

Opvulling van lacunes in de wetgeving: evolutie van het Grondwettelijk Hof in België van negatieve tot positieve wetgever

J. GOOSSENS EN Y. HAECK*

1. Inleiding

Deze bijdrage beoogt in eerste instantie beknopt na te gaan in hoeverre arresten van het Grondwettelijk Hof in België bindende kracht hebben na prejudiciële procedures en in het vernietigingscontentieux. Vervolgens worden de algemene vuistregels toegepast op door het Grondwettelijk Hof vastgestelde lacunes in de wetgeving. Aan de hand van enkele arresten wordt aangetoond dat de rechtspraak van het Hof ter zake is geëvolueerd. Recentelijk werd de rechtspraak verlaten die zich beperkte tot de loutere vaststelling van een lacune en waarbij het Hof de concrete opvulling van de leemte aan de wetgever overliet. Het Grondwettelijk Hof blijkt in toenemende mate de positie van positieve wetgever in te nemen door zelf lacunes in de regelgeving op te vullen en zich hierover zelfs op detaillistische wijze uit te spreken. De wenselijkheid van deze evolutie wordt kritisch onder de loep genomen, waarbij de rechtszekerheid en de unieke positie van het Grondwettelijk Hof binnen het kader van de scheiding der machten als leidraad fungeren om de koerswijziging van het Hof kort te evalueren. In elk geval staat deze evolutie in schril contrast tot de afwezigheid van een Grondwettelijk Hof in Nederland, terwijl ook het toetsingsverbod in art. 120 van de Nederlandse Grondwet (voorlopig) gehandhaafd blijft.

2. Bindende kracht van arresten van het Grondwettelijk Hof

2.1. Vernietigingsarrest

Art. 9, § 1 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof¹ bepaalt dat vernietigingsarresten van het Grondwettelijk Hof een *absoluut gezag van gewijsde* hebben vanaf hun bekendmaking in het Belgisch Staatsblad. Dit gezag van

* Jurgen Goossens is doctoraal onderzoeker publiekrecht aan de Universiteit Gent. Yves Haeck is professor mensenrechten en grondwettelijk recht aan dezelfde universiteit.

¹ Bijzondere Wet 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, *BS* 7 januari 1989, 315 (hierna verkort: Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof).

gewijsde geldt *erga omnes*, zodat een vernietigingsarrest bindend is voor de betrokken procespartijen evenals voor alle rechtscolleges, burgers en overheden die belast zijn met de uitvoering en toepassing van de bestreden norm.²

De gevolgen van een vernietigingsarrest hebben terugwerkende kracht, waardoor in principe alle gevolgen van de wetkrachtige norm uit de rechtsorde verdwijnen. Hoewel de vernietigde norm wordt geacht nooit te hebben bestaan, is een retroactieve verdwijning van de norm uit de rechtsorde evenwel een fictie.³ De vernietigde norm heeft in het verleden immers eventueel al rechtsgevolgen gehad voor rechtssubjecten. Om die reden kan het Grondwettelijk Hof op grond van art. 8, lid 2 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof bij wijze van algemene beschikking de gevolgen van vernietigde bepalingen definitief of voorlopig handhaven ten behoeve van de rechtszekerheid.⁴ Gedurende de termijn dat deze gevolgen voorlopig worden gehandhaafd, kan de wetgever een nieuwe regeling uitwerken.⁵

2.2. Prejudicieel arrest

Een prejudicieel arrest heeft – in tegenstelling tot een vernietigingsarrest – slechts een *beperkt of relatief gezag van gewijsde*. Een dergelijk prejudicieel arrest geldt bijgevolg niet *erga omnes*.⁶ Op grond van art. 28 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof geldt alleen dat het rechtscollege dat de prejudiciële vraag heeft gesteld evenals elk ander rechtscollege dat *in dezelfde zaak* uitspraak doet, zich voor de oplossing van het geschil moet voegen naar het desbetreffende arrest van het Grondwettelijk Hof.⁷ In de praktijk betekent dit dat de voormelde rechters de wet buiten toepassing moeten laten indien het Hof een schending heeft vastgesteld. De term ‘dezelfde zaak’ moet daarbij beperkend worden geïnterpreteerd. Een ander rechtscollege dan de verwijzende rechter moet zich enkel schikken naar het prejudiciële arrest van het Grondwettelijk Hof wanneer het gaat om dezelfde zaak tussen dezelfde personen en met hetzelfde voorwerp.⁸ Het gezag van gewijsde strekt zich in principe niet uit tot administratieve overheden en burgers, zodat zij in beginsel de ongrondwettig verklaarde norm nog steeds moeten toepassen. Enkel bij een manifeste ongrondwettigheid moeten overheden de toepassing van de norm weigeren.⁹

Een prejudicieel arrest haalt een ongrondwettig bevonden norm dus niet retroactief uit de rechtsorde.¹⁰ Het Grondwettelijk Hof stelt alleen in rechte vast of een bepaalde norm al dan niet grondwettelijk is, maar de desbetreffende ongrondwettelijke norm blijft wel degelijk in de interne rechtsorde bestaan.¹¹

Het Grondwettelijk Hof heeft echter duidelijk aangegeven dat het gezag van gewijsde van een prejudicieel arrest zich verder uitstrekt en het

bij de buren

2 Lust & Popelier 2002, p. 1211.

3 Popelier 2008, p. 370.

4 Verstraelen 2012, p. 333.

5 GwH 9 februari 2005, nr. 29/2005. Zie voor de evolutie van ‘Arbitragehof’ tot

‘Grondwettelijk Hof’: *infra* 4.

