792). S. DETTERBECK, *Streitgegenstand und Entscheidungswerkungen im Öffentlichen Recht*, 512 en D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 1121 (§ 90, nr. 11). Zie ook K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 47 (nr. 205).

²⁵³⁶ BVerfG, 18 mei 1982, *BVerfGE*, 60, 360 (370).

²⁵³⁷ Een *Verfassungsbeschwerde* tegen een wetgevende norm kan alleen subsidiair worden ingesteld, zodat het *Bundesverfassungsgericht* voor de ontvankelijkheid (te) streng nagaat of de wetgevende norm een rechtstreekse werking (“*unmittelbar*”) op de (rechts)situatie van de verzoekende partij heeft, dan wel een uitvoeringsnorm noodzakelijk is. Zie hierover, K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 164-167 (nrs. 238-242) en R. ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde (2013)*, nr. 50.

²⁵³⁸ K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 153-154 (nrs. 215-217) en 159-167 (nrs. 226-242). Aanvankelijk vermeldde het *Bundesverfassungsgericht* dit refrein slechts wanneer akten van de wetgever in het geding waren, maar thans bij elk overheidshandelen. D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 1134 (§ 90, nr. 71).

²⁵³⁹ BVerfG 20 december 1979, *BVerfGE* 53, 30 (48) (eigen nadruk). Deze voorwaarden houden in: “*Selbstbetroffenheit ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Beschwerdeführer Adressat der Regelung ist. Gegenwärtig ist die Betroffenheit, wenn die angegriffene Vorschrift auf die Rechtsstellung des Beschwerdeführers aktuell und nicht nur virtuell einwirkt, wenn das Gesetz die Normadressaten mit Blick auf seine künftig eintretende Wirkung zu später nicht mehr korrigierbaren Entscheidungen zwingt oder wenn klar abzusehen ist, dass und wie der Beschwerdeführer in der Zukunft von der Regelung betroffen sein wird. Unmittelbare Betroffenheit liegt schließlich vor, wenn die angegriffene Bestimmung, ohne eines weiteren Vollzugsakts zu bedürfen, die Rechtsstellung des Beschwerdeführers verändert. Das ist auch anzunehmen, wenn die Norm ihren Adressaten bereits vor konkreten Vollzugsakten zu später nicht mehr revidierbaren Dispositionen veranlasst (vgl. BVerfGE 1, 97 [101 ff.]; 97, 157 [164])*.” BVerfG 19 juli 2000, *BVerfGE* 102, 197 (206). Zie ook CH. HILLGRUBER en CH. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2011, 3^{de} ed., 83-87.

²⁵⁴⁰ CH. HILLGRUBER en CH. GOOS, *Verfassungsprozessrecht (2011)*, 83-84; K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, 162 (nr. 232) en D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 1137 (§ 90, nr. 81).

Normenkontrolle inleiden²⁵⁴¹. Bij deze procedure weigert het *Bundesverfassungsgericht* de tussenkomst van andere partijen, die de verzoekende partij willen bijtreden.²⁵⁴² Bij de *konkrete Normenkontrolle* is alleen het verwijzingsrechtcollege “*beteiligte*”, maar anderen kunnen “*Äußerungsberechtigte*” zijn: de in artikel 77 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* opgesomde overheden kunnen in de procedure tussenkomen en alle partijen van het bodemgeschil worden door het hof uitgenodigd om (ook mondeling) stelling in de zaak in te nemen.²⁵⁴³ Bij de *Verfassungsbeschwerde* kunnen alleen de in de wet bepaalde organen tegen wier beslissing *Beschwerde* wordt gevoerd, als partij in de procedure tussenkomen.²⁵⁴⁴

858. *Evaluatie* – In de rechtsleer worden twee aspecten van de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht* in verband met de *Verfassungsbeschwerde* bekritiseerd: publiekrechtelijke rechtspersonen genieten slechts uitzonderlijk grondrechtenbescherming en het vereiste van “rechtstreekse werking” van wetten voor de ontvankelijkheid van de *Verfassungsbeschwerde* wordt (te) streng ingevuld.²⁵⁴⁵

(2) DE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

859. *Onderscheid* – Omwille van het grote onderscheid in de rechtspleging bij de *a priori*-toetsing en bij de *a posteriori*-toetsing, wordt de vraag of de *Conseil* bepaalt wie de partijen zijn voor beide procedures afzonderlijk onderzocht.

(a) De *a priori*-toetsing

860. *Institutionele verzoekers* – Naast de ambtshalve saisine voor bepaalde wetten, kunnen alleen de volgende personen een wet aan de *a priori*-toetsing van de *Conseil constitutionnel* onderwerpen: de President, de Eerste minister, de voorzitter van de *Assemblée nationale*, de voorzitter van de Senaat, zestig leden van de *Assemblée nationale* of zestig senatoren.²⁵⁴⁶ Zij moeten geen belang aantonen. Bij deze procedure kunnen geen partijen zich aansluiten. De regering wordt gevraagd om haar opmerkingen over te maken.

²⁵⁴¹ Artikel 76, 1 *BVerfGG*.

²⁵⁴² E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, nr. 217 en R. PHILIPP, "Befangenheitsanträge von Äußerungsberechtigten im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle", in H. DÄUBLER-GMELIN, K. KINKEL *et al.* (eds.), *Gegenrede. Aufklärung - Kritik - Öffentlichkeit*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, 917-920.

²⁵⁴³ Artikel 80 *BVerfGG*. Onder meer *BVerfG* 8 mei 2013, 1 BvL 1/08, nr. 21. Het hof oordeelt niet over de toelaatbaarheid van bepaalde partijen in het bodemgeschil. G. ULSAMER en R. MÜLLER-TERPITZ, "Artikel 82 Bundesverfassungsgerichtsgesetz", in TH. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU *et al.* (eds.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, nr. 18-20.

²⁵⁴⁴ Artikel 94, vijfde lid *BVerfGG*.

²⁵⁴⁵ Zie voetnoten 2533 en 2537.

²⁵⁴⁶ Artikel 61 *Constitution*. De *Conseil constitutionnel* is streng bij het beoordelen van de ontvankelijkheid van het verzoekschrift. Indien een tweede verzoekschrift tegen een wet – waartegen al een verzoekschrift door 60 verzoekers is ingediend – slechts door één verzoeker wordt ingediend, is dit

(b) De prioritaire vraag

861. *Van rechtswege partij* – Bij ontvangst van de prioritaire vraag, brengt de *Conseil constitutionnel* de President van de Republiek, de Eerste minister en de voorzitters van de *Assemblée* en van de Senaat (hierna de “institutionele partijen” genoemd) ervan op de hoogte, alsmede de partijen van het bodemgeschil.²⁵⁴⁷ Zij kunnen hun opmerkingen bij de prioritaire vraag aan de *Conseil* overmaken.

862. *Tussenkomst* – Op 21 juni 2011 heeft de *Conseil constitutionnel* in zijn Intern Reglement over de prioritaire vraag 2010 de mogelijkheid voorzien dat partijen die blijk geven van een bijzonder belang, in de procedure kunnen tussenkomen én aanvullende grieven kunnen opwerpen.²⁵⁴⁸ De *Conseil* had dit al eerder beslist.²⁵⁴⁹ Hij staat uitdrukkelijk toe dat een partij die met een prioritaire vraag een wetsbepaling ter toetsing wou voorleggen, doch wier prioritaire vraag niet door het Hof van Cassatie of de Raad van State aan de *Conseil constitutionnel* werd gesteld omdat over deze wetsbepaling al een vraag hangende is, in de procedure voor de *Conseil* mag tussenkomen.²⁵⁵⁰

Er moet een voldoende band zijn tussen het belang van de tussenkomende partij en het doel van de procedure. De tussenkomende partij mag de wetgevende norm verdedigen, dan wel bekritisieren.²⁵⁵¹ Indien zij eenzelfde prioritaire vraag heeft gesteld, aan de wet is onderworpen of, doorgaans op nationaal vlak, een bijzonder (al dan niet collectief) belang

verzoekschrift onontvankelijk, ook indien die ene verzoeker verzoeker in het eerste verzoekschrift is, en ook indien in het tweede verzoekschrift aanvullende grieven tegen dezelfde bepaling als in het eerste worden aangebracht. Cons. const. 22 augustus 2002, nr. 2002-459 DC, nr. 3; 4 mei 2000, nr. 2000-428 DC, nr. 3 en 9 november 1999, nr. 99-419 DC, nr. 3.

²⁵⁴⁷ Alle partijen betrokken bij het bodemgeschil of bij de procedure voor het Hof van Cassatie en de Raad van State zijn partij bij de procedure voor de *Conseil constitutionnel*.

²⁵⁴⁸ Artikel 6 Intern Reglement over de prioritaire vraag 2010. In dit artikel wordt ook bepaald dat de *Conseil constitutionnel* tussenkomsten mag weigeren, doch niet op welke gronden dit mag. Over andere vragen met betrekking tot de uitvoering van dit artikel, zie J. BARTHÉLEMY en L. BORÉ, "L'intervention devant le Conseil constitutionnel", *Constitutions* 2011, (345) 345-346. In één zaak heeft de *Conseil constitutionnel* zelf een klaarblijkelijk belanghebbende gecontacteerd met de vraag of hij zou tussenkomen. Cons. const. 17 december 2010, nr. 2010-67/86 QPC. M. GUILLAUME, "Question prioritaire de constitutionnalité: §3 - Interventions", *Répertoire de contentieux administratif* 2013, nr. 186.

²⁵⁴⁹ De eerste maal in Cons. const. 7 oktober 2010, nr. 2010-42 QPC, maar ook in 18 oktober 2010, nr. 2010-55 QPC. In de eerste zaak was de partij de begunstigde van een voordeel, waarvan de grondwettigheid in vraag werd gesteld. In andere zaken zijn het belangenverenigingen of instellingen die in de argumentatie van de partijen worden vermeld... In de voormelde zaken mochten de advocaten van de tussenkomende partij niet spreken op de openbare terechtzitting, daar dit krachtens artikel 10 Intern reglement over de prioritaire vraag 2010 alleen aan de institutionele partijen en aan de partijen van het bodemgeschil zou zijn toegelaten. Vanaf Cons. const. 26 november 2010, nr. 2010-71 QPC werd de advocaat van de tussenkomende partij wél op de terechtzitting gehoord. Zie ook J. BARTHÉLEMY en L. BORÉ, "Des portes moins étroites", *Constitutions* 2011, (72) nr. 6 en M. GUILLAUME, "Question prioritaire de constitutionnalité: §3 - Interventions", nr. 185. Vervolgens heeft de *Conseil* de tussenkomst van derden in het Intern reglement over de prioritaire vraag 2010 geregeld, waardoor onder meer deze partijen ook op de terechtzitting worden gehoord.

²⁵⁵⁰ Artikel 6, derde lid Intern Reglement over de prioritaire vraag 2010. Zij zijn daarbij niet gehouden tot de in artikel 6, tweede lid Intern Reglement over de prioritaire vraag 2010 bepaalde termijn.

²⁵⁵¹ J. BARTHÉLEMY en L. BORÉ, "L'intervention devant le Conseil constitutionnel", 345-346.

bij de verdediging of afschaffing van de wet heeft, aanvaardt de *Conseil* haar tussenkomst.²⁵⁵²

Indien de tussenkomst wordt geweigerd, bericht de *Conseil constitutionnel* hierover de tussenkomende partij. We weten niet of de *Conseil* deze beslissing motiveert. Het ware nochtans verkieslijker om deze beslissing in het arrest te motiveren.²⁵⁵³

(3) HET SUPREME COURT

863. *De in het ongelijk gestelde partij* – Voor het *Supreme Court* moeten de partijen “standing” hebben: zij moeten rechtstreeks betrokken zijn en de hoedanigheid hebben om het geschil voor het hof te brengen.²⁵⁵⁴ Alleen de door het lagere rechtscollege in het ongelijk gestelde partij kan een beroepsprocedure bij het *Supreme Court* inleiden.²⁵⁵⁵ In beginsel zijn alleen de partijen in het geding voor het lagere rechtscollege – de verzoekende, de verwerende en de tussenkomende partijen, maar niet de *amici curiae* – ook partij in de procedure voor het *Supreme Court*.²⁵⁵⁶ Uiterst uitzonderlijk laat het *Supreme Court* toe dat een partij (voor het eerst) in de procedure tussenkomt.²⁵⁵⁷

864. *Amicus curiae* – De kans is groter dat een partij als *amicus curiae* dan als tussenkomende partij wordt toegelaten. Indien men voldoende belang heeft om tussen te komen, heeft men *a fortiori* belang om als *amicus curiae* te worden gehoord (doch ook hiervoor is toelating van de partijen of van het *Supreme Court* nodig)²⁵⁵⁸. Als *amicus curiae*

²⁵⁵² M. GUILLAUME, "Question prioritaire de constitutionnalité: §3 - Interventions", nr. 187.

²⁵⁵³ Cfr. J. BARTHÉLEMY en L. BORÉ, "Des portes moins étroites", nr. 7, die een filterfunctie aan de voorzitter zouden toekennen, voor klaarblijkelijk onontvankelijke tussenkomsten.

²⁵⁵⁴ Een partij heeft belang, indien hij het nadeel concrete, persoonlijk, actueel of dreigend is: "To establish Article III standing, an injury must be "concrete, particularized, and actual or imminent; fairly traceable to the challenged action; and redressable by a favorable ruling.'" SC 26 februari 2013, *Clapper v. Amnesty International USA*, 10. Zie ook CH. M. LAMB, "Judicial Restraint on the Supreme Court", 15.

²⁵⁵⁵ Tenzij wanneer het *Supreme Court* als appelrechter t.a.v. een *federal court* optreedt: dan kan elke partij, ook zij die gewonnen heeft, een zaak bij het hof aanhangig maken. S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice* (10^{de} ed.), 86.

²⁵⁵⁶ S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice* (10^{de} ed.), 86-87. Zie, over de voorwaarden voor *standing* in de lagere rechtbanken als uitdrukking van het beginsel van het evenwicht der machten, L.H. TRIBE, *American constitutional law* (2000), 387-391.

²⁵⁵⁷ Dit kan op grond van artikel 21 van de *Federal Rules of Civil Procedure* 28 U.S.C.A. Onder meer SC 3 oktober 2005, *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 807 (2005); 20 oktober 1969, *Hunter v. Ohio ex rel. Miller*, 396 U.S. 879 (1969); 9 oktober 1967, *Banks v. Chicago Grain Trimmers*, 389 U.S. 813 (1967) en 3 maart 1952, *Mullaney v. Anderson*, 342 U.S. 415 (1952) ("To dismiss the present petition and require the new plaintiffs to start over in the District Court would entail needless waste and runs counter to effective judicial administration-the more so since, with the silent concurrence of the defendant, the original plaintiffs were deemed proper parties below. Rule 21 will rarely come into play at this stage of a litigation. We grant the motion in view of the special circumstances before us."). Zie ook S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice* (10^{de} ed.), 86-87 en 427-429.

²⁵⁵⁸ Artikel 30.2(a en b) *Rules of the Supreme Court*, tenzij wanneer de *Solicitor General* of andere overheidsinstanties (staten, commonwealth, territory, possession, city, county, town or similar entity) als *amicus curiae* optreden. Artikel 30.4 *Rules of the Supreme Court*.

kan men evenveel bereiken dan als tussenkomende partij; alleen is de kans kleiner dat men mondeling mag pleiten.²⁵⁵⁹

C. DE PARTIJEN IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

865. *Recht op toegang tot de rechter* – In het eerste hoofdstuk van het tweede deel, dat over de bevoegdheid van een grondwettelijk hof handelt, wordt besloten dat in een rechtsstaat de burger toegang tot de grondwettelijke rechter moet hebben. Hierboven wordt in deze afdeling onderzocht op welke wijze de grondwettelijke hoven via het belangvereiste dit recht op toegang tot de rechter invullen. Thans wordt nagegaan welke vereisten de rechtsstaat aan dit belangvereiste en het recht op toegang tot de rechter stelt.

866. *Actio popularis* – In elke procedure waarin de burger rechtstreeks toegang tot het grondwettelijk hof heeft, vereisen de onderzochte grondwettelijke hoven dat de verzoeker een belang heeft. Dit belang houdt in dat zijn situatie rechtstreeks, actueel en ongunstig door de wetgevende norm wordt geraakt. In geen van de onderzochte landen is dan ook een *actio popularis* toegestaan: niemand raadt dit overigens aan.²⁵⁶⁰ Het verbod van een *actio popularis* berust op dezelfde grondslagen als deze die de rol van een grondwettelijk hof inzake het (voort)bestaan en het voorwerp van het geding bepalen: de scheiding der machten²⁵⁶¹ en het algemeen rechtsbeginsel van de normenhiërarchie. Uit dit laatste beginsel, volgens hetwelk in een rechtsstaat alle staatsorganen (grond)wettig moeten handelen en de rechter een norm, die een hogere norm schendt, buiten toepassing moet laten, vloeit geen subjectief recht op (grond)wettig handelen voor alle burgers voort: alleen wanneer de wetgevende norm de situatie van de burger ongunstig raakt, heeft hij een vorderingsrecht.

867. *Recht op toegang tot de rechter* – Wanneer de grondwettelijke rechters het belangvereiste invullen, mogen zij niet te streng zijn, daar zij dan particulieren het recht op toegang tot de rechter zouden ontnemen.²⁵⁶² Zeker indien de indruk bestaat dat het Grondwettelijk Hof, via het belangvereiste, al te gevoelige rechtsvragen wil ontwijken, stelt het hof zich bloot aan terechte kritiek. Het recht op toegang tot de rechter schenden is de rechtsstaat schenden.

Twee ongelukkige arresten op de meer dan tienduizend gewezen arresten: het lijkt een peulschil. Maar om te vermijden dat een rechtscollege van willekeur wordt beschuldigd, is

²⁵⁵⁹ Artikel 28.7 *Rules of the Supreme Court*. Zie ook S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice (10^{de} ed.)*, 428 en 781-783.

²⁵⁶⁰ Zie ook H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", 245.

²⁵⁶¹ SC 26 februari 2013, *Clapper v. Amnesty International USA*, 9. "The law of Article III standing, which is built on separation-of-powers principles, serves to prevent the judicial process from being used to usurp the powers of the political branches." Zie ook R. L. BROWN, "When political questions affect individual rights: the other Nixon v. United States", 143.

²⁵⁶² X. DELGRANGE, "La Cour d'Arbitrage et le citoyen", 242; R. LEYSEN, "Het belang als ontvankelijkheidsvereiste in het beroep tot vernietiging voor het Arbitragehof", 405; R. MOERENHOUT, "Artikel 2 Bijz. Wet GwH", 22 en M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 59.

een nauwgezette toepassing van zijn rechtspraak inzake het belangvereiste noodzakelijk: indien het Grondwettelijk Hof zijn rechtspraak inzake het belangvereiste wil wijzigen waardoor het recht op toegang zou worden beperkt, moet het dit voldoende op voorhand aankondigen, zonder het recht op toegang al te beperken voor die partijen die een zaak hebben ingeleid vooraleer het Grondwettelijk Hof zijn wijziging in de rechtspraak kenbaar maakte. Dit vereiste, dat niet meer is dan de vereiste van de kenbaarheid van het recht, is toepasselijk op wetgeving, maar moet ook op rechtspraak toepasselijk zijn. Dit houdt tevens in dat het belangvereiste geen *ad hoc*-oplossing kan zijn om gevoelige rechtsvragen te ontwijken.

868. *Marketplace of ideas* – Het verbod van een *actio popularis* en het recht op toegang tot de rechter doen niet ter zake wanneer moet worden geoordeeld of een partij in de procedure kan tussenkomen. Een ruime mogelijkheid tot tussenkomst waarborgt veeleer dat alle argumenten aan een hof kunnen worden voorgelegd, ook degene die de verzoekende partij – omwille van onkunde of strategische redenen – niet heeft aangevoerd. Het recht op tegenspraak en het recht van verdediging vereisen dat de verzoekende en de verwerende partijen voldoende kunnen antwoorden op de tussenkomsten.

Het Grondwettelijk Hof aanvaardt een tussenkomst wanneer de aan het hof voorgelegde norm de (persoonlijke) situatie van deze partij rechtstreeks raakt. Met deze invulling van het belangvereiste sluit het Grondwettelijk Hof nog steeds tussenkomsten van rechtsprofessoren, *amici curiae*, feitelijke verenigingen²⁵⁶³ ... uit. Dat valt te betreuren omdat zulke tussenkomsten, mits zij nieuwe middelen mogen bevatten²⁵⁶⁴, de kwaliteit van het geding zouden bevorderen. Daarom zou het Grondwettelijk Hof beter een voorbeeld aan het *Bundesverfassungsgericht*, het *Supreme Court* en de *Conseil constitutionnel* nemen: daar zijn weinig partijen in het geding, maar wel veel *Äußerungsberechtigte*, *amici curiae*, *portes étroites*, die aanvullende grieven kunnen opwerpen. Deze praktijk wordt in de volgende afdeling onderzocht.

²⁵⁶³ Alleen bepaalde feitelijke partijen, zoals politieke partijen en vakbonden, kunnen tussenkomen wanneer zij wetgeving aanvechten waarin zij wettelijk als entiteiten worden erkend. Zie *infra*, voetnoot 2622.

²⁵⁶⁴ Wat tot op heden niet mag, tenzij het een institutionele partij is of een in de artikelen 77 en 78 Bijz.Wet GwH bepaalde partij die tussenkomt. Voor terechte kritiek hierop, zie P. VAN ORSHOVEN, "La Cour d'Arbitrage et les gouvernements", 131.

4. AMICUS CURIAE

869. *Oorsprong en praktijk – Nomen omen est.* Het Romeinse procesrecht stond toe dat een onpartijdige derde, de *amicus curiae*, in een gerechtelijke procedure juridische of feitelijke informatie aan een rechtscollege gaf. Daar de *common law* slechts op strikte wijze derden in een procedure toelaat, geraakte de praktijk van *amicus curiae* vlug in de *common law* landen ingeburgerd.²⁵⁶⁵ Ook meer en meer internationale rechtscolleges aanvaardden *amici curiae*.²⁵⁶⁶

870. *Definitie – “Een amicus curiae is een (rechts)persoon die geen partij in het geding noch lid van het rechtscollege is en die, uit eigen beweging, informatie aan het rechtscollege overmaakt”,* schrijft KOICHEVAR.²⁵⁶⁷ Dat hij geen lid van het rechtscollege is, sluit onder meer de advocaten-generaal bij het Hof van Justitie en het auditoraat bij de Raad van State uit de definitie uit. Dat hij uit eigen beweging informatie overmaakt, sluit ook de meningsuiting door experts, op vraag van een rechtscollege, uit. Dat laatste is minder wenselijk omdat de rol van *amici curiae* in de *common law* procedure soms vergelijkbaar is met deze van de deskundige die op vraag van het rechtscollege zijn mening geeft: het onderscheid valt helemaal weg aangezien ook rechtscolleges in de *common law* zelf de hulp van *amici curiae* invoeren, onder meer – maar niet hiertoe beperkt – om, zonder hiervoor afhankelijk van de partijen te zijn, feiten te verzamelen.²⁵⁶⁸

A. BUITENBLIK

871. *Structuur –* Omdat de rechtsfiguur van de *amici curiae* haar oorsprong in de *common law* vindt, wordt eerst onderzocht op welke wijze het *Supreme Court* met *amici curiae* omgaat (1) en vervolgens het *Bundesverfassungsgericht* (2) en de *Conseil constitutionnel* (3).

(1) HET SUPREME COURT

872. *Oorsprong en praktijk –* Aanvankelijk was de *amicus curiae* geen veelgebruikt instrument: om de belangen van bepaalde partijen (de federale staat, andere staten, deelstaten of burgers) in een geschil tussen twee partijen aan bod te laten komen, lieten de

²⁵⁶⁵ S. KOICHEVAR, "Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions", *Yale L.J.* 2013, (1653) 1653; L. SANDSTROM SIMARD, "An Empirical Study of Amici Curiae in Federal Court: a Fine Balance of Access, Efficiency, and Adversarialism", *Review of Litigation* 2008, (669) 676. Voor de evolutie ervan in het Engelse *common law* procedurerecht, zie S. KRISLOV, "The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy", *Yale L.J.* 1963, (694) 695-697.

²⁵⁶⁶ Onder meer bij het EHRM (art. 36, § 2 EVRM), dat toestemming geeft en soms de inhoud van de tussenkomst beperkt, zie EHRM 2 augustus 1984, *Malone/VK*, nr. 8.

²⁵⁶⁷ S. KOICHEVAR, "Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions", 1655.

²⁵⁶⁸ Cfr. de verhouding tussen artikelen 26 en 27a *BVerfGG*, *infra*, randnummer 877 e.v.

rechtscolleges veeleer een tussenkomst toe.²⁵⁶⁹ Pas vanaf 1821 deed de *amicus curiae* zijn intrede bij het *Supreme Court*.²⁵⁷⁰ In de tweede helft van de twintigste eeuw steeg het aantal ingediende *amicus curiae briefs* bij het *Supreme Court* met achthonderd procent. Einde twintigste eeuw werden in vijftig procent van de zaken *amicus curiae briefs* ingediend, vanaf 1996 in vijftien procent van de zaken.²⁵⁷¹

873. *Amicus partis* – Door de strikte toelating van derden als partijen werd de *amicus curiae* een *amicus partis*: een partijdige derde in de zaak.²⁵⁷² De federale staat, organisaties en belangengroepen doen beroep op een *amicus curiae* om op de uitkomst van een zaak te wegen.²⁵⁷³ In de *Rules of the Supreme Court* wordt vereist dat de *amicus* aangeeft of een partij heeft meegewerkt aan het opstellen van de *brief* en van welke partij hij eventueel financiële hulp heeft gekregen.²⁵⁷⁴ Medewerkers van het *Supreme Court* geven aan dat zij hiermee rekening houden bij de beoordeling van het nut van de door de *amicus curiae* verstrekte informatie.²⁵⁷⁵

874. *Toestemming* – Voor het *Supreme Court* heeft niet eenieder het recht om als *amicus curiae* op te treden: op de federale staat, de staten of lokale overheden na, moet de *amicus* toestemming van alle partijen²⁵⁷⁶ of van het hof verkrijgen.²⁵⁷⁷ Het hof ontmoedigt de *amici curiae* echter geenszins²⁵⁷⁸ en heeft in juli 2013 zijn regels voor de toestemming nog ietwat versoepeld.²⁵⁷⁹ Af en toe vraagt het *Supreme Court* zelf aan een *amicus curiae* –

²⁵⁶⁹ S. KRISLOV, "The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy", 696-699 en S. McALLISTER, "The Supreme Court's Treatment of Sovereigns as Amici Curiae", *Green Bag* 2010, (289) 293.

²⁵⁷⁰ SC 5 maart 1823, *Green v. Biddle*, 21 U.S. (8 Wheat) 1 (1823). In deze zaak stond het *Supreme Court* de *rehearing* van een zaak toe op grond van de tussenkomst van een *amicus curiae*, die de staat Kentucky vertegenwoordigde. Zie ook S. KRISLOV, "The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy", 700-701.

²⁵⁷¹ J.D. KEARNEY en T.W. MERRIL, "The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court", *University of Pennsylvania Law Review* 2000, (743) 752-753; L. SANDSTROM SIMARD, "An Empirical Study of Amici Curiae in Federal Court", 671; O.S. SIMMONS, "Picking Friends From the Crowd", 193 en M. WALSH, "It was another big term for amicus curiae briefs at the high court", *ABA Journal* 1 september 2013, 1. In 2012-2013 werd het grootste aantal *amici curiae briefs* ooit ingediend: 1001 in 73 zaken. A.J. FRANZE en R.R. ANDERSON, "The Supreme Court's Reliance on Amicus Curiae in the 2012-2013 Term", *vindplaats terug te vinden in de bibliografie*, 1.

²⁵⁷² S. KOČEVAR, "Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions", 1653 en S. KRISLOV, "The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy", 704.

²⁵⁷³ L. SANDSTROM SIMARD, "An Empirical Study of Amici Curiae in Federal Court", 679 en K.J. LYNCH, "Best Friends? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs", *Journal of Law and Politics* 2004, (33) 65 e.v.

²⁵⁷⁴ Artikel 37.6 *Rules of the Supreme Court*. Zie ook J.D. KEARNEY en T.W. MERRIL, "The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court", 766.

²⁵⁷⁵ L. SANDSTROM SIMARD, "An Empirical Study of Amici Curiae in Federal Court", 700.

²⁵⁷⁶ De partijen kunnen "blanket consent" geven, waarbij ze toestemming geven aan elke *amicus*. Artikel 37.2. *Rules of the Supreme Court*.

²⁵⁷⁷ Artikel 37.4 *Rules of the Supreme Court*. J.D. KEARNEY en T.W. MERRIL, "The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court", 761-762. Over de ongelijke behandeling van bijvoorbeeld Indiaanse stammen en andere staten, die ook toestemming nodig hebben, zie S. McALLISTER, "The Supreme Court's Treatment of Sovereigns as Amici Curiae", 299 e.v. Het hof verkiest dat alle partijen toestemming geven. Artikel 37.2(a) van de *Rules of the Supreme Court*.

²⁵⁷⁸ Over de verschillende meningen van de *Justices* over het ont- of aanmoedigen van *amici curiae*, zie O.S. SIMMONS, "Picking Friends From the Crowd", 195.

²⁵⁷⁹ Artikelen 37.2 en 37.3 *Rules of the Supreme Court* (*blanket consent* en slechts één toestemming nodig voor meerdere *amici curiae* die dezelfde *brief* indienen).

de *Solicitor General*, vertegenwoordigers van de overheid of aan experts – om een *brief* in te dienen.²⁵⁸⁰

875. *Inhoud* – De door de *amicus curiae* aangebrachte informatie kan juridisch zijn, maar dat hoeft niet. Juridische argumenten zijn slechts zinvol in zoverre deze nog niet door één van de partijen werden aangevoerd²⁵⁸¹, bijvoorbeeld omdat de juridische bijstand van één van de partijen niet kwalitatief hoogstaand is, omdat het juridische argument strategisch te gevaarlijk zou zijn om door één van de partijen te kunnen worden ingenomen of omdat de verzoekende partij niet het recht uitoefent waarvan zij de schending aanvoert²⁵⁸². Juridische informatie is bovendien zeer zinvol in zeer technische materies, zoals belastingen, faillissementsrecht...²⁵⁸³ Niet-juridische informatie kan van technische, medische, wetenschappelijke en/of sociologische aard zijn, waardoor het rechtscollege de mening van de publieke opinie kan leren kennen²⁵⁸⁴ en de rechtsvraag en (de gevolgen van zijn beslissing op) de praktijk beter kan inschatten.²⁵⁸⁵

De rechters en de *law clerks* van het *Supreme Court* geven aan dat *amicus curiae briefs* van overheidsinstanties, en in het bijzonder van de *Solicitor General*, normalerwijze zeer behulpzaam voor het Hof zijn.²⁵⁸⁶ Ook *amicus curiae briefs* van belangenverenigingen zijn nuttig – doch beperkter dan deze van de *Solicitor General* – indien zij aantonen hoe een beslissing in het rechtsgeschil hun belangen zou kunnen beïnvloeden.²⁵⁸⁷ Even nuttig zijn de *amicus curiae briefs* van rechtsprofessoren, die normalerwijze op een onpartijdige wijze een degelijke juridische analyse van de rechtsvraag bieden.²⁵⁸⁸

²⁵⁸⁰ S. KRISLOV, "The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy", 717 en K. SWENSON, "President Obama's Policy Agenda in the Supreme Court: What we know so far from the office of the Solicitor General's Service as amicus curiae", *Southern Illinois University Law Journal* 2010, (359) 360. Uitzonderlijk vraagt het hof dit wanneer er geen verwerende partij is. B.P. GOLDMAN, "Should the Supreme Court Stop Inviting Amici Curiae to Defend Abandoned Lower Court Decisions?", 907 e.v.

²⁵⁸¹ Cfr. artikel 37.1. *Rules of the Supreme Court*. Zie ook A.J. FRANZE en R.R. ANDERSON, "The Supreme Court's Reliance on Amicus Curiae in the 2012-2013 Term", 3.

²⁵⁸² O.S. SIMMONS, "Picking Friends From the Crowd", 204.

²⁵⁸³ K.J. LYNCH, "Best Friends? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs", 41-42 en O.S. SIMMONS, "Picking Friends From the Crowd", 208.

²⁵⁸⁴ O.S. SIMMONS, "Picking Friends From the Crowd", 207.

²⁵⁸⁵ A.J. FRANZE en R.R. ANDERSON, "The Supreme Court's Reliance on Amicus Curiae in the 2012-2013 Term", 3; S. KRISLOV, "The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy", 711; L. SANDSTROM SIMARD, "An Empirical Study of Amici Curiae in Federal Court", 680 en O.S. SIMMONS, "Picking Friends From the Crowd", 195 en 208.

²⁵⁸⁶ Over de belangrijke invloed van de *Solicitor General* – ook wel eens *the tenth justice* genoemd – is veel onderzoek gedaan. Door de kwaliteit van zijn werk, wordt hij sterk gewaardeerd: hij is "*a brand name that insures quality*", R.L.JR. PACELLE, "Amicus Curiae or Amicus Praesidentis? Reexamining the Role of the Solicitor General in Filing Amici", *Judicature* 2006, (317) 318.

²⁵⁸⁷ De *amicus curiae briefs* van de *American Civil Liberties Union (ACLU)* en de *America's Union Movement (AFL-CIO)* zijn doorgaans hoogstaand en hebben ook een zekere – doch niet consistente – invloed op de rechtspraak van het Hof. J.D. KEARNEY en T.W. MERRIL, "The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court", 801 e.v.

²⁵⁸⁸ L. SANDSTROM SIMARD, "An Empirical Study of Amici Curiae in Federal Court", 697-698 en K.J. LYNCH, "Best Friends? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs", 52 e.v. Voor kritiek op de kwaliteit van de *amicus curiae briefs* van rechtsprofessoren, zie R.H.JR. FALLON, "Scholars' Briefs and the Vocation of a Law Professor", *J. Legal Analysis* 2012, (223) 227 e.v. en 253 e.v. (de standaarden waaraan ze moeten voldoen), wat evenwel niet blijkt uit het gebruik ervan door de rechters. In 2010 werden op 82 zaken 57 *briefs* van professoren ingediend. In acht zaken in 2012-2013 werden professoren geciteerd. R.H.JR. FALLON, "Scholars' Briefs and the Vocation of a Law Professor", 223-224

876. *Invloed* – Er is veel onderzoek verricht over de invloed van de *amici curiae* op de arresten van het hof.²⁵⁸⁹ Hieruit zou, in overeenstemming met de evaluatie van het nut van de *amici curiae*, blijken dat de *briefs* van de *Solicitor General* van de Verenigde Staten van Amerika de grootste invloed op de arresten hebben.²⁵⁹⁰ Daarnaast zijn de *amici* het succesvolst indien zij de verwerende partij steunen²⁵⁹¹, indien slechts enkele *amici curiae* één partij steunen en geen andere partij, of indien hun *briefs* door meer ervaren advocaten worden geschreven.²⁵⁹² Tevens is de *amicus curiae* succesvoller, indien hij nieuwe juridische argumenten aanvoert, maar hij wordt ook naar waarde geschat wanneer hij in een technisch moeilijke rechtsmaterie nuttige informatie aanlevert.²⁵⁹³ *Supreme Court law clerks* benadrukken dat een *amicus curiae* het minst nuttig is in grondwettelijke zaken, hoewel in deze zaken het hof de meeste *amici* heeft.²⁵⁹⁴

Het percentage van arresten waarin het *Supreme Court amicus curiae briefs* citeert, kende een stijgende lijn: van achttien procent in 1946-1955 tot zeventig procent in 1986-1995²⁵⁹⁵, naar meer dan vijftig procent in de laatste decennia. In de laatste drie zittingsjaren fluctueert het percentage: van drieënzestig in de arresten in 2010-2011, naar zesenvertig in 2011-2012 tot drieënvijftig in 2012-2013.²⁵⁹⁶

A.J. FRANZE en R.R. ANDERSON, "The Supreme Court's Reliance on Amicus Curiae in the 2012-2013 Term", 3.

²⁵⁸⁹ Doch dat is niet altijd even methodologisch sluitend, omdat nu eenmaal niet in de hoofden van de negen rechters kan worden gekeken. A.J. FRANZE en R.R. ANDERSON, "The Supreme Court's Reliance on Amicus Curiae in the 2012-2013 Term", 2 en O.S. SIMMONS, "Picking Friends From the Crowd", 202.

²⁵⁹⁰ Volgens de medewerkers van de rechters van het *Supreme Court* zijn de *amicus curiae briefs* van de *Solicitor General* doorgaans van hoogstaande kwaliteit en geven zij een zeer betrouwbare, objectieve analyse van de rechtsvraag. Bovendien wil het *Supreme Court* aandacht hebben voor het belang van de Verenigde Staten, dat door de *Solicitor General* wordt verwoord. K.J. LYNCH, "Best Friends? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs", 47 en K. SWENSON, "President Obama's Policy Agenda in the Supreme Court", 361. Zie ook A.J. FRANZE en R.R. ANDERSON, "The Supreme Court's Reliance on Amicus Curiae in the 2012-2013 Term", 1.

²⁵⁹¹ De verwerende partijen worden immers niet steeds door de meest ervaren of bekwame advocaten bijgestaan. Dit in tegenstelling tot de verzoekende partij die de moeilijke horde van *certiorari* moet nemen. K.J. LYNCH, "Best Friends? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs", 42 en J.D. KEARNEY en T.W. MERRIL, "The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court", 817.

²⁵⁹² J.D. KEARNEY en T.W. MERRIL, "The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court", 760; K.J. LYNCH, "Best Friends? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs", 44 en 46 e.v. en O.S. SIMMONS, "Picking Friends From the Crowd", 204.

²⁵⁹³ K.J. LYNCH, "Best Friends? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs", 41-42. Dit onderzoek bevestigt ook de mening van KEARNEY en MERRIL, die, weliswaar op grond van andere argumenten, het meeste belang aan het "*legal model*" van oordeelsvinding hechten (waarbij rechters op grond van hun interpretatie van het recht een rechtsvraag beoordelen) en minder aan het "*attitudinal model*" (waarbij de politieke ingesteldheid van de rechter de doorslaggevende factor bij de oordeelsvinding is) of het "belangengroepmodel" (waarbij de rechter zou oordelen in functie van de opinie van diegene op wie de rechtsvraag betrekking heeft). J.D. KEARNEY en T.W. MERRIL, "The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court", 775 e.v.

²⁵⁹⁴ K.J. LYNCH, "Best Friends? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs", 42.

²⁵⁹⁵ J.D. KEARNEY en T.W. MERRIL, "The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court", 757-758.

²⁵⁹⁶ A.J. FRANZE en R.R. ANDERSON, "The Supreme Court's Reliance on Amicus Curiae in the 2012-2013 Term", 2.

877. *Deskundige* – Krachtens artikel 27a *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* kan de *Senat* van het *Bundesverfassungsgericht* de mening van een “deskundige derde” vragen.²⁵⁹⁷ De *Senat* kan dit; hij is hiertoe niet verplicht. Niet zelden bieden derden hun mening op eigen initiatief aan: het komt alleen de *Senat* toe om te beslissen of deze mening op grond van artikel 27a *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* welkom is. De ongevraagde meningsuitingen worden in een algemeen register bijgehouden.²⁵⁹⁸

Omdat de deskundige derde alleen op vraag van het hof stelling kan innemen en het hof misschien sommige mogelijke deskundige derden over het hoofd ziet, komen misschien niet alle relevante standpunten aan bod. Wellicht is het *Bundesverfassungsgericht* zich bewust van deze beperking en citeert het daarom, in tegenstelling tot het *Supreme Court*, in zijn arrest zelden uit deze stellingnames.²⁵⁹⁹

878. *Wie?* – Uit de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht* kan slechts een negatieve definitie van de deskundige derde worden afgeleid: de deskundige derde kan geen partij in het geding zijn.²⁶⁰⁰ De deskundigen zijn doorgaans: het rechtscollege wiens uitspraak bij *Verfassungsbeschwerde* ter toetsing aan het *Bundesverfassungsgericht* wordt voorgelegd²⁶⁰¹, maatschappelijke verenigingen (werkgevers- en werknemersorganisaties, beroepsgroepen, sociale instellingen, milieubeschermingsverenigingen) die veeleer hun belangen verdedigen en personen die als deskundige tijdens een hoorzitting worden gehoord of een schriftelijk advies geven.²⁶⁰² Deze laatsten, doorgaans ambtenaren, professoren in het recht of de economie, vertegenwoordigers van rechtscolleges en instellingen, dragen veeleer bij tot het verzamelen van het bewijs of geven hun deskundig advies over de rechtsvragen. In tegenstelling tot de deskundigen op wie op grond van

²⁵⁹⁷ “Das Bundesverfassungsgericht kann sachkundigen Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme geben.” Deze bepaling is bij wet van 22 juli 1998 in de *BVerfGG* ingevoegd en codificeert een reeds tevoren ontstane praktijk van het *Bundesverfassungsgericht* (op grond van artikel 22, 5 en artikel 41 *Geschäftsordnung*, waarvan het eerste als volgt luidt: “Auf Vorschlag des Berichterstatters oder auf Beschluß des Senats ersucht der Vorsitzende Persönlichkeiten, die auf einem Gebiet über besondere Kenntnisse verfügen, sich zu einer für die Entscheidung erheblichen Frage gutachtlich zu äußern.” D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 473 (§ 27a, nr. 1) en R. ZUCK, “Das Änderungsgesetz zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz”, *NJW* 1998, (3028) 3029. *Contra*, H. BETHGE, “Artikel 27a Bundesverfassungsgerichtsgesetz”, in TH. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU *et al.* (eds.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München, Verlag C.H. Beck, 1998, nr. 8;

²⁵⁹⁸ Artikel 60 e.v. *Geschäftsordnung*. Zie ook D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 479 (§ 27 a, nr. 22).

²⁵⁹⁹ D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 479 (§ 27a, nr. 13). In de afwijkende motiveringen worden deze stellingnames wel vaker geciteerd.

²⁶⁰⁰ H. BETHGE, “Artikel 27a Bundesverfassungsgerichtsgesetz”, nrs. 4-5 en D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 477 (§ 27a, nr. 15).

²⁶⁰¹ Onder meer *BVerfG* 12 december 2012, 1 BvR 69/09, nr. 4.

²⁶⁰² H. LECHNER en R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 158; H. BETHGE, “Artikel 27a Bundesverfassungsgerichtsgesetz”, nr. 6 en D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 477-479 (§ 27a, nrs. 15-21).

artikel 26 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* beroep wordt gedaan, is de deskundige derde (artikel 27a *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) niet verplicht een stelling in te nemen.²⁶⁰³

Het *Bundesverfassungsgericht* doet niet vaak beroep op een deskundige. Op de website van het *Bundesverfassungsgericht*, die de arresten sinds 1998 vermeldt, wordt in slechts eenentwintig arresten de tussenkomst van een deskundige krachtens artikel 27a *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* vermeld.²⁶⁰⁴

879. *Amicus curiae?* – Niet iedereen vindt dat deze deskundige een *amicus curiae* genoemd mag worden, daar hij, in tegenstelling tot de *amicus curiae*, geen zelfstandig recht op deelname aan het geding heeft: alleen op vraag van het *Bundesverfassungsgericht* mag hij zijn mening uiten.²⁶⁰⁵ Maar de *amicus curiae* bij het *Supreme Court* kan alleen mits goedkeuring van de partijen of van het hof een *brief* indienen: zijn zogenaamd zelfstandig participatierecht is dus in beginsel ook relatief, al laat het *Supreme Court* een ruime toegang tot het hof toe. Bovendien vervult de deskundige derde dezelfde functie als een *amicus curiae* en wordt met hetzelfde doel op hem een beroep gedaan: het verzamelen van sociale, politieke en wetenschappelijke gegevens, die het *Bundesverfassungsgericht* bij zijn beoordeling kunnen helpen.²⁶⁰⁶ Hij is dan ook een *amicus curiae*.²⁶⁰⁷

(3) DE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

880. *Onderscheid* – Omwille van het onderscheid in de rechtspleging bij de *a priori*-toetsing en bij de *a posteriori*-toetsing, wordt de vraag of de *Conseil amici curiae* voor beide procedures toestaat afzonderlijk onderzocht.

²⁶⁰³ Doch hij weigert doorgaans niet. Zie ook D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 478 (§ 27a, nr. 18).

²⁶⁰⁴ Doch vier ervan in 2014. Zie BVerfG 7 oktober 2014, 2 BvR 1641/11, nr. 45; 6 mei 2014, 2 BvR 1139/12, 2 BvR 1140/12, 2 BvR 1141/12, nr. 78; 18 maart 2014, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvR 1824/12, 2 BvE 6/12, nr. 84; 26 februari 2014, 2 BvE 2/13 u.a. en 2 BvR 2220/13 u.a., nr. 30; 12 december 2012, 1 BvR 69/09, nr. 4; 14 februari 2012, 2 BvL 4/10, nr. 136; 9 november 2011, 2 BvC 4/10, nr. 73; 7 september 2011, 2 BvR 987/10, nr. 85; 7 december 2010, 1 BvR 2628/07, nr. 20; 4 mei 2010, 2 BvL 8/07, nr. 111; 24 november 2009, 2 BvL 8/07, nr. 37; 17 november 2009, 1 BvR 2192/05, nr. 29; 3 maart 2009, 2 BvC 3/07, nr. 78; 3 februari 2009; 2 BvL 54/06, nr. 90; 9 december 2008, 2 BvL 1/07, nr. 36; 13 februari 2008, 2 BvK 1/07, nr. 74; 20 december 2007, 2 BvR 2433/04, nr. 107; 9 juli 2007, 2 BvF 1/04, nr. 59; 18 juli 2005, 2 BvR 2236/04, nr. 59; 26 oktober 2004, 2 BvE 1/02, nr. 58 en 27 juli 2004, 2 BvF 2/02, nr. 75. In sommige arresten wordt evenwel niet verwezen naar artikel 27a *BVerfGG*, hoewel de deskundigen wel op grond van deze bepaling stelling hebben genomen: bijvoorbeeld BVerfG 24 september 2003, 2 BvR 1436/02. D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 478 (§ 27a, nr. 18).