6 Arbitragehof 16 oktober 1991, nr. 26/91; Popelier 2010, p. 393.

7 GwH 1 maart 2005, nr. 47/2005.

8 Velaers 1990, p. 404.

9 Cass. 21 december 2007, JT 2008, 554, noot D. Renders.

10 Arbitragehof 16 oktober 1991, nr. 26/91.

11 Rigaux en Renauld 2008, p. 256.

geschil overstijgt dat hangende is in de zaak waarin de prejudiciële vraag werd gesteld.¹² Het betreft hier een ‘*versterkt relatief gezag van gewijsde*’.¹³ Dit versterkt relatief gezag van gewijsde wordt bewerkstelligd: (a) via een uitzondering op de principiële verwijzingsplicht van de rechter¹⁴ en (b) via een nieuwe vernietigingstermijn van zes maanden na een prejudicieel arrest dat een norm ongrondwettig heeft verklaard.¹⁵ Een vernietiging *erga omnes* valt omwille van de rechtszekerheid te verkiezen boven een prejudicieel arrest dat een ongrondwettig bevonden norm niet uit de interne rechtsorde haalt.¹⁶

Volgens Mahieu en Pijcke bestaat er in België reeds een duidelijke tendens om op grond van de uitzondering op de principiële verwijzingsverplichting in art. 26, § 2, lid 2, 2° Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof een door het Hof in een prejudiciële procedure reeds ongrondwettig bevonden norm buiten toepassing te laten.¹⁷ Daarnaast wordt in de praktijk weinig¹⁸ gebruik gemaakt van de nieuwe vernietigingstermijn die art. 4, § 2 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof biedt.¹⁹ Het komt noodzakelijkerwijze dan ook meestal aan de wetgever toe om met een wetgevend initiatief een in een prejudicieel arrest vastgestelde ongrondwettigheid te verhelpen. Dit kan worden beschouwd als een dialoog tussen het Grondwettelijk Hof en de wetgever, waarbij een prejudicieel arrest fungeert als een knipperlicht voor de wetgever.²⁰

Geregeld hanteert het Grondwettelijk Hof de techniek van de dubbele lezing van een bestreden norm. Hierbij geeft het Hof aan dat een norm ongrondwettig is in een door de verwijzende rechter aangevoerde interpretatie, maar deelt het tevens mee dat de norm ook grondwetsconform kan worden geïnterpreteerd zodat de norm in een latere vernietigingsprocedure op basis van een andere interpretatie niet hoeft te worden vernietigd.²¹

In Italië kan het *Corte costituzionale* een norm die in een prejudiciële procedure ongrondwettig werd bevonden onmiddellijk *erga omnes* buiten toepassing laten, waarna de wetgever wordt geacht actie te ondernemen conform de uitspraak van het Grondwettelijk Hof.²² Het *Bundesverfassungsgericht* in Duitsland kan een norm vernietigen wanneer deze ongrondwettig wordt bevonden in een prejudiciële procedure.²³ Het is ons inziens aan te raden dat het Belgische Parlement in de nabije toekomst deze buitenlandse pistes van naderbij zou bekijken met het oog op een mogelijke uitbreiding van de bindende kracht van een prejudicieel arrest in België.²⁴

12 Arbitragehof 4 juli 1991, nr. 18/91; Grondwettelijk Hof 7 juli 2011, nr. 125/11.

13 GwH 31 juli 2008, nr. 117/08; GwH 29 oktober 2009, nr. 171/09; Popelier 2008, p. 380.

14 Art. 26 § 2 lid 2 2° Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof. Een rechter moet het Grondwettelijk Hof niet verzoeken uitspraak te doen over een opgeworpen grondwettigheidsvraag wanneer het Hof reeds uitspraak heeft gedaan op een prejudiciële vraag of een vernietigingsberoep met een identiek onderwerp.

15 Art. 4 § 2 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

16 In de Verenigde Staten haalt een ongrondwettigheidsverklaring door het *Supreme Court* een norm enkel *de facto* uit de rechtsorde. *De iure* blijft de norm ‘*law on the books*’. Dergelijke situatie wordt ons inziens best vermeden.

17 Mahieu & Pijcke 2010, p. 156.

18 Zie bv. Arbitragehof 11 februari 2004, nr. 28/04. Zie voor een aantal andere gevallen: Alen & Muylle 2011, nr. 473, voetnoot 1110.

19 Behrendt 2008, p. 144;

Verstraelen 2012, p. 336-337.

20 Rogers 2001.

21 Arbitragehof 19 april 2006, nr. 52/06; Verstraelen 2012, p. 336.

22 Art. 136 Italiaanse Grondwet.

23 Art. 82, § 1 juncto art. 13 11° en art. 78 Bundesverfassungsgesetz.

24 In dezelfde zin: Simonart 1988, p. 252-253 en Behrendt 2008, p. 146; *Contra*: Van Compernelle 1995, p. 203.

3. Lacunes in de wetgeving

3.1. Begripsbepaling en bevoegdheid Grondwettelijk Hof

Een lacune of leemte in de wetgeving wordt als ongrondwettig beschouwd door het Grondwettelijk Hof indien de afwezigheid van een wettelijke regeling het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel in de artikelen 10 en 11 van de Belgische Grondwet schendt.²⁵ De wetgever heeft in dergelijk geval nagelaten te handelen door voor een bepaalde situatie niet in een bepaalde wettelijke regeling te voorzien of een wettelijke regeling niet van toepassing te verklaren, terwijl de regeling wel van toepassing is op een andere situatie. Indien deze wettelijke regeling niet van toepassing is op vergelijkbare situaties, is er sprake van een lacune in de wetgeving.²⁶ Er kunnen twee soorten lacunes worden onderscheiden: (1) ‘extrinsieke’ lacunes, waarbij de leemte niet voortspuit uit de getoetste norm zelf maar uit de afwezigheid van een vergelijkbare norm; (2) ‘intrinsieke’ lacunes, waarbij de leemte wel degelijk in de getoetste norm besloten ligt.²⁷

Volgens art. 142 van de Grondwet doet het Grondwettelijk Hof uitspraak over de schending van de Grondwet door een wet, decreet of ordonnantie. Hoewel uit een strikte lezing van deze bepaling zou kunnen worden afgeleid dat het Grondwettelijk Hof enkel bevoegd is voor de vaststelling van een schending van een concrete norm, acht het Hof zich wel degelijk tevens bevoegd om ongrondwettige lacunes vast te stellen. Opdat het Grondwettelijk Hof zich bevoegd verklaart, moet de verwijzende rechter of de verzoeker wel steeds een *ongrondwettigheid in een bestaande norm* aanvoeren.³⁰ Bij een ongrondwettige lacune wordt immers geoordeeld dat een bepaalde wet het gelijkheidsbeginsel schendt omwille van zijn toepassingsgebied.³¹

3.2. Koerswijziging Grondwettelijk Hof: van negatieve wetgever tot positieve kaderwetgever en... precisiewetgever

Het Grondwettelijk Hof kan zowel onrechtstreeks als rechtstreeks wetgevend optreden bij het vaststellen van lacunes. Een ‘rechtstreeks’ wetgevend optreden vindt plaats wanneer het Hof een lacune zelf opvult³², terwijl een ‘onrechtstreeks’ wetgevend ingrijpen plaatsgrijpt door in een arrest een duidelijke richtlijn gericht aan de wetgever op te nemen³³ en/of door in het arrest een richtlijn op te nemen aan de rechter(s) om – in afwachting van wetgevend optreden – een norm voortaan toe te passen met inachtneming van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel.³⁴ Verder kunnen lacunes in de wetgeving zowel via prejudiciële vragenstellingen als via vernietigingsberoepen worden vastgesteld. Het Grondwettelijk Hof heeft in zijn rechtspraak met betrekking tot lacunes in de

25 Zie o.m. Arbitragehof 15 mei 1996 nr. 31/96; Arbitragehof 10 november 1999, nr. 116/99; Arbitragehof 6 november 2001, nr. 140/01; Arbitragehof 26 juni 2002, nr. 112/02; Arbitragehof 14 mei 2003, nr. 66/03; Arbitragehof 19 mei 2004, nr. 89/2004; GwH 11 januari 2012, nr. 1/2012; GwH 12 juli 2012, nr. 93/2012.

26 Vandormael 2011, p. 33.

27 Melchior & Courtoy 2008. Zie 3.3.

30 Lust & Popelier 2002, p. 1216-1217.

31 Simonart 1997.

32 GwH 1 juli 2010, nr. 79/2010.

33 Arbitragehof 15 mei 1996, nr. 31/96.

34 GwH 16 juli 2009, nr. 123/2009.

wetgeving geleidelijk een koerswijziging doorgevoerd. Het Hof is daarbij geëvolueerd van een *negatieve wetgever* tot een *positieve kaderwetgever*³⁵ en in enkele recente arresten zelfs tot een *positieve precisiewetgever*.³⁶ Deze evolutie kan worden geplaatst in een globale trend waarbij grondwettelijke hoven zich in toenemende mate profileren als positieve wetgevers.³⁷ Vooraleer het Grondwettelijk Hof sinds 1988 kon toetsen aan het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel en enkel kon vernietigen wegens strijdigheid met de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling tussen de Staat, de gemeenschappen en gewesten, was het Hof duidelijk enkel een *negatieve wetgever*. Hier kwam echter geleidelijk verandering in. Het Grondwettelijk Hof heeft in een arrest van 15 mei 1996 voor het eerst een ongrondwettige lacune vastgesteld.³⁸ *In casu* vielen bestuurshandelingen van administratieve overheden onder het toepassingsgebied van art. 14 RvS-wet,³⁹ zodat deze konden worden vernietigd door de Raad van State. Een vergelijkbare categorie, namelijk bestuurshandelingen van wetgevende vergaderingen, vielen daar niet onder, omdat de wetgever hier niet had in voorzien. De aangevoerde onafhankelijkheid van de wetgevende vergaderingen verantwoordde volgens het Grondwettelijk Hof evenwel niet dat ambtenaren van een wetgevende kamer geen vernietigingsberoep bij de Raad van State konden instellen tegen een administratieve rechtshandeling van die kamer. Het Hof besloot dan ook dat dit het gelijkheidsbeginsel schond, waarbij de eerste ongrondwettige lacune in de wetgeving werd vastgesteld. Het Grondwettelijk Hof liet *in casu* de opvulling van de lacune over aan de wetgever en opteerde er dus voor om niet rechtstreeks te interveniëren in het wetgevend proces. Als het Grondwettelijk Hof de wetgever aanspoort om op een bepaalde wijze tegemoet te komen aan een lacune, treedt het als het ware op als een 'positieve kaderwetgever'.⁴⁰ Het Hof stippelt dan de weg uit die de wetgever zou moeten bewandelen om een ongrondwettigheid in de rechtsorde te remediëren.