²⁶⁰⁵ H. LECHNER en R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 158-159 en R. ZUCK, "Das Änderungsgesetz zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz", 3030.

²⁶⁰⁶ D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 476 (§ 27a, nr. 12).

²⁶⁰⁷ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 292 (§ 22, nr. 698) en D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 474 (§ 27a, nr. 5).

(a) De *a priori*-toetsing

881. “*Porte étroite*” – Bij de *a priori*-toetsing zijn alleen de institutionele verzoekers en de regering partij. Daarnaast mag elke natuurlijke of rechtspersoon die “*intéressé*” in de zaak is, een memorie aan de *Conseil* overmaken. Dankzij VEDEL heet deze praktijk niet *amicus curiae*, maar wel “*porte étroite*”, omdat zij – tot de invoering van de prioritaire vraag – voor de samenleving de enige mogelijkheid was om bij de grondwettigheidstoetsing betrokken te worden.²⁶⁰⁸ Indien de rechter-verslaggever meent dat de memorie de beslissing van de *Conseil* zou kunnen beïnvloeden, maakt hij ze over aan de andere *Conseillers* en aan de regering.²⁶⁰⁹ De *Conseil* antwoordt niet op de memories en vermeldt hun bestaan ook niet in zijn arresten²⁶¹⁰: door de erin aangevoerde argumenten als ambtshalve opgeworpen middelen over te nemen, maakt hij ervan gebruik. In de arresten²⁶¹¹ kan evenwel niet worden ontwaard of het ambtshalve opgeworpen middel uit de pen van de *Conseil* dan wel van een *amicus curiae* vloeide.²⁶¹²

Zo zijn milieuverenigingen en een vereniging die de oorlogsslachtoffers verenigde, succesvolle *amici curiae* geweest.²⁶¹³

(b) De prioritaire vraag

882. *Tussenkomst* – Sommige rechtsleer vermoedt dat de *Conseil constitutionnel* aanvankelijk zijn gewoontelijke omgang met de *porte étroite* ook in de *a posteriori*-toetsing wou verderzetten. Naar aanleiding van de eerste prioritaire vragen heeft de *Conseil* zich immers moeten uitspreken over gevoelige politieke en sociale kwesties, waarbij hij wellicht enkele *amici curiae* had.²⁶¹⁴ Maar de *Conseil* bewandelde een andere weg: nadat hij in enkele zaken partijen had toegestaan om in de procedure tussen te komen, heeft hij deze mogelijkheid uitdrukkelijk in zijn Intern Reglement over de prioritaire vraag 2010 voorzien. Partijen die blijk geven van een bijzonder belang mogen in de procedure tussenkomen en aanvullende grieven opwerpen: dit zijn zonder twijfel (rechts)personen of verenigingen op wie de wet toepasselijk is of die een collectief belang verdedigen, dat door de wet wordt geraakt.²⁶¹⁵ Of dit ook professoren of andere deskundigen zijn, blijkt nog niet uit de arresten.

²⁶⁰⁸ G. VEDEL, "L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite", *La vie judiciaire* 1991, 1.

²⁶⁰⁹ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, "Les modes de décision du juge constitutionnel", *Séminaire international de justice constitutionnelle*, Brussel, 6-7 december 2001, 4.

²⁶¹⁰ G. VEDEL, "L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite", 14.

²⁶¹¹ Doch eventueel wel in de persartikelen met betrekking tot het arrest. G. VEDEL, "L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite", 14.

²⁶¹² O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, "Les methodes de travail du Conseil constitutionnel", *vindplaats terug te vinden in de bibliografie*, 6 en G. VEDEL, "L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite", 14.

²⁶¹³ Cons. const. 25 juli 1990, nr. 90-277 DC. J.-P. CAMBY, "La saisine du Conseil constitutionnel ou l'impossible retrait", 10 en G. VEDEL, "L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite", 14.

²⁶¹⁴ J. BARTHÉLEMY en L. BORÉ, "Des portes moins étroites", 72.

²⁶¹⁵ J. BARTHÉLEMY en L. BORÉ, "L'intervention devant le Conseil constitutionnel", 345 en J. BARTHÉLEMY en L. BORÉ, "Des portes moins étroites", nr. 5.

B. DE AMICI CURIAE IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

883. *Marketplace of ideas* – Het toestaan van *amici curiae* heeft overwegend voordelen²⁶¹⁶, zowel voor het concrete rechtsgeskil (micro-niveau) als voor het rechtssysteem (macro-niveau). Voor het concrete geschil, brengen zij hun expertise naar het hof en die is van uiteenlopende aard: juridisch, maar ook sociologisch, medisch, politologisch, wetenschappelijk... Belangenverenigingen zetten uiteen op welke wijze de wetgevende norm hun situatie of belangen raakt of welke gevolgen een beslissing van het hof in de praktijk zou hebben. De *amici* zorgen ervoor dat het hof over alle informatie en mogelijke argumenten beschikt om oordeelkundig de grondwettigheidstoetsing te vervullen.

884. *Deliberative forum* – Daarnaast wordt verdedigd dat de institutionele legitimiteit van het *Supreme Court* door een ruime toegang van *amici curiae* verhoogt (macro-niveau).²⁶¹⁷ Vermits het *Supreme Court* een *policy making institution* is, moet de procedure voor het hof zoveel als mogelijk “democratisch”²⁶¹⁸ zijn: het hof moet een *deliberative forum* zijn, waaraan personen, groepen..., die – omwille van geldgebrek – van het wetgevingsproces zijn uitgesloten, kunnen deelnemen.²⁶¹⁹ [It] should be tied to its openness and sensitivity to inputs from the wide, informal public sphere”.²⁶²⁰ Het betrekken van *amici curiae* is een politiek symbool, dat het publiek, in het bijzonder kwetsbare groepen, waarborgt dat het hof een open en democratisch karakter heeft en dat het hof niet wereldvreemd en onverschillig ten aanzien van de burger is.²⁶²¹

885. *België* – Als enig onderzocht rechtscollege, aanvaardt het Grondwettelijk Hof geen *amici curiae*. Worden de voordelen van de *amici curiae* op micro- en macro-niveau op andere wijzen bewerkstelligd, bijvoorbeeld door een ruime toelating van tussenkomende partijen? Het hof laat meer tussenkomende partijen toe dan het *Bundesverfassungsgericht* en het *Supreme Court*, maar een belangrijke categorie van *amici curiae* valt nog steeds uit de boot: experts, zoals professoren of studiecentra. Bovendien wordt een bekwaamheidsvoorwaarde opgelegd aan belangenverenigingen die als (tussenkomende)

²⁶¹⁶ Een nadeel is dat het hof meer memories moet lezen, vooraleer het de zaak kan beslechten. Maar dit wordt gecompenseerd door de kwaliteit van de memories en de tijds winst, omdat door het beslechten van de zaak op grond van de juiste gronden, latere rechtszaken kunnen worden vermeden.

²⁶¹⁷ SIMMONS meent dat de institutionele legitimeit van het hof op twee pijlers berust: onafhankelijkheid en “inclusion”. Tot dit laatste dragen de *amici curiae* bij. O.S. SIMMONS, “Picking Friends From the Crowd”, 199 en 209.

²⁶¹⁸ In de zin dat elke mening moet zijn vertegenwoordigd. Zie ook F.R. MICHELMAN, *Brennan and Democracy*, 60.

²⁶¹⁹ Cfr. de *opinion* van Justice BRENNAN in SC 14 januari 1963, *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415, waarbij de mogelijkheid voor de National Association for the Advancement of Colored People om in rechte op te treden wordt beschermd door het in het Eerste Amendement gewaarborgde recht op politieke meningsuiting. (“For a [minority] group, association for litigation may be the most effective form of political association”). Zie ook F.R. MICHELMAN, *Brennan and Democracy*, 74.

²⁶²⁰ C. ZURN, *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*, 271.

²⁶²¹ O.S. SIMMONS, “Picking Friends From the Crowd”, 189-190 en 198 en C. ZURN, *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*, 271.

partij willen optreden: vermits feitelijke verenigingen in beginsel²⁶²² niet de bekwaamheid hebben om voor het Grondwettelijk Hof op te treden, moeten zij een rechtspersoon zijn.²⁶²³ Gelet op de steeds veeleisendere wetgeving voor vzw's, is dit vereiste niet min. Hierdoor is het mogelijk dat feitelijke verenigingen of kwetsbare groepen in de maatschappij, die nochtans een waardevolle inbreng in het debat kunnen hebben, omwille van financiële en administratieve redenen, niet aan de procedure kunnen deelnemen. Het Grondwettelijk Hof beperkt daarmee zijn deliberatief – en in de woorden van sommige auteurs, zijn democratisch – karakter.

Sommigen menen dat de institutionele partijen veeleer de *amici curiae* zijn, daar zij ook kunnen tussenkomen in zaken waarin geen eigen norm ter discussie staat.²⁶²⁴ In het begin deden zij dit regelmatig, vandaag echter nog slechts zelden, namelijk wanneer eigen (vaak budgettaire) belangen in het geding zijn. Bovendien kan ook van deze institutionele partijen moeilijk worden verwacht dat zij de standpunten van kwetsbare groepen vertegenwoordigen.

886. *Voldoende kennis* – Het is moeilijk te geloven dat het Grondwettelijk Hof, als enig onderzocht grondwettelijk hof, voor de beoordeling van de grondwettigheid van wetgeving, voldoende heeft aan de door de partijen aangereikte argumenten, feiten en gegevens.²⁶²⁵ Indien zou kunnen worden verdedigd dat het *Bundesverfassungsgericht* en het *Supreme Court* meer inbreng van de praktijk en van experts nodig hebben, omdat zij vaker een praktijk dan een abstracte norm aan de grondwet moeten toetsen, geldt dit argument nochtans niet voor de *Conseil constitutionnel*: zoals het Grondwettelijk Hof, beantwoordt hij alleen de abstracte rechtsvraag, namelijk de grondwettigheid van een wetgevende norm en, in beginsel, niet de uitvoering ervan door de rechterlijke of uitvoerende macht. Laat ons daarom bekijken of het Grondwettelijk Hof misschien zelf actief op zoek gaat naar alle voor de rechtsvraag relevante feiten en gegevens. Dit gebeurt in de volgende afdeling, die over de onderzoeksbevoegdheid handelt.

²⁶²² Zij kunnen dit alleen, indien zij optreden in aangelegenheden, waarvoor zij wettelijk als afzonderlijke entiteiten worden erkend en wanneer, terwijl hun optreden bij de wet is erkend, sommige aspecten daarvan in het geding zijn of wanneer, terwijl zij wettelijk als dusdanig betrokken zijn bij de werking van overheidsdiensten, de voorwaarden zelf voor hun betrokkenheid bij die werking in het geding zijn. In zoverre zij in rechte treden ter vernietiging van bepalingen die tot gevolg hebben dat aan hun prerogatieven wordt geraakt, moeten zulke organisaties voor de toepassing van artikel 2, 2°, Bijz. Wet GwH met een persoon worden gelijkgesteld. Voor politieke partijen: zie onder meer GwH 5 december 2007, nr. 149/2007, B.3; 14 november 2007, nr. 138/2007, B.4.2.; 28 juli 2006, nr. 133/2006, B.10.2. en 26 maart 2004, nr. 96/2004, B.6.2. Voor vakorganisaties: zie onder meer GwH 18 december 2008, nr. 182/2008, B.3.2.; 7 december 2005, nr. 185/2005, B.2.2.; 8 mei 2002, nr. 84/2002, B.2.2. en 6 april 2000, nr. 45/2000, B.1.2.

²⁶²³ GwH 19 juli 2012, nr. 96/2012, B.1.4. Zo ook in Frankrijk, zie randnummer 881.

²⁶²⁴ P. VAN ORSHOVEN, "La Cour d'Arbitrage et les gouvernements", 121.

²⁶²⁵ In Duitsland meent men dat het *Bundesverfassungsgericht* zijn taak als hoeder van de *Grundgesetz* niet zou kunnen waarmaken, indien het hof alleen op de door de partijen aangebrachte feiten zou kunnen voortgaan. E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 137 (§ 14, nr. 300) en W. KLUTH, "Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht", *NJW* 1999, (3513) 3514.

5. DE ONDERZOEKSBEVOEGDHEID

887. *Amici curiae* – Hierboven is vastgesteld dat het Grondwettelijk Hof, als enig onderzocht grondwettelijk hof, de hulp van *amici curiae* weert. Vertrouwt het Grondwettelijk Hof dan alleen op de feiten en gegevens die de partijen aanbrenge(n) of maakt het gebruik van zijn onderzoeksbevoegdheid? Dit wordt hieronder onderzocht (A), alsmede op welke wijze het *Bundesverfassungsgericht*, de *Conseil constitutionnel* en het *Supreme Court* hun onderzoeksbevoegdheid invullen (B).

A. HET GRONDWETTELIJK HOF

888. “*Inquisitoriaal*” – Zoals de strafrechten en de Raad van State, is het Grondwettelijk Hof niet afhankelijk van het feiten- en bewijsmateriaal dat de partijen aanbrenge(n): omdat de inzet van deze procedures het individuele belang overstijgt en een objectief karakter heeft, is de bewijsgaring niet alleen een verantwoordelijkheid van de partijen.²⁶²⁶ In beginsel kan het Grondwettelijk Hof alle nodige maatregelen treffen om het bewijs te vergaren en kan het als een inquisitoriaal rechtscollege worden beschouwd. In een arrest legt het Grondwettelijk Hof zijn onderzoeks- en opsporingsbevoegdheid als volgt uit:

“het Hof kan deze uitsluitend aanwenden wanneer dat nodig is voor de oplossing van de rechtsvragen die het dient te beslechten. Een onderzoeksmaatregel is slechts nuttig in zoverre feitelijke gegevens kunnen worden vastgesteld die pertinent zijn voor de beslechting van een beroep tot vernietiging, een prejudiciële vraag, of een tussengeschiedenis.”²⁶²⁷

Het Grondwettelijk Hof beschikt over de ruimste onderzoeks- en opsporingsbevoegdheden. Het kan rechtstreeks briefwisseling voeren met de Eerste minister, met de voorzitters van de wetgevende vergaderingen en van de regeringen, alsmede met iedere andere overheid. Het kan partijen horen, stukken en gegevens met betrekking tot de zaak doen overleggen²⁶²⁸, personen, al dan niet onder ede, verhoren²⁶²⁹, vaststellingen doen en deskundigen aanstellen.²⁶³⁰ Ook buiten de hypothese van een aanvullende memorie nadat het hof een middel ambtshalve heeft opgeworpen, kan het Grondwettelijk Hof de partijen verzoeken een aanvullende memorie in te dienen.²⁶³¹

²⁶²⁶ Zie ook, in Duitsland, E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 137 (§ 14, nr. 300).

²⁶²⁷ GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010, B.4. (het hof is niet bevoegd een geschil te beslechten inzake belangenvermenging binnen een adviesorgaan dat is betrokken bij de totstandkoming van bepalingen die het voorwerp uitmaken van een beroep tot vernietiging.)

²⁶²⁸ GwH 14 december 1995, nr. 80/95 en nr. 84/95 en 19 mei 1993, nr. 39/93.

²⁶²⁹ Geweigerd in GwH 29 juli 2010, nr. 90/2010, B.9.

²⁶³⁰ Artikelen 91 tot 94 Bijz. Wet GwH.

²⁶³¹ GwH 12 juli 1995, nr. 58/95.

Het Grondwettelijk Hof maakt evenwel slechts uitzonderlijk gebruik van zijn bevoegdheid, op een occasionele inlichtingenvraag bij de belastingdienst na.²⁶³² Het hof zal veeleer de partijen vragen om bepaalde informatie te vergaren en over te maken.²⁶³³ Recent heeft het Grondwettelijk Hof de partijen gevraagd om “deskundigenrapporten aan te voeren die kunnen aantonen of het al dan niet technisch of economisch onmogelijk of zeer moeilijk is om aan de bestreden bepalingen te voldoen”. Dit leidde op de terechtzitting – wat enigszins voorspelbaar was – tot een discussie tussen de verzoekende en de verwerende partijen over de juistheid van elkaars deskundigenrapporten, die – zoals verwacht – onverenigbare besluiten inhielden.²⁶³⁴

889. *Feitelijke gegevens* – In de voormelde overweging stelt het Grondwettelijk Hof dat een onderzoeksmaatregel slechts nuttig is in zoverre *feitelijke gegevens* kunnen worden vastgesteld die pertinent zijn voor de beslechting van de rechtsvraag. Daarmee sluit het hof onderzoeksmaatregelen aangaande het recht en dus hoorzittingen met rechtsprofessoren of andere experts... uit. Het Grondwettelijk Hof beschouwt de hulp van zulke deskundigen blijkbaar als overbodig. De andere onderzochte grondwettelijke hoven denken hierover evenwel anders: uit het hoofdstuk over de *amici curiae* blijkt dat zij in dialoog met rechtsprofessoren treden. Bovendien maken zij, veel meer dan het Grondwettelijk Hof, gebruik van hun onderzoeksbevoegdheid, zoals hieronder zal blijken.

B. BUITENBLIK

890. *Rechtsstaten* – Hieronder wordt nagegaan op welke wijze het *Bundesverfassungsgericht* (1) en vervolgens de *Conseil constitutionnel* (2) en het *Supreme Court* (3) hun onderzoeksbevoegdheid invullen.

(1) HET BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

891. *Waarheidsonderzoek* – Krachtens artikel 26 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* is het *Bundesverfassungsgericht* verantwoordelijk voor de voor het onderzoek van de waarheid noodzakelijke bewijsgaring.²⁶³⁵ Gelet op de taak van het *Bundesverfassungsgericht* is het “waarheidsonderzoek” gericht op het uitklaren van grondwettelijke rechtsvragen, doch het

²⁶³² Eén enkele keer stelde het Grondwettelijk Hof vragen aan de minister, GwH 1 december 1994, nr. 86/1994. En één enkele keer aan de “fiscus”, wat door rechter-verslaggever DERYCKE op de terechtzitting van 14 juli 2009 werd vermeld, doch niet in het arrest van 30 september 2009, nr. 148/2009.

²⁶³³ Ook technische informatie, waarvoor de partijen technische raadgevers consulteerden. GwH 15 mei 1996, nr. 29/95.

²⁶³⁴ GwH 22 december 2010, nr. 149/2010. In de overwegingen van het arrest wordt niet verwezen naar de deskundigenrapporten. Het Grondwettelijk Hof heeft prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gesteld.

²⁶³⁵ Zie ook W. KLUTH, “Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht”, 3514.

is hiertoe niet beperkt: het hof moet in beginsel ook de feiten die doorslaggevend zijn voor het beantwoorden van de rechtsvraag, toetsen.²⁶³⁶

Algemeen wordt aangenomen dat het hof hiervoor een beroep kan doen op de klassieke bewijsmiddelen, naast de in de artikelen 26 en 28 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* vermelde bewijsmiddelen van documenten²⁶³⁷, getuigen en deskundigen.²⁶³⁸ Het hof kan ook, al dan niet via een ander rechtscollege, inlichtingen inwinnen. Indien nodig, doet het hof een vaststelling ter plaatse.²⁶³⁹ Voor sommigen is het beroep op de deskundige derde, op grond van artikel 27a *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, ook een bewijsmiddel.²⁶⁴⁰

892. *Toetsing van prognosen en "legislative facts"* – Wanneer de wetgever een grondrecht heeft beperkt en de beperking slechts rechtmatig is in het licht van bepaalde prognoses waarvan de wetgever is uitgegaan, dan behoort het tot de bevoegdheid van het *Bundesverfassungsgericht* om na te gaan of deze maatschappelijke, economische²⁶⁴¹ of andere, prognoses correct zijn.²⁶⁴² Afhankelijk van de materie, de mogelijkheid om zich een

²⁶³⁶ H. LECHNER en R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 151; K. SCHLAICH en S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht* (2012), nr. 60 en R. ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde* (2013), nr. 1037. Bij de *Urteilsverfassungsbeschwerde* kan het hof de door de rechterlijke uitspraak vastgestelde feiten dan ook niet zo maar als waar aanvaarden. Het hof heeft zijn eigen onderzoeksbevoegdheid in deze procedure evenwel beperkt: „Die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes, die Auslegung der Gesetze und ihre Anwendung auf den einzelnen Fall sind daher nach wie vor grundsätzlich allein Sache der Strafgerichte und der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogen, es sei denn, daß spezifisches Verfassungsrecht verletzt ist.“ BVerfG 18 september 1952, BVerfGE 1, 418 (429). Zie hierover meer bij W. KLUTH, "Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht", 3516-3519. Bij de *Urteilsverfassungsbeschwerde* gebruikt het hof aldus zeer zelden zijn onderzoeksbevoegdheid. E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 138 (§ 14, nr. 305) en R. ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde* (2013), nr. 1038.

²⁶³⁷ Wanneer de staatszekerheid dit vereist, is het mogelijk dat bepaalde documenten niet moeten worden overgemaakt. Deze beslissing moet door een tweederdemeerderheid van de stemmen van het hof worden genomen. Artikel 26, tweede lid BVerfGG. E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 139 (§ 14, nr. 306) en H. LECHNER en R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 155.

²⁶³⁸ W. KLUTH, "Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht", 3514.

²⁶³⁹ H. LECHNER en R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 153.

²⁶⁴⁰ Besproken in de vierde afdeling (*Amicus curiae*), zie randnummer 877.

²⁶⁴¹ Zo oordeelde het hof van niet in BVerfG 2 oktober 1974, BVerfGE 36, 47 (55). Zie ook W. KLUTH, "Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht", 3516 voor nog meer verwijzingen naar rechtspraak.

²⁶⁴² Onder meer om de pertinentie en de evenredigheid van grondrechtenbeperkingen te beoordelen. Het hof formuleert zijn bevoegdheid als volgt: „Ungewißheit über die Auswirkungen eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft kann nicht die Befugnis des Gesetzgebers ausschließen, ein Gesetz zu erlassen, auch wenn dieses von großer Tragweite ist. Umgekehrt kann Ungewißheit nicht schon als solche ausreichen, einen verfassungsgerichtlicher Kontrolle nicht zugänglichen Prognosespielraum des Gesetzgebers zu begründen. Prognosen enthalten stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil, dessen Grundlagen ausgewiesen werden können und müssen; diese sind einer Beurteilung nicht entzogen. Im einzelnen hängt die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von Faktoren verschiedener Art ab, im besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter. Demgemäß hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenn auch im Zusammenhang anderer Fragestellungen, bei der Beurteilung von Prognosen des Gesetzgebers differenzierte Maßstäbe zugrunde gelegt, die von einer Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitskontrolle(bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen.“ BVerfG 1 maart 1979, BVerfGE 50, 290 (332-333). Een

zeker oordeel te vormen en de draagwijdte van het in het geding zijnde rechtsgoed, gebruikt het hof daartoe drie toetsingsmaatstaven: van een “*Evidenzkontrolle*” (marginale toetsing), naar een “*Vertretbarkeitskontrolle*” (redelijkheidstoetsing) tot een “*intensivierte Inhaltskontrolle*” (intensieve inhoudelijke toetsing).²⁶⁴³

Empirisch onderzoek heeft uitgewezen dat het *Bundesverfassungsgericht*, hoewel het een kleinere bestaafing heeft dan de ministeries die de wetgeving voorbereiden, in staat is om deze beoordeling op correcte wijze te maken.²⁶⁴⁴ Daarbij tracht het hof alle relevante politieke, sociale en economische feiten te verzamelen, opdat het over de grondwettigheid van de in het geding zijnde overheidshandeling kan oordelen: zeker bij de beoordeling van wetten leunt het hof met deze bevoegdheid zeer dicht aan bij de rol van de wetgever, wat vragen over zijn bevoegdheid doet rijzen.²⁶⁴⁵ Soms lijken de mondelinge terechtzittingen van het hof dan ook veeleer op parlementaire hoorzittingen.²⁶⁴⁶ Om deze redenen vindt BENDA dat het *Bundesverfassungsgericht* de prognoses alleen marginaal mag toetsen.²⁶⁴⁷

893. *Gebruik* – Aanvankelijk vergaarde het *Bundesverfassungsgericht* regelmatig zelf bewijs, doch tegenwoordig doet het hof eerder beroep op deskundigen.²⁶⁴⁸ Zeker in de belangrijke zaken doet het hof dit op intensieve wijze. Het recentste voorbeeld hiervan is de mondelinge terechtzitting op 11-12 juni 2013 over de ESM-EZB, waarop meerdere professoren in de economie en experts van de Europese Centrale Bank en van de *Deutsches Bundesbank* werden gehoord.²⁶⁴⁹

poging om deze bevoegdheid van het hof te ontnemen kreeg geen politieke draagkracht en werd ook als absoluut ongrondwettig beschouwd. W. KLUTH, "Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht", 3515. Zie ook R. ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde* (2013), nr. 1039. Het Grondwettelijk Hof acht zich hiervoor onbevoegd: GwH 15 januari 2009, nr. 2/2009, B.23-34.

²⁶⁴³ Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 141-142 (§ 14, nr. 312).

²⁶⁴⁴ W. KLUTH, "Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht", 3516.

²⁶⁴⁵ W. KLUTH, "Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht", 3515. Opdat de arresten geen wetgeving zouden zijn, citeert het hof in zijn motivering zelden de stellingnames van de deskundige derde. Het is een uiting van *judicial restraint*. D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 477 (§ 27a, nr. 14).

²⁶⁴⁶ D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 476 (§ 27a, nr. 12) en F.W. SCHARPF, "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis", 526.

²⁶⁴⁷ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 141-142 (§ 14, nrs. 312-313).

²⁶⁴⁸ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht* (2012), 139 (§ 14, nr. 307) en W. KLUTH, "Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht", 3514. Wanneer het hof bij *konkrete Normenkontrolle* de feitenvaststelling onvoldoende acht, stuurt het hof de zaak terug naar de verwijzende rechter. KLUTH ziet een rechtvaardiging van deze praktijk alleen in het licht van de overbelasting van het *Bundesverfassungsgericht*.

²⁶⁴⁹ Zie ook BVerfG 28 mei 1993, *BVerfGE* 88, 203 (249-250): bij het Tweede Abortusarrest (*Zweite Abtreibungsurteil*) heeft het een beroep gedaan op twee rechtsprofessoren voor vragen over arbeids-, sociaal en burgerlijk recht, op vertegenwoordigers van de artsenverenigingen en op nog andere deskundigen. Op de terechtzitting, die twee dagen heeft geduurd, is het tussen deze personen, en ook met parlementsleden, tot een ware gedachtenuitwisseling gekomen. Zie ook W. KLUTH, "Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht", 3515-3516. Andere voorbeelden zijn het Maastrichtarrest van 12 oktober 1993, *BVerfGE* 88,155 (198).

894. *A priori-toetsing* – Bij de *a priori*-toetsing is er geen wettelijk kader waarin wordt bepaald op welke wijze de *Conseil constitutionnel* zijn onderzoek moet voeren²⁶⁵⁰: hij houdt vanzelfsprekend rekening met de parlementaire debatten, maar ook met artikelen in de professionele tijdschriften en in de media.²⁶⁵¹ Bij de *a priori*-toetsing heeft de *Conseil* slechts één maand om uitspraak te doen, zodat slechts een beperkt aantal aanvullende onderzoeksmaatregelen mogelijk zijn.²⁶⁵² Doch ook in deze korte tijdspanne organiseert de rechter-verslaggever, voor zeer technische of belangrijke zaken, hoorzittingen waarop experts worden uitgenodigd: specialisten, belangengroepen en rechtsprofessoren.²⁶⁵³ Van deze hoorzittingen wordt aan de partijen geen kennis gegeven en zij zijn niet publiek: alleen de *Conseillers* kunnen eraan deelnemen en, met toestemming van de rechter-verslaggever, met de experts in discussie treden. Daarover zegt een oud-*Secrétaire Général*:

"On y gagne en sincérité beaucoup plus que ce qu'on y perd en « transparence » vis-à-vis de l'extérieur."²⁶⁵⁴

895. *Prioritaire vraag* – Zulke hoorzitting zou bij de *a posteriori*-toetsing wél publiek zijn: de partijen in het geschil en bepaalde personen mogen eraan deelnemen.²⁶⁵⁵ Het tegensprekelijk karakter van deze procedure vereist dit ook.²⁶⁵⁶ Voor het overige kan de *Conseil* ook bij de prioritaire vraag alle onderzoeksmaatregelen nemen. Hij heeft reeds

²⁶⁵⁰ "À la lettre, cette procédure d'instruction n'existe pas." schrijft G. VEDEL, "L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite", 13. Paradoxaal genoeg geeft dit de *Conseil* een grote vrijheid. Dit zou passen in de gedachte van de *a priori*-toetsing, die een "derde lezing" van de wet beoogt en waarbij alleen de wet aan de *Constitution* moet worden getoetst. In het verkiezingscontentieux heeft de *Conseil constitutionnel* deze wettelijke onderzoeksbevoegdheid wél. Artikelen 42-43 *Organieke Wet Conseil constitutionnel*. Doorgaans wint de *Conseil* hierbij informatie in. Onder meer Cons. const. 4 juli 2013, nr. 2013-156 PDR.

²⁶⁵¹ G. VEDEL, "L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite", 13.

²⁶⁵² In elke zaak wordt een "questionnaire au Gouvernement" opgesteld, die beoogt duidelijkheid te krijgen over de doelstellingen van de wet en over technische of redactionele moeilijkheden en die betrekking heeft op de aangevoerde middelen. De regering antwoordt hierop eerst mondeling, in een hoorzitting waaraan alle rechters, de *Secrétaire Général*, de juridische dienst en de stagiaires, doch niet de verzoekende partijen, deelnemen. Daarna maakt de regering haar opmerkingen schriftelijk over. Zie onder meer G. VEDEL, "L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite", 13.

²⁶⁵³ J.-L. DEBRÉ, "Discours de clôture", *Colloque du cinquantième du Conseil constitutionnel*, 3 november 2008, 10; O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, "Les méthodes de travail du Conseil constitutionnel", 5-6 en J.-E. SCHOETTL, "Ma cinquantaine rue de Montpensier", *vindplaats terug te vinden in de bibliografie*, E. Voor het verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa werden een rechter van het Hof van Justitie, leden van de Raad van State en een verantwoordelijke van de administratie voor de interministeriële coördinatie over communautaire vragen gehoord.

²⁶⁵⁴ J.-E. SCHOETTL, "Ma cinquantaine rue de Montpensier", onder titel E.

²⁶⁵⁵ De President van de Republiek, de Eerste minister, de voorzitters van de *Assemblée nationale* en van de *Sénat*, en in voorkomend geval, de voorzitter van de regering van Nieuw-Caledonië, de voorzitter van het *congrès* en de voorzitters van de provinciale vergaderingen. Artikel 6, eerste lid Intern Reglement over de prioritaire vraag 2010.

²⁶⁵⁶ Bij de *a priori*-toetsing wordt de tegenspraak ook beoogd, maar in beperktere mate, omdat de context anders is: de *Conseil* moet binnen een maand uitspraak doen en de partijen zijn politieke actoren (parlementsleden en de regering). Men kan dus ervan uitgaan dat alle partijen voldoende op de hoogte zijn van de meningen van de experts, daar die – naar men hoopt – tijdens het parlementaire debat tot uiting zijn gekomen.

enkele malen informatie ingewonnen, om statistische gegevens bij het onderzoek te betrekken.²⁶⁵⁷ De *Conseil* geeft van deze gegevens kennis aan alle partijen en aan de hoge staatsorganen, die hierop kunnen antwoorden of ze tijdens de terechtzitting kunnen gebruiken.²⁶⁵⁸

(3) HET SUPREME COURT

896. “*Subjectief contentieux*” – Als hoogste appelrechter in een subjectief contentieux heeft het *Supreme Court* een andere rol dan de grondwettelijke hoven van België, Duitsland en Frankrijk: het hof moet een concreet rechtsgeschil beslechten, waarbij in eerste instantie feiten moeten worden gekwalificeerd en de juiste rechtsregel moet worden toegepast. Behoudens twee uitzonderingen, voert het *Supreme Court* geen onderzoek meer naar de feiten, maar neemt het de door het lagere rechtscollege vastgestelde feiten als uitgangspunt. Het hof onderzoekt de feiten wanneer een federaal recht is geschonden ten gevolge van een feitelijke vaststelling waarvoor in het dossier geen bewijs of steun te vinden is of wanneer het antwoord op de rechtsvraag met betrekking tot een federaal recht en een feitelijke vaststelling zo sterk met elkaar zijn verweven dat een feitenanalyse noodzakelijk is.²⁶⁵⁹ Bij zijn “*original jurisdiction*” onderneemt het hof meer onderzoeksmaatregelen en duidt het soms een *Special Master* aan, die gegevens en feiten moet verzamelen.²⁶⁶⁰

897. “*Objectief contentieux*” – Het is slechts in tweede orde (maar niet in subsidiaire of ondergeschikte orde) dat voor de oplossing van het geschil (de uitvoering van) een wet aan de *US Constitution* wordt getoetst: het zogenaamde objectief contentieux. Uit de arresten van het *Supreme Court* blijkt dat het hof bij deze beoordeling ook rekening houdt met politieke, economische, sociologische... factoren.²⁶⁶¹ Het hof krijgt deze informatie voornamelijk van de partijen, maar ook van de *amici curiae* (belangengroepen, rechtsprofessoren...). Indien nodig, nodigt het hof personen of staatsorganen uit om een

²⁶⁵⁷ Cons. const. 18 november 2011, nr. 2011-191/194/195/196/197 QPC en 30 juli 2010, nr. 2010-14/22 QPC. Zie ook J.-L. DEBRÉ, "L'avocat et le juge constitutionnel", *Conférence internationale du barreau de Paris*, Parijs, 2 december 2011, 6.

²⁶⁵⁸ J.-L. DEBRÉ, "L'avocat et le juge constitutionnel", 6-7. Onder meer Cons. const. 26 november 2010, nr. 2010-71.

²⁶⁵⁹ SC 16 mei 1927, *Fiske v. Kansas*, 274 U.S. 380 (1927) “*And this Court will review the finding of facts by a State court where a Federal right has been denied as the result of a finding shown by the record to be without evidence to support it, or where a conclusion of law as to a federal right and a finding of fact are so intermingled as to make it necessary, in order to pass upon the federal.*” Zie ook S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice* (10^{de} ed.), 228-231. In dat laatste geval hanteert het *Supreme Court* de “*clear error standard*”. Dat criterium houdt in: “*This standard does not entitle us to overturn a finding “simply because [we are] convinced that [we] would have decided the case differently. Anderson v. Bessemer City, 470 U. S. 564, 573 (1985)*”. SC 29 juni 2015, *Glossip v Gross*, V. Er moet worden aangetoond dat het lagere rechtscollege klaarblijkelijk de feiten verkeerdelijk heeft vastgesteld.

²⁶⁶⁰ O.m. SC 24 februari 2015, *Kansas v. Nebraska* en 26 mei 1998, *New Jersey v. New York*, 523 U.S. 767 (1998).

²⁶⁶¹ Als een van de eerste rechtscollages, gebruikte het *Warren Court* sociologisch onderzoek in *Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 294, 297 (1955). O.S. SIMMONS, "Picking Friends From the Crowd", 195.

amicus curiae brief in te dienen. Doorgaans is dit de *Solicitor General of the United States* of een vertegenwoordiger van de staat: in sommige zaken hebben de partijen immers alleen hun private belangen verdedigd en wil het hof ook het standpunt van de regering horen. De partijen wier positie door de argumenten van deze *amici* ongunstig wordt geraakt, krijgen een korte termijn om op de *brief* te antwoorden.²⁶⁶²

C. DE ONDERZOEKSBEVOEGDHEID IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

898. *Geen “da mihi factum dabo tibi ius”* – Daar de inzet van een grondwettigheidstoetsing van wetgevende normen het individuele belang van de partijen overstijgt, zijn niet alleen de partijen verantwoordelijk voor het verzamelen van de feiten, die nodig zijn opdat het Grondwettelijk Hof oordeelkundig de rechtsvraag zou kunnen beantwoorden. Omdat het Grondwettelijk Hof in beginsel niet de uitvoering van een wetgevende norm door de uitvoerende macht of de toepassing ervan door de rechter toetst, is de nood aan feitenvergaring en -bewijs niet zo groot, doch ook niet onbestaand: in sommige zaken moet in de feiten worden onderzocht of een maatregel praktisch uitvoerbaar dan wel evenredig is.²⁶⁶³ Het *Bundesverfassungsgericht* en het *Supreme Court* laten zich hierbij bijstaan: *amici curiae* of deskundigen reiken hen sociologische, economische en politieke gegevens aan. Het Grondwettelijk Hof vraagt doorgaans aan de partijen om zulk feitenmateriaal aan te reiken. Zulke praktijk volstaat niet. Van de partijen kan moeilijk worden verwacht dat zij feitenmateriaal dat in hun nadeel is, aanbrengen. Uit dit feitenmateriaal kan het Grondwettelijk Hof niet steeds objectieve vaststellingen of feiten afleiden. Het hof moet zijn onderzoeksbevoegdheid dan ook ter harte nemen en vaker een beroep doen op deskundigen (ambtenaren, professoren, rechters bij andere rechtscolleges).

899. *Inquisitoriale procedure* – Bovendien kan de verantwoordelijkheid voor de bewijslevering niet volledig op de schouders van de partijen worden gelegd, daar de verzoekende partij in een ongelijke, inferieure, positie zit. De inquisitoriale rechtspleging is ingesteld in het belang van de rechtzoekende.²⁶⁶⁴ De rechtzoekende, die – wat het contentieux van het Grondwettelijk Hof betreft – niet veel meer kan weten dan wat tijdens de totstandkoming van een wetgevende norm aan bod is gekomen en zijn neerslag in de parlementaire documenten heeft gevonden, staat tegenover een volledig geïnformeerde verwerende partij. De verzoekende partij kan slechts weten of alternatieven voor de wetgeving werden onderzocht dan wel mogelijk zijn, wanneer dit in de parlementaire voorbereiding tot uiting is gekomen.

900. *Ius curia novit* – Het *ius curia novit*-beginsel betekent niet dat het rechtscollege het recht in zijn geheel moet kennen: vandaag is dat een onmogelijke opdracht. Het beginsel

²⁶⁶² S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice (10^{de} ed.)*, 520.

²⁶⁶³ Zie ook, voor de *Conseil constitutionnel*, J.-J. PARDINI, "L'opération de qualification des faits dans le contrôle de constitutionnalité des lois", in X (ed.), *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Parijs, Dalloz, 2007, 336-338 en 349.

²⁶⁶⁴ A. WIRTGEN, *Middelen en het ambtshalve aanvoeren van middelen in het bijzonder*, Brugge, die Keure, 2004, 358.

houdt wel in dat de rechter voor de juiste toepassing van het recht verantwoordelijk is: hij moet zijn verantwoordelijkheid nemen om het recht te leren kennen. In moeilijke, technische materies, bijvoorbeeld fiscaal recht, arbeidsrecht..., doen de andere onderzochte grondwettelijke hoven bijtijds beroep op rechtsprofessoren. Soms kan immers alleen met een grondige kennis van de juridische materie de redelijkheid van een rechtsregel of de samenhang ervan met andere rechtsregels worden beoordeeld. Het Grondwettelijk Hof doet dit niet en dit blijkt soms uit de arresten.²⁶⁶⁵

901. *Tegenspraak* – Het door het Grondwettelijk Hof verzamelde bewijs moet ten slotte aan tegenspraak zijn onderworpen.²⁶⁶⁶ In één zaak bleek op de terechtzitting dat het hof een vraag aan de "fiscus" had gesteld. In het arrest wordt dit niet vermeld en we weten evenmin of de partijen op de hoogte zijn gebracht van de door de fiscus aangeleverde informatie. Nochtans moet deze informatie, zoals alle informatie – van juridische of niet-juridische aard, door de partijen kunnen worden tegengesproken.

²⁶⁶⁵ Bijvoorbeeld GwH 27 november 2008, nr. 167/2008, met kritiek van E. DIRIX, "Nettingovereenkomsten: niet voor broekjes", 926 en M.E. STORME, "België als no-go voor schuldeisers?", *TPR* 2010, (373) 381.

²⁶⁶⁶ Zie voetnoot 2632.

6. DE INGEREEDHEIDBRENGING VAN DE ZAAK

902. *Voortgang van de procedure* – In deze zesde afdeling wordt onderzocht op welke wijze de grondwettelijke hoven invloed op de voortgang van de procedure hebben: daarmee moeten zij het recht op een uitspraak binnen een redelijke termijn waarborgen, maar tevens het recht op verdediging, wat twee rechtsstatelijke vereisten zijn.

A. HET GRONDWETTELIJK HOF

903. *Termijnen* – In het private procesrecht verklaarde het beschikkingsbeginsel – al dan niet terecht – de lijdelijke rol van de rechter bij de ingereedheidbrenging van de zaak: thans heeft de rechter ook daar een actievere rol.²⁶⁶⁷ In het publieke procesrecht regelt doorgaans de wet het verloop van de rechtspleging, waarover het rechtscollege enige beslissingsbevoegdheid heeft. De rechtspleging aan de partijen overlaten zou immers tot procesmisbruik door één van de procespartijen kunnen leiden. Dit geldt ook voor de procesvoering voor het Grondwettelijk Hof. De Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof regelt de termijnen, waarbinnen memories moeten worden ingediend.²⁶⁶⁸ Op vraag van een partij²⁶⁶⁹ of op eigen initiatief²⁶⁷⁰ kan de voorzitter in de zaak deze termijnen verkorten²⁶⁷¹ of verlengen^{2672, 2673}. Meestal wordt de termijn verkort tot dertig, twintig of vijftien dagen of verlengd met zeven, vijftien of dertig dagen.²⁶⁷⁴

²⁶⁶⁷ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 476-479 en 501 e.v.

²⁶⁶⁸ Artikelen 85, 87 en 89 Bijz. Wet GwH.

²⁶⁶⁹ Voor verkorting: onder meer GwH 14 juni 2012, nr. 79/2012; GwH 21 november 2006, nr. 171/2006; 30 januari 2003, nr. 20/2003 (toegestaan). Voor verlenging: Onder meer GwH 21 maart 1996, 20/1996; 5 maart 1996, nr. 17/96 en 18 januari 1996, nr. 7/1996 (volgens MOERENHOUT "omwille van de aanstelling van een advocaat – laattijdig ingevolge de vorming van een nieuwe regering – door een institutionele partij, in een ingewikkeld dossier en in volle vakantieperiode; de moeilijkheid voor een advocaat om, gelet op de vakantieperiode, het akkoord van de cliënt over de in te dienen memorie te bekomen en het gerechtelijk verlot", R. MOERENHOUT, "Commentaar bij art. 85-89bis Bijz. W. 6 januari 1989", in X. (ed.), *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer* Mechelen, Kluwer, 2013, 12.

²⁶⁷⁰ Onder meer GwH 17 mei 2006, nrs. 83-85/2006 (geen schorsing, verkorting van termijn om tijdig arrest ten gronde mogelijk te maken) en 21 januari 1998, nr. 5/1998 (omwille van samenvoeging met andere zaken).

²⁶⁷¹ Onder meer GwH 17 januari 2002, nr. 15/2002; 8 mei 2001, nr. 60/2001; 7 december 1999, nr. 128/1999; 1 april 1999, nr. 43/1999; 12 juli 1996, nr. 46/1996; 21 oktober 1998, nrs. 102 en 105/1998; 5 juli 1989, nr. 19/1989; 24 juni 1998, nr. 74/1998; 4 juni 1998, nr. 61/1998 (alleen voor de minister van Justitie); 11 februari 1998, nr. 11/1998; 10 maart 1998, nr. 22/1998; 18 juli 1997, nr. 54/1997; 15 juli 1993, nr. 64/1993. Zie ook J. T. DEBRY, "La désignation et les attributions des présidents de la Cour constitutionnelle", 61.

²⁶⁷² Dit gebeurt aanzienlijk vaker dan de verkorting van een termijn: minimaal in 111 zaken. Onder meer GwH 18 september 2002, nr. 130/2002; 16 januari 2002, nr. 13/2002; 17 mei 2000, nr. 60/2000 en 16 december 1998, nr. 137/1998.

²⁶⁷³ Artikel 89bis Bijz. Wet GwH. J. T. DEBRY, "La désignation et les attributions des présidents de la Cour constitutionnelle", 61.

²⁶⁷⁴ Zie ook R. MOERENHOUT, "Commentaar bij art. 85-89bis Bijz. W. 6 januari 1989", 13.

Het Grondwettelijk Hof motiveert zijn beslissing in een brief aan de partijen, doch helaas doorgaans niet in het arrest. Meestal wil het hof de behandeling van de zaak bespoedigen, wanneer het (bodem)geschil spoedeisend is of zaken werden samengevoegd.²⁶⁷⁵ Nog erger is dat MOERENHOUT stelt dat de beschikking om de termijnen te verkorten of te verlengen in de recente rechtspraak niet meer in het arrest wordt vermeld.²⁶⁷⁶ Het recht op transparantie en de nood aan verantwoording vereisen dit nochtans, zodat de rechtsgeleerden kunnen onderzoeken of het hof zijn bevoegdheid niet onrechtmatig gebruikt.

904. Rechtspleging – Na ontvangst van de memories, gaan de rechters-verslaggevers na of de zaak in gereedheid kan worden gebracht: bij de ene zaak gebeurt dit vlugger dan de andere. Wellicht heeft dit te maken met het werk van de referendarissen en de rechters-verslaggevers: hebben zij al een verslag (en/of ontwerparrest) klaar? Op basis van het verslag van de rechters-verslaggevers beslist het hof of eventuele laattijdige memories moeten worden geweerd, bijkomende vragen aan de partijen moeten worden gesteld of middelen ambtshalve moeten worden opgeworpen. Wanneer een zaak in gereedheid is gebracht, brengt het hof de partijen hiervan op de hoogte en stelt het, in voorkomend geval, de datum van de terechtzitting vast.