Op 1 juli 2010 stelde het Grondwettelijk Hof wederom een lacune vast in art. 14, § 1 RvS-wet.⁴¹ Het Hof verwees in dit arrest evenwel niet louter naar een noodzaak tot tussenkomst van de wetgever, maar is zelf gedetailleerd tegemoetgekomen aan de leemte door de verwijzende rechter een duidelijke rechtsbasis te verschaffen om de ongrondwettige lacune op te vullen. De probleemstelling luidde als volgt. Een kandidaat voor de Franstalige benoemingscommissie voor het notariaat kan probleemloos in de hoedanigheid van notaris een vernietigingsberoep instellen bij de Raad van State tegen de aanwijzingen van de leden van deze commissie, aangezien hij benoemd wordt door een administratieve overheid in de zin van art. 14 RvS-wet, namelijk de Nationale Kamer van Notarissen. Een kandidaat voor dezelfde functie in de hoedanigheid van hoogleraar wordt

35 Behrendt 2006; Popelier 2006.

36 Vandormael 2011.

37 Brewer-Carias 2011; zie voor een uitgebreide stand van zaken betreffende de aanpak van Europese grondwettelijke hoven ten aanzien van lacunes in de wetgeving: <http://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/>.

38 Arbitragehof 15 mei 1996, nr. 31/96; Simonart 1997, p.5.

39 Gecoördineerde wetten van 12 januari 1973 op de Raad van State, BS 21 maart 1973, 3.461 (hierna verkort: RvS-wet).

40 Behrendt 2006; Popelier 2006.

41 GwH 1 juli 2010, nr. 79/2010.

evenwel rechtstreeks aangeduid door de wetgevende kamers en kan daardoor geen beroep instellen bij de Raad van State tegen de aanwijzing van een ander lid van de benoemingscommissie. De wetgever baseerde zijn verantwoording voor de afwezigheid van een beroep bij de Raad van State op de onafhankelijkheid van de wetgevende kamers. Deze twee vergelijkbare categorieën van kandidaten vervullen evenwel dezelfde functie in de benoemingscommissie en het Grondwettelijk Hof besloot dat dit verschil in behandeling niet evenredig is met het beginsel van de onafhankelijkheid van de wetgevende kamers. Het heeft dan ook geoordeeld dat er sprake is van een ongerechtvaardigd verschil in behandeling en bijgevolg een ongrondwettige lacune. Het Hof heeft deze leemte onmiddellijk zelf opgevuld en heeft aan de verwijzende rechter duidelijk de opdracht gegeven art. 14 Wet op de Raad van State toe te passen alsof een hoogleraar als kandidaat voor een Franstalige benoemingscommissie voor het notariaat een vernietigingsberoep kan instellen bij de Raad van State tegen een benoemingsbeslissing.

Hoewel in deze zaak – vergelijkbaar met het eerste lacune-arrest van 15 mei 1996 – opnieuw de grondwettigheid van art. 14 Wet op de Raad van State ter discussie werd gesteld en hoewel ook hier de onafhankelijkheid van de wetgevende kamers als verantwoording voor de vastgestelde ongelijke behandeling niet evenredig werd bevonden, heeft het Hof ten opzichte van het eerste lacune-arrest nu duidelijk een meer proactieve rol opgenomen door zelf reeds de lacune op te vullen en niet te wachten op een optreden van de wetgever. Indien het Grondwettelijk Hof de ongrondwettige lacune niet zelf had opgevuld, zou de verwijzende rechter zich hebben moeten houden aan de wetgeving zoals die op dat ogenblik bestond.

Het Grondwettelijk Hof durft dus duidelijk zijn positie van negatieve wetgever te verlaten en treedt nu zonder schroom op als ‘positieve kaderwetgever’ (zie bovenstaand arrest van 15 mei 1996) en zelfs als ‘precisiewetgever’ (zie bovenstaande arrest van 1 juli 2010).