905. Redelijke termijn – Het Grondwettelijk Hof moet in beginsel uitspraak doen binnen de zes maanden na de indiening van het beroep tot vernietiging of na ontvangst van de prejudiciële vraag. Deze termijn kan worden verlengd, zonder dat de totale duur van de procedure langer dan één jaar is.²⁶⁷⁷ Algemeen wordt aangenomen dat deze één jaar de werktermijn van het hof is, die het hof tracht na te leven, doch waarop in geval van niet-naleving geen sancties staan.

B. BUITENBLIK

906. Rechtsstaten – Hieronder wordt onderzocht op welke wijze het *Bundesverfassungsgericht* (1) en vervolgens de *Conseil constitutionnel* (2) en het *Supreme Court* (3) invloed op de voortgang van de procedure hebben.

(1) HET BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

907. Termijnen – De termijnen waarbinnen een partij haar opmerkingen bij het *Bundesverfassungsgericht* mag indienen, worden niet in de wet geregeld. De voorzitter van

²⁶⁷⁵ Onder meer GwH 17 mei 2006, nrs. 83-85/2006 (geen schorsing, verkorting van termijn om tijdig een arrest ten gronde mogelijk te maken) en 21 januari 1998, nr. 5/1998 (omwille van samenvoeging met andere zaken). Zie ook R. MOERENHOUT, "Commentaar bij art. 85-89bis Bijz.W. 6 januari 1989", 13.

²⁶⁷⁶ R. MOERENHOUT, "Commentaar bij art. 85-89bis Bijz.W. 6 januari 1989", 13. Een beschikking om de in artikel 87 Bijz.Wet GwH vermelde termijn te verkorten wordt in het in artikel 74, eerste lid Bijz.Wet GwH bedoelde bericht in het Belgisch Staatsblad vermeld.

²⁶⁷⁷ Artikel 109 Bijz.Wet GwH.

de *Senat* beslist hierover zelf (al dan niet samen met de rechter-verslaggever²⁶⁷⁸): daarbij wordt rekening gehouden met de moeilijkheid van de zaak, de werklast van de partijen... In de praktijk zijn de termijnen twee tot zes maanden lang. Deze termijnen kunnen worden verlengd.²⁶⁷⁹ Het zijn geen vervaltermijnen: zolang het *Bundesverfassungsgericht* zijn beraad niet heeft afgesloten, wordt rekening gehouden met opmerkingen die worden ingediend.²⁶⁸⁰

908. *Redelijke termijn* – En dat kan vrij lang zijn. Het arrest moet drie maanden na de mondelinge terechtzitting worden uitgesproken, maar deze termijn kan worden verlengd.²⁶⁸¹ Een procedure voor het *Bundesverfassungsgericht* duurt lang, té lang, waarvoor het hof al door het EHRM werd veroordeeld.²⁶⁸² Al is de situatie aan het verbeteren. Op de webstek van het *Bundesverfassungsgericht* kunnen de cijfers worden teruggevonden. Sinds 2006 duurt de procedure inzake *Verfassungsbeschwerde* in 66,5% van de gevallen hoogstens een jaar, in 21% twee jaar, in 4,1% drie jaar en in 1,3% meer dan vier jaar.²⁶⁸³

(2) DE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

909. *A priori* – In de *a priori*-toetsing is de rechtspleging beperkt. De verzoekende partijen dienen een verzoekschrift in, dat niet gemotiveerd moet zijn. Vanaf dan heeft de *Conseil* één maand om uitspraak te doen. De *Secrétaire général*, samen met de juridische dienst, stelt een dossier samen: daarbij zijn er al contacten met de bevoegde ambtenaren. Vervolgens stelt hij zijn vragen aan de regering, die deze eerst mondeling beantwoordt en vervolgens binnen enkele dagen haar opmerkingen schriftelijk overmaakt. De rechter-verslaggever maakt een ontwerparrrest op en bezoekt zijn collega's in bilaterale contacten om de posities af te tasten. De beraadslaging van de *Conseil* over een zaak duurt in beginsel immers maar één dag: het ontwerparrrest wordt per alinea overlopen en op dat moment moeten de rechters tot eensgezindheid komen.²⁶⁸⁴

910. *A posteriori* – De brief, waarmee de prioritaire vraag aan de President van de Republiek, aan de Eerste minister, aan de voorzitters van de wetgevende vergaderingen en aan de partijen van het bodemgeschil ter kennis wordt gebracht, vermeldt tevens de uiterste datum om hun schriftelijke opmerkingen en eventuele stukken aan de *Conseil* over

²⁶⁷⁸ Onder meer D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 716 (§ 37, nr. 5).

²⁶⁷⁹ J. ROZEK, "Artikel 77 Bundesverfassungsgerichtsgesetz", in TH. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU *et al.* (eds.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München, Verlag C.H. Beck, 2013, nr. 10 en D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 954 (§ 77, nr. 11).

²⁶⁸⁰ H. LECHNER en R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, § 77, nr. 4; J. ROZEK, "Artikel 77 Bundesverfassungsgerichtsgesetz", nr. 11 en D. UMBACH, TH. CLEMENS en F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 954 (§ 77, nr. 11).

²⁶⁸¹ Artikel 30, eerste lid *BVerfGG*. Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 166 (§ 16, nr. 378).

²⁶⁸² Onder meer EHRM 13 januari 2011, *Hoffer en Annen/Duitsland*, nr. 58 (zes jaar, *Verfassungsbeschwerde* tegen een rechterlijke beslissing).

²⁶⁸³ Zie <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2013/A-IV-3.html>.

²⁶⁸⁴ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, "Les methodes de travail du Conseil constitutionnel", 6-8.

te maken. Deze bedraagt gemiddeld drie weken.²⁶⁸⁵ Alle partijen ontvangen een kopij van de ingediende opmerkingen en stukken en kunnen, binnen eenzelfde termijn, op deze eerste opmerkingen repliceren.²⁶⁸⁶

De voorzitter van de *Conseil constitutionnel* plaatst de zaak op de agenda van de *Conseil* en bepaalt de datum van de openbare terechtzitting.²⁶⁸⁷

911. *Redelijke termijn* – Bij de *a priori*-toetsing heeft de *Conseil constitutionnel* één maand om tot een uitspraak te komen.²⁶⁸⁸ Bij de prioritaire vraag moet de *Conseil* binnen de drie maanden antwoorden.²⁶⁸⁹

(3) HET SUPREME COURT

912. *Termijnen en rechtspleging* – In *Rule 15* van de *Rules of the Supreme Court* wordt bepaald dat men, voor de *writ of certiorari* procedure, dertig dagen heeft om een *brief in opposition* in te dienen, tenzij deze termijn werd verlengd door het hof, een *Justice* of de *Clerk*²⁶⁹⁰; in *Rule 25* wordt het tijdschema voor de procedure ten gronde bepaald.²⁶⁹¹ Tot wanneer het hof de zaak op een terechtzitting hoort, kunnen nog opmerkingen die niet in een eerdere *brief* konden worden vermeld, worden ingediend.²⁶⁹² Het *Supreme Court* bepaalt deze termijnen zelf en kan deze ook, al dan niet op vraag van één van de partijen²⁶⁹³, verlengen of verkorten²⁶⁹⁴.

913. *Rechtspleging* – De *Clerk* kijkt na welke zaken gereed zijn en maakt de kalender voor de terechtzittingen op.²⁶⁹⁵ Normalerweise volgt de terechtzitting niet eerder dan twee

²⁶⁸⁵ J.-L. DEBRÉ, "L'avocat et le juge constitutionnel", 5.

²⁶⁸⁶ Artikel 1, Intern Reglement over de prioritaire vraag 2010. Alle procedurestukken en kennisgevingen worden via elektronische post verstuurd, zie artikel 3 Intern Reglement over de prioritaire vraag 2010. Zie ook J.-L. DEBRÉ, "L'avocat et le juge constitutionnel", 5.

²⁶⁸⁷ Artikel 5 Intern Reglement over de prioritaire vraag 2010.

²⁶⁸⁸ Artikel 61, derde lid *Constitution*.

²⁶⁸⁹ Artikel 23-10 Organieke Wet *Conseil constitutionnel*.

²⁶⁹⁰ Op grond van en binnen de grenzen van artikel 30. Zie ook T.S. BISHOP, J.W. SARLES en S.J. KANE, "Tips on Petitioning for and Opposing Certiorari in the U.S. Supreme Court", 29 en S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice (10^{de} ed.)*, 499-501 en 510 (doorgaans met dertig dagen). Voor het indienen van een *reply brief* door de verzoekende partij is geen termijn bepaald, al wacht de *Clerk* tien dagen om de zaak in gereedheid te brengen.

²⁶⁹¹ Vijfenvertig dagen voor de verzoekende partij of de appellant, dertig dagen voor het wederwoord van de verwerende partijen en dertig dagen voor het antwoord daarop door de verzoekende partij of de appellant.

²⁶⁹² Artikel 25.5 *Rules of the Supreme Court*. S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice (10^{de} ed.)*, en 760-761.

²⁶⁹³ S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice (10^{de} ed.)*, 716.

²⁶⁹⁴ Dit gebeurde in enkele bekende zaken zoals *Aaron v. Cooper*, 358 U.S. 27, 1 (1958); *United Steel Workers v. United States*, 361 U.S. 39 (1959); *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1964); 4 december 2000, *Bush v. Palm Beach County Canvassing Bd*, 531 U.S. 70 (2000),... E. GRESSMAN, K.S. GELLER, S.M. SHAPIRO *et al.*, *Supreme Court Practice*, 758 en de verwijzingen naar de rechtspraak aldaar.

²⁶⁹⁵ S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice (10^{de} ed.)*, 773. Doorgaans worden zaken die tot midden januari *certiorari* krijgen, nog in dezelfde "term" gehoord (lopende tot april voor de terechtzittingen). Het *Supreme Court* houdt zeven "arguments sessions" (eerste maandag in

weken nadat de *brief* van de verzoekende of van de verwerende partij is ingediend.²⁶⁹⁶ Doorgaans volgt de terechtzitting evenwel niet zo snel en is er meer tijd om een *reply brief* in te dienen en het pleidooi voor te bereiden. Sommige zaken worden zeer snel behandeld, al dan niet op vraag van één van de partijen. Indien het hof ambtshalve een middel opwerpt, vraagt het de partijen om aanvullend een *brief* in te dienen en wordt de terechtzitting uitgesteld.²⁶⁹⁷

914. *Redelijke termijn* – Het *Supreme Court* beoogt alle arresten voor het einde van de *term* (doorgaans eind juni) uit te spreken, en heeft aldus slechts twee maanden voor de zaken die in april werden gepleit.²⁶⁹⁸ In de eerder gepleite zaken, neemt het hof meer tijd (gemiddeld meer dan drie maanden).²⁶⁹⁹

C. DE INGEREEDHEIDBRENGING IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

915. *Onderzoek en ingereedheidbrenging* – De regels inzake de rechtspleging, qua termijnen, en de ingereedheidbrenging van de zaak moeten twee rechtsstatelijke rechten waarborgen: het recht op wapengelijkheid en het recht op een proces binnen een redelijke termijn.

916. *Inquisitoriaal* – In het publieke procesrecht is de inquisitoriale rechtspleging ingevoerd, omdat één van de partijen, de overheidsinstantie, een sterkere positie heeft: doordat de overheidshandeling al in werking is getreden, kan de overheidsinstantie het nut van het rechtsmiddel fnuiken, door de procedure te lang te laten duren. Daarom wordt de verantwoordelijkheid voor de duur van de procedure bij het grondwettelijk hof gelegd. Om dezelfde reden moet een grondwettelijk hof de termijnen van de rechtspleging eerbiedigen: hij kan deze slechts om uitzonderlijke redenen verlengen of verkorten. Bovendien moet daarvan een weerslag in het arrest zijn, opdat kan worden nagegaan of een grondwettelijk hof de wapengelijkheid eerbiedigt.

917. *Recht op een proces binnen een redelijke termijn* – In Duitsland heeft de overbelasting van het *Bundesverfassungsgericht* tot een schending van het recht op een proces binnen een redelijke termijn geleid.²⁷⁰⁰ In de overige onderzochte landen is dit niet het geval. In dit proefschrift wordt hierop niet verder ingegaan.

oktober tot, normaal, eind april). Elke sessie duurt twee weken, waarin op maandag, dinsdag en woensdag terechtzittingen worden georganiseerd (voor- en namiddag). Over de invloed van de planning van de mondelinge terechtzittingen op het aanvaarden van zaken, zie M.M. CORDRAY en R. CORDRAY, "The Calendar of the Justices", 203 e.v.

²⁶⁹⁶ Artikel 27.1. *Rules of the Supreme Court*.

²⁶⁹⁷ SC 8 september 1994, *Gustafson v. Alloyd Co*, 512 U.S. 1280 (1994).

²⁶⁹⁸ Over de invloed van dit haastige werk op de kwaliteit van deze arresten, *Justice* BRANDEIS: "wrong decisions ... often [are] due to haste and fatigue of the end of the term". Geciteerd door M.M. CORDRAY en R. CORDRAY, "The Calendar of the Justices", 214, die dit aanvoelen hebben getoetst aan enkele parameters en hiervoor geen wetenschappelijke onderbouwing vinden. *Idem*, 214 e.v.

²⁶⁹⁹ M.M. CORDRAY en R. CORDRAY, "The Calendar of the Justices", 213.

²⁷⁰⁰ Over de rechtspraak van het EHRM inzake schending van de redelijke termijn door grondwettelijke hoven, zie J.-F. FLAUSS, "Les Cours constitutionnelles et la règle du délai raisonnable: le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme", in X (ed.), *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en*

l'honneur de Louis Favoreu, Parijs, Dalloz, 2007, 1265-1267 en D. SZYMCAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, 410-414.

918. *Opzet* – In dit hoofdstuk werd onderzocht welke rol een grondwettelijk hof in de rechtspleging heeft. Dit is immers één van de elementen om de rol van een grondwettelijk hof in de rechtsstaat te bepalen. Men wou en wil geen “*gouvernement des juges*”. Daarom moet worden onderzocht welke vereisten de rechtsstaat stelt inzake de rol van een grondwettelijk hof: kan een grondwettelijk hof zelf zaken aanhangig maken, kan het het voorwerp van de zaak uitbreiden, kan het over de afstand beslissen, kan het de toegang tot de grondwettelijke rechter bepalen...? In dit hoofdstuk is de rol van de vier grondwettelijke hoven in elk van deze fasen van de rechtspleging onderzocht.

919. *Rechtsstatelijke grondslagen en beginselen* – Uit de rechtsvergelijkende analyse blijkt dat, ondanks de eigenaardigheden en verschillen van de rechtspleging voor de vier onderzochte grondwettelijke hoven, dezelfde beginselen aan de grondslag ervan liggen en door de rechters als leidraad worden gebruikt om hun rol in de onderscheiden fasen te bepalen. Deze beginselen zijn rechtsstaatsvereisten. In dit besluit wordt niet hernomen welke vereisten de rechtsstaat per fase stelt. Er wordt daarentegen een vogelperspectief ingenomen: er wordt beschreven welke vereisten elk van de rechtsstaats-elementen aan de verscheidene fasen in de rechtspleging stelt. Hieruit zal nog meer blijken welke vereisten bepaalde rechtsstaats-elementen aan de rechtspleging stellen.

920. *Recht op toegang tot de rechter* – In het eerste deel van dit proefschrift is verdedigd dat het hedendaagse rechtsstaatsbegrip vereist dat de (materiële en procedurele) beperkingen op de bevoegdheid van de wetgever door de rechter kunnen worden afgedwongen. In het eerste hoofdstuk van het tweede deel is vastgesteld dat in de vier onderzochte rechtsstaten wordt verdedigd dat de burger toegang tot de grondwettelijke rechter moet hebben. In Frankrijk en België heeft de wetgever de toegang tot de rechter niet beperkt. In Duitsland en in de Verenigde Staten van Amerika heeft de wetgever beslist om, omwille van overbelasting, de toegang tot het *Bundesverfassungsgericht* en het *Supreme Court* wel te beperken. In deze twee landen kijkt de rechtsleer nauwlettend erop toe dat de discretionaire bevoegdheid van deze hoven om “hun zaken te kiezen” niet het recht op toegang tot de rechter schendt.

921. *Evenwicht der machten* – De toegang tot de grondwettelijke rechter is evenwel om een andere reden in elk van de vier onderzochte landen beperkt. Om het evenwicht der machten te eerbiedigen is in geen van de vier onderzochte landen een *actio popularis* toegestaan: dat moet verhinderen dat een grondwettelijk hof uitspraak kan doen wanneer er geen geschil is. De verzoekende partijen moeten een belang hebben (al dan niet in het bodemgeschil).

Het Grondwettelijk Hof vult dit vereiste doorgaans ruim in. In twee arresten heeft het Grondwettelijk Hof dat niet gedaan. Dat moet worden bekritiseerd. Indien het belangvereiste te restrictief of willekeurig wordt ingevuld of indien het als een instrument wordt gebruikt om bepaalde rechtsvragen te ontwijken, wordt het recht op toegang tot de

rechter²⁷⁰¹, wat een fundamenteel element van de rechtsstaat is, geschonden. De rechtsstaat vereist van een grondwettelijk hof dat het zijn rechtspraak in het belangvereiste consequent en niet willekeurig toepast. Wijzigingen inzake het belangvereiste moeten voldoende op voorhand in de rechtspraak worden aangekondigd en mogen niet onmiddellijk een negatieve invloed op het recht op toegang tot de rechter hebben.

922. *Evenwicht der machten* – Het evenwicht der machten beperkt ook de bevoegdheid van het grondwettelijk hof ten aanzien van de partijen. Herinner u de leidraad van dit hoofdstuk: "*Le juge est un protecteur auquel on fait appel, et deviendrait un tyran s'il s'imposait.*"²⁷⁰² Deze bekommernis is de materiële rechtsbron voor het beschikkingsbeginsel, dat een toepassing van het evenwicht der machten en een essentieel element van de rechtsstaat is. Deze bekommernis en dit algemeen rechtsbeginsel staan niet toe dat een grondwettelijk rechter een zaak zelf aanhangig maakt (autosaisine), een afstand om substantiële redenen niet inwilligt, het voorwerp van het geding uitbreidt en een *actio popularis* aanvaardt.

923. *Hiërarchie der normen* – Nochtans staan tegenover het beschikkingsbeginsel andere beginselen, waarvan één een essentieel element van de rechtsstaat is: de normenhiërarchie. Deze is pas gewaarborgd wanneer er geen ongrondwettige wetten bestaan. Doch dit beginsel, hoe fundamenteel het ook is, staat niet toe dat een rechter recht mag spreken wanneer en waarover hij niet is gevraagd recht te spreken. Doet hij dit toch door (om substantiële redenen) een afstand van geding te weigeren, stelt hij zich bloot aan kritiek (het *Bundesverfassungsgericht*) of aan de vraag of hij wel een rechter is (*Conseil constitutionnel*).

924. *Openbare orde* – Het tweede beginsel dat tegenover het beschikkingsbeginsel staat, is dat het grondwettelijk recht van openbare orde is: een schending ervan raakt het algemeen belang zodat een rechter niet lijdelijk kan toekijken. Om die redenen staan de Belgische en Franse wetgever uitzonderingen op het beschikkingsbeginsel toe: het Grondwettelijk Hof mag de afstand weigeren en de Franse prioritaire vraag moet steeds worden beantwoord. Het Grondwettelijk Hof is zeer terughoudend en heeft de afstand nog nooit om inhoudelijke redenen geweigerd. In het licht van het evenwicht der machten en gelet op de open toegang tot het Grondwettelijk Hof is deze praktijk aan te bevelen.

De openbare orde is niet ondergeschikt aan het beschikkingsbeginsel wanneer het onderwerp van het geding moet worden bepaald. De openbare orde vereist dat de rechter een actieve rol opneemt in het bepalen van het onderwerp van het geding. Om die reden moet hij ambtshalve aan alle referentienormen toetsen, zoals het *Bundesverfassungsgericht* en de *Conseil constitutionnel* doen. Onder de referentienormen kan er immers geen onderscheid worden gemaakt tussen welke van openbare orde zijn en welke niet: alle (Belgische) referentienormen zijn van openbare orde. Daarmee beschermt de grondwettelijke rechter de rechtsorde, maar ook de rechtzoekende.

²⁷⁰¹ X. DELGRANGE, "La Cour d'Arbitrage et le citoyen", 245 en G. KEUTGEN en CH. DARVILLE-FINET, "La Cour d'Arbitrage et l'entreprise", 253.

²⁷⁰² R. MARTIN, "La saisine d'office du juge. Essai sur la signification", *Jurisclasseur périodique*, 1973, IV. nr. 6316, 231, geciteerd door W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 185.

925. *Wapengelijkheid en ius curia novit* – In het afbakenen van de grenzen van de rol van de rechter, mag immers het eerste deel van de leidraad van dit hoofdstuk niet over het hoofd worden gezien: “*Le juge est un protecteur auquel on fait appel*”. De grondwettelijke rechter moet ook beschermend optreden ten aanzien van de rechtzoekende, zowel inhoudelijk als procedureel.

Wat de inhoud betreft, vereist dit dat een grondwettelijk hof evenwicht tussen de partijen brengt: door ambtshalve middelen op te werpen, maar ook door een gedreven onderzoek te voeren, dat alle relevante feiten en juridische gegevens aan het licht brengt. De rechtzoekende staat in een zwakkere positie dan diegene die de norm heeft uitgevaardigd. Deze laatste heeft alle relevante gegevens en studies die aan de grondslag van de wet liggen en, behoudens schorsing, kan de wetgeving al in werking treden. Het *ius curia novit*-beginsel verplicht de rechter om de finesses van de rechtsmaterie te leren kennen, opdat hij met kennis ter zake de grondwettigheid van de in het geding zijnde bepaling kan beoordelen. Bovendien is soms een gedegen kennis van de praktijk nodig om de grondwettigheid van een wetsbepaling te kunnen inschatten. Zo nodig, en dat is in technische rechtsmateries zoals belastingrecht, strafrecht, economisch recht, ruimtelijke ordening... wellicht vaak nodig, moet hij zich laten bijstaan door juridische en andere deskundigen.

Op procedureel vlak moet een grondwettelijk hof de wapengelijkheid waarborgen door nauwgezet de door de wet bepaalde rechtspleging toe te passen. De beschikking om de termijn te verkorten of verlengen, moet in het arrest worden gemotiveerd en daarbij moeten alle partijen gelijk worden behandeld.

926. *Rechten van verdediging* – Bij elke stap in de rechtspleging moet de rechter erover waken dat de rechten van verdediging, in het bijzonder het recht op tegenspraak, worden gewaarborgd. De (ambtshalve) opgeworpen middelen en de door het onderzoek verkregen informatie moeten door de partijen kunnen worden tegengesproken.

927. *Deliberatief karakter* – Het is bij uitstek het deliberatief karakter van de rechtspleging dat het grondwettelijk hof moet koesteren en bevorderen. Strikt genomen schendt het uitsluiten van *amici curiae* door het Grondwettelijk Hof geen enkele rechtsstaatsvereiste. Maar *amici curiae* dragen bij tot de kwaliteit van het debat en tot het deliberatief karakter van het hof. Hierdoor kunnen deskundigen of belangengroepen die omwille van financiële of andere redenen, niet aan de totstandkoming van de wet hebben kunnen deelnemen, toch bij het debat over de grondwettigheid van deze wet worden betrokken. *Amici curiae* dragen aldus bij tot de verwezenlijking van de rechtsstaat.

928. *Redelijke termijn* – Ten slotte moet een grondwettelijk hof ook binnen een redelijke termijn uitspraak doen. De grondwettelijke rechtsorde moet, in voorkomend geval, immers zo vlug mogelijk worden hersteld. Het grondwettelijk hof moet hierover waken door een goede voortgang van de procedure te bewerkstelligen.

929. *Rechtsstaat* – In dit tweede deel van het proefschrift wordt het rechtsstaatsbegrip, of zijn vereisten, uit het eerste deel als normatief kader gebruikt. In dit hoofdstuk blijkt dat in de vier onderzochte landen *dezelfde rechtsstaatselementen* de rechtspleging voor de

grondwettelijke hoven bepalen. Deze zijn: het evenwicht der machten, het recht op toegang tot de rechter, wapengelijkheid en *ius curia novit*, de rechten van verdediging.

De vier wetgevers en grondwettelijke hoven geven grotendeels dezelfde invulling aan deze rechtsstaats-elementen. De rol van de grondwettelijke hoven in de rechtspleging is dan ook sterk vergelijkbaar. Op slechts enkele punten hebben zij een verschillende rol (bijvoorbeeld inzake de afstand van het geding). In die gevallen blijkt dat in de rechtsleer om dezelfde redenen – rechtsstaats-elementen – deze rol van het grondwettelijk hof in de rechtspleging wordt bekritiseerd.

II. TRANSPARANTIE EN OPENBAARHEID

INLEIDING

930. *Machtsuitoefening* – Het rechtspreken is een uitoefening van de staatsmacht. De rechtsstaat vereist dat elke uitoefening van de staatsmacht die vrijheden beperkt, op openbare en transparante wijze gebeurt, opdat toezicht erop mogelijk zou zijn. Geheimhouding mag slechts de uitzondering zijn, waarvoor verantwoording nodig is.²⁷⁰³ Daarom wordt hieronder eerst nagegaan hoe transparant de rechtspleging van de grondwettelijke hoven zijn: in de **eerste afdeling** wordt onderzocht of de rechtspleging en terechtzitting transparant en openbaar zijn; in de **tweede afdeling** wordt onderzocht of de arresten transparant en openbaar zijn, meer bepaald of afwijkende motiveringen zijn toegestaan.

1. DE TRANSPARANTIE VAN DE RECHTSPLEGING EN DE TERECHTZITTING

931. *Opzet* – Hieronder wordt onderzocht hoe transparant en openbaar de rechtspleging en de terechtzitting van het Grondwettelijk Hof (**A**) en van het *Bundesverfassungsgericht*, de *Conseil constitutionnel* en het *Supreme Court* (**B**) zijn.

A. HET GRONDWETTELIJK HOF

932. *Bestaan en inhoud van het geding* – Het Grondwettelijk Hof brengt de institutionele partijen op de hoogte van elk ingediend beroep tot vernietiging en van elke verwezen prejudiciële vraag.²⁷⁰⁴ Tenzij een (rechts)persoon een partij in de zin van de artikelen 77 en 78 van de Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof is, kan hij op twee wijzen vernemen dat een zaak aanhangig is: op de webstek van het Grondwettelijk Hof of via de bekendmaking ervan in het *Belgisch Staatsblad*.²⁷⁰⁵ In het bericht in het *Belgisch Staatsblad* wordt vermeld wie de verzoekende partij of de verwijzende rechter is en wat het onderwerp van het beroep of van de prejudiciële vraag is.

²⁷⁰³ Zie deel I, randnummer 47.

²⁷⁰⁴ Artikel 76 Bijz. Wet GwH.

²⁷⁰⁵ Alleen dit laatste is verplicht op grond van artikel 74 Bijz. Wet GwH. Dit gebeurt niet wanneer krachtens de artikelen 71 en 72 Bijz. Wet GwH de voorafgaande rechtspleging is gevolgd.

Op de griffie kan het verzoekschrift tot vernietiging worden geraadpleegd²⁷⁰⁶, doch niet de verwijzingsbeslissing. De raadpleging van een verwijzingsbeslissing zou minder noodzakelijk zijn, omdat de prejudiciële vraag die in het bericht in het *Belgisch Staatsblad* wordt overgenomen, doorgaans voldoende aanwijzingen zou bevatten om al dan niet een tussenkomst te overwegen. Dat is evenwel niet altijd het geval, zodat het soms moeilijk is precies te weten welke grieven tegen de in het geding zijnde norm worden geformuleerd.²⁷⁰⁷

Op het verzoekschrift tot vernietiging na, zijn de stukken van de rechtspleging niet voor iedereen toegankelijk, maar alleen voor de partijen in de zaak. De argumenten van de partijen worden in de arresten overgenomen ("de A's").

933. Terechzitting – In navolging van andere (grondwettelijke) rechtscolleges²⁷⁰⁸, wordt sinds 25 april 2014 niet meer in elke zaak een terechtzitting gehouden: noch voor de behandeling van de zaak noch voor de uitspraak²⁷⁰⁹. Het Grondwettelijk Hof beslist of een terechtzitting wordt gehouden. Zo niet – en dit is de algemene regel geworden – kan elke partij een verzoek indienen om te worden gehoord. Dit verzoek wordt ingediend binnen zeven dagen nadat de in het artikel 90, tweede lid van de Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof bedoelde beschikking ter kennis is gebracht. Aan het verzoek wordt telkens gunstig gevolg verleend.

Er mogen geen audiovisuele beelden worden gemaakt van de behandeling van zaken tijdens een terechtzitting, doch wel van het binnenkomen van de rechters tot wanneer de zaken worden behandeld.

934. Arrest – Het arrest wordt op de webstek van het hof en in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakt.

B. BUITENBLIK

935. Rechtsstaten – Hieronder wordt onderzocht op welke wijze het *Bundesverfassungsgericht* (1) en vervolgens de *Conseil constitutionnel* (2) en het *Supreme Court* (3) openbaarheid en transparantie inzake de rechtspleging en de terechtzitting bieden.

²⁷⁰⁶ Artikel 74, tweede lid Bijz. Wet GwH. C. MOLITOR en R. BORN, "L'amélioration du caractère contradictoire de la procédure à la Cour d'arbitrage", 373.

²⁷⁰⁷ R. MOERENHOUT, "Commentaar bij art. 98-99 Bijz. W. 6 januari 1989", 6.

²⁷⁰⁸ Naast het *Bundesverfassungsgericht* (*infra*), ook het Hof van Justitie (artikel 76 Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van 29 september 2012).

²⁷⁰⁹ Artikelen 90, tweede en vierde lid en 110 Bijz. Wet GwH.

(1) HET BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

936. *Bestaan en inhoud van het geding* – Jaarlijks worden meer dan zesduizend zaken bij het *Bundesverfassungsgericht* aanhangig gemaakt. Vele zaken worden niet door het hof aangenomen en leiden dus niet tot een uitspraak. De administratieve last om elke nieuwe zaak bekend te maken zou niet in verhouding staan tot het voordeel dat de bekendmaking zou bieden. De burger, nieuwsgierig of een voor hem interessante zaak aanhangig is, mag met het hof contact opnemen en ontvangt individueel een antwoord. Elk jaar wordt een lijst op de webstek van het hof bekendgemaakt, waarin de zaken worden opgesomd waarvan wordt verwacht dat ze dat jaar tot een uitspraak zullen leiden.²⁷¹⁰ Vaak worden de verwijzingsbeslissingen of de verzoekschriften in de juridische vaktijdschriften gepubliceerd.²⁷¹¹

In beginsel kunnen alleen de partijen in de procedure de procedurestukken inzien: de partijen moeten alle stukken waarop het hof zijn beslissing steunt, kunnen inzien, ongeacht de oorsprong ervan.²⁷¹² Bij uitzondering kunnen derden dit ook.²⁷¹³ Sommige partijen maken hun procedurestukken zelf openbaar.

937. *Terechzzitting* – Niet in alle zaken wordt een openbare terechtzitting georganiseerd. Audiovisuele opnamen zijn toegestaan van bij het begin van de terechtzitting tot aan de vaststelling van de aanwezigheid van de partijen.²⁷¹⁴ De uitspraak van de arresten mag ook worden gefilmd.

938. *Arresten* – Arresten waarin wetgeving grondwettig of ongrondwettig wordt verklaard of wordt vernietigd, worden in het *Bundesgesetzblatt* bekendgemaakt.²⁷¹⁵

(2) DE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

939. *Bestaan en inhoud van het geding* – Op de website van de *Conseil constitutionnel* worden de aanhangige zaken opgesomd. Voor de *a priori*-toetsing wordt alleen een verwijzing naar de goedgekeurde wet bekendgemaakt, bij de *a posteriori*-toetsing wordt de verwijzingsbeslissing kenbaar gemaakt. Er wordt niets bericht in de *Journal Officiel*.

940. *Terechzzitting* – In alle zaken wordt een terechtzitting gehouden. De terechtzittingen waarop een prioritaire vraag wordt behandeld, worden audiovisueel opgenomen en

²⁷¹⁰ Bijvoorbeeld, http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/erledigungen_2014.html.

²⁷¹¹ G. ULSAMER, "Artikel 20 Bundesverfassungsgerichtsgesetz", in TH. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU *et al.* (eds.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München, Verlag C.H. Beck, 1999, nr. 23.

²⁷¹² Het recht op inzage van de procedurestukken is een rechtsstaatsvereiste, stelt G. ULSAMER, "Artikel 20 Bundesverfassungsgerichtsgesetz", nr. 1.

²⁷¹³ Artikel 35b *BVerfGG*.

²⁷¹⁴ Artikel 17a *BVerfGG*.

²⁷¹⁵ Artikel 31, 2 *BVerfGG*.

kunnen, mits toestemming van de partijen, worden bekendgemaakt op de webstek van de *Conseil*.²⁷¹⁶

941. *Arresten* – De arresten worden op de webstek van de *Conseil* en in de *Journal Officiel* bekendgemaakt. Op de webstek worden ook het *dossier documentaire* en de *commentaire* bij de twee procedurevormen bekendgemaakt. Het *dossier documentaire* is het door de diensten van de *Conseil* opgemaakte dossier dat de rechters bij de beraadslaging moet bijstaan en dat alle toepasselijke grondwetsbepalingen en (ook buitenlandse) rechtspraak bevat. De *commentaire* is een door de *Secrétaire général* en de juridische dienst opgestelde bespreking van het arrest die in de *Cahiers du Conseil constitutionnel* verschijnt.²⁷¹⁷ Bij de *a priori*-toetsing worden het verzoekschrift en de opmerkingen van de regering ook bekendgemaakt. Bij de *a posteriori*-toetsing gebeurt dit niet voor de procedurestukken van de partijen.

(3) HET SUPREME COURT

942. *Supreme Court* – Wanneer een zaak door het *Supreme Court* is aangenomen, wordt op de website bekendgemaakt welke rechtsvragen zullen worden beantwoord.²⁷¹⁸ De partijen zorgen zelf voor een zeer grote openheid: eenieder die een *brief* heeft ingediend, maakt deze publiek via de website van de American Bar Association.²⁷¹⁹

943. *Terechtzitting* – In alle zaken wordt een openbare terechtzitting gehouden: de *Justices* houden sterk aan het mondelinge debat, waarin zij vaak de pleidooien onderbreken en aan de partijen vragen stellen. Zij geven ook aan dat hun mening door de pleidooien worden gevormd.²⁷²⁰ Sinds 1955 zijn er audio-opnamen van elke terechtzitting, die sinds 2010 op het einde van elke week op de webstek van het *Supreme Court* worden bekendgemaakt.

944. *Arrest* – Het arrest en de afwijkende motiveringen worden op de webstek van het *Supreme Court* bekendgemaakt.

²⁷¹⁶ Artikel 9 Intern Reglement over de prioritaire vraag 2010. Zie ook M. GUILLAUME, "Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme", 82.

²⁷¹⁷ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, "Les méthodes de travail du Conseil constitutionnel", 7. Zie ook P. MARTENS, "Solitude du juge et cohérence du droit", *JT* 2013, (805) 806, die betreurt dat het gelijkaardige werk van de referendarissen van het Grondwettelijk Hof gedurende vijf jaar niet openbaar is.

²⁷¹⁸ Alleen de rechtsvraag (die bijvoorbeeld luidt "Whether the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment prohibits the State of California from defining marriage as the union of a man and a woman.") en dus niet de motivering.

²⁷¹⁹ http://www.americanbar.org/publications/preview_home/alphabetical.html.

²⁷²⁰ Zie de citaten in S.M. SHAPIRO, K.S. GELLER, T.S. BISHOP *et al.*, *Supreme Court Practice* (10^{de} ed.), 765-767.

C. DE RECHTSPLEGING EN DE TERECHTZITTING IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

945. *Bestaan rechtspleging* – Opdat eenieder bij de grondwettelijke dialoog betrokken kan zijn, moeten het bestaan en de inhoud van de bij een grondwettelijk hof aanhangig gemaakte zaken worden bekendgemaakt.²⁷²¹

946. *Stukken rechtspleging* – Opnieuw om de grondwettelijke dialoog te bevorderen – door de media en door de rechtsgeleerden – en wetenschappelijk onderzoek mogelijk te maken, zouden de stukken van de rechtspleging ook zoveel als mogelijk toegankelijk moeten zijn. De partijen kunnen wellicht niet worden gedwongen om hun stukken kenbaar te maken, maar het zou de openheid van justitie en de grondwettelijke dialoog bevorderen, indien de partijen en hun advocaten, zoals de Duitse en de Amerikaanse, hun procedurestukken zouden bekendmaken.

947. *Mondelinge terechtzitting* – Het *Supreme Court* en de *Conseil constitutionnel* houden in elke zaak een terechtzitting.²⁷²² De *Justices* van het *Supreme Court* benadrukken bovendien het belang van de terechtzitting. Het *Bundesverfassungsgericht* en het Grondwettelijk Hof doen dit niet. Dat is niet strijdig met het in artikel 6, § 1 EVRM vervatte recht op een eerlijk proces. Dat omvat weliswaar het recht op een openbare terechtzitting, doch sluit niet uit dat een partij, uitdrukkelijk of stilzwijgend, van dit recht afstand kan doen. Deze afstand moet ondubbelzinnig gebeuren en mag niet ingaan tegen het algemeen belang.²⁷²³ Is niet elke grondwettelijke rechtsvraag van algemeen belang? Is een uitsluitend schriftelijke procedure de meeste adequate manier om grondwettelijke betwistingen, waarbij de rechtsvraag toch doorgaans over belangrijke, principiële kwesties gaat, uit te klaren?²⁷²⁴ Gesteund door deze rechtspraak van het EHRM moeten de partijen zich dan ook niet geremd voelen wanneer zij willen dat in de zaak een openbare terechtzitting wordt gehouden.

²⁷²¹ C. MOLITOR en R. BORN, "L'amélioration du caractère contradictoire de la procédure à la Cour d'arbitrage", 372.

²⁷²² *Pro noodzaak van een terechtzitting*, H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", 248.

²⁷²³ EHRM 28 mei 1997, *Pauger/Oostenrijk*, nr. 58. In deze zaak ging het slechts over een overgangsregeling en was het beginselarrest al eerder geweest. Zie ook D. SZYMCAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, 419.

²⁷²⁴ LANCKSWEERDT vraagt zich of er veel ruimte is voor empathie in overwegend schriftelijke procedures. E. LANCKSWEERDT, "Naar meer vrouwelijkheid in het publiekrecht?", *TBP* 2011, (365) 367.

2. AFWIJKENDE MOTIVERINGEN

« *Faire croire ou faire comprendre* »²⁷²⁵

948. *Geheimhouding* – In België zijn de stemverhoudingen in collegiale rechtscolleges in beginsel geheim en mag geen rechter een afwijkende motivering bij een arrest bekendmaken. Dit geldt ook voor de rechters van het Grondwettelijk Hof. Nochtans zijn er andere landen, ook continentale, die de bekendmaking van de stemverhouding en afwijkende motiveringen wél toestaan, al dan niet alleen voor het grondwettelijk hof. In dit proefschrift wordt het begrip “afwijkende motiveringen” gebruikt voor minderheidsopinions van rechters, waarmee zowel de *concurring* als *dissenting opinions* worden bedoeld.²⁷²⁶ In een *concurring opinion* zet een rechter uiteen dat hij het met de meerderheid over de beslissing van het arrest eens is, doch niet met de motivering ervan; in een *dissenting opinion* maakt hij kenbaar dat hij het oneens is met zowel de beslissing als de motivering van het arrest.

949. *Structuur* – In deze tweede afdeling wordt onderzocht of bij het Grondwettelijk Hof (A) en bij het *Bundesverfassungsgericht*, de *Conseil constitutionnel* en het *Supreme Court* (B) afwijkende motiveringen worden toegestaan. Vervolgens worden de argumenten die doorgaans *pro* of *contra* afwijkende motiveringen worden gebruikt (C) besproken. Daarna wordt nagegaan of de rechtsstaat vereist dan wel toestaat dat grondwettelijke rechters hun afwijkende motiveringen mogen bekendmaken (D) en wordt onderzocht of er argumenten eigen aan de Belgische context zijn die een verbod op afwijkende motiveringen kunnen rechtvaardigen (E). Omdat deze argumenten niet afdoende zijn, wordt ten slotte voorgesteld om afwijkende motiveringen toe te staan, indien gewenst onder bepaalde voorwaarden om aan de Belgische bezorgdheden tegemoet te komen (F). Hiermee wordt een bijdrage geleverd tot de beperkte – doch toenemende – Belgische rechtsleer, waarin het toestaan van afwijkende motiveringen wordt verdedigd.²⁷²⁷

²⁷²⁵ D. ROUSSEAU, ""Pro": une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes", *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2000, (172) 173.

²⁷²⁶ Naar het voorbeeld van S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof: mensenrechtelijk beschermd, wenselijk of gevaarlijk?", in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, 231 en W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 16.

²⁷²⁷ S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 227 e.v.; P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", 19; D. RENDERS, "Pour un aménagement du dialogue devant le juge constitutionnel", *RBDC* 1999, (275) 275 e.v.; J. SOHIER, ""Vote secret" ou "vote dissident"", in X (ed.), *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Brussel, Nemesis, 1986, 768 en M.E. STORME, "Pleidooi voor separate opinions in de rechtspraak", *Juristenkrant* 2009, (10) 10. Voor de gewone rechtscolleges, zie Onder meer X. DE RIEMAECKER, "Les magistrats", in D. KIGANAHE en Y. POUILLET (eds.), *Le secret professionnel*, Brussel, La Charte, 2002, 156; B. HANOTIAU, "Observations - noot onder Brussel 6 december 2000", *JT* 2001, (575) 576.

A. HET GRONDWETTELIJK HOF

950. *Geheim* – In het Grondwettelijk Hof beslissen de rechters bij gewone meerderheid: bij een gewone zetel aldus minimaal vier rechters, in een voltallige zitting zeven (of zes) rechters. Bij staking van stemmen is de stem van de voorzitter in functie doorslaggevend.²⁷²⁸ De beslissing is dus niet afhankelijk van een meerderheid in beide taalgroepen.²⁷²⁹ Tenzij wanneer het hof, krachtens artikel 71 van de Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof in beperkte kamer het beroep of de vraag niet ontvankelijk verklaart of vaststelt dat het hof niet bevoegd is²⁷³⁰, worden bij de arresten de stemverhoudingen nooit bekendgemaakt.²⁷³¹ Krachtens artikel 108 van de Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof zijn de beraadslagingen van het Grondwettelijk Hof geheim. In België houdt het geheim van de beraadslaging in dat de rechters hun standpunt niet mogen bekendmaken en evenmin een afwijkende motivering aan het arrest mogen toevoegen.²⁷³²

951. *Debat bij de wetgever* – Regelmatig verdedig(d)en parlementsleden dat de rechters van het Grondwettelijk Hof hun afwijkende motiveringen kenbaar zouden mogen maken.²⁷³³ Zij roepen volgende redenen in: het zou de ernst en geloofwaardigheid van het hof als geheel en van zijn leden afzonderlijk doen blijken; het zou de objectiviteit van de

²⁷²⁸ Zie *supra*, randnummer 608.

²⁷²⁹ In de Stuyvenbergakkoorden werd nochtans overeengekomen dat een beslissing slechts is genomen wanneer er in elke taalgroep ten minste twee stemmen *pro* zijn en het totaal van deze stemmen de meerderheid uitmaakt. Stuyvenbergakkoorden, *Hand.* Senaat 1977-78, 28 februari 1978, 992.

²⁷³⁰ Zie Onder meer GwH 29 januari 2014, nr. 21/2014.

²⁷³¹ Zie ook A. ALEN, J. DELRUELLE en P. MARTENS, "Rapport belge sur les modes de décision du juge constitutionnel", *RBDC* 2004, (335) 349-350 en 358-359 en J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 521-522. ARTS meent dat de publicatie van afwijkende motiveringen nefast zou zijn voor het Grondwettelijk Hof, maar schrijft dit niet over de publicatie van de stemverhouding. Zou hij daar een opening laten? A. ARTS, "Achter de schermen van het Arbitragehof", 746.

²⁷³² Vermelden dat een arrest bij unanimité is genomen, hoewel dit wettelijk niet verplicht is, leidt evenwel niet tot de nietigheid van het arrest. Cass. 29 september 1982, *Pas.* 1983, I, 141. In Cass. 13 maart 2012, P.11.1750.N/8. is bevestigd dat het geheim van de beraadslaging onder het in artikel 458 Strafwetboek opgelegde beroepsgeheim valt. Tot het geheim van het beraad behoren de opgestelde ontwerpen van beslissing en de standpunten die de rechters omtrent de te nemen beslissing hebben ingenomen, ook als over die ontwerpen of standpunten nog niet collegiaal werd beraadslaagd. Het beroepsgeheim wordt niet geschonden wanneer onder het beroepsgeheim vallende informatie wordt megedeeld aan anderen die optreden met eenzelfde doelstelling en ten aanzien van dezelfde opdrachtgever en die mededeling bovendien noodzakelijk en pertinent is voor de opdracht van de geheimhouder. Over de vraag of het geheim van het beraad tot het beroepsgeheim behoort en voor sterke kritiek op dit arrest, zie P. MARTENS, "Solitude du juge et cohérence du droit", 806-807.