3.3. Bindende kracht van een vastgestelde ongrondwettige lacune voor de rechter en de mogelijkheid om de lacune op te vullen

In 1996 stelde het Grondwettelijk Hof in een prejudicieel arrest duidelijk vast dat een met het gelijkheidsbeginsel strijdig bevonden situatie slechts kon worden verholpen door een tussenkomst van de wetgever.⁴² De vaststelling van een lacune door het Grondwettelijk Hof leverde tot voor kort dan ook geen directe rechtsbasis op voor de verwijzingsrechter om een lacune op te vullen.

Het Hof van Cassatie volgde dezelfde traditionele redenering als het Grondwettelijk Hof, waarbij het oordeelde dat het niet kon verhelpen aan

⁴² Arbitragehof 15 mei 1996, nr. 31/96.

een door het Grondwettelijk Hof vastgestelde lacune door een wetsbepaling van toepassing te verklaren op personen voor wie die wetsbepaling niet van toepassing was.⁴³ Enkel een wetgevend optreden kon bijgevolg de strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel remediëren. Daardoor bleef de rechtszoekende in de kou staan zolang de wetgever niet optrad.

Sinds 2008 heeft het Grondwettelijk Hof het geweerd evenwel van schouder veranderd en verdedigt het een visie die meer tegemoetkomt aan de noden van de rechters en vooral van de rechtszoekende. Het Hof stelde in een prejudicieel arrest betreffende een vraag of enkele bepalingen in het Wetboek van Strafvordering het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel schenden wegens de afwezigheid van de mogelijkheid in die bepalingen van een direct cassatieberoep bij een onderzoek van het vertrouwelijk dossier, dat de verwijzingsrechter de wet kan opvullen en dus een einde kan maken aan de door het Hof vastgestelde ongrondwettigheid, mits aan twee vereisten is voldaan: (a) *de lacune bevindt zich in de aan het Grondwettelijk Hof voorgelegde tekst* (intrinsieke lacune); kortom, wanneer de lacune zich bevindt buiten de voorgelegde wettekst (extrinsieke lacune), kan alleen de wetgever de leemte opvullen⁴⁴ en is een opvulling door de verwijzingsrechter niet mogelijk; (b) *het Grondwettelijk Hof heeft de vastgestelde ongrondwettigheid voldoende precies en volledig verwoord* zodat de in het geding zijnde bepalingen kunnen worden toegepast met inachtneming van het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel.⁴⁵ Op 8 oktober 2011 heeft de politierechtbank te Mechelen bijvoorbeeld na de vaststelling van een ongrondwettige lacune door het Grondwettelijk Hof in een prejudiciële procedure een ongrondwettigheid beëindigd door de lacune in de wetgeving op te vullen.⁴⁶ Het Grondwettelijk Hof had namelijk aangegeven dat de politierechter de in voldoende precieze en volledige bewoordingen vastgestelde ongrondwettige lacune moest opvullen met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.⁴⁷ Het Hof van Cassatie volgt sinds 2008 – na een aanvankelijke aarzeling⁴⁸ – het standpunt van het Grondwettelijk Hof. Wanneer het Grondwettelijk Hof bepaalt dat er sprake is van een lacune, als gevolg waarvan het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel wordt geschonden, moet de gewone rechter waar mogelijk deze leemte opvullen. Het Hof van Cassatie merkte daarbij evenwel op dat de mogelijkheid voor de rechter om een lacune op te vullen, afhangt van de aard van de leemte. Indien de leemte van dien aard is dat zij noodzakelijkerwijze vereist dat een volledig andere (proces) regeling wordt ingevoerd, kan de rechter zich niet in de plaats van de wetgever stellen, aangezien dit in strijd zou zijn met het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten⁴⁹. De mogelijkheid tot het opvullen van lacunes door de verwijzende rechter is dus niet onbeperkt. Wanneer immers vereist is dat een nieuwe regeling wordt ingevoerd die een nieuwe

43 Cass. 29 juni 2005, *CDPK* 2006, 171.

44 GwH 16 december 2010, nr. 148/10; 27 januari 2011, nr. 12/2011; 31 mei 2011, nr. 98/2011.

45 GwH 31 juli 2008, nr. 111/2008; 18 februari 2009, nr. 25/2009; 25 februari 2010, nr. 18/2010; 15 maart 2011, nr. 38/2011.

46 Pol.Mechelen 8 oktober 2011, *T.Pol* 2012, 199.

47 GwH 26 november 2009, nr. 190/2009, *NjW* 2010, 64, noot V. Verdeyen.

48 Cass. 12 augustus 2008, P.08.1065.N.

49 Cass. 14 oktober 2008, *JT* 2008, 755, noot B. Dejemeppe; Cass. 17 januari 2009, *RW* 2008-09, 1184, noot P. Popelier.

maatschappelijke afweging van belangen door de wetgever of een substantiële aanpassing van een of meerdere wettelijke bepalingen noodzaakt, kan de rechter zich niet in de plaats van de wetgever stellen.⁵⁰

Naderhand heeft het Hof van Cassatie er ook, bijkomend, op gewezen dat de opvulling van een lacune niet mag leiden tot een schending van een andere bepaling van verdragsrechtelijke, grondwettelijke of wettelijke aard.⁵¹ Indien evenwel aan de ongrondwettigheid zonder meer een einde kan worden gesteld door een wetsbepaling binnen de bestaande wettelijke regeling aan te vullen zodat ze niet meer strijdig is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (noch met een andere bepaling), kan en moet de rechter dit dus doen.