²⁷³³ Voorstel van bijzondere wet (O. MAINGAIN *et al.*) tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, teneinde daarin het systeem van de afwijkende motiveringen op te nemen, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 52-1912/1; Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 195 e.v. en 202. Ook de Raad van State, afdeling wetgeving, heeft dit voorgesteld, als een mogelijke oplossing voor de moeilijkheden die een voorgesteld – maar nooit goedgekeurd – artikel met zich mee zou brengen, waarin werd bepaald dat een arrest steeds de stemmen van minstens twee Nederlandstalige en van twee Franstalige rechters moet verkrijgen. De Raad van State meende dat het toestaan van afwijkende motiveringen het verkrijgen van een gemeenschappelijk dictum zou bevorderen. Zie *Parl. St.* Kamer 1980-81, 704/1, 53. Amendementen bij het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Kamer 1982-83, nr. 647/5, 15. Zie ook J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 521-522.

arresten bevorderen, daar erin op de argumenten van de afwijkende motivering moet worden geantwoord²⁷³⁴; het zou de rechter verplichten zijn verantwoordelijkheid te dragen²⁷³⁵; het zou de verdenking uitsluiten dat een arrest op basis van communautaire motieven is genomen²⁷³⁶; het zou toestaan het gezag van een arrest beter te bepalen²⁷³⁷; het zou de rechtswetenschap dienen²⁷³⁸ en het zou bovendien noodzakelijk zijn omdat het hof geen advocaten-generaal heeft, in wier conclusies normalerwijze de verscheidene aspecten en problemen van de zaak en de mogelijke oplossingen worden besproken²⁷³⁹...

De bevoegde minister en de parlementaire meerderheden wezen dit telkens af: gelet op de specifieke Belgische situatie, de paritaire samenstelling en de communautair geladen geschillen zou het gevaarlijk zijn het beginsel van afwijkende motiveringen over te nemen²⁷⁴⁰; het is in strijd met onze gerechtelijke traditie²⁷⁴¹; de objectiviteit van de debatten moet worden gewaarborgd²⁷⁴²; het gevaar zou bestaan dat de rechters geneigd zouden zijn zich vooral te bekommeren om hun imago ten aanzien van hun taalgemeenschap en ten aanzien van bepaalde politici en dit ten koste van het hof²⁷⁴³...

952. Uitzondering – Met deze afwijzing is het Grondwettelijk Hof een uitzondering²⁷⁴⁴ op de regel geworden: de meeste Europese grondwettelijke hoven staan de publicatie van afwijkende motiveringen toe.²⁷⁴⁵ De meerderheid van de rechtsleer en van de rechters van het Grondwettelijk Hof betreuren dit niet en menen dat de Belgische communautaire context afwijkende motiveringen niet toestaat.²⁷⁴⁶

²⁷³⁴ *Hand.* Senaat 1982-83, 5 mei 1983, nr. 57, 1917.

²⁷³⁵ Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 196 en 202; *Hand.* Kamer 1982-83, 2 juni 1983, nr. 81-82, 2416; *Hand.* Senaat 1982-83, 27 april 1983, nr. 52, 1802.

²⁷³⁶ *Hand.* Kamer 1982-83, 2 juni 1983, nr. 81-82, 2416.

²⁷³⁷ *Hand.* Senaat 1982-83, 27 april 1983, nr. 52, 1802.

²⁷³⁸ *Hand.* Kamer 1982-83, 2 juni 1983, nr. 81-82, 2416; *Hand.* Senaat 1982-83, 27 april 1983, nr. 52, 1802.

²⁷³⁹ *Hand.* Senaat 1982-83, 27 april 1983, nr. 52, 1802.

²⁷⁴⁰ Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 195 en 202.

²⁷⁴¹ Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 202.

²⁷⁴² Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 197.

²⁷⁴³ Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 196 e.v., 202 e.v. en 223; *Hand.* Senaat 1982-83, 5 mei 1983, nr. 57, 1917 en 26 april 1983, 1782.

²⁷⁴⁴ Samen met het Hof van Justitie van de Europese Unie. Maar ook daar wordt het debat gevoerd. *Contra* is onder meer D. EDWARD, "How the Court of Justice works", *E.L.Rev.* 1995, (539) 539-558. *Pro* zijn onder meer J. WEILER, "Europe 2000 - The constitutional agenda. An outline", in A.E. KELLERMAN, J.W. DE ZWAAN *et al.* (eds.), *Europe 2000, in The Constitutional Impact of Enlargement*, Den Haag, Kluwer Law international, 2001, 8-9; J. WOUTERS, "Institutional and Constitutional Challenges for the European Union: Reflections in the Light of the Treaty of Nice", *E.L.Rev.* 2001, (342) 346 en V. KORAH, "Tetra Pak II - Lack of Reasoning in Court's Judgement", *ECLR* 1997, (98) 98-103. RIGAUX schrijft dat het Hof van Justitie werd opgericht toen het Franse recht de belangrijkste inspiratiebron voor de oprichters van de Europese Gemeenschap was (en dat daarom de Cartesiaanse stijl van arresten werd overgenomen). F. RIGAUX, "Opinions dissidentes, opinions séparées et opinions convergentes: l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire", in X (ed.), *Mélanges Jacques van Compernelle*, Brussel, Bruylant, 2004, 575.

²⁷⁴⁵ P. PASSAGLIA, "Présidentialisme versus collégialité?", 881.

²⁷⁴⁶ M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 67.

B. BUITENBLIK

953. *Structuur* – Vooraleer de praktijk van het *Bundesverfassungsgericht* (2) en van de *Conseil constitutionnel* (3) uiteen te zetten, worden de oorsprong en de praktijk van de bekende gewoonte van afwijkende motiveringen bij de arresten van het *Supreme Court* (1) besproken.

(1) HET SUPREME COURT

954. *Van seriatim opinions naar opinion of the Court* – In de beginjaren van het *Supreme Court* namen de rechters de Britse traditie (*King's Bench*) over om *seriatim opinions* te schrijven, waarbij het arrest van het hof niet één motivering inhoudt, doch wel één beslissing die op verschillende opinies van de rechters steunt.²⁷⁴⁷ Om het gezag van het *Supreme Court* te bevestigen, veranderde *Chief Justice* MARSHALL dit in 1801: het hof moest voortaan “arresten van het Hof” (“*opinions of the Court*”) uitspreken. MARSHALLS beslissing lag onder vuur: aanvankelijk verhulden deze arresten van het hof immers de onenigheid in het *Supreme Court*. *Chief Justice* MARSHALL schreef de arresten doorgaans zelf, ook al behoorde hij tot een minderheid. Daarmee sloot hij “*the marketplace of ideas*”²⁷⁴⁸. Nochtans heeft hij niet kunnen vermijden dat rechters afwijkende motiveringen bij een arrest voegden en ten slotte kon hij het niet laten om zelf ook enkele *dissenting opinions* te schrijven.²⁷⁴⁹ Sindsdien worden de stemverhoudingen altijd bekendgemaakt.

955. *Praktijk* – Tot de twintigste eeuw waren afwijkende motiveringen in het *Supreme Court* zeldzaam: zij kwamen in ongeveer tien procent van de arresten voor.²⁷⁵⁰ Daar de auteurs ervan de voorkeur aan een unaniem arrest gaven, schreven zij hun afwijkende opinies met spijt in het hart.²⁷⁵¹ Vanaf 1940 is het gemiddelde evenwel sterk gestegen en vandaag wordt in ongeveer de helft van de zaken een afwijkende motivering gegeven,

²⁷⁴⁷ M.T. HENDERSON, "From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent", *Supreme Court Review* 2007, (283) 292-304; E. VOSS, "Dissent: Sign of a Healthy Court", *Ariz. St. L.J.* 1992, (643) 645; K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion and Sondervotum*, 59; M. KOLSKY, "Justice William Johnson and the History of the Supreme Court Dissent", *Geo L.J.* 1994-1995, (2069) 2072. R.B. GINSBURG, "Speaking in a Judicial Voice", *N.Y. Univ. L. Rev.* 1992, (1185) 1189 en R. MOORHEAD, "The 1952 Ross Prize Essay: Concurring and Dissenting Opinions", *A.B.A.J.* 1952, (821) 821. Voor verwijzingen naar kritiek op het gebruik van *seriatim opinions* in (bepaalde rechtscolleges van) het Verenigd Koninkrijk, zie T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 44-45.

²⁷⁴⁸ W.J. BRENNAN, "In defense of dissents", *Hastings L.J.* 1986-87, (427) 433.

²⁷⁴⁹ W.J. BRENNAN, "In defense of dissents", 433; M.T. HENDERSON, "From Seriatim to Consensus and Back Again", 283, 287 en 313 e.v.; R.B. GINSBURG, "Speaking in a Judicial Voice", 1189; M. KOLSKY, "Justice William Johnson and the History of the Supreme Court Dissent", 2074; K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion and Sondervotum*, 60; R. MOORHEAD, "Concurring and Dissenting Opinions", , 821; K.H. NADELMANN, "The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy", *American Journal of Comparative Law* 1959, (415) 418 en E. VOSS, "Dissent: Sign of a Healthy Court", 646.

²⁷⁵⁰ R. MOORHEAD, "Concurring and Dissenting Opinions", 821 en W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 111.

²⁷⁵¹ E. VOSS, "Dissent: Sign of a Healthy Court", 650-651 en M. KOLSKY, "Justice William Johnson and the History of the Supreme Court Dissent", 2080.

waarbij sterke taal helaas niet steeds wordt geschuwd.²⁷⁵² In belangrijke zaken zal de *Chief Justice* zoveel als mogelijk trachten tot een unanieme beslissing van het hof te komen. Van sommige *Chief Justices* waren het leiderschap en het talent om te discussiëren, te onderhandelen en tot eensgezindheid te komen zo groot dat onder hun voorzitterschap quasi géén afwijkende motiveringen werden geschreven.²⁷⁵³

956. *Evaluatie* – Vandaag verdedigt de meerderheid van de Amerikaanse rechtsleer het bestaan van afwijkende motiveringen.²⁷⁵⁴ Kritieken erop laken voornamelijk hun inhoud en taalgebruik, het bestaan van *plurality opinions*²⁷⁵⁵ en het te veelvuldig gebruik.²⁷⁵⁶

(2) HET BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

957. *Stemverhouding* – De Duitse grondwettelijke rechters stemmen bij meerderheid per *Senat*: minimaal vijf rechters in een *Senat* van acht, of minimaal tien wanneer het hof voltallig beslist.²⁷⁵⁷ Geen rechter heeft een doorslaggevende stem. Bij staking van stemmen kan er geen ongrondwettigheid worden vastgesteld. De stemverhoudingen kunnen, maar moeten niet, worden bekendgemaakt.²⁷⁵⁸

958. *Debat bij de wetgever* – Al in 1875-76 werd in Duitsland, naar aanleiding van een wet op de gerechtelijke organisatie, over de bekendmaking van afwijkende motiveringen geredetwist: in bepaalde *Länder* werd dit immers toegestaan, in andere niet. Na *pro* en *contra* te hebben afgewogen, overwon het Pruisische gebruik van het geheim van het beraad dat afwijkende motiveringen niet toestaat.²⁷⁵⁹ Deze praktijk blijft tot vandaag

²⁷⁵² Enkele percentages duiden de evolutie: 27,81% in 1940, 61,22% in 1950, 71,19% in 1960, 77,87% in 1970, 68,84% in 1980, en 60,8% in 1990, en 45 % in 2000. Zie M.T. HENDERSON, "From Seriatim to Consensus and Back Again", 322; W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 111 en K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum*, 64.

²⁷⁵³ R. FORRESTER, "Supreme Court Opinions - Style and Substance: An Appeal for Reform", *Hastings L.J.* 1995-96, (167) 179. WALKER, EPSTEIN en DIXON verdedigen dat, samen met andere factoren, het leiderschap van *Chief Justice* Harlan Fiske STONE in 1941 een dramatisch effect op de consensuele oordeelsvinding van het *Supreme Court* had. Sinds 1940 zijn de afwijkende motiveringen sterk gestegen. Zie T. WALKER, L. EPSTEIN en W. DIXON, "On the Mysterious Demise of Consensual Norms in the United States Supreme Court", 368 en 384-385.

²⁷⁵⁴ M. KOLSKY, "Justice William Johnson and the History of the Supreme Court Dissent", 2087. Dit wordt ook door de critici van afwijkende motiveringen erkend, Onder meer R. BENNET, "A dissent on dissent", *Judicature* 1991, (255) 257.

²⁷⁵⁵ Dit zijn arresten waarin geen meerderheid van het hof het eens is over én de beslissing én de motivering van het arrest.

²⁷⁵⁶ *Chief Justice* ROBERTS beaamt deze kritiek. R. BENNET, "A dissent on dissent", 255-260; M.T. HENDERSON, "From Seriatim to Consensus and Back Again", 283; K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum*, 221; R. MOORHEAD, "Concurring and Dissenting Opinions", 821 en W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 231.

²⁷⁵⁷ De Kamers (*Kammer*) beslissen steeds unaniem (over de toelaatbaarheid van de prejudiciële vragen en het *Verfassungsbeschwerde*). K. SCHLAICH en S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht (2012)*, nr. 40, 27.

²⁷⁵⁸ Artikel 30, 1 *BVerfGG*.

²⁷⁵⁹ K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum*, 65 en R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 28, 54; W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 121; CH. WALTER, "La pratique des opinions dissidentes à l'étranger. En Allemagne", *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2000, (125) 125 en

overeind voor het gemene procesrecht, doch niet voor het *Bundesverfassungsgericht*, waarvan de rechters sinds 1970 hun afwijkende motiveringen bij de arresten mogen bekendmaken.²⁷⁶⁰ Zoals in België, hebben bepaalde Duitse politici van bij de oprichting van het *Bundesverfassungsgericht* het beginsel van afwijkende motiveringen verdedigd: de sociaal-democratische partij diende daartoe een amendement in, doch de regering wou slechts geheime afwijkende motiveringen toestaan. Bij het aannemen van de *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* haalde geen van beide voorstellen de meerderheid, omdat de traditie van en het vertrouwen in de grondwettelijke rechtspraak nog niet voldoende was:

“Das vertrauen zur Justiz und besonders die Autorität der Verfassungsjustiz seien bei uns nicht groß genug, um in politische Prozessen unliebsame und für die ganze Institution lebensgefährliche Reaktionen der Öffentlichkeit auszuschließen, wenn ein Richter selbst zum Ausdruck bringe, man hätte auch anders entscheiden können. Gewiß sei die dissenting opinion ein Institut aus alten deutschrechtlichen Wurzeln; aber seit Jahrhunderten urteile in deutschen Landen das Gericht als anonyme Behörde. Gerade die Verfassungsjustiz könne am wenigsten einen solchen Bruch mit der deutschen Gerichtstradition vertragen. Wenn die dissenting opinion eingeführt werden solle, dürfe man damit nicht beim Bundesverfassungsgericht beginnen, denn es müsse alles vermieden werden, was der Autorität seiner Entscheidungen Abbruch tun könnte.”²⁷⁶¹

959. *Bundesverfassungsgericht* – Met enkele arresten heeft het *Bundesverfassungsgericht* vervolgens zelf het debat gevoed: in 1952 maakte het hof kenbaar met welke meerderheid een beslissing werd genomen²⁷⁶² en in 1966 en in 1969 vermeldde het hof in twee arresten, waarin door een staking van stemmen geen ongrondwettigheid kon worden vastgesteld, eerst de argumenten van de vier rechters waarom de *Grundgesetz* was geschonden en vervolgens de argumenten van de vier rechters waarom de *Grundgesetz* niet was geschonden²⁷⁶³. Sinds 1967 maakt de Tweede Senaat van het *Bundesverfassungsgericht* de

K. ZWEIFERT, "Empfiehlt es sich, die Bekanntgabe der abweichende Meinungen des überstimmten Richters (Dissenting Opinion) in den deutschen Verfahrensordnungen zuzulassen?", in X (ed.), *Verhandlungen des siebenundvierzigsten deutschen Juristentages*, München, C.H.Beck'sch Verlagsbuchhandlung, 1968, D 47 en 101 e.v. Dit beginsel zou zijn oorsprong vinden in de laat-Romeinse en canonieke procedure. K.H. NADELMANN, "The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy", 415. Wijziging van 21 december 1970 aan de *BVerfGG*.

2760

2761 Geciteerd door J. FEDERER, "Die Bekanntgabe der abweichenden Meinung des überstimmten Richters", *Juristenzeitung* 1968, (511) 517. Zie ook K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum*, 69-70 en K.H. NADELMANN, "The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy", 427.

2762

BVerfG 8 december 1952, *BVerfGE* 2, 79 (meerderheid van twintig tegen twee rechters). ZWEIFERT noemt deze casus buitengewoon, gelet op het politieke effect van deze beslissing over de Europese Gemeenschap. Hij meent dat het *Bundesverfassungsgericht* officieuze mededelingen wou tegenspreken die stelden dat de beslissing van het *Bundesverfassungsgericht* slechts met een nipte meerderheid zou zijn genomen. Zie K. ZWEIFERT, "Empfiehlt es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (...) zuzulassen?", D 14 en W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 122-123. Zie ook K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum*, 71. Een conservatieve rechter, GEIGER, publiceerde zijn afwijkende motivering en voedde ook hiermee het debat over de toelaatbaarheid van afwijkende motiveringen. Zie R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 103 e.v.

2763

BVerfG 5 augustus 1966, (*Der Spiegel*), *BVerfGE* 20, 162 en 23 april 1969, *BVerfGE*, 25, 352. De regel dat bij staking van stemming, geen ongrondwettigheid kan worden vastgesteld, wordt betwist. De eerste Senaat van het *Bundesverfassungsgericht* meent dat in zulk geval de rechtsvraag open blijft. Zie *BVerfG* 10 januari 1995, *BVerfGE* 92, 1 (14) en 14 juli 1987, *BVerfGE*, 76, 211 (217). Zie R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 106.

stemverhouding in bepaalde arresten openbaar.²⁷⁶⁴ In datzelfde jaar spraken negen rechters van het hof zich uit voor de invoering van openbare afwijkende motiveringen, zes rechters waren tegen.²⁷⁶⁵

960. Rechtsleer – Ook in de rechtsleer woedde de discussie volop: deze kende een apotheose met een studiedag van de Duitse juristenvereniging in Nürnberg, waarop, aan de hand van een (*pro*) advies/wetsontwerp van Konrad ZWEIGERT, emeritus rechter bij het *Bundesverfassungsgericht*, grondig over het al dan niet toestaan van afwijkende motiveringen werd gediscussieerd.²⁷⁶⁶ Het gezag van gewijsde, het gezag van de rechterlijke instelling en het geheim van het beraad werden als tegenargumenten aangevoerd; ter verdediging werd ingeroepen dat afwijkende motiveringen sterk bijdragen tot de ontwikkeling van de rechtswetenschap en noodzakelijk zijn om het proces van oordeelsvinding transparanter te maken.²⁷⁶⁷ Grondwettelijk rechter FEDERER toonde aan dat het toestaan van afwijkende motiveringen niet zou afwijken van een eeuwenlange Duitse rechtstraditie, daar in het verleden rechters wel afwijkende motiveringen mochten uiten.²⁷⁶⁸ Volgens de stemming op de studiedag waren 371 juristen voorstander voor afwijkende motiveringen in het *Bundesverfassungsgericht* en in de grondwettelijke hoven van de *Länder* en 31 tegenstander.²⁷⁶⁹

961. Opnieuw de wetgever – Dezelfde argumenten beheersten het parlementaire debat over afwijkende motiveringen in 1970. Grondwettelijke rechters getuigden er over de mogelijke gevolgen van het toestaan ervan: omdat een rechter zijn reputatie met een briljante afwijkende motivering zou kunnen verhogen, zou het moeilijker worden om tot een compromis te komen; anderen argumenteerden dan weer dat indien een rechter vaak zijn afwijkende motivering zou kenbaar maken, dit eerder zijn reputatie zou schenden; groeperingen binnen het hof zouden evenwel onvermijdelijk zijn...²⁷⁷⁰ Uiteindelijk keurde het Duitse parlement met ruime meerderheid en zonder tegenstem het wetsvoorstel om afwijkende motiveringen toe te staan, goed.²⁷⁷¹

962. Praktijk – De rechters moeten hun afwijkende motivering binnen de drie weken na de voltooiing van het arrest aan de voorzitter van de *Senat* overmaken. Zij wordt samen met het arrest bekendgemaakt.²⁷⁷² In tegenstelling tot in het *Supreme Court*, is het in het

²⁷⁶⁴ K. ZWEIGERT, "Empfielht es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (..) zuzulassen?", D. 15; K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum*, 86 en R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 105-106.

²⁷⁶⁵ K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum*, 72.

²⁷⁶⁶ K. ZWEIGERT, "Empfielht es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (..) zuzulassen?", D1-D59. Zie ook J. FEDERER, "Die Bekanntgabe der abweichenden Meinung des überstimmten Richters", 511 en K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum*, 70 voor verwijzingen naar andere voorstanders van afwijkende motiveringen.

²⁷⁶⁷ CH. WALTER, "La pratique des opinions dissidentes à l'étranger. En Allemagne", 126.

²⁷⁶⁸ J. FEDERER, "Die Bekanntgabe der abweichenden Meinung des überstimmten Richters", 512-515 en K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum*, 65 en 99.

²⁷⁶⁹ CH. WALTER, "La pratique des opinions dissidentes à l'étranger. En Allemagne", 126 en K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum*, 78.

²⁷⁷⁰ CH. WALTER, "La pratique des opinions dissidentes à l'étranger. En Allemagne", 126.

²⁷⁷¹ CH. WALTER, "La pratique des opinions dissidentes à l'étranger. En Allemagne", 127.

²⁷⁷² Artikel 56 *Geschäftsordnung*.

Bundesverfassungsgericht niet onmogelijk dat een rechter zowel het arrest van het hof als een afwijkende motivering schrijft.²⁷⁷³

Na een sterke start van twintig afwijkende motiveringen op tweeënzeventig arresten in 1971, blijkt dat de Duitse grondwettelijke rechters nauwelijks van hun recht op afwijkende motivering gebruik maken. Zelden wordt in meer dan zes procent van de zaken per jaar een afwijkende motivering gegeven.²⁷⁷⁴

Uit kwalitatieve analyse blijkt dat, inderdaad, in de eerder politiek geladen zaken afwijkende motiveringen worden bekendgemaakt: over abortus (driemaal), over de grondwettigheid van christelijke kruisen in de Beierse scholen en over het asielrecht. Doch in vele politiek geladen zaken wordt ook unaniem uitspraak gedaan. En in vele zaken gaat de afwijkende motivering over een rechtsvraag en niet zozeer over een beleidskwestie.²⁷⁷⁵

963. Evaluatie – De vrees dat geen compromissen zouden kunnen worden gesloten, is aldus onterecht gebleken.²⁷⁷⁶ De arresten van de meerderheid zijn erbij gebaat: de rechters van de meerderheid beargumenteren hun redenering beter. In de woorden van een emeritus vicepresident van het *Bundesverfassungsgericht*:

“L’opinion dissidente transfère les raisons de respecter une décision de justice de l’autorité institutionnelle à la qualité du raisonnement.”²⁷⁷⁷

Hoewel de “euforie van Nürnberg” is vervlogen en sommige rechtsgeleerden sceptisch zijn, bepleit niemand om de afwijkende motiveringen voor het *Bundesverfassungsgericht* af te schaffen.²⁷⁷⁸ Wel zijn er kritische geluiden over de stijl van de afwijkende motivering: de afwijkende motivering zou alleen een andere juridische redenering mogen bevatten, zonder een polemieek over het meerderheidsarrest te zijn. Voor de afwijkende motivering geldt immers hetzelfde als voor een arrest: alleen de (juridische) redenering overtuigt, zodat elke rechter zich ervoor moet hoeden zich in al te polemisch vaarwater te begeven.²⁷⁷⁹

²⁷⁷³ K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum*, 217.

²⁷⁷⁴ CH. WALTER, "La pratique des opinions dissidentes à l'étranger. En Allemagne", 127; K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum*, 87 en W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 126. De laatste jaren zou het aantal ietwat toegenomen zijn, zodat er sinds 1971 in acht procent van de zaken een afwijkende motivering is geuit. A. VORKUHLE, "Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen „Quellcodes“ durch das BVerfG", *Juristenzeitung* 2009, (917) 922, voetnoot 87.

²⁷⁷⁵ CH. WALTER, "La pratique des opinions dissidentes à l'étranger. En Allemagne", 127.

²⁷⁷⁶ Zie ook J. SOHIER, "'Vote secret' ou 'vote dissident'", 762 en J. SOHIER, "Les effets des arrêts d'annulation rendus par le Tribunal constitutionnel fédéral allemand sur les décisions qui ne sont plus susceptibles de recours et reposent sur la norme annulée", *JT* 1984, (221) 173.

²⁷⁷⁷ Geciteerd en vertaald door CH. WALTER, "La pratique des opinions dissidentes à l'étranger. En Allemagne", 126.

²⁷⁷⁸ E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 163 (§ 16, nr. 370); K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum*, 169 en TH. RITTERSPRACH, "Gedanken zum Sondervotum", in W. FÜRST en R. HERZOG (eds.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Berlijn, de Gruyter, 1988, 1380-1381.

²⁷⁷⁹ J. ISENSEE, "Bundesverfassungsgericht - quo vadis?", *Juristenzeitung* 1996, (1085) 1087; TH. RITTERSPRACH, "Gedanken zum Sondervotum", 1388; J. SOHIER, "'Vote secret' ou 'vote dissident'", 765 en CH. WALTER, "La pratique des opinions dissidentes à l'étranger. En Allemagne", 128.

964. *Geheim* – De *Conseillers* stemmen eveneens bij gewone meerderheid: bij staking van stemmen heeft de voorzitter een doorslaggevende stem. De stemverhoudingen worden nooit bekendgemaakt. Zoals de Belgische, mogen de Franse grondwettelijke rechters hun afwijkende motiveringen niet uiten: in tegenstelling tot de Belgische rechters, zweren zij bij hun aanstelling bij eed om de beraadslagingen en de stemmen geheim te houden.²⁷⁸⁰ Al in 1344 legde een decreet de geheimhouding van de beraadslagingen op: na de Franse Revolutie werd deze regel enkele jaren afgeschaft, maar deze is sinds 1795 opnieuw van kracht.²⁷⁸¹

965. *Debat* – Ook in Frankrijk verdedigen emeriti rechters van de *Conseil constitutionnel*, rechtsgeleerden en politici de openbaarmaking van afwijkende motiveringen. Senator GÉLARD, decaan en professor, heeft hiertoe in 1996 een wetsontwerp ingediend.²⁷⁸² Tot de rechtsgeleerden behoren de professoren MASTOR²⁷⁸³, ROUSSEAU²⁷⁸⁴ en TROPER.²⁷⁸⁵ Onder de *Conseillers* bevindt zich LENOIR, die omdat het recht nooit zwart of wit is, verkiest dat alle argumenten en de inzet van de zaak openbaar zijn.²⁷⁸⁶ Voor het openbaren van de minderheidsopvattingen bij arresten van het Hof van Cassatie, pleit onder meer ANCEL, emeritus voorzitter van de eerste burgerlijke kamer van het Hof van Cassatie.²⁷⁸⁷

Deze rechters en rechtsgeleerden erkennen evenwel dat zij tot een minderheid behoren. Emeritus rechter bij de *Conseil constitutionnel* LUCHAIRE meent dat het openbaren van de beraadslagingen en van de stemverhouding op ernstige wijze het gezag, de geloofwaardigheid en de efficiëntie van de instelling zou ondermijnen. Een sterke afwijkende motivering zou het gezag van het arrest verminderen, zeker indien het arrest slechts dankzij de doorslaggevende stem van de voorzitter een meerderheid heeft behaald

²⁷⁸⁰ Artikel 3 Organieke Wet *Conseil constitutionnel*. Ook de Franse magistraten zweren dat zij de beraadslaging geheim zullen houden, zie artikel 6 Ordonnantie nr. 58-1270 van 22 december 1958 "portant loi organique relative au statut de la magistrature". Zie J. ENGLEBERT, "Le secret du délibéré: rappel de quelques principes à l'usage des délibérants", *DAOR* 2009, (276) 279 en P. MARTENS, "Solitude du juge et cohérence du droit", 805.

²⁷⁸¹ Het geheim van de beraadslaging vindt zijn wettelijke grondslag in artikel 448 *Code de procédure civile* en in artikel 357.2 *Code de procédure pénale*.

²⁷⁸² Y. LÉCUYER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", *Rev. trim. dr. h.* 2004, (197) 197-198.

²⁷⁸³ De auteur doctorerde over afwijkende motiveringen. Zie W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 361p.

²⁷⁸⁴ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), nrs. 81-82; J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", 172-174 en D. ROUSSEAU, "'Pro': une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes", 172-174.

²⁷⁸⁵ En ook Y. LÉCUYER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", 197 e.v.

²⁷⁸⁶ N. LENOIR, "Le métier du juge constitutionnel", *Le Débat* 2001, (178) te vinden op <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/le-conseil-hier/les-membres-depuis-1959/temoignages-d-anciens-membres/le-metier-de-juge-constitutionnel.25704.html>.

²⁷⁸⁷ J.-P. ANCEL, "Les opinions dissidentes", *Cycle de conférences annuelles sur les méthodes de jugement*, Parijs, Cour de Cassation, 18 oktober 2005, 1-6. Zie ook J.-F. BURGELIN, "Les petits et grands secrets du délibéré", *Dall.* 2001, (2755) 2755 e.v.

of indien een eminent professor de auteur van de afwijkende motivering zou zijn.²⁷⁸⁸ Gelet op de driejaarlijkse vernieuwing van drie van de negen benoemde leden van de *Conseil constitutionnel*, zou immers kunnen worden gehoopt dat de afwijkende motivering de meerderheidsmening wordt. Bovendien zou de geloofwaardigheid van de instelling in het gedrang komen, omdat aan een rechter zou kunnen worden verweten dat hij heeft gestemd tegen de belangen of het standpunt in van diegene die hem tot *Conseiller* heeft benoemd. Omdat de rechters niet langer zouden zoeken om hun uiteenlopende standpunten te verzoenen, zou ten slotte de efficiëntie van de instelling in het gedrang komen.²⁷⁸⁹ Vooral om deze laatste redenen verwerpt ook emeritus *Conseiller* VEDEL het recht op afwijkende motiveringen.²⁷⁹⁰ NADELMANN stelt dat de Franse rechtscolleges geen afwijkende motiveringen nodig hebben, daar deze (bijvoorbeeld het Hof van Cassatie) andere procedurele waarborgen bieden: het verslag van de rechter-verslaggever in openbare zitting en de mogelijkheid van de partijen om hierop te antwoorden.²⁷⁹¹ Ook is het niet ongebruikelijk dat Franse rechters hun eigen arresten in de vakliteratuur becommentariëren.

A. DE PRO EN CONTRA ARGUMENTEN

966. Structuur – Uit deze bondige bespreking van de rechtspraktijk en het debat in de vier landen blijkt alvast dat dezelfde argumenten *pro* en *contra* afwijkende motiveringen worden gebruikt. Hieronder worden deze argumenten besproken in de door ZWEIGERT in 1970 gehanteerde structuur: het toestaan van afwijkende motiveringen heeft een invloed op het rechtssysteem (1), op de concrete oordeelsvorming van de rechtscolleges en van de rechters (2) en op de procespartijen (3).

(1) HET RECHTSSYSTEEM

967. Structuur – Voor het rechtssysteem hebben afwijkende motiveringen vier grote voordelen: zij dragen bij tot de voorzienbaarheid en de ontwikkeling van het recht (a en b). Tegelijk verantwoordt zij de rechtsprekende functie (c), gaan zij rechtsvervreemding tegen en creëren zij een realistisch rechtsbewustzijn (d).

²⁷⁸⁸ J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", 1758.

²⁷⁸⁹ F. LUCHAIRE, "'Contre': le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel", *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2000, (170) 170-171.

²⁷⁹⁰ G. VEDEL, "voorwoord" in D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (2013), 9.

²⁷⁹¹ K.H. NADELMANN, "The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy", 422-423. Ook LASSER hecht veel belang aan de conclusies van de advocaat-generaal en aan het verslag van de rechter-verslaggever bij het Hof van Cassatie. Uit deze officieuze beraadslagingsdocumenten blijkt dat de dialoog tussen de rechters veel minder formalistisch en syllogistisch is dan het arrest laat vermoeden, en de rechters rekening houden met *open-ended* begrippen zoals gelijkheid en rechtvaardigheid en met maatschappelijke evoluties. M. LASSER, *Judicial deliberations : a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy* Oxford, Oxford University Press, 2004, 61 en 154.

(a) Voorzienbaarheid van het recht

968. *Voorzienbaarheid van de rechtspraak* – Niet alle doch wel sommige afwijkende motiveringen kunnen een latere meerderheid van rechters overtuigen en worden rechtspraak van een (grondwettelijk) hof.²⁷⁹² Op grond van afwijkende motiveringen kunnen wijzigingen in de rechtspraak dan ook eventueel worden voorzien. Door in een afwijkende motivering een alternatieve redenering of een beperktere draagwijdte van het arrest voor te stellen, duiden de rechters aan in welke richting de rechtspraak in de toekomst zou kunnen (en moeten) wijzigen en draagt de afwijkende motivering bij tot een fundamenteel beginsel van de rechtsstaat: de rechtszekerheid.²⁷⁹³ Om hun gedrag te bepalen kunnen burgers met de redenering van de meerderheid én van de minderheid rekening houden.²⁷⁹⁴ Daarnaast openbaren de *Justices* in hun afwijkende motiveringen niet zelden hun “*judicial philosophy*”, aan de hand waarvan kan worden ingeschat op welke wijze een rechter in andere zaken zal oordelen. Daardoor dragen deze opinies, ook de concrete casus voorbij, bij tot een betere voorspelbaarheid van de rechtspraak.²⁷⁹⁵

969. *Voorzienbaarheid van wetgeving* – Afwijkende motiveringen geven niet alleen inspiratie aan rechters van de toekomst, maar ook aan de wetgever. Uit de Amerikaanse praktijk blijkt dat de (grond)wetgever soms wetgeving uitvaardigt of aanpast, zoals in een afwijkende motivering werd voorgesteld.²⁷⁹⁶

970. *Voorzienbaarheid nodig?* – Is voorzienbaarheid van de rechtspraak nodig? Traditioneel wordt de rechtspraak in de *civil law* landen niet als een formele rechtsbron beschouwd en de rechter zou niet meer doen dan de (voorspelbare) wet toepassen. Deze leer is echter reeds lang gedateerd: ook in de *civil law* landen is de rol van een rechter niet steeds beperkt tot rechtstoepassing, maar omvat deze ook rechtsvinding.²⁷⁹⁷ Daarom is ook in deze landen de rechtspraak een belangrijke rechtsbron, op grond waarvan burgers hun gedrag bepalen, advocaten hun cliënten adviseren... Bovendien is de rechter soms genoodzaakt om recht te scheppen, indien hij – al dan niet bewuste – lacunes in de

²⁷⁹² Tien procent van de *dissenting opinions* van Justice HOLMES zijn later meerderheidsopinies geworden. Zie W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 299 e.v. Zie ook R.K. LITTLE, "Reading Justice Brennan: Is There a "Right" to Dissent?", *Hastings L.J.* 1999, (683) 687. Zie voor de rol van BÖCKENFÖRDE in het *Bundesverfassungsgericht*, O. JOUANJAN in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'état et la constitution démocratique: essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, Parijs, LGDJ, 2000, 7.

²⁷⁹³ W.J. BRENNAN, "In defense of dissents", 430 en E. VOSS, "Dissent: Sign of a Healthy Court", 656.

²⁷⁹⁴ M. KOLSKY, "Justice William Johnson and the History of the Supreme Court Dissent", 2085-86; R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 49; K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum*, 218 en A. VOßKUHLE, "Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung", 922. Soms voorspellen lagere rechtscollèges een wijziging in de rechtspraak van het *Supreme Court* en houden zij hiermee al rekening in hun eigen beslissingen. Zie R. MOORHEAD, "Concurring and Dissenting Opinions", 824.

²⁷⁹⁵ M.T. HENDERSON, "From Seriatim to Consensus and Back Again", 285; R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 73; K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum*, 163-164 en R. MOORHEAD, "Concurring and Dissenting Opinions", 823.

²⁷⁹⁶ S.H. FULD, "The Voices of Dissent", *Colum.L.Rev.* 1962, (923) 927; W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 295 en E. VOSS, "Dissent: Sign of a Healthy Court", 654 en 658.

²⁷⁹⁷ Y. LÉCUYER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", 223. Zie ook *supra*, randnummer 46.

wetgeving moet opvullen.²⁷⁹⁸ Dit alles wordt ook erkend door het Grondwettelijk Hof, dat in zijn vaststaande rechtspraak inzake het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel, in navolging van het EHRM, oordeelt dat “[a]an het vereiste dat een misdrijf duidelijk moet worden omschreven in de wet, is voldaan wanneer de rechtzoekende, op basis van de bewoordingen van de relevante bepaling, en in voorkomend geval *met behulp van de interpretatie daarvan door de rechtscolleges*, kan weten welke handelingen en welke verzuimen zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid meebrengen.²⁷⁹⁹ Het is dan ook noodzakelijk in een rechtsstaat dat de interpretatie door de rechtscolleges voorzienbaar is.

971. *Gezag en kracht* – Afwijkende motiveringen bevorderen de voorzienbaarheid van de rechtspraak, omdat de kennis van de stemverhouding beter doet inschatten wat het gezag van een arrest voor de toekomst is. Voor de tegenstanders van afwijkende motiveringen is dit juist een sterk nadeel: afwijkende motiveringen doen het arrest aan kracht inboeten²⁸⁰⁰ en ondermijnen het gezag van het arrest en uiteindelijk van het hof²⁸⁰¹.

Er is een onderscheid tussen het gezag en de kracht van een arrest. De kracht van het arrest is zijn gelding en afdwingbaarheid. Dat volgt uit de (wettelijke) rechtsregel dat het arrest van een grondwettelijk hof alle overheden bindt.²⁸⁰² Daarbij is het van geen enkel belang of een arrest bij een nippe dan wel bij een grote meerderheid tot stand kwam. De gelding en de afdwingbaarheid van het arrest hangen niet af van de stemverhouding.²⁸⁰³

Het gezag van een arrest is daarentegen de goedkeuring die het krijgt. Vele factoren bepalen het gezag van een arrest: afwijkende motiveringen, maar ook een slechte redactie van de motivering²⁸⁰⁴, kritiek van rechtsgeleerden, politici en media.²⁸⁰⁵ Heeft *Justice* HUGHES het niet bij het rechte eind wanneer hij stelt: "geen formele, maar een werkelijke unanimité geeft het hoogste gezag aan een arrest"?²⁸⁰⁶ De kennis van de stemverhouding en de publicatie van de afwijkende motivering maken het dan ook alleen mogelijk om voor de toekomst te kunnen inschatten of een rechtscollege eerder moeilijk dan wel eerder makkelijk tot een andere redenering kan worden overtuigd.²⁸⁰⁷

²⁷⁹⁸ K. ZWEIFERT, "Empfiehlt es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (...) zuzulassen?", D. 18. B. VANLERBERGHE, *Openbaarheid en openheid in het gerecht*, K.U.Leuven, 1999, 56.

²⁷⁹⁹ Zie onder meer GwH 27 mei 2008, nr. 81/2008, B.5.3. (eigen nadruk).

²⁸⁰⁰ R. FORRESTER, "Supreme Court Opinions - Style and Substance: An Appeal for Reform", 176 ("Would we have the strong basic frame of the constitutional system we now enjoy without the single-minded voice of John Marshall speaking for all members of the Court?")

²⁸⁰¹ A. ARTS, "Achter de schermen van het Arbitragehof", 746 en F. LUCHAIRE, "'Contre': le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel", 170.

²⁸⁰² Zie ook S.H. FULD, "The Voices of Dissent", 257; R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 39 en D. ROUSSEAU, "'Pro': une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes", 172.

²⁸⁰³ D. ROUSSEAU, "'Pro': une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes", 172 en J.-P. ANCEL, "Les opinions dissidentes", 2.

²⁸⁰⁴ In die zin versterkt een goed gemotiveerd arrest, begeleid met een goed gemotiveerde afwijkende motivering, het gezag van het arrest. B. PRIGNON, "Le secret du délibéré", *Ius & Actores* 2011, (109) 116.

²⁸⁰⁵ D. ROUSSEAU, "'Pro': une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes", 172.

²⁸⁰⁶ Geciteerd door W.J. BRENNAN, "In defense of dissents", 430-431 en J. SOHIER, "'Vote secret' ou 'vote dissident'", 763.

²⁸⁰⁷ M. KOLSKY, "Justice William Johnson and the History of the Supreme Court Dissent", 2085.

(b) Ontwikkeling van het recht

972. *(Open) dialoog over het recht* – Een arrest met een nipte meerderheid leert de rechtsonderhorige dat de beslechte rechtsvraag omstreden is. De afwijkende motivering roept op tot een wijziging van de rechtspraak of van de wetgeving en tot dialoog.²⁸⁰⁸ Justice HUGHES stelt het opnieuw treffend:

“A dissent in a court of last resort is an appeal to the brooding spirit of the law, to the intelligence of a future day, when a later decision may possibly correct the error into which the dissenting Judge believes the court to have been betrayed.”²⁸⁰⁹

Uit de afwijkende motiveringen groeit een dialoog: partijen, advocaten en rechtsgeleerden putten argumenten eruit om het (grondwettelijk) recht te bespreken. Dit leidt tot een opener ontwikkeling van het recht. In de Amerikaanse rechtsleer heet dit de “*constitutional dialogue*”, die essentieel in de deliberatieve democratie wordt geacht: alle betrokkenen nemen deel aan het debat over het grondwettelijk recht en dragen bij tot de ontwikkeling ervan.²⁸¹⁰

973. *Dialoog ongewenst, gewenst of noodzakelijk?* – Tegenstanders voeren aan dat het toestaan van afwijkende motiveringen de rechtsstaat ondermijnt.²⁸¹¹ Daarvoor wordt verwezen naar een uitspraak van Justice BRANDEIS: “*It is usually more important that a rule of law be settled, than that it be settled right.*”²⁸¹² Afwijkende motiveringen zouden bijdragen tot verwarring over wat het recht is: het zou leiden tot rechtsonzekerheid²⁸¹³ of de idee voeden dat recht niet vaststaat²⁸¹⁴. Het zou de taak van de rechter zijn om de enige juiste interpretatie aan het recht te geven, niet om te bevestigen dat meerdere interpretaties van het recht mogelijk zijn.²⁸¹⁵

²⁸⁰⁸ T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 45; K. ZWEIGERT, "Empfielht es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (..) zuzulassen?", D. 22.

²⁸⁰⁹ HUGHES, geciteerd door K. ZWEIGERT, "Empfielht es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (..) zuzulassen?", D. 22.

²⁸¹⁰ R.B. GINSBURG, "Remarks on Writing Separately", *Wash. L. Rev.* 1990, (133) 144 en M.T. HENDERSON, "From Seriatim to Consensus and Back Again", 290-291. DWORKIN meent dat het debat in de media, in de rechtsfaculteiten en onder de burgers naar aanleiding van uitspraken van het *Supreme Court* in grondwettelijke kwesties van een hogere kwaliteit is en meer burgers betreft dan het debat dat door een wetgevende procedure totstandkomt. R. DWORKIN, *Freedom's Law*, 345. Zie ook M. VERDUSSEN, "Un procès constitutionnel légitime", in X (ed.), *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Parijs, Dalloz, 2007, 476, die vindt dat het Grondwettelijk Hof bij uitstek de instelling is die het best geplaatst is om aan de grondwettelijke dialoog bij te dragen.

²⁸¹¹ R. BENNET, "A dissent on dissent", 258-259 en R. FORRESTER, "Supreme Court Opinions - Style and Substance: An Appeal for Reform", 179. *Contra*, T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 45, onder twee voorwaarden: het hof moet de rechtsvraag duidelijk beslechten en de rechters mogen niet al te activistisch te werk gaan.

²⁸¹² Justice BRANDEIS, geciteerd door E. VOSS, "Dissent: Sign of a Healthy Court", 650 en R.B. GINSBURG, "Speaking in a Judicial Voice", 1191.

²⁸¹³ Zie de verwijzingen bij S.H. FULD, "The Voices of Dissent", 926 en R.B. GINSBURG, "Remarks on Writing Separately", 147.

²⁸¹⁴ R. BENNET, "A dissent on dissent", 258-259.

²⁸¹⁵ Cfr. interessante discussie tussen *Supreme Court Justices* en Franse *Conseillers d'État*, geciteerd door R.B. GINSBURG, "Remarks on Writing Separately", 133-134.

Het verbod op de publicatie van afwijkende motiveringen doet deze echter niet verdwijnen: zij blijven bestaan *“ready to surface on the next opportune occasion”*²⁸¹⁶. Het recht staat niet meer of minder vast, als de afwijkende motivering niet mag worden uitgedrukt. Door arresten te vellen, zonder vermelding van de stemverhouding of alle door de rechters gebruikte argumenten, misleidt een rechtscollege de rechtsonderhorige: het is de fictie van unanimité²⁸¹⁷ en van slechts één juiste interpretatie van het recht.²⁸¹⁸ In deze zin bevorderen afwijkende motiveringen juist de rechtszekerheid: zonder afwijkende motiveringen komen wijzigingen in de rechtspraak onverwacht. De rechtsonderhorige kan immers niet inschatten of het antwoord op de rechtsvraag omstreden is of niet en welke argumenten welke rechters kunnen overtuigen.²⁸¹⁹ Een verbod op afwijkende motiveringen bevordert de eenheid in de rechtspraak evenmin, net zo min als het wijzigingen in de rechtspraak kan vermijden. Ten slotte geldt wat reeds hierboven is geschreven: de kracht van het arrest is niet afhankelijk van de publicatie van afwijkende motiveringen. *The rule is settled.*²⁸²⁰

In een democratie is zo’n dialoog dan ook niet alleen gewenst maar noodzakelijk: het geeft uiting aan het pluralisme, één van de fundamenteën van de democratie²⁸²¹:

“Dans une société pluraliste où les vérités sont devenues incertaines et les dissidences respectables, l’acte de juger doit satisfaire à de nouvelles exigences : ce qu’il perd en sacralité, en majesté, il doit le retrouver dans les valeurs de qualité, de cohérence, de sécurité.”²⁸²²

974. *Onderzoek over oordeelsvinding* – In afwijkende motiveringen verwijzen rechters vaak naar rechtsleer, waarin hun stellingen worden onderbouwd. De wisselwerking is wederzijds: in landen waarin afwijkende motiveringen worden toegelaten, is zowel het juridisch als het sociologisch onderzoek naar de oordeelsvinding door de rechter uitgebreider. In België wordt weinig onderzoek gedaan naar de wijze waarop rechters tot een oordeel komen. Nog minder zijn rechters geneigd om hun wijze van oordeelsvinding uiteen te zetten. Het toestaan van afwijkende motiveringen zou dit onderzoek bevorderen en de rechters hiertoe aanmoedigen.