Het Grondwettelijk Hof heeft in 2009 ten slotte duidelijk vastgelegd dat de voormelde grondwettelijke rechtspraak niet kan worden toegepast bij strafrechtelijke bepalingen, omdat dit niet te verzoenen zou zijn met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Wanneer de lacune betrekking heeft op een kwestie die volgens de Grondwet in essentie door de formele wetgever dient geregeld te worden, kan de verwijzingsrechter zelf geen rechtsherstel verlenen.⁵²

4. Een jong Grondwettelijk Hof op zoek naar zijn identiteit

Door lacunes zelf rechtstreeks op te vullen, treedt het Grondwettelijk Hof *de facto* op het terrein van de wetgever die in principe als enige bevoegd is om wetgevend op te treden. Men zou tegen deze handelswijze kunnen inbrengen dat het principe van de scheiding der machten hierdoor op de helling komt te staan. Het Grondwettelijk Hof heeft weliswaar als taak erop toe te zien dat de wetgever de Grondwet respecteert bij het uitvaardigen van regelgeving. Dit Hof is echter niet rechtsreeks democratisch verkozen en er zouden dan ook legitimiteitsvragen kunnen worden opgeworpen wanneer het Hof opteert om op te treden als positieve (precisie)wetgever in plaats van het initiatief tot remediëring aan de wetgever over te laten.

Volgens de traditionele, rechtspositivistische leer, zoals onder meer beschreven door Kelsen⁵³, zouden grondwettelijke hoven zich principieel moeten beperken tot hun taak als negatieve wetgever. Volgens deze zienswijze zou het Hof dan ook best enkel aangeven waar een ongrondwettige leemte in de wet zich bevindt, al dan niet met aanwijzingen voor de wetgever hoe de leemte zou kunnen worden opgevuld op een wijze die de ongrondwettigheid verhelpt. Zo wordt de stempel van *gouvernement des juges* alsmede de *counter-majoritarian difficulty*⁵⁴ vermeden en is het vervolgen

50 Cass. 3 november 2008, S.07.0013.N.

51 Cass. 2 september 2009, JT 2009, 709.

52 GwH 2 april 2009, nr. 64/2009; GwH 22 april 2010, nr. 35/2010.

53 Kelsen 1934 (vertaald in 2005).

54 Bickel 1962. Bickel heeft deze term als eerste gebruikt om de bevoegdheid van rechters tot grondwettigheidscontrole aan de kaak te stellen, omdat deze bevoegdheid niet-verkozen rechters toelaat om wetgevend optreden van verkozen volksvertegenwoordigers en bijgevolg de wil van de meerderheid terzijde te schuiven. Hij argumenteert dat dit ingaat tegen het principe van democratische legitimiteit.

aan de wetgever om zijn wetgevende taak met respect voor de grondwettelijke principes te vervullen door de lacune op te vullen.

Anderzijds kan een strikte interpretatie die het Grondwettelijk Hof bij zijn taak tot het vrijwaren van fundamentele rechten en vrijheden onbevoegd maakt tot het opvullen van lacunes, een efficiënte rechtsbescherming op de helling zetten. Een loutere oproep door het Grondwettelijk Hof tot wetgevend optreden draagt immers het risico met zich mee dat een traag optreden of een gebrek aan optreden van de wetgever leidt tot een leemte in de rechtsbescherming van de burger. Indien het Hof daarentegen een lacune terecht ongrondwettig bevindt en zelf overgaat tot opvulling van de leemte, vrijwaart het Hof onmiddellijk het gelijkheidsbeginsel en waarborgt het Hof de hiërarchie der rechtsnormen.

Grondwettigheidscontrole van wetgeving vindt zijn oorsprong in de Verenigde Staten sinds het befaamde arrest *Marbury v. Madison* van het *U.S. Supreme Court* in 1803. Het heeft echter lang geduurd vooraleer grondwettigheidscontrole (*judicial review*) nagenoeg wereldwijd werd erkend.⁵⁵ Op het Europese continent was het wachten tot 1920 vooraleer het eerste grondwettelijk hof het daglicht zag, namelijk het Oostenrijkse Grondwettelijk Hof, dat voor zijn bestaan schatplichtig is aan Hans Kelsen.

De onschendbaarheid van de wet was ook in België lange tijd het heersende principe. Het toenmalige Arbitragehof werd pas plechtig geïnstalleerd in 1984 en velde zijn eerste arrest in 1985. De initiële opdracht van dit Hof bleef aanvankelijk evenwel beperkt tot het toezicht op de naleving van de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling tussen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten. Sinds de staatshervorming van 1988 werd het Hof tevens bevoegd om wetten te toetsen aan de artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet, respectievelijk het gelijkheidsbeginsel, het verbod tot discriminatie en de rechten en vrijheden inzake onderwijs. Sinds de bijzondere wet van 9 maart 2003 strekt de bevoegdheid van het Hof zich tevens uit tot de fundamentele rechten en vrijheden in titel II van de Grondwet, alsook tot de artikelen 170, 172 (legaliteits- en gelijkheidsbeginsel inzake belastingen) en 191 (gelijkheidsbeginsel voor vreemdelingen) van de Grondwet (en art. 143, § 1 vanaf 1 juli 2014). Deze evolutie van het Arbitragehof tot een volwaardig grondwettelijk hof culmineerde in 2007 tot de naamswijziging in 'Grondwettelijk Hof'.

Het Belgische Grondwettelijk Hof is dus nog jong en zoekt met vallen en opstaan zijn plaats binnen het kader van de scheiding der machten en de gewijzigde opvattingen hieromtrent. In toenemende mate wordt op het Europees continent afstand gedaan van de gedachte van absolute soevereiniteit van de wetgever en het daarvan afgeleide verbod voor de rechter tot grondwettigheidscontrole. Omwille van de traditionele opvatting van de

⁵⁵ Tate & Vallinder 1995.

scheiding der machten, de soevereiniteit van de wetgever en de verwerping van het Amerikaanse concept van *checks and balances*, hebben de meeste gewone rechters in Europa – in tegenstelling tot de Verenigde Staten – in principe nog steeds geen bevoegdheid om wetgeving ongrondwettig te verklaren.

Op het Europees continent werd veelal geopteerd om de grondwettigheidscontrole exclusief toe te kennen aan een gecentraliseerde instantie, een grondwettelijk hof, dat zijn eigen, unieke plaats inneemt binnen het kader van de scheiding der machten. Alex Stone Sweet heeft dit treffend verwoord: ‘They [constitutional courts] occupy their own ‘constitutional’ space, which is neither clearly ‘judicial’ nor ‘political’.⁵⁶ Nederland blijft evenwel vrij eenzaam tegen de stroom in te zwemmen door geen Grondwettelijk Hof op te richten, terwijl (voorlopig) tevens het toetsingsverbod in art. 120 van de Nederlandse Grondwet wordt gehandhaafd.

Bij het opvullen van leemtes in de wetgeving tast het Grondwettelijk Hof in België de grenzen af van zijn taak als (positieve) wetgever. In dit kader kan het nuttig zijn om de verhouding tussen grondwettelijke hoven en de wetgever te bekijken als een *trusteeship*, waarbij de (grond)wetgever de grondwettigheidscontrole toevertrouwt aan een grondwettelijk hof (*trustee*), dat vervolgens onafhankelijkheid geniet bij het uitoefenen van zijn taak.⁵⁷ Dit concept beschrijft de relatie tussen de rechter en de wetgever beter dan de traditionele *principal-agent* theorie, waarbij de rechter binnen de traditionele scheiding der machten ‘slaafs’ toeziet op de naleving van de wetten. De controle van de Belgische (grond)wetgever op het Grondwettelijk Hof is immers beperkt, aangezien een tweederdemeerderheid is vereist om het Grondwettelijk Hof terug te fluiten via grondwetsherziening.⁵⁸ Dit geeft het Hof een hoge mate van onafhankelijkheid ten aanzien van de wetgever.

Zelfs indien het Grondwettelijk Hof een lacune als ongrondwettig bestempelt en deze leemte zelf opvult in plaats van dit aan de wetgever toe te vertrouwen, vindt er ons inziens omwille van de rechtszekerheid best nog steeds een optreden van de wetgever plaats. Lacunes worden voornamelijk vastgesteld in prejudiciële procedures, waarbij arresten slechts een beperkt gezag van gewijsde hebben. Omwille van de rechtszekerheid en het daarmee samenhangende principe van de voorspelbaarheid van het recht dient de wetgever ongrondwettig bevonden regelgeving te remediëren. De praktijk wijst dan ook uit dat in de meeste gevallen nog een ingrijpen van de wetgever volgt.⁵⁹ Er zijn evenwel voorbeelden waarbij de Belgische wetgever in de onmogelijkheid verkeerde om tijdig een antwoord te bieden op een arrest van het Grondwettelijk Hof, zoals bijvoorbeeld het beruchte arrest van 26 mei 2003 met betrekking tot de kieskring Brussel-Halle-Vilvoorde.⁶⁰

56 Stone Sweet 2002, p.80; zie uitgebreid: Stone Sweet 2000.

57 Majone 2001, p. 104; Sweet 2002, p. 88-90.

58 Zie art. 195 Belgische Grondwet.

59 Scholsem 2006, p. 224.

60 Arbitragehof 26 mei 2003, nr. 73/2003.

Het omwille van de rechtszekerheid vereiste ingrijpen van de wetgever na de vaststelling van een ongrondwettige lacune leidt ertoe dat de arresten van het Grondwettelijk Hof systematisch en nauwgezet moeten worden opgevolgd door de wetgevende kamers. Dit blijkt in de praktijk echter niet van een leien dakje te lopen.⁶¹ Nochtans is het belangrijk in een rechtsstaat dat arresten van het Grondwettelijk Hof zo snel mogelijk een degelijke opvolging krijgen in de wetgevende kamers. *De lege ferenda* zouden ongrondwettig bevonden regelgevingen prioritair moeten worden behandeld in het Parlement via een versnelde behandeling. Een nieuwe commissie zou kunnen worden opgericht in de Kamer van volksvertegenwoordigers die de arresten van het Grondwettelijk Hof op de voet volgt en passende wetgevingsinitiatieven neemt om door het Hof vastgestelde schendingen van de grondwet te remediëren.