²⁸¹⁶ Lord KERR OF TONAGHMORE, "Dissenting judgments - self indulgence or self sacrifice?", *The Birkenhead Lecture*, 8 oktober 2012, 12.

²⁸¹⁷ S.H. FULD, "The Voices of Dissent", 927.

²⁸¹⁸ R.B. GINSBURG, "Remarks on Writing Separately", 134.

²⁸¹⁹ Zelfs in rechtssystemen waarin arresten een grote precedentenwerking hebben en waarbij in beginsel de rechtsvraag door het arrest een oplossing verkrijgt, zijn veranderingen in de rechtspraak onvermijdelijk. Daar het beginsel van *stare decisis* minder sterk geldt voor rechtspraak van de hoogste rechtscolleges, is het debat over de verenigbaarheid van dit beginsel met afwijkende motiveringen voor dit onderzoek minder relevant. Zie over de kracht van precedenten en afwijkende motiveringen, R. BENNET, "A dissent on dissent", 255-260. Zie ook S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 257-258.

²⁸²⁰ Zie, *supra* randnummer 970.

²⁸²¹ W. DOUGLAS, "Dissent: A Safeguard of Democracy", *J. Am. Judicature Society* 1948, (104) 106; Y. LÉCUYER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", 223; B. PRIGNON, "Le secret du délibéré", 115 en M. VAN HOECKE, "Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation", 421.

²⁸²² P. MARTENS, "Solitude du juge et cohérence du droit", 807.

(c) Verantwoording van het rechtspreken

975. *Transparantie* – Door afwijkende motiveringen wordt het rechtspreken in controversiële zaken transparanter.²⁸²³ Negatief gesteld houdt de dialoog over het recht door het publiceren van afwijkende motiveringen een publiek toezicht op het rechtspreken en het functioneren van het rechtscollège in. Dit toezicht is zwakker, indien afwijkende motiveringen niet worden geopenbaard.²⁸²⁴ Afwijkende motiveringen bewijzen dat het rechtscollège de zaak grondig heeft behandeld: het toont aan dat niet de mening van één rechter het debat domineerde²⁸²⁵ en dat uitspraak wordt gedaan op grond van geldige – juridische dan wel niet-juridische – argumenten²⁸²⁶. Hiermee verantwoorden de (grondwettelijke) rechters hun functie. Door de samenstelling van een grondwettelijk hof en het politieke karakter van zijn uitspraken is er meer behoefte aan zo'n verantwoording en dus aan afwijkende motiveringen.²⁸²⁷

(d) Rechtsvervreemding tegenaan en een realistisch rechtsbewustzijn creëren

976. *“Bouche de la loi” en pluralisme* – Ook in de *civil law* rechtssystemen wordt reeds enige tijd erkend dat de metafoor van de rechter als *“bouche de la loi”* de werkelijkheid niet weergeeft. De rol van de rechter is niet beperkt tot een louter syllogistische toepassing van de wet.²⁸²⁸ Zelden heeft de wetgever, in een wet, al uiting gegeven aan het pluralisme van en de meningsverschillen in de hedendaagse samenleving: het komt veelal de (grondwettelijke) rechter toe om verscheidene, vaak tegenstrijdige, rechten en belangen die in verschillende waarden en normen van de samenleving hun grondslag vinden, af te wegen. In deze zaken, door DWORKIN de *“hard cases”* genoemd, is geen formele rechtsbron de leidraad tot de oplossing, maar moet de rechter de oplossing in het geheel van de normen van de samenleving vinden. Dit geldt *a fortiori* voor grondwettelijke rechters, die in de open grondwetsbepalingen niet steeds houvast vinden en in ieder geval minder dan een gewone rechter in de wet.²⁸²⁹ Wanneer deze rechters de oplossing in het geheel van de normen van de samenleving moeten vinden, mogen zij deze oplossing niet slechts poneren, zoals de wetgever kan, maar moeten zij motiveren waarom zij een bepaalde oplossing verkiezen. Daarbij achtte emeritus *Justice* BRENNAN het noodzakelijk dat rechters, al dan niet in afwijkende motiveringen, hun oplossing motiveren.²⁸³⁰

²⁸²³ A. VORKUHLE, "Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung", 922.

²⁸²⁴ "It is through publicity alone that justice becomes the mother of security". BENTHAM, geciteerd door K.H. NADELMANN, "The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy", 430.

²⁸²⁵ S.H. FULD, "The Voices of Dissent", 927; R. MOORHEAD, "Concurring and Dissenting Opinions", 822 en E. VOSS, "Dissent: Sign of a Healthy Court", 653.

²⁸²⁶ Zie ook S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 274.

²⁸²⁷ J. SOHIER, ""Vote secret" ou "vote dissident"", 767 en K. ZWEIGERT, "Empfielht es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (..) zuzulassen?", D 28.

²⁸²⁸ A. ALEN, ""Scheiding" of "Samenwerking" der machten?", nr. 26.4.; T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 45; R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 46 en M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 55. Zie ook *supra*, randnummer 46.

²⁸²⁹ Ook de wetgever erkent dit, zie *Hand.* Kamer 1982-83, nr. 81-82, 2416. Zie ook W.H. REHNQUIST, "The Supreme Court: Past and Present", *A.B.A.J.* 1973, (361) 363.

²⁸³⁰ W.J. BRENNAN, "In defense of dissents", 435 en P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", 11.

977. Pluralisme – Deze rechters kunnen immers een verschillende waarde aan deze normen van de samenleving hechten, zodat zij tot een andere oplossing van een rechtsvraag komen. Afwijkende motiveringen toestaan doorbreekt de fictie dat een rechtscollege met één stem spreekt en laat ruimte voor de erkenning van diversiteit in het rechtsdenken²⁸³¹, die slechts de spiegel is van de hedendaagse pluralistische samenleving.²⁸³² Een pluralistische samenleving veronderstelt dat ook in de rechtspraak pluralisme wordt aanvaard én dat ook rechters de vrijheid genieten om uiting te geven aan hun mening. In de Verenigde Staten van Amerika wordt verdedigd dat het recht van vrije meningsuiting van de rechter inhoudt dat ook hij afwijkende motiveringen mag schrijven.²⁸³³ Ook voormalig voorzitter van het Grondwettelijk Hof MARTENS acht het noodzakelijk dat een grondwettelijk hof in een moderne democratische staat het pluralisme van meningen weerspiegelt.²⁸³⁴ Want bij uitstek een grondwettelijk hof, waarvan de uitspraken *erga omnes* gelden en waarin open juridische begrippen worden geïnterpreteerd, moet aan de pluraliteit van opinies binnen het hof uiting geven:

“Dans le cas d’une Cour qui a le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des normes législatives, il s’agit en outre d’une mission plus spécifique de clarifier et de développer des principes essentiels qui constituent la base de la société (démocratie, Etat de droit, liberté, égalité) et ses décisions s’appuieront sur des conceptions socio-juridiques toujours sujettes à désaccords dans une société pluraliste.”²⁸³⁵

978. "Mystique de vérité" – Met de fictie verdwijnt ook het mystieke van het rechtspreken. Rechtspraak is geen verheven, doch een aards en menselijk gebeuren: de taak van de rechter is wezenlijk het geschil beslechten door het laatste woord erover te spreken.²⁸³⁶ Het rechtspreken beoogt rechtvaardigheid, als normatieve grondslag voor de normen van de samenleving, en rechters worden hiertoe gevormd: zij hebben evenwel niet het exclusieve bezit van de kennis wat de hoogste rechtvaardigheid is. Door afwijkende motiveringen toe te staan, wordt de taak van de rechter realistischer: de burger zal ervaren dat ook rechtspraak mensenwerk ("*human frailty*"²⁸³⁷) is en dat meerdere oplossingen mogelijk zijn, waarover rechters van mening kunnen verschillen²⁸³⁸ en die bovendien tijdsgebonden kunnen zijn.²⁸³⁹

979. Beeld van de rechtzoekende – Niemand ontkennt immers vandaag nog dat meningsverschillen binnen een rechtscollege bestaan. Het debat gaat er slechts over of deze meningsverschillen ook het licht mogen zien. "*Affaire de goût, affaire de philosophie*

²⁸³¹ J.-P. ANCEL, "Les opinions dissidentes", 2 en R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 38.

²⁸³² R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 43 en Y. LÉCUYER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", 223.

²⁸³³ Zie *infra*, randnummer 988.

²⁸³⁴ P. MARTENS, "Le métier de juge constitutionnel", 32.

²⁸³⁵ J. SOHIER, ""Vote secret" ou "vote dissident"", 765.

²⁸³⁶ S.H. FULD, "The Voices of Dissent", 928; Y. LÉCUYER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", 201; R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 38 en 49; P. MARTENS, "Solitude du juge et cohérence du droit", 805; P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", 16 en D. ROUSSEAU, ""Pro": une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes", 173.

²⁸³⁷ R.K. LITTLE, "Reading Justice Brennan: Is There a "Right" to Dissent?", 687.

²⁸³⁸ R.B. GINSBURG, "Speaking in a Judicial Voice", 1190 en S.H. FULD, "The Voices of Dissent", 926.

²⁸³⁹ A. VORBUHLE, "Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung", 922.

aussi", volgens ROUSSEAU.²⁸⁴⁰ Is men bereid de argumentatie bekend te maken en het recht zijn mystieke karakter te doen verliezen? Niet onbelangrijk hierbij is het beeld dat de staatsmachten van de burger hebben: is de burger subject of object, rechtsonderhorige of rechtsgelijke? Achten de staatsmachten hem in staat om met de diversiteit van het recht om te gaan?

Bij de oprichting van het *Bundesverfassungsgericht* kort na de Tweede Wereldoorlog werden het vertrouwen in justitie en het gezag van de grondwettelijke rechter onvoldoende groot geacht om toe te staan dat pluralisme in het recht en in de rechtspraak tot uiting werd gebracht.²⁸⁴¹ Ook ZWEIGERT is niet steeds voorstander van afwijkende motiveringen bij het *Bundesverfassungsgericht* geweest: zolang het hof een belangrijke pacificatiefunctie op politiek vlak had, raadde hij afwijkende motiveringen af. Toen in 1970 het rechtsbewustzijn in de bevolking was doorgedrongen, achtte hij de tijd voor afwijkende motiveringen rijp.²⁸⁴²

Vraag is of dit argument niet eerder ertoe strekt om afwijkende motiveringen wél toe te staan dan niet: de diversiteit en het pluralisme in het recht zijn er. Door de afwijkende motiveringen zal de burger ermee leren omgaan.²⁸⁴³ Zoals ook in Duitsland gebeurde, stelt men in België al vlug: "*In het Belgische Grondwettelijk Hof zijn dissenting opinions niet mogelijk.*" De eventuele specifieke kenmerken van België die afwijkende motiveringen "onmogelijk" zouden maken, worden verder besproken. Op dit moment volstaat het om ZWEIGERT bij te treden: afwijkende motiveringen zijn de toepassing van de moderne vrije en pluralistische samenleving.²⁸⁴⁴

(2) HET RECHTSCOLLEGE, DE RECHTER, DE ARRESTEN

980. *Structuur* – Afwijkende motiveringen dragen niet alleen bij tot het rechtssysteem, maar hebben ook een (positieve) invloed op de werking van het rechtscollege (a), op de rechter (b) en op de arresten (c).

(a) Invloed op het rechtscollege

981. *Oordeelsvinding* – In de werken over het *Supreme Court* wordt beschreven op welke wijze afwijkende motiveringen het debat binnen het hof beïnvloeden: tijdens een beraadslaging wordt vastgesteld welke uitkomst een meerderheid heeft. Afwijkende motiveringen onder de rechters uitwisselen beïnvloedt de meerderheid, waardoor zij soms de minderheid wordt en leidt er soms toe dat de arresten heel anders luiden dan op grond

²⁸⁴⁰ D. ROUSSEAU, "'Pro': une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes", 173.

²⁸⁴¹ Zie *infra*, randnummer 957.

²⁸⁴² K. ZWEIGERT, "Empfielht es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (..) zuzulassen?", D. 35.

²⁸⁴³ K. ZWEIGERT, "Empfielht es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (..) zuzulassen?", D. 25.

²⁸⁴⁴ K. ZWEIGERT, "Empfielht es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (..) zuzulassen?", D. 25.

van de beraadslaging zou zijn vermoed.²⁸⁴⁵ Dit argument is niet doorslaggevend. Wanneer afwijkende motiveringen niet worden gepubliceerd, zou in beginsel dezelfde dynamiek moeten plaatsvinden door ontwerparresten en amendementen uit te wisselen.²⁸⁴⁶

982. *Marketplace of ideas* – Wél wezenlijk en doorslaggevend is dat, zoals de vrije markt door mededinging wordt uitgedaagd, het toestaan van afwijkende motiveringen wellicht de kwaliteit van het debat bevordert en verhindert dat het proces van oordeelsvinding star wordt²⁸⁴⁷: opdat de rechters van de meerderheid hun arrest op de meest overtuigende wijze zouden kunnen motiveren, moeten alle argumenten aan bod komen en moet over elk van de argumenten voldoende dialoog worden gevoerd. Zo niet, zal dit door een afwijkende motivering worden doorprikt. Zeker in een hoogste rechtscollege, waarvan de beslissingen niet voor beroep vatbaar zijn, moet de "*marketplace of ideas*"²⁸⁴⁸ zoveel mogelijk worden gewaarborgd.²⁸⁴⁹ Amerikaanse *Justices* getuigen dan ook dat het beraad grondiger wordt gevoerd, wanneer wordt aangekondigd dat een *dissenting opinion* in de maak is.²⁸⁵⁰

983. *Collegialiteit en consensus* – Het sterkste argument tegen afwijkende motiveringen is dat zij de collegialiteit binnen een rechtscollege zouden verminderen en het rechtscollege daardoor aan kracht, en vervolgens aan legitimiteit, inboet.²⁸⁵¹ Rechters zouden hun eigen mening en persoon belangrijker vinden dan het gezag van de instelling²⁸⁵², zodat zij minder consensusgericht zouden beraadslagen en eerder hun individuele mening willen openbaren.²⁸⁵³ De arresten worden het resultaat van verscheidene "*separate law offices*".²⁸⁵⁴

²⁸⁴⁵ R.B. GINSBURG, "Remarks on Writing Separately", 143; M. KOLSKY, "Justice William Johnson and the History of the Supreme Court Dissent", 2083; K.H. NADELMANN, "The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy", 420 en W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 236 e.v.

²⁸⁴⁶ ROBERT getuigt dat door de beraadslagingen in de *Conseil constitutionnel* (die op één dag gebeuren, nadat de rechter-verslaggever al bilateraal met zijn collega's heeft overlegd) *Conseillers* soms van mening veranderen. J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", 1749.

²⁸⁴⁷ W.J. BRENNAN, "In defense of dissents", 436.

²⁸⁴⁸ W.J. BRENNAN, "In defense of dissents", 430 en M. KOLSKY, "Justice William Johnson and the History of the Supreme Court Dissent", 2074.

²⁸⁴⁹ R. MOORHEAD, "Concurring and Dissenting Opinions", 823; D. ROUSSEAU, "'Pro': une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes", 173 en W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 238. Over de idee dat alleen debat tot de waarheid leidt, zie P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", 9.

²⁸⁵⁰ K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum*, 169.

²⁸⁵¹ F. LUCHAIRE, "'Contre': le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel", 171.

²⁸⁵² Een mogelijke remedie hiertegen is de verplichting om afwijkende motiveringen te anonimiseren. Zie *infra*, randnummer 1014 en zie ook S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 257.

²⁸⁵³ M.T. HENDERSON, "From Seriatim to Consensus and Back Again", 283 en E. VOSS, "Dissent: Sign of a Healthy Court", 649, die *Justice* WHITE en rechter LEARNED HAND citeren. Zie ook R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 37-38 en de verwijzingen aldaar.

²⁸⁵⁴ T. WALKER, L. EPSTEIN en W. DIXON, "On the Mysterious Demise of Consensual Norms in the United States Supreme Court", 362. Voor verwijzingen, zie ook S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 255 en P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", 16.

Is het altijd zo dat een rechter meer belang hecht aan zijn individuele meningsuiting dan aan consensus? *Justice* GINSBURG getuigt alvast dat dit niet zo is.²⁸⁵⁵ Uit de praktijk van het *Bundesverfassungsgericht* blijkt dit ook niet: de Duitse grondwettelijke rechters zijn nog steeds in staat om eensgezind recht te spreken.²⁸⁵⁶ Slechts in acht procent van de arresten wordt een afwijkende motivering bekendgemaakt. Misschien maken de *Justices* veeleer te vaak hun afwijkende motiveringen kenbaar, zoeken zij te weinig naar eensgezindheid en schaden zij hiermee de waarden van de rechtsstaat²⁸⁵⁷, doch dit kan geenszins de Duitse grondwettelijke rechters worden verweten. Net zo min als zij, zijn de *Justices* verplicht om hun afwijkende motivering kenbaar te maken, doch de gewoonte is dat zij dit eerder wel doen, zodat zij misschien veeleer de morele verplichting daartoe voelen.²⁸⁵⁸ Zo nodig moeten de politici, de media en de rechtsgeleerden de rechters vragen zich te beperken in het schrijven van afwijkende motiveringen en deze alleen te publiceren wanneer:

"[...] they stimulate thought as to whether the view of the majority is in conflict with wise and settled legal principle, at odds with justice and fair dealing, out of tune with the life about us or at variance with modern day needs."²⁸⁵⁹

Ten slotte, getuigt moeilijker eensgezind te zijn van een gebrek aan collegialiteit? Houdt collegialiteit niet eerder in dat eerbiedig elkaars meningen moeten worden gehoord en besproken en de eigen mening moet worden beargumenteerd?²⁸⁶⁰ Het is immers eigen aan een grondwettelijk hof, waarin ideologie een rol speelt en open normen moeten worden ingevuld, dat de rechters minder vaak eensgezind zijn. Dit hoeft niet als een gebrek aan collegialiteit of als het uitstellen van de eigen persoonlijkheid te worden beschouwd.²⁸⁶¹ De vermaardheid van de rechter heeft bovendien slechts baat bij juridisch sterke afwijkende motiveringen.²⁸⁶² "*Dissents for its own sake*" is veeleer schadelijk voor de rechter en voor een rechtscollege.²⁸⁶³ Zoals *Justice* JACKSON het stelt, moet een rechter eerder zijn hof willen overtuigen en is elke afwijkende motivering de bekentenis dat dit niet is gelukt.²⁸⁶⁴

984. "*Sign of a healthy court*" – Afwijkende motiveringen zijn een teken dat het grondwettelijk hof een gezonde instelling is: waar niet partijpolitieke, maar geldige (juridische en niet-juridische) argumenten zegevieren, waar elke rechter zijn

²⁸⁵⁵ GINSBURG getuigt dat, naast tijd, de bekommernis om het welzijn van het hof en om het gezag en respect voor zijn arresten de belangrijkste factoren zijn om geen afwijkende motivering te schrijven. R.B. GINSBURG, "Remarks on Writing Separately", 142.

²⁸⁵⁶ Zie ook J. SOHIER, "'Vote secret' ou 'vote dissident'", 764.

²⁸⁵⁷ R.B. GINSBURG, "Speaking in a Judicial Voice", verwijzend naar R. BENNET, "A dissent on dissent", 258-259.

²⁸⁵⁸ Over *Justice* BRANDEIS die weigerde om zijn afwijkende motiveringen bekend te maken, indien hij meende dat dit schadelijk voor het arrest zou zijn, zie M. KOLSKY, "Justice William Johnson and the History of the Supreme Court Dissent", 2083 en de verwijzingen aldaar.

²⁸⁵⁹ S.H. FULD, "The Voices of Dissent", 928.

²⁸⁶⁰ Over wat collegialiteit precies betekent, zouden zelfs rechters het niet eens zijn, stelt S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 256.

²⁸⁶¹ Zie ook P. MARTENS, "Y a-t-il des principes de valeur constitutionnelle?", 405-406 en, ook voor meer verwijzingen, S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 256.

²⁸⁶² D. ROUSSEAU, "'Pro': une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes", 173.

²⁸⁶³ W.J. BRENNAN, "In defense of dissents", 435 en R.B. GINSBURG, "Remarks on Writing Separately", 143.

²⁸⁶⁴ JACKSON, geciteerd door K. ZWEIGERT, "Empfielht es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (..) zuzulassen?", D. 34 en D. 28.

verantwoordelijkheid draagt en de instelling zijn gezag uit zijn arresten put.²⁸⁶⁵ In 1986 aarzelde SOHIER om afwijkende motiveringen voor het Grondwettelijk Hof toe te staan, bezorgd dat zij de spanning tussen de gemeenschappen naar buiten laten komen en zodoende schade toebrengen aan het gezag van het hof waarvan het prestige lang nog niet was gewaarborgd.²⁸⁶⁶ Vandaag is de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof niet beperkt tot de toetsing aan de bevoegdheidverdelende regels en put het Grondwettelijk Hof zijn gezag wel (grotendeels) uit zijn arresten, zodat dit bezwaar niet langer hoeft te gelden. Zo heeft ook SOHIER zijn mening herzien en pleit hij vandaag voluit voor afwijkende motiveringen bij het Grondwettelijk Hof: dat verhindert dat een rechter zou stemmen om redenen die hij niet zou durven openbaren, omdat hij zich ervan bewust is dat deze redenen moeilijk verzoenbaar zijn met de opdracht die hij van de natie heeft gekregen.²⁸⁶⁷

(b) Invloed op de rechter

985. *Verantwoordelijkheid en verantwoording* – Juist omdat afwijkende motiveringen de rechter verplichten zijn verantwoordelijkheid te nemen, dragen zij bij tot de legitimiteit van het rechtspreken. Toen *Chief Justice MARSHALL* in het *Supreme Court* de “*seriatim opinons*” door “*opinions of the Court*” verving, bekritiseerde President JEFFERSON deze beslissing omdat het ertoe zou kunnen leiden dat sommige rechters in een hof niet meer zelfstandig en actief zouden meedenken, maar gemakkelijks halve een andere rechter zouden volgen.²⁸⁶⁸ Indien “*opinions of the Court*” rechters al zouden kunnen toestaan om hun verantwoordelijkheid te ontlopen²⁸⁶⁹, wat dan wanneer afwijkende motiveringen niet worden toegestaan? Het toestaan van afwijkende motiveringen maakt de rechters verantwoordelijk voor hun oordeelsvinding: indien zij tot de meerderheid behoren, worden zij immers met de beslissing vereenzelvigd. De publicatie van afwijkende motiveringen maakt de rechters – van de meerderheid en van de minderheid – “*accountable to the law*”.²⁸⁷⁰ *A fortiori* grondwettelijke rechters moeten in hun arresten of afwijkende motiveringen verantwoording geven: gelet op de soms politieke aard van de uitspraken van een grondwettelijk hof en op zijn samenstelling, is het belangrijk dat eruit blijkt dat de rechtspraak door de geest van de grondwet en niet door partijpolitieke argumenten wordt geïnspireerd.²⁸⁷¹

²⁸⁶⁵ E. VOSS, "Dissent: Sign of a Healthy Court", 676.

²⁸⁶⁶ J. SOHIER, ""Vote secret" ou "vote dissident"", 755.

²⁸⁶⁷ J. SOHIER, ""Vote secret" ou "vote dissident"", 767.

²⁸⁶⁸ R.B. GINSBURG, "Remarks on Writing Separately", 138-139.

²⁸⁶⁹ R.B. GINSBURG, "Remarks on Writing Separately", 139. Zie ook Verslag van de Commissie over het wetsontwerp houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St. Senaat* 1981-82, nr. 246/2, 196 en 202.

²⁸⁷⁰ W.J. BRENNAN, "In defense of dissents", 435 en K. ZWEIGERT, "Empfielht es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (..) zuzulassen?", D. 28.

²⁸⁷¹ J. SOHIER, ""Vote secret" ou "vote dissident"", 767 en K. ZWEIGERT, "Empfielht es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (..) zuzulassen?", D. 28.

986. *Gewetensvrijheid* – Afwijkende motiveringen bevrijden de rechters.²⁸⁷² Indien de rechter het fundamenteel met een arrest oneens is, mag hij zijn eigen redenering uitdrukken. Zeker indien de rechtsvragen, zoals in het grondwettelijk recht, niet puur juridisch, maar ook van rechtstheoretische, sociologische of rechtspolitieke aard zijn, zal de publicatie van een afwijkende motivering de auteur kunnen bevrijden. Zoals *Justice* DOUGLAS het stelde: "*The right to dissent is the only thing that makes life tolerable for a judge of an appellate court.*"²⁸⁷³ Ongetwijfeld met een knipoog, vraagt emeritus voorzitter van het Grondwettelijk Hof MARTENS zich af of uit rechtsvergelijkend onderzoek niet zou kunnen worden vastgesteld dat de gezondheid van de grondwettelijke rechters bij het toestaan van afwijkende motiveringen baat zou hebben.²⁸⁷⁴

987. *Onafhankelijkheid* – Traditioneel wordt gesteld dat het geheim van de beraadslaging de onafhankelijkheid van de magistraten waarborgt.²⁸⁷⁵ De geheimhoudingsplicht staat de rechters toe in volledige onafhankelijkheid en vrijheid hun houding bij de stemming te bepalen.²⁸⁷⁶ Omdat grondwettelijke rechters politiek worden benoemd, zouden afwijkende motiveringen hun onafhankelijkheid nog meer bedreigen: de rechter zou immers niet anders durven oordelen dan wat de personen of politieke partijen die hem hebben benoemd in zijn plaats zouden oordelen. Zij zouden hun anonimiteit verliezen en uit hun geschriften zal blijken wie zij zijn en waarvoor zij staan.²⁸⁷⁷ Bij een verbod van afwijkende motiveringen blijft de persoon van de rechter meer op de achtergrond: het is niet bekend of een rechter links of rechts is, gelovig dan wel niet-gelovig, en of hij de mening van diegene die hem heeft benoemd of dankzij wie hij is benoemd, deelt.²⁸⁷⁸

Toen rechters van landsheren afhingen en hun mandaat niet met onafhankelijkheidswaarborgen was omkleed, had de geheimhoudingsplicht inderdaad deze functie.²⁸⁷⁹ Vandaag echter niet meer, zoals zowel de theorie als de praktijk bewijzen, omdat andere mandaatvoorwaarden de onafhankelijkheid van de rechter waarborgen: de rechter wordt voor het leven of voor een niet-hernieuwbare termijn benoemd en er geldt een strenge afzettingsprocedure.²⁸⁸⁰ Het Duitse voorbeeld is hiervoor sprekend: toen in

²⁸⁷² R.B. GINSBURG, "Remarks on Writing Separately", 139 en K. ZWEIGERT, "Empfielht es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (..) zuzulassen?", D. 29.

²⁸⁷³ Geciteerd door S.H. FULD, "The Voices of Dissent", 926. Zie ook R. MOORHEAD, "Concurring and Dissenting Opinions", 822.

²⁸⁷⁴ P. MARTENS, "Le métier de juge constitutionnel", 41.

²⁸⁷⁵ Brussel 6 december 2000, 1995/AR/1964 (maar het is geen regel van openbare orde). Door het geheim van het beraad is een ongeremde gedachtewisseling tussen de magistraten mogelijk. F. BLOCKX, "Het geheim van het beraad, het beroepsgeheim van de magistraat en het delen van informatie die onder het beroepsgeheim valt", *RW* 2012-13, (1257) 1259.

²⁸⁷⁶ J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 522.

²⁸⁷⁷ R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 36 en J.-P. ANCEL, "Les opinions dissidentes", 3. Zie ook J. CHEVALLIER, "Le juge constitutionnel et l'effect Becket", 86.

²⁸⁷⁸ F. LUCHAIRE, "'Contre': le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel", 170.

²⁸⁷⁹ R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 36 en K. ZWEIGERT, "Empfielht es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (..) zuzulassen?", D. 30-31.

²⁸⁸⁰ Zo oordeelt ook het EHRM: benoemingsprocedures van rechters door politieke organen schenden niet het in artikel 6, § 1 EVRM vervatte recht op onpartijdigheid, omdat door de onafhankelijkheids garanties waarmee een rechterlijk mandaat wordt bekleed, moet worden aangenomen dat de rechter meer belang hecht aan de verplichtingen die hem door de eed worden opgelegd dan aan (vermeende) partijaanhorigheid. Zie *supra*, randnummer 593. De belangrijkste waarborg hiertoe is zonder twijfel de benoeming voor het leven of voor een bepaalde, niet-

1970 de afwijkende motiveringen bij het *Bundesverfassungsgericht* wettelijk werden toegestaan, werd de mogelijkheid om de termijn voor de grondwettelijke rechters te verlengen, afgeschaft en werd de niet-verlengbare termijn van twaalf jaar ingevoerd.²⁸⁸¹ Voor het bewijs in de praktijk volstaat het te verwijzen naar de talrijke citaten van (doorgaans republikeinse) Amerikaanse presidenten, waaruit hun teleurstelling in een benoeming van een rechter bij het *Supreme Court* blijkt.²⁸⁸² Bovendien zijn er zoveel voorbeelden van rechtscolleges die hun onafhankelijkheid hebben bewezen en waarbij afwijkende motiveringen wel zijn toegestaan: de alleenzettelende rechters in België, maar ook de rechters van het *Bundesverfassungsgericht*, het *Supreme Court*, het EHRM en tal van andere rechtscolleges.²⁸⁸³ Vandaag kan dan ook nog moeilijk worden verdedigd dat het geheim van de beraadslaging noodzakelijk is om de onafhankelijkheid van de rechter te waarborgen.

Integendeel, de publicatie van afwijkende motiveringen is een waarborg voor en de uitdrukking van de onafhankelijkheid van de rechter, verdedigen vele rechtsgeleerden.²⁸⁸⁴ Vooreerst beslist alleen de auteur van de afwijkende motivering of hij deze vrijgeeft.²⁸⁸⁵ Zonder de publicatie van de tijdens het debat gebruikte argumenten, is niet geweten of de rechters in hun oordeelsvinding "abstractie [maken] van [hun] afkomst, [hun] geloof en [hun] politieke overtuiging"²⁸⁸⁶. In de afwijkende motivering kan de rechter getuigen dat alleen geldige argumenten hem tot zijn oordeel hebben gebracht en hij hierbij onafhankelijk heeft gehandeld.²⁸⁸⁷ In bepaalde arresten blijkt dat de (partij)politieke overtuigingen inderdaad de bovenhand op de juridische argumenten hebben gehaald: deze arresten worden dan ook sterk bekritiseerd, door de afwijkende motiveringen én door de rechtsleer.²⁸⁸⁸

988. *Vrijheid van meningsuiting* – In de Amerikaanse literatuur wordt verdedigd dat het toestaan van de publicatie van afwijkende motiveringen een toepassing is van de grondwettig gewaarborgde vrijheid van meningsuiting. KOLSKY erkent dat het *First Amendment*, waarin de vrijheid van meningsuiting wordt gewaarborgd, *strictu sensu* de

hernieuwbare, persiode. Zie CH. EISENMANN, G. VEDEL en L. FAVOREU, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, 176-177; R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 31 en J. SOHIER, "'Vote secret" ou "vote dissident"', 763.

²⁸⁸¹ Zie ook R.B. GINSBURG, "Remarks on Writing Separately", 146, die ook eenzelfde verband ziet tussen het verbod op afwijkende motiveringen bij het Hof van Justitie van de Europese Unie en de hernieuwbare termijn van rechters.

²⁸⁸² Zie *supra*, randnummer 573. Zie ook W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 223 e.v.

²⁸⁸³ Zie ook, onder meer voor andere verwijzingen, S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 255 en B. PRIGNON, "Le secret du délibéré", 115.

²⁸⁸⁴ B. PRIGNON, "Le secret du délibéré", 115; W. DOUGLAS, "Dissent: A Safeguard of Democracy", 105-106; R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 31 en 73; W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 230 e.v. en K. ZWEIFERT, "Empfielt es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (...) zuzulassen?", D. 30 e.v. en D. 37. Voor andere verwijzingen, zie S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 254.

²⁸⁸⁵ R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 74.

²⁸⁸⁶ B. ALLEMEERSCH, *De naakte grijsaard*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2009, 34.

²⁸⁸⁷ W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 230.

²⁸⁸⁸ Bij wijze van voorbeeld, de beslissing van 12 december 2000 van het *Supreme Court* inzake de presidentiële verkiezing van BUSH, *George W. Bush et al., petitioners v. Albert Gore, Jr. et al.* Zie ook W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 229.

burgers tegen de overheid beschermt en niet de overheidsorganen.²⁸⁸⁹ De rechters genieten aldus geen grondwettig gewaarborgd recht op afwijkende motiveringen. Maar dat afwijkende motiveringen binnen het *Supreme Court* worden toegestaan, erkent KOLSKY als een belangrijke toepassing van de vrijheid van meningsuiting.²⁸⁹⁰ LITTLE verdedigt dat het recht op vrije meningsuiting inhoudt dat rechters mogen bekendmaken dat zij niet tot de meerderheid behoren, doch niet het recht op publicatie van de afwijkende motivering in haar geheel.²⁸⁹¹

Voor België heeft FEYEN zeer grondig nagegaan of het in artikel 10 EVRM vervatte recht op vrije meningsuiting afwijkende motiveringen voor het Belgisch Grondwettelijk Hof beschermt of vereist. Zijn overtuigend besluit is dat de juridische basis van een verbod op afwijkende motiveringen mogelijk, maar niet noodzakelijkerwijze, het recht op vrije meningsuiting schendt.²⁸⁹²

(c) Invloed op de arresten

989. *Kwaliteit* – Afwijkende motiveringen toestaan bevordert de kwaliteit van de arresten: omdat er minder nood is om het bereikte compromis in het arrest onder woorden te brengen, kan de meerderheid op een duidelijkere, begrijpelijker en eenduidigere wijze haar oordeel staven.²⁸⁹³ Bovendien wordt de meerderheid uitgedaagd om het arrest op een logisch consistente wijze op te bouwen: fouten of lacunes erin zullen immers in de afwijkende motiveringen worden blootgelegd.²⁸⁹⁴ Dit blijkt ook uit de getuigenis van gewezen *Conseiller* ROBERT. Hij meent dat voornamelijk de persoonlijkheid van de voorzitter de kwaliteit van de arresten bepaalt: indien de voorzitter duldt dat een meerderheid het arrest schrijft, wordt de consistentie van het arrest niet in het gedrang gebracht. Indien de voorzitter daarentegen eensgezindheid en een zo ruim mogelijke steun voor het arrest nastreeft, zal het arrest het compromis van verschillende stellingen zijn en aan consistentie inboeten.²⁸⁹⁵

²⁸⁸⁹ M. KOLSKY, "Justice William Johnson and the History of the Supreme Court Dissent", 2086.

²⁸⁹⁰ M. KOLSKY, "Justice William Johnson and the History of the Supreme Court Dissent", 2086.

²⁸⁹¹ Dat laatste is dan wel weer beschermd door een grondwettelijke interpretatie van de begrippen "rechtscolleges" en "rechters" in Artikel III *US Constitution*. R.K. LITTLE, "Reading Justice Brennan: Is There a "Right" to Dissent?", 688-704.

²⁸⁹² S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 267.

²⁸⁹³ Onder meer M.T. HENDERSON, "From Seriatim to Consensus and Back Again", 284; M. KOLSKY, "Justice William Johnson and the History of the Supreme Court Dissent", 2082; F. RIGAUX, "Opinions dissidentes, opinions séparées et opinions convergentes: l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire", 589; J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", 1759 en K. ZWEIGERT, "Empfielht es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (..) zuzulassen?", D. 34. *Contra*, R. FORRESTER, "Supreme Court Opinions - Style and Substance: An Appeal for Reform", 178-180.

²⁸⁹⁴ W.J. BRENNAN, "In defense of dissents", 430; R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 51; D. ROUSSEAU, "'Pro": une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes", 173 en W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 293.

²⁸⁹⁵ J. ROBERT, *La garde de la République*, 133 en J. ROBERT en D. ROUSSEAU, "Neuf années au Conseil constitutionnel", 1759.

Lijden de arresten van het Grondwettelijk Hof aan een gebrek aan consistentie, duidelijkheid en volledigheid? Hierop antwoordt emeritus voorzitter MARTENS:

“Et on peut déplorer que les arrêts de la Cour aient parfois une obscurité qui les fait ressembler aux compromis politiques qui expliquent l’opacité des lois.”²⁸⁹⁶

En zo stelt ook DELPÉRIÉ:

“D’une part, tout paraît simple. Je serais presque tenté de dire: lumineux. Le style est relativement clair. La tournure des phrases n’est pas compliquée. La structure de l’arrêt est bien découpée. Le dispositif de l’arrêt n’est pas unitiquement embrouillé. Autrement dit, la lecture de l’arrêt est aisée. En tout cas, pour le moyen juriste.

D’autre part, les réalités sont peut-être compliquées. Derrière la façade lisse, il y a des aspérités. Il y a des chausse-trappes. Il y a des pièges. Il y a des non-dits. La lecture de l’arrêt doit éviter de tomber dans certains simplismes.”²⁸⁹⁷

990. *Geen scheldproza* – Afwijkende motiveringen mogen evenwel geen scheldproza worden. Zij moeten de rechtsvraag juridisch behandelen en het arrest van de meerderheid eerbiedig bekritisieren. In de Amerikaanse rechtsleer worden terecht de toon en de inhoud van sommige afwijkende motiveringen gelaakt²⁸⁹⁸ en Justice GINSBURG verwijst dan ook naar richtlijnen over afwijkende motiveringen.²⁸⁹⁹

991. *Plurality opinions* – De voor- en tegenstanders van afwijkende motiveringen zijn het erover eens dat “*plurality opinions*” zoveel als mogelijk moeten worden vermeden.²⁹⁰⁰ In de Amerikaanse praktijk zijn er te veel voorbeelden van zulke arresten²⁹⁰¹, in Duitsland zijn *plurality opinions* zeer zelden.²⁹⁰² Het gevaar op *plurality opinions* is evenwel geen doorslaggevende reden om afwijkende motiveringen te verbieden.²⁹⁰³

(3) DE PROCESPARTIJEN EN HET PUBLIEK

992. *Structuur* – Ten slotte wordt hieronder nagegaan wat de invloed van afwijkende motiveringen is op de verliezende procespartij (a) en op het publiek (b).

²⁸⁹⁶ P. MARTENS, "Le métier de juge constitutionnel", 32. Zie ook M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 67.

²⁸⁹⁷ F. DELPÉRIÉ, "Lire un arrêt de la Cour d'Arbitrage", *RBDC* 1996, (283) 284.

²⁸⁹⁸ Onder meer R.B. GINSBURG, "Speaking in a Judicial Voice", 1196.

²⁸⁹⁹ GINSBURG citeert richtlijnen over afwijkende motiveringen binnen een Amerikaans rechtsgebied. *Final Report of the Committee on Civility of the Seventh Federal Judicial Circuit*. R.B. GINSBURG, "Speaking in a Judicial Voice", 1198.

²⁹⁰⁰ R.B. GINSBURG, "Remarks on Writing Separately", 148-149 en W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 285.

²⁹⁰¹ Minder dan twintig tussen 1801 en 1938, maar sindsdien vaker voorkomend. M.A. THURMAN, "When the Court divides: reconsidering the precedential value of Supreme Court plurality decisions", *Duke L.J.* 1992, (419) 420. Zie ook R. FORRESTER, "Supreme Court Opinions - Style and Substance: An Appeal for Reform", 179.

²⁹⁰² K.-H. MILLGRAMM, *Separate Opinion und Sondervotum*, 52.

²⁹⁰³ W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 285 en W. MASTOR, "Pour les opinions séparées au Conseil constitutionnel français", *Cycles de conférences annuelles sur les méthodes de jugement*, Parijs, Cour de Cassation, 18 oktober 2005, 1.

(a) Invloed op de verliezende procespartij

993. *Voldoening en beroep* – Velen verdedigen dat de in het ongelijk gestelde partij meer voldoening uit de procedure zou hebben, indien zij zou weten dan minstens één rechter haar argumentatie volgde.²⁹⁰⁴ Daartegenover zou staan dat procespartijen vaker hoger beroep instellen tegen vonnissen of arresten, waarbij afwijkende motiveringen worden geformuleerd, daar zij zouden kunnen genieten van een reeds door de rechter aangereikte motivering.²⁹⁰⁵ Dat laatste argument kan moeilijk doorslaggevend zijn om afwijkende motiveringen niet toe te staan: het bevorderen van het instellen van een hoger beroep kan bezwaarlijk een nadeel worden genoemd. Dat is *a fortiori* het geval voor het toestaan van afwijkende motiveringen bij grondwettelijke hoven, waarvan de beslissingen niet voor hoger beroep vatbaar zijn.

(b) Invloed op het publiek

994. *Grondwettelijke dialoog* – Hierboven is reeds uiteengezet dat transparantie in het rechtspreken het publieke toezicht op het rechtspreken bevordert. Door de publicatie van afwijkende motiveringen wordt aangetoond dat een grondwettelijk hof het rechtsgeschied grondig heeft bestudeerd, erover onafhankelijk en onpartijdig heeft nagedacht en alle argumenten zorgvuldig heeft afgewogen.²⁹⁰⁶ De afwijkende motiveringen dragen ook bij tot de begrijpelijkheid: afwijkende motiveringen zijn doorgaans toegankelijker dan de arresten geschreven, met verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer en met rechtsvergelijking.²⁹⁰⁷ De overheden die de beslissing moeten uitvoeren vinden soms in de afwijkende motivering meer motivering over het arrest, dan in het arrest zelf.²⁹⁰⁸ Deze begrijpelijkheid en transparantie en de grondwettelijke dialoog die uit de afwijkende motiveringen voortvloeit, versterken de legitimiteit van een rechtscollege.²⁹⁰⁹ Dit geldt des te meer voor een grondwettelijk hof, dat meer gezag uit zijn arresten moet putten, dan uit zijn grondwettelijke verankering.

²⁹⁰⁴ R.B. GINSBURG, "Remarks on Writing Separately", 143; R. MOORHEAD, "Concurring and Dissenting Opinions", 822 en W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 294.

²⁹⁰⁵ Voor verwijzingen, zie K. ZWEIGERT, "Empfielht es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (...) zuzulassen?", D. 35-36.

²⁹⁰⁶ R.B. GINSBURG, "Remarks on Writing Separately", 143; P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", 18; D. ROUSSEAU, "'Pro': une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes", 173 en E. VOSS, "Dissent: Sign of a Healthy Court", 653.

²⁹⁰⁷ W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 291 e.v.

²⁹⁰⁸ W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 287.

²⁹⁰⁹ W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 285.

B. AFWIJKENDE MOTIVERINGEN IN EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

995. *Rechtsstaat* – Hierboven worden de *pro* en *contra*-argumenten voor afwijkende motiveringen besproken. Uit deze analyse blijkt slechts één risico: afwijkende motiveringen zouden de collegialiteit in het rechtscollege verminderen en zou tot minder eensgezindheid leiden. Uit de Duitse praktijk blijkt dit niet, uit de Amerikaanse eventueel wel. Daarnaast zijn er vele voordelen, die regelmatig betrekking hebben op rechtsstaatselementen. Dat is niet irrelevant, daar in dit proefschrift de rechtsstaat het normatief kader is. Daarom wordt hieronder onderzocht of de rechtsstaat afwijkende motiveringen toestaat of zelfs vereist. Alvorens dit te onderzoeken, wordt eerst nagegaan of de Raad van Europa hieromtrent een mening heeft.

996. *Raad van Europa* – De Raad van Europa verplicht zijn lidstaten niet om afwijkende motiveringen van rechters toe te staan. Meerdere organen ervan erkennen nochtans de voordelen. De Adviesraad van Europese Rechters, die uitsluitend uit rechters is samengesteld, vindt dat zij kunnen bijdragen tot een betere inhoud van de beslissing en een goed begrip van zowel de beslissing als de ontwikkeling van het recht. Indien de lidstaat afwijkende motiveringen toestaat, acht de Adviesraad het noodzakelijk dat de afwijkende motivering, die op behoorlijke wijze moet worden gemotiveerd, samen met het arrest wordt gepubliceerd.²⁹¹⁰ Ook de Commissie van Venetië ziet alleen voordelen in de publicatie van afwijkende motiveringen: zij laten een publiek en wetenschappelijk debat over de arresten toe, zij versterken de onafhankelijkheid van de rechters en zorgen ervoor dat rechters effectief deelnemen aan de beraadslaging. Zij meent dat de publicatie van afwijkende motiveringen een grondwettelijk hof niet verzwakt, daar een grondwettelijk hof zijn legitimiteit uit de grondwet put. Ook hoeft niet te worden gevreesd dat rechters zich schatplichtig zouden voelen aan de personen of politieke partijen die hen hebben benoemd, daar de rechters voldoende waarborgen voor onafhankelijkheid genieten. Ten slotte blijven rechters lid van het grondwettelijk hof en dus ook loyaal aan de arresten van dat hof, die onverkort moeten worden uitgevoerd.²⁹¹¹

997. *Verzoenbaar met de rechtsstaat* – Zijn de rechtsstaat en afwijkende motiveringen verzoenbaar? De oorsprong van de rechtsstaat ligt immers in de idee "*the rule of law is not the rule of men*". Afwijkende motiveringen zouden een bres in deze rechtsstaatsidee kunnen slagen.²⁹¹² Afwijkende motiveringen maken inderdaad duidelijk dat rechtspraak mensenwerk is. Het rechtsstaatsbegrip verbiedt evenwel geen mensenwerk: recht is per definitie mensenwerk. De rechtsstaat verbiedt mensenwerk dat niet aan het recht is gebonden. Het is doorgaans de keuze van de (grond)wetgever om aan grondwettelijke rechters de bevoegdheid toe te kennen om over wetgevende normen te oordelen. Deze grondwettelijke rechters moeten hun taak binnen de door de (grond)wet afgebakende bevoegdheid vervullen. Het is dan onvermijdelijk dat deze rechtspraak mensenwerk is. Of

²⁹¹⁰ Adviesraad van Europese Rechters, *Advies nr. 11 (2008) van de Adviesraad van Europese Rechters (CCJE) ter attentie van het Comité van Ministers van de Raad van Europa over de kwaliteit van de rechterlijke beslissingen*, 18 december 2008.