Het is tevens nuttig dat het Grondwettelijk Hof in zijn arrest de wetgever een bepaalde tijdsperiode geeft om een vastgestelde ongrondwettigheid te remediëren.⁶² Het Hof moet evenwel ook een gepaste sanctie kunnen opleggen bij het uitblijven van een wetgevend optreden binnen de voorziene termijn. Bij manifeste onwil van de wetgever om tijdig een ongrondwettigheid te remediëren en bijvoorbeeld een ongrondwettelijke lacune in de wetgeving op te vullen, zou het dan ook verantwoord kunnen zijn dat het Grondwettelijk Hof zich in de plaats stelt van de wetgever.

Literatuurlijst

Alen & Muylle 2011

A. Alen en K. Muylle, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen: Kluwer 2011

Behrendt 2006

C. Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif : une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Brussel : Bruylant 2006

Behrendt 2008

C. Behrendt, 'Quelques réflexions relatives aux effets en droit des arrêts de la Cour constitutionnelle', in: G. De Leval en F. Georges (red.), *L'effet de la décision de justice: Contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, Liège: Anthemis 2008

Bickel 1962

A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis: Bobbs-Merill, 1962

⁶¹ Verstraelen 2012, p. 349; Goris e.a. 2005, p. 261-262.

⁶² Zie uitgebreid Uzman 2013.

Brewer-Carias 2011

A. Brewer-Carias, *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Cambridge: Cambridge University Press 2011

Van Compernelle 1995

J. Van Compernelle, 'La Cour d'arbitrage et le juge judiciaire', in: F. Delpérée, A. Rasson-Roland en M. Verdussen (red.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage, Actualité et perspectives*, Brussel: Bruylant 1995

Goris e.a. 2005

A. Goris, K. Muylle en M. Van Der Hulst, 'Twintig jaar Arbitragehof v. wetgever: van wantrouwen naar dialoog', *TBP* 2005, p. 256-283

Kelsen 2005

H. Kelsen, *Pure Theory of Law* (vertaling door M. Knight van Kelsen's *Reine Rechtslehre*, 1934), Berkeley: University of California Press 2005

Lust & Popelier 2002

S. Lust & P. Popelier, 'Rechtshandhaving door het Arbitragehof en de Raad van State door de uitoefening van de vernietigingsbevoegdheid: de positieve en negatieve bijdrage aan de rechtsvorming', *RW* 2002, p. 1210-1224

Mahieu & Pijcke 2010

M. Mahieu en G. Pijcke, 'L'autorité dans le temps des arrêts préjudiciels prononcés par la Cour constitutionnelle', in: P. Martens, M. Bossuyt, C. Courtoy, M.F. Rigaux en B. Renauld (red.), *Liber Amoricum Michel Melchior*, Limal: Anthemis 2010

Majone 2001

G. Majone, 'Two Logics of Delegation: Agency and Fiduciary Relations in EU Governance', *European Union Politics* 2001, p. 103-122

Melchior & Courtoy 2008

M. Melchior en C. Courtoy, 'Het verzuim van de wetgever of de lacune in de grondwettelijke rechtspraak', *TBP* 2008, p. 587-603

Popelier 2006

P. Popelier, 'Constitutionele toetsing van wetgeving in België', *TvW* 2006, p. 264-285

Popelier 2008

P. Popelier, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen: Intersentia, 2008

Popelier 2010

P. Popelier, 'De doorwerking van prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof in de rechtspraak', *CDPK* 2010, p. 392-407

Rigaux & Renauld 2008

M.F. Rigaux en B. Renauld, *La Cour constitutionnelle*, Brussel: Bruylant 2008

Rogers 2001

J. Rogers, 'Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Judicial Interaction', *American Journal of Political Science* 2001, vol. 45, p. 84-99

Scholsem 2006

J.C. Scholsem, 'La Cour d'arbitrage et les lacunes législatives', in: A. Arts (red.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke macht en de Raad van State*, Brugge: die Keure 2006

Simonart 1988

H. Simonart, *La Cour d'Arbitrage. Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Brussel : Story-Scientia 1988

Simonart 1997

H. Simonart, 'Observations sous C.A. 31/96', *JT* 1997, 2-5

Stone Sweet 2000

A. Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford: Oxford University Press 2000

Stone Sweet 2002

A. Stone Sweet, 'Constitutional Courts and Parliamentary Democracy', *West European Politics*, vol. 25, nr. 1, 2002, p. 77-100

Tate & Vallinder 1995

C.N. Tate en T. Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Review*, New York/Londen: New York University Press 1995

Uzman 2013

J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten – Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013

Vandormael 2011

K.J. Vandormael, 'Het recht als logisch consistent systeem – lacunes in de wetgeving', *CDPK* 2011, 32-46

Velaers 1990

J. Velaers, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen: Maklu 1990

Verstraelen 2012

S. Verstraelen, 'De lastige positie van een bestuur na de ongrondwettigverklaring van een regelgevende norm: hoe een duidelijk antwoord verloren geraakt in een veelheid aan opvattingen', *TBP* 2012, p. 332-333