²⁹¹¹ Commissie van Venetië, *Advies nr. 537/2009 betreffende de ontwerpamendementen op de wet op het Grondwettelijk Hof van Letland*, Venetië, 8-9 oktober 2009, CDL-AD(2009)042, 5-6.

²⁹¹² K.M. STACK, "The Practice of Dissent in the Supreme Court", *Yale L.J.* 1995-96, (2235) 2239-2259.

afwijkende motiveringen worden toegestaan of niet, doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van deze grondwettelijke rechters. Alleen wanneer afwijkende motiveringen leiden tot *plurality opinions*, waarin niet duidelijk is wat nu het recht is, of wanneer de rechters te activistisch te werk gaan, zodat rechtspraak onzeker en onvoorspelbaar wordt, ondermijnen afwijkende motiveringen de rechtsstaat.²⁹¹³

998. *Vereist?* – Een andere vraag is of de rechtsstaat afwijkende motiveringen *vereist*? Het in het eerste deel ontwikkelde rechtsstaatbegrip staat of valt niet met het toestaan van afwijkende motiveringen van rechters: zelfs in het Verenigd Koninkrijk mogen niet alle rechters een afwijkende motivering publiceren.²⁹¹⁴ Maar de rechtsstaat wordt wel bevorderd door het toestaan van afwijkende motiveringen. Uit de bespreking van de *pro* en *contra* argumenten is immers voldoende gebleken dat de volgende rechtsstaatelementen beter worden verwezenlijkt door het toestaan van afwijkende motiveringen: de voorzienbaarheid van het recht en/of de rechtspraak en in die zin de rechtszekerheid; de begrijpelijkheid, de transparantie en de verantwoording van het rechtspreken; de onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid van de rechter. Deze rechtsstaatelementen bieden dan ook de grondslag voor het toestaan van afwijkende motiveringen. Afwijkende motiveringen schenden de rechtsstaat, wanneer er te veel zijn en daardoor de rechtspraak niet langer voorzienbaar is. Eens afwijkende motiveringen worden toegestaan, kunnen alleen de rechters zelf hun bevoegdheid beperken. Daarin ligt dus een grote verantwoordelijkheid voor de rechter. Zij mogen hun afwijkende motivering alleen uiten wanneer deze absoluut noodzakelijk is.²⁹¹⁵

999. *Pluralisme* – In het eerste deel van dit proefschrift wordt besloten dat het pluralisme één van de grondslagen van de rechtsstaat is: een rechtsstaat geeft ruimte aan het pluralisme, omdat hij geen heerschappij van personen of van ideeën verdraagt. Een grondwettelijk hof moet in de rechtsstaat ook ruimte aan het pluralisme geven:

"When judges do not agree, it is a sign that they are dealing with problems on which the society itself is divided. It is the democratic way to express dissident views. Judges are to be honored rather than criticized for following that tradition, for proclaiming their articles of faith so that all may read."²⁹¹⁶

1000. *Democratie* – Afwijkende motiveringen geven ruimte aan het pluralisme en bevorderen daarnaast belangrijke facetten van de (deliberatieve) democratie, die, zoals in het eerste deel van dit proefschrift wordt uiteengezet, een essentieel element van de hedendaagse rechtsstaat is. In een democratie zijn openbaarheid en transparantie essentieel en moet de geheimhouding van de uitoefening van een publieke functie steeds de uitzondering zijn: de noodzaak tot geheimhouding kan slechts haar grondslag in een

²⁹¹³ T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 45-45; R.B. GINSBURG, "Speaking in a Judicial Voice", 1191; W.H. REHNQUIST, "The Supreme Court: Past and Present", 363 en K. ZWEIGERT, "Empfielht es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (..) zuzulassen?", D. 26. BENNET laakt voornamelijk de herhaalde afwijkende motiveringen van sommige rechters bij zaken met betrekking tot de doodstraf of de vlagverbranding. Zie R. BENNET, "A dissent on dissent", 259-260.

²⁹¹⁴ T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 44.

²⁹¹⁵ R. BENNET, "A dissent on dissent", 259 en R.B. GINSBURG, "Remarks on Writing Separately", 149.

²⁹¹⁶ W. DOUGLAS, "Dissent: A Safeguard of Democracy", 106. Zie ook P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", 18.

hogere doel vinden.²⁹¹⁷ Voor de Franse rechtscultuur, die grotendeels de onze is, lag dit hogere doel in het geheim van het beraad, dat de onafhankelijkheid van de rechter moet waarborgen. Niet alleen kan sterk worden betwist of het geheim van het beraad de onafhankelijkheid van de rechter bevordert, het is ook, *a fortiori* bij de hoogste rechtscolleges, moeilijk verenigbaar met andere hoge doelen: met de vereisten van publiek toezicht op de rechtscolleges, van het mandaat van de rechter en met de “*Rule of Law*”²⁹¹⁸ of met pluralisme, wat noodzakelijk is in democratieën. Voor totalitaire regimes zijn zekerheid en unanimiteit in het recht mogelijk en noodzakelijk, maar voor democratieën zijn afwijkende motiveringen nodig.²⁹¹⁹

1001. *Bewijs van deliberatieve democratie* – Er wordt verdedigd dat de deliberatieve democratie afwijkende motiveringen vereist, omdat een grondwettelijk hof daarmee bewijst dat de beraadslaging een deliberatief proces en het product van een beredeneerde dialoog tussen rechters was.²⁹²⁰ Omdat de beraadslaging, en dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld in Zwitserland, geheim is, moet de uitkomst ervan openbaar zijn. Dit bewijs van deliberatie is inderdaad een voordeel van afwijkende motiveringen; belangrijker evenwel is dat de praktijk van afwijkende motiveringen een *instrument* van de deliberatieve democratie is.²⁹²¹

1002. *Instrument van deliberatieve democratie* – Afwijkende motiveringen verplichten het rechtscollege immers om een meer discursieve motivering te geven. De Cartesiaanse stijl van rechtspreken die voorhoudt dat alleen logische juridische redeneringen worden gebruikt en dat het resultaat onvermijdbaar is, is geen gepaste methode voor een grondwettelijk hof. Dat hof moet immers fundamentele en open begrippen definiëren en fundamentele rechten afwegen. Waar er pluralisme is, moet er dialoog zijn en, *a fortiori*, een grondwettelijk hof moet in dialoog treden.²⁹²² Afwijkende motiveringen doen de rechters het debat met de samenleving aangaan: enerzijds, via het arrest dat doorgaans beter en consistentere kan worden gemotiveerd, en, anderzijds, door de afwijkende motiveringen, die andere argumenten dan deze in het arrest belichten. De rechters dragen aldus bij tot het deliberatieve proces over het recht in de samenleving, waaraan rechters, burgers, rechtsgeleerden, advocaten... op een open wijze kunnen deelnemen. De praktijk van afwijkende motiveringen is aldus een instrument van de deliberatieve democratie en vindt daarom haar grondslag in de deliberatieve democratie.²⁹²³

²⁹¹⁷ K. ZWEIGERT, "Empfielht es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (..) zuzulassen?", D.15-16. Zie ook E. BENDA, E. KLEIN en O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht (2012)*, 161 (§ 16, nr. 367) en R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 71. Zie ook B. VANLERBERGHE, *Openbaarheid en openheid in het gerecht*, 55.

²⁹¹⁸ K.H. NADELMANN, "The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy", 415.

²⁹¹⁹ W. DOUGLAS, "Dissent: A Safeguard of Democracy", 105-106. Zie ook S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 258 en F. RIGAUX, "Opinions dissidentes, opinions séparées et opinions convergentes: l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire", 584.

²⁹²⁰ Zie ook S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 259.

²⁹²¹ Zie ook W.J. BRENNAN, "In defense of dissents", 431 en W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 238.

²⁹²² Cfr., voor het Hof van Justitie dat in dialoog met de nationale rechtscolleges moet treden, J. WEILER, "Europe 2000 - The constitutional agenda. An outline", 8-9, en de rechter die het beraad en de tegenspraak moet verenigen, P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", 11.

²⁹²³ Zie ook W.J. BRENNAN, "In defense of dissents", 431 en W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 238.

1003. *Legitimiteit* – Tegenstanders van afwijkende motiveringen voeren aan dat de rol van een grondwettelijk hof makkelijker wordt aanvaard, indien het hof eenstemmig spreekt.²⁹²⁴ Voorstanders menen evenwel het tegendeel.²⁹²⁵ Deze open dialoog draagt bij tot de legitimiteit van het grondwettelijk hof.²⁹²⁶ In een democratische samenleving berust de legitimiteit van de instellingen immers eerder op de rede dan op het gezag van instellingen.²⁹²⁷

C. DE BELGISCHE CONTEXT

1004. *België* – Afwijkende motiveringen bevorderen de rechtsstaat en zijn noodzakelijk in een deliberatieve democratie. In België staat de juridische gemeenschap evenwel nog steeds schuw ten aanzien van afwijkende motiveringen. Hieronder wordt nagegaan of redenen die eigen aan de Belgische context zijn, verantwoorden dat afwijkende motiveringen, al dan niet alleen voor het Grondwettelijk Hof, worden verboden. In het oog springt natuurlijk de communautaire vrede (**1**), maar ook de aanwezigheid van de lekenrechters in het Grondwettelijk Hof (**b**) en de traditie (**c**) kunnen een belangrijke rol spelen.

(1) DE COMMUNAUTAIRE VREDE

1005. *Einde pacificatiehof?* – Met FEYEN moet worden erkend dat het toestaan van afwijkende motiveringen enkele belangrijke onderzoeksvragen met zich zou meebrengen: “Zal er meer spanning ontstaan door afwijkende meningsuitingen? Hoe beïnvloedt het invoeren van afwijkende meningsuitingen de verhoudingen tussen de Franstalige en Nederlandstalige rechters, tussen de rechters-juristen en de rechters-politici? Zal het hof ook zijn pacificerende functie kunnen blijven waarnemen?”²⁹²⁸ In tegenstelling tot velen²⁹²⁹, wier argumenten hoger werden vermeld en die erop neerkomen dat de Belgische communautaire context de publicatie van afwijkende motiveringen niet zou toestaan²⁹³⁰, wordt in dit proefschrift verdedigd dat de drie antwoorden niet noodzakelijkerwijze “ja, negatief en neen” moeten zijn. Dat het beraad en de debatcultuur wellicht minder consensusgericht worden, betekent niet noodzakelijkerwijze dat er meer spanningen binnen een hof bestaan. Een rechter kan wellicht meer (gewetens- of gemoeds)rust vinden

²⁹²⁴ R. FORRESTER, "Supreme Court Opinions - Style and Substance: An Appeal for Reform", 179.

²⁹²⁵ Onder meer R. FOQUÉ, *De democratische rechtsstaat: een onrustig bezit?*, 60. Zie ook, onder meer voor meer verwijzingen, S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 254 en 259.

²⁹²⁶ M.T. HENDERSON, "From Seriatim to Consensus and Back Again", 285.

²⁹²⁷ CH. WALTER, "La pratique des opinions dissidentes à l'étranger. En Allemagne", 128.

²⁹²⁸ S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 275.

²⁹²⁹ *Supra*, randnummer 453. De meerderheid van de parlementsleden en de regeringen, maar ook sommige rechters van het Grondwettelijk Hof zelf, zie A. ARTS, "Achter de schermen van het Arbitragehof", 746.

²⁹³⁰ Zie ook S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 269.

in de wetenschap dat zal geweten zijn dat hij een arrest niet steunt (door de stemverhouding of door een afwijkende motivering te publiceren)²⁹³¹, dan indien hij met dit arrest wordt vereenzelvigd. Bovendien is het in de eerste plaats een verantwoordelijkheid van de rechters, van de media en van de politici indien de publicatie van afwijkende motiveringen *in concreto* tot meer spanningen leidt binnen het hof, in de media en onder politici.²⁹³² Hoe gaan zij met afwijkende motiveringen om? Kunnen zij omgaan met het onderscheid tussen de kracht en het gezag van het arrest: dat het recht is wat het hof heeft beslist, maar dat ook een andere beslissing mogelijk kan zijn?

Het feit dat deze discussie ook sterk in Frankrijk wordt gevoerd, waar er geen communautaire spanningen zijn, duidt erop dat misschien de Frans-Belgische rechtscultuur, en niet de Belgische context, de oorzaak is van de afwijzende houding tegenover afwijkende motiveringen.

1006. *Risico* – Laten we het risico van afwijkende motiveringen voor België trachten in te schatten. Indien afwijkende motiveringen worden gepubliceerd, bestaat inderdaad het risico dat in de openbaarheid komt dat de Nederlandstalige en de Franstalige rechters van het Grondwettelijk Hof in een zaak van mening verschillen.²⁹³³ Wordt dit evenwel nu niet vermoed? Heeft het uiten van deze meningsverschillen een zodanig nefast gevolg voor het bestaan van de instelling of van het land, dat dit niet kan worden toegestaan? Ook in de Verenigde Staten van Amerika zijn de meningsverschillen tussen de *democrats* en de *republicans* groot en komen zij tot uiting in de arresten en in de afwijkende motiveringen van het *Supreme Court*. Ook de Amerikaanse politieke instellingen worden soms door deze meningsverschillen verlamd, maar niemand argumenteert daar dat de afwijkende motiveringen van de *Justices* deze meningsverschillen vergroten of dat de tegenstelling tussen de *democrats* en de *republicans* de praktijk van afwijkende motiveringen niet toestaat.

Vandaag heeft de Belgische Staat even wanneer het Grondwettelijk Hof een arrest velt, dat eerder “Vlaams- of Waalsgezind” is. Zou het land harder beven, indien dit arrest wordt begeleid door een afwijkende motivering, waarin een andere oplossing of motivering op juridische wijze wordt verdedigd? Vermoedt niet iedereen dat de Franstalige rechters geen voorstander waren van het BHV-arrest? Zou het niet mooi en leerrijk zijn, indien zou blijken dat ook Franstalige rechters voorstanders van het arrest waren? Of indien een Nederlandstalige rechter de meerderheidsopvatting niet deelde en dit op een juridisch overtuigende wijze kon motiveren? SOHIER stelt terecht dat juist in de communautaire zaken de grondwettelijke rechters met juridische argumenten het arrest en de afwijkende motiveringen moeten kunnen motiveren:

“Le caractère explosif de notre contentieux des conflits de compétence ne constitue pas un obstacle à l'établissement d'un tel système; bien au contraire, il serait très souhaitable

²⁹³¹ E. VOSS, "Dissent: Sign of a Healthy Court", 657.

²⁹³² Zie ook S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 276.

²⁹³³ In een voetnoot lijkt MASTOR te suggereren dat, ter vergelijking met de rechters van internationale rechtscolleges, de rechters van een federaal grondwettelijk hof waarvan de samenstelling cultureel wordt bepaald, het recht zouden moeten hebben om in hun afwijkende motiveringen uiting te geven aan de culturele diversiteit, die zij, als gevolg van de tradities waardoor zij worden beïnvloed, belichamen. W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 163.

que juristes et hommes politiques composant la Cour puissent justifier par des motifs à **caractère juridique** leur choix, notamment dans les cas délicats de « vote de communauté contre communauté ». ²⁹³⁴

Op hun beurt hebben ook de media, de rechtsgeleerden en het publiek hun verantwoordelijkheid ²⁹³⁵: zij moeten steeds voor ogen houden dat het Grondwettelijk Hof in het federale België een belangrijke opdracht heeft in het bewaken en bewaren van de evenwichten tussen de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten. Eenieder moet getuigen van grondwettelijke realiteitszin. Dat betekent niet dat dit als excuus mag worden gebruikt om niet tot een transparantere rechtspraak te moeten komen, *a fortiori* in zaken waarin de rechtsvragen geen communautaire twisten teweegbrengen of zouden mogen teweegbrengen. Indien van iedereen – politici, media, burgers, rechtsgeleerden... – wordt aanvaard dat zij van mening kunnen verschillen en dat dit meningsverschil wordt geuit, waarom dan ook niet van rechters? ²⁹³⁶

1007. Doorslaggevende stem – LUCHAIRE argumenteert dat een arrest van de *Conseil constitutionnel* nog minder gezag zou hebben, wanneer zou blijken dat de meerderheid slechts dankzij de doorslaggevende stem van de voorzitter is behaald. ²⁹³⁷ Ook in het Grondwettelijk Hof kan de stem van de voorzitter in functie doorslaggevend zijn. Op zich is dat geen argument om afwijkende motiveringen te verbieden. De doorslaggevende stem is de door de wetgever gekozen manier om een impasse te voorkomen. Indien deze wordt toegepast, doet het rechtscollege niets meer of minder dan wat het is opgedragen. Het duidt inderdaad aan dat de meerderheid bijzonder nipt is en in het geval van het Grondwettelijk Hof het jaar erop de rechtspraak anders kan zijn. Dat is informatie die juist belangrijk kan zijn voor de rechtzoekende, die de gevolgen van zijn handelen moet kunnen inschatten.

1008. Gebruik van pragmatische argumenten – Uit de afwijkende motiveringen zou wellicht blijken dat het Grondwettelijk Hof soms op grond van pragmatische argumenten zijn uitspraak velt. Ook dat is niet problematisch. Vooreerst wordt dit nu al in de rechtsleer erkend. ²⁹³⁸ Bovendien zou het de kwaliteit van de arresten en van de afwijkende motiveringen ten goede komen, indien deze pragmatische argumenten bij naam worden genoemd: communautaire vrede, begrotingsdoeleinden... Dat zou ook mogelijk maken dat het Grondwettelijk Hof en de rechtsgeleerden een theoretisch model voor het gebruik van pragmatische argumenten kunnen ontwikkelen, dat als leidraad kan worden gebruikt.

²⁹³⁴ J. SOHIER, ""Vote secret" ou "vote dissident"", 768.

²⁹³⁵ Zie ook A. ALEN en R. ERGEC, "Het territorialiteitsbeginsel in de Belgische en Europese rechtspraak", *RW* 1998-99, (417) 270.

²⁹³⁶ F. RIGAUX, "Opinions dissidentes, opinions séparées et opinions convergentes: l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire", 584. Zie ook P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", 18.

²⁹³⁷ F. LUCHAIRE, ""Contre": le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel", 170.

²⁹³⁸ Onder meer A. ALEN en R. ERGEC, "Het territorialiteitsbeginsel in de Belgische en Europese rechtspraak", 423-424. Zie ook S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 269.

1009. *Profilering* – Het Grondwettelijk Hof is samengesteld uit rechters die niet noodzakelijk een juridische vorming hebben gekregen. Mogen ook zij afwijkende motiveringen publiceren? Enkele Duitse rechtsgeleerden vreesden dat lekenrechters, bijvoorbeeld de rechter die in een arbeidsrechtbank de werknemers vertegenwoordigt, méér dan beroepsrechters, geneigd zouden zijn om zich ten aanzien van de groep die hen heeft afgevaardigd, te profileren.²⁹³⁹ De samenstelling van een arbeidsrechtbank is evenwel niet te vergelijken met deze van het Grondwettelijk Hof. In het Grondwettelijk Hof wordt elke rechter, ook de rechter-jurist, door een politieke partij voorgedragen: elke rechter zou aldus kunnen geneigd zijn zich te profileren ten aanzien van de politieke partij, die hem heeft voorgedragen. Deze vrees, als die er zou moeten zijn, geldt dan ook niet alleen ten aanzien van de rechters-politici die geen jurist zouden zijn, maar ten aanzien van alle rechters van het Grondwettelijk Hof.

1010. *Bekwaamheid?* – Als grootste kwaliteiten heeft de praktijk van afwijkende motiveringen dat zij de voorzienbaarheid van de rechtspraak, de ontwikkeling van het grondwettelijk recht en de dialoog over het grondwettelijk recht bevordert. Kunnen de zes rechters-politici of de rechters-politici die geen juridische vorming hebben gehad, daartoe bijdragen?²⁹⁴⁰ Principieel moet deze vraag positief worden beantwoord. Indien immers zou worden verdedigd dat de rechters-politici (al dan niet met juridische opleiding) geen afwijkende motiveringen mogen publiceren omdat zij niet kunnen bijdragen tot de voorzienbaarheid van de rechtspraak, tot de ontwikkeling van en de open dialoog over het grondwettelijk recht, dan kan toch niet ernstig worden beweerd dat zij dat wel mogen doen door arresten te vellen? Maar geldt dit tevens in de praktijk? Indien de afwijkende motivering de naam van de auteur draagt, zal deze van een rechter-politicus (zonder juridische vorming) minder gezag hebben dan deze van een rechter-jurist? Intellectuele eerlijkheid gebiedt ons om deze afwijkende motiveringen even hoog in te schatten, indien in deze afwijkende motiveringen op grond van een overtuigende juridische redenering een alternatieve oplossing voor het arrest wordt voorgesteld. Net zoals bij een arrest, ligt het gezag van de afwijkende motivering in haar juridische overtuigingskracht.²⁹⁴¹ Uit de praktijk zal moeten blijken of de rechters-politici daartoe in staat zijn. Het is evenwel raadzaam dat de bijzondere wetgever deze praktijk niet afwacht en voor alle rechters in het Grondwettelijk Hof een juridische vorming vereist.

²⁹³⁹ R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 25 en 79 en K. ZWEIFERT, "Empfielht es sich die Bekanntgabe der abweichende Meinungen (..) zuzulassen?", D. 42. Zie ook de rechtspraak van het EHRM over de samenstelling van rechtscolleges, waarin wordt geoordeeld dat professionele magistraten, beter dan lekenrechters, de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het rechtscollege kunnen waarborgen. *Supra*, randnummer 621.

²⁹⁴⁰ Voor een anekdote waarin aan de twee lekenrechters van een rechtbank van koophandel de taak werd toegekend om het vonnis te schrijven, omdat de professionele magistraat in de minderheid was, en de kritiek op dit vonnis van de rechtsleer, zie P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", 13.

²⁹⁴¹ D. ROUSSEAU, "'Pro': une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes", 173.

1011. *Geen traditie* – De publicatie van afwijkende motiveringen toestaan zou ingaan tegen een lange rechtstraditie, die haar oorsprong in de Romeinse rechtstraditie heeft.²⁹⁴² In tegenstelling tot Duitsland, hebben de voorlopers van de Belgische rechtscolleges nooit afwijkende motiveringen kenbaar gemaakt.²⁹⁴³ De praktijk van afwijkende motiveringen is eerder eigen aan het Angelsaksische *common law* rechtssysteem, met een sterkere gelding van precedentes en waarin rechters meer bijdragen tot de rechtsschepping.²⁹⁴⁴ Maar de *common* en *civil law* rechtsculturen groeien naar elkaar toe: het wordt algemeen erkend dat ook de rechter in de *civil law* landen recht creëert en ook het Grondwettelijk Hof houdt sterk aan zijn eerdere rechtspraak.

Traditie is bovendien geen argument.²⁹⁴⁵ Men moet op zoek gaan naar de grondslag van de traditie: de reden waarom iedereen handelde zoals de traditie voorschreef. Als deze grondslag nog steeds een na te streven doel is, dan is de grondslag de materiële rechtsbron voor een gewoonte.

1012. *Grondslagen* – Het geheim van het beraad, de rechterlijke terughoudendheid en het beroepsgeheim worden de grondslagen voor het verbod op afwijkende motiveringen genoemd.²⁹⁴⁶ In het arrest van 13 maart 2012 bevestigt het Hof van Cassatie dat het geheim van het beraad onder de toepassing van artikel 458 Sw. (beroepsgeheim) valt.²⁹⁴⁷ Een toenemend aantal rechtsgeleerden stelt de vraag of het absolute karakter van het geheim van het beraad niet moet worden genuanceerd en afwijkende motiveringen niet moeten worden toegestaan.²⁹⁴⁸ Bovendien is de wetgever ook in andere procedures van de Belgische rechtstraditie afgeweken.²⁹⁴⁹ FEYEN toont bovendien aan dat het geheim van het beraad en afwijkende motiveringen geenszins onverenigbaar zijn: in landen waar afwijkende motiveringen worden toegestaan, geldt ook het geheim van het beraad.

²⁹⁴² R. LAMPRECHT, *Richter contra Richter*, 54 e.v. en 65. Zie ook D. ROUSSEAU, "'Pro': une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes", 173.

²⁹⁴³ De vonnissen van de Raad van Brabant waren principieel ongemotiveerd. Zie E. PUT, "Opinies. Beraadslaging en archiefvorming bij de Raad van Brabant (16-18de eeuw)", in C.H. VAN RHEE, F. STEVENS *et al.* (eds.), *Voortschrijdend procesrecht. Een historische verkenning*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2001, 40.

²⁹⁴⁴ F. RIGAUX, "Opinions dissidentes, opinions séparées et opinions convergentes: l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire", 575.

²⁹⁴⁵ Zie ook D. ROUSSEAU, "'Pro': une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes", 173. Traditie is geen argument, omdat het verdedigen van de traditie, evengoed als het verdedigen van verandering, een politieke keuze of een grondwettelijke beleidskeuze inhoudt.

²⁹⁴⁶ Hierover kritisch, ook in het licht van de rechtspraak van het EHRM, zie S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 232 e.v.

²⁹⁴⁷ Cass. 13 maart 2012, P.11.1750.N/8. Zie over de weigering om een vonnis te tekenen, Cass. 24 januari 2007, P.06.1399.F. en 2 december 1999, AR D.99.0022.N; Brussel, 17 april 1987, J.L. 1987, 644, noot en Cass. 14 juni 1858, Pas. 1858, I, 261.

²⁹⁴⁸ X. DE RIEMAECKER, "Les magistrats", 156; B. HANOTIAU, "Observations - noot onder Brussel 6 december 2000", 576 en B. PRIGNON, "Le secret du délibéré", 7-8.

²⁹⁴⁹ Krachtens artikel 1704, 1 Ger.W. wordt in de uitspraak vermeld welke arbiters de uitspraak niet hebben kunnen of willen tekenen. Op deze wijze kunnen de arbiters duidelijk maken dat zij een minderheidsopinie verdedigden. Brussel, 6 december 2000, 1995/AR/1964. J. ENGLEBERT, "Le secret du délibéré", 282 en P. MARTENS, "Solitude du juge et cohérence du droit", 806.

Rechters mogen niet verhullen welke standpunten zij zelf of andere rechters in het beraad hebben ingenomen en welke verantwoordelijkheid zij voor een arrest dragen.²⁹⁵⁰

Meer dan de onafhankelijkheid van de rechter, zouden de traditie van het collegiale beraad²⁹⁵¹ en de traditionele invulling van de maatschappelijke functie van de rechter²⁹⁵² de grondslagen van het geheim van het beraad zijn. Op het collegiale beraad zijn ook uitzonderingen in het Belgische rechtsbestel, zodat ook dit niet doorslaggevend kan zijn. Dan rest alleen de maatschappelijke invulling van de functie van de rechter, die eigen is aan de Frans-Belgische rechtscultuur. Daar ligt dan ook de grootste hindernis voor afwijkende motiveringen. Dat blijkt ook uit de aarzeling in Frankrijk om afwijkende motiveringen toe te staan. Juist omdat de Angelsaksische, discursieve rechtscultuur moet worden verkozen, *a fortiori* voor grondwettelijke rechtscolleges die het pluralisme in de samenleving moeten waarborgen, wordt in dit proefschrift ervoor gepleit dat ook de grondwettelijke rechters aan dit pluralisme uiting kunnen geven. Daarom wordt hieronder een voorstel uitgewerkt om afwijkende motiveringen voor grondwettelijke rechters toe te staan.

D. VOORSTEL

1013. *Inspiratie* – Ook parlementsleden hebben reeds voorgesteld om afwijkende motiveringen toe te staan. In een recent wetsvoorstel wordt voorgesteld dat bij het arrest wordt toegevoegd: “de uiteenzetting van de afwijkende motivering van iedere rechter, als het arrest niet geheel of ten dele het eenparig standpunt van de rechters in het Hof weergeeft”.²⁹⁵³ Dit wetsvoorstel roept alvast de vraag op of hieruit de verplichting voortvloeit voor elke rechter om een afwijkende motivering uiteen te zetten?²⁹⁵⁴ Zo ja, verdient dit voorstel niet de voorkeur. Zo neen, is dit een zeer bewonderenswaardig voorstel, dat evenwel niet veel kans heeft om wet te worden. Een wetsvoorstel ter zake zou wellicht meer kans hebben, indien het aan bepaalde bekommernissen – al dan niet eigen aan de Belgische context – zou tegemoet komen.²⁹⁵⁵ Benadrukkend dat in dit proefschrift wordt verkozen dat afwijkende motiveringen onvoorwaardelijk worden toegestaan, wordt hieronder toch tegen het volgende gezondigd:

²⁹⁵⁰ S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 271.

²⁹⁵¹ B. PRIGNON, "Le secret du délibéré", 8.

²⁹⁵² S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 259.

²⁹⁵³ Voorstel van bijzondere wet (O. MAINGAIN *et al.*) tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, teneinde daarin het systeem van de afwijkende motiveringen op te nemen, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 52-1912/1. Artikel 111 Bijz. Wet GwH wordt bedoeld.

²⁹⁵⁴ “Ja”, volgens de woorden van het wetsvoorstel; “neen”, volgens de memorie van toelichting. Voorstel van bijzondere wet (O. MAINGAIN *et al.*) tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, teneinde daarin het systeem van de afwijkende motiveringen op te nemen, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 52-1912/1.

²⁹⁵⁵ Omdat in Frankrijk het grootste obstakel de rechtscultuur is, stelt MASTOR ook een geleidelijke invoering voor en aanvaardt zij dat volgende modaliteiten zouden gelden: alleen het toestaan van *dissenting* opinions en niet van *concurring opinions*, of alleen voor beslissingen waarin ambtshalve middelen of conclusies worden opgeworpen, of de grondwettigheid slechts onder voorbehoud van interpretatie wordt erkend. W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 184-186.

“Quant à la réflexion de lege ferenda, elle délaisse plus souvent qu’à son tour le pur registre du souhaitable pour se placer, concurremment, sous la tyrannie du faisable et du convenable.”²⁹⁵⁶

In het licht van het *faisable* en niet van het *souhaitable*, zal daarom hieronder worden onderzocht of afwijkende motiveringen al dan niet anoniem (a) of slechts gedeeltelijk (2) moeten worden toegestaan, dan wel dat het inrichten van een instelling als de advocaat-generaal de nood aan afwijkende motiveringen zou kunnen invullen (c).

(1) ANONIMITEIT

1014. *Anonimiteit* – Door afwijkende motiveringen te anonimiseren, kan aan twee bekommernissen tegemoet worden gekomen.²⁹⁵⁷ Indien de afwijkende motivering in het Frans en in het Nederlands, en eventueel ook in het Duits, en anoniem wordt gepubliceerd, kan moeilijk worden achterhaald wie de auteur ervan is. Deze anonimiteit waarborgt de onafhankelijkheid van de rechter.²⁹⁵⁸ De inhoud van de afwijkende motivering zou het auteurschap kunnen prijsgeven, maar daarop heeft de auteur vanzelfsprekend zelf vat. Omdat de afwijkende motivering niet aan één of andere rechter kan worden toegeschreven, kan deze ook minder aanleiding geven tot eventuele communautaire spanningen. Bovendien is niet geweten of de auteur rechter-jurist of rechter-politicus is. De afwijkende motivering zal daarom worden beoordeeld op objectieve criteria: draagt zij bij tot de ontwikkeling van het grondwettelijk recht?

(2) DE AFWIJKENDE MOTIVERINGEN DEELS TOESTAAN

1015. *Partiële toelating* – In geen van de onderzochte landen worden afwijkende motiveringen slechts gedeeltelijk toegestaan en het verdient dan ook niet de voorkeur. Doch het zou in beginsel – en hopelijk als overgangsmaatregel – mogelijk zijn om afwijkende motiveringen uit te sluiten voor een bepaalde categorie van zaken. Twee selectiecriteria kunnen nuttig zijn: de aard van het geschil of de mate van onenigheid binnen het rechtscollege.

(a) De aard van het geschil

1016. *Voor welke zaken?* – Wie het risico hoog inschat dat de Belgische Staat en het Grondwettelijk Hof de publicatie van afwijkende motiveringen niet overleven, zal deze

²⁹⁵⁶ X. DELGRANGE en S. VAN DROOGHENBROECK, "Est-ce toujours dans les vieilles casseroles que l'on fait les meilleures soupes?",

²⁹⁵⁷ J.-P. ANCEL, "Les opinions dissidentes", 3 en D. RENDERS, "Pour un aménagement du dialogue devant le juge constitutionnel", 283. In Denemarken gebeurt dit.

²⁹⁵⁸ J.-P. ANCEL, "Les opinions dissidentes", 4.

willen beperken tot die zaken die niet tot communautaire spanningen aanleiding geven.²⁹⁵⁹ Het is evenwel niet eenvoudig om deze zaken te identificeren. Slechts in gemiddeld negen procent van de zaken wordt een schending van de bevoegdheidverdelende regels aangevoerd, in de overige zaken een schending van een grondrecht.²⁹⁶⁰ Dit betekent evenwel niet dat slechts negen procent van de zaken communautaire spanningen zou teweegbrengen. Omdat het Grondwettelijk Hof niet rechtstreeks kan toetsen aan de grondwettelijke regels die de organisatie van de Staat bepalen – tenzij deze bevoegdheidverdelend zijn of in een artikel van Titel II of in de artikelen 143, §1, 170, 172 en 191 van de Grondwet zijn verankerd – , maar dit via het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie moet doen, kunnen ook bepaalde grondrechtzaken politiek geladen en communautair gevoelig zijn: men denke bij uitstek aan het BHV-arrest, deze over de partijfinanciering...

Maar ook in andere zaken kunnen Franstalige en Nederlandstalige rechters van mening verschillen: het jeugdbeschermingsrecht en het vreemdelingenrecht zijn voorbeelden van dossiers waarin de Vlaamse en de Franstalige politieke partijen sterk van mening verschillen. Het is niet ondenkbaar dat ook de Franstalige en Nederlandstalige rechters dit eveneens doen. Maar zijn die meningsverschillen fundamenteeler of anders dan deze tussen een Duitse rechter met een rijke afkomst uit het voormalige West-Duitsland en een rechter met een arme afkomst uit het voormalige Oost-Duitsland? Staan de standpunten van een liberale Franstalige rechter met betrekking tot immigratie dichter bij deze van een socialistische Franstalige rechter dan bij een liberale Nederlandstalige rechter?

1017. *Consociational democracy* – Geïnspireerd op de theorie van LIJPHART over “*consociational democracy*” kan worden beargumenteerd dat het Grondwettelijk Hof geen oneensgezindheid mag uiten over zaken die in België tot de “*consociational consensus*” behoren: zaken die de organisatie van de Staat betreffen én waarbij de referentienorm de grondwet of een bijzondere meerderheidswet is. Dan zouden geen afwijkende motiveringen toegelaten zijn bij zaken die betrekking hebben op wetgeving die de organisatie van de Belgische Staat betreft: de verkiezing en de organisatie van de wetgevende organen, de bevoegdheden en de werking van de uitvoerende organen en van de rechterlijke macht en de bevoegdheidverdelende regels.²⁹⁶¹

(b) De mate van onenigheid

1018. *Senaat* – FEYEN vindt dat niet de aard van het geschil of de toetsingsmaatstaf als criterium mag worden genomen, maar wel de mate waarin de rechters het oneens zijn. Hij stelt voor dat, indien vijf rechters een afwijkende motivering bekendmaken, de Senaat

²⁹⁵⁹ Cfr. P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", 19, omdat in de communautaire zaken de kloof niet pluralistisch, maar dualistisch is.

²⁹⁶⁰ 10,8% in 2012; 8,95% in (2011): 15,5% in 2010; 11,3% in 2008; 5,7% in 2008; 4,9% in 2007; 5,4% in 2006; 8,9% in 2005; 9,9% in 2004, zie de jaarverslagen van het Grondwettelijk Hof. Het aandeel van arresten waarin een schending van de bevoegdheidverdelende regels werd aangevoerd was gemiddeld 20% in de periode 1989 tot 2003, Jaarverslag Grondwettelijk Hof 2003, tabel IX.

²⁹⁶¹ Zo pleit ANCEL in Frankrijk voor afwijkende motiveringen alleen voor rechtsvragen die een maatschappelijk belang hebben. J.-P. ANCEL, "Les opinions dissidentes", 3.

bevoegd is om via een gekwalificeerde meerderheid – bijvoorbeeld een quorum van twee derde van de leden en een meerderheid van twee derde van de stemmen – de vernietiging door het Grondwettelijk Hof naast zich neer te leggen.²⁹⁶² FEYEN erkent dat het weinig waarschijnlijk is dat de Senaat deze bevoegdheid ooit zal moeten toepassen. Het Grondwettelijk Hof zal dit trachten te vermijden en het is weinig waarschijnlijk dat de Senaat kan wat het hof niet kon: een grote eensgezindheid vinden over de grondwettigheid van een wetgevende norm.²⁹⁶³

FEYENS voorstel komt echter niet tegemoet aan het eventuele echte probleem van afwijkende motiveringen bij het Belgische Grondwettelijk Hof. Afwijkende motiveringen beogen de rechtspraak van het hof begrijpelijker en kenbaarder te maken, mogelijke rechtspraakwijzigingen te voorzien... Het is het specifieke (tweeledige) communautaire bestel van België dat de publicatie van afwijkende motiveringen bemoeilijkt: het hof zou niet langer een pacificerende rol kunnen spelen en de publicatie van de onenigheid binnen het hof zou een bijkomende reden zijn om te twifelen aan de hechtheid en toekomst van het land en van de instelling. Een beperking op de publicatie van afwijkende motiveringen moet dan ook adequaat zijn in functie van het doel: zij moet het hof toestaan zijn pacificerende rol te blijven spelen en zij moet het hof aan de politieke communautaire twisten onttrekken. FEYENS voorstel bereikt deze doelen niet. Er zijn immers twee hypothesen: in de eerste hypothese wordt de doelstelling van de afwijkende motiveringen niet bereikt. In de tweede hypothese bereikt het voorstel niet het doel van de beperking op het toestaan van afwijkende motiveringen.

De eerste hypothese houdt in dat het Grondwettelijk Hof zal trachten te vermijden dat de *Senaat* zijn arrest mag *overrulen*. Eén van de belangrijkste redenen om voor afwijkende motiveringen te pleiten is dat het consensusgerichte beraad van vandaag soms leidt tot obscure, weinigzeggende arresten, waaruit niet kan worden afgeleid welke (juridische en niet-juridische) argumenten de rechters hebben overtuigd, die weinig nuttig zijn voor grondwettelijke theorievorming of niet toestaan dat de rechtspraak voorzienbaar wordt. Indien de bevoegdheid van de Senaat louter als stok achter de deur wordt gebruikt, zal het

²⁹⁶² S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 278. Zeer bescheiden vermoedt hij dat zijn voorstel op stevige bezwaren zal stuiten, maar zijn verdiensten bestaan al minstens erin dat hij een voorstel doet én dat het rationeel en toepasbaar is. Het roept eerder vragen op. Ten eerste, uit wat blijkt de "onenigheid" van de – stel – vijf rechters: uit de gepubliceerde stemverhouding of moeten ze elk (of samen) een afwijkende motivering publiceren? Moet de onenigheid gaan over de beslissing van het hof (*dissenting*) of mag het ook over diens motivering (*concurring*) gaan of een combinatie van beide? Bovendien gaat hij uit van een vernietiging door het hof. Stel dat het hof het beroep verwerpt en dus geen wetgevende norm vernietigt: krijgt de Senaat dan de bevoegdheid om die wetgevende norm te vernietigen? Daarenboven, ofschoon de Senaat in zijn hervormde samenstelling alle wetgevende parlementen zal vertegenwoordigen (de Kamer door middel van de gecoöpteerde senatoren en de gemeenschappen en gewesten door de door hen aangewezen senatoren), is het toch niet evident om aan de Senaat, die toch een politiek orgaan blijft en niet – zoals de rechters – boven de politiek is verheven en met onafhankelijkheidswaarborgen is omkleed, de bevoegdheid te geven om te oordelen over het lot van een wetgevende norm die is uitgevaardigd door een andere wetgevende vergadering. Ten slotte, wat is de draagwijdte van de beslissing van de Senaat inzake grondwettigheidstoetsing: is diens interpretatie van de Grondwet bindend? Is het dan een lichtere procedure van grondwetsherziening, evenwel zonder *erga omnes*-effect, omdat de inhoud van de grondwetsbepaling niet wordt gewijzigd?

²⁹⁶³ S. FEYEN, "Afwijkende meningsuitingen in het Belgische Grondwettelijk Hof", 283-284.

beraad binnen het Grondwettelijk Hof nog steeds consensusgericht zijn, meer bepaald met het oog om de stok te vermijden. De kwaliteit van de arresten zal dus niet erop vooruitgaan.

De tweede hypothese is dat de bevoegdheid van de Senaat wel degelijk wordt gebruikt. Wij schatten de kans dat dit gebeurt wellicht hoger in dan FEYEN. Rechters van een grondwettelijk hof, sowieso gebukt onder de eeuwige legitimiteitsvragen, zullen zich wellicht verplicht voelen om hun afwijkende motivering kenbaar te maken indien ze weten dat vervolgens een (min of meer) democratisch orgaan ter hulp snelt. Dus: vijf rechters wijzen op hun onenigheid. Dan komt het (arrest van het) Grondwettelijk Hof in een politieke storm: zolang de Senaat geen beslissing heeft genomen, zal dit debat de media beheersen. Het onttrekt het hof helemaal niet aan de politieke communautaire twisten. Integendeel, het hof zal niet langer zijn pacificerende rol kunnen spelen, want er heerst steeds de dreiging van deze politieke storm.

1019. *Interne openbaarheid* – Eerder dan opnieuw een procedure in te richten met de bedoeling dat ze nooit zou worden gebruikt²⁹⁶⁴, lijkt het – als het echt moet – verkieslijker om de rechters te verbieden hun afwijkende motivering te publiceren wanneer één taalgroep wordt geminoriseerd, dit is wanneer bijvoorbeeld vijf rechters van eenzelfde taalgroep niet tot de meerderheid van het arrest behoren. Deze stemverhouding (zonder noodzakelijkerwijze aan te duiden welke taalgroep werd geminoriseerd) moet wel in het arrest worden vermeld. Ook moeten de rechters hun afwijkende motivering intern in het Grondwettelijk Hof verspreiden en moet ze worden bijgehouden.²⁹⁶⁵ De interne afwijkende motiveringen moeten het voorwerp van wetenschappelijk onderzoek kunnen zijn, al mogen de onderzoekers het auteurschap van de afwijkende motiveringen niet prijsgeven.

(3) DE ADVOCaat-GENERAAL

1020. *Verslaggever* – Eén van de alternatieven die MASTOR voor het toestaan van afwijkende motiveringen voorstelt, is om in de *Conseil constitutionnel* een equivalent van de advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie in te stellen.²⁹⁶⁶ In één van de eerste wetsontwerpen over de inrichting van het Arbitragehof werd de Koning gemachtigd om een auditoraat op te richten, doch deze bepaling werd nooit wet.²⁹⁶⁷ Nochtans hebben steeds enkele parlamentsleden verdedigd om bij het Grondwettelijk Hof een parket-generaal of auditoraat op te richten, dat in alle onafhankelijkheid en in het openbaar beredeneerde conclusies of verslagen zou voordragen. Deze magistraten zouden “een nauwkeurige uiteenzetting van het vraagstuk geven en alle bestanddelen van de zaak en de memorie van de partijen aan een kritisch onderzoek onderwerpen, zouden wijzen op de lering die getrokken kan worden uit de rechtspraak, de rechtsregels, de rechtsleer en de

²⁹⁶⁴ Cfr. de samenwerkingsgerechten van artikel 92bis, § 5 BWHI.

²⁹⁶⁵ BINGHAM over deze gewoonte in het Verenigd Koninkrijk, waar de registers nooit door iemand werden ingekeken. T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 44.

²⁹⁶⁶ W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 188 e.v.

²⁹⁶⁷ *Parl.St.* Senaat, 1979-80, nr. 435/1, 41. Om financiële redenen, schrijft J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 431.

ervaring, en zou ten slotte conclusie nemen door aan te geven waarom een bepaalde oplossing geboden is en een andere verworpen moet worden”.²⁹⁶⁸ De regering verkoos evenwel een andere werkwijze: “Bij iedere zaak zijn er onder de leden van het hof twee verslaggevers, zodat ook daar het contradictorisch en publiek debat mogelijk is, waarbij de referendarissen de assistenten zijn van de verslaggevers.”²⁹⁶⁹ RIGAUX acht deze beslissing verstandig, daar het gezag van de arresten van het hof zou worden ondermijnd door een andersluidend advies of verslag van een advocaat-generaal of van een auditeur.²⁹⁷⁰

De doelstelling van de regering werd – wat nogal voorspelbaar was – niet verwezenlijkt. De rechters-verslaggevers noch de referendarissen vervullen de taak, die een auditeur of een advocaat-generaal normalerwijze vervult en het debat met het Grondwettelijk Hof is moeilijk tegensprekelijk of publiek te noemen.²⁹⁷¹ Vooreerst krijgen de partijen slechts op de terechtzitting, waarom eerst nog moet worden verzocht, kennis van een inhoudelijk verslag van de rechter-verslaggevers.²⁹⁷² Aan de partijen wordt “het verslag van de rechter-verslaggevers” weliswaar schriftelijk meegedeeld, toegevoegd aan de beschikking waarin in voorkomend geval de terechtzitting wordt bepaald²⁹⁷³, doch dit verslag is inhoudsloos. Op de terechtzitting is het verslag van de ene rechter-verslaggever uitgebreider dan dit van een andere, maar alle rechters beperken zich doorgaans tot een uiteenzetting van het voorwerp van de zaak en van de argumenten van de partijen. Zelden wordt er verwezen naar rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, nooit naar de rechtsleer en evenmin getuigen de rechters zich voorstander van de ene of andere oplossing.²⁹⁷⁴ Rechters mogen immers tijdens de uiteenzetting van de verslagen onder geen beding “een stelling innemen omtrent de ontvankelijkheid of de gegrondheid”. “De waarde van dit verslag mag dus niet worden overschat.”²⁹⁷⁵ Het “tegensprekelijk en publiek debat” is dan ook bijzonder beperkt, met name tot het verzoekschrift, de memories en het arrest: het wellicht bestaande debat tussen beide rechter-verslaggevers is noch tegensprekelijk noch publiek.²⁹⁷⁶ De tweede

²⁹⁶⁸ *Parl.St.* Senaat, 1982-83, nr. 246/3, 2 (Amendement DE CLIPPELE). Zie ook het amendement van DELAHAYE, die de referendarissen door advocaten-generaal wou vervangen. *Parl.St.* Kamer 1982-83, nr. 647/8, 3.

²⁹⁶⁹ *Hand.* Senaat, 5 mei 1983, 1911 en *Hand.* Kamer, 2 juni 1983, 2462. Zie ook C. MOLITOR en R. BORN, "L'amélioration du caractère contradictoire de la procédure à la Cour d'arbitrage", 392.

²⁹⁷⁰ M.-F. RIGAUX, "Les présidents siègent dans toutes les affaires", 75. Zij voegt meteen eraan toe dat om dezelfde reden rechters van het Grondwettelijk Hof geen afwijkende motiveringen mogen bekendmaken.

²⁹⁷¹ R. ANDERSEN, F. DELPÉRÉE, R. JADOT *et al.*, *La Cour d'Arbitrage*, Brussel, Bruylant, 1988, 107.

²⁹⁷² Bij de vernietigingsprocedure bij de Raad van State wordt het verslag van de auditeur schriftelijk aan de partijen meegedeeld, waarop in een laatste memorie kan worden geantwoord. Op de terechtzitting van het Hof van Cassatie kunnen de partijen om enige tijd verzoeken om in een nota op de (schriftelijke of mondelinge) conclusie van de advocaat-generaal te antwoorden (art. 1107 Ger.W.)

²⁹⁷³ Artikel 103, tweede lid Bijz.Wet GwH.

²⁹⁷⁴ Nochtans zou een emeritus voorzitter hebben getuigd dat enkele rechters in hun verslag wel al een tip van de sluier lichten. C. MOLITOR en R. BORN, "L'amélioration du caractère contradictoire de la procédure à la Cour d'arbitrage", 389.

²⁹⁷⁵ Verslag namens de Commissie over het ontwerp van bijzondere wet tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 2002-2003, nr. 2-897/6, 177.

²⁹⁷⁶ Het in artikel 6, § 1 EVRM gewaarborgde recht op tegenspraak beschermt weliswaar alleen de tegenspraak over de stukken van de partijen en niet van de rechters, waarop zij hun oordeel steunen. Zie C. MOLITOR en R. BORN, "L'amélioration du caractère contradictoire de la procédure à la Cour d'arbitrage", 365. Evenwel als actor in de grondwettelijke dialoog zou het verslag van de rechters-verslaggevers inhoudelijk mogen zijn.

rechter-verslaggever heeft immers nooit of uiterst zelden iets toe te voegen aan het verslag van zijn collega. Vermits het verslag tot de rechtsvraag en de argumenten van de partijen beperkt is, noodzaakt dit ook zelden een tegenspraak of aanvulling door één van de partijen.

1021. *Gewoon rechtscollega* – Niemand twijfelt aan de grote meerwaarde van een parket-generaal of auditoraat bij een hoogste rechtscollege. Vaak wordt aangevoerd dat hun advies of verslag een vergelijkbare rol als een afwijkende motivering vervult, omdat het de argumenten van de partijen beoordeelt, de rechtspraak en rechtsleer bespreekt en een oplossing voor het geschil formuleert. Net zoals de afwijkende motiveringen, vormen hun conclusies en verslagen een waardevol tegenwicht voor het geheim van de beraadslaging.²⁹⁷⁷ Ook het EHRM heeft het argument van de Franse regering aanvaard dat de adviezen van de regeringscommissaris bij de Raad van State de functie van afwijkende motiveringen kunnen vervullen: de publicatie van zijn mening, omdat hij *aan de oordeelsvinding deelneemt*, bevordert de transparantie van de beslissingsprocedure. Indien het arrest zijn mening volgt, kan deze mening als een verduidelijking van het arrest worden gebruikt. Indien de regeringscommissaris niet wordt gevolgd, vervult zijn mening de rol van een afwijkende motivering.²⁹⁷⁸ Voor bepaalde rechtsgeleerden kan de publicatie van deze adviezen en verslagen dan ook voor voldoende transparantie in de oordeelsvinding van het rechtscollege zorgen, zodat het toestaan van de publicatie van afwijkende motiveringen minder of niet noodzakelijk is.²⁹⁷⁹

1022. *Grondwettelijk Hof* – Geldt dit ook voor een grondwettelijk hof? Het is tekenend dat in de vier onderzochte landen de grondwettelijke hoven geen parket-generaal of auditoraat hebben: de samenstelling van het hof en de benoemingsprocedure van de rechters zijn wellicht moeilijk verenigbaar met een parket-generaal of auditoraat. Hun conclusies en adviezen kunnen de publicatie van afwijkende motiveringen ook niet vervangen. Zij zouden weliswaar bijdragen tot de ontwikkeling van het grondwettelijk recht, waardoor één van de doelstellingen van de afwijkende motiveringen zou worden bereikt. Niettemin blijft de oordeelsvinding van de rechters geheim: adviezen of verslagen kunnen een verandering in de rechtspraak verdedigen, doch, indien dit niet wordt gevolgd, weet de rechtzoekende nog steeds niet door welke argumenten de rechters zich hebben laten leiden. De transparantie van de oordeelsvinding wordt door de publicatie van adviezen en verslagen bevorderd, doch niet op dezelfde wijze als afwijkende motiveringen dit doen.

²⁹⁷⁷ W. VAN GERVEN, "The Role and Structure of the European Judiciary: Now and in the Future", *E.L.Rev.* 1996, (211) 222. G. BRAIBANT en B. STIRN, geciteerd door W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, 188-189. Zie ook C.F.Th. VAN MAANEN in 1860, *Het Openbaar Ministerie in Nederland*, 1860 geciteerd door C.H. VAN RHEE, "Het openbaar ministerie in historisch perspectief: 'amicus curiae' of niet?", 13.

²⁹⁷⁸ EHRM 7 juni 2001, *Kress/Frankrijk*, nr. 78, waarin het EHRM Frankrijk veroordeelde wegens schending van artikel 6, § 1 EVRM, omdat de regeringscommissaris van de Raad van State aan de beraadslaging mocht deelnemen, doch geen stemrecht had. Hij is aldus geen rechter die aan de beslissingsprocedure deelneemt en mag daarom niet aan de beraadslaging deelnemen.

²⁹⁷⁹ M. LASSER, *Judicial deliberations*, 61 en 154.

E. BESLUIT

1023. *Pro* – Overtuigd van de voordelen van afwijkende motiveringen voor de ontwikkeling van het grondwettelijk recht en de grondwettelijke dialoog en voor het bevorderen van bepaalde rechtsstaatsvereisten (rechtszekerheid, transparantie en voorzienbaarheid van de rechtspraak, de onafhankelijkheid van de rechter, de verantwoording van het rechtspreken), wordt in dit proefschrift gepleit voor het toestaan ervan. Het argument dat het federale karakter van ons land en van het Grondwettelijk Hof geen afwijkende motiveringen zou verdragen, overtuigt de auteur van dit proefschrift niet. Omdat in Frankrijk de idee van afwijkende motiveringen dezelfde en vergelijkbare tegenargumenten als de Belgische oproept, wordt vermoed dat de afkeer voor afwijkende motiveringen eerder in de rechtscultuur dan in het federalisme zijn voedingsbodem vindt.

1024. *Federale België* – Edoch, voor het federalisme-argument moet begrip worden opgebracht, opdat het “*faisable*” ooit mogelijk zou kunnen worden. Daarom werd hierboven onderzocht op welke wijze het toestaan van afwijkende motiveringen kan worden beperkt, om aan bepaalde bekommernissen tegemoet te komen: bijvoorbeeld door de afwijkende motiveringen te anonimiseren of door hen te verbieden wanneer het onderwerp van het geschil of de mate van onenigheid moeilijk publiekelijke oneensgezindheid verdraagt.

1025. *Deliberatieve cultuur* – Afwijkende motiveringen dragen bij tot de grondwettelijke dialoog en de deliberatieve cultuur, doch zijn niet het enige instrument daartoe. Het Grondwettelijk Hof beschikt thans ook al over de instrumenten om daaraan bij te dragen, meer dan dat het nu doet. Door een deliberatievere argumentatiestijl in de arresten te gebruiken, en niet de cartesiaanse argumentatiestijl, zou het hof bijdragen tot de grondwettelijke dialoog.²⁹⁸⁰ Dat houdt in dat het Grondwettelijk Hof in zijn beslissingen beter de beschikbare oplossingen voor de rechtsvraag uiteenzet en uitlegt waarom hij voor de ene en niet voor de andere heeft gekozen.

1026. *Stijl en terughoudendheid* – In elk geval staat of valt de praktijk van afwijkende motiveringen met de houding en de verantwoordelijkheid van de rechter: welke waarde hecht hij aan het gezag van de instelling, aan eensgezindheid en aan het eerbied voor de andere rechters? Elke rechter moet zijn bevoegdheid met stijl en terughoudendheid uitoefenen, zo ook het schrijven van arresten of van afwijkende motiveringen.²⁹⁸¹

²⁹⁸⁰ M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, 66-67.

²⁹⁸¹ P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", 17.

ALGEMEEN BESLUIT

A. EEN RECHTSSTATELIJK PERSPECTIEF

(1) DE KEUZE VOOR DE RECHTSSTAAT

1027. Rol – In 2002 tracht BARAK, rechter in het Israëliësche *Supreme Court*, op uitvoerige wijze te antwoorden op de vraag op welke wijze hij zijn taak moet vervullen. Hij toetst de rechterlijke functie aan het democratiebegrip. Dezelfde vraag leidt dit onderzoek: op welke wijze moet een grondwettelijk hof zijn taak vervullen? Deze vraag wordt uitgedrukt in de titel “de rol van een grondwettelijk hof in de rechtsstaat”. Een grondwettelijk hof heeft een rol, zoals zoveel andere actoren in de samenleving: de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht, de media, de vakbonden, de organisaties van het middenveld, de scholengroepen... Al deze actoren sturen mee de maatschappij.

1028. Rechtsstaat – Het antwoord op de vraag op welke wijze een grondwettelijk hof in een rechtsstaat de maatschappij mag sturen, wordt bepaald door de politieke filosofie of rechtstheorie van diegene die de vraag beantwoordt. Het is afhankelijk van zijn zienswijze over vraagstukken die ons al eeuwen boeien: soevereiniteit, legitimiteit van het recht, democratie, de rol van de wetgever en van de rechter en de verhouding tussen beide, wie het best geschikt is om de fundamentele rechten van de mens te beschermen, *quies custodiet custodes...* In een juridisch proefschrift kan de zienswijze van de auteur op zich niet bepalend zijn. Daarom wordt getracht zo veel als mogelijk op objectieve en methodologisch verantwoorde wijze deze onderzoeksvraag te beantwoorden. Dit gebeurt door de rol van een grondwettelijk hof te toetsen aan een juridische norm: de rechtsstaat.

1029. Wereldwijde aanhang voor de rechtsstaat – De keuze voor de rechtsstaat als normatief kader was vanzelfsprekend. Wereldwijd wordt de rechtsstaat aanvaard als een legitieme, te beogen en te waarborgen regeringsvorm: er bestaat misschien geen eensgezindheid over zijn inhoud (zie *infra*), doch wel over het feit dat de rechtsstaat het te beogen doel is. Binnen de Europese Unie en de Raad van Europa hebben de lid- en verdragsstaten zich bovendien ertoe verbonden een rechtsstaat te zijn.

1030. Hordes – Zo intuïtief en zo vanzelfsprekend het is om de rechtsstaat als normatief kader te gebruiken, zo moeilijk is het methodologisch. Het Belgische rechtsstaatsbegrip is zowel in de praktijk als in de literatuur onvoldoende uitgewerkt om als normatief kader te dienen. Om die reden moet een ideaaltypisch, normatief rechtsstaatsbegrip worden ontwikkeld. Daarvoor moeten twee hordes worden genomen. Vooreerst zou, volgens de

auteurs in de citaten aan het begin van dit proefschrift, het begrip “rechtsstaat” “een in wezen gecontesteerd begrip” zijn: er zou geen eensgezindheid over zijn inhoud en betekenis bestaan, het begrip zou een *contradictio in terminis* of een pleonasme zijn. Vervolgens wordt in dit proefschrift getracht een normatief rechtsstaatsbegrip te ontwikkelen dat steunt op een gemeenschappelijk Europees rechtsstaatsbegrip. Niet alle auteurs zijn evenwel van mening dat het Duitse, Franse, Engelse en Belgische rechtsstaatsbegrip gelijkaardig zijn. Er zou aldus geen gemeenschappelijk Europees rechtsstaatsbegrip bestaan. De tweede horde. De boeken over de rechtsstaat werden beter ineens toegegooid, doch dit is niet gebeurd.

(2) TWEE METHODEN

1031. *Twee methoden* – Stap voor stap werd in dit onderzoek een normatief rechtsstaatsbegrip ontwikkeld. Twee rechtswetenschappelijke methoden brengen ons tot een ideaaltypisch rechtsstaatsbegrip, namelijk een rechtsstaatsbegrip dat de statelijke contingentie overstijgt en voor de West-Europese landen herkenbaar is: een literatuuranalyse en een rechtspraktijkanalyse. Eerst werd onderzocht hoe de onderscheiden rechtsstaatsbegrippen zijn ontstaan, hoe zij zijn geëvolueerd en hoe zij in de (rechts)literatuur worden ingevuld. Aansluitend werd de rechtspraktijk geanalyseerd: op welke wijze vullen de (grond)wetgever en de rechter deze rechtsstaatsbegrippen in? De eerste methode staat toe om de grondgedachte en de inhoud van de rechtsstaat bloot te leggen: indien de rechtsstaatsbegrippen gemeenschappelijk of gelijkaardig zijn, kan met meer kracht worden bepleit dat een ideaaltypisch rechtsstaatsbegrip kan worden ontwikkeld. De tweede methode staat toe om een empirische fundering aan het rechtsstaatsbegrip te geven: indien uit de praktijk blijkt dat de Britse, Duitse, Franse, Belgische en Europese rechtspractici het rechtsstaatsbegrip op een vergelijkbare wijze invullen, draagt dit bij tot de vaststelling dat er een gemeenschappelijk en ideaaltypisch rechtsstaatsbegrip bestaat

1032. *Oorsprong* – In de filosofische en rechtstheoretische traktaten van de Verlichtingsdenkers wordt een nieuwe legitimiteit voor de uitoefening van de staatsmacht gevonden. Deze stelt niet het machtsorgaan, doch de burger centraal. De eerste stap in het rechtsstaatsdenken – het beperken van de macht van de Koning – vindt zijn theoretische grondslag in een gemeenschappelijke Europese stroming. De Verlichtingsdenkers, die elkaars geschriften lezen, naar elkaar verwijzen en met elkaar in debat gaan, beogen hetzelfde: de vrijheid van de burger waarborgen door de staatsmacht te beperken. Dat is de kern van de rechtsstaatsidee. Zonder de verschillen en nuances eigen aan elk land en elke rechtstraditie te willen ontkennen, blijkt dat in de vier onderzochte landen op een bepaald ogenblik, uit onvrede met het machtsmisbruik en de heerschappij van de Koning of van de Keizer, de nood werd gevoeld om de uitoefening van de staatsmacht door het recht te beperken om de vrijheid van de burger te waarborgen. De rechtsstaatsideeën die uit deze gemeenschappelijke oorsprong voortvloeien en die vooral op het beperken van de macht van de monarch zijn gericht, verschillen in beperkte mate: in Duitsland is de rechtsstaatsidee veeleer gericht op de zelfbeperking van de staat; in Frankrijk en op het Britse eiland veeleer op de sociale contractidee. Opvallender zijn evenwel de grote

continuïteit en eenvormigheid in het Europese denken van de zeventiende en achttiende eeuw. Om de vrijheid te waarborgen, moet de uitoefening van de staatsmacht door het recht worden beperkt. Dit gebeurt aan de hand van dezelfde instrumenten: scheiding der machten, politieke vertegenwoordiging en de bescherming van fundamentele rechten.

1033. *Evolutie* – Naast een gemeenschappelijke oorsprong in een gemeenschappelijk Europees denken, hebben de vier rechtsstaatsbegrippen ook een vergelijkbare evolutie ondergaan. De grondwettelijke teksten in Engeland, Duitsland en Frankrijk in de laat zeventiende tot halfweg de negentiende eeuw implementeren de door de Verlichtingsdenkers gestelde rechtsstatelijke vereisten (waarborgen van de vrijheid, toekennen van de soevereiniteit aan een staatsorgaan, politieke vertegenwoordiging en scheiding der machten). Vanaf dan loopt de ontwikkeling in het rechtsstaatsdenken in Engeland, Duitsland en Frankrijk uiteen. Niettemin is de evolutie, als we focussen op de legalistische en niet-legalistische rechtsstaatsbegrippen, vergelijkbaar: de onderscheiden stappen in deze evolutie vinden evenwel niet op hetzelfde moment plaats.

De vergelijkbaarheid ligt in het feit dat de drie rechtsstaatsbegrippen een legalistische inhoud krijgen, alvorens zij, na de Tweede Wereldoorlog opnieuw niet-legalistisch worden. Op het Britse eiland krijgt het legalistische rechtsstaatsbegrip veel aanhang na de geschriften van DICEY. Hoewel DICEY zelf geen puur legalistisch rechtsstaatsbegrip verdedigt, leidt de nadruk op de parlementaire soevereiniteit als eerste grondwettelijk beginsel tot een positivistisch, legalistisch *rule of law*-denken. De *rule of law* krijgt zijn voornaamste betekenis in het administratief recht: de *rule of law* beperkt de uitvoerende macht *a posteriori*, doch de wetgever slechts *a priori*. Ook in Duitsland verdwijnt de *Rechtsstaat* uit het grondwettelijk recht en wordt het rechtsstaatsbegrip beperkt tot het wettigheidsbeginsel en het rechterlijke bestuurstoezicht. Op grond van het soevereiniteitsbegrip verdedigen de positivistische rechtsgeleerden het normatieve monopolie van de wetgever en het beginsel dat alleen de staat zichzelf kan beperken. Vanaf het begin van de twintigste eeuw ontstaat er een beperkte nieuwe natuurrechtelijke stroming die het arme legalistische rechtsstaatsbegrip bekampt en het opnieuw als een staatsrechtelijk begrip invult. Deze stroming zal versterkt uit de Tweede Wereldoorlog komen. Ook in Frankrijk leiden de grondwetten van de Franse Revolutie tot een heerschappij van de wet en het positivistisch rechtsdenken. Hoewel het Franse staatsdenken ten tijde van de Franse Revolutie wezenlijk natuurrechtelijk is geïnspireerd, leidt de gebrekkige implementatie van de machtsverdelende theorieën van de Verlichtingsdenkers in de tweede helft van de negentiende eeuw tot een strenge formalistische en positivistische school in het Franse staatsdenken, die een soevereiniteit van de wetgever verdedigt. Het klassieke rechtsstaatsbegrip herleeft pas in het begin van de twintigste eeuw, wanneer de natuurrechtelijk geïnspireerde DUGUIT een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip als Frans staatsrechtelijk begrip introduceert. In diezelfde periode verdedigt CARRÉ DE MALBERG een legalistisch rechtsstaatsbegrip, dat hij van de wettenstaat onderscheidt: in de rechtsstaat wordt, in functie van het belang en ter bescherming van de burger, de wetgevende en de uitvoerende macht beperkt. In België herkennen we de rechtsstaatsidee in de Grondwet van 1831. Steunend op de Verlichtingsdenkers wordt een staat opgericht, die voldoet aan de op dat moment heersende rechtsstaatsideeën: de soevereiniteit wordt aan de natie toegekend, er is machtsverdeling en de fundamentele

mensenrechten worden gewaarborgd. Door een beperkte interpretatie van de rechterlijke functie wordt slechts in het begin van de twintigste eeuw een rechterlijk toezicht op de handelingen van de uitvoerende macht aanvaard. Vanaf dan luidt ook af en toe de roep naar rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten.

1034. *Niet-legalistische rechtsstaat* – Een gemeenschappelijke ervaring, de Tweede Wereldoorlog, leidt ertoe dat de onderscheiden vormen van het rechtsstaatsdenken op het continent opnieuw naar elkaar toegroeien. Deze oorlog doet de (meeste, doch niet alle) auteurs van legalistische rechtsstaatsbegrippen verstommen en zet de soevereiniteitstheorieën onder druk. Het rechtsstaatsbegrip wordt opnieuw een niet-legalistisch begrip: het vereist inhoudelijke beperkingen op de wetgever (fundamentele mensenrechten), evenwicht der machten, democratie, rechtsbescherming met inbegrip van rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten... Deze evolutie gebeurt niet overal op hetzelfde ogenblik: Duitsland loopt voorop en Frankrijk en België volgen. In het Verenigd Koninkrijk is deze evolutie nog steeds gaande. Omdat de *common law* als de beschermer van de vrijheden wordt beschouwd en de oorsprong van het recht niet alleen bij het parlement ligt, houdt in het Verenigd Koninkrijk de ideologie van de parlementaire soevereiniteit immers langer stand. Pas op het einde van de twintigste eeuw weerklinkt de roep naar afdwingbare inhoudelijke beperkingen op de wetgever luider en luider. Op grond van de *Human Rights Act* en belangrijke rechterlijke uitspraken (*Jackson*, *AXA* en *Evans*), verdedigen sommige rechtsgeleerden dat de *rule of law* het eerste grondwettelijk beginsel is geworden en dat het parlement niet langer soeverein is. Anderen trachten de inhoudelijke beperkingen op de wetgever en het beginsel van de parlementaire soevereiniteit te verzoenen door te erkennen dat de wetgever en de rechter een “*dual sovereignty*” uitoefenen.

1035. *Literatuur* – Heeft dit alles dan ook tot eenzelfde rechtsstaatsbegrip geleid? Indien de niet-legalistische rechtsstaatsbegrippen uit de rechtsleer van de onderzochte landen worden vergeleken, zien we dat deze een vergelijkbare inhoud hebben. Zij bieden vergelijkbare antwoorden op vergelijkbare vragen. Er kan aldus een gemeenschappelijk rechtsstaatsbegrip worden ontwaard. Deze rechtsstaat stelt vereisten op institutioneel vlak: een juridische beperking van elke uitoefening van de staatsmacht, een evenwicht van machten (het wettigheidsbeginsel, doelmatigheid van het optreden van de uitvoerende macht en onafhankelijkheid van de rechterlijke macht) en rechtsbescherming tegen handelingen van de uitvoerende macht. Op inhoudelijk vlak vereist deze rechtsstaat eerbied voor het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie en voor de fundamentele mensenrechten, namelijk de vrijheid van meningsuiting, van vereniging, van denken en van geweten. Op formeel vlak vereist de rechtsstaat kenbaarheid en begrijpelijkheid van de wetgeving, een aan de wet en het recht gebonden uitvoerende macht en het recht op toegang tot de rechter en op een eerlijk proces.

Het grootste verschilpunt ligt in de rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten. Erkend als een essentieel element van de rechtsstaat in Duitsland, Frankrijk en België, is er vooralsnog aarzeling in het Verenigd Koninkrijk: nog niet alle Britse rechtsgeleerden erkennen dat de *rule of law* grondwettigheidstoetsing van wetten vereist: er zijn evenwel al veel eminente rechtsgeleerden, die dat wel verdedigen.

1036. Rechtspraktijk – De tweede onderzoeksmethode die ons tot een ideaaltypisch normatief rechtsstaatsbegrip leidt, is de analyse van de rechtspraktijk. Er wordt nagegaan of de rechtspraktijk het in de literatuur ontwaarde gemeenschappelijke rechtsstaatsbegrip hanteert. Deze toetsing aan de praktijk is een essentieel element in de beoordeling of er een gemeenschappelijk rechtsstaatsbegrip bestaat, dat als normatief kader kan worden gebruikt. Enerzijds, is het noodzakelijk om de theorie aan de praktijk te toetsen: eensgezindheid in de literatuur over een rechtsstaatsbegrip, indien deze zou bestaan, is weinig waardevol wanneer dit rechtsstaatsbegrip niet in de praktijk wordt gehanteerd. Anderzijds, leidt de praktijk ook tot andere inzichten dan de literatuur. Het Verenigd Koninkrijk hanteert in de praktijk een ruimer niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip dan uit de rechtsliteratuur op het eerste gezicht blijkt. Het omvat dezelfde institutionele, formele en materiële vereisten als het gemeenschappelijke rechtsstaatsbegrip. De Britse rechtspraktijk kent bovendien een rechterlijke toetsing van wetten die, af en toe, door de rechter op de *rule of law* wordt gesteund. Ook in Frankrijk leiden de recente evoluties in de grondwettelijke orde tot het besluit dat het in Frankrijk gehanteerde rechtsstaatsbegrip sterk op het Duitse en Belgische rechtsstaatsbegrip lijkt. Alleen gebruikt de Franse rechter niet het rechtsstaatsbegrip, doch wel de rechtsstaatsidee.

Uit de analyses van de Britse, Duitse, Franse en Belgische rechtspraktijk blijkt dan ook dat in de vier landen een vergelijkbare rechtsstaatsidee wordt gehanteerd die institutionele, formele en materiële vereisten stelt.

1037. Europese rechtsorde – De Europese staten hebben zich in de Europese Unie en de Raad van Europa verbonden een rechtsstaat te zijn. Daarom wordt nagegaan of de in deze supranationale rechtsordes gehanteerde rechtsstaatsbegrippen vergelijkbaar zijn met de vier statelijke rechtsstaatsbegrippen. Voor het EHRM is het rechtsstaatsbegrip een leidende interpretatiemethode van het EVRM. Het wordt voornamelijk gebruikt om het recht op de rechter en het wettigheidsbeginsel te benadrukken. Hieruit kan niet worden besloten dat het EHRM een louter legalistisch rechtsstaatsbegrip gebruikt. Vooreerst hanteert het het rechtsstaatsbegrip ook in verband met materiële vereisten (bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting en de media). Bovendien omvat het EVRM de materiële vereisten van het gemeenschappelijke rechtsstaatsbegrip, zodat het voor het EHRM vanzelfsprekender is om naar de verdragsartikelen te verwijzen. De door het EHRM afgedwongen rechtsstaatsidee omvat ook institutionele vereisten: het evenwicht der machten door het wettigheidsbeginsel en het recht op een onafhankelijke rechter en de democratie. Het EHRM gebruikt aldus een niet-legalistische rechtsstaatsidee. Ook de rechter van de Europese Unie hanteert een niet-legalistische rechtsstaatsidee: hij gebruikt het rechtsstaatsbegrip zelden. De rechtsstaatsidee komt evenwel tot uiting in meerdere begrippen: behalve de rechtsstaat, ook de rechtsgemeenschap, de scheiding der machten en de algemene rechtsbeginselen. Uit de analyse van de rechtspraxis van de Raad van Europa en van de Europese Unie blijkt dan ook de daarin gehanteerde rechtsstaatsbegrippen of –ideeën een vergelijkbare inhoud met de statelijke rechtsstaatsbegrippen hebben: zij stellen institutionele, formele en ook materiële vereisten.

1038. Normativering – De twee onderzoeksmethoden staan toe om een gemeenschappelijk rechtsstaatsbegrip te omschrijven en te definiëren, dat institutionele,

formele en materiële vereisten stelt. Daarnaast staan zij ook toe om de normatieve grondslagen en materiële doelen van de rechtsstaat bloot te leggen, alsmede zijn verhouding met de democratie. Hierdoor kan de kern van de rechtsstaat worden benoemd. Deze grondslagen en materiële doelen zijn: de gematigdheid, de vrijheid en het pluralisme. De gematigdheid, die zowel institutioneel als cultureel is, houdt in dat er geen heerschappij is: noch van personen, noch van groepen, noch van ideeën, noch van de politiek. De vrijheid omvat drie vormen: de politieke vrijheid (mensen moeten kunnen deelnemen aan de procedures waarbij recht tot stand komt), de juridische vrijheid (het recht om alles te doen wat de wetten toestaan) en de persoonlijke vrijheid (de staat mag niet in de onaantastbare sfeer van persoonlijke autonomie ingrijpen). Deze vrijheidsvormen waarborgen de menselijke waardigheid. De samenleving is pluralistisch: alleen in een rechtsstaat, die de gematigdheid en de vrijheid waarborgt en waar de menselijke waardigheid als basisnorm wordt gehanteerd, wordt de pluralistische samenleving geëerbiedigd.

Door deze grondslagen en doelen bloot te leggen, kan het rechtsstaatsbegrip als een ideaaltypisch normatief rechtsstaatsbegrip worden gebruikt. In functie van deze grondslagen wordt het rechtsstaatsbegrip in de hedendaagse samenleving en rechtsorde vertaald. Het maakt het mogelijk dit rechtsstaatsbegrip te definiëren en aan de hand van zijn concrete vereisten te omschrijven.

1039. *Definitie* – In het eerste deel van dit proefschrift wordt dan ook tot de volgende definitie van de rechtsstaat besloten:

Om de (politieke, juridische en persoonlijke) vrijheid, de rechtvaardigheid en (aldus) de menselijke waardigheid te waarborgen, heerst in een rechtsstaat steeds het recht. Dit houdt in dat (grond)wettelijke rechtsnormen, waarvan de naleving door de rechter moet kunnen worden afgedwongen, elk handelen van de overheid en van de burger op formele en materiële wijze beperken, de beginselen van het evenwicht der machten en van de democratie inrichten en de fundamentele mensenrechten waarborgen.

Omdat dit een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip is, past het om uitdrukkelijk de materiële doelen van het rechtsstaatsbegrip aan te duiden: vrijheid, rechtvaardigheid en menselijke waardigheid. Dit rechtsstaatsbegrip beperkt elke uitoefening van de staatsmacht op materiële en formele wijze. De concrete materiële en formele vereisten zijn niet in de definitie opgenomen. Zij kunnen wel worden omschreven op grond van het in de literatuur en in de rechtspraak gevonden gemeenschappelijke rechtsstaatsbegrip. In dit besluit worden zij niet opnieuw opgesomd. Het is een niet-legalistisch rechtsstaatsbegrip, dat institutionele, formele en materiële vereisten stelt. De concrete rechtsstaatsvereisten die voor dit proefschrift het belangrijkste zijn, zijn: het (politieke, juridische en persoonlijke) vrijheidsdoel; het evenwicht der machten en een grondwettelijk hof als tegenwicht, de materiële en formele beperking van de uitoefening van elke staatsmacht, de democratie, de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de rechter en het recht op een eerlijk proces (met inbegrip van wapengelijkheid). Deze rechtsstaatselementen bepalen de bevoegdheden en de inrichting van en de rechtspleging voor een grondwettelijk hof.

1040. *Twee hordes* – Met dit onderzoek worden aldus de twee stellingen die de hordes voor dit onderzoek waren, ontkracht. Het Britse, Duitse en Franse rechtsstaatsbegrip zijn wel voldoende vergelijkbaar: dit blijkt zowel uit de literatuur als uit de praktijk. Er kan een

gemeenschappelijk rechtsstaatsbegrip worden ontwaard. Dat maakt dat het rechtsstaatsbegrip wel bepaalbaar is: in dit proefschrift wordt de rechtsstaat gedefinieerd en worden zijn concrete vereisten omschreven. Het is aldus een nuttig, juridisch begrip.

1041. *Onveranderbare inhoud?* – Het rechtsstaatsbegrip wordt verweten een veranderlijke inhoud te hebben. Door de evolutie tussen niet-legalistische en legalistische rechtsstaatsbegrippen lijkt dit op het eerste gezicht het geval te zijn. De rechtsstaat verandert echter niet van inhoud, doch wel van draagwijdte. De kern ervan blijft immers dezelfde: met het oog op het waarborgen van de vrijheid, door een evenwicht der machten en de bescherming van de fundamentele rechten, de uitoefening van de staatsmacht aan het recht onderwerpen. Dit is immers noodzakelijk om de doelen en normatieve grondslagen van de rechtsstaat, de gematigdheid, de vrijheid en het pluralisme, te waarborgen. Naarmate het staatsrechtelijke model waarin de rechtsstaat uitvoering krijgt, verandert, verandert het rechtsstaatsbegrip.²⁹⁸² Naarmate meer staatsorganen de gematigdheid, de vrijheid en het pluralisme beperken, vereist de rechtsstaat dat meer staatsorganen aan het recht worden onderworpen. Zo wijzigde de draagwijdte van het rechtsstaatsbegrip van een beperking van de macht van de Koning naar een beperking van de macht van alle staatsmachten.

1042. *These* – Deze twee rechtswetenschappelijke onderzoeksmethoden leiden tot een normatief rechtsstaatsbegrip. De auteur van dit proefschrift is zich bewust van de relativiteit ervan. Het is een these in dit proefschrift: een stellingname. Wellicht zal haar rechtsstaatsbegrip één van de vele ontwikkelde rechtsstaatsbegrippen zijn. Door nog een rechtsstaatsbegrip te definiëren en te conceptualiseren, draagt de auteur dan, paradoxalerwijze, bij tot de vaststelling dat er geen eensgezindheid over het rechtsstaatsbegrip bestaat.

1043. *De concrete rechtsstaatsvereisten* – Het rechtsstaatsbegrip wordt door zijn doel en zijn concrete institutionele, formele en materiële vereisten gekenmerkt. Het is belangrijk dat in het eerste deel van het proefschrift ook deze concrete rechtsstaatsvereisten worden uiteengezet en dat wordt nagegaan of over de invulling van deze concrete vereisten in de vier onderzochte landen eensgezindheid bestaat. Zo kan tot een gemeenschappelijk begrip worden besloten. In het tweede deel van dit proefschrift dienen bovendien deze concrete rechtsstaatsvereisten als normatief kader om de bevoegdheden en de inrichting van en de rechtspleging voor vier grondwettelijke hoven te toetsen. Diegene die het oneens is met het ontwikkelde rechtsstaatsbegrip kan zich misschien wel erin vinden dat die bepaalde concrete (rechtsstaats)elementen de rol van een grondwettelijk hof bepalen. Sommige auteurs argumenteren immers dat niet het rechtsstaatsbegrip moet worden gebruikt, maar wel de concrete vereisten die de rechtsstaat stelt. Over de inhoud van het rechtsstaatsbegrip zou immers geen eensgezindheid bestaan, terwijl er wel eensgezindheid bestaat over de normatieve kracht van (mogelijke) rechtsstaats-elementen, zoals het evenwicht der machten. Was het dan wel noodzakelijk om het rechtsstaatsbegrip als normatief kader te gebruiken? Kan de rol van een grondwettelijk hof niet louter aan deze

²⁹⁸² E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, 23 en 171; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, nrs. 45-48 en U. SCHEUNER, "Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland", 468.

concrete rechtsstaatsvereisten worden getoetst? Ja en neen. Deze concrete vereisten onder één noemer brengen en deze noemer benoemen, heeft een meerwaarde: dit geldt des te meer omdat uit de literatuur en de praktijk blijkt dat deze concrete vereisten wel degelijk onder dezelfde noemer kunnen worden gebracht én dat deze noemer, de rechtsstaat, de staatsvorm is die door de onderzochte landen als rechtsvorm wordt beoogd. Bovendien is de invulling van deze rechtsstaats-elementen in de Belgische rechtsleer en rechtspraktijk onvoldoende ontwikkeld. Wegens de geringe theorievorming, zou alleen de rechtspraak van de inter- en supranationale rechtscolleges als toetsingsnorm kunnen dienen. Deze is echter, vanzelfsprekend, casuïstisch, maar bovendien ook zeer terughoudend. Met betrekking tot de rol van een grondwettelijk hof, laat het EHRM een grote beoordelingsvrijheid aan de verdragsstaten. Door een gemeenschappelijk normatief kader met Duitsland en Frankrijk te ontwikkelen, kunnen de Duitse en Franse literatuur en praktijk in de toetsing worden betrokken: niet alleen tonen Duitsland en Frankrijk een andere rechtspraktijk inzake de bevoegdheden van een grondwettelijk hof aan; bovendien wordt de rol van deze grondwettelijke hoven ook vaker in de rechtsliteratuur in een rechtsstatelijk perspectief geplaatst.

1044. *Wisselwerking* – Juist omwille van de invulling van deze concrete institutionele, formele en materiële vereisten van de rechtsstaat, bestaat er een wisselwerking tussen het eerste en het tweede deel van het proefschrift. In dit proefschrift wordt in het eerste deel een rechtsstaatsbegrip uitgewerkt dat als normatief kader voor de bevoegdheden en de inrichting van en de rechtspleging voor een grondwettelijk hof dient. Het eerste deel staat aldus in functie van het tweede deel. De analyse van de bevoegdheden en de inrichting van en de rechtspleging voor de vier grondwettelijke hoven draagt evenwel ook bij tot het vinden van een gemeenschappelijk rechtsstaatsbegrip. In de rechtsliteratuur wordt nagegaan of elementen met betrekking tot de bevoegdheid, inrichting en rechtspleging in het licht van het rechtsstaatsbegrip (Duitsland, Frankrijk en België) dan wel in het licht van concrete rechtsstaatsvereisten (de vier landen) worden bekritiseerd. Dat zorgt ervoor dat het onderzoek in het tweede deel ook tot de begripsvorming in het eerste deel heeft bijgedragen: wanneer uit het tweede deel blijkt dat in de vier (drie) onderzochte landen eenzelfde invulling aan een concreet rechtsstaats-element wordt gegeven, draagt dit bij tot de vaststelling dat er een gemeenschappelijk rechtsstaatsbegrip is.

B. DE TOETSING

1045. *Concrete rechtsstaatsvereisten* – In het tweede deel van het proefschrift worden aldus de bevoegdheid en de inrichting van en de rechtspleging voor een grondwettelijk hof aan concrete rechtsstaats-elementen getoetst. Een rechtsstaats-element kan op elk van die facetten invloed hebben. Daarom wordt in dit besluit een vogelperspectief ingenomen: per rechtsstaats-element wordt uiteengezet op welke wijze het de rol van een grondwettelijk hof bepaalt. Hierboven is reeds vermeld welke concrete rechtsstaatsvereisten voor dit proefschrift de belangrijkste zijn: het (politieke, juridische en persoonlijke) vrijheidsdoel; het evenwicht der machten en een grondwettelijk hof als tegenwicht, de materiële en formele beperking van de uitoefening van elke staatsmacht, de democratie, de

onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de rechter, het recht op een eerlijk proces (met inbegrip van de wapengelijkheid). Deze rechtsstaats-elementen bepalen de bevoegdheden en de inrichting van en de rechtspleging voor een grondwettelijk hof. Hieronder wordt uiteengezet op welke wijze elk van de vereisten dit doet.

(1) DE VRIJHEID DOOR RECHTERLIJKE TOETSING ALS TEGENWICHT

1046. *Tegenwicht* – In de rechtsstaatsdefinitie van dit proefschrift wordt bepaald dat elk handelen van de overheid op formele en materiële wijze moet worden beperkt en dat deze beperkingen door de rechter moeten kunnen worden afgedwongen. In het eerste deel van dit proefschrift wordt bepleit dat de hedendaagse rechtsstaat rechterlijke toetsing van wetten vereist. Vanuit de normatieve grondslagen van de rechtsstaat, vindt een grondwettelijk hof zijn legitimiteit in een samensmelting van (enkele) institutionele en functionele legitimiteitsgronden die in de rechtsleer te vinden zijn. Een grondwettelijk hof is een (noodzakelijk) instrument om het evenwicht der machten te verwezenlijken, zodat de politieke, juridische en persoonlijke vrijheid en de institutionele en culturele gematigdheid en het pluralisme worden gewaarborgd. De Duitse, Franse en Belgische literatuur stellen vrij eensgezind dat een rechtsstaat rechterlijke toetsing van wetten vereist. De Britse nog niet, doch, meer en meer rechtsgeleerden bepleiten dat de *rule of law* rechterlijke toetsing van wetten vereist en de Britse rechtspraak kent ook verschillende vormen van rechterlijke toetsing van wetten.

Een tweeledige vraag wordt in het eerste deel van het proefschrift opengelaten of niet behandeld: moet een grondwettelijk hof ook het tegenwicht van het parlement en van de grondwetsherziener zijn? Dit komt in het tweede deel aan bod.

1047. *Tegenwicht voor het parlement* – In de vier onderzochte landen behelst de voornaamste opdracht van de grondwettelijke hoven dat zij het tegenwicht voor de wetgever vormen. Het *Bundesverfassungsgericht* en de *Conseil constitutionnel* houden reeds lang ook toezicht op de geldigheid van bepaalde handelingen van het parlement. Slechts sinds de Zesde Staatshervorming kan het Grondwettelijk Hof op beperkte wijze een tegenwicht voor het parlement vormen: het hof houdt toezicht op de door de Controlecommissie op grond van artikel 14/1 Partijfinancieringswet genomen sancties ten aanzien van verkozenen. Deze uitbreiding is voornamelijk onvoldoende. De vaststellingen in het tweede deel van dit proefschrift nopen immers ertoe dat de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof wordt uitgebreid: een grondwettelijk hof moet een tegenwicht voor de wetgever én voor het parlement zijn. Verder in dit besluit wordt uiteengezet voor welke parlementaire handelingen een grondwettelijk hof een tegenwicht moet zijn. Maar hier volstaat het om te duiden waarom juist een grondwettelijk hof een tegenwicht voor het parlement moet zijn.

Hiervoor gelden twee redenen, die elk berusten op de grondslagen van de rechtsstaat en van de rechterlijke toetsing. Ten eerste beoogt de rechtsstaat de gematigdheid. Door de machten over de verscheidene organen te verdelen, wil de grondwetgever absolutisme, willekeur en machtsmisbruik vermijden. Het parlement is één van deze organen en net als

alle andere staatsorganen, moet het een tegenwicht kennen. Een grondwettelijk hof kan dit tegenwicht vormen zoals de (grondwettelijke) rechter in Duitsland, in Frankrijk en (in beperktere mate) in de Verenigde Staten van Amerika dit doet. Ten tweede moet in de rechtsstaat de vrijheid worden gewaarborgd. Met zijn beslissingen inzake de geloofsbrieven en moties en de procedures inzake belangenconflicten en de alarmbel, kan het parlement de vrijheid schenden: de politieke vrijheid, maar ook de persoonlijke vrijheid. Om de politieke en persoonlijke vrijheid te waarborgen, moet in een rechtsstaat de schending van deze vrijheidsvormen bij de (grondwettelijke) rechter kunnen worden aangeklaagd.

1048. *Tegenwicht voor de grondwetsherziener* – In de rechtsstaatsdefinitie wordt bepaald dat de rechter de materiële en formele beperkingen op elk overheidshandelen moet naleven. De grondwetsherziener is ook een overheidsorgaan. Vereist de rechtsstaat dat een grondwettelijk hof grondwetsherzieningen kan toetsen? De rechtsstaat beperkt de bevoegdheid van de grondwetsherziener op materiële wijze: wanneer hij de rechtsstaat wil behouden, mag de grondwetsherziener niet op wezenlijke wijze afbreuk doen aan de grondwetsbepalingen die de rechtsstaat inrichten. Dit zijn de bepalingen die het evenwicht der machten inrichten en de grondrechten en de rechtsbescherming waarborgen. Vereist de rechtsstaat dat een grondwettelijk hof deze materiële beperkingen kan afdwingen?

Rechterlijk toezicht op grondwetsherzieningen stelt de vraag naar de legitimiteit van een grondwettelijk hof zeer scherp. Eén van de argumenten tegen rechterlijke grondwettigheidstoetsing van wetten is dat zij tot een *gouvernement des juges* zou leiden. Eén van de argumenten waarmee dit wordt tegengesproken is dat een arrest van een grondwettelijk hof, waarin een op een democratische wijze tot stand gekomen regelgeving ongrondwettig wordt geacht, niet het laatste woord hoeft te zijn: de grondwet kan worden herzien en op deze wijze kan het laatste woord aan de democratisch verkozen parlementsleden of aan het volk (referendum) toekomen. Voor de (functionele en institutionele) legitimiteit van een grondwettelijk hof zou het essentieel zijn dat het hof niet "*le pouvoir du dernier mot*" heeft. Op de vraag "*quies custodiet custodes?*" luidt dan het antwoord: de grondwet.

Alvorens een grondwettelijk hof voor de toetsing van grondwetsherzieningen bevoegd te maken, moeten de risico's worden afgewogen. Dit houdt in dat moet worden ingeschat welk misbruik wellicht het eerst of vaakst zal voorkomen: de grondwetsherziener die zijn onbeperkte bevoegdheid misbruikt om fundamentele rechtsstatelijke elementen uit de grondwet te schrappen of het grondwettelijk hof dat een activistisch toezicht op de grondwetsherzieningen uitoefent. Eén van de elementen die daarbij in rekening moet worden gebracht is de wijze waarop de grondwet kan worden herzien. Een grondwettelijk hof moet immers ook een tegenwicht ten aanzien van de grondwetsherziener kunnen zijn, wanneer de grondwetsherziener niet veel meer is dan de wetgever en het parlement met een bijzondere meerderheid. Wanneer het evenwicht der machten wordt verbroken doordat het parlement bij machte is om op vrij eenvoudige wijze en zonder rechterlijk toezicht de grondwettelijke waarborgen van de rechtsstaat af te bouwen, moet het evenwicht der machten worden hersteld door het grondwettelijk hof voor grondwetsherzieningen bevoegd te maken. Het grondwettelijk hof wordt dan ook het tegenwicht voor de grondwetsherziener.

Voor België geldt dan dat indien artikel 195 van de Grondwet wordt herzien en het mogelijk wordt dat de Grondwet zonder goedkeuring door middel van grondwetgevende verkiezingen of referenda kan worden herzien, een rechterlijk toezicht aan het Grondwettelijk Hof moet worden toegekend. Dit kan evenwel niet zonder ook een *check* op de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof in te richten. Daarvoor is inspraak door de burger het meest geëigende instrument. Er kan worden bepaald dat grondwetsherzieningen die de rechtspraak van het grondwettelijk hof beogen te wijzigen, kunnen worden aangenomen bij referendum, waarbij het grondwettelijk hof een bindend advies geeft over de organisatie van het referendum en een niet-bindend advies over de inhoud van het referendum.

1049. Rechterlijke macht – In de vier onderzochte landen behelst de voornaamste opdracht van de grondwettelijke hoven dat zij het tegenwicht voor de wetgever en het parlement vormen. Het *Bundesverfassungsgericht* en het *Supreme Court* zijn eveneens bevoegd om rechterlijke uitspraken aan de grondwet te toetsen. Bij het *Supreme Court* is dit eigen aan zijn plaats in de rechterlijke macht. Het *Supreme Court* oefent deze functie evenwel zelden uit: in de praktijk houdt het geen toezicht op de lagere rechtscolleges, doch toetst het voornamelijk wetten en uitvoerende handelingen aan de *US Constitution*. Slechts wanneer een grondwettelijke kwestie in het geding is, zal het hof de rechterlijke uitspraak toetsen. De bevoegdheid van deze grondwettelijke hoven om rechterlijke uitspraken te toetsen, leidt tot een enorme werkbelasting. Om die reden kunnen zij beslissen in welke zaken zij uitspraak doen. Bij het *Bundesverfassungsgericht* wordt 98 procent van de *Urteilsverfassungsbeschwerde* niet aangenomen. Beide grondwettelijke hoven vormen aldus in de praktijk geen tegenwicht voor de rechterlijke macht. Deze vaststellingen doen in dit proefschrift besluiten dat niet ervoor moet worden gepleit dat in een rechtsstaat een grondwettelijk hof een tegenwicht voor de rechterlijke macht zou vormen.

1050. Grondwetsbescherming – Nadat is uitgelegd voor welke staatsmachten een grondwettelijk hof in de rechtsstaat het tegenwicht moet zijn, moet worden uiteengezet welke beperkingen op deze staatsmachten het grondwettelijk hof moet afdwingen. In de rechtsstaatsdefinitie wordt bepaald dat elk handelen van de overheid op formele en materiële wijze moet worden beperkt en dat deze beperkingen door de rechter moeten kunnen worden afgedwongen. De grondwet heeft de machten verdeeld: over de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht, maar ook over de twee kamers van de federale wetgevende macht. In het eerste deel van dit proefschrift wordt bepleit dat, om de gematigdheid, de vrijheid en het pluralisme te waarborgen, een grondwettelijk hof alle grondwetsbepalingen die deze normatieve grondslagen waarborgen ten aanzien van de wetgever moet kunnen afdwingen. De vermelde beperkte functionele of democratische legitimiteitsgronden van ELY en CHOPER volstaan immers niet. Zij geven een beperkte draagwijdte aan de grondwettigheidstoetsing, waarbij de beperking in slechts één functie van een grondwettelijk hof ligt: CHOPER waarborgt alleen de persoonlijke vrijheid en ELY waarborgt alleen (fundamentele rechten in functie van) de politieke vrijheid. Hoewel de politieke en persoonlijke vrijheidsvormen nauw met elkaar zijn verbonden, mag in een rechtsstaat de persoonlijke vrijheidsvorm niet in functie van de politieke vrijheidsvorm worden gesteld: de persoonlijke vrijheidsvorm is een autonome vrijheidsvorm, die moet worden gewaarborgd omdat de mens, als mens, deze persoonlijke vrijheidsrechten geniet.

Omgekeerd is ook de politieke vrijheid een autonome vrijheidsvorm, die wordt gefnuikt wanneer de burger niet meer “*at once ruled and ruler*” is, namelijk wanneer een staatsmacht de beperkingen op haar bevoegdheden negeert. Een grondwettelijk hof moet de horizontale en verticale scheiding der machten bewaken en de fundamentele rechten en vrijheden beschermen.

In het tweede deel van dit proefschrift wordt vanuit de rechtspraak en de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht* en van het *Supreme Court* deze stelling bijgetreden. Alleen het Grondwettelijk Hof en de *Conseil constitutionnel* in de *a posteriori*-toetsing oefenen een beperkte grondwettigheidstoetsing uit: zij toetsen niet of slechts onder bepaalde omstandigheden aan de grondwetsbepalingen die de wetgever op formele wijze beperken (de regels inzake de totstandkoming van de wet en het evenwicht der machten). Uit de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht* en van het *Supreme Court* blijkt dat, juist omwille van rechtsstatelijke verzuchtingen gegrond op de bescherming van *rechten en vrijheden*, deze beide grondwettelijke hoven de naleving van deze grondwetsbepalingen wel afdwingen. Terecht oordelen zij dat ook deze grondwetsbepalingen de vrijheid van de burgers beogen: met deze regels worden de persoonlijke en politieke vrijheid van elkeen gewaarborgd, omdat zij ervoor instaan dat de uitoefening van de staatsmacht niet in één orgaan wordt verenigd en dat elke staatsmachtoefening aan het geschiktste orgaan wordt toebedeeld opdat elk staatsorgaan voor de kwaliteit van het staatshandelen borg kan staan. Ook indien geen grondrecht van een burger in het geding is, wordt zijn vrijheid gefnuikt wanneer staatsmachten bevoegdheden uitoefenen die hen niet door de grondwet zijn toegekend: niet alleen zijn persoonlijke vrijheid, maar bovenal zijn politieke vrijheid. De grondwet bepaalt het evenwicht der machten: binnen die grenzen geeft de burger de machtiging aan de wetgevende vergaderingen om in overeenstemming met de grondwet te handelen. Ongrondwettige machtsoverdrachten, een aanmatiging van de bevoegdheden van de uitvoerende macht of schendingen van de wetgevingsprocedure schenden het sociale contract van de burger met de overheid en dus zijn autonomie en politieke vrijheid.

Dit betekent dat het grondwettigheidscontentieux niet tot een grondrechtenbescherming mag worden herleid. Evenmin mag rechterlijke grondwettigheidstoetsing alleen in de grondrechtenbescherming haar legitimiteit vinden.

1051. *Toegang van de burger tot de rechter* – Een grondwettelijk hof moet een tegenwicht voor de wetgever, het parlement en eventueel de grondwetsherziener zijn. Het moet niet louter een grondrechtenbescherming bieden, maar een grondwetsbescherming. De laatste vraag is dan wie het initiatief tot de rechterlijke grondwettigheidstoetsing kan nemen. Indien alleen politieke organen dit kunnen, is een grondwettelijk hof geen volwaardig tegenwicht voor de wetgever en het parlement. Indien het grondwettelijk hof dit zelf kan, is hij meer dan een tegenwicht. Een autosaisine moet dus worden uitgesloten. Bij de aanvang van dit onderzoek had de Franse burger geen toegang tot de *Conseil constitutionnel*: de *Conseil* kon de wet louter op vraag van parlementsleden of de President *a priori* (voor haar afkondiging) toetsten. In 2008 kent de Franse grondwetgever de bevoegdheid aan de *Conseil constitutionnel* toe om op prioritaire vragen te antwoorden. Hij stoelt de nieuwe bevoegdheid van de *Conseil constitutionnel* daarbij uitdrukkelijk op het *État de droit*-begrip: met de prioritaire vraag wordt de *État de droit* verwezenlijkt. Daarmee

wordt in de drie Europese onderzochte landen erkend dat de rechtsstaat vereist dat de burger een toegang tot de grondwettelijke rechter heeft.

1052. *Belangvereiste* – In een rechtsstaat heeft een (rechts)persoon aldus recht op toegang tot de grondwettelijke rechter. In de vier onderzochte landen wordt in beginsel²⁹⁸³ dezelfde invulling aan dit recht op toegang tot de rechter gegeven. In geen van de vier onderzochte landen is immers een *actio popularis* toegestaan. Dit wel doen zou ertoe leiden dat een grondwettelijk hof een kenmerk van zijn rechterlijke functie verliest en een overwicht in de rechtsstaat verkrijgt. In de onderzochte landen moeten de (verzoekende) partijen om die reden een belang bij de grondwettigheidstoetsing hebben: dit belangvereiste wordt op eenzelfde wijze ingevuld. Dat mag niet te streng zijn, aangezien een grondwettelijk hof daarmee de (rechts)persoon het recht op toegang tot de rechter zou ontnemen.

(2) EEN TEGENWICHT VOOR HET PARLEMENT

1053. *Tegenwicht voor het parlement* – Hierboven is uiteengezet waarom een rechter niet alleen een tegenwicht voor de wetgever, maar ook voor het parlement en eventueel voor de grondwetsherziener moet zijn. Hieronder wordt opgesomd voor welke parlementaire handelingen dit noodzakelijk is: de samenstelling van de kamers en de geldigheid van de verkiezingen; de parlementaire onschendbaarheid en de politieke handelingen. Telkens wordt de grondslag daartoe aangeduid.

1054. *Samenstelling kamers en geldigheid verkiezingen* – Eén van de grondslagen van de rechtsstaat is de politieke vrijheid. Met het stemmen verwezenlijkt eenieder zijn actief en/of passief kiesrecht en wordt zijn politieke vrijheid gewaarborgd. Verkiezingen zijn dan ook méér dan de gebeurtenissen die tot een nieuwe samenstelling van een wetgevende kamer leiden: het kiesrecht is een grondrecht, cruciaal voor het behoud van een (democratische) rechtsstaat. In een rechtsstaat moet dan ook eenieder – kiezers en verkozenen – de schending van zijn actief en passief kiesrecht, door schending van de kieswetgeving (en van de grondwet), kunnen aanklagen.

Alleen in België kan dat niet bij de (grondwettelijke) rechter: de geschillen over de geldigheid van de verkiezingen worden door de wetgevende vergadering beslecht. De wetgevende vergadering is evenwel geen onpartijdig en onafhankelijk orgaan. Op grond van de rechtsstaatsdefinitie, van de rechtsvergelijkende analyse met Duitsland, Frankrijk en de Verenigde Staten van Amerika en de rechtspraak van het EHRM wordt in dit proefschrift bepleit dat een onafhankelijk en onpartijdig rechter over de kiesgeschillen moet oordelen. Omdat in het Grondwettelijk Hof de helft van de rechters gewezen parlementsleden zijn, kan het hof in kiesgeschillen misschien niet als een onpartijdig rechter worden beschouwd. Mede om deze reden wordt voor een diversere samenstelling van het grondwettelijk hof gepleit: dit komt later in dit besluit aan bod.

²⁹⁸³ Buiten beschouwing wordt gelaten dat het *Bundesverfassungsgericht* en het *Supreme Court* zelf kunnen beslissen of zij in een bepaalde zaak uitspraak doen. De rechtsleer houdt nauwlettend in het oog of deze hoven bij deze beslissingen de juiste criteria hanteren.

1055. *Parlementaire onschendbaarheid* – De beslissing om de parlementaire onschendbaarheid op te heffen heeft invloed op drie rechtsstaats-elementen: de onafhankelijkheid van het parlement, de politieke vrijheid en de persoonlijke vrijheid. De onafhankelijkheid van het parlement wordt niet in het gedrang gebracht wanneer een rechter toezicht houdt op de wijze waarop het parlement beslissingen inzake parlementaire onschendbaarheid neemt. Het bestaan van rechterlijke toetsing ontnemt het parlement zijn onafhankelijkheid immers niet: de rechter gaat slechts na of de grondwettelijk bepaalde procedure is gevolgd en de beslissing inhoudelijk gerechtvaardigd is. Ook al laat de rechter, zoals het *Bundesverfassungsgericht*, daarbij een ruime beoordelingsmarge aan het parlement, zijn toetsing voorkomt dat niet ter zake doende argumenten de beslissing van het parlement staven. Rechterlijke toetsing van de parlementaire beslissingen inzake de parlementaire onschendbaarheid is dan ook eerder een beschermingsinstrument voor de parlementaire minderheid. Het is bij uitstek die functie die de rechter in een rechtsstaat moet uitoefenen: nagaan of de uitoefening van de staatsmacht door een ander staatsorgaan “*under the rule of law*” is. In deze zin is deze rechterlijke toetsing een toepassing van het evenwicht der machten: het waarborgt de politieke vrijheid van de verkozenen. Daarnaast waarborgt het de persoonlijke vrijheid, zowel van de verkozenen wiens parlementaire onschendbaarheid wordt opgeheven als van de verzoekende partij. Het maakt immers (bepaalde elementen van) een gerechtelijke procedure mogelijk.

1056. *Politieke handelingen* – In dit proefschrift wordt verdedigd dat een grondwettelijk hof ook bevoegd moet zijn om de politieke handelingen van een parlement te toetsen. In de rechtsstaat moet een grondwettelijk hof niet louter een grondrechtenbescherming bieden, maar een grondwetsbescherming die (ook) een grondrechtenbescherming inhoudt. Juist met het oog op het waarborgen van de persoonlijke en politieke vrijheid, heeft een grondwet de machten en functies verdeeld. Met hetzelfde doel wordt in de grondwet de uitoefening van deze machten en functies geregeld en worden mogelijke minderheden of belangrijke groepen in een parlement beschermd. Deze verdeling en bescherming moeten worden geëerbiedigd. Een grondwettelijk hof moet een tegenwicht voor een staatsorgaan zijn: voor de wetgevende macht maar ook voor het parlement. Het hedendaagse grondwettigheidscontentieux houdt elk geschil met betrekking tot de toepassing van grondwettelijk recht in en elk door de grondwet ingesteld of erkend overheidsorgaan zou zijn bevoegdheid en prerogatieven moeten kunnen verdedigen.

Bovendien, zelfs wanneer de engere opvatting over de functie van een grondwettelijk hof wordt verdedigd – de grondrechtenbescherming – zijn er grondrechten in het geding. Het *Bundesverfassungsgericht* erkent het passief kiesrecht van de volksvertegenwoordiger en het statuut dat daaruit volgt, onder meer met betrekking tot de duur van het mandaat. Alleen bij in de grondwet voorziene gevallen kan daaraan een einde worden gemaakt en de instrumenten daartoe mogen niet willekeurig worden gebruikt. Alleen dan wordt de *Rechtsstaat* geëerbiedigd.

Op grond van de bescherming van het passief kiesrecht zou de beslissing om de Kamer van volksvertegenwoordigers te ontbinden, en hiermee onrechtstreeks de procedures inzake de moties, door de rechter moeten kunnen worden getoetst. Behoudens na een verklaring tot herziening van de Grondwet wordt de beslissing om de Kamer te ontbinden bij koninklijk besluit genomen. In de logica van de bevoegdheidsverdeling tussen de Raad van

State en het Grondwettelijk Hof zou dan ook veeleer de Raad van State het bevoegde rechtscollege zijn. De Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, acht zich immers ook bevoegd om een koninklijk besluit dat het kiescollege voor de verkiezing van de Kamer en de nieuwe Kamer bijeenroept, te toetsen. In het licht van de politieke samenstelling van het Grondwettelijk Hof, waarvan de helft van de rechters gewezen parlementsleden zijn, is het misschien ook verkieslijk om deze bevoegdheid aan de Raad van State toe te kennen. Deze bevoegdheid behoort evenwel tot het typische grondwettelijk contentieux, dat eerder aan een grondwettelijk hof toekomt, zodat dit een bijkomend argument is om de samenstelling van het Grondwettelijk Hof minder politiek te maken.

In de rechtsleer wordt ervoor gepleit om aan een grondwettelijk hof de bevoegdheid toe te kennen om politieke handelingen aan de federale loyaleiteit te toetsen. In het kader van de Zesde Staatshervorming heeft het Grondwettelijk Hof deze bevoegdheid gekregen, maar zijn bevoegdheid is nog steeds beperkt tot het toetsen van de wetkrachtige normen. Alleen mits een uitbreiding van de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof tot handelingen van de wetgever, zou het hof dan ook bevoegd kunnen worden om de rechtsregels over het belangenconflict en de alarmbel af te dwingen. Dergelijke uitbreiding valt te verdedigen, zowel indien de taak van een grondwettelijk hof tot een grondrechtenbescherming is beperkt dan wel zij ook een grondwetsbescherming inhoudt.

(3) EEN TEGENWICHT IN EVENWICHT

1057. *Tegenwicht* – In dit proefschrift wordt gepleit voor een aanzienlijke uitbreiding van de bevoegdheid van een grondwettelijk hof. Het grondwettelijk hof moet het tegenwicht zijn van de wetgever, van het parlement en indien nodig, ook van de grondwetsherziener. Het grondwettelijk hof is een tegenwicht dat evenwel geen overwicht in de rechtsstaat mag krijgen. Verschillende instrumenten moeten dit verhinderen. Deze instrumenten hebben betrekking op de bevoegdheid en de inrichting van en de rechtspleging voor een grondwettelijk hof.

1058. *Bevoegdheid* – Wat de bevoegdheid betreft, zijn er drie *checks*. De belangrijkste is dat een grondwettelijk hof een vrij machteloos orgaan is: het kan zich niet in de plaats van de wetgever of het parlement stellen en een beslissing opdringen. Het is bovendien voor de uitvoering van zijn arresten afhankelijk van de andere staatsmachten: het heeft *no purse, no sword*. Ten tweede is en blijft een grondwettelijk hof een rechtscollege. Het beslecht alleen rechtsgeschillen. Waar geen geschil of belanghebbende partij is, is er geen rechtsgeschil. Het behoort niet tot de functie van een grondwettelijk hof om over wetgevende of parlementaire handelingen te adviseren. Ten derde mag een grondwettelijk hof in beginsel geen grondwetsherzieningen toetsen, zodat de grondwetsherziener rechtspraak van een grondwettelijk hof ongedaan kan maken. Wanneer het evenwicht der machten evenwel wordt verbroken doordat het parlement bij machte is om op vrij eenvoudige wijze en zonder rechterlijk toezicht de grondwettelijke waarborgen van de rechtsstaat af te bouwen, moet het evenwicht der machten worden hersteld door het grondwettelijk hof voor grondwetsherzieningen bevoegd te maken.

1059. *Inrichting* – Wat de inrichting van een grondwettelijk hof betreft, moeten twee instrumenten het evenwicht der machten waarborgen: de benoemingsprocedure van de grondwettelijke rechters en de beperking op de financiële autonomie van een grondwettelijk hof.

1060. *Echte democratische legitimiteit* – Het belangrijkste instrument is de benoemingsprocedure. Het evenwicht der machten vereist dat de wetgevende vergaderingen worden betrokken bij de selectie van de grondwettelijke rechters: omdat hun handelingen aan het toezicht van de rechter zullen worden onderworpen, moeten zij de grondwettelijke rechters aanduiden. Dit geeft een democratische legitimiteit aan de rechters.

Dit evenwichtsinstrument (de democratische legitimiteit) is evenwel slechts afdoende, wanneer de leden van de wetgevende vergadering deze opdracht naar behoren of op transparante wijze vervullen. Zij moeten op onafhankelijke wijze en geïnformeerd beoordelen of de kandidaat-rechter een geschikt grondwettelijk rechter zou zijn. Om die reden wordt in dit proefschrift ervoor gepleit dat voor elke verkiezing van een grondwettelijke rechter een hoorzitting wordt gehouden. Een parlementaire commissie kan de kandidaat-rechter ondervragen over zijn standpunten inzake de rol van een grondwettelijk hof, over de interpretatie van de grondwet, over de verhouding tussen het internationale en het nationale recht en over bepaalde thema's (vrijheid van onderwijs, vrijheid van meningsuiting...), zonder evenwel van de kandidaat-rechter te willen horen wat de rechter in bepaalde zaken zelf zou beslissen. Deze hoorzittingen moeten publiek zijn, zodat niet alleen de parlementsleden, maar ook experts, de media en belangengroepen zich een gedegen mening over de kwaliteiten van de kandidaat-rechter kunnen vormen. Een hoorzitting moet de professionele kwaliteiten van de kandidaat-rechter blootleggen, niet zijn persoonlijk leven. De leden van de commissie (met hun vragen) en de media (met hun verslaggeving) moeten waarborgen dat de waardigheid van de benoemingsprocedure niet wordt aangetast: zij mag niet tot een politieke verkiezingscampagne ontaarden.

1061. *Financiële autonomie* – In een rechtsstaat heeft een grondwettelijk hof een hoge vorm van autonomie nodig: dit is noodzakelijk om zijn onafhankelijkheid te waarborgen. Eén van de vormen van autonomie is financiële autonomie: de grondwettelijke hoven in de vier onderzochte landen bepalen zelf hun werkingsbudget en kunnen dit vrij besteden. Het werkingsbudget heeft wel de goedkeuring van de wetgevende vergadering nodig. Met dit instrument wordt het evenwicht der machten bewaard: de wetgevende vergadering kan hiermee aangeven wat het van de werking of van de rechtspraak van het grondwettelijk hof vindt. Het verhindert het grondwettelijk hof tot een allesoverheersende instelling uit te dijen. De wetgevende vergadering mag dit instrument evenwel niet gebruiken om de werking van het grondwettelijk hof te fnuiken. Dit zou raken aan de onafhankelijkheid en het bestaan van het grondwettelijk hof, wat de rechtsstaat niet toestaat. De rechtsleer moet daarom nauwlettend toekijken op de wijze waarop de wetgevende vergadering dit toezichtsinstrument gebruikt.

1062. *Rechtspleging* – Ook in de rechtspleging voor een grondwettelijk hof moeten enkele instrumenten verhinderen dat het grondwettelijk hof een overwicht in de rechtsstaat verkrijgt. Het belangrijkste evenwichtsinstrument is het beschikkingsbeginsel.

1063. *Beschikkingsbeginsel* – Dit beginsel verhindert dat een rechter recht mag spreken wanneer en waarover hij niet is gevraagd recht te spreken. Dit beginsel waarborgt de autonomie van de partijen, doch tegelijk ook het evenwicht der machten. Zonder het beschikkingsbeginsel, zou een rechter rechtspreken waar geen nood aan rechtspreken is.

Het is treffend dat in de vier onderzochte landen het beschikkingsbeginsel grotendeels dezelfde invulling krijgt. Dit beginsel staat niet toe dat een grondwettelijk hof zelf een zaak aanhangig maakt (verbod op autosaisine), dat een *actio popularis* wordt aanvaard en dat het hof het voorwerp van het geding uitbreidt. Alleen wat het aanvaarden van de afstand van het geding betreft, zijn er verschillen. De wetgevers staan (al dan niet impliciet) de drie Europese grondwettelijke hoven toe om een afstand van geding om inhoudelijke redenen te weigeren. De hiërarchie der normen en het openbare orde-karakter van het grondwettelijk recht verantwoorden dit. In de praktijk staat het *Bundesverfassungsgericht* de afstand doorgaans toe en het Grondwettelijk Hof steeds (tenzij er formele gebreken zijn). De *Conseil constitutionnel* willigt een afstand nooit in (en heeft hiertoe een rechtsgrond bij de prioritaire vraag). Het *Supreme Court* willigt afstand (bijna) steeds in en gaat ook na of het rechtsgeschil niet “*moot*” is geworden.

Hoewel de wetgevers het in de vier onderzochte landen niet helemaal eens zijn over de draagwijdte van het beschikkingsbeginsel bij afstand van geding, zijn de Duitse en Amerikaanse rechtsleer dat wel: een weigering om de afstand van het geding in te willigen wordt bekritiseerd. Dat bij de *Conseil constitutionnel* geen afstand van geding kan worden gedaan, wordt in de rechtsleer als een anomalie in zijn rechterlijke functie beschouwd.

(4) EEN TEGENWICHT DOOR EVENWICHT DER MACHTEN TUSSEN DE PARTIJEN - WAPENGELIJKHEID

1064. *Tegenwicht door evenwicht der machten tussen de partijen* – Een grondwettelijk hof moet een tegenwicht voor de wetgever, voor het parlement en eventueel voor de grondwetsherziener zijn. In een procedure voor een grondwettelijk hof, is één van de partijen steeds het overheidsorgaan dat de norm heeft uitgevaardigd of de beslissing heeft genomen. Deze partij is de sterkere partij. Om als tegenwicht voor dit overheidsorgaan te dienen, moet een grondwettelijk hof in een rechtsstaat ook het evenwicht der machten tussen de partijen waarborgen: het recht op wapengelijkheid, dat ook een rechtsstaatsvereiste is. Steeds het recht op tegenspraak eerbiedigend, moet een grondwettelijk hof indien nodig ambtshalve middelen opwerpen, zijn onderzoeksbevoegdheid op ernstige wijze uitoefenen en de tussenkomst van *amici curiae* toestaan.

1065. *Onderwerp van het geding* – Het evenwicht der machten, het evenwicht tussen de partijen (wapengelijkheid) en het openbare orde-karakter van het grondwettelijk recht vereisen dat een grondwettelijk hof de in het geding zijnde norm of beslissing aan de gehele grondwet toetst. In voorkomend geval moet het grondwettelijk hof het onderwerp van het geding uitbreiden en ambtshalve middelen opwerpen. Alle grondwetsbepalingen en grondrechten zijn immers van openbare orde. De buitenlandse onderzochte

grondwettelijke hoven doen dit (op regelmatige wijze); het Grondwettelijk Hof moet hieraan een voorbeeld nemen.

1066. *Onderzoeksbevoegdheid en ius curia novit* – Daarnaast moet een grondwettelijk hof zijn onderzoeksbevoegdheid op ernstige wijze gebruiken. Niet alleen de partijen zijn verantwoordelijk voor het verzamelen van de feiten die nodig zijn opdat een grondwettelijk hof oordeelkundig de rechtsvraag zou kunnen beantwoorden: de inzet van een grondwettigheidstoetsing van wetgevende normen overstijgt het individuele belang van de partijen. Bovendien kan de verantwoordelijkheid voor de bewijslevering niet volledig op de schouders van de partijen worden gelegd, daar de verzoekende partij in een ongelijke, inferieure, positie zit. De inquisitoriale rechtspleging is dan ook in het belang van de rechtzoekende ingesteld.

Een grondwettelijk hof moet niet alleen voor de feiten, maar ook voor het recht bijstand vragen. Het *ius curia novit*-beginsel betekent niet dat het rechtscollege het recht in zijn geheel moet kennen: vandaag is dat een onmogelijke opdracht. Het beginsel houdt wel in dat de rechter voor de juiste toepassing van het recht verantwoordelijk is: hij moet zijn verantwoordelijkheid nemen om het recht te leren kennen. In moeilijke, technische materies, bijvoorbeeld fiscaal recht, arbeidsrecht..., doen de andere onderzochte grondwettelijke hoven bijtijds een beroep op professoren in het recht. Het Grondwettelijk Hof moet daaraan een voorbeeld nemen.

1067. *Amici curiae* – De drie buitenlandse onderzochte grondwettelijke hoven aanvaarden de tussenkomsten van *amici curiae*; het Grondwettelijk Hof doet dit niet. Nochtans zorgen de *amici* ervoor dat de hoven over alle informatie en mogelijke argumenten beschikken om oordeelkundig de grondwettigheidstoetsing te vervullen. Zij brengen hun expertise naar het grondwettelijk hof en die is van uiteenlopende aard: juridisch, maar ook sociologisch, medisch, politologisch, wetenschappelijk... Belangenverenigingen zetten uiteen op welke wijze de wetgevende norm hun situatie of belangen raakt of welke gevolgen een beslissing van het hof in de praktijk zou hebben. Een tegenwicht is slechts legitiem, wanneer het naar behoren werkt. De arresten van een grondwettelijk hof hebben baat bij een zo groot mogelijke inbreng van allerhande standpunten, feiten en kennis.

(5) EEN ONAFHANKELIJK EN ONPARTIIDIG GRONDWETTELIJK HOF

1068. *Onafhankelijkheid* – Als tegenwicht in de rechtsstaat moet een grondwettelijk hof onafhankelijk kunnen werken. De onafhankelijkheid van de rechter, noodzakelijk voor een behoorlijke uitoefening van de rechterlijke functie, is één van de oudste rechtsstaatsvereisten. De onafhankelijkheid van het grondwettelijk hof wordt gewaarborgd door elementen die op de instelling en op het rechterlijk ambt betrekking hebben.

1069. *Instelling* – Voor de onafhankelijkheid van een grondwettelijk hof is het essentieel dat de organieke wetgeving, waarop het bestaan, de bevoegdheden en de inrichting van het grondwettelijk hof berusten, niet (te veel) aan politieke verschuivingen onderhevig is. In een rechtsstaat moeten het bestaan en de essentiële bevoegdheden van een grondwettelijk hof worden gewaarborgd: geen (grond)wetgever mag daaraan raken. Daarom moeten deze bepalingen, bij een soepele grondwetsherzieningsprocedure, onveranderbaar zijn of een *standstill*-bepaling inhouden. Daarnaast moet een grondwettelijk hof een hoge vorm van autonomie genieten. In de vier onderzochte landen wordt aan het grondwettelijk hof eenzelfde graad van autonomie toegekend. Ten slotte vereisen de onafhankelijkheid van een grondwettelijk hof en zijn goede werking dat een goede opvolgingsregel waarborgt dat steeds voldoende rechters in het grondwettelijk hof zetelen.

1070. *Diverser grondwettelijk hof* – In dit proefschrift wordt, met het oog op een betere waarborg van zijn onafhankelijkheid, voor een diverser Grondwettelijk Hof gepleit. Dat houdt in dat minder gewezen politici als rechter moeten worden benoemd, dat alle rechters juristen zijn en dat uit een ruimer publiek rechters moeten worden aangeduid.

Om de legitimiteit (en dus onafhankelijkheid) van een grondwettelijk hof te waarborgen, moeten enkele rechters politieke ervaring hebben. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een grondwettelijk hof worden evenwel gefnuikt wanneer te veel rechters gewezen parlementsleden zijn. Dit bedreigt de onafhankelijkheid: er kan immers niet worden gewaarborgd dat de gewezen politici voldoende afstand kunnen nemen van (de belangen en standpunten van) hun politieke partij om de rechten van de – vaak politiek en cultureel minoritaire en de kansarme – burger te beschermen, vooral juist in het besef dat zij omwille van hun politieke ervaring en met het oog op het “verzoenen van het recht en de politiek” dit ambt hebben gekregen. De aanwezigheid van te veel gewezen politici bedreigt ook de onpartijdigheid van een grondwettelijk hof, omdat er een groter risico bestaat dat één van de wrakingsgronden gegrond is.

Alle rechters moeten een meritocratische legitimiteit genieten: zij moeten in staat zijn om zelf de complexe juridische redeneringen te maken die grondwettelijke geschillen in een meergelaagde rechtsorde vragen, zonder hiervoor een beroep te moeten doen op juridische medewerkers die niet aan de beraadslaging deelnemen. Niet alleen gewezen parlementsleden, hoogleraren en hoge magistraten kunnen een meritocratische legitimiteit genieten, doch alle juristen, die een (grote) kennis en ervaring in het publiekrecht (maar ook in de andere rechtstakken, zoals fiscaal en sociaal recht) hebben, kunnen geschikt zijn om grondwettelijke rechter te worden: ook advocaten en juristen die in ngo’s, in de administratie of in bedrijven carrière hebben gemaakt. Opdat deze geschikte kandidaten ook rechter zouden willen worden, moet de verloning voldoende hoog zijn.

Een diversere samenstelling draagt bij tot de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het Grondwettelijk Hof. Alleen dan kan het Grondwettelijk Hof ook een tegenwicht voor het parlement vormen en bevoegd worden om bepaalde parlementaire handelingen te toetsen (geldigheid van de verkiezingen en samenstelling van het parlement, beslissingen over de parlementaire onschendbaarheid, politieke handelingen).

1071. *Duur van het mandaat* – Het *Bundesverfassungsgericht* heeft het al vastgesteld: de onderscheiden rechtsstaatsvereisten zijn soms *in concreto* moeilijk verzoenbaar. Dit is het geval bij het bepalen hoe lang het mandaat van een rechter bij het grondwettelijk hof moet zijn. Het staat vast dat de onafhankelijkheid van een rechter in het gedrang komt, wanneer zijn mandaat verlengbaar is. Of het mandaat evenwel beperkt in tijd moet zijn, is een moeilijke keuze. Een benoeming voor het leven leidt tot een lange duur van het mandaat: dat bevordert de onafhankelijkheid van de instelling. Een beperkte duur van het mandaat bevordert daarentegen de legitimiteit van de instelling: de macht blijft minder lang in handen van slechts enkele rechters.

1072. *Onberispelijke wrakings- en verschoningspraktijk* – Ten slotte stelt de rechtsstaat belangrijke vereisten aan de wrakings- en verschoningspraktijk van de grondwettelijke hoven. Voor de onafhankelijkheid van een grondwettelijk hof is het essentieel dat het grondwettelijk hof over de wraking en de verschoning van één van zijn rechters oordeelt. Deze taak kan niet aan een andere instelling worden toebedeeld. De onpartijdigheid van een grondwettelijk hof vereist op haar beurt dat de rechtspleging bij de wraking en verschoning transparant en tegensprekelijk is en dat het grondwettelijk hof een strikte en onberispelijke wrakings- en verschoningspraktijk hanteert. De rechtspleging bij wraking en verschoning bij het *Bundesverfassungsgericht* is transparant en tegensprekelijk. Het dient als voorbeeld voor de andere grondwettelijke hoven. In het licht van de rechtsstaat(svereisten) is er vandaag echter (veel) kritiek op de toepassing van de wrakingsgronden door de vier grondwettelijke hoven. Zij moeten deze strikter toepassen dan vandaag het geval is. Wanneer omwille van een voorafgaande functie op de rechter een schijn van partijdigheid berust, moeten de grondwettelijke hoven vlugger toestaan dat de rechter zich verschoont of wordt gewraakt. De doorslaggevende vragen om deze partijdigheidskwesties te beoordelen zijn of de rechter in zijn vorige functie al dan niet op onafhankelijke wijze een mening over de grondwettigheid van de wet heeft gevormd én of hij in staat is om vervolgens, als rechter, afstand te doen van dit oordeel en onbevangen opnieuw te oordelen. Wanneer de grondwettelijke rechter als politicus bij de totstandkoming van de wetten was betrokken, kan hij slechts als onpartijdig worden beschouwd wanneer ook alle partijen van oordeel zijn dat zijn betrokkenheid van zo'n minieme aard was dat zijn onpartijdigheid niet in het geding is. Bij hiërarchische banden kan de rechter als partijdig worden beschouwd: rechters die aan een universiteit zijn verbonden, kunnen niet optreden in zaken waarin de universiteit partij is, tenzij de partijen daartoe hun akkoord geven. Evenmin is een rechter onpartijdig wanneer hij lid was van een vereniging met een beperkt (politiek) doel en de vereniging partij is in een zaak die op dat doel betrekking heeft. Ook bij vriendschappelijke banden met één van de partijen moet de rechter zich terugtrekken. Rechters die academicus zijn, kunnen niet worden gewraakt voor meningsuitingen die zij als academicus hebben geuit voordat het geschil aanhangig was: hun meningsuiting is een bewijs van bekwaamheid, niet van partijdigheid. Niettemin zijn zij best terughoudend over materies die voor het grondwettelijk hof zouden kunnen komen of over actuele kwesties die los van een geschil staan.

De vier onderzochte grondwettelijke hoven willen hun soepele wrakings- en verschoningspraktijk rechtvaardigen en doen daarvoor een beroep op hun bijzondere aard (door het parlement verkozen rechters), hun bevoegdheid (abstracte en geen concrete

normencontrole) en hun werking (quorumvereiste). Geen van deze argumenten overtuigt evenwel. Integendeel, de bijzondere aard van een grondwettelijk hof als hoogste rechtscollege waarvan de beslissingen niet voor beroep vatbaar zijn, vereist dat een grondwettelijk hof een onberispelijke wrakings- en verschoningspraktijk hanteert.

Uit deze problematiek blijkt dat vele rechtsstaatsvereisten met elkaar zijn verweven. In dit proefschrift wordt gepleit voor een diverser grondwettelijk hof, omdat dit de legitimiteit en onafhankelijkheid van het grondwettelijk hof ten goede komt. Ook de onpartijdigheid zou erdoor worden versterkt: de oplossing van een dilemma tussen de goede werking van het hof en de onpartijdigheid ligt immers niet in een minder diligente wrakings- of verschoningspraktijk, maar wel in een meer diverse samenstelling van het grondwettelijk hof. Minder gewezen parlementsleden, politici of universiteitsprofessoren moeten tot grondwettelijk rechter worden benoemd. Hoe diverser het grondwettelijk hof is samengesteld, hoe kleiner de kans dat in eenzelfde zaak meerdere rechters kunnen worden gewraakt.

1073. *Onpartijdige rechter* – Het recht op een onpartijdige rechter verbiedt ten slotte dat een grondwettelijk hof uitspraak doet over een aangelegenheid waarover het reeds een uitspraak of advies heeft gegeven. Waar dit mogelijk is (Frankrijk), wordt dit in de rechtsleer bekritiseerd.

(6) DE RECHTSSTATELIJKE VEREISTEN VOOR HET RECHTSPREKEN

1074. *Rechtsstatelijke vereisten* – In het eerste deel van dit proefschrift wordt vastgesteld dat het gemeenschappelijke rechtsstaatsbegrip vereisten aan het rechtspreken stelt: rechtspraak moet transparant, toegankelijk, begrijpelijk, duidelijk en voorspelbaar zijn. In de rechtsstaat gelden algemene beginselen van behoorlijke rechtsbedeling, zoals het recht op een publiek en eerlijk proces, waarbij de rechters onafhankelijk en onpartijdig zijn en binnen een redelijke termijn het geschil beslechten. De rechtspleging moet de wapengelijkheid en het vermoeden van onschuld waarborgen. Advocaten moeten onafhankelijk zijn. In het tweede deel van het proefschrift worden deze rechtsstaatsvereisten concreet ingevuld.

1075. *Rechtszekerheid en het verbod op willekeur* – In een rechtsstaat moet een grondwettelijk hof op die wijze rechtspreken dat de rechtszekerheid en het verbod op willekeur worden gewaarborgd. Om die reden moet een grondwettelijk hof belangrijke wijzigingen in zijn rechtspraak over het belangvereiste die het recht op toegang tot de rechter verminderen, op voorhand en zonder onmiddellijk nadelig effect aankondigen. Deze rechtspraak mag niet willekeurig worden toegepast.

In dit proefschrift wordt ook gepleit voor de publicatie van afwijkende motiveringen. Dit bevordert de rechtszekerheid, de voorzienbaarheid en begrijpelijkheid van de rechtspraak van een grondwettelijk hof. Hieronder wordt uiteengezet dat de deliberatieve democratie ook door de publicatie van afwijkende motiveringen wordt bevorderd.

1076. *Transparantie* – De procedure voor een grondwettelijk hof moet transparant zijn. Dat is noodzakelijk om toezicht op het rechtspreken te kunnen uitoefenen. Het Grondwettelijk Hof moet daarom beslissingen inzake de rechtspleging in zijn arrest verantwoorden: bijvoorbeeld de beslissing om een termijn om memories in te dienen, te verlengen of te verkorten, de beslissing dat een rechter zich verschoont...

(7) DE DELIBERATIEVE DEMOCRATIE

1077. *Deliberatieve democratie* – Een rechtsstaat moet een democratie zijn: alleen dan wordt de politieke vrijheid van elkeen gewaarborgd. In het eerste deel van dit proefschrift wordt ook uitgelegd dat het dominante democratiebegrip in de hedendaagse rechtstheorie de deliberatieve democratie is: in een deliberatieve democratie moeten burgers aan de totstandkoming van de normen kunnen deelnemen. In het tweede deel van dit proefschrift wordt bepleit dat twee instrumenten tot het deliberatieve karakter van het grondwettelijk hof bijdragen. Het Grondwettelijk Hof kent geen van beide. Het betreft het toestaan van afwijkende motiveringen en de tussenkomsten van *amici curiae*.

1078. *Afwijkende motiveringen* – In dit proefschrift wordt verdedigd dat het toestaan van afwijkende motiveringen de naleving van veel rechtsstaatsvereisten bevordert: de onafhankelijkheid van de rechter, de voorzienbaarheid van de rechtspraak, de rechtszekerheid, het toezicht op het rechtspreken... Afwijkende motiveringen bevorderen dus het rechtsstatelijke karakter van een grondwettelijk hof. De rechtsstaat staat of valt echter niet met afwijkende motiveringen. Pluralisme is één van de grondslagen van de rechtsstaat en de deliberatieve democratie is één van de institutionele vereisten. Beide elementen verantwoorden de publicatie van afwijkende motiveringen. Een grondwettelijk hof moet in de rechtsstaat ruimte aan het pluralisme geven. Afwijkende motiveringen verplichten het rechtscollege daarenboven om een meer discursieve motivering te geven en een deliberatieve instelling te zijn. De Cartesiaanse stijl van rechtspreken die voorhoudt dat alleen logische juridische redeneringen worden gebruikt en dat het resultaat onvermijdbaar is, is geen gepaste methode voor een grondwettelijk hof. Dat hof moet immers fundamentele en open begrippen definiëren en fundamentele rechten afwegen. Waar er pluralisme is, moet er dialoog zijn en, *a fortiori*, moet een grondwettelijk hof in dialoog treden. Afwijkende motiveringen doen de rechters het debat met de samenleving aangaan: enerzijds, via het arrest dat doorgaans beter en consistentere kan worden gemotiveerd, en, anderzijds, door de afwijkende motiveringen, die andere argumenten dan deze in het arrest belichten. De rechters dragen aldus bij tot het deliberatieve proces over het recht in de samenleving, waaraan rechters, burgers, rechtsgeleerden, advocaten... op een open wijze kunnen deelnemen. Afwijkende motiveringen zijn aldus een instrument van de deliberatieve democratie en vinden daarom hierin hun grondslag.

Hiermee wordt niet gezegd dat een grondwettelijk hof niet zonder publicatie van afwijkende motiveringen deliberatief kan zijn: ook in een arrest kan een grondwettelijk hof een discursieve motivering geven. Daarin legt het uit welke antwoorden op de rechtsvragen mogelijk zijn en om welke redenen voor een bepaald antwoord wordt gekozen.

1079. *Amici curiae* – Opdat een grondwettelijk hof als tegenwicht geen overwicht zou verkrijgen en het deskundig arresten zou kunnen vellen, moet het *amici curiae* toestaan. Daarnaast verhoogt de toegang van *amici curiae* de institutionele legitimiteit van een grondwettelijk hof. Het betrekken van *amici curiae* is een politiek symbool: het toont aan het publiek, in het bijzonder kwetsbare groepen, dat het hof een open en democratisch karakter heeft en niet wereldvreemd en onverschillig ten aanzien van de burger is. In België wordt het niet toestaan van *amici curiae* enigszins gemilderd door een ruime toegang voor de partijen. Het hof laat meer tussenkomende partijen toe dan het *Bundesverfassungsgericht* en het *Supreme Court*. Een belangrijke, want nuttige, categorie van *amici curiae* valt niettemin nog steeds uit de boot: experts, zoals professoren of studiecentra. Bovendien verhindert de bekwaamheidsvoorwaarde om in rechte op te treden (rechtspersoonlijkheid) dat feitelijke verenigingen of kwetsbare groepen in de maatschappij, die nochtans een waardevolle inbreng in het debat kunnen hebben aan de procedure kunnen deelnemen. Het Grondwettelijk Hof beperkt daarmee zijn deliberatief – en in de woorden van sommige auteurs, zijn democratisch – karakter.

C. HET NUT VAN DIT ONDERZOEK

1080. *Rechtsstaatsvereisten* – In dit proefschrift wordt beoogd om de bevoegdheid en inrichting van en de rechtspleging voor een grondwettelijk hof in een rechtsstatelijk perspectief te plaatsen. Dit gebeurt door deze elementen te toetsen aan een gemeenschappelijk kader, de rechtsstaat. Uit de rechtspraak van de grondwettelijke hoven en uit de rechtsleer van Duitsland, Frankrijk en de Verenigde Staten van Amerika blijkt op welke wijze zij de rechtsstaat of de rechtsstaats-elementen invullen. Hieruit kunnen voor het Belgische Grondwettelijk Hof nuttige lessen worden getrokken. In dit onderzoek wordt dan ook aangeduid welke vereisten de rechtsstaat aan de bevoegdheid, de inrichting en de rechtspleging van een grondwettelijk hof stelt.

1081. *Quies custodiet custodes?* – De Belgische rechtsleer is soms onvoldoende kritisch ten aanzien van (de rechtspraak van) het Grondwettelijk Hof. Omwille van zijn belang in de rechtsstaat en het gebrek aan (rechtstreeks) toezicht op het Grondwettelijk Hof is een kritische blik vanuit de rechtsleer echter noodzakelijk. De rechtsgeleerden moeten op een grondwettelijk hof toezicht houden. Dit proefschrift hoopt hiertoe bij te dragen. Niettemin werd getracht om niet louter kritisch te zijn, doch steeds, geïnspireerd door het buitenland, verbeteringen te suggereren.

1082. *Niet allesomvattend* – Dit proefschrift is allesbehalve allesomvattend. Nog vele andere facetten bepalen de rol van een grondwettelijk hof in de rechtsstaat. Slechts één ervan is de vraag naar de wijze waarop een grondwettelijk hof de grondwet moet interpreteren. Deze rechtsvraag paste niet in het kader van dit onderzoek en vergt een aparte (doctoraats)studie. Er is aldus nog ruimte tot verder onderzoek met betrekking tot dit mooie onderwerp: het grondwettelijk hof en de rechtsstaat